

شرح

البرهان في التفسير

تأليف

الحاج ميرزا أحمد الدشتي النجفي

الطبعة الثانية

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY



32101 016192310

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

--	--

Dashti al-Najafi

شرح
الروضتين البهيتين

تأليف

الحاج ميرزا أحمد الدشتي النجفي

الجزء الثالث

2264

-1122

-638

3' 302

مكتبة جامعة القاهرة

مكتبة

مكتبة جامعة القاهرة

- * شرح الروضة البهية
- * الشيخ أحمد الدشتي النجفي
- * العدد ١٠٠٠ نسخة
- * الطبعة الاولى
- * ١٤٠٨ هـ
- * نشر المؤلف
- * مطبعة الخيام - قم



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد الأنام الصادع بحدود
الحلال والحرام ، وآله البررة الكرام ومصاييح الظلام وينا بيع الأحكام ، ولعنة الله
على أعدائهم الى يوم القيام .

كتاب القضاء ١)

أي الحكم بين الناس (وهو) واجب كفاية في حق الصالحين له ، الا أنه مع حضور الامام (وظيفة الامام عليه السلام ، أو نائبه)

(١) القضاء بالمد وقد يقصر ، هو لغة لمعاني كثيرة :

(منها) الحكم بين الناس ، قال الله تعالى « ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً

مما قضيت » [سورة النساء الاية ٦٥] أي حكمت .

(ومنها) الاتمام ومنه ، « فاذا قضيتم مناسككم » [سورة البقرة الاية ٢٠٠] أي

أتممتهم ، ولهذا قيل : ويسمى القضاء قضاءً لأن القاضي يتم الأمر بالفصل ويمضيه .

(ومنها) الاعلام ، والعلم ، وغير ذلك .

وعرفوه شرعاً بما حاصله : انه ولاية الحكم لمن له أهلية الفتوى على طبق

اقوانين الشرعية على أشخاص معينين باثبات الحقوق واستيفائها للمستحق .

ولا فرق بينه وبين الافتاء الا بهذا الاعتبار ، اذ المفتي لا يحكم على أشخاص

معينين بل يبين الأحكام على سبيل الاخبار والاعلام .

فيلزمه نصب قاض في الناحية ليقوم به ، ويجب على من عينه الاجابة^(١) .
ولولم يعين وجبت كفاية ، فان لم يكن أهلا الا واحد تعينت عليه ،
ولو لم يعلم به الامام لزمه^(٢) الطلب . وفي استحبابه مع التعدد عيناً ،
قولان أجودهما^(٣) ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به .

(وفي الغيبة ينفذ قضاء الفقيه الجامع لشرائط الافتاء) وهي البلوغ
والعقل والذكورة والايمان^(٤) والعدالة وطهارة المولد اجماعاً ،
والكتابة^(٥) والحرية والبصر^(٦)

(١) ولا فرق في ذلك بين أن يكون الصالح للحكم واحداً أو متعدداً، اذ بسبب
أمر الامام عليه السلام يصير الواجب الكفائي عينياً .

(٢) أي لزم من لم يعلم به الامام أن يطلب تصدى القضاء .

(٣) وذلك للفوائد المترتبة عليه المعلوم رجحانها عقلاً ونقلاً، كالأمر بالمعروف
والنهي عن المنكر وغير ذلك . ولكن مع ذلك خطره عظيم، ففي الخبر : من جعل
قاضياً فقد ذبح بغير سكين [مستدرك الوسائل الباب ٣ من أبواب صفات القاضي
الحديث ٤] .

(٤) سيأتي تصريح الشارح بأن الايمان داخل في العدالة ، فذكره هنا دفع
للتوهم ، حيث أنه قد تستعمل العدالة بمعنى آخر ينطبق على غير المؤمن أيضاً .

(٥) أي العلم بها .

(٦) قيل في اشتراط هذه الأمور للقضاء :

أما العلم بالكتابة فللزومه لما يضطر اليه من الأمور التي لا تفسر الا لمن هو
محفوظ عن السهو والنسيان والغلط لعصمته ، وعن المسالك نسبتها الى الشيخ

على الأشهر ، والنطق وغلبة الذكر^(١) ، والاجتهاد في الأحكام الشرعية وأصولها ، ويتحقق بمعرفة المقدمات الست ، وهي : الكلام ، والأصول ، والنحو ، والتصريف ، ولغة العرب وشرائط الأدلة^(٢) ، والأصول الأربعة^(٣) ، وهي : الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، ودليل العقل .

والمعتبر من الكلام ما يعرف به الله تعالى ، وما يلزمه من صفات الجلال والإكرام وعدله وحكمته ، ونبوة نبينا صلى الله عليه وآله وعصمته ، وإمامة الأئمة عليهم السلام كذلك^(٤) ،

وأكثر الأصحاب ، ولكن لا دليل عليه . والاعتبار المزبور لا يصلح لأن يكون دليلاً ، لأنه يمكن الاستغناء عنه بوضع كاتب بل وغير الكتابة من طرق الضبط .
وأما الحرية فلأن القضاء من المناصب الجليلة التي لا يليق بحال العبد .
وأما البصر فلا فتقاره إلى التمييز بين الخصوم . ولكن لا دليل على اشتراط شيء من ذلك ، لأنها مجرد استحسان ، وإطلاق الأدلة يقتضي خلافه ، وطرق التمييز غير منحصرة في البصر .

(١) فالأخرس لا يصح قضاؤه ، وكذا من غاب عليه النسيان ، ولكن لا دليل عليهما بالخصوص أيضاً . نعم لو توقف القضاء على ذلك بحيث لا يمكنه الآخرس ولا من غاب عليه النسيان لا يجوز لهما التصدي له .

(٢) هي المنطق وسبجي ، انشاء الله أنه ليس شرطاً للاجتهاد .

(٣) عطف على المقدمات ، أي يتحقق الاجتهاد بما مر وبمعرفة الأصول الأربعة .

(٤) أي مع عصمتهم .

ليحصل الوثوق^(١) بخبرهم ، ويتحقق الحججة به ، والتصديق بما جاء به النبي صلى الله عليه وآله من أحوال الدنيا والاخرة ، كل ذلك بالدليل التفصيلي^(٢) .

ولا يشترط الزيادة على ذلك بالاطلاع على ما حققه المتكلمون من أحكام الجواهر والاعراض ، وما اشتملت عليه كتبه من الحكمة والمقدمات ، والاعتراضات ، وأجوبة الشبهات ، وان وجب معرفته^(٣) كفاية من جهة أخرى ، ومن ثم صرح جماعة من المحققين بأن الكلام ليس شرطاً في التفقه ، فان ما يتوقف عليه منه مشترك بين سائر المكلفين .

ومن الاصول ما يعرف به أدلة الاحكام : من الامر والنهي ، والعموم والخصوص ، والاطلاق والتقييد ، والاجمال والبيان ، وغيرها^(٤) .

(١) هذا تعليل للزوم معرفة عصمتهم عليهم السلام ، والمراد بالوثوق هنا هو العلم لا مطلق الوثوق ، اذ قد يحصل الوثوق بخبر الموثق . فليتأمل .

(٢) أي الدليل الاجتهادي ، حيث أن التقليد في الأصول غير مفيد كما هو مقرر في محله .

(٣) الضمير عائد الى الموصول ، أي وجب معرفة ما اشتملت عليه كتبه من جهة رد المبطلين وابطال شبهاتهم ونحو ذلك .

(٤) كالمبحث عن تعارض الأدلة وتقديم الأظهر على الظاهر مثلاً .

مما اشتملت عليه مقاصده . ومن النحو والتصريف ما يختلف المعنى باختلافه ، ليحصل بسببه معرفة المراد من الخطاب ^(١) ، ولا يعتبر الاستقصاء فيه على الوجه التام ، بل يكفي الوسط منه فما دون . ومن اللغة ما يحصل به فهم كلام الله ورسوله ونوابه عليهم السلام ، بالحفظ أو الرجوع الى أصل مصحح يشتمل على معاني الالفاظ المتداولة في ذلك .

ومن شروط الادلة معرفة الاشكال الاقترانية ^(٢) والاستثنائية وما

(١) أي الكلام الذي خوطب به ، لأن لا يشتبه عليه الفاعل بالمفعول مثلاً .
 (٢) أي الاشكال الاقترانية التي هي من المسائل المنطقية ، وقد ذكرنا أن معرفة المنطق ليست شرطاً للاجتهاد في الفقه بل ولاشيء من سائر العلوم ، بحيث ينحصر معرفته به ولا يتيسر بدليل آخر كما هو المدعى في المقام ، بل هو صرف اصطلاحات اصطلاحها أهل الفن ولا تتوقف معرفة الاشياء به ، بل العرف بارتكازاتهم يرتبون المقدمات المنتجة لاثبات مدعاهم في محاوراتهم مع أنهم لا يعرفون شيئاً من المصطلحات المنطقية من الاشكال الأربعة وغيرها ، فلو أرادوا تطبيق عام أو مطلق على مصداقه يكتفون بذكر المصداق معللين بأنه من مصاديقه وان حكم ذلك العام شامل له .

مثلاً : الهاشمي اذا أراد اثبات لزوم احترامه يقول « انا هاشمي » مع أنه ليس له معرفة بالشكل الأول من الاشكال الأربعة ، وهو : أنا هاشمي ، وكل هاشمي يلزم احترامه .

وملخص الكلام : ان المنطق بما هو فن من الفنون ليس مقدمة لرفع الجهل بشيء بحيث ينحصر رفعه به ولا يوجد دليل آخر يرفع ذلك الجهل . نعم هو من

يتوقف عليه من المعانى المفردة وغيرها ، ولا يشترط الاستقصاء فى ذلك ، بل يقتصر على المجزئ منهُ ، وما زاد عليه فهو مجرد تضييع للعمر ، وترجيئة للوقت .

والمعتبر من الكتاب الكريم معرفة ما يتعلق بالاحكام ، وهو نحو من خمسمائة آية ، اما بحفظها ، أو فهم مقتضاها ^(١) ليرجع اليها متى شاء ، ويتوقف على معرفة الناسخ ^(٢) منها من المنسوخ ، ولو بالرجوع الى أصل يشتمل عليه .

ومن السنة جميع ما اشتمل منها على الاحكام ، ولو فى أصل مصحح رواه عن عدل بسند متصل الى النبي والائمة ، ويعرف الصحيح منها والحسن ، والموثق والضعيف ، والموقوف والمرسل ، والمتواتر

العلوم الرياضية كعلم الحساب والهندسة موجب لتشحيذ الذهن وتقويم الفكر ، بل على المحصلين أن يتعلموه فى الجملة ، وذلك لأن الفقهاء والأصوليين ذكروا مصطلحاته فى مصنفاتهم ، فلو كانوا أجنبياً عنه تعسر عليهم فهم المطالب الفقهيّة والأصولية ، فما هو على المستدل أن يعرف طرق الاستدلال - ولو بغير الأداة المنطقية المصطلحة - حتى لا يقع فى الاشتباه والمغالطة فى اثبات مدعاه .

(١) أي وان لم يحفظها بألفاظها ، اذحفظ ألفاظ الايات غير لازم اذا كان مدايلها

محفوظة .

(٢) أي يتوقف فهم مقتضاها على معرفة الناسخ منها من المنسوخ .

والاحاد^(١)، وغيرها من الاصطلاحات التي دونت في رواية الحديث، المفتقر اليها في استنباط الاحكام، وهي أمور اصطلاحية توقيفية^(٢)، لا مباحث علمية .

ويدخل في أصول الفقه معرفة أحوالها عند التعارض وكثير من أحكامها^(٣)، ومن الاجماع والخلاف أن يعرف أن ما يفتي به لا يخالف الاجماع، اما بوجود موافق من المتقدمين، أو بغلبة ظنه على أنه واقعة متجددة لم يبحث عنها السابقون بحيث حصل فيها أحد الامرين، لا معرفة كل مسألة أجمعوا عليها أو اختلفوا . ودلالة العقل من الاستصحاب والبراءة الاصلية وغيرهما داخله في الاصول، وكذا معرفة ما يحتاج به

(١) الخبر الصحيح ما كان جميع سلسلة سنده اماميين ممدوحين بالتوثيق مع الاتصال، والحسن ما كانوا اماميين ممدوحين بغير التوثيق كلا أو بعضاً مع توثيق الباقي، والموثق ما كان كلهم أو بعضهم غير اماميين مع توثيق الكل، والضعيف ما كان راوي الحديث غير موثوق به، والموقوف هو الخبر المجهول الراوي، والمرسل هو الخبر المحذوف السند، والمتواتر خبر جماعة يفيد القطع بصدقه، والاحاد اخبار جماعة لا يفيد القطع بصدقهم .

(٢) أي ما ذكر من الأقسام أمور اصطلاحية توقيفية، أي لا يجوز تغيير أساميها، لأنه لا مشاحة في الاصطلاح، وليست بمباحث علمية حتى تختلف فيها الأنظار .

(٣) كالبحت عن حجية الخبر الواحد وغيره مما هو مذكور في الاصول .

من القياس^(١)، بل يشتمل كثير من مختصرات أصول الفقه كالتهديب ومختصر الاصول لابن الحاجب على ما يحتاج اليه من شرائط الدليل المدون في علم الميزان، وكثير من كتب النحو على ما يحتاج اليه من التصريف .

نعم يشترط مع ذلك كله أن يكون له قوة يتمكن بها من رد الفروع الى أصولها واستنباطها منها . وهذه هي العمدة في هذا الباب، والافتحصيل تلك المقدمات قد صارت في زماننا سهلة لكثرة ما حققه العلماء والفقهاء فيها، وفي بيان استعمالها^(٢)، وانما تلك القوة بيد الله تعالى يؤتيها من يشاء من عباده على وفق حكمته ومراده، ولكثرة المجاهدة والممارسة لاهلها مدخل عظيم في تحصيلها،

(١) قيل المراد بالقياس هو المنصوص العلة، ولكن الظاهر أن مراده من القياس هو القياس في مصطلح المنطق بقريظة قوله : بل يشتمل كثير من مختصرات أصول الفقه كالتهديب ومختصر الاصول - الى ان قال - من شرائط الدليل المدون في علم الميزان. فحاصل مقصوده أنه مضافاً الى أن معرفة ما يحتاج به من القياس داخلة في الاصول ومن مسائلها أنهم قد دونوا في كثير من مختصرات أصول الفقه شرائط الدليل المذكور في علم الميزان وعبدوا طريق تحصيل مسائلها .

(٢) أي استعمال المقدمات ، كأن يقال ان مقدمة الواجب يستعمل في أي شيء وان الامر بالشيء (نهى) عن ضده ، نتيجة أي شيء . هكذا ويمكن أن يكون اشارة الى ما يذكر في كتب الفقه من الاستدلالات از به يعرف طريق استعمال المقدمات .

« والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وان الله لمع المحسنين »^١ :
 واذا تحقق المفتي بهذا الوصف وجب على الناس الترافع اليه ،
 وقبول قوله ، والتزام حكمه ، لانه منصوب من الامام عليه السلام
 على العموم بقوله : « انظروا الى رجل منكم قد روى حديثنا ، وعرف
 احكامنا ، فاجعلوه قاضياً فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه »^٢ .
 وفي بعض الاخبار : « فارضوا به حكماً ، فاني قد جعلته عليكم حاكماً ،
 فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه ، فانما بحكم الله استخف ، وعلينا
 رد ، والراد علينا راد على الله ، وهو على حد الشرك بالله عز وجل »^٣ .
 (فمن عدل عنه الى قضاة الجور كان عاصياً) فاسقاً ، لان ذلك
 كبيرة عندنا ، ففي مقبول عمر بن حنظلة السابق : « من تحاكم الى
 طاغوت فحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقه ثابتاً ، لانه اخذه
 بحكم الطاغوت ، وقد أمر الله أن يكفر بها » . ومثله كثير .
 (وثبت ولاية القاضي) المنصوب من الامام (بالشياع) وهو
 اخبار جماعة به يغلب على الظن صدقهم ، (أو بشهادة عدلين)
 وان لم تكن بين يدي حاكم ، بل يثبت بهما أمره^٤ عند كل من

(١) سورة العنكبوت الاية ٦٩ .

(٢) الكافي : ج ٧ ص ٤١٢ .

(٣) نفس المصدر .

(٤) أي أمر القاضي وانه قاض .

سمعهما. ولا يثبت بالواحد، ولا بقوله وان شهدت له القرائن، ولا بالخط مع أمن التزوير مع احتماله^(١).

(ولا بد) في القاضي المنصوب من الامام (من الكمال) بالبلوغ، والعقل، وطهارة المولد، (والعدالة). ويدخل فيها الايمان، (وأهلية الافتاء) بالعلم بالامور المذكورة، (والذكورة، والكتابة) لعسر الضبط بدونها لغير النبي صلى الله عليه وآله، (والبصر)، لافتقاره الى التمييز بين الخصوم، وتعذر ذلك مع العمى في حق غير النبي وقيل: انهما ليسا بشرط، لانتهاء الاول في النبي صلى الله عليه وآله، والثاني في شعيب عليه السلام، ولا مكان الضبط بدونهما بالحفظ والشهود.

وبقي من الشروط التي اعتبرها المصنف^(٢) وغيره غلبة الحفظ، وانتهاء الخرس، والحرية على خلاف في الاخير. ويمكن دخول الاول في شرط الكمال^(٣)، وعدم اعتبار الاخير هنا مع أنه قطع به في

(١) أي احتمال ثبوت أمره بالخط بأن كان هناك كتاب من قبل الامام مضمونه أنه منصوب من قبله مع أمن التزوير، وذلك للسيرة الجارية على اكتفاء الناس بالكتابة في أمورهم من دون مطالبة شاهد.

(٢) هذا اعتراض على المصنف من أنه لم يذكر هذه الشروط مع أنها معتبرة عنده.

(٣) هذا اعتذار عنه: بأن عدم ذكره الاول لدخوله في شرط الكمال، فذكر

الدروس . وليس دخول الثاني في الكمال أولى ^١ من دخول البصر والكتابة فكان اللازم ذكره ، أو ادخال الجميع في الكمال .
وهذه الشرائط كلها معتبرة في القاضي مطلقاً ^٢ (الا في قاضي التحكيم) وهو الذي تراضى به الخصمان ليحكم بينهما مع وجود قاض منصوب من قبل الامام عليه السلام ، وذلك في حال حضوره ، فان حكمه ماض عليهما ، وان لم يستجمع جميع هذه الشرائط .
هذا مقتضى العبارة ، ولكن ليس المراد أنه يجوز خلوه منها أجمع ، فان استجماعه لشرائط الفتوى شرط اجماعاً ، وكذا بلوغه ، وعقله ، وطهارة مولده ، وغلبة حفظه ، وعدالته ، وانما يقع الاشتباه في الباقي .

والمصنف في الدروس قطع بأن شروط قاضي التحكيم هي شروط القاضي المنصوب أجمع من غير استثناء ، وكذلك قطع به المحقق في الشرائع ، والعلامة في كتبه وولده فخر المحققين في

الكمال يشمله، وعدم ذكر الاخير لأنه لم يعتبره هنا مع أنه قطع باعتباره في الدروس .
(١) وهذا دفع دخل مقدر ، وهو أن دخول غلبة الحفظ في شرط الكمال يوجب دخول انتفاء الخرس فيه ، لان النقصان فيه أظهر ، فلا وجه لتخصيص امكان الدخول في شرط الكمال بغلبة الحفظ .

وجوابه : ان ذلك يشارك فقد البصر والكتابة في كونهما نقصاً ظاهراً ، فكان

اللازم ذكر الجميع أو ادخال الجميع في الكمال .

(٢) منصوباً بالخصوص أو العموم .

الشرح^(١)، فانه قال فيه^(٢): التحكيم الشرعى هو أن يحكم الخصمان واحداً جامعاً لشرائط الحكم سوى نص من له توليته^(٣) شرعاً عليه بولاية القضاء .

ويمكن حمل هذه العبارة على ذلك^(٤)، يجعله استثناء^(٥) من اعتبار جميع الشرائط كلها التي من جملةها توليته، المدلول عليه بقوله أولاً أو نائبه، ثم قوله: وثبت ولاية القاضى الخ^(٦)، ثم ذكر باقى الشرائط، فيصير التقدير أنه يشترط فى القاضى اجتماع ما ذكر الا

(١) أي شرح القواعد .

(٢) أي في الشرح .

(٣) أي سواء نص من له تولية الحكم - وهو الامام عليه السلام - على الواحد الجامع لشرائط الحكم بولاية القضاء، فالظرف الاول وهو لفظة « له » متعلق بمحذوف، والآخران بقوله « نص »، والضمير المجرور في « له » عائد الى « من »، والضمير في « توليته » الى الحكم، وفي « عليه » الى « الواحد » .

(٤) أي ويمكن حمل عبارة المصنف في المتن - وهي قوله « الا في قاضى التحكيم » - على قول فخر المحققين .

(٥) أي يجعل قول المصنف « الا في قاضى التحكيم » استثناء من اعتبار جميع الشرائط كلها التي من جملةها توليته، أي تواية الامام له المدلول عليه « بقوله أولاً أو نائبه » .

(٦) عطف على بقوله « أولاً »، أي تولية المدلول عليه بقوله « أولاً » ثم بقوله

« وثبت ولاية القاضى » .

قاضي التحكيم فلا يشترط فيه اجتماعه ، لصحته بدون التولية ، وهذا هو الانسب بفتوى المصنف والاصحاب .

ويمكن على بعد أن يستثنى من الشرط المذكور أمر آخر ، بأن لا يعتبر المصنف هنا فيه البصر والكتابة ، لان حكمه في واقعة أو وقائع خاصة يمكن ضبطها بدونهما ، أو لا يجب عليه ضبطها ، لانه قاضي تراض من الخصمين فقد قدما على ذلك ، ومن أراد منهما ضبط ما يحتاج اليه أشهد عليه . مع أن في الشرطين خلافاً في مطلق القاضى ، ففيه أولى بالجواز ، لانتفاء المانع الوارد في العام بكثرة الوقائع ، وعسر الضبط بدونهما .

وأما الذكورية فلم ينقل أحد فيها خلافاً ، ويبعد اختصاص قاضي التحكيم بعدم اشتراطها وان كان محتملاً . ولا ضرورة هنا الى استثنائها ، لان الاستثناء هو المجموع لا الافراد ^(١) .

واعلم أن قاضي التحكيم لا يتصور في حال الغيبة مطلقاً ، لانه

(١) أي على احتمال عدم اشتراط الذكورية في قاضي التحكيم لضرورة الى استثنائها على سبيل الافراد ، لان الاستثناء هو المجموع كما ذكر في التولية . ومعنى استثناء المجموع أن مجموع شرائط القاضي لا يعتبر في قاضي التحكيم . ولا ضرورة هنا الى استثناء الذكورية بناءً على احتمال عدم اشتراطه ، لأن المصنف لم يكن بصدد بيان أن المستثنى أي شيء ، بل في مقام بيان أن قاضي التحكيم لا يجب أن يكون واجداً لجميع الشرائط . وهذا واضح .

ان كان مجتهداً نفذ حكمه بغير تحكيم ، والا لم ينفذ حكمه مطلقاً
اجماعاً ، وانما يتحقق مع جمعه للشرائط حال حضوره عليه السلام
وعدم نصبه كما بيناه .

وقد تحرر من ذلك : أن الاجتهاد شرط فى القاضى فى جميع
الازمان والاحوال ، وهو موضع وفاق . وهل يشترط فى نفوذ حكم
قاضى التحكيم تراضى الخصمين به بعده؟ قولان^(١) : أجودهما العدم ،
عملاً باطلاق النصوص .

(ويجوز ارتزاق القاضى من بيت المال مع الحاجة) الى
الارتزاق لعدم المال ، أو الوصلة اليه ، سواء تعين القضاء عليه أم
لا ، لان بيت المال معد للمصالح وهو من أعظمها .

وقيل : لا يجوز مع تعيينه عليه^(٢) لوجوبه ، ويضعف بأن المنع
حينئذ من الاجرة لا من الرزق .

(ولا يجوز الجعل) ، ولا الاجرة^(٣) (من الخصوم) ، ولا من

(١) لا اشكال فى اعتبار رضى الخصمين قبل تمام الحكم ، وانما الخلاف فى
اعتبار رضاهما بعد الحكم . والاقوى العدم ، لاطلاق النصوص الدالة على لزوم
الحكم بعده فى مطلق القاضى [الوسائل الباب ١ من أبواب صفات القاضى الحديث :
٥] وغيره .

(٢) بناء على عدم جواز أخذ الاجرة على الواجبات كما هو المشهور ظاهراً .
(٣) الجعل هو العوض على عمل فى الجعالة ، والفرق بينها والاجارة أن فى

غيرهم ، لانه فى معنى الرشا ^(١) .

(والمرتزة) من بيت المال (المؤذن ، والقاسم ، والكاتب)
 للإمام ، أو لضبط بيت المال ، أو الحجج ^(٢) ، ونحوها من المصالح
 (ومعلم القرآن والاداب) كالعريبة ، وعلم الاخلاق الفاضلة ،
 ونحوها ، (وصاحب الديوان) الذي بيده ضبط القضاة والجند
 وأرزاقهم ونحوها من المصالح ، (ووالي بيت المال) الذي يحفظه
 ويضبطه ويعطي منه ما يؤمر به ونحوه .

وليس الارتزاق منحصراً فيمن ذكر ، بل مصرفه كل مصلحة
 من مصالح الاسلام ليس لها جهة غيره ^(٣) ، أو قصرت جهتها عنها ^(٤) .
 (ويجب على القاضي التسوية بين الخصمين في الكلام) معهما ،
 (والسلام) عليهما ، ورده اذا

الاجارة يستحق الاجرة بنفس العقد ، بخلاف الجمالة حيث أنه لا يستحق الا بعد
 العمل كما هو محرر في بابها .

(١) الرشا بالضم والكسر جمع الرشوة مثلثة الراء ، وهو أخذ الحاكم مالا
 لأجل الحكم . وعلى تحريمه اجماع المسلمين .

وكما يحرم على المرتشي يحرم على المعطي أيضاً لاعانته على الاثم والعدوان .

(٢) والمراد بها الاسناد التي يتمسك بها المترافعان عند الحاكم .

(٣) أي لهذه المصلحة جهة غير بيت المال .

(٤) أي قصرت جهة المصلحة عنها ، أي عن المصلحة ، بأن لم تكن وافية لها ،

فيجوز حينئذ تميمها من بيت المال .

سلما^(١) ، (والنظر) اليهما ، (و) غيرها من (أنواع الاكرام) كالاذن في الدخول، والقيام، والمجلس^(٢) وطلاقة الوجه ، (والانصات) لكلامهما، (والانصاف) لكل منهما^(٣) اذا وقع منه ما يقتضيه ، هذا هو المشهور بين الاصحاب .

وذهب سلارو العلامة في المختلف الى أن التسوية بينهما مستحبة عملاً بأصالة البراءة ، واستضعافاً لمستند الوجوب^(٤) . هذا اذا كانا مسلمين ، أو كافرين ، (و) لو كان أحدهما مسلماً والاخر كافراً كان (له أن يرفع المسلم على الكافر في المجلس) رفعاً صورياً ، أو معنوياً كقربه الى القاضي أو على يمينه ، كما جلس علي عليه السلام بجنب شريح في خصومة له مع يهودي^(٥) ، (وان يجلس المسلم مع

(١) فاذا سلما معاً يرد عليهما معاً . ولو لم يمكن التسوية بينهما في الجواب - بأن يسلم أحدهما دون الآخر - فليصبر قليلاً رجاء أن يسام الآخر فيجمعهما في رد السلام ، فان طال الفصل بحيث يخرج عن كونه جواباً للأول فليرد قبله على المسلم ، ولا بأس به .

(٢) بأن لا يرفع أحدهما على الآخر في المجلس ، بل يجلسهما بين يديه للتسوية بينهما .

(٣) كما لو صدر من كل واحد ما يوجب انتهاك الآخر، فانه يجب على القاضي التسوية بينهما في تأديبهما وردعهما عن اسائة الأدب مثلاً وهكذا .

(٤) الوسائل الباب ٣ من أبواب آداب القاضي .

(٥) روي أن علياً عليه الصلاة والسلام جلس في جنب شريح في خصومة له

قيام الكافر) .

وهل تجب التسوية بينهما فيما عدا ذلك ؟ ظاهر العبارة وغيرها ذلك ، ويحتمل تعديه الى غيره من وجوه الاكرام ^١ .

(ولا تجب التسوية) بين الخصمين مطلقاً (في الميل القلبي) ، اذ لا غضاضة ^٢ فيه على الناقص ، ولا ادلال ^٣ للمتصف ، لعدم اطلاعهما ولاغيرهما عليه . نعم تستحب التسوية فيه ما أمكن .

(واذا بدر أحد الخصمين بدعوى سمع منه) وجوباً تلك الدعوى لا جميع ما يريد منها ^٤ ، ولو قال الاخر: كنت أنا المدعي ، لم يلتفت اليه حتى تنتهي تلك الحكومة .

(ولو ابتدرا) ^٥ معاً (سمع من الذي على يمين صاحبه) دعوى

مع يهودي في درع وقال : لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك ، ولكن رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : لانساوورهم في المجلس [محكي المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٤٤٤] .

(١) أي تعدى الاكرام المزبور الى غيره من وجوه الاكرام .

(٢) الغضاضة بفتح الحين الخفض والنقص عن مقامه .

(٣) الادلال الانبساط والوثوق بمحبته ، والمراد أن من نقص بعدم الميل القلبي لاغضاضة عليه لعدم ظهوره ، ولايحصل للمتصف بالميل اليه غرور واعتبار بسبب ذلك .

(٤) أي من الدعوى غير هذه ، كما لو كان له دعوى متعددة فسماعه في تلك الدعوى لا يقتضي سماع غيرها .

(٥) أي سبقا الى الدعوى .

واحدة ثم سمع دعوى الاخر ، لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ^(١) . وقيل : يقرع بينهما ، لورودها لكل مشكل ^(٢) .
وهذا منه ومثله ^(٣) ما لو تزاحم الطلبة عند مدرس والمستفتون عند المفتي مع وحبب التعليم والافتاء ^(٤) ، لكن هنا يقدم الاسبق ، فان جهل أو جاءوا معاً أقرع بينهم ، ولو جمعهم على درس واحد مع تقارب أفهامهم جاز ، والا فلا ^(٥) ، (واذا سكتا) فله أن يسكت حتى يتكلم ، وان شاء (فليقل : ليتكلم المدعي منكما ، أو تكلمتا) ، أو يأمر من يقول ذلك ، (ويكره تخصيص أحدهما بالخطاب) ^(٦) لما فيه من الترجيح الذي أقل مراتبه الكراهة .
(وتحرم الرشوة) بضم الراء وكسرها ، وهو أخذه مالا من أحدهما أو منهما ، أو من غيرهما على الحكم ، أو الهداية الى شيء من وجوهه ، سواء حكم لباذلهما بحق أم باطل .
وعلى تحريمها اجماع المسلمين ، وعن الباقر عليه السلام أنه

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب آداب القاضى الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

(٣) أي ومثل حكم المتخاصمين ما لو تزاحم الطلبة .

(٤) وأما مع عدم وجوب التعليم والافتاء عليه فالأمر اليهما يختاران من شاءه .

(٥) لأنه ظلم على من هو أفهم وتضييع لوقته .

(٦) وكان هذا مستثنى من وجوب التسوية في الكلام ، وعن ظاهر المبسوط

الكفر بالله ورسوله ^(١) .

وكما تحرم على المرتشي تحرم على المعطي ، لا عانتة على الاثم والعدوان ، الا أن يتوقف عليها تحصيل حقه ^(٢) ، فتحرم على المرتشي خاصة (فتجب اعادتها) مع وجودها ، ومع تلفها المثل أو القيمة ، (وتلقين أحد الخصمين حجته) ^(٣) أو ما فيه ضرر على خصمه ، واذا ادعى المدعي (فان وضع الحكم لزمه القضاء ، اذا التمسه المقضي له) فيقول : حكمت ، أو قضيت ، أو أنفذت ، أو مضيت ، أو ألزمت . ولا يكفي : ثبت عندي ، أو أن دعواك ثابتة . وفي أخرج إليه من حقه ، أو أمره بأخذه العين ، أو التصرف فيها قول جزم به العلامة ، وتوقف المصنف .

(ويستحب) له قبل الحكم (ترغيبهما في الصالح) فان تعذر

(١) ما عثرنا على هذه الرواية . نعم في [الوسائل الباب ٨ من أبواب آداب التقاضي الحديث ٨] المروي عن الصادق عليه السلام في حديث قال : وأما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله .

(٢) فانه يجوز حينئذ تحصيل حقه ، ولكن لا بسبب حكم هذا المرتشي لأنه يفسق بأخذه الرشوة ، بل من باب التقاض اذا لم يمكنه الترافع الى حاكم ، واجد لشرايط الحكم .

(٣) كأن يدعي على سبيل الاحتمال فيلقنه الدعوى بطريق الجزم حتى تسمع دعواه ، أو ادعى عليه قرض مثلا وأراد الجواب بالاداء فيعلمه الانكار لان لا يلزمه البيينة فيه بالاعتراف . وهكذا وذلك لأنه منصوب لقطع المنازعة لا لفتح بابها .

حكم بمقتضى الشرع ، فان اشتمه أرجأ حتى يتبين ، وعليه الاجتهاد فى تحصيله .

ويكره (أن يشفع) الى المستحق (فى اسقاط حق) ، أو الى المدعى (فى ابطال) دعوى ، (أو يتخذ حاجباً وقت القضاء) ، لنهى النبى صلى الله عليه وآله عنه ^(١) (أو يقضى مع اشتغال القلب بنعاس ، أو هم ، أو غم ، أو غضب ، أو جوع) ، أو شبع مفرطين ، أو مدافعة الاخبيين ، أو وجع . ولو قضى مع وجود أحدهما نفذ .

القول فى كيفية الحكم

(المدعى هو الذي يترك لو ترك) الخصومة ، وهو المعبر عنه بأنه الذي يخلى وسكوته ، وقيل هو من يخالف قوله الاصل ، أو الظاهر . (والمنكر مقابله) فى الجميع .

ولا يختلف موجبها غالباً ، كما اذا طالب زيد عمراً بدين فى ذمته ، أو عين فى يده فأنكر فزيد لو سكت ترك ، ويخالف قوله الاصل ، لاصالة براءة ذمة عمرو من الدين ، وعدم تعلق حق زيد بالعين ، ويخالف قوله الظاهر من براءة

(١) قال صلى الله عليه وآله : من ولى شيئاً من أمور الناس فاحتجب دون

حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته . الحديث كما عن سنن البيهقي ج ١٠

عمرو^١ ، وعمرو لا يترك ، ويوافق قوله الاصل والظاهر . فهو مدعى عليه وزيد مدعى على الجميع .

وقد يختلف ، كما اذا أسلم زوجان قبل الدخول^(٢) فقال الزوج: أسلمنا معاً فالنكاح باق ، وقالت : مرتباً فلانكاح . فهي على الاولين^(٣) مدعية ، لانها لو تركت الخصومة لتركت واستمر النكاح المعلوم وقوعه ، والزوج لا يترك لو سكت عنها لزمها انفساخ النكاح ، والاصل عدم التعاقب ، لاستدعائه^(٤) تقدم أحد الحادئين على الاخر ،

(١) وكان المراد من الظاهر هنا أن السيرة جارية على عدم الاعتناء بصرف احتمال تعلق حق بذمة عمرو مثلاً ، بل في ظاهر الشرع يرتب آثار عدمه ولو لم يكن قرينة على عدمه . بل ولا أصل عملي حتى يظهر خلافه ، لا الظاهر بالقرينة الخارجية لما ذكرنا من ترتيب آثار عدم الحق ولو لم يكن هناك قرينة .

ويمكن أن يكون المراد بالظاهر الظاهر بالقرينة الخارجية التي توجب ظهور براءة عمرو .

(٢) قيد قبل الدخول لانه لو كان اسلامهما بعد الدخول لاينفع لها دعوى اسلامهما مترتباً ومتدرجاً ، لان الاسلام متدرجاً بعد الدخول لا يوجب انفساخ النكاح بل يتوقف على انقضاء العدة ، كما هو محقق في بابه .

(٣) وهما لو ترك ترك ، ويخالف قوله الاصل .

(٤) أي لاستدعاء التعاقب تقدم أحد الحادئين على الاخر والاصل عدم هذا التقدم ولازمه بقاء النكاح . ولكن لا يخفى بناءً على هذا التعريف أن الزوج مدعى أيضاً ، لانه يدعى تقارن الاسلامين والاصل عدمه .

والاصل عدمه . وعلى الظاهر الزوج مدع ، لبعده التساوق ^(١) ، فعلى الاولين يخلف الزوج ويستمر النكاح ، وعلى الثالث تحلف المرأة ويبطل .

وكذا لو ادعى الزوج الانفاق مع اجتماعهما ويساره ^(٢) وأنكرته ، فمعه الظاهر ، ومعها الاصل .

وحيث عرف المدعي فادعى دعوى ملزمة معلومة جازمة قبلت اتفاقاً . وان تخلف الاول ^(٣) - كدعوى هبة غير مقبوضة ، أو وقف كذلك ، أو رهن عند مشروطه ^(٤) - لم تسمع ، وان تخلف الثانى - كدعوى شىء وثوب وفرس - ففى سماعها قولان :

أحدهما وهو الذي جزم به المصنف فى الدروس العدم ، لعدم

وبعبارة أخرى: ان التعاقب والتقارن كليهما مسبوقين بالعدم، فلا ترجح لأحدهما حتى يجري الأصل فيه دون الآخر . فليتمل .

(١) فبعده التساوق يصير منشأ لظهور التعاقب . والمراد بالظهور هنا هو الاحتمال الراجح .

(٢) أي مع اجتماع الزوجين ويسار الزوج . ولا يخفى أن مطلق اليسار لا يصير سبباً لظهور حاله في الانفاق ، بل لا بد له من قرينة أخرى توجب الظهور المذكور كدبائنه وشرافته وأمثال ذلك .

(٣) أي دعوى ملزمة .

(٤) أي عند مشروط القبض في الرهن .

فائدتها^(١) ، وهو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بنعم ، بل لا بد من ضبط المثلى بصفاته والقيمي بقيمته ، والايمان بجنسها ونوعها وقدرها . وان كان البيع وشبهه^(٢) ينصرف اطلاقه الى نقد البلد ، لانه ايجاب في الحال وهو غير مختلف ، والدعوى اخبار عن الماضي وهو مختلف .

والثاني : وهو الاقوى السماع ، لاطلاق الادلة^(٣) الدالة على وجوب الحكم .

وما ذكر لا يصلح للتقييد ، لامكان الحكم بالمجهول ، فيحبس حتى يبينه كالاقرار ، ولان المدعي ربما يعلم حقه بوجه ما خاصة ، بأن يعلم أن له عنده ثوباً أو فرساً ، ولا يعلم شخصهما ولا صفتهما ، فلو لم تسمع دعواه بطل حقه ، فالمقتضي له موجود والمانع مفقود .

(١) أي فائدة هذه الدعوى وذلك لأن الهبة المجردة عن القبض لا تنفيذ الملك حتى يصبح دعواها ، وكذلك الوقف ونحوه .

(٢) كلمة « ان » وصالية ، وحاصله : انه فرق بين البيع وشبهه ودعوى غير معلومة ، حيث أن البيع ونحوه ينصرف اطلاقه الى نقد البلد فبالانصراف يصير معلوماً ، لان البيع ايجاب في الحال والحال شيء لا تعدد فيه ، بخلاف الماضي فانه متعدد للأزمنة المتعددة ، وليس له انصراف الى شيء منها .

(٣) كقوله تعالى « ان احكم بينهم بما أنزل الله » [المائدة : الاية ٤٩] وقوله تعالى « حتى يحكموك فيما شجر بينهم » [النساء : الاية ٦٥] وقوله تعالى « فان جاؤك فاحكم بينهم » [المائدة : الاية ٤٢] .

والفرق بين الاقرار والدعوى - بأن المقر لو طُلب بالتفصيل ربما رجع^(١)، والمدعي لا يرجع لوجود داعي الحاجة فيه دونه - غير كاف في ذلك^(٢)، لما ذكرناه^(٣). وان تخلف الثالث - وهو الجزم بأن صرح بالظن أو الوهم - ففي سماعها أوجه^(٤)، أوجهها السماع فيما يعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة، دون المعاملات، وان لم يتوجه على المدعي هنا الحلف برد، ولا نكول، ولا مع شاهد، بل ان حلف المنكر، أو أقر، أو نكل وقضينا به، والا وقفت الدعوى. اذا تقرر ذلك فاذا ادعى دعوى مسموعة طُلب المدعى عليه بالجواب. (وجواب المدعى عليه اما اقرار) بالحق المدعى به أجمع (أو انكار) له أجمع، أو مركب منهما فيلزمه حكمهما، (أو سكوت).

(١) أي رجع عن اقراره، فلا بد من سماع اقراره المجهول أولاً ثم الزامه بالتفصيل، لانه لو كان السماع موقوفاً على التفصيل لربما رجع في حال مطالبته بالتفصيل، فيبطل حق المقر له.

(٢) قوله « غير كاف » خبر لقوله « والفرق بين الاقرار » الى آخره، أي الفرق المزبور غير كاف في عدم سماع الدعوى المجهولة.

(٣) من اطلاق الأدلة ومن لزوم ابطال حق المدعي في بعض الأحوال، وهو ما لو يعلم حقه اجمالاً ولا يعلم خصوصياته.

(٤) أحدها عدم السماع مطلقاً كما عن المحقق في الشرائع، وذلك لان الدعوى يلزمها أن يتعقبها يمين المدعي بالرد للروايات المستفيضة ولا يمين الامع الجزم. وثانيها السماع مطلقاً، لأن المقتضي - وهو الأدلة المذكورة - موجود وما ذكر

وجعل السكوت جواباً مجازاً شائع في الاستعمال ، فكثيراً ما يقال: ترك الجواب جواب المقال ، (فالإقرار يمضي) على المقر (مع الكمال) أي كمال المقر على وجه يسمع إقراره بالبلوغ ، والعقل مطلقاً^(١) ورفع الحجر فيما يمتنع نفوذه به^(٢) ، وسيأتي تفصيله . فان التمس المدعي حينئذ الحكم حكم عليه فيقول : ألزمتك ذلك ، أو قضيت عليك به .

(ولو التمس) المدعي من الحاكم (كتابة إقراره كتب وأشهد مع معرفته^(٣) ، أو شهادة عدلين بمعرفته^(٤) ، أو اقتناعه بحليته^(٥)) لا بمجرد إقراره وان صادقه المدعي ، حذراً من تواطؤهما^(٦) على نسب لغيرهما ، ليلزما إذا النسب بما لا يستحق عليه .

لا يصلح أن يكون مانعاً . وثالثها التفصيل المذكور .

(١) أي معتبر في جميع أموره .

(٢) أي فيما يمتنع نفوذ إقراره به كالمال المحجور عليه دون ما لا يمتنع كالإقرار بمال في الذمة .

(٣) أي أشهد مع التماس المدعي أيضاً من الحاكم الأشهاد لا بدونه .

(٤) أي شهادة عدلين بمعرفته وان اسمه كذا ونسبه كذا .

(٥) أي اقتناع الحاكم بحلية المدعي عليه وهو المقر والحلية ما يرى من لونه وصفاته الخاصة التي لا يشار كها فيها غيره .

(٦) أي تواطؤ المتداعيين لإثبات إقرار على ثالث ، بأن يقول المدعي عليه للحاكم : أنا مقر بما يدعي المدعي ، وادعى نسباً لغيره بأن يقول: أنا فلان بن فلان ،

(فان ادعى الاعسار) وهو عجزه عن أداء الحق لعدم ملكه لما زاد عن داره وثيابه اللاتمة بحاله ودابته وخادمه كذلك ، وقوت يوم وليلة له ولعِياله الواجبى النفقة. (وثبت صدقه) فيه (ببينة مطلعة على باطن أمره) مراقبة له فى خلواته ، واجدة صبره على ما لا يصبر عليه واجد المال عادة حتى ظهر لها قرائن الفقر ، ومخايل^(١) الاضاقة ، مع شهادتها على نحو ذلك بما يتضمن الاثبات ، لا على النفي الصرف^(٢) ، (أو بتصديق خصمه) له على الاعسار ، (أو كان أصل

مع ان هذا النسب والاسم لشخص آخر وصادقه المدعى في المقالة المزبورة، فكتب الحاكم سنداً على طبق هذه المقالة مع أنه خلاف الواقع وان ذا النسب ما أقرب شيء ولكن يصير ذلك السند حجة عليه وموجباً لالزامهما اياه عند الحاكم بما لا يستحق عليه .

(١) جمع مخيلة ، وهي المظنة . والمراد بها علامات الضيق والاعسار .
 (٢) قال في المسالك في أحكام المفلس : وان شهدت باعساره مطلقاً ، أي من غير تعرض لتلف أمواله ، فلا بد في ذلك من كون الشاهدين لهما صحبة مؤكدة مع المشهود له ومعاشره كثيرة بحيث يطلعان بها على باطن أمره غالباً ، فان الأموال قد تخفى ولا يعرف تفصيلها الا بأمثال ذلك . وانما اعتبر ذلك هنا دون ما لو شهدا بتلف ماله ، لأن مرجع هذه الشهادة الى الشهادة على النفي ، فان معنى اعساره أنه لامال له ، ومن حق الشهادة على النفي أن لا يقبل ، حتى ذهب بعض العامة الى عدم قبولها هنا لذلك ، وانما قبلت عندنا وعند أكثر من خالفنا بضبطها على وجه يلحقها بالاثبات ، بأن يكون من أهل الخبرة بحاله لكثرة خلطته وطول مجاورته حتى اطلعت على باطن أمره وشهدت مع ذلك باثبات يتضمن النفي لاعلى النفي

الدعوى بغير مال) ، بل جنائية أوجبت^(١) مالا أو اتلافاً ، فانه حينئذ يقبل قوله^(٢) فيه ، لاصالة عدم المال . بخلاف ما اذا كان أصل الدعوى مالا ، فان أصالة بقاءه تمنع من قبول قوله .

وانما يثبت^(٣) اعساره بأحد الامرين : البينة ، أو تصديق الغريم . وظاهره^(٤) أنه لا يتوقف مع البينة على اليمين وهو أجود القولين . ولو شهدت البينة بالاعسار في القسم

الصرف بأن يقول له : انه معسر لا يملك الا قوت يومه وثياب بدنه ونحو ذلك - انتهى ما أردنا نقله لتوضيح قوله « لا على النفي الصرف » .

ولكن لا يخفى أنه في الصورة المفروضة - وهو المراقبة له في خلواته - واجدة صبره على ما لا يصبر عليه صاحب المال لا ينفك عن شهادة الاثبات وهو الشهادة على الاعسار المطلق ، كما لعله واضح .

(١) أي أصل الدعوى جنائية أوجبت مالا ، كما لو كانت الدعوى جنائية على مملوك توجب ارشاً مثلاً ، أو اتلافاً كما لو ادعى اتلاف فرسه مثلاً .

(٢) أي من غير بيينة ولكن مع يمينه لموافقة دعواه الاصل .

(٣) أي حين كون أصل الدعوى مالا .

(٤) وانما قال « وظاهره » لاحتمال أن يكون قوله « وحلف » قيداً لكل واحد من قوله « ثبت صدقه » وقوله « أو كان الدعوى بغير مال » أو الخصوص قوله « أو كان أصل الدعوى بغير مال فقط » . ويؤيد هذا الاحتمال ذهب جماعة منهم المحقق في الشرائع الى أن لهم احلافه دفعاً للاحتمال الخفي الذي لا يزول بالبينة راساً . ويؤيده أيضاً أن قول المصنف « ترك بحسب الظاهر » جزاء لقوله « فان ادعى الاعسار » ، فالحلف يترتب على الصور الثلاث جميعاً ، وعلى استظهار

الثانى ^(١) فأولى بعدم اليمين . وعلى تقدير كون الدعوى ليست مالا (وحلف) على الاعسار (ترك) الى أن يقدر ، ولا يكلف التكسب فى المشهور ^(٢) ، وان وجب عليه السعي ^(٣) على وفاء الدين ، (والا) يتفق ذلك بأن لم يقم بينة ، ولا صادقه الغريم مطلقاً ^(٤) ، ولا حلف حيث لا يكون أصل الدعوى مالا (حبس) وبحث عن باطن أمره (حتى يعلم حاله) فان علم له مال أمر بالوفاء ، فان امتنع باشره القاضى ولو يبيع ماله ان كان مخالفاً للحق ^(٥) ، وان علم عدم المال ، أو لم يف الموجود بوفاء الجميع أطلق بعد صرف الموجود .

(وأما الانكار فان كان الحاكم عالماً) بالحق (قضى بعلمه)

الشارح قدس سره يختص بصورة كون الدعوى ليست مالا ، فيختل نظم الكلام وانسجام العبارة . فليأمل -

(١) وهو كون الدعوى غير مال .

(٢) وحكي عن الشيخ أنه بعد ثبوت الاعسار يسلم الى الغرماء ليستعملوه ويأخذوا منه ما فضل عن قوته وقوت عياله .

(٣) اذ لا منافاه بين وجوب السعي وعدم وجوب تكليفه ، كما لعله واضح .

(٤) أي سواء كان أصل الدعوى مالا أم لا ، فان قيام البينة ومصادقة الغريم له مطلقاً موجب لترك المعسر الى أن يقدر ، سواء كان أصل الدعوى مالا أم غيره .

(٥) أي ان كان ماله مخالفاً لجنس الحق ، كما لو كان ماله داراً وحقه ذهباً أو

فضة مثلاً ، فيبيعه القاضى ويوفي حقه .

مطلقاً^(١) على أصح القولين ، ولا فرق بين علمه به في حال ولايته
ومكانها وغيرهما^(٢).

وليس له حينئذ طلب البينة من المدعي مع فقدتها قطعاً ، ولا
مع وجودها على الأقوى وان قصد دفع التهمة ، الا مع رضاء المدعي.
والمراد بعلمه هنا العلم الخاص ، وهو الاطلاع الجازم ، لا بمثل
وجود خطه به اذا لم يذكر الواقعة وان أمن التزوير .

نعم لو شهد عنده عدلان بحكمه به ولم يتذكر فالأقوى جواز
القضاء ، كما لو شهدا بذلك عند غيره . ووجه المنع^(٣) امكان رجوعه
الى العلم لانه فعله ، بخلاف شهادتهما عند الحاكم على حكم غيره
فانه يكفي الظن ، تنزيلاً لكل باب على الممكن فيه . ولو شهدا عليه
بشهادته به^(٤) لا بحكمه ، فالظاهر أنه كذلك^(٥) .

(١) أي سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الادميين .

(٢) هذا رد على بعض المخالفين ، فانهم حكموا بأنه قضى بعلمه لو علم بالحق
في مكان الولاية دون غيرها .

(٣) أي وجه منع القضاء امكان رجوع الأمر المذكور - وهو شهادة عدلين
بحكمه به - الى العلم ، حيث أن الحكم المذكور هو فعله فيمكن أن يتذكر ولو
بعد حين . وهذا بخلاف شهادتهما عند الحاكم على حكم غيره ، فانه ليس كذلك ،
فلا بد أن يكتفى بالظن .

(٤) أي ولو شهدا على القاضي بشهادته بالحق لا بحكمه .

(٥) أي كشادتهما بحكمه في امكان رجوعه الى العلم .

(والا) يعلم الحاكم بالحق (طلب البينة) من المدعي ان لم يكن عالماً بأنه موضع المطالبة بها ، والاجاز للحاكم السكوت ، (فان قال : لا بينة لي ، عرفه أن له احلافه ، فان طلبه) أي طلب احلافه (حلفه [الحاكم] ، ولا يتبرع) الحاكم (باحلافه) ، لانه حق للمدعي فلا يستوفى بدون مطالبته وان كان ايقاعه الى الحاكم^(١) ، فلو تبرع المنكر به ، أو استحلفه الحاكم من دون التماس المدعي لغى^(٢) .

(و) كذا (لا يستقل به الغريم من دون اذن الحاكم) لما قلناه : من أن ايقاعه موقوف على اذنه وان كان حقاً لغيره لانه وظيفته ، (فان حلف) المنكر على الوجه المعتبر (سقطت الدعوى عنه) وان بقي الحق في ذمته^(٣) (وحرّم مقاصته به) لو ظفر المدعي بمال وان كان مماثلاً لحقه ، الا أن يكذب المنكر نفسه بعد ذلك^(٤) .

(و) كذا (لا تسمع البينة) من المدعي (بعده) أي بعد حلف المنكر على أصح الاقوال ،

(١) اذر بما لا يريد سقوط الدعوى في هذا المجلس بل بقاءها الى وقت آخر ليتذكر البينة مثلاً أو شيء آخر وهكذا .

(٢) ولم يعتمد به .

(٣) لو كان كاذباً فيجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى التخلص منه .

(٤) فانه جاز للمدعي مقاصته حيثئذ مع اجتماع شرائط التقاص .

لصحيحة ابن أبي يعفور^(١) عن الصادق عليه السلام : اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر بحقه فاستحلفه فحلف أن لاحق له قبله^(٢) وان أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامة^(٣) ، فان اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه . وغيرها من الاخبار .

وقيل : تسمع بينته مطلقاً . وقيل : مع عدم علمه بالبينة وقت

تحليفه ولو بنسيانها . والاخبار حجة عليهما .

(وان لم يحلف) المدعى عليه (ورد اليمين) على المدعي

(حلف المدعي) ان كانت دعواه قطعية ، والا لم يتوجه الرد عليه

كما مر^(٤) . وكذا لو كان المدعي ولياً أو وصياً ، فانه لا يمين عليه وان

علم بالحال ، بل يلزم المنكر بالحلف فان أبي حبس الى أن يحلف ،

أو يقضي بنكوله (فان امتنع) المدعي من الحلف حيث يتوجه عليه

(سقطت دعواه)^(٥) في هذا المجلس قطعاً ، وفي غيره على قول

(١) الوسائل الباب : ٩ من أبواب كيفية أحكام القضاء حديث : ١ .

(٢) أي لاحق له عنده .

(٣) بناء على أن المراد وان أقام الشهود بعدد خمسين قسامة أي أقام خمسين

شاهداً ، اذ القسامة انما هي الأيمان تقسم على أولياء المقتول وهي خمسون .

(٤) في قوله : وان لم يتوجه على المدعي هنا الحلف برد ولا نكول .

(٥) هذا اذا امتنع مطلقاً ، وأما لو ذكر لامتناعه سبباً مثل النظر في دفتر محاسباته

أو الاثيان بالبينة ونحو ذلك لم يسقط دعواه بل يترك ولم يبطل حقه عن اليمين ،

لأن المتبادر من الامتناع هو الامتناع المطلق كما عن بعض المحققين .

مشهور، الا أن يأتي ببينة، ولو استمهل أمهل^(١)، بخلاف المنكر^(٢).
ولو طلب المدعي احضار المال قبل حلفه، ففي اجابته قولان:
أجودهما العدم، ومتى حلف المدعي ثبت حقه لكن هل يكون حلفه
كإقرار الغريم^(٣)، أو كالبيينة؟ قولان: أجودهما الاول^(٤).
وتظهر الفائدة في مواضع كثيرة^(٥) متفرقة في أبواب الفقه.

(١) لأن اليمين حقه فله تأخيرها الى أن يشاء كالبيينة فيتمكن من اقامتها متى تمكن
منها.

(٢) فانه لا يمهل، لأن الحق لغيره.

(٣) أي المنكر، لأنه بسبب رده أو نكوله صار سبباً لوصول الحق الى المدعي
فيكون بمنزلة إقراره، أو يكون كالبيينة لأنه الحججة له بعد رد المنكر.

(٤) وكان وجهه أن الإقرار كما يكون سبباً لوصول الحق الى المقر له تبعداً
من دون أن يكون طريقاً الى اثباته - وإذا لا يسمع إنكاره بعد إقراره - كذلك
الحلف فانه يصير سبباً لازامه بشيء لم يثبت. فليأمل. وهذا بخلاف البيينة فانها
جعلت طريقاً الى مؤداها.

(٥) منها ان المدعى عليه اذا أقام بيينة على أداء المال أو على الإبراء عنه بعد
ما حلف المدعى، فان جعلنا يمينه كيمينته سمعت بيينة المدعى عليه، اذا لامنافاة بين
اليمينتين حينئذ، بل بيينة المدعى عليه مؤيدة ليمين المدعى، اذ الاداء أو الإبراء فرع
لثبوت الحق، بخلاف ما اذا جعلنا يمين المدعي كإقرار المدعى عليه، اذ معنى
الإقرار أن الحق ثابت بالفعل، فلا يجتمع مع دعوى الاداء أو الإبراء.

ومنها ثبوت الحق بمجرد يمينه بناءً على أنه كالإقرار، واحتياجه الى حكم
الحاكم على القول بأنه كالبيينة، وغير ذلك من الفروع التي ذكرها في هذا المقام.

(وان نكل) المنكر عن اليمين وعن ردها على المدعي بأن قال : أنا ناكل ، أوقال : لا أحلف عقيب قول الحاكم له « احلف » ، أولاً أرد ^١ (ردت اليمين أيضاً) على المدعي بعد أن يقول الحاكم للمنكر : ان حلفت والاجعلتك ناكلا ورددت اليمين ، مرة ويستحب ثلاثاً ، فان حلف المدعي ثبت حقه ، وان نكل فكما مر ^٢ .

(وقيل) والقائل به الشيخان والصدوقان وجماعة : (يقضى) على المنكر بالحق (بنكوله) ، لصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام ^٣ أنه حكى عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام أنه ألزم أخرس بدين أدعي عليه فأنكر ونكل عن اليمين فألزمه بالدين بامتناعه عن اليمين .

ولكن لا يخفى أنه لا يمكن المساعدة على شيء من أمثال هذه المباني التي منشأها صرف الاستحسان، فالحق ما عن بعض المحققين كالآردبيلي وصاحب الكفاية من الرجوع في هذه الفروع الى الأصول والقواعد والعمل عليها .

(١) أي أوقال « لأرد » عقيب قول الحاكم له « ان لم تحلف فرد عليه اليمين » فجملة ان لم تحلف فرد عليه اليمين محذوفة بقرينة ماسبق ، فاستظهار بعض المحشين بقوله : والظاهر أن الواو بسدل أو حتى تكون عطفاً على لا أحلف ، ليس بتمام . وكيف كان فانما الاشكل في العبارة والا فالمراد واضح .

(٢) من سقوط دعواه في هذا المجلس وفي غيره على قول مشهور .

(٣) الوسائل الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ١ .

(والاول أقرب) ، لان النكول أعم من ثبوت الحق ، لجواز تركه اجلالاً^(١) ، ولا دلالة للعام على الخاص ، ولما روي^(٢) عن النبي صلى الله عليه وآله أنه رد اليمين على صاحب الحق ، وللأخبار^(٣) الدالة على رد اليمين على المدعي من غير تفصيل ، ولان الحكم مبني على الاحتياط التام ، ولا يحصل الا باليمين . وفي هذه الأدلة نظر بين^(٤) .

(وان قال) المدعي مع انكار غريمه (لي بينة ، عرفه) الحاكم (أن له احضارها ، وليقل : أحضرها ان شئت) ان لم يعلم ذلك (فان ذكر غيبتها خيره بين احلاف الغريم والصبر ، وكذا يتخير بين احلافه واقامة البينة وان كانت حاضرة ، وليس له طلب احلافه ثم

(١) أي اجلالاً لا اذعاناً بثبوت الحق .

(٢) الراوي هو الدارقطني عن ابن عمر ، فليراجع المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٣٠٠ .

(٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم أحكام الدعوى الحديث ٣ .

(٤) ولعل وجهه في الأول أن النكول لا يجعل دليلاً بنفسه على الحق ، بل الدليل شيء آخر في حال النكول من رواية أو اجماع كما ادعي أو أصل كذلك ، وفي الثاني ان النبوي عامي لسم يثبت حجيته ، وفي الثالث أن الأخبار الدالة على رد اليمين منصرفه الى رد المنكر فلا تشمل رد الحاكم ، وفي الرابع ان الاحتياط ليس من الأدلة مع ورود داييل على خلافه .

ثم هذا كله بيان لما يمكن أن يكون وجهاً للنظر ، ولكن الأقوى هو القول

اقامة البينة ، فان طلب احلافه ففيه ما مر^(١) ، وان طلب احضارها أمهله الى أن يحضر .

(وليس له الزامه^(٢) بكفيل) للغريم ، (ولا ملازمته) ، لانه تعجيل عقوبة^(٣) لم يثبت موجبها . وقيل : له ذلك .

(وان أحضرها وعرف المحاكم العدالة) فيها (حكم) بشهادتها بعد التماس المدعي سؤالها^(٤) والحكم ، ثم لا يقول لهما «اشهدا»^(٥) بل من كان عنده كلام أو شهادة ذكر ما عنده ان شاء ، فان أجابا بما

الأول ، لأصالة عدم ثبوت الحق على المنكر بمجرد النكول بعد عدم دليل صالح على ثبوت الحق للمدعي بمجرد نكول المنكر، اذ صحبحة محمد بن مسلم التي استدل بها الشارح لم يعمل بها المشهور كما صرح به بعض المحققين، بل القدر المسلم ثبوت الحق بالنكول وبالخلف من المدعي معاً بعد الرد عليه للاجماع عليه حيثئذ ، ولان الواجب على المنكر الخلف أو الرد على المدعي للاخبار الدالة على التخيير بينهما وفي فرض الامتناع عن الأمرين يرده الحاكم من باب الولاية على الممتنع .

(١) من أنه لا تسمع البينة من المدعي بعد حلف المنكر على الأصح .

(٢) أي ليس للمحاكم الزام المدعي عليه بكفيل للغريم ، أي المدعي اذ يطلق

الغريم على المدعي أيضاً .

(٣) أي الزامه بكل من الأمرين ، تعجيل عقوبة .

(٤) أي بعد طلب المدعي من الحاكم سؤال البينة والحكم بها .

(٥) لأنه أمر ، وهو لا يأمرهما بل يقول من كان عنده كلام - الى آخره .

لا يثبت به حق طرح قولهما ، وان قطعاً بالحق ، وطابق الدعوى ،
وعرف العدالة حكم كما ذكرنا .

(وان عرف الفسق ترك) ، ولا يطلب التزكية ، لان الجارح
مقدم ^١ (وان جهل) حالها (استزكى) أي طلب من المدعي تزكيتهما
فان زكاها بشاهدين على كل من الشاهدين يعرفان العدالة ومزيلها
أثبتها ^٢ ، (ثم سأل الخصم عن الجرح) فان اعترف بعدمه حكم
كما مر ، وان (استنظر أمهله ثلاثة أيام) ، فان أحضر الجارح نظر
في أمره على حسب ما يراه من تفصيل واجمال ^٣ وغيرهما ^٤ ، فان
قبله قدمه على التزكية لعدم المنافاة ^٥ ، (فان لم يأت بالجارح)
مطلقاً أو بعد المدة (حكم عليه بعد الالتماس) أي التماس المدعي
الحكم .

(١) اذ في فرض قيام المزكي لانعراض بينهما، لأن مستند التزكية هو الاعتماد
بحسن الظاهر لا العلم بباطن أمره ، والجارح يدعي العلم بما يوجب جرحه وفسقه .

(٢) أي أثبت الحاكم العدالة .

(٣) أي نظر في أمر الجارح على حسب ما يراه : من تفصيل بأن يبحث في أطراف
جرحه وخصوصيات ألفاظه مثلاً وما أشبه ذلك ، واجمال بأن يترك التفصيل ويسأل
عنه اجمالاً ولا يدقق في جوانب الجرح .

(٤) كالنظر في حاله فلعله اشبهه في جرحه وهكذا .

(٥) لما مر من أن مستند التزكية الى حسن الظاهر والجارح يدعي العلم بباطن
أمره .

(وان ارتاب الحاكم بالشهود) مطلقاً^(١) (فرقهم) استحباباً ،
(وسألهم عن مشخصات القضية) زماناً ومكاناً وغيرهما من المميزات ،
(فان اختلفت أقوالهم سقطت) شهادتهم .

ويستحب له عند الريبة وعظهم وأمرهم بالثبوت والاخذ بالجزم .
(ويكره له أن يعنت الشهود) أي يدخل عليهم العنت وهو المشقة
(اذا كانوا من أهل البصيرة بالتمييز) وغيره من التحريز^(٢) .

(ويحرم) عليه (أن يتعتع الشاهد) أصل التعتعة في الكلام
التردد فيه (وهو) هنا (أن يداخله في الشهادة) فيدخل معه كلمات
توقعه في التردد أو الغلط ، بأن يقول الشاهد : انه اشترى كذا فيقول
الحاكم : بمائة ، أو في المكان الفلاني ، أو يريد أن يتلفظ بشيء
ينفعه^(٣) فيداخله بغيره ليمنعه من اتمامه ونحو ذلك ، (أو يتعقبه) بكلام
ليجعله تمام ما يشهد به بحيث لولاه لتردد ، أو أتى بغيره ، بل يكف

(١) أي سواء كان ارتيابه في حال احرازه عدالتهم بنفسه أو بالتزكية . وربما
يقال المراد بقوله « مطلقاً » عدم الفرق بين شهود الأصل وشهود التزكية ، وحينئذ
فالمراد بالقضية في قوله « عن مشخصات القضية » الأمر المشهود عليه لا ما يتعلق
به الدعوى وان كان خلاف الظاهر .

(٢) بالزائين المعجمتين أي الشدة في الكلام - كما قيل في تفسيره . وفي
النسخة بدله التحرير بالراء ، أي التكليف بتمقيح الكلام وتحريره .

(٣) أي ينفع المدعي .

عنه حتى ينتهي ما عنده وان لم يفد ، أو تردد ، ثم يرتب عليه ما يلزمه ، (أو يرغبه في الإقامة) اذا وجده ^(١) متردداً (أو يزهده ^(٢) لو توقف ، ولا يقف عزم الغريم عن الاقرار الا في حقه تعالى) فيستحب أن يعرض المقر بحد الله تعالى بالكف عنه والتأويل .

(لقضية ما عز بن مالك عند النبي صلى الله عليه وآله) ^(٣) حين أقر عنده بالزنا في أربعة مواضع ، والنبي صلى الله عليه وآله يردده ويوقف عزمه تعريضاً لرجوعه ، ويقول له : لعلك قبلت ، أو غمزت ^(٤) ، أو نظرت قال : لا . قال : أفنكتها ^(٥) لا تكني . قال : نعم . قال : حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ؟ قال : نعم . قال : كما يغيب المرود في المكحلة والرشا في البئر ؟ قال : نعم . قال هل تدري ما الزنا ؟ قال : نعم أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً ، فعند ذلك أمر برجمه .

(١) أي وجد الشاهد متردداً .

(٢) تزهيده في الشيء وعن الشيء خلاف الترغيب فيه - كذا عن الصحاح .

(٣) سنن البيهقي ج ٨ ص ٢٢٦ .

(٤) أي عصرت .

(٥) وفي الحاشية المنسوبة الى الشارح قدس سره : الهمزة للاستفهام ، ونكتها مشتقة من النيك بمعنى الجماع ، ولا تكني فعل نفى للمخاطب مشتقة من الكناية وهذا أيضاً بطريق الاستفهام . وحاصل المعنى افعلت الجماع ، ولا تعبر بطريق

وكما يستحب تعريضه للانكار يكره لمن علمه منه غير المحاكم حثه على الاقرار ، لان هذا الا^(١) قال لما عز : بادر الى رسول الله صلى الله عليه وآله قبل أن ينزل فيك قرآن ، فقال له النبي صلى الله عليه وآله لما علم به : الا^(٢) سترته بثوبك كان خيراً لك .

واعلم أن المصنف رحمه الله ذكر أولاً أن جواب المدعى عليه اما اقرار ، أو انكار أو سكوت ولم يذكر القسم الثالث ، ولعله أدرجه في قسم الانكار على تقدير النكول ، لان مرجع حكم السكوت على المختار^(٣) الى تحليف المدعي بعد اعلام الساكت بالمحال .

الكناية عن القبلة وامثالها بالجماع بل أردت المعنى الحقيقي منه ام تكنى عنها بالزنا والجماع ؟ فقال: نعم أي نكتها ولا اكنى بل أردت المعنى الحقيقي . انتهى .
 (١) اسم رجل ، وهو أبو نعيم ابن دباب الأسلمي - كذا في المصباح المنير .
 (٢) الا بالفتح والتشديد المتويع ، وكان جواب شرط محذوف وهو « ان سترته » ، أي ان سترته كان خيراً لك .

(٣) أي مختار المصنف في الانكار على تقدير النكول لا مختاره في السكوت وان لم يساعده ظاهر العبارة لانه لم يختار شيئاً فيه لا في الكتاب ولا غيره .

وكيف كان فحاصل مقصوده: ان مختاره في تلك المسألة - وهو تحليف المدعي بعد نكول المنكر وقول الحاكم للمنكر ان حلفت والاجعلتك ناكلاً ورد اليمين على المدعي - يقتضي أن يكون حكم السكوت أيضاً كذلك، لأن السكوت مع الاصرار في حكم النكول بل هو النكول حقيقة فيازمه حكمه، فلا يكون للسكوت حكم آخر، بل حكمه حكم الانكار على تقدير النكول .

وفي بعض نسخ الكتاب نقل أن المصنف ألحق بخطه قوله :
 (وأما السكوت فان كان لافة) من طرش أو خرس (توصل)
 الحاكم (الى) معرفة (الجواب) بالاشارة المفيدة لليقين ، ولو
 بمترجمين عدلين ، (وان كان) السكوت (عناداً حبس حتى يجيب)
 على قول الشيخ في النهاية ، لان الجواب حق واجب عليه ، فاذا
 امتنع منه حبس حتى يؤديه ، (أو يحكم عليه بالنكول بعد عرض
 الجواب عليه) بأن يقول له : ان أجبت والا جعلتك ناكلا ، فان أصر
 حكم بنكوله على قول من يقضي بمجرد النكول ولو اشترطنا معه
 احلاف المدعى احلف بعده .

ويظهر من المصنف التخيير بين الامرين ، والاولى جعلهما
 اشارة الى القولين ، وفي الدروس اقتصر على حكايتهما قولين ولم
 يرجح شيئاً . والاول أقوى ^١ .

ولا ينافي هذا ما نقل عن المصنف انه ألحق بخطه قوله « وأما السكوت »
 الخ ، بدعوى أنه حكم بالتخيير بين حبسه حتى يجيب أو الحكم عليه بالنكول كما
 استظهره الشارح . لأن الأظهر أنه ذكرهما حكاية عن القولين لا للتخيير بين الامرين
 كما احتمل الشارح قدس سره ، وقال : والاولى جعلهما اشارة الى القولين .
 ويؤيد ذلك اقتصاره في الدروس على حكايتهما وعدم ترجيحه شيئاً . والله العالم .

(١) أي الحبس حتى يجيب .

القول في اليمين

(لا تنعقد اليمين الموجبة للحق) من المدعي (أو المسقطة للدعوى) من المنكر (الا بالله تعالى) وأسمائه الخاصة (مسلماً كان الحالف أو كافراً) . ولا يجوز بغير ذلك ، كالكتب المنزلة والانبياء والائمة ، لقول الصادق عليه السلام ^١ : لا يحلف بغير الله ، وقال اليهودي والنصراني والمجوسي لا تحلفوهم الا بالله .

وفي تحريمه ^٢ بغير الله في غير الدعوى نظر ، من ظاهر النهي في الخبر ^٣ ، وامكان حمله على الكراهة . أما باطلاق والعتاق والكفر ^٤ والبراءة فحرام قطعاً .

(ولو اُضيف مع الجلالة خالق كل شيء في المجوسى كان حسناً)
اماطة ^٥ لتأويله . ويظهر من الدروس تعيين اضافة

(١) الوسائل الباب ٣٢ من كتاب الايمان الحديث ٢ .

(٢) أي الحلف بغير الله .

(٣) أي الخبر المذكور آنفاً .

(٤) بأن يقول زوجتي طالق وعبدي حر ، أو كفرت بالله ان فعلت كذا ، ونحو ذلك .

(٥) أي ازالة لتأويله ، فانه يعتقد أن النور : الله فيحسن اضافة خالق كل شيء مع الجلالة حتى يعلم بأنه حلف بالله ، وبدون ذلك لا يمكن الجزم بأنه حلف بالله ،

نحو^١ ذلك فيه لذلك ، ومثله خالق النور والظلمة .
 (ولورأى الحاكم ردع الذمي^٢ بيمينهم فعل ، الا أن يشتمل
 على محرم) كما لو اشتمل على الحلف بالاب والابن^٣ ونحو ذلك ،
 وعليه حمل ماروي^٤ أن علياً عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة .
 وربما أشكل^٥ تحاييف بعض الكفار بالله تعالى ، لانكارهم له
 فلا يرون له حرمة ، كالمجوس فانهم لا يعتقدون وجود اله خلق النور
 والظلمة ، فليس في حالفهم به عليهم كلفة ، الا أن النص^٦ ورد بذلك .
 (وينبغي التخليط بالقول) مثل « والله الذي لا اله الا هو الرحمن
 الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذي يعلم من

اذ يحتمل أنه أراد بالله النور بحسب معتقده فلا يكون حالفاً بالله تعالى شأنه .

(١) أي نحو خالق كل شيء في المجوسي الأماطة ، وهذا هو الأقوى ، لما

ذكرنا من أنه لا يمكن الجزم بأنه حلف بالله الا بذلك .

(٢) بل مطلق الكافر كما قيل .

(٣) تعالى الله عن ذلك .

(٤) الوسائل الباب ٣٢ من كتاب الايمان الحديث ٤ .

(٥) ولكن يندفع هذا الاشكال بأن المدارفي ثبوت الاثر ذنوبياً وأخروياً على

نية المحلف لا الحالف قال في الجواهر ولو كان كافراً بانكار أصل واجب الوجود

نعوذ بالله فضلاً عن غيره بلا خلاف أجده في ذلك نصاً وفتوى . نعم يجب على

القاضي أن يذكر له أن المراد منه شرعاً الحلف بالله تعالى واجب الوجود .

(٦) الوسائل الباب ٣٢ من كتاب الايمان الحديث ٣ .

السر ما يعلمه من العلانية » . (والزمان) كالجمعة والعيد ، وبعد الزوال ، والعصر ، (والمكان) كالكعبة والحطيم والمقام ، والمسجد الحرام ، والحرم ، والاقصى تحت الصخرة ، والمساجد في المحراب .

واستحباب التغليظ ثابت (في الحقوق كلها ، الا أن ينقص المال عن نصاب القطع) وهو ربع دينار ، ولا يجب على الحالف الاجابة الى التغليظ ، ويكفيه قوله : « والله ما له عندي حق » . (ويستحب للحاكم وعظ الحالف قبله) وترغيبه في ترك اليمين ، اجلالاً لله تعالى ، أو خوفاً من عقابه على تقدير الكذب ، ويتلو عليه ماورد في ذلك من الاخبار والاثار ، مثل ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله : ^(١) من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً مما ذهب منه . وقول الصادق ^(٢) عليه السلام : من حلف بالله كاذباً كفر ، ومن حلف بالله صادقاً أثم ، ان الله عزوجل يقول « ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم » ^(٣) .

وعنه ^(٤) عليه السلام قال : حدثني أبي أن أباه كانت عنده امرأة

(١) الوسائل الباب ١ من كتاب الايمان الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب ١ من كتاب الايمان الحديث ٦ .

(٣) البقرة الاية ٢٢٤ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٤٣٥ باب كراهة اليمين .

من الخوارج فقضى^(١) لابي أنه طلقها ، فادعت عليه صداقها ، فجاءت به الى أمير المدينة تستعديه^(٢) ، فقال له أمير المدينة : يا على اما أن تحلف أو تعطئها ، فقال لى : يا بنى قم فاعطها أربعمائة دينار . فقلت : يا أبة جعلت فداك ألسن محقاً ؟ قال : بلى ولكنى أجللت الله عز وجل أن أحلف به يمين صبر^(٣) .

(ويكفى الحلف على نفى الاستحقاق وان أجاب) فى انكاره (بالاخص) ، كما اذا ادعى عليه قرضاً فأجاب بأنى ما اقترضت ، لان نفى الاستحقاق يشمل المتنازع وزيادة ، ولان المدعى قد يكون صادقاً فعرض^(٤) ما يسقط الدعوى . ولو اعترف به وادعى المسقط طولب بالبينة ، وقد يعجز عنها فدعت الحاجة الى قبول الجواب المطلق . وقيل : يلزمه الحلف على وفق ما أجاب به ، لانه بزعمه قادر على الحلف عليه حيث نفاه بخصوصه ان طلبه منه المدعى^(٥) . ويضعف بما ذكرناه ، وبامكان التسامح فى الجواب بما لا يتسامح فى اليمين .

(١) أي اتفق وقدر .

(٢) العدوى النصرة والتقوية .

(٣) عن المغرب يمين الصبر هي التي يصبر عليها أي يحبس حتى يحلف .

(٤) أي حدث ما يوجب اسقاط الدعوى كما اذا أداه بغير بينة .

(٥) أي طلب الحلف على وفق ما أجاب به .

(و) الحالف (يحلف) أبدأ (على القطع فى فعل نفسه وتركه وفعل غيره)^(١) ، لان ذلك يتضمن الاطلاع على الحال الممكن معه القطع ، (وعلى نفي العلم فى نفي فعل غيره) كما لو ادعى على مورثه مالا فكفاه الحالف على أنه لا يعلم به ، لانه يعسر الوقوف عليه ، بخلاف اثباته فان الوقوف عليه لا يعسر .

القول فى الشاهد واليمين

(كل ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين ، وهو كل ما كان مالا ، أو كان المقصود منه المال ، كالدين والقرض^(٢)) تخصيص بعقد التعميم ، (والغصب ، وعقود المعاوضات كالبيع والصلح) ، والاجارة ، والهبة المشروطة بالعرض^(٣) ، (والجناية الموجبة للمدية كالخطأ ، وعمد الخطأ ، وقتل الوالد ولده ، وقتل

(١) فالاقسام أربعة: الحلف على اثبات فعله، والحلف على نفي فعله ، والحلف على اثبات فعل غيره ، والحلف على نفي العلم فى نفي فعل غيره - أى ترك فعل غيره. والأمثلة هكذا : الأول « لى عليك عشرة » ، والثاني « ماأخذت منك شيئاً » ، والثالث « دفع اليك وكيلى المبلغ الفلانى » ، والرابع « لا أعلم بأن وكيلى أو مورثى أخذ منك شيئاً » .

(٢) هذان مثالان للمال ، لأن الدين والقرض مال، والغصب وما بعده أمثلة لما كان المقصود منه المال .

(٣) هذا القيد لدخولها فى عقود المعاوضات ، والا فالهبة اللازمة جميعها مما

الحر العبد ، والمسلم الكافر ، وكسر العظام) وان كان عمداً ،
(و) كذا (الجايفة والمأمومة) والمنقلة^(١) ، لما في ايجابها القصاص^(٢)
على تقدير العمد من التخريير .

(ولا يثبت) بالشاهد واليمين (عيوب النساء) وكذا عيوب
الرجال ، لاشتراكهما في عدم تضمنهما المال ، (ولا الخلع) لانه
ازالة قيد النكاح بفدية ، وهي شرط فيه لا داخله في حقيقته ، ومن
ثم أطلق المصنف والاكثر^(٣) . وهذا يتم مع كون المدعي هو المرأة ،
أما لو كان الرجل فدعواه تتضمن المال وان انضم اليه أمر آخر ،
فينبغي القطع بثبوت المال ، كما لو اشتملت الدعوى على الامرين

كان المقصود منه المال ، والقيد باللازمة لان غير اللازمة مجرد انكارها رجوع عنها
فلا يحتاج الى الترافع عند الحاكم .

(١) أي وان كان عمداً . قال في محكي المسالك : هي التي تصل الى الجوف
من أي الجهات كان ولو كان من ثغرة النحر وفيها ثلث الدية ولا قصاص فيها ،
والمأمومة هي التي تصل أم الراس وهي الخريطة التي تجمع الدماغ وفيها ثلث
الدية ، والمنقلة بكسر القاف المشددة أوضح من فتحها وهي تنقل العظم من محل
الى محل آخر وان لم توضحه وتنهشه وديتها خمسة عشر بعيراً .

(٢) تعليل لنفي القصاص في كسر العظام وما بعده من الثلاثة ، وحاصله : ان
ايجابها القصاص على تقدير كونها عمداً ربما أوجب تغريراً بنفس الجاني ، بمعنى
ايقاعه في خطر الموت ، فشرع فيها الدية لا القصاص حذراً من ذلك .

(٣) أي أطلق الخلع ولم يقيده بما اذا كان المدعي هي المرأة .

في غيره كالسرقة ، فانهم قطعوا بثبوت المال . وهذا قوي وبه جزم في الدروس ^١ (والطلاق) المجرد عن المال وهو واضح ، (والرجعة) لان مضمون الدعوى اثبات الزوجية وليست مالا وان لزمها النفقة لخروجها عن حقيقتها ^٢ .

(والعتق على قول) مشهور ، لتضمنه اثبات الحرية وهي ليست مالا ، وقيل : يثبت بهما ^٣ لتضمنه المال من حيث ان العبد مال للمولى فهو يدعي زوال المالية ^٤ .

(والكتابة والتدبير والاستيلاء) . وظاهره عدم الخلاف فيها ^٥ ،

(١) أي ثبوت المال ، حيث قال في محكي الدروس : ولو اشتمل الحق على

الأمرين ثبت المال كالسرقة .

(٢) أي لخروج النفقة عن حقيقة الزوجية .

(٣) أي بالشاهد واليمين .

(٤) ولا يخفى ما في هذا الاستدلال ، لان الاستفادة من الأدلة وفتاوى الأصحاب

انما هو ثبوت حقوق المالية بهما ، وادعاء زوال المالية ليس طلب حق مالي بل

هو ادعاء حق غير مالي وهو الحرية . نعم يظهر من بعض المحققين ثبوت حقوق

الادمي بهما مطلقاً مالياً أو غيره ، ولعل نظر هذا القائل - وهو العلامة في محكي

القواعد والتحرير - الى هذا المعنى ، ولكن التعليل المزبور - وهو قوله «لتضمنه

المال» - لا يناسبه . فليتأمل .

(٥) أي في عدم ثبوت هذه الثلاثة .

مع أن البحث آت فيها ^(١) . وفي الدروس ما يدل على أنها بحكمه ^(٢) ، لكن لم يصرحوا بالخلاف فلذا أفردوا ^(٣) .

(والنسب) وان ترتب عليه وجوب الانفاق ، الا أنه ^(٤) خارج عن حقيقته كما مر ، (والوكالة) لانها ولاية على التصرف وان كان في مال .

(والوصية اليه) ^(٥) كالوكالة (بالشاهد واليمين) متعلق بالفعل السابق ، أي لا تثبت هذه المذكورات بهما .

(وفي النكاح قولان) : أحدهما - وهو المشهور - عدم الثبوت

(١) فان المملوك في هذه الثلاثة أيضاً يدعي زوال المالية ، فتكون الدعوى متضمنة للمال ، أما في المكاتب فلزوال ماليته بعد أداء مال الكتابة ، وفي التدبير عقيب موت المالك ، وأما الاستيلاء فلأن الأمة المستولدة حكمها أن تجعل في نصيب ولدها وتعتق عليه فتزول المالية عنها .

(٢) أي بحكم العتق .

(٣) أي فإدم تصريحهم بالخلاف أفرد هذه الثلاثة .

(٤) أي الانفاق خارج عن حقيقة النسب كما مر نظيره في مسألة ادعاء الرجعة ، وأشار اليه بقوله « اخروجها عن حقيقتها » أي ان النفقة خارجة عن حقيقة الزوجية

(٥) وهي الوصية العهدية ، كأن يوصي بما يتعلق بتجهيزه أو باستيجار الصوم أو الصلاة ونحو ذلك ، بخلاف الوصية له ، كأن يوصي بشيء من تركته له ، وهي الوصية التمليكية فانها تثبت بهما ، وذلك واضح .

مطلقاً^(١) ، لان المقصود الذاتي منه الاحصان ، واقامة السنة ، وكف النفس عن الحرام والنسل ، وأما المهر والنفقة فانهما تابعان . والثاني القبول مطلقاً نظراً الى تضمينه المال . ولا نعلم قائله ، وفي ثالث قبوله من المرأة دون الرجل لانها تثبت النفقة والمهر ، وذهب اليه العلامة . والاقوى المشهور^(٢) .

(ولو كان المدعون جماعة) وأقاموا شاهداً واحداً (فعلى كل واحد يمين) ، لان كل واحد يثبت حقاً لنفسه ولا يثبت مال لآخر بيمين غيره .

(ويشترط شهادة الشاهد أولاً وتعديله)^(٣) والحلف بعدهما ، (ثم الحكم يتم بهما لا بأحدهما ، فلو رجع الشاهد^(٤) غرم النصف) ، لانه أحد جزئى سبب فوات المال على المدعى عليه ، (والمدعى لو رجع غرم الجميع) ، لاعترافه بلزوم المال له مع كونه قد قبضه . ولو فرض تسلم الشاهد المال ثم رجع أمكن ضمانه الجميع^(٥) ان شاء

(١) أي سواء كان المدعي الرجل أم المرأة .

(٢) لما اشار بقوله « لأن المقصود الذاتي منه الاحصان » الى آخر ما قال :
وأما المهر والنفقة فانهما تابعان .

(٣) فلو عكس فبدأ باليمين قبل الشهادة أو التعديل وقع لغواً .

(٤) أي رجع بعد الحكم .

(٥) أي ضمان الشاهد جميع المال .

المالك ، لاعترافه بترتب يده على المغصوب ، فیتخیر المالك فی التضمین (ویقضی علی الغائب عن مجلس القضاء) سواء بعد أم قرب ، وان كان فی البلد ولم یتعذر علیه حضور مجلس الحكم علی الاقوی ، لعموم الاداة ^(١) .

ولو كان فی المجلس لم یقض علیه الا بعد علمه ، ثم الغائب علی حجته لو حضر ، فان ادعی بعده قضاء أو ابراء أقام به البينة ، والا ^(٢) أحلف المدعی .

ومحلله حقوق الناس ، لاحقوق الله تعالى ، لان القضاء علی الغائب احتیاط ، وحقوق الله تعالى مبنية علی التخفيف لغنائه . ولو اشتمل علی الحقیق كالسرقة قضی بالمال دون القطع .

(وتجب اليمين مع البينة علی بقاء الحق) ^(٣) ان كانت الدعوی لنفسه ، ولو كانت لموكله أو للمولی علیه فلا یمین علیه . ویسلم ^(٤) المال بكفیل الی أن یحضر المالك ، أو یكمل ^(٥) ویحلف ^(٦) ما دام المدعی

(١) أي لعموم أدلة الحكم علی الغائب [الوسائل الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوی الحدیث ١] وغيره .

(٢) أي علی عدم القضاء أو الأبراء .

(٣) أي تجب اليمين مع البينة فیما اذا كانت الدعوی علی الغائب .

(٤) أي ویسلم الذي أقام البينة المال بكفیل .

(٥) أي الی أن یحضر المالك ان كان وكیلا أو یكمل المولی علیه ان كان ولیاً .

(٦) أي یحلف المالك الذي حضر أو كمل بشرط كون المدعی علیه باقیاً علی

عليه غائباً .

(وكذا تجب) اليمين مع البينة (في الشهادة على الميت والطفل أو المجنون) . أما على الميت فموضع وفاق ، وأما على الغائب والطفل والمجنون فلمشاركتهم له في العلة المومى اليها في النص^(١) ، وهو أنه لا لسان له للجواب فيستظهر الحاكم بها^(٢) ، اذ يحتمل لو حضر^(٣) كاملاً أن يجيب بالايفاء ، أو البراء فيتوجه اليمين ، وهو من باب اتحاد^(٤) طريق المسألتين ، لا من باب القياس .

وفيه نظر ، للفرق مع فقد النص ، وهو أن الميت لا لسان له مطلقاً في الدنيا بخلاف المتنازع^(٥) فيمكن مراجعته اذا حضر أو كمل ، وترتيب حكم على جوابه ، بخلاف الميت فكان أقوى في ايجاب اليمين فلا يتحد الطريق . واطلاقه^(٦) يقتضى عدم الفرق بين

غيبته والافلا .

- (١) الوسائل الباب: ٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى الحديث: ١ .
- (٢) أي يستند الحاكم الى اليمين ويتقوى بها احتياطاً .
- (٣) أي حضر هؤلاء - يعني الغائب والطفل والمجنون .
- (٤) أي الحاق المصنف هؤلاء بالميت من باب اتحاد الطريق ، لأن طريق الحكم باليمين في مورد النص - وهو أنه لا لسان له - بعينه موجود في الغائب والطفل والمجنون، فهو من باب المنصوص العلة لا القياس المجمع على بطلانه .
- (٥) وهو الذي يكون طرفاً للدعوى ، فانه يمكن مراجعته اذا حضر أو كمل .
- (٦) أي اطلاق المصنف وجوب اليمين في دعاوي المذكورة .

دعوى العين والدين وقيل بالفرق ، وثبوت اليمين فى الدين خاصة ، لاحتمال الابراء منه وغيره^(١) من غير [علم] الشهود . بخلاف العين ، فان ملكها اذا ثبت استصحاب . ويضعف بأن احتمال تجدد نقل الملك ممكن فى الحالين^(٢) والاستظهار وعدم اللسان آت فيهما^(٣) .

القول فى التعارض

أى تعارض الدعوى فى الاموال (لو تداعياً ما فى أيديهما) فادعى كل [واحد] منهما المجموع ولا بينة (حلفا) كل منهما على نفى استحقاق الاخر (واقتسامه) بالسوية ، وكذا لو نكلا عن اليمين . ولو حلف أحدهما ونكل الاخر فهو للحالف ، فان كانت يمينه بعد نكول صاحبه حلف يميناً واحدة تجمع النفى والاثبات^(٤) ، والا افتقر الى يمين أخرى للاثبات .

(وكذا) يقتسمانه (ان أقاما بينة ويقضى لكل منهما بما فى يد

(١) أى الابراء منه وغير الابراء من احتمال قضائه .

(٢) أى فى الدين والعين ، فان استصحاب ملك الدين لا مانع له أيضاً .

(٣) أى فى الحاليتين .

(٤) أى تجمع النفى للنصف الذى ادعاه صاحبه والاثبات للنصف الذى ادعاه هو . ولا يخفى أنه بحسب القاعدة عدم الاكتفاء بيمين واحدة لاقضاء تعدد السبب تعدد المسبب ، ولكن عن ظاهر الأصحاب الاكتفاء بالواحدة . ووجهه غير واضح .

صاحبه) ^(١) بناء على ترجيح بيئة الخارج . ولا فرق هنا بين تساوى البيئتين عدداً وعدالة واختلافهما .

(ولو خرجا) ^(٢) فذو اليد من صدقه من هي بيده مع اليمين ^(٣) ، وعلى المصدق اليمين للاخر ، فان امتنع حلف الاخر ^(٤) وأغرم له ، لحيلولة بينه وبينها ^(٥) باقراره الاول ، ولو صدقهما فهي لهما بعد حلفهما ، أو نكولهما ولهما احلافه ان ادعيا علمه ^(٦) ، ولو أنكرهما قدم قوله

(١) وقد يناقش : بأن يد كل منهما على الكل لاعلى النصف ، اذ الفرض أن يد كل منهما على العين لاعلى نصفها ، اذ لا يعقل أن يكون يد كل منهما على النصف الا بكونها على العين المتنازع فيها أجمع .

ويندفع : بأن هذا بحسب الاعتبار ، أي يعتبر أن يد كل واحد منهما على النصف ، لينطبق على القاعدة وهي ترجيح بيئة الخارج .

(٢) بأن كان المدعى به في يد ثالث .

(٣) أي حكمه حكم ذي اليد ، بمعنى أنه يحكم له مع يمين المصدق له ، لأن اليمين تصير سبباً لكونه زايد . وهذا لعله واضح .

(٤) أي من لا يصدق .

(٥) أي وأغرم المصدق للاخر لحيلولة المصدق بين الاخر وبين العين بسبب اقراره للأول .

وأغرم بالبناء للمجهول ، أي يجعله الحاكم غارماله ، أي القيمة لالعين لأنها صارت للمصدق له باقراره فلا يمكنه الاسترجاع منه . ووجه غرامته تفويته العين على الاخر .

(٦) أي ان ادعيا علم المصدق ، ولكن الظاهر أن لهما احلافه مطلقاً ولو لم يدعيا

بيمينته . ولو كان لاحدهما ^(١) بينة في جميع هذه الصور (فهي لذي البينة) مع يمينته .

(ولو أقامها رجع الاعدل) ^(٢) شهوداً ، فان تساوا في العدالة (فالأكثر) شهوداً ، فان تساوا فيهما (فالقرعة) ، فمن خرج اسمه حلف وأعطى الجميع ، فان نكل أحلف الآخر وأخذ ، فان امتنعا قسمت نصفين . وكذا يجب اليمين على من رجحت بينته ، وظاهر العبارة عدم اليمين فيهما ^(٣) ، والاول مختاره في الدروس ^(٤)

علمه كما في صورة تصديق أحدهما، إذ لم يقيد فيها استحقاق اليمين بصورة دعوى العلم .

وفائدة استحقاق اليمين على المصدق اغرام القاضى اياه ان امتنع عن الحلف، فلو حلف أحدهما غرم له نصف قيمة العين ، ولو حلفا معاً غرم القيمة تماماً لهما يقسمانها كالعين بينهما نصفين .

(١) ولا يخفى أنه في صورة تصديق أحدهما يصير ذاك كما ذكر أولاً فعليه اليمين ، ولا يكفي بينته عن اليمين . وان كان ذو البينة هو الآخر يكتفى بينته ، لانه خارج فوظيفته اقامة البينة ، ولا يحتاج الى اليمين . فقوله في جميع هذه الصور « فهي لذي البينة مع يمينته » على اطلاقه وجهه غير ظاهر .

(٢) ولا يخفى أن الترجيح في صورة التعارض بحيث لا يمكن الجمع بينهما، وأما مع امكان الجمع - كما لو شهدت احدى البينتين بملك زيد أمس مثلاً والآخرى بانتقاله الى عمرو الآن - فاللزام العمل بمقتضاهما ، كما هو واضح .

(٣) أي في صورتى القرعة والترجيح .

(٤) أي وجوب اليمين .

في الثاني ^(١) قطعاً ، وفي الاول ^(٢) ميلاً .

(ولو تشبث أحدهما) أي تعلق بها - بأن كان ذا يد عليها -
(فاليمين عليه) ان لم يكن للاخر بيعة ، سواء كان للمتشبث بيعة
أم لا ، (ولا يكفى بيئته عنها) أي عن اليمين ، لانه منكر فيدخل
في عموم «اليمين على من أنكر» وان كان له بيعة ، فلو نكل عنها
حلف الاخر وأخذ ، فان نكل أقرت في يد المتشبث .

(ولو أقاما) أي المتشبث والخارج (بيعة ففي الحكم لايهما
خلاف) . فقيل: تقدم بيعة الداخل مطلقاً ^(٣) لما روي ^(٤) أن علياً عليه
السلام قضى بذلك ، ولتعارض البيئتين فيرجع الى تقديم ذي اليد .
وقيل: الخارج مطلقاً عملاً بظاهر الخبر المستفيض ، من أن القول
قول ذي اليد والبيعة بيعة المدعي؟ الشامل لموضع النزاع . وقيل:
تقدم بيعة الخارج ^(٥) ان شهدتا بالملك المطلق ، أو المسبب ، أو
بيئته خاصة بالسبب ، ولو انفردت به بيعة الداخل قدم . وقيل مع

(١) أي في القرعه .

(٢) حيث نسبه الى ابن بابويه والشيخ ولم يردده .

(٣) أي سواء شهدت بالملك المطلق أم المقيد .

(٤) الوسائل الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى الحديث ٣ .

(٥) وحاصله : انه يقدم بيعة الخارج في جميع الفروض الا في صورة انفراد

بيعة الداخل بالسبب .

تسببهما تقدم بيئة الداخل أيضاً. وتوقف المصنف هنا وفي الدروس مقتصرأ على نقل الخلاف ، وهو في موضعه لعدم دليل متين من جميع الجهات ، وفي شرح الارشاد رجح القول الثالث ، وهو مذهب الفاضلين^(١). ولا يخلو من رجحان .

(ولو تشبثا وادعى أحدهما الجميع والاخر النصف) مشاعاً (ولا بيئة اقتسماها) نصفين (بعد يمين مدعي النصف) للاخر^(٢) من دون العكس ، لمصادفته اياه على استحقاق النصف الاخر .
ولو كان النصف المتنازع معيناً اقتسماه بالسوية بعد التحالف ، فيثبت لمدعيه الربع . والفرق أن كل جزء من العين على تقدير الاشاعة يدعي كل منهما تعلق حقه به ولا ترجيح ، بخلاف المعين اذ لا نزاع في غيره ، ولم يذكروا في هذا الحكم خلافاً ، والا فلا

(١) وهما المحقق والعلامة .

(٢) ولعل وجهه كما قيل ما حاصله : ان النصف الذي لانزاع فيه لمدعي الكل ، فيصير النزاع في النصف الذي بيد مدعي النصف ، فيكون كدعوى الخارج على ذي اليد ، فيتوجه اليمين عليه . ولكن العمدة ما أشار اليه الشارح بقوله « ولم يذكروا في هذا الحكم خلافاً » ، والا فلا يخلو من نظر .

ويمكن أن يكون وجه النظر أن يدهما على المجموع ، فلا يتعين النصفين في الخارج حتى يقال : ان النزاع في النصف الذي بيد مدعي النصف - الى آخره . فالدليل في الحقيقة هو تسالم الفقهاء على الحكم المزبور ، فذكر بعض الوجوه يمكن أن يكون تأييداً لا دليلاً على الحكم .

يخلو من نظر .

(ولو أقاما بيعة فهي للخارج على القول بترجيح بيئته ، وهو مدعي الكل) لان في يد مدعي النصف النصف^(١) فمدعي الكل خارج عنه (وعلى القول (الآخر) يقسم (بينهما) نصفين ، كما لو لم يكن بيعة ، لما ذكرناه من استقلال يد مدعي النصف عليه ، فاذا رجحت بيئته به^(٢) أخذه ، ولو أقام أحدهما خاصة بيعة حكم بها .

(ولو كانت في يد ثالث وصدق أحدهما صار صاحب اليد) فيترتب عليه ما فصل^(٣) ، (وللاخرا حلافهما). ولو أقاما بيعة فللمستوعب النصف ، وتعارضت البيعتان في الآخر ، فيحكم للاعدل فالأكثر فالقرعة ويقضى لمن خرج^(٤) بيمينه ، فان امتنع حلف الآخر ، فان نكلا قسم بينهما ، فللمستوعب ثلاثة أرباع وللآخر الربع . وقيل : يقسم على ثلاثة ، فلمدعي الكل اثنان ، ولمدعي النصف واحد ،

(١) وفيه أنه قد ذكرنا أنه لا تعين للنصفين في الخارج حتى يقال : ان النصف

المتنازع فيه بيد مدعي النصف .

(٢) أي اذا رجحت بيعة مدعي النصف بسبب استقلال يده على النصف أخذه،

فان استقلال يده عليه يصير سبباً لترجيح بيئته ، فتقدم على بيعة مدعي الكل .

(٣) أي ما فصل سابقاً .

(٤) أي خرج اسمه في القرعة .

لان المنازعة وقعت فى أجزاء غير معينة^(١) فيقسم على طريق العول^(٢) على حسب سهامهما وهى ثلاثة كضرب الدين مع قصور مال المفلس .
وكل موضع حكمنا بتكافؤ البيئات ، أو ترجيحها بأحد الاسباب
انما هو مع اطلاقها أو اتحاد التاريخ .

(واو كان تاريخ احدى البيئتين أقدم قدمت^(٣) لثبوت الملك
بها سابقاً فيستصحب .

(١) حيث أن كل واحد من أجزاءها لا يخلو عن دعوى كل منهما باعتبار
الاشاعة ، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعي الكل ، اذ كل جزء يدعي
مدعى النصف نصفه ويدعي مدعى الكل كله ، فلا يسلم النصف لمدعي الكل بغير
منازع ونسبة احدى الدعويين الى الآخر بالثلث ، فتقسم العين أثلاثاً اثنان لمدعي
الكل وواحد لمدعي النصف كما فى قصور تركة الميت عن الدين وكضرب الدين
فى مال المفلس .

(٢) العول هو الزيادة ، والمراد به هنا زيادة المدعى به على وجه يحصل
النقص على الجميع ، كما فى تركة الميت ومال المفلس اذا كان قاصراً فيجعل
لمدعي الكل الثلثان ولمدعي النصف الثلث كما ذكرناه آنفاً .

(٣) ولا يخفى أن الكلام فيما اذا شهدنا بالملك فى الحال مع زيادة شهادة
احدهما على الاخرى بالملكية السابقة ، فتساقط شهادتهما بالملك فى الحال لأجل
المعارضة ، فتستصحب الملكية السابقة ، وأما اذا شهدت احدهما بالملك فى السابق
فقط والاخرى بالملك فى الحال فلا ينبغى الاستشكال فى تقديم الثانية ، لعدم المعارضة
بينهما حينئذ .

هذا اذا شهدتا بالملك المطلق ، أو المسبب ، أو بالتفريق .
 أما لو شهدت احدهما باليد والاخرى بالملك ، فإن كان المتقدم
 هو اليد رجح الملك لقوته وتحققه الان ، وان انعكس ففي ترجيح
 أيهما قولان^(١) للشيخ ، وتوقف المصنف في الدروس مقتصراً على
 نقلهما^(٢) .

القول في القسمة

(وهي تمييز أحد النصيبين) فصاعداً (عن الاخر ، وليست بيعاً)
 عندنا (وان كان فيها رد) ، لانها لا تفتقر الى صيغة ، ويدخلها الاجبار
 ويلزمها^(٣) ويتقدر أحد النصيبين بقدر الاخر ، والبيع ليس فيه شيء

(١) والتحقيق أن البيئنة باليد لا تعارض البيئنة بالملك مطلقاً تقدمت أو تأخرت، وذلك
 لانها تشهد أن يده عليه بخلاف البيئنة بالملك فانها تشهد بأنه ملكه، وذلك واضح.
 (٢) لعدم دليل صالح في المقام بل وبعض الفروع المتقدمة أيضاً لا دليل عليه
 غير الوجوه الاعتبارية التي لا تصلح لأن تكون دليلاً. اللهم الا أن يكون هناك
 تسالم ، وذكر الوجوه الاعتبارية لأجل التأيد. والله العالم .

(٣) كما في صورة امتناع الشريك منها، فانه حينئذ على الحاكم أن يجبره عليها
 لو التمس شريكه . ويلزمها أي يلزم القسمة الاجبار فليس لهما فسخها .

وهذا بخلاف ما لو كانت بيعاً ، فان البيع لا يدخله الاجبار في حد ذاته . نعم
 لو كان على البائع دين ولم يتمكن من ادائه الا ببيع أمواله ولا بيع اختياراً فعلى
 الحاكم اجباره .

من ذلك ، واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ، واشتراك كل جزء يفرض قبلها بينهما ، واختصاص كل واحد بجزء معين ، وازالة ملك الاخر عنه بعدها بعوض مقدر بالتراضي ليس حداً لبيع حتى يدل عليه .

وتظهر الفائدة في عدم ثبوت الشفعة للشريك بها ^(١) ، وعدم بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض في البيع ، وعدم خيار المجلس وغير ذلك .

(ويجبر الشريك) على القسمة (لو التمس شريكه) القسمة ، (ولا ضرر ولا رد) . والمراد بالضرر نقص قيمة الشقص بها عنه منضمماً نقصاً فاحشاً على ما اختاره المصنف في الدروس ، وقيل : مطلق

(١) لا يخفى أن مورد الشفعة انما هو بيع الشريك من غيره ، فبيع الشريك من شريكه لا يعقل فيه الشفعة على المشهور من اشتراط وحدة الشريك ، فعلى فرض كون القسمة بيعاً انما هو بيع الشريك من شريكه . نعم لو قيل بثبوتها في فرض التعدد - كما لو كان مشتركاً بين الثلاثة وتفرقت اثنان منهم بالقسمة وبقي نصيب الثالث مشاعاً في القسمين اللتين تفرداً بالقسمة - تظهر الفائدة . نعم يمكن تصويرها في القسمة الردية ، كأن يكون مال مشتركاً بين زيد وعمرو ومال آخر مشتركاً بين زيد وبكر فوقع القسمة بين زيد وعمرو - بأن اخذ زيد النصيب الاجود ورد على عمرو نصيبه في المال المشترك بينه وبين بكر - فملك عمر احصة زيد في المال المشترك بين زيد وبكر ، سببه انما هو القسمة . فليتأمل .

نقص القيمة ، وقيل : عدم الانتفاع به منفرداً ^(١) ، وقيل : عدمه على الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة ، والاجود الاول .
 (ولو تضمنت رداً) أي دفع عوض خارج عن المال المشترك من أحد الجانبين (لم يجبر) الممتنع منهما ، لاستلزامه المعاوضة على جزء من مقابله صوري أو معنوي ^(٢) ، وهو غير لازم .
 (وكذا) لا يجبر الممتنع (لو كان فيها ضرر، كالجواهر والعصائد الضيقة ^(٣) والسيف) . والضرر في هذه المذكورات يمكن اعتباره بجمع المعاني ، عدا الثالث في السيف فإنه ينتفع بقسمته غالباً في غيره ^(٤) مع نقص فاحش .

(١) أي المراد بالضرر عدم الانتفاع به منفرداً ولو لم ينتقص قيمته بأحد الوجهين المذكورين ، ولكن هذا الفرض مستبعد جداً ولعله مستحيل عادة .

(٢) المعاوضة على الجزء الصوري كما او قسمت أرض مثلاً متساوية الأجزاء وكان فيها نخلة قيمتها عشرة دراهم فيرد من وقعت النخلة في حصته على الآخر نصف العشرة، فهذه معاوضة على الجزء الصوري، والزيادة المعنوية كما لو كان المقسوم عبيد مثلاً أحدهما أزيد قيمة من الآخر فالرد في الفرض المزبور معاوضة على الجزء المعنوي ، وذلك واضح .

(٣) العصائد جمع عضادة ، وفي مجمع البحرين عضادتا الباب خشبته من جانبيه . ولعل المراد بها هنا الدكاكين المتلاصقة التي لا يمكن الانتفاع بها بعد القسمة .

(٤) أي غير الانتفاع السيفي ، حيث أن السيف آلة حربية منفعته هو الجهاد

(فلو طلب) أحدهما (المهايأة) ^١ وهي قسمة المنفعة بالاجزاء أو بالزمان (جاز ولم يجب) اجابته ، سواء كان مما يصح قسمته اجباراً أم لا ، وعلى تقدير الاجابة لا يلزم الوفاء بها ، بل يجوز لكل منهما فسخها ، فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر ^٢ ، أو هو كان عليه أجرة حصة الشريك .

(واذا عدلت السهام) بالاجزاء ان كانت في متساويها كيلا ، أو وزناً ، أو ذرعاً ، أو عدداً بعدد الانصباء ، أو بالقيمة ان اختلفت ، كالارض والحيوان و (اتفقا على اختصاص كل واحد بسهم لزم) ^٣ من غير قرعة لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتمييز الحق ، ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها ، (والا) يتفقا على اختصاص (أقرع) بأن يكتب أسماء الشركاء ^٤ أو السهام كل في رقعة وتصلان ويؤمر

مثلاً فبقسمته ينتفي هنا الانتفاع . ولكن يمكن الانتفاع به في غيره مع نقص فاحش في قيمته .

(١) وهي الموافقة على أمر من الأمور ، والمراد بها هنا الموافقة على قسمة المنفعة .

(٢) أي على أحدهما ، وهو المستوفي أجرة حصة الشريك .

(٣) أي لزوم هذا الاتفاق ، وذلك أن القسمة اذا وقعت وتمت لزمتم وليس لأحد من الشركاء ابطالها ، بل الظاهر عدم مشروعية الاقالة فيها . والله العالم .

(٤) على احدهما زيد وعلى الاخرى عمرو وثالثه بكر ، أو اسهام على احدها

من لم يطلع على الصورة باخراج احدهما على اسم أحد المتقاسمين ،
أو أحد السهام .

هذا اذا انفقت السهام قدرأ ، ولو اختلفت ^(١) قسم على أقل
السهام ^(٢) وجعل لها أول يعينه المتقاسمون والا الحاكم ، وتكتب
أسماءهم لا أسماء السهام حذراً من التفريق ، فمن خرج اسمه أولاً
أخذ من الاول وأكمل نصيبه منها على الترتيب ، ثم يخرج الثاني
ان كانوا أكثر من اثنين وهكذا، ثم ان اشتملت القسمة على رداعتبر
رضاهما بعدها والا فلا .

أول وعلى آخر الثاني وعلى ثالث الثالث مثلاً. فان كتب أسماء الشركاء يعين السهم
بإشارة ونحوها ويخرج رقعة باسم السهم المزبور ويقصد أن يكون هذا السهم
لكل من خرج اسمه فكل من خرج اسمه يكون ذلك السهم له ، ثم يعين السهم
الثاني ويخرج رقعة أخرى لذلك السهم فكل من خرج اسمه يكون ذلك السهم
له ، وهكذا . وان كتب عليه أسماء السهام يعين أحد الشركاء ويخرج رقعته، فكل
سهم خرج اسمه كان ذلك السهم له، ثم يخرج رقعة أخرى لشخص آخر، وهكذا.
(١) مثل أن يكون لأحدهم سدس وللآخر ثلث وللآخر نصف .

(٢) ففي المثال المذكور يقسم أسداساً ويجعل لها أول وثنان وهكذا الى الآخر،
ويكتب أسماء الشركاء في ثلاث رقاع فمن خرج اسمه أولاً أعطى الأول مع ما يليه ان
احتاج الى ذلك بما يكمل تمام حصته، فلو خرج اسم صاحب النصف أعطى السهم
الأول والثاني والثالث، ثم تخرج رقعة أخرى فان خرج اسم صاحب الثلث أعطى
السهم الرابع والخامس، ويبقى السادس لصاحب السدس. ولو خرج اسم صاحب

(ولو ظهر غلط) فى القسمة ببينة ، أو باطلاع المتقاسمين
 (هطلت ، ولو ادعاه) أى الغلط (أحدهما ولا بينة حلف الآخر)
 لاصالة الصحة ، فان حلف (تمت) القسمة ، (وان نكل) عن
 اليمين (حلف المدعي) ان لم يقض بالنكول (ونقضت) .

(ولو ظهر) فى المقسوم (استحقاق بعض معين بالسوية)^١
 لا يخل اخراجه بالتعديل^٢ (فلا نقض) ، لان فائدة القسمة باقية ،
 وهو افراد كل حق على حدة ، (والا) يكن متساوياً فى السهام بالنسبة
 (نقضت) القسمة ، لان ما يبقى لكل واحد لا يكون بقدر حقه ،
 بل يحتاج أحدهما الى الرجوع على الآخر وتعود الاشاعة ، (وكذا
 لو كان) المستحق (مشاعاً) ، لان القسمة حينئذ لم تقع برضاء
 جميع الشركاء .

السدس أو لأعطى السهم الأول، ويخرج رقعة اخرى فان خرج اسم صاحب الثلث
 أعطى الثاني والثالث ويبقى الباقي لصاحب النصف وهكذا فى جميع الصور
 المتصورة فى هذه المسألة .

ولا يكتب أسماء السهام حذراً من التفريق ، اذ ربما يفصل ويفرق بين نصيب
 بعض ، كما اذا كان أرض ثلثه لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس ،
 فلو كتب أسماء السهام يمكن أن يخرج لصاحب السدس السهم الثاني أو الخامس ،
 فيفرق سهام الأخرى كما هو واضح .

(١) بأن يكون البعض المزبور نصفه فى حصة أحدهما ونصفه الأخرى فى الآخر .
 (٢) وذلك كما اذا كانت أرضاً مثلاً بين اثنين بالمناصفة ، فظهر بعد القسمة

استحقاق مقدار معين في الوسط الحقيقي من الأرض المزبورة مساو لربع تلك الأرض ، فانه في الفرض المزبور لا يخل اخراجه بالتعديل والقسمة ، بل يبقى لكل من المتقاسمين ثلاثة أرباع من الأرض التي كانت بيده ، ففائدة القسمة حينئذ باقية كما هو ظاهر . وأما اذا لم يكن البعض المزبور فيهما بالسوية نقضت القسمة ، لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون بقدر حقه ، فيحتاج أحدهما الى الرجوع على الآخر وتعود الاشاعة .

ثم هذا كله اذا كان المستحق معيناً ، وأما اذا كان مشاعاً - كالثالث مثلا - بطات القسمة في المستحق ، وذلك واضح . وأما في الباقي فالأقوى أيضاً البطلان ، وذلك لأن حقيقة القسمة تمييز الحقوق وافرادها ، فاذا ظهر استحقاق حصة مشاعة كان المستحق شريكاً لكل واحد منهما ، فلا يتحقق التمييز ، اذ التقسيم المزبور لم يقع برضاء جميع الشركاء .

كتاب الشهادات

(وفصوله أربعة) :

(الاول - الشاهد)

(وشرطه البلوغ الا في) الشهادة على (الجراح)^(١) ما لم يبلغ النفس ، وقيل : مطلقاً^(٢) (بشرط بلوغ العشر) سنين .
(وأن يجتمعوا على مباح^(٣) ، وأن لا يتفرقوا) بعد الفعل

(١) الجراح بالكسر جمع الجراحة كذلك - هكذا عن الصحاح .

(٢) أي وان بلغ النفس .

(٣) وكان المراد المباح بالنسبة الى غيرهم من المكلفين ، اذ لا تكليف في

حقهم .

ولا يخفى أن هذا الاشتراط مبني على الاحتياط ، اذ لا دليل عليه ظاهراً . والله

العالم .

المشهود به الى أن يؤدوا الشهادة . والمراد حينئذ^(١) أن شرط البلوغ ينتفي ويبقى ما عداه من الشروط التي من جملة العدد ، وهو اثنان في ذلك^(٢) ، والذكورية ، ومطابقة الشهادة للدعوى ، وبعض الشهود لبعض ، وغيرهما . ولكن روي^(٣) هنا الاخذ بأول قولهم لو اختلف ، والتهجم على الدماء في غير محل الوفاق ليس بجيد .

وأما العدالة فالظاهر أنها غير متحققة ، لعدم التكليف الموجب للقيام بوظيفتها من جهة التقوى ، والمروءة غير كافية . واعتبار صورة الافعال^(٤) والتروك لا دليل عليه ، وفي اشتراط اجتماعهم على

(١) أي حين ما تكون الشهادة على الجراح مع بلوغ العشر والاجتماع على المباح وعدم التفرق .

(٢) أي في الجراح .

(٣) [الوسائل الباب ٢٢ من أحكام الشهادات الحديث ١ - ٢ - ٣] الظاهر أن هذا استدراك عن قوله « ويبقى ما عداه » ، إذ اطلاق الرواية يقتضي عدم اعتبار شيء مما يعتبر في شهاده البالغ من الشروط التي منها عدم رجوع الشاهد عن شهادته ، وقوله « والتهجم على الدماء » رد لهذا الاطلاق ، وحاصله : انه في صورة عدم رجوعهم لما كان الحكم مورداً لتسالم الفقهاء فلا اشكال ، وأما في صورة رجوعهم واختلاف قولهم لما لم يكن الحكم اتفاقياً لا يمكن الالتزام بمضمون الرواية ، لأنه تهجم على الدماء في غير محل الوفاق . وهذا ليس بجيد .

(٤) أي مجرد صورة الافعال والتروك وان لم يكن عن تقوى لا دليل عليه .

المباح تنبيه عليه ^(١) .

(والعقل) فلا تقبل شهادة المجنون حالة جنونه ، فلو دارجنونه قبلت شهادته مفيقاً بعد العلم باستكمال فطنته في التحمل والاداء . وفي حكمه الابله والمغفل ^(٢) الذي لا يتفطن لمزايا الامور .

(والاسلام) فلا تقبل شهادة الكافر وان كان ذمياً ، (ولو كان المشهود عليه كافراً على الاصح) لاتصافه بالفسق والظلم المانعين من قبول الشهادة ، خلافاً للشيخ رحمه الله حيث قبل شهادة أهل الذمة لملتهم وعليهم استناداً الى رواية ضعيفة ^(٣) والمصدوق حيث قبل شهادتهم على مثلهم وان خالفهم في الملة كاليهود على النصرارى . ولا تقبل شهادة غير الذمي اجماعاً ، ولا شهادته على المسلم اجماعاً . (الا في الوصية عند عدم) عدول (المسلمين) فتقبل شهادة الذمي بها ^(٤) . ويمكن أن يريد اشتراط فقد المسلمين مطلقاً ^(٥) بناء

(١) أي على عدم تحقق العدالة فيهم .

(٢) قال في مجمع البحرين : بله الرجل بله بلها من باب تعب ضعف عقله فهو أبله ، والمغفل الذي لا فطنة له ولا يتنبه لمزايا الامور .

(٣) الوسائل الباب : ٣٨ من أبواب كتاب الشهادات الحديث : ٢ .

(٤) أي شهادة الذمي بالوصية ، ولكن يشترط العدالة في دينه لا مطلقاً كما لعلة ظاهر .

(٥) أي قول المصنف «عند عدم المسلمين» يمكن أن يريد به عند عدم المسلمين مطلقاً العدول وغيرهم ، وهذا مبني على القول بتقديم المستورين والفاستقين الذين

على تقديم المستورين والفاسقين الذين لا يستند فسقهما الى الكذب. وهو قول العلامة في التذكرة ، ويضعف باستلزامه التعميم في غير محل الوفاق ^١ .

وفي اشتراط السفر قولان ^٢ : أظهرهما عدم ، وكذا الخلاف في احلافهما بعد العصر ، فأوجبه العلامة عملاً بظاهر الآية ^٣ . والاشهر عدم ، فان قلنا به فليكن ^٤ بصورة الآية ، بأن يقول بعد الحلف بالله : « لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة

لا يستند فسقهم الى الكذب . والمراد بالمستور المجهول الحال الذي لم يعلم عدالته ولا فسقه .

ومرجع ضمير « فسقهما » قوله الفاسقين ، وتشية الضمير باعتبار تشية الشاهد ولزوم كونه اثنين ولو كان فاسقاً . وبهذا البيان يرتفع الاشكال بأن الفاسقين جمع فكيف يصح أن يكون مرجعاً لضمير التثنية كما يظهر بالتأمل .

(١) أي تعميم قبول شهادة الفاسق في غير محل الوفاق ، اذ محل الوفاق عدم اعتبار العدالة في الشاهد وقبول شهادة الذمي وان كان فاسقاً لكفره في حال عدم عدول المسلمين ، ففي هذه الصورة لا تعتبر العدالة في الشاهد . وأما في غير هذه الصورة فتعتبر العدالة في الشاهد مطلقاً ، فقول العلامة بتقديم المستورين والفاسقين من المسلمين يستلزم تعميم قبول شهادة الفاسقين في غير محل الوفاق .

(٢) وجه اشتراطه ظاهر الآية (المائدة الآية ١٠٦) .

(٣) أي الآية المشار اليها آنفاً .

(٤) أي الاحلاف .

الله انا اذا لمن الاثمين .»

(والايمان) وهو هنا الولاء، فلا تقبل شهادة غير الامامي مطلقاً^(١)
مقلداً كان أم مستدلاً .

(والعدالة) وهي هيئة نفسانية راسخة تبعث على ملازمة التقوى
والمرورة (وتزول بالكبيرة) مطلقاً^(٢)، وهي ما توعد عليها بخصوصها
في كتاب أو سنة، وهي الى سبعمائة أقرب^(٣) منها الى سبعين وسبعة.
ومنها القتل والربا والزنا واللواط والقيادة والدياثة، وشرب
المسكر، والسرقه، والقذف، والفرار من الزحف، وشهادة
الزور، وعقوق الوالدين، والامن من مكر الله، والياس من روح
الله، والغصب، والغيبة، والنميمة، واليمين الفاجرة، وقطعية
الرحم، وأكل مال اليتيم، وخيانة الكيل والوزن، وتأخير الصلاة
عن وقتها^(٤)، والكذب خصوصاً على الله ورسوله صلى الله عليه
 وآله، وضرب المسلم بغير حق، وكتمان الشهادة والرشوة، والسعاية
الى الظالم ومنع الزكاة، وتأخير الحج عن عام الوجوب اختياراً،

(١) من أي فرق كان.

(٢) أي مع الاصرار وعدمه .

(٣) اشارة الى رد من قال سبعة ومن قال بأنها سبعين، اذ بحسب الضابطة

المذكورة هي الى سبعمائة أقرب .

(٤) أي كل وقتها .

والظهار ، وأكل لحم الخنزير والميتة ، والمحاربة بقطع الطريق ،
والسحر . للتوعد على ذلك كله ، وغيره .

وقيل : الذنوب كلها كبائر ، ونسبه الطبرسي في التفسير الى
أصحابنا مطلقاً^(١) ، نظراً الى اشتراكها في مخالفة أمر الله تعالى
ونهيهِ ، وتسمية بعضها صغيراً بالاضافة الى ما هو أعظم منه ، كالقبلة
بالاضافة الى الزنا وان كانت كبيرة بالاضافة الى النظرة ، وهكذا .

(والاصرار على الصغيرة) وهي ما دون الكبيرة من الذنب .
والاصرار اما فعلي كالمواظبة على نوع أو أنواع من الصغائر ، أو
حكمي وهو العزم على فعلها ثانياً بعد وقوعه وان لم يفعل ، ولا
يقدم ترك السنن الا أن يؤدي الى التهاون فيها . وهل هذا هو مع
ذلك من الذنوب أم مخالفة المروءة ؟ كل محتمل ، وان كان الثاني
أوجه .

(وبترك المروءة) وهي التخليق بخلق أمثاله في زمانه ومكانه ، فالاكل
في السوق^(٢) والشرب فيها لغير سوقي ، الا اذا غلبه العطش ، والمشى
مكشوب الرأس بين الناس ، وكثرة السخرية والحكايات المضحكة ،
ولبس الفقيه لباس الجندي وغيره مما لا يعتاد لمثله بحيث يسخر

(١) أي نسبه الى أصحابنا على سبيل الاطلاق ولم يشر الى خلاف لاحد فيه .

(٢) مبتدأ وقوله « يسقطها » خبره ، أي يسقط العدالة .

منه ، وبالعكس ، ونحو ذلك يسقطها .

ويختلف الامر فيها باختلاف الاحوال والاشخاص والاماكن ، ولا يقدر فعل السنن وان استهجنها العامة وهجرها الناس ؛ كالكحل ، والحناء ، والحنك في بعض البلاد ، وانما العبرة بغير الراجح شرعاً .

(وطهارة المولد) فترد شهادة ولد الزنا ولو في اليسير على الاشهر . وانما ترد شهادته مع تحقق حاله شرعاً ، فلا اعتبار بمن تناله اللسن وان كثرت ما لم يحصل العلم .

(وعدم التهمة)^(١) بضم التاء وفتح الهاء ، وهي أن يجز اليه بشهادته نفعاً ، أو يدفع عنه بها ضرراً .

(فلا تقبل شهادة الشريك لشريكه في المشترك بينهما) بحيث يقتضي الشهادة المشاركة ، (ولا) شهادة الوصي في متعلق وصيته^(٢) . ولا يقدر في ذلك مجرد دعواه الوصاية ، ولا مع شهادة من لا تثبت بها ، لان المانع ثبوت الولاية الموجبة للتهمة بادخال المال تحتها ، (ولا) شهادة (الغرماء للمفلس) والميت ، (والسيد لعبده) على

(١) التهمة أصلها من الوهم الظن - كذا في مجمع البحرين .

(٢) هذا اذا كان له نفع مالي ، وأما في غير هذه الصورة - كما لو تولى المحافظة

على مال اليتيم مجاناً - ففي رد شهادته نظر وان نسب الى المشهور الرد أيضاً .

القول بملكه^(١) ، للانتفاع بالولاية عليه . والشهادة في هذه الفروض جالبة للنفع .

(و) أما ما يدفع الضرر فشهادة (العاقلة بجرح شهود الجنائية) خطأ ، وغرماء المفلس بفسق شهود دين آخر ، لانهم يدفعون بها ضرر المزاحمة . ويمكن اعتباره في النفع^(٢) ، وشهادة الوصي والوكيل بجرح الشهود على الموصي^(٣) والموكل ، وشهادة الزوج بزنا زوجته التي قذفها لدفع ضرر الحد .

ولا يقدر مطلق التهمة ، فان شهادة الصديق لصديقه مقبولة ، والوارث لمورثه بدين وان كان مشرفاً على التلف^(٤) ما لم يرثه

(١) وأما على القول بعدم ملكه فعدم قبول شهادة السيد له واضح لانه شهادة لنفسه .

(٢) وذلك لأن نصيب الشاهد على فرض عدم ثبوت دين آخر أو فر فتكون جالبة للنفع .

(٣) كما نسب الى المشهور ، بل عن بعض انها شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً . ولكن فيه تأمل اذا لم يكونا مدعين عرفاً بل ينبغي قبول شهادتهما لعموم أدلة القبول . نعم لو كان هناك تهمة كما لو كان سلب الوصاية والوكالة عنهما نوع مهانة واستخفاف بهما فكانا بصدد دفع هذا المحذور . وكيف كان فعدم قبول شهادتهما على الاطلاق لا دلائل عليه . والله العالم .

(٤) أي المورث ، فانه في هذه الحالة ربما يوجب ازدياد التهمة وشدتها ، فان أشرف المورث على التلف ربما يؤثر في نفس الشاهد لاستلزامه تعجيل مال له .

قبل الحكم بها^(١) ، وكذا شهادة رفقاء القافلة على اللصوص اذا لم يكونوا مأخوذين ويتعرضوا^(٢) لذكر ما أخذ لهم .

(والمعتبر في الشروط) المعتبرة في الشهادة^(٣) (وقت الاداء لا وقت التحمل) فلو تحملها ناقصاً ثم كمل حين الاداء سمعت . وفي اشتراط استمرارها الى حين الحكم قولان : اختار المصنف في الدروس ذلك ، ويظهر من العبارة عدمه .

(وتمنع العداوة الدنيوية) وان لم تتضمن فسقاً ، وتحقق (بأن يعلم منه السرور بالمساءة وبالعكس) ، أو بالتقاذف^(٤) . ولو كانت العداوة من أحد الجانبين اختص بالقبول الخالي منها ، والا لملك كل غريم رد شهادة العدل عليه^(٥) بأن يقذفه ويخاصمه .

(ولو شهد) العدو (لعدوه قبل اذا كانت العداوة لا تتضمن فسقاً) ،

(١) فان ورثه قبل الحكم بسبب الشهادة بطلت الشهادة ولا يجوز الحكم، لانه حينئذ حكم له بشهادة نفسه .

(٢) أي اذا لم يؤخذ أموالهم ولم يتعرضوا الذكر ما أخذ منهم ، فكلمة « لم » داخلة على كلمة « يكونوا » و« يتعرضوا » جميعاً ، والمراد نفي الجميع .

(٣) هذا في غير كثير السهو ونحوه ، وأما في مثله فالمعتبر وقت التحمل والاداء كلاهما ، كما هو واضح .

(٤) أي لتحقق العداوة بالتقاذف ، وهو الرمي بحيث لا يوجب فسقهما .

(٥) أي وان لم يكن كذلك لملك كل غريم رد شهادة العدل عليه بقذفه ومخاصمته .

لا انتفاء التهمة بالشهادة له . واحترز بالدينوية عن الدينية^(١) فانها غير مازعة ، لقبول شهادة المؤمن على أهل الأديان ، دون العكس مطلقاً^(٢) .

(ولا تقبل شهادة كثير السهو بحيث لا يضبط المشهود به) وان كان عدلاً ، بل ربما كان ولياً . ومن هنا قيل : نرجو شفاعته من لا تقبل شهادته . (ولا شهادة (المتبرع باقامتها) قبل استنطاق الحاكم ، سواء كان قبل الدعوى أم بعدها ، للتهمة بالحرص على الاداء . ولا يصير بالرد مجروحاً^(٣) ، فلو شهد بعد ذلك غيرها^(٤) قبلت . وفي اعادتها في غير ذلك المجلس^(٥) وجهان ، والتبرع مانع .

(الا أن يكون في حق الله تعالى) كالصلاة والزكاة والصوم ، بأن يشهد بتركها ، ويعبر عنها ببينة الحسبة^(٦) فلا يمنع ، لان الله أمر

(١) كان يبغضه لفسقه أو كفره .

(٢) أي لا تقبل شهادة أهل الأديان على المؤمن كفاراً كانوا أو مسلمين على اختلاف آرائهم ، ويمكن أن يكون المراد بالعكس عدم قبول شهادة أهل الأديان سواء كان المشهود عليه مؤمناً أو مخالفاً أو كافراً الا في الوصية عند عدم المسلمين كما عرفت سابقاً .

(٣) لأن التبرع بالأداء ليس فسقاً .

(٤) أي غير هذه الشهادة .

(٥) أي قبول الشهادة المزبورة في مجلس آخر ، وجهان : من بقاء التهمة في الواقعة ، ومن اجتماع الشرائط في الشهادة الثانية . والأقوى هو الأول .

(٦) الحسبة هي القربة ، والأمور الحسبية هي التي أمر الله تعالى باقامتها كالامر

باقامتها ، فكان فى حكم استنطاق المحاكم قبل الشهادة .
 ولو اشترك الحق ^١ كالعتق والسرقه والطلاق والخلع والعمفو
 عن القصاص ، ففي ترجيح حق الله تعالى أو الادمي وجهان ، أما
 الوقف العام فقبولها فيه أقوى ^٢ بخلاف الخاص على الاقوى .
 (ولو ظهر للمحاكم سبق القادح فى الشهادة على حكمه) بأن
 ثبت كونهما صبيين ، أو أحدهما ، أو فاسقين ، أو غير ذلك (نقض)
 لتبين الخطأ فيه .

(ومستند الشهادة العلم القطعى) بالمشهود به ، (أو رؤيته فيما يكفى
 فيه الرؤية ، كالافعال من الغصب والسرقه والقتل والرضاع والولادة
 والزنا واللواط . وتقبل فيه شهادة الاصم ، لانتفاء الحاجة الى السمع
 فى الفعل .

(أو سماعاً) فى الاقوال (نحو العقود) والايقاعات والقذف

بالمعروف والنهي عن المنكر ، ومنها القيام بمصالح القاصرين كحفظ أموال الأيتام
 وارشاد الأحكام وغيرها .

(١) وجه اشتراكه أن المملوك مال لمالكه فالشهادة على عنقه شهادة على حق
 الادمي ، وانه حق الله أيضاً لانه له أحكام خاصة ككونه مالكاً لنفسه بعد العتق وغير
 ذلك . والطلاق فانه يوجب البيئونة وسلب الزوجية ، فيجب أن يلتزم بمقتضاه ،
 وهذا حق الله . وأما كونه حق آدمي فلأن اثباته يوجب عدم النفقة على الزوج ونحوه ،
 وكذلك الخلع والعمفو عن القصاص .

(٢) اذ لاداعي له بخصوصه ، لاشتراك جميع الموقوف عليهم فيه بخلاف الخاص .

(مع الرؤية) أيضاً ليحصل العلم بالمتلفظ ، الا أن يعرف الصوت قطعاً فيكفي على الاقوى .

(ولا يشهد الا على من يعرفه) ^١ بنسبه أو عينه ، فلا يكفي انتسابه له ، لجواز التزوير (ويكفي معرفان عدلان) بالنسب (و) يجوز أن (تسفر المرأة عن وجهها) ليعرفها الشاهد عند التحمل والاداء ، الا أن يعرف صوتها قطعاً .

(ويثبت بالاستفاضة) وهي استفعال من الفيض ، وهو الظهور والكثرة . والمراد بها هنا شياع الخبر الى حد يفيد السامع الظن [الغالب] المقارب للعلم ، ولا تنحصر في عدد بل يختلف باختلاف المخبرين . نعم يعتبر أن يزيدوا عن عدد الشهود المعدلين ليحصل الفرق بين خبر العدل ^٢ وغيره ، والمشهور أنه يثبت بها ^٣ (سبعة

١) وانما أعاده مع معلومته سابقاً من قوله «ومستند الشهادة العلم القطعي» تنبيهاً على عدم انحصار مستنداتها في العلم الحقيقي ، بل يكفي استنادها الى الحجة ، أعم من العلم القطعي أو شيء آخر . والمراد بمعرفة نسبه أن يعرف أن المشهود عليه هوزيد ابن فلان مثلاً ، فيشهد على المنسوب بذلك النسب ولو لم يعرفه بعينه ، ولا يكفي انتسابه له ، بأن يقول المشهود عليه : أنا ابن فلان ، لامكان التزوير .

٢) وفيه أنه يمكن الفرق بأن يعتبر في الاستفاضة حصول الظن المتأخم أو العلم وعدم اعتبار ذلك في العدلين بل كفاية مطاق الظن فيهما ولو نوعاً كما هو التحقيق ، لأن قول العدلين حجة وان لم يفد الظن الشخصي .

٣) بالاستفاضة .

النسب والموت والملك المطلق والوقف والنكاح والعتق وولاية القاضي) ، لعسر اقامة البينة في هذه الاسباب مطلقاً^(١) .
 (ويكفي) في الخبر بهذه الاسباب (متاخمة العلم) أي مقاربتة (على قول قوي) ، وبه جزم في الدروس . وقيل . يشترط أن يحصل العلم ، وقيل : يكفي مطلق الظن حتى لو سمع من شاهدين عدلين صار متحتملاً ، لافادة قولهما الظن^(٢) . وعلى المختار لا يشترط

(١) أي جميعها، أما النسب فلأن ثبوته من الأسباب الظاهرية ، إذ العلم بالولادة من جهة الرؤية ونحوها لا يمكن غالباً وهكذا الموت ، وكذلك الملك المطلق فان سببه قد يخفى لتقدم الأزمنة ونحوه، وهكذا الأشياء المذكورة . والتعبير بالأسباب فلأن ثبوت هذه الأشياء يصير سبباً لحكم الحاكم بها .

(٢) ولو لم يكن مستنده الاستفاضة ، وهذا قول الشيخ على ما قيل ، ولكن كلامه في محكي المبسوط بظاهره مخالف لهذا ، فانه قال في محكي المبسوط : يكفي أن يسمع من عدلين فصاعداً فيصير بسماعه شاهد أصل ومتحتملاً للشهادة لحصول الظن بذلك - انتهى . وهذا كما ترى لا يقول بكفاية الظن المطلق ، بل يعتبر منه ما يثبت اعتباره شرعاً ، وهو شهادة العدلين . ولكن قوله « لحصول الظن بذلك » ربما يوهم ذلك ، مع أنه ليس مراده قطعاً ، إذ يقتضي الاكتفاء به ولو حصل من واحد ، ولا يقول به أحد ظاهراً .

ثم ان المستفاد من كلام الشيخ أنه لا يلزم أن يكون مستند الشهادة هو العلم القطعي لاغير ، بل يمكن أن يكون مستندها السماع من عدلين أيضاً ، فيصير بذلك شاهد أصل . وحاصل كلامه : انه كما يثبت المشهود عليه شرعاً بشهادة عدلين كذلك بالسماع من عدلين يصير شاهد أصل ومتحتملاً للشهادة . فليأمل .

العدالة^(١) ، ولا الحرية والذكورة ، لا مكان استفادته من نقائضها .
واحترز بالملك المطلق عن المستند الى سبب كالبيع فلا يثبت
السبب به ، بل الملك الموجود في ضمنه ، فلو شهد بالملك وأسنده
الى سبب يثبت بالاستفاضة كالارث قبل ، ولولم يثبت بها كالبيع قبل
في أصل الملك لا في السبب .

ومتى اجتمع في ملك استفاضة ، ويد ، وتصرف بلا منازع ،
فهو منتهى الامكان ، فللشاهد القطع بالملك^(٢) ، وفي الاكتفاء بكل
واحد من الثلاثة في الشهادة بالملك قول قوي .

(ويجب التحمل)

للشهادة (على من له أهلية الشهادة) اذا دعي اليها خصوصاً أو

(١) لا وجه ظاهراً بالتخصيص بالمختار ، بل الأمر على المذهبين الاخرين
أيضاً كذلك . نعم في تحمل الشهادة اشترط الشيخ العدالة ، وذلك خارج عن
مسألتنا .

وأما الحرية فعن الشيخ اشترطها اذا كان الاستفاضة من عبيد تقع بها الضرر
على ساداتهم . وأما الذكورة فعنه أيضاً اشترطها فيما لا يجوز فيه شهادة النساء .

(٢) لا يخفى أن حصول القطع بسبب الأشياء المزبورة ليس بكلي لا مكان
تخلفه عنها ، وذلك واضح . وكأن المراد بالقطع بالاكتفاء في الشهادة
بالملك بسبب اجتماع هذه الأشياء ، بخلاف انفرداها فانه يحتمل عدم الاكتفاء بها.

عموماً (على الكفاية) لقوله تعالى «ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا»^(١)
فسره الصادق عليه السلام: بالتحمل^(٢). ويمكن جعله دليلاً عليه
وعلى الاقامة^(٣)، فيأثم الجميع^(٤) لو أخلوا به مع القدرة.
(فلو فقد سواه) فيما يثبت به وحده^(٥) ولو مع اليمين، أو كان
تمام العدد (تعين) الوجوب كغيره من فروض الكفاية اذا لم يقم به
غيره.

(ويصح تحمل الاخرس) للشهادة، (وأداؤه بعد القطع بمراده)
ولو بمتزجمين عدلين^(٦). وليس فرعين عليه^(٧)، ولا يكفي الاشارة
في شهادة الناطق^(٨).

(١) البقرة الآية ٢٨٢.

(٢) الوسائل الباب ٥ كتاب الشهادات باب وجوب الاجابة عند الدعاء الى
تحمل الشهادة.

(٣) أي يمكن جعل قول الله تعالى دليلاً على التحمل وعلى الاقامة جميعاً.

(٤) هذا متفرع على قوله «على الكفاية».

(٥) أي يثبت المدعى به بالشاهد الواحد وهو هلال شهر رمضان عند سلاز كما
حكى عنه أو مع اليمين كما في دعوى المال.

(٦) فالمراد بالقطع القطع بالحجة أعم من الواقع أو بسبب عدلين.

(٧) حتى لا تقبل شهادتهما عند حضور شهادة الأصل، وسيأتي أحكامه.

(٨) هذا مع القطع كما هو مورد البحث وجهه غير ظاهر، ووجوبه تعبداً كاقراءة

في الصلاة وغيرها بعيد جداً.

(وكذا يجب الاداء) مع القدرة (على الكفاية) اجماعاً، سواء استدعاه ابتداءً^(١) أم لاعلى الاشهر (الامع خوف ضرر غير مستحق) على الشاهد، أو بعض المؤمنين. واحترز بغير المستحق عن مثل ما لو كان للمشهدود عليه حق على الشاهد لا يطالبه به وينشأ من شهادته المطالبة، فلا يكفي ذلك في سقوط الوجوب، لانه ضرر مستحق. وانما يجب الاداء مع ثبوت الحق بشهادته لانضمام من يتم به العدد، أو حلف المدعي ان كان مما يثبت بشاهد ويمين. فلو طلب من اثنين [فيما] يثبت بهما لزمهما، وليس لاحدهما الامتناع بناءً^(٢) على الاكتفاء بحلف المدعي مع الاخر، لان من مقاصد الاشهاد التورع عن اليمين.

ولو كان الشهود ازيد من اثنين فيما يثبت بهما وجب على اثنين منهما كفاية، ولو لم يكن الا واحد لزمه الاداء ان كان مما يثبت

(١) أي وقت التحمل أم لا. وعن قدماء الأصحاب التفصيل بين صورتى الاستدعاء لتحمل الشهادة فيجب عيناً وعدمه فيجب كفاية، واستدلوا بما لا دلالة عليه.

(٢) أي ليس لاحدهما الامتناع والاباء عن الشهادة بناءً على أن الأمر يتم بشاهد واحد واليمين، وذلك لأن من مقاصد الاشهاد الاجتناب والتورع عن اليمين، اذ اليمين مرجوح الا في مقام الضرورة، وفي صورة تمكن الشهادة للضرورة.

بشاهد ويمين والا فلا . ولو لم يعلم صاحب الحق بشهادة الشاهد^١ وجب عليه تعريفه ان خاف بطلان الحق بدون شهادته ، (ولا يقيمها الشاهد (الامع العلم) القطعي .

(ولا يكفى الخط) بها (وان حفظه) بنفسه وأمن التزوير(ولو شهد معه ثقة) على أصح القولين ، لقول النبي صلى الله عليه وآله لمن أراه الشمس : «على مثلها فاشهد أو دع»^٢ . وقيل : اذا شهد معه ثقة ، وكان المدعي ثقة ، أقامها بما عرفه من خطه وخاتمه ، استناداً الى رواية شاذة^٣ .

(١) أي لم يعلم بأن له شاهد وجب على الشاهد تعريف نفسه حتى لا يبطل حق صاحب الحق .

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الشهادات الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب الشهادات الحديث ١ .

قال في الحاشية على ما حكى عنه : هي رواية عمر بن يزيد قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يشهدني على الشهادة فأعرف خطي وخاتمي ولا أذكر قليلاً ولا كثيراً . قال : فقال لي : اذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهد له . وهذا الخبر مع شدوذه في طريقه اسحق بن فضال .

وحمله العلامة في المختلف على ما اذا حصل من القرائن الحالية أو المقالية للشاهد ما استفاد به العلم فحينئذ شهادته مستندة الى العلم لا الى خطه .

والشيخ في النهاية عمل باطلاق الخبر ولم يقيد بالخاتم كما ذكر ، وكان ذلك وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده مع معارضته بأخبار كثيرة دلت على عدم الاكتفاء

(ومن نقل عن الشيعة جواز الشهادة بقول المدعي اذا كان أختاً في الله معهود الصدق ، فقد أخطأ في نقله) ، لاجماعهم على عدم جواز الشهادة بذلك (نعم هو مذهب) محمد بن علي السلمغاني (العزاقري) نسبة الى أبي العزاقر بالعين المهملة والزاي والقاف والراء أخيراً (من الغلاة) لعنه الله . ووجه الشبهة على من نسب ذلك الى الشيعة أن هذا الرجل الملعون كان منهم أولاً ، وصنف كتاباً سماه « كتاب التكليف » وذكر فيه هذه المسألة ثم غلا ، وظهر منه مقالات منكرة فتبرأت الشيعة منه ، وخرج فيه توقيعات كثيرة من الناحية المقدسة على يد أبي القاسم بن روح وكيل الناحية ، فأخذه السلطان وقتله ، فمن رأى هذا الكتاب وهو على أساليب الشيعة وأصولهم توهم أنه منهم وهم بريئون منه ، وذكر الشيخ المفيد رحمه الله أنه ليس في الكتاب ما يخالف سوى هذه المسألة .

الفصل الثاني

(في تفصيل الحقوق) بالنسبة الى الشهود^(١) . وهي على ما

بذلك مطلقاً . انتهى .

ولا يخفى أنه ليس في سند الرواية اسحق بن فضال ، ولعله سهو من قلمه

الشريف .

(١) أي هذا الفصل منعقد لبيان كيفية ثبوت الحقوق وتفصيلها بالنسبة الى الشهود

ذكره في الكتاب خمسة أقسام :

(فمنها - ما يثبت بأربعة رجال ، وهو الزنا واللواط والسحق ،
ويكفي في) الزنا (الموجب للرجم ثلاثة رجال وامرأتان ، وللمجلد
رجلان وأربع نسوة) .

ولو أفرد هذين عن القسم الاول^١ وجعل الزنا قسماً برأسه كما
فعل في الدروس كان أنسب ، لاختلاف حاله بالنظر الى الاول ،
فان الاولين لا يثبتان الا بأربعة رجال والزنا يثبت بهم وبمن ذكر .
(ومنها) ما يثبت (برجلين) خاصة (وهي الردة والقذف
والشرب) شرب الخمر وما في معناه ، (وحاد السرقة) احترز به عن
نفس السرقة فانها تثبت بهما ، وبشاهد وامرأتين ، وبشاهد ويمين
بالنسبة الى ثبوت المال خاصة ، (والزكاة والخمس والندرو والكفارة)

من حيث العدد والذكورية والأنوثة و ليس فيه تفصيل الحقوق المطلقة .

(١) أي أفرد الزنا الموجب للرجم والموجب للمجلد عن القسم الأول من أقسام
الحقوق الذي ذكره بقوله « فمنها بأربعة رجال » وجعل الزنا قسماً برأسه كما فعل
في الدروس كان انسب لاختلاف حال الزنا بالنظر الى القسم الأول من الحقوق
وهو ما يثبت بأربعة رجال ، حيث أن الزنا يثبت بأربعة رجال للقتل وبثلاثة رجال
وامرأتين للرجم وبرجلين وأربع نسوة للمجلد ، وتفصيل ذلك في كتاب الحدود .
بخلاف القسم الأول ، وهو ما يثبت بأربعة رجال ، فانه لا يثبت الا بها .

وأولية اللواط والسحق باعتبار ذكرهما قبل قوله « ويكفي في الزنا الموجب
للرجم » ، فهذا الاعتبار الزنا متأخر عنهما . فلا تغفل .

وهذه الاربعة ألحقها المصنف بحقوق الله تعالى^(١) وان كان للادمي فيها حظ بل هو المقصود منها^(٢) ، لعدم^(٣) تعيين المستحق على المخصوص . وضابط هذا القسم^(٤) على ما ذكره بعض الاصحاب : ما كان من حقوق الادمي ليس مالا ولا المقصود منه المال . وهذا الضابط لا يدخل تلك الحقوق الاربعة فيه .

(و) منه^(٥) (الاسلام والبلوغ والولاء والتعديل والجرح والعفو عن القصاص والطلاق والخلع) وان تضمن المال ، لكنه ليس بنفس

- (١) أي الحقوق التي أشار إليها بقوله « وهي الردة والقذف » الى آخرها .
 (٢) مرجع ضمير « هو » لفظ « حظ » ، يعني المقصود من الزكاة وما ذكر بعدها - أي تشريع هذه الأشياء - لأجل حظ الادمي واستفادته منها .
 (٣) هذا تعليل للاحاق الاربعة بحقه تعالى ، اذ لا مدعي لها على المخصوص حتى يشملها أدلة الديون .

- (٤) أي القسم الثاني الذي ذكره المصنف بقوله « ومنها برجلين » ، وهذا القسم ينقسم الى قسمين : قسم من حقوق الله تعالى وهي الردة والقذف والشرب وحيد السرقة ، وقسم من حقوق الادمي فيما كان ليس مالا ولا المقصود منه المال . وكان غرضه توضيح هذا القسم وانه ينقسم قسمين ، فلا تدخل تلك الحقوق الاربعة فيه . ووجه الحاقها انما هو لعدم تعيين المستحق فكأنه حق الله ولا حق لادمي فيه . فليتأمل .
 (٥) أي ومن هذا القسم الثاني ، ولعل تغيير أسلوب العبارة لأجل أن الأشياء المذكورة سابقاً من حقوق الله تعالى ، والأمثلة التي أشار إليها بقوله « ومنه الاسلام » الخ من حقوق الادمي التي ليست أموالاً ولا المقصود منها المال .

حقيقته (والوكالة والوصية اليه)^(١) احترز به عن الوصية له بجمال
فانه من القسم الثالث (والنسب والهلال) ، وبهذا يظهر أن الهلال من
حق الادمي^(٢) ، فيثبت فيه الشهادة على الشهادة كما سيأتي .
(ومنها - ما يثبت برجلين ، ورجل وامرأتين ، وشاهد ويمين ،
وهو) كل ما كان مالا أو الغرض منه المال ، مثل (الديون والاموال)
الثابتة^(٣) من غير أن تدخل في اسم الدين (والجناية الموجبة للدية)
كقتل الخطأ والعمد المشتمل^(٤) على التغرير بالنفس كالهاشمة والمنقلة ،
وما لا قود فيه كقتل الوالد ولده ، والمسلم الكافر ، والحر العبد ،
وقد تقدم في باب الشاهد واليمين . ولم يذكر ثبوت ذلك^(٥) بامرأتين
مع اليمين مع أنه قوى في الدروس ثبوته بهما ، للرواية^(٦) ، ومساواتهما
للرجل حالة انضمامهما اليه^(٧) في ثبوته بهما من غير يمين .

(١) وهي المعبر عنها بالوصية العهدية كأداء ديونه ونحوه .

(٢) وكان كونه من حق الادمي لكون ثبوته شرعاً موضوعاً لحكم صومه وافتطاره
وتاريخ دينه ونحو ذلك .

(٣) كالوديعة والعارية ونحوهما فانها غير داخلة في اسم الدين ، لأن الدين
يطلق على ما في الذمة ولا يطلق على الأعيان الخارجية .

(٤) أي جناية العمد والتغرير ايقاعه في خطر الهلاك .

(٥) أي ثبوت ما ذكر من الأشياء .

(٦) الوسائل كتاب الشهادات باب ما تجوز شهادة النساء .

(٧) أي مساواة امرأتين للرجل ، فكما يثبت ذلك برجل ويمين كذلك يثبت

وبقي من الاحكام أمور تجمع حق الادمي المالي وغيره ^(١) ،
 كالنكاح والخلع والسرقة ^(٢) ، فيثبت بالشاهد واليمين المال دون
 غيره ، واستبعد المصنف ثبوت المهر دون النكاح للتنافي ^(٣) .
 (ومنها) ما يثبت (بالرجال والنساء ولو منفردات) . وضابطه:
 ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً (كالولادة والاستهلال) وهو ولادة
 الولد حياً ليبرث ، سمي ذلك استهلالاً ، للصوت الحاصل عند ولادته
 ممن حضر عادة ، كتصويت من رأى الهلال ، فاشتق منه ، (وعيوب
 النساء الباطنة) كالقرن والرتق ، دون الظاهرة كالجدام والبرص
 والعمى ، فانه من القسم الثاني ، (والرضاع) على الاقوى ^(٤) ،
 (والوصية له) أي بالمال ، احتراز عن الوصية اليه ، وهذا الفرد

بأمرأتين ويمين .

(١) أي غير حق الادمي المالي ، سواء لم يكن حق آدمي أو كان ولكن لم يكن
 مالياً .

(٢) فان النكاح يجمع حق الادمي المالي وهو النفقة والمهر وغير المالي كحق
 المضاجعة وغيره ، وكذلك الخلع فان فيه حق الادمي المالي وهو مال الخلع
 وغير المالي كالافتراق واليمينونة بينهما . وأما السرقة فحقان أيضاً حق الهي وهو
 قطع الأصابع وحق الادمي وهو المال المسروق .

(٣) أي التنافي بين ثبوت المهر وعدم حق المضاجعة ، إذ المهر وحق المضاجعة
 متلازمان ، وإذا ثبت أحدهما فلا بد وأن يثبت الآخر .

(٤) وعن الشيخ في محكي الخلاف والمبسوط المنع عنه .

خارج من الضابط^(١) .

ولو أفرده قسماً كما صنع في الدروس كان حسناً ، ليرتب عليه باقي أحكامه ، فانه يختص بثبوت جميع الوصية برجلين^(٢) وبأربع نسوة ، وثبوت ربعها بكل واحدة ، فبالواحدة الربع ، وبالاثنتين النصف ، وبالثلاث ثلاثة الأرباع ، من غير يمين ، وباليمين مع المرأتين ومع الرجل .

وفى ثبوت النصف بالرجل ، أو الربع من غير يمين ، أو سقوط شهادته أصلاً أوجه ، من مساواته للثنتين^(٣) وعدم النص ، وأنه لا يقصر عن المرأة ، والأوسط الأوسط^(٤) ، وأشكل منه الخنثى^(٥) ، والحاقه بالمرأة قوي .

(١) إذ الضابط في هذا القسم ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً كما مر .

(٢) والمراد اختصاصه بجميع ذلك من حيث المجموع ، فلا يرد عليه اشتراكه مع غيره في بعض هذه الأمور ، كما تقدم من ثبوت الدين وغيره برجلين .

(٣) هذا دليل الاحتمال الأول وعدم النص دليل للاخر ، وقوله « وانه لا يقصر عن المرأة » دليل للمتوسط .

(٤) وهو ثبوت الربع من غير يمين ، ووجه كونه أوسطاً - أي أعديلاً - أنه متوسط بين الإفراط وهو ثبوت النصف والتفريط وهو سقوط شهادته رأساً .

(٥) ولعل وجه الأشكالية: أن الحكم بثبوت الربع بشهادة الرجل يمكن ادعاء الأولوية فيه بخلاف الخنثى . فليتأمل .

وليس للمرأة تضعيف^(١) المال ليصير ما أوصى به ربع ما شهدت به للكذب ، لكن لو فعلت استباح الموصى له الجميع مع علمه^(٢) بالوصية لا بدونه ، وكذا القول فيما [لا] يثبت بشهادته الجميع^(٣) .
 (ومنها) ما يثبت (بالنساء منضمات) الى الرجال (خاصة) أو الى اليمين على ما تقدم (وهو الديون والاموال) وهذا القسم داخل في الثالث . قيل : وانما أفرد ليعلم احتياج النساء الى الرجال فيه صريحاً . وليس بصحيح ، لان الانضمام يصدق مع اليمين^(٤) ،

(١) المراد بالتضعيف هنا، طلق الزيادة لا التضعيف المصطلح وهو جعل الشيء مثليين، يعني ليس للمرأة الاحتمال بتضعيف المال ليصير مال الوصية ربع ما شهدت به للكذب، وذلك كما لو كان مال الوصية مائة تومان مثلاً فاحتالت في شهادتها وقالت انه أربع مائة تومان ، حتى يصير ما أوصى به ربع هذا المبلغ فيأخذ الموصى له جميع مال الوصية .

(٢) لأنه ماله في الواقع ، فتمسح به له حتى مع عدم حكم الحاكم أيضاً .
 (٣) أي في الشاهد الذي لا يثبت بشهادته جميع مال الوصية ، والمراد به المرأتان أو الثلاث. وتذكير الضمير باعتبار لفظ « الشاهد » ، فانه لا يجوز الاحتمال لكذب ، ولكن لو ارتكب هذه المعصية استباح الموصى له الجميع مع علمه بالوصية .

(٤) وحاصل هذا الاشكال أن الانضمام مطلق ، لان قول المصنف « ومنها بالنساء منضمات » كما يحتمل أن يكون المراد به الانضمام الى الرجال كما هو المدعى يحتمل أن يكون الانضمام الى اليمين أيضاً على ما تقدم من أنه قوى في الدروس ثبوته بهما مع اليمين ، فلا يكون صريحاً في المدعى .

وفي الاول^(١) تصريح بانضمامهم الى الرجل صريحاً ، فلو عكس^(٢) المعتذر كان أولى ، ولقد كان ابداله ببعض ما أشرنا اليه من الاقسام سابقاً التي أدرجها^(٣) ، وادراجه هو أولى كما فعل في الدروس .

الفصل الثالث

(في الشهادة على الشهادة)

(ومحلها حقوق الناس كافة) بل ضابطه^(٤) كل ما لم يكن عقوبة

(١) أي في القسم الاول من الحقوق ويحتمل أن يكون المراد بالاول القسم الثالث الذي أشار اليه هنا بقوله « وهذا القسم داخل في الثالث » وكيف كان فالمراد واحد كما هو واضح بعد التأمل .

(٢) بأن قال : انما أفرد ليعلم عدم احتياج النساء الى الرجال البتة بل يكفي انضمامهم الى اليمين ، كان أولى .

(٣) أي ابدال المصنف هذا القسم الخامس - وهو الديون والأموال - ببعض ما أشرنا اليه من الاقسام سابقاً التي أدرجها كالزنا ، فان المصنف قدس سره أدرجه في القسم الأول وكان حقه أن يفرد عن القسم الأول وجعله قسماً برأسه . وادراج المصنف هذا القسم الخامس في القسم الثالث هو أولى كما فعل في الدروس ، وجه الأولوية : ان الزنا له أحكام خاصة كباقي الاقسام فافترده أولى . ووجه أولوية ادراج القسم الخامس في الثالث أنه من أقسامه كما هو واضح .

(٤) أشار بهذا التعبير الى أن ضابط المصنف - وهو قوله ومحلها حقوق الناس - ليس بتمام ، بل حق العبارة أن يقال : كلما لم يكن عقوبة لله تعالى ، حتى يشمل مثل الزكاة والخمس وغير ذلك من الحقوق بناء على كونها من حقوق الله تعالى .

لله تعالى مخنصة به اجماعاً ، أو مشتركة على الخلاف (سواء كانت) الحقوق (عقوبة كالعقوبات ، أو غير عقوبة) مع كونه حتماً غير مالي (كالطلاق والنسب والعنق ، أو مالا كالقرض ، وعقود المعاوضات ، وعيوب النساء) هذا وما بعده من أفراد الحقوق التي ليست مالا رتبها مشوشة^(١) (والولادة ، والاستهلال ، والوكالة والوصية بقسميها) وهما الوصية اليه وله .

(ولا يثبت في حق الله تعالى محضاً كالزنا^(٢) واللواط والسحق ، أو مشتركاً كالسرقة والقتل^(٣) ، على خلاف) منشأه مراعاة الحقيقتين . ولم يرجح هنا شيئاً ، وكذا في الدروس ، والوقوف على موضع اليقين أولى^(٤) ، وهو اختيار الأكثر . فيبقى ضابط محل الشهادة على الشهادة ما ليس بهحد .

(١) خبر لقوله « هذا » ، والمشار اليه بهذا عيوب النساء ، يعني عيوب النساء وما بعده من الحقوق التي ليست مالا ، رتبها وذكرها مشوشة لأنه جعلها بين بعض الحقوق المالية وهي القرض وعقود المعاوضات وبين الوصية التي هي من الحق المالي أيضاً .

(٢) أي كحد الزنا لانفس الزنا ، فانه من الحقوق المشتركة كما سيأتي .

(٣) أي حد السرقة والقتل ، فانه مشترك بينه تعالى وبين الادمي ، حيث أنهما ظلم واعتداء على الادمي فله أن يتداركهما بالحد ، كما أنه حق لله تعالى .

(٤) وهو حقوق الناس ، وموضع الشك وهو العقوبة المشتركة ، فيقتصر على

موضع اليقين في الشهادة على الشهادة .

(ولو اشتمل الحق على الامرين) كالأزنا^(١) (يثبت) بالشهادة على الشهادة (حق الناس خاصة ، فيثبت بالشهادة) على الشهادة (على اقراره بالأزنا نشر الحرمة) لأنها من حقوق الأدميين (لا الحد) لأنه عقوبة لله تعالى ، وإنما افتقر إلى إضافة الشهادة على الشهادة ليصير من أمثلة المبحث .

أما لو شهد على اقراره بالأزنا شاهدان فالحكم كذلك على خلاف^(٢) ، لكنه من أحكام القسم السابق^(٣) . ومثله ما لو شهد على اقراره باتيان البهيمة شاهدان يثبت بالشهادة عليهما^(٤) تحريم البهيمة وبيعها ، دون الحد .
(ويجب أن يشهد على كل واحد عدلان) لتثبت شهادته بهما .

(١) فإنه يوجب الحد وتحريم بنت الزانية إذا كانت عمته أو خالته أو مطلقاً على القول به .

(٢) أي يثبت حق الناس خاصة، وهو نشر الحرمة لا الحد . ولكنه على خلاف ، لأنه ذهب العلامة وولده على ما حكى عنهما إلى عدم ثبوت الاقرار بالأزنا بشاهدين فلا يثبت بشيء منهنما لأن نشر الحرمة ولا الحد .

(٣) والمراد به ما ذكره في الفصل الثاني بقوله « الفصل الثاني في تفصيل الحقوق » إلى آخر ما ذكره في ذلك الفصل ، فكان ينبغي أن يذكره هناك ، لأنه من أحكام ذلك البحث .

(٤) أي على شهادة شاهدي الاقرار .

(ولو شهدا على الشاهدين فما زاد) كالاربعة فى الزنا والنسوة^(١)
 (جاز) ، لحصول الغرض ، وهو ثبوت شهادة كل واحد بعدلين .
 بل يجوز أن يكون الاصل فرعاً لآخر^(٢) ، فيثبت بشهادته مع آخر
 وفيما يقبل فيه شهادة النساء يجوز على كل امرأة أربع كالرجال^(٣) .
 وقيل : لا يكون النساء فرعاً ، لان شهادة الفرع تثبت^(٤) شهادة الاصل
 لا ما شهد به .

(ويشترط) فى قبول شهادة الفرع (تعذر) حضور (شاهد الاصل
 بموت ، أو مرض ، أو سفر) وشبهه ، (وضابطه المشقة فى حضوره)
 وان لم يبلغ حد التعذر .

(١) أي كأربعة رجال ، اذ الحاق التاء يدل على أن المراد بها الرجال والنسوة
 ولو لم تكن أربعاً كما فى الوصية ، اذ يثبت بكل واحدة ربع مال الوصية كما سبق .
 (٢) كأن شهد أحد الأصلين مع آخره وشاهد فرع على شهادة أصل آخر . وبعبارة
 أخرى: تثبت شهادة أحد الأصلين بشهادة الأصل الاخر مع شهادة الاخر الذي هو
 الفرع .

(٣) أي فيما يقبل شهادة النساء فيه يجوز على كل امرأة أربع نسوة ، فتكون
 النساء كالرجال فى جواز كونهن فرعاً .

(٤) وحاصله : ان شهادة النساء موردها الديون وما لا يستطيع الرجال النظر
 اليه ، وشهادتهن فرعاً انما هي على الشهادة ، ونفس الشهادة ليست من الديون
 ولا الاموال حتى تقبل شهادتهن عليها . وأيضاً شهادة الفرع لا يثبت بها الاشادة
 الاصل ، لا ما شهد به الاصل حتى يصير بالملازمة مورداً لشهادة النساء .

واعلم أنه لا يشترط تعديل الفرع للأصل ، وانما ذلك فرض المحاكم . نعم يعتبر تعيينه ^(١) ، فلا تكفي أشهدنا عدلان ، ثم ان اشهداهما قالوا: أشهدنا فلان أنه يشهد بكذا . وان سمعاهما يشهدان جازت شهادتهما عليهما ، وان لم تكن شهادة الاصل عند حاكم على الاقوى ، لان العدل لا يتسامح بذلك بشرط ذكر الاصل للسبب ^(٢) ، والا فلا ، لاعتیاد التسامح عند غير المحاكم به . وانما تجوز شهادة الفرع مرة واحدة ^(٣) (ولا تقبل الشهادة الثالثة) على شاهد الفرع (فصاعداً) .

الفصل الرابع

(في الرجوع) عن الشهادة

(اذا رجعا) ^(٤) أي الشاهدان فيما يعتبر فيه الشاهدان ، أو الاكثر حيث يعتبر (قبل الحكم امتنع الحكم) ، لانه تابع للشهادة وقد

(١) أي تعيين الفرع الأصل .

(٢) أي سبب وجود الحق من ثمن مبيع أو دين أو غير ذلك ، لانه بعيد عن النسائل والتسامح .

(٣) فلا يجوز للفرع الاشهاد على شهادته ، فلانقبل الشهادة الثالثة على شاهد الفرع فصاعداً .

(٤) أو رجعا أحدهما .

ارتفعت ، ولانه لا يدري^(١) أصدقوا فى الاول أو فى الثانى ، فلا يبقى ظن الصدق فيها ، (وان كان الرجوع بعده لم ينقض الحكم) ان كان مالا ، و (ضمن الشاهدان) ما شهدا به من المال (سواء كانت العين باقية أو تالفة) على أصح القولين . وقيل : تستعاد العين القائمة^(٢) .

(ولو كانت الشهادة على قتل ، أو رجم ، أو قطع ، أو جرح) أو حد ، وكان قبل استيفائه لم يستوف ، لانها تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهة ، والمال لا يسقط بها ، وهو فى الحد فى معنى النقض^(٣) ، وفى القصاص قيل : ينتقل الى الدية لانها بدل ممكن عند فوات محله . وعليه لا ينقض ، وقيل : تسقط لانها^(٤) فرعه ، فلا يثبت الفرع من دون الاصل ، فيكون ذلك فى معنى النقض أيضاً . والعبارة تدل باطلاقها على عدم النقض مطلقاً^(٥) واستيفاء متعلق الشهادة^(٦) وان كان حداً ، والظاهر أنه ليس بمراد .

(١) أي ولأن الحاكم لا يدري .

(٢) ولا دليل عليه ظاهراً سوى تنظيره بالقصاص . وفيه أن القصاص يدرك بالشبهة ، والرجوع شبهة ، والمال لا يسقط بها .

(٣) أي الرجوع عن الشهادة فى الحد فى معنى نقض الحكم .

(٤) أي يسقط الدين به لأنه فرع القصاص .

(٥) أي عبارة المصنف قدس سره تدل على عدم النقض مطلقاً قبل الاستيفاء وبعده .

(٦) عطف على « عدم النقض » ، أي وتدل على لزوم استيفاء متعلق الشهادة

وان كان حداً .

وفي الدروس : لا ريب أن الرجوع فيما يوجب الحد قبل استيفائه يبطل الحد ، سواء كان لله ، أو للانسان لقيام الشبهة الدارئة ، ولم يتعرض للقصاص . وعلى هذا فاطلاق العبارة اما ليس بجيد^(١) أو خلاف المشهور^(٢) .

ولو كان بعد استيفاء المذكورات وانفق موته بالحد ، (ثم رجعوا واعترفوا بالتعمد اقتصر منهم أجمع) ان شاء وليه ، ورد على كل واحد ما زاد عن جنايته كما لو باشروا ، (أو اقتصر (من بعضهم) ورد عليه ما زاد عن جنايته (ويرد الباقيون نصيبهم) من الجناية . (وان قالوا أخطأنا فالدية عليهم) أجمع موزعة ، ولو تفرقوا في العمد والخطأ فعلى كل واحد لازم قوله ، فعلى المعترف بالعمد القصاص بعد رد ما يفضل من ديته عن جنايته ، وعلى المخطئ نصيبه من الدية .

(ولو شهدا بطلاق ثم رجعا ، قال الشيخ في النهاية : ترد الى الاول ، ويغرم ان المهر للثاني ، وتبعه أبو الصلاح) استناداً الى رواية^(٣) حسنة حملت على تزويجها بمجرد سماع البينة ، لا بحكم

(١) لقصوره عن افادة المقصود، فكان عليه أن يقيد عدم النقص بما اذا لم يكن

قبل الاستيفاء .

(٢) بل خلاف المجمع عليه على ما قيل .

(٣) الوسائل كتاب الشهادات باب حكم ما لو شهد الشاهدان على رجل بطلاق.

الحاكم^{١)}.

(وقال في الخلاف : ان كان بعد الدخول فلا غرم) للاول ،
لاستقرار المهر في ذمته به^{٢)} فلا تفويت ، والبضع لا يضمن بالتفويت^{٣)} ،
والا لحجر على المريض بالطلاق ، الا أن يخرج البضع من ثلث
ماله^{٤)} ، ولانه لا يضمن له لو قتلها قاتل ، أو قتلت نفسها ، أو حرمت
نكاحها برضاع ، (وهي زوجة الثاني) ، لان الحكم لا ينقض بعد
وقوعه .

(وان كان قبل الدخول غرما للاول نصف المهر) الذي غرمه ،

١) اذ لو كان بحكم الحاكم لا ترد كما مر .

٢) أي بالدخول .

٣) وعن بعض يضمن ، فيلزم على المفوت غرامة مهر آخر غير ما استقر على
الزوج بدخوله ، لانه عوض البضع على القول المزبور .

٤) يعني لو كان للبضع قيمة قد فوتها بالطلاق لحجر عليه الا أن يخرجها من
الثلث ، مع أنه لم يقل به أحد .

قال في الخلاف : ليس خروج البضع عن ملك الزوج له قيمة ، بدلالة أنه
لو طلق زوجته في مرضه لم يلزم مهر مثلها من الثلث . انتهى .

وقوله « من الثلث » مبنى على أن منجزات المريض تخرج من الثلث لامن
الأصل . ولا يخفى ما في هذا النقض ، اذ الحجر على المريض في التصرف في أمواله
انما هو لانتفاع الوارث بتركته بعد موته ، ومن الواضح أن ملكية البضع ليست
كذلك ، اذ بعد الموت لا يملك الوارث البضع . فليتأمل جداً .

لانه وان كان ^(١) ثابتاً بالعقد ، كثبوت الجميع بالدخول ، الا أنه كان معرضاً للسقوط بردتها ، أو الفسخ لعيب ، بخلافه بعد الدخول لاستقراره مطلقاً ^(٢) . وهذا هو الاقوى وبه قطع في الدروس ، ونقله هنا قولاً كالآخر ^(٣) يدل على ترده فيه ، ولعله لمعارضة الرواية المعتمدة ^(٤) .

(١) أي وان كان نصف المهر ثابتاً بالعقد ولكن لم يستقر وكان معرضاً للسقوط بارتدادها وغير ذلك . وبعبارة أخرى : ان نصف المهر الذي يلزم الشاهدين غرامته وان كان ثابتاً بالعقد كثبوت الجميع بالدخول الا أنه لم يستقر في ذمته حتى لا يلزم الشاهدين غرامته ، بل كان في معرض السقوط بردتها أو الفسخ بعيب .

(٢) سواء أمكن الفسخ بعيب أو غيره أم لا .

(٣) أي كقول آخر .

(٤) وهي الرواية المذكورة سابقاً .

ولا يخفى أن صرف المعارضة غير كافية في التردد الا بعد حصول التكافؤ المقفود في هذه الرواية ، كشدوذها ومخالفتها للاجماع المدعى في هذا المقام ، وان حكم الحاكم لا ينقض بعد وقوعه .

ثم هذا هو قول المشهور ، وفي المسألة أقوال آخر كلها للشيخ ذكرها في المسالك ، منها ضمان مهر المثل مع الدخول ونصفه مع عدمه - الى آخر ما قال هناك . فما ذكره الشارح قدس سره من أنهم أطلقوا الحكم في الطلاق من غير فرق بين البائن والرجعي انما هو مبني على هذا القول ، فلا ينافي ما حكاه عن الشيخ سابقاً من عدم الضمان مع الدخول ، فماتوهم بعض المحشين - وهو جمال المحققين - من المنافاة واستشكل على ما أشار الشارح قدس سره اليه بقوله : ولو قيل

واعلم أنهم أطلقوا الحكم فى الطلاق من غير فرق بين البائن والرجعي ، ووجهه حصول السبب المزيل للنكاح فى الجملة ، خصوصاً بعد انقضاء عدة الرجعي ، فالتفويت حاصل على التقديرين . ولو قيل : بالفرق واختصاص الحكم بالبائن كان حسناً . فلو شهدا بالرجعي لم يضمنا اذ لم يفوتا شيئاً ، لقدرته على ازالة السبب بالرجعة ، ولو لم يراجع حتى انقضت العدة احتمل الحاقه بالبائن والغرم وعدمه ، لتقصيره بترك الرجعة .

ويجب تقييد الحكم فى الطلاق مطلقاً^(١) بعدم عروض وجهه مزيل للنكاح ، فلو شهدا به ففرق ورجعا فقامت بينة أنه كان بينهما رضاع محرم فلا غرم اذ لا تفويت .

(ولو ثبت تزوير الشهود) بقاطع كعلم الحاكم به ، لا باقرارهما لانه رجوع ، ولا بشهادة غيرهما لانه تعارض (نقض الحكم) لتبين فساده (واستعيد المال) ان كان المحكوم به مالا ، (فان تعذر اغرموا) ،

بالفرق واختصاص الحكم بالبائن - الى آخره ، بقوله : لا يخفى أن الحكم بالضمان انما هو اذا كان قبل الدخول - الى آخر ما قال ، ليس على ما ينبغي ، لما ذكرنا من أن كلام الشارح انما هو على هذا القول لاعلى القول السابق المحكي عن الشيخ . نعم عبارة الكتاب لاختصارها ربما توهم المنافاة . فليأمل جداً .

(١) أي رجعيًا كان أو بائناً .

وكذا يلزمهم كل ما فات^١ بشهادتهم ، (وعزروا على كل حال)^٢
 سواء كان ثبوته قبل الحكم أم بعده ، فات شيء أم لا (وشهروا)^٣
 في بلدهم وما حولها ، لتجنب شهادتهم ، ويرتدع غيرهم .
 ولا كذلك من تبين غلطه ، أو ردت شهادته ، لمعارضه بينة
 أخرى ، أو ظهور فسق ، أو تهمة ، لا مكان كونه صادقاً في نفس
 الامر^٤ ، فلم يحصل منه بالشهادة أمر زائد^٥ .

١) كنصف المهر بالشهادة على الطلاق قبل الدخول ونحوه .

٢) أي عزروا بما يراه الحاكم حسماً لجرئتهم ، كما عن بعض المحققين
 التصريح به .

٣) وعن الحلبي ان الاشتهار هو أن ينادى في محلهم ومجتمعهم وسوقهم فلان
 وفلان شهدا زوراً. ولا يجوز أن يشتهرا بأن ير كبا حماراً ويحلق رؤوسهما ، ولا
 أن يناديا على أنفسهما .

٤) لكن في غير تبين غلطه ، وفيه أيضاً لاتعزير لان مورده هو العمد .

٥) أي لم يحصل من الشاهد بالشهادة أمر زائد على ما في نفس الأمر يوجب
 التعزير .

كتاب الوقف

(وهو تحبب الأصل) أي جعله على حالة لا يجوز التصرف فيه شرعاً على وجه ناقل له عن الملك الا ما استثنى ^(١) .
(واطلاق المنفعة) وهذا ليس تعريفاً ، بل ذكر شيء من خصائصه ،
أو تعريف لفظي ^(٢) ، موافقة للحديث الوارد عنه صلى الله عليه وآله
وسلم ^(٣) : « حبس الأصل وسبل الثمرة » ، والا لا نتقص بالسكنى
واختيها والحبس ، وهي خارجة عن حقيقته كما سيشير اليه .
وفي الدروس عرفه بأنه الصدقة الجارية ، تبعاً لما ورد عنه
صلى الله عليه وآله وسلم ^(٤) : اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من

(١) وهي كما اذا أدى بقاؤه الى خرابه ونحوه كما هو محرز في كتاب الوقف .

(٢) لا منطقي فانه يجوز في اللفظي أن يكون أعم .

(٣) مستدرک الوسائل المجلد الأول كتاب الوقوف والصدقات .

(٤) كما في [صحيح مسلم ج ٥ ص ٧٣] .

ثلاث : صدقة جارية - الحديث .

(ولفظه الصريح) الذي لا يفتقر فى دلالته عليه الى شىء آخر (وقفت) خاصة على أصح القولين (وأما حبست وسبلت^(١) وحرمت وتصدقت فمفتقر الى القرينة) كالتأبيد ، ونفي البيع والهبة والارث ، فيصير بذلك صريحاً . وقيل : الاولان صريحان أيضاً بدون الضميمة ، ويضعف باشتراكهما بينه وبين غيره ، فلا يدل على الخاص بذاته ، فلا بد من انضمام قرينة تعيينه .

ولو قال جعلته وقفاً ، أو صدقة مؤبدة محرمة كفى ، وفاقاً للمدروس ، لانه كالصريح . ولو نوى الوقف فيما يفتقر الى القرينة وقع باطناً ودين بنيته لو ادعاه^(٢) أو ادعى غيره .

ويظهر منه عدم اشتراط القبول مطلقاً^(٣) ، ولا القرينة . أما الثانى فهو أصح الوجهين ، لعدم دليل صالح على اشتراطها وان توقف عليها الثواب .

وأما الاول فهو أحد القولين ، وظاهر الاكثر ، لاصالة عدم الاشتراط ، ولانه ازالة ملك فيكفي فيه الايجاب كالعنق .

(١) سبل ضيعته أي جعلها في سبيل الله - كذا عن الصحاح .

(٢) أي وكل الى قصده ونيته لو ادعى الوقف أو غيره .

(٣) أي سواء كان عاماً أو خاصاً .

وقيل: يشترط ان كان الوقف على من يمكن في حقه القبول^(١)، وهو أجد . وبذلك دخل في باب العقود ، لان ادخال شيء في ملك الغير يتوقف على رضاه ، وللشك في تمام السبب بدونه فيستصحب^(٢) ، فعلى هذا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة ، من اتصاله بالايجاب عادة ووقوعه بالعربية وغيرها .

نعم لو كان على جهة عامة^(٣) ، أو قبيلة كالفقراء لم يشترط ، وان أمكن قبول الحاكم له . وهذا هو الذي قطع به في الدروس وربما قيل : باشتراط قبول الحاكم فيما له ولايته . وعلى القولين لا يعتبر قبول البطن الثاني ، ولا رضاه ، لتامة الوقف قبله فلا ينقطع ، ولان قبوله لا يتصل بالايجاب ، فلو اعتبر لم يقع له^(٤) .

(ولا يلزم) الوقف بعد تمام صيغته (بدون القبض) وان كان في جهة عامة قبضها الناظر فيها ، أو الحاكم ، أو القيم المنصوب من قبل الواقف لقبضه . ويعتبر وقوعه (باذن الواقف) كغيره ، لامتناع التصرف في مال الغير بغير اذنه ، والحال أنه لم ينتقل الى الموقوف

(١) كالوقف على شخص معين كأولاده مثلا .

(٢) أي يستصحب ملك الواقف .

(٣) كالفقراء أو المشاهد المشرفة مثلا لم يشترط .

(٤) أي لم يقع هذا القبول لهذا لايجاب ، لأنه لم يتصل به ، فيعلم عدم اعتبار

القبول بالنسبة الى البطن الثاني .

عليه ^١ بدونه .

(فلومات) الواقف (قبله) أي قبل قبضه المستند الى اذنه (بطل)، ورواية ^٢ عبيد بن زرارة صريحة فيه ، ومنه يظهر أنه لا تعتبر فوريته . والظاهر أن موت الموقوف عليه كذلك ، مع احتمال قيام وارثه مقامه ، ويفهم منه نفيه اللزوم بدونه أن العقد صحيح قبله ، فينتقل الملك انتقالا متزلزلا يتم بالقبض وصرح غيره - وهو ^٣ ظاهره في الدروس - أنه شرط الصحة ، وتظهر الفائدة في النماء المتخال بينه ^٤ وبين العقد ، ويمكن أن يريد هنا باللزوم الصحة بقرينة حكمه بالبطلان لو مات قبله ، فان ذلك من مقتضى عدم الصحة ، لا اللزوم كما صرح به في هبة الدروس ^٥ ، واحتمل ارادته من كلام بعض

(١) اذ قبل القبض باق في ملك الواقف فيعتبر اذنه .

(٢) الوسائل الباب : ٤ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث : ٥ .

(٣) مرجع ضمير « هو » الذي صرح به غيره ، وهو ان القبض شرط الصحة المفهوم من سياق الكلام لا أن العقد صحيح كما توهم .

(٤) أي النماء المتخال بين القبض بين العقد ، فعلى القول بأن القبض شرط الصحة يكون النماء المتخال للواقف لعدم تحقق الوقف، وعلى القول الاخر يكون للموقوف عليهم .

(٥) قال في الدروس : فلومات الواهب قبل الاقباض بطلت على الثاني - انتهى .

ومراده بالثاني القول بأن القبض شرط الصحة .

الأصحاب فيها^١ .

(ويدخل في وقف الحيوان لبنه وصوفه) وماشاكله (الموجودان حال العقد^٢ مالم يستثنهما) ، كما يدخل ذلك في البيع ، لانهما كالجزم من الموقوف بدلالة العرف ، وهو الفارق^٣ بينهما وبين الثمرة ، فانها لا تدخل وان كانت طلماً لم يؤبر^٤ .

(واذا تم) الوقف (لم يجز الرجوع فيه) ، لانه من العقود اللازمة ، (وشرطه) مضافاً الى ماسلف (التمجيز) فلو علقه على شرط أو صفة^٥ بطل الا أن يكون واقعاً والواقف عالم بوقوعه^٦ ، كقوله:

(١) أي احتمل المصنف ارادة الصحة من لفظ « اللزوم » من كلام بعض الأصحاب في هبة الدروس ، حيث قال في كتاب الهبة من الدروس: ولعل الأصحاب أرادوا باللزوم الصحة ، فان في كلامهم اشعاراً ما به .

(٢) أي موجودان في الضرع وعلى الظهر ، اذ هما محل التوهم لاما هو منفصل قبل العقد ، وذلك واضح .

(٣) أي العرف هو الفارق ، وذلك لان موضوعات الأحكام تتخذ من العرف كما هو محرر في محله ، فاللبن الموجود في الضرع حال العقد يعد جزءاً من الموقوف بحسب المتفاهم العرفي .

(٤) هذا اشارة الى أن دخول غير المؤبر في المبيع في بيع النخل لدليل آخر ، فلا يتنافي ما ذكرنا من اتخاذ الموضوعات من العرف . وتأبير النخل : تلقيحه .

(٥) الشرط ما يحتمل وقوعه وعدمه ، كمجيء المسافر مثلاً ، والصفة ما يقع حتماً كمجيء رأس الشهر .

(٦) فلو لم يكن عالماً بوقوعه لم يتمش منه التمجيز بل هو تعليق حكماً .

وقفت ان كان اليوم الجمعة ، وكذا في غيره من العقود .
 (والدوام) فلو قرنه بمدة ، أو جعله على من ينقرض غالباً لم
 يكن وقفاً . والاقوى صحته حسباً ^(١) يبطل بانقضائها ، وانقراضه ،
 فيرجع الى الواقف أو وارثه حين انقراض ^(٢) الموقوف عليه كالولاء ^(٣) .
 ويحتمل الى وارثه عند موته ، ويسترسل ^(٤) فيه الى أن يصادف
 الانقراض ، ويسمى هذا منقطع الاخر . ولو انقطع أوله ^(٥) ، أو

(١) والأظهر بطلانه رأساً، لأنه لم يقصد الحبس وإنما قصد الوقف الحقيقي،
 والمفروض أنهما متباينان ، والعقود تابعة للقصد .

(٢) متعلق بقوله « وارثه » لا بقوله « فيرجع » .

(٣) كما في ولاء العتق ، فان ميراث المملوك المعتق لمن أعتقه ، فلو لم يكن
 حياً يرجع الى وارثه ، أي وارثه حين موت المملوك المعتق لا وارثه حين موته ،
 فلو كان للمعتق حين موته ولد فمات ذلك الولد عن ولد ثم مات المملوك المعتق
 فميراثه لهذا الولد لا لأبيه الذي مات بعد جده ، فكذا الوقف ويحتمل الرجوع
 الى وارثه عند موته .

وتظهر الفائدة فيما لو مات الواقف عن ولدين ثم مات أحدهما عن ولد قبل
 انقراض الموقوف عليهم ، فعلى الأول يرجع الى الولد الباقي خاصه ، وعلى الثاني
 يشترك هو وابن أخيه لتلقيه من أبيه كما لو كان حياً .

(٤) أي يستمر وينتقل من وارث الى وارث الى أن ينقرضوا فيرجع الى الوارث
 حين الموت .

(٥) كما لو كان على المعدوم ثم على الموجود .

وسطه ^(١) ، أو طرفاه ^(٢) فالاقوى بطلان ما بعد القطع ، فيبطل الاول ^(٣) والآخر ويصح أول الآخر ^(٤) .

(والاقباض) وهو تسليط الواقف للقباض عليه ، ورفع يده عنه له ^(٥) ، وقد يغير الاذن في القبض ^(٦) الذي اعتبره سابقاً ، بأن يأذن فيه ولا يرفع يده عنه ، (واخراجه عن نفسه) فلو وقف على نفسه بطل وان عقبه بما يصح الوقف عليه ، لانه حينئذ منقطع الاول ، وكذا لو شرط لنفسه الخيار في نقضه متى شاء ^(٧) ، أو في مدة معينة .
نعم لو وقفه على قبيل هو منهم ابتداءً ، أو صار منهم شارك ،

(١) كما لو كان على الموجود ثم على المعدوم ثم الموجود .

(٢) أي المعدوم ثم الموجود ثم المعدوم .

(٣) وهو ما انقطع أوله .

(٤) أي قبل الانقطاع من منقطع الوسط .

(٥) أي رفع الواقف يده عن المال الموقوف حتى يتسلط القباض عليه .

(٦) وكأنه بصدد رفع استشكل التكرار على المصنف ، وحاصله : ان حقيقة

الاقباض هو تسليط الواقف للقباض عليه ورفع يده عنه له ، وهذا بخلاف الاذن في القبض الذي ذكره سابقاً ، فانه لا يلزم أن يرفع يده عنه ، فيغير الاقباض الاذن في القبض فلا تكرر .

وفيه: ان غائلة التكرار بعد باقية، اذ المعتبر هو جنس القبض من غير فرق بين

افراده ، وهذا ظاهر .

(٧) أي من دون حاجة بل اقتراحاً .

أو شرط عوده اليه عند الحاجة فالمروي^(١) والمشهور اتباع شرطه ،
ويعتبر حينئذ قصور ماله عن مؤنة سنة فيعود عندها^(٢) ، ويورث عنه
لو مات وان كان قبلها^(٣) .

ولو شرط أكل أهله منه صح الشرط كما فعل النبي^(٤) صلى الله
عليه وآله بوقفه ، وكذلك فاطمة عليها السلام^(٥) ، ولا يقدر كونهم
واجبي النفقة ، فتسقط نفقتهم ان اكتفوا به .

ولو وقف على نفسه وغيره صح في نصفه على الاقوى ان اتحد ،
وان تعدد فبحسبه ، فلو كان جمعاً كالفقراء بطل في ربه^(٦) ، ويحتمل
النصف ، والبطلان رأساً^(٧) .

(وشرط الموقوف أن يكون عيناً) فلا يصح وقف المنفعة ، ولا

(١) الوسائل الباب الثالث من كتاب الوقوف والصدقات الحديث ٣ .

(٢) أي عند الحاجة .

(٣) أي قبل السنة ، يعني وان كان الموت قبل انقضاء السنة لا قبل الحاجة كما
ربما يتوهم ، ثم هذا مبني على عدم كونه وفقاً حقيقة بل حبساً في صورة الوقف ، لما
تقدم منه من أنه لو قرنه بمدة أو جعله على من ينقرض غالباً لم يكن وفقاً والاقوى
صحته حبساً الى آخر ما ذكره هناك .

(٤) كما في محكي المغني لابن قدامة (ج ٥ ص ٤٩٥) .

(٥) مستدرک الوسائل كتاب الوقوف والصدقات الباب ٦ الحديث ٧ .

(٦) لأن أقل الجمع ثلاثة فيبطل في الربع .

(٧) للجهل والابهام .

الدين ، ولا المبهم ، لعدم الانتفاع به مع بقاءه ، وعدم وجوده خارجاً^(١) ، والمقبوض والمعين بعده غيره^(٢) ، (مملوكة) ان أريد بالمملوكة صلاحيتها له^(٣) بالنظر الى الواقف ليحترز عن وقف نحو الخمر^(٤) والخنزير من المسلم فهو شرط الصحة ، وان أريد به^(٥) الملك الفعلي ليحترز به عن وقف مالا يملك وان صلح له فهو شرط اللزوم . والاولى أن يراد به الاعم وان ذكر بعض تفصيله بعد^(٦) .

(١) اذ حقيقة الوقف تحييس الأصل وتسبيل الثمرة ، فمقتضاه كونه موجوداً في الخارج حين عقد الوقف .

(٢) هذا دفع لتوهم أن الدين والمبهم وان كانا غير موجودين حين الوقف ولكن بعد القبض والتعيين يصيران موجودين ، فدفع هذا التوهم بأن المقبوض والمعين بعده - أي بعد الوقف - غير الوقف ، فمرجع الضمير في قوله « بعده » هو الوقف ، أي الموقوف . وهكذا مرجع الضمير في قوله « غيره » .

(٣) أي صلاحية العين المملوكة للملك . فمرجع ضمير « صلاحيتها » العين ومرجع ضمير « له » الملك ، فلا تغفل .

(٤) ولا يخفى ما في هذه العبارة من المسامحة ، اذ الخمر على فرض صلاحيتها للملكية لا يصح وقفها ، لأنه لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها .

(٥) مرجع ضمير « به » الملك المستفاد من قوله « المملوكة » لانفس المملوكة كما توهم بعض ، وهكذا مرجع ضمير « به » في قوله « ويحترز به » وقوله « ان يراد به » .

(٦) أي بعض تفصيل الملك ، اذ ذكر الخاص بعد العام متعارف ، فلا ينافي التفصيل ذكر الاسم سابقاً .

(ينتفع بها مع بقائها) ، فلا يصح وقف مالا ينتفع به الا مع ذهاب عينه كالخبز والطعام والفاكهة ، ولا يعتبر في الانتفاع به كونه في الحال ، بل يكفي المتوقع كالعبد والجحش الصغيرين^١ ، والزمن الذي يرجى زوال زمانته .

وهل يعتبر طول زمان المنفعة؟ اطلاق العبارة والاكثر يقتضي عدمه ، فيصح وقف ريحان يسرع فساده^٢ . ويحتمل اعتباره لقلة المنفعة ومنافاتها للتأبيد المطلوب من الوقف ، وتوقف في الدروس ولو كان^٣ مزروعاً صحح ، وكذا ما يطول نفعه كمسك وعنبر .

(ويمكن اقباضها) فلا يصح وقف الطير في الهواء ، ولا السمك في ماء لا يمكن قبضه عادة ، ولا الابق والمغصوب ونحوها . ولو وقفه على من يمكنه قبضه فالظاهر الصحة ، لان الاقباض المعتبر من المالك هو الاذن في قبضه وتسليمه عليه ، المعتبر من الموقوف عليه تسلمه وهو ممكن .

(ولو وقف مالا يملكه وقف على اجازة المالك) كغيره من العقود ، لانه عقد صدر من صحيح العبارة قابل للنقل وقد اجاز المالك فيصح . ويحتمل عدمها هنا وان قيل به في غيره ، لان عبارة

(١) الجحش الصغير من الحمار .

(٢) كما اذا قطع وانفصل عن أصله .

(٣) أي ولو كان الريحان مزروعاً صحح ، اذ المزروع يبقى مدة مديدة .

الفضولي لا أثر لها . وتأثير الاجازة غير معلوم ، لان الوقف فك ملك فى كثير من مواردہ ، ولا أثر لعبارة الغير فيه . وتوقف المصنف فى الدروس ، لانه نسب عدم الصحة الى قول ولم يفت بشيء ، وكذا فى التذكرة . وذهب جماعة الى المنع هنا ، ولو اعتبرنا فيه التقرب قوى المنع ، لعدم صحة التقرب بملك الغير^(١) .

(ووقف المشاع جائز كالمقسوم) لحصول الغاية المطلوبة من الوقف ، وهو تحببب الاصل واطلاق الثمرة به ، وقبضه كقبض المبيع فى توقفه على اذن المالك والشريك عند المصنف مطلقاً^(٢) ، والا قوى أن ذلك فى المنقول ، وغيره لا يتوقف على اذن الشريك ، لعدم استتزام التخلية^(٣) التصرف فى ملك الغير .

(١) ولكن الأظهر هو الصحة ، اذ لا دليل على عدم صحة التقرب بملك الغير لانه يمشى منه قصد القرية ، فلا مانع منه من هذه الجهة فيقرب بهذا الفعل انتفاع المستحقين مثلاً ، ولكنه مع قصد التقرب من المالك فى اجازته حيث أنها جزء أو شرط للسبب كما هو واضح . الا أن يقال : بأن المعتبر فى صحة الوقف هو تقرب المالك لا مجرى الصيغة . فليأمل .

(٢) منقولاً كان أو غير منقول . قال فى محكي الدروس فى كتاب الهبة : وقبض المشاع يعتبر فيه اذن الشريك وان كان غير منقول .

(٣) اذ التخلية هو رفع اليد عنه ورفع المناهيات ، وهذا لا يستلزم التصرف فى ملك الغير كما هو واضح . نعم تصرف الموقوف عليه يتوقف على اذن الشريك ، وهذا أمر آخر .

(وشرط الواقف الكمال) بالبلوغ والعقل والاختيار ورفع الحجر ، (ويجوز أن يجعل النظر) على الموقوف (لنفسه ، ولغيره) في متن الصيغة (فان أطلق) ولم يشترطه لاحد (فالنظر في الوقف العام الى الحاكم) الشرعى ، (وفى غيره) وهو الوقف على معين (الى الموقوف عليهم) ، والواقف مع الاطلاق كالأجنبي^١ .

ويشترط في المشروط له النظر العدالة ، والاهتداء الى التصرف . ولو عرض له الفسق انزل ، فان عاد عادت^٢ ان كان مشروطاً من الواقف .

ولا يجب على المشروط له القبول ، ولو قبل لسم يجب عليه الاستمرار^٣ ، لانه فى معنى التوكيل ، وحيث يبطل النظر يصير كما لو لم يشترط .

ووظيفة الناظر مع الاطلاق العمارة والاجارة ، وتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقيها . ولو فوض اليه بعضها لم يتعده ، ولو جعله لاثنين وأطلق لسم يستقل أحدهما بالتصرف ، وليس للواقف عزل المشروط فى العقد ، وله عزل المنصوب من قبله لو شرط النظر

(١) أي لو أطلق الواقف ولم يعين ناظراً يصير كالأجنبي ، فالنظر حينئذ الى

الحاكم الشرعي .

(٢) أي ان عاد الناظر الى ما كان من العدالة عادت نظارته .

(٣) أي لو قبل النظر لم يجب عليه استمراره كما فى التوكيل اذ هو فى معناه .

لنفسه فولاه ، لانه وكيل .

ولو آجر الناظر مدة فزادت الاجرة فى المدة ، أو ظهر طالب بالزيادة لم يفسخ العقد ، لانه جرى بالغبطة فى وقته ، الا أن يكون فى زمن خياره فيتعين عليه الفسخ . ثم ان شرط له شىء عوضاً عن عمله لزم ، وليس له غيره ، والا فله أجره المثل عن عمله مع قصد الاجرة به .

(وشرط الموقوف عليه وجوده ، وصحة تملكه ، وإباحة الوقف عليه . فلا يصح) ، الوقف (على المعدوم ابتداءً) بأن يبدأ به ، ويجعله من الطبقة الاولى^(١) ، فيوقف على من يتجدد من ولد شخص

(١) ايراد كلمة « من » التبعيضية ليس للتنبيه ، على أنه لا فرق في بطلان الوقف على المعدوم ابتداءً بين أن يكون المعدوم مشاركاً لمن يصح الوقف عليه وبين أن يكون الوقف ابتداءً عليه وحده ، غاية الأمر بطلان الوقف فى الثانى مطلقاً وبطلانه فى الأول بالنسبة الى المعدوم كما توهمه بعض المحشين . وذلك لانه يصح الوقف على المعدوم اذا كان فى الطبقة موجوداً ، حيث أن المراد بالمعدوم ابتداءً أن يكون هو الطبقة الأولى من دون مشاركة موجود معه فى تلك الطبقة ، كما لو وقف على الولد المعدوم حين الوقف ولو كان يوجد بعد الوقف وبعد موت الولد على أبيه مثلاً ، فمعنى من التبعيضية هنا أن يجعله فرداً من الطبقة الأولى التى يكون فى الوقف ، يعنى يجعل المعدوم الطبقة الاولى بحيث لا يكون فى الطبقة الاولى غيره ، وقد صرح بارادة هذا المعنى فى المثال الذى ذكره بقوله: فيوقف على من يتجدد من ولد شخص ثم عليه مثلاً .

ثم عليه مثلاً، (ويصح تبعاً) بأن يوقف عليه وعلى من يتجدد من ولده. وانما يصح تبعية المعدوم الممكن وجوده عادة كالولد ، أما ما لا يمكن وجوده كذلك كالميت لم يصح مطلقاً ^(١) ، فان ابتداء به بطل الوقف ، وان آخره كان منقطع الآخر أو الوسط ، وان ضممه الى موجود بطل فيما يخصه خاصة على الاقوى .

(ولا على) من لا يصح تملكه شرعاً ، مثل (العبد) وان تشبث بالحرية كأمر الولد ، (وجبريل) وغيره من الملائكة والجن والبهائم ، ولا يكون وقفاً على سيد العبد ومالك الدابة عندنا ^(٢) . وينبغي أن يستثنى من ذلك العبد المعدل لخدمة الكعبة والمشهد والمسجد ونحوها من المصالح العامة ، والدابة المعدة لنحو ذلك أيضاً ، لانه كالوقف على تلك المصاحبة .

ولما كان اشتراط أهلية الموقوف عليه للملك يوهم عدم صحته على ما لا يصح تملكه من المصالح العامة كالمسجد والمشهد والقنطرة، نبه على صحته وبيان وجهه بقوله: (والوقف على المساجد والقناطر في الحقيقة) وقف (على المسلمين) وان جعل متعلقه بحسب اللفظ غيرهم ، (اذ هو مصروف الى مصالحهم) ، وانما أفاد تخصيصه

(١) لا ابتداءً ولا تبعاً .

(٢) فيه اشارة الى خلاف بعض العامة حيث جعله وقفه عليهما .

بذلك^(١) تخصيصه ببعض مصالح المسلمين ، وذلك لا ينافي الصحة . ولا يرد أن ذلك يستلزم جواز الوقف على البيع^(٢) والكنائس ، كما يجوز الوقف على أهل الذمة لان الوقف على كنائسهم وشبهها وقف على مصالحهم ، للفرق . فان الوقف على المساجد مصلحة للمسلمين ، وهي مع ذلك طاعة وقربة ، فهي جهة من جهات المصالح المأذون فيها ، بخلاف الكنائس ، فان الوقف عليها وقف على جهة خاصة من مصالح أهل الذمة لكنها معصية ، لانها اعانة لهم على الاجتماع اليها للعبادات المحرمة والكفر ، بخلاف الوقف عليهم أنفسهم ، لعدم استلزامه المعصية بذاته ، اذ نفعهم من حيث الحاجة ، وأنهم عباد الله ، ومن جملة بني آدم المكرمين ، ومن تجوز أن يتولد منهم المسلمون لا معصية فيه .

وما يترتب عليه من اعانتهم به على المحرم كشرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير والذهاب الى تلك الجهات المحرمة ليس مقصوداً للمواقف ، حتى لو فرض قصده له حكمنا ببطلانه ، ومثله الوقف عليهم لكونهم كفاراً ، كما لا يصح الوقف على فسقة المسلمين من

(١) أي انما أفاد تخصيص الوقف بالمساجد والقناطر تخصيصه ببعض مصالح

المسلمين ، بأن ينتفعوا به في خصوص المساجد والقناطر لا مطلق مصالحهم .

(٢) أي ولا يرد أن جواز الوقف على المساجد يستلزم جواز الوقف على البيع

والكنائس .

حيث هم فسقة .

(ولا على الزناة والعصاة) من حيث هم كذلك ، لانه اعانة على الاثم والعدوان فيكون معصية . أما لو وقف على شخص متصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناط الوقف صحح ، سواء أطلق أم قصد جهة محللة .

(والمسلمون من صلى الى القبلة) أي اعتقد الصلاة اليها وان لم يصل ، لا مستحلاً . وقيل : يشترط الصلاة بالفعل ، وقيل : يختص بالموثمن^(١) وهما ضعيفان ، (الا الخوارج والغلاة) فلا يدخلون في مفهوم المسلمين وان صلوا اليها للحكم بكفرهم . ولاوجه لتخصيصه بهما ، بل كل من أنكر ما علم من الدين ضرورة كذلك عنده ، والنواصب كالخوارج فلا بد من استثنائهم أيضاً .

وأما المجسمة فقطع المصنف بكفرهم في باب الطهارة من الدروس وغيرها ، وفي هذا الباب منها^(٢) نسب خروج المشبهة منهم الى القيل ، مشعراً بتوقفه فيه ، والاقوى خروجه ، الا أن يكون الواقف من احدى الفرق فيدخل فيه مطلقاً^(٣) ، نظراً الى قصده . ويدخل الاناث تبعاً ، وكذا من يخكمهم كالأطفال والمجانين ،

(١) هذا اذا كان الواقف منهم .

(٢) أي في باب الوقف من الدروس .

(٣) أي أي فرقة كان منها .

ولدلالة العرف عليه .

(والشيعة من شايح علياً عليه السلام) أي اتبعه (وقدمه) على غيره في الامامة وان لم يوافق على امامة باقي الائمة بعده ، فيدخل فيهم الامامية ، والجارودية من الزيدية ^(١) ، والاسماعيلية غير الملاحدة منهم ، والواقفية ، والفضحية ، وغيرهم . وربما قيل بأن ذلك مخصوص بما اذا كان الواقف من غيرهم ، أما لو كان منهم صرف الى أهل نحلته خاصة ، نظراً الى شاهد حاله وفحوى قوله . وهو حسن مع وجود القرينة ، والافحمل اللفظ على عمومية أجود .

(والامامية : الاثنا عشرية) أي القائلون بامامة الاثني عشر المعتمدون لها ، وزاد في الدروس اعتقاد عصمتهم عليهم السلام

(١) وخص الجارودية من فرق الزيدية لأنه لا يقول بامامة علي عليه السلام دون غيره من المشايخ الثلاثة سواهم ، فان الصالحية منهم ، والسليمانية والبتيرية - البتيرية بضم الموحدة فالسكون فرقة من الزيدية قيل نسبوا الى مغيرة بن سعد ولقبه الأثر على ما حكى - يقولون بامامة الشيخين ، والاسماعيلية وهم كل من قال بامامة اسمعيل بن جعفر بن محمد الصادق عليه السلام ، والواقفية وهم كل من وقف على موسى بن جعفر عليه السلام وينكرون موته ، والفضحية وهم كل من قال بامامة عبدالله بن جعفر بن محمد عليه السلام ، وسمي بذلك لأنه قيل كان أفتح الرأس أي عريضه .

أيضاً ، لأنه لازم المذهب. ولا يشترط هنا ^(١) اجتناب الكبائر اتفاقاً وان قيل به في المؤمنين ، وربما أوهم كلامه في الدروس ^(٢) ورود الخلاف هنا أيضاً ، وليس كذلك. ودليل القائل يرشد الى اختصاص الخلاف بالمؤمنين ^(٣).

(والهاشمية من ولده هاشم بأبيه) أي اتصل اليه بالاب وان علا، دون الام على الاقرب ، (وكذا كل قبيلة) كالعلوية والحسينية ، يدخل فيها من اتصل بالمنسوب اليه بالاب دون الام ، ويستوي فيه الذكور والاناث .

(واطلاق الوقف) على متعدد (يقضي التسوية) بين أفراده وان اختلفوا بالذكورية والانوثية ، لاستواء الاطلاق والاستحقاق بالنسبة الى الجميع ، (ولو فضل) بعضهم على بعض (لزم) بحسب ما عين ،

(١) أي في الامامية الاثني عشرية .

(٢) حيث قال فيه « والمؤمنون والامامية واحد » الى أن قال : وقيل يشترط اجتناب الكبائر - الى آخر ما قال في هذا الموضوع .

(٣) حيث استدل على اشتراط اجتناب الكبائر بما محصله، ان العمل جزء من الايمان، اذ الايمان عنده مركب من ثلاثة أشياء: اعتقاد بالجنان ، وقرار باللسان، وعمل بالأركان . فيكون العمل ثلث الايمان . ولكن المشهور خلافه ، لما تحقق في فن الكلام من أن الايمان هو التصديق بالقلب والقرار باللسان، وان العمل ليس بجزء منه ولا شرط .

وكيف كان فمحل الخلاف هو المؤمنون ، وأما الامامية فلا خلاف في عدم

عملاً بمقتضى الشرط .

(وهنا مسائل) :

الاولى - (نفقة العبد الموقوف والحيوان) الموقوف (على الموقوف عليهم) ان كانوا معينين ، لانتقال الملك اليهم وهي تابعة له ، ولو كان على غير معينين ففي كسبه مقدمة على الموقوف عليه ، فان قصر الكسب ففي بيت المال ان كان ، والا وجب كفاية على المكلفين كغيره من المحتاجين اليها .

ولو مات العبد فمؤنة تجهيزه كنفقته . ولو كان الموقوف عقاراً فنفقته حيث شرط الواقف ، فان انتفى الشرط ففي غلته ، فان قصرت لم يجب الاكمال ، ولو عدت لم تجب عمارته بخلاف الحيوان لوجوب صيانة روحه .

(ولو عمي العبد ، أو جذم) أو أقعد (انعتق) كما لو لم يكن موقوفاً ، (بطل الوقف) بالعتق ، (وسقطت النفقة) من حيث الملك^(١) ، لانها كانت تابعة له فاذا زال زالت .

الثانية - (لو وقف في سبيل الله انصرف الى كل قربة) ، لان المراد من السبيل الطريق الى الله ، أي الى ثوابه ورضوانه ، فيدخل فيه كل ما يوجب الثواب من نفع المحاويج ، وعمارة المساجد ،

اشترط اجتناب الكبائر في حقهم . فليتأمل .

(١) وان وجبت كفاية لو كان محتاجاً ولم يقدر عليها .

واصلاح الطرقات ، وتكفين الموتى . وقيل : يختص بالجهاد ،
 وقيل : باضافة الحج والعمرة اليه ، والاول أشهر .
 و(كذا) لو وقف (في سبيل الخير ، وسبيل الثواب) ، لاشترك
 الثلاثة في هذا المعنى ، وقيل : سبيل الثواب الفقراء والمساكين ،
 ويبدأ بأقاربه ، وسبيل الخير الفقراء والمساكين وابن السبيل
 والغارمون ، الذين استدانوا لمصالحتهم^(١) ، والمكاتبون . والاول
 أقوى ، الا أن يقصد الواقف غيره .

الثالثة - (اذا وقف على أولاده اشترك أولاد البنين والبنات) ،
 لاستعمال الاولاد فيما يشمل أولادهم استعمالاً شائعاً لغته وشرعاً ،
 كقوله تعالى « يا بني آدم ، يا بني اسرائيل ، ويوصيكم الله في
 أولادكم » وللإجماع على تحريم حليمة ولد الولد ذكراً وأنثى من
 قوله تعالى : « وحلائل أبنائكم » ولقوله صلى الله عليه وآله : « لا
 تزرموا^(٢) ابني » يعني الحسن ، أي لا تقطعوا عليه بولسه لما بال في
 حجره والاصل في الاستعمال الحقيقية ، وهذا الاستعمال كما دل على
 دخول أولاد الاولاد في الاولاد ، دل على دخول أولاد الاناث أيضاً ،
 وهذا أحد القولين في المسألة .

(١) أي لا للصرف في المحرمات .

(٢) [بحار الأنوار ج ٤٣ ص ٢٦٥ ط بيروت] ولكن في الرواية المزبورة

وقيل : لا يدخل أولاد الاولاد مطلقاً في اسم الاولاد ، لعدم فهمه عند الاطلاق ، ولصحة السلب ، فيقال في ولد الولد : ليس ولدي بل ولد ولدي .

وأجاب المصنف في الشرح^(١) عن الأدلة الدالة على الدخول : بأنه ثم من دليل خارج^(٢) ، وبأن اسم الولد لو كان شاملاً للجميع لزم الاشتراك^(٣) . وان عورض بلزوم المجاز ، فهو أولى ، وهذا أظهر^(٤) . نعم او دلت قرينة على دخولهم كقوله : الاعلى فالاعلى ، اتجه دخول من دلت عليه ، ومن خالف في دخولهم كالفاضلين فرضوا المسألة فيما لو وقف على أولاد أولاده ، فإنه حينئذ يدخل أولاد البنين والبنات بغير اشكال .

وعلى تقدير دخولهم بوجه فاشتراكهم (بالسوية) ، لان ذلك

(١) أي شرح الارشاد الموسوم بغاية المراد .

(٢) أي أجاب المصنف عن الأدلة الدالة على الدخول ، أي عن الأدلة التي يدعى دلالتها على الدخول بأنه ثم - أي هناك - من دليل خارج كالاجماع على تحريم حلية الابن ونحو ذلك ، لا لدلالة هذه الايات أو الرواية .

(٣) أي لزم الاشتراك اللفظي ، وهو خلاف الأصل ، اذ الأصل عدم تعدد الوضع وان عورض بلزوم المجاز ، اذ لاشك في جواز استعمال الولد في ولد الولد ، فحينئذ يدور الأمر بين الاشتراك والمجاز ولكن المجاز أولى .

(٤) أي القول الثاني أظهر .

مقتضى الاطلاق، والاصل عدم التفاضل (الا أن يفضل) بالتصريح،
أو بقوله : على كتاب الله ونحوه .

(ولو قال : على من انتسب الي لم يدخل أولاد البنات) على
أشهر القولين ، عملاً بدلالة اللغة والعرف والاستعمال .

الرابعة - (اذا وقف مسجداً لم ينفك وقفه بخراب القرية) ،
للزوم الوقف ، وعدم صلاحية المخراب لزواله ، لجواز عودها ،
أو انتفاع المارة به . وكذا لو خرب المسجد ، خلافاً لبعض العامة ،
قياساً على عود الكفن الى الورثة عند اليأس من الميت ، بجامع
استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن . والفرق
واضح ، لان الكفن ملك للوارث وان وجب بذله في التكفين ،
بخلاف المسجد لخروجه بالوقف على وجه فك الملك كالتحرير ، ولا
مكان الحاجة اليه بعمارة القرية ، وصلاة المارة ، بخلاف الكفن .

(واذا وقف على الفقراء أو العلوية انصرف الى من في بلد
الواقف منهم ومن حضره)^١ بمعنى جواز الاقتصار عليهم من غير
أن يتتبع غيرهم ممن يشمله الوصف ، فلو تتبع جاز . وكذا لا يجب
انتظار من غاب منهم عند القسمة .

وهل يجب استيعاب من حضر؟ ظاهر العبارة ذلك ، بناءً على أن

(١) أي ومن حضر بلد الواقف .

الموقوف عليه يستحق على جهة الاشتراك ، لاعلى وجه بيان المصرف ، بخلاف الزكاة ، وفي الرواية^(١) دليل عليه ويحتمل جواز الاقتصار على بعضهم ، نظراً الى كون الجهة المعينة مصرفاً . وعلى القولين لا يجوز الاقتصار على أقل من ثلاثة ، مراعاة لصيغة الجمع . نعم لا تجب التسوية بينهم ، خصوصاً مع اختلافهم في المزية ، بخلاف الوقف على المنحصرين ، فيجب التسوية بينهم بالاستيعاب .

واعلم أن الموجود في نسخ الكتاب « بلد الواقف » ، والذي دلت عليه الرواية وذكره الاصحاب - ومنهم المصنف في الدروس - اعتبار بلد الوقف لا الواقف^(٢) ، وهو أجود .

الخامسة - (اذا آجر البطن الاول الوقف ثم انقضوا تبين بطلان الاجارة في المدة الباقية) ، لانتقال الحق الى غيرهم ، وحقهم وان كان ثابتاً عند الاجارة الا أنه مقيد بحياتهم لا مطلقاً ، فكانت الصحة في جميع المدة مراعاة باستحقاقهم لها ، حتى لو آجروها مدة يقطع فيها بعدم بقائهم اليها عادة فالزائد باطل من الابتداء ، ولا يباح لهم أخذ قسطه من الاجرة ، وانما أيبح في الممكن ، استصحاباً للاستحقاق بحسب الامكان ، ولاصالة البقاء .

وحيث تبطل في بعض المدة (فيرجع المتسأجر على ورثة الاجر)

(١) هي رواية علي بن سليمان النوفلي .

(٢) أي بلد الموقوف للانصراف اليه .

بقسط المدة الباقية (ان كان قد قبض الاجرة ، وخلف تركة) فلولم يخلف مالا لم يجب على الوارث الوفاء من ماله كغيرها من الديون . هذا اذا كان قد آجرها لمصلحته ^(١) ، أو لم يكن ناظراً ، فلو كان ناظراً وآجرها لمصلحة البطون لم تبطل الاجارة ، وكذا لو كان المؤجر هو الناظر ^(٢) في الوقف مع كونه غير مستحق .

(١) أي آجرها البطن الاول لمصلحة نفسه ، أو اسم يكن ناظراً وان آجرها لمصلحة البطون ، وذلك لانه في فرض عدم نظارته لا يجوز له التصرف في ملك الغير لانه أجنبي .

(٢) أي وكذا لا تبطل الاجارة لو كان المؤجر هو الناظر مع كونه غير مستحق ، بأن لا يكون داخلا في الموقوف عليهم . وهذا بخلاف الفرض الأول ، فان المؤجر الناظر فيه كان بطناً أو لا منهم .

كتاب العطية

(وهي) أي العطية باعتبار الجنس (أربعة) :

(الاول - الصدقة : وهي عقد يفتقر الى ايجاب وقبول) اطلاق

العقد على نفس العطية لا يخلو من تساهل ^(١) ، بل في اطلاقه على جميع المفهومات المشهورة من البيع والاجارة وغيرهما ، وانما هو دال عليها . ويعتبر في ايجاب الصدقة وقبولها ما يعتبر في غيرها من العقود اللازمة ، (وقبض باذن الموجب) ، بل باذن المالك ، فانه لو وكل في الايجاب لم يكن للوكيل الاقباض .

(وم-ن شرطها القربة) فلا تصح بدونها وان حصل الايجاب

والقبول والقبض ، للروايات الصحيحة الدالة عليه ^(٢) ، (فلا يجوز الرجوع فيها بعد القبض) ، لتمام الملك وحصول العوض وهو القربة ،

(١) وهذا من باب اطلاق السبب على المسبب، وذلك جائز في المحاورات.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٢ - ٣ .

كما لا يصح الرجوع في الهبة مع التعويض .
وفي تفريعه بالفاء اشارة الى أن القربة عوض ، بل العوض
الاخروي أقوى من العوض الدنيوي .

(ومفروضها محرم على بني هاشم من غيرهم الامع قصور
خمسة) لان الله تعالى جعل لهم الخمس عوضاً عنها ، وحرمتها
عليهم ، معللاً بأنها أوساخ الناس . والاقوى اختصاص التحريم بالزكاة
المفروضة ، دون المنذورة والكفارة وغيرهما ، والتعليل بالاوساخ
يؤيد اليه .

(وتجاوز الصدقة على الذمي) رحماً كان أم غيره ، وعلى
المخالف للحق ، (لا الحربي) والناصب ، وقيل : بالمنع من
غير المؤمن وان كانت ندباً . وهو بعيد .

(وصدقة السر أفضل) اذا كانت مندوبة ، للنص عليه في
الكتاب والسنة^(١) (الا أن يتهم بالترك) فالاظهار أفضل ، دفعا لجعل
عرضه عرضة للتهم ، فان ذلك أمر مطلوب شرعاً ، حتى للمعصوم ،
كما ورد في الاخبار^(٢) . وكذا الافضل اظهارها لو قصد به متابعة

(١) كما في قوله تعالى « وان تخفوها وتعطوها الفقراء » الآية [البقرة الآية

٢٧١] والسنة هي قوله : صدقة السر تطفئ غضب الرب [الوسائل الباب ١٤

من أبواب الصدقات المندوبة الحديث ١٠] .

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الصدقات المندوبة .

الناس له فيها ، لما فيه من التحريض على نفع الفقراء .

(الثاني - الهبة: وتسمى نحلة وعطية^(١) ، وتفتقر الى الايجاب) وهو كل لفظ دل على تملك العين من غير عوض^(٢) ، كوهبتك وملكتك وأعطيتك ونحلتك وأهديت اليك وهذا لك مع نيتها ، ونحو ذلك ، (والقبول) وهو اللفظ الدال على الرضا ، (والقبض باذن الواهب) ان لم يكن مقبوضاً بيده من قبل .

(ولو وهبه ما بيده لم يفتقر الى قبض جديد ، ولا اذن فيه ولا مضي زمان) يمكن فيه قبضه ، لحصول القبض المشروط ، فأغنى عن قبض آخر ، وعن مضي زمان يسعه ، اذ لا مدخل للزمان في ذلك مع كونه مقبوضاً ، وانما كان معتبراً مع عدم القبض ، لضرورة امتناع حصوله بدون^(٣) .

واطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين كونه بيده بايداع ، أو عارية ، أو غصب ، أو غير ذلك ، والوجه واحد . وقيل : بالفرق بين القبض باذنه وغيره . وهو حسن ، اذ لا يد للغاصب شرعاً^(٤) .

(١) النحلة بالكسر والمصدر النحل بالضم .

(٢) أي لا يعتبر في ماهيتها عوض ، لا أنه يشترط فيها عدم العوض ، لأن الهبة قد تكون معوضة والاولى تبديله بأن يقال ولو من غير عوض كما عبر به بعض الأصحاب .

(٣) أي امتناع حصول القبض بدون الزمان .

(٤) ولا يخفى أن التسليم كاف في تحقق القبض ، اذ لا يعتبر في تحقق القبض

(وكذا اذا وهب الولي الصبي) أو الصبية (ما في يد الولي كفى الايجاب والقبول) من غير تجديد القبض ، لحصوله بيده ، وهي بمنزلة يده ، ولا مضي زمان . وقيل : يعتبر قصد القبض عن الطفل ، لان المال المقبوض بيد الولي له فلا ينصرف الى الطفل الا بصارف وهو القصد . وكلام الاصحاب مطلق .

(ولا يشترط في البراء) وهو اسقاط ما في ذمة الغير من الحق (القبول) ، لانه اسقاط حق ، لا نقل ملك . وقيل : يشترط لاشتماله على المنة ، ولا يجبر على قبولها كهبة العين والفرق واضح^(١) ، (و) كذا (لا) يشترط (في الهبة القرية) الاصل ، لكن لا يثاب عليها بدونها ، ومعها تصير عوضاً كالصدقة .

(ويكره تفضيل بعض الولد على بعض) وان اختلفوا في الذكورة والانوثة ، لما فيه من كسر قلب المفضل عليه ، وتعريضهم

أن يكون هناك يد شرعية أو غيرها خصوصاً في غير المنقول ، فاذا أذن في تصرفه وسلطه عليه تحقق القبض .

(١) ولعل وجهه أن اسقاط الحق من غير سؤال من عليه الحق لا يظهر فيه منة حتى يثقل تحمله بخلاف هبة الاعيان . هذا ولكن الموارد مختلفة ، فعلة عدم اعتبار القبول لا يمكن أن تكون عدم المنة ، لامكان تحققها في بعض الموارد كما لا يخفى . والوجه في عدم اعتبار القول في البراء أنه اسقاط لما في ذمة المديون ، وهذا لا يحتاج الى القبول .

للعداوة . وروي^(١) أن النبي صلى الله عليه وآله قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً : أكل ولدك أعطيت مثله ؟ قال : لا . قال : فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم . فرجع في تلك العطية .

وفي رواية أخرى^(٢) : « لا تشهدني على جور » .

وحيث يفعل يستحب الفسخ مع امكانه للخبر^(٣) ، وذهب بعض الاصحاب الى التحريم ، وفي المختلف خص الكراهة بالمرض والاعسار^(٤) ، لدلالة بعض الاخبار^(٥) عليه . والاقوى الكراهة مطلقاً . واستثني من ذلك ما لو اشتمل المفضل على معنى يقتضيه ، كحاجة زائدة ، وزمانة ، واشتغال بعلم ، أو نقص المفضل عليه بسفه ، أو فسق ، أو بدعة ، ونحو ذلك .

(ويصح الرجوع في الهبة بعد الاقباض ما لم يتصرف الموهوب)^(٦)

(١) كما في محكي [صحيح مسلم باب كراهة تفضيل بعض الأولاد على

بعض ج ٥ ص ٦٥] .

(٢) في محكي [صحيح مسلم ج ٥ ص ٦٦] .

(٣) أي للخبر المذكور آنفاً .

(٤) أي مرض الوالد واعساره .

(٥) كما في رواية سماعة فقال : أما اذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ماشاء ،

وأما في مرضه فلا يصلح [الوسائل الباب ١٧ من كتاب الوصايا الحديث ١١]

وفي رواية أبي بصير قال : ان موسراً فنعم وان كان معسراً فلا [الوسائل الباب

١٧ من كتاب الوصايا الحديث ١٢] .

(٦) أي المتهب ، ويطلق على السال أيضاً ، حيث ان الفعل وهبته اياه ، وقد

تصرفاً متلفاً للعين ، أو ناقلاً للملك ، أو مانعاً من الرد كاستيلاء ، أو مغيراً للعين كقصارة الثوب ، ونجارة الخشب ، وطحن الحنطة على الأقوى فى الأخير . وقيل . مطلق التصرف ، وهو ظاهر العبارة . وفي تنزيل موت المتهم منزلة التصرف قولان ، من عدم وقوعه منه فتمتأوله الادلة المجوزة للرجوع ، ومن انتقال الملك عنه بالموت بفعله تعالى . وهو أقوى من نقله بفعله ، وهو أقوى . وخيرة المصنف فى الدروس والشرح .

(أو يعوض) عنها بما يتفقان عليه ، أو بمثلها ، أو قيمتها مع الاطلاق^(١) ، (أو يكن رحماً) قريباً^(٢) وان لم يحرم نكاحه ، أو يكن زوجاً أو زوجة على الأقوى ، لصحيفة زرارة .

(ولو عابت لم يرجع بالارش على الموهوب) وان كان بفعله ، لانها غير مضمونة عليه وقد سلطه على اتلافها مجاناً فأبعضها أولى ، (و لو زادت زيادة متصلة) كالسمن ، وان كان بعلف المتهم

يقال وهبته له فهو الموهوب له .

(١) كما اذا توافقا على فرس مثلاً فى ضمن العقد أو بمثلها أو قيمتها اذا أطلق العوض ولم يقيداه بشيء .

(٢) بحيث يصدق عرفاً أنه رحمه ، فلا يكفي انصالحهم بأب مثلاً ولو بوسائل كثيرة كالسادة كثرهم الله تعالى .

(فللواهب) ان جوزنا الرجوع حينئذ^١ (والمنفصاة) كالولد واللبن (للموهوب له) ، لانه نماء حدث في ملكه فيختص به ، سواء كان الرجوع قبل انفصالها بالولادة والمهلب ، أم بعده ، لانه منفصل حكماً . هذا اذا تجددت الزيادة بعد ملك المتهب بالقبض ، فلو كان قبليه فهي للواهب .

(ولو وهب أو وقف أو تصدق في مرض موته فهي من الثلث) على أجدود القولين (الا أن يجيز الوارث) ومثله ما لو فعل ذلك في حال الصحة ، وتأخر القبض الى المرض . ولو شرط في الهبة عوضاً يساوي الموهوب نفذت من الاصل ، لانها معاوضة بالمثل ، كالبيع بثمن المثل .

(الثالث - السكنى) وتوابعها . وكان الاولى عقد الباب للعمري لانها أعم موضوعاً^٢ كما فعل في الدروس .

(ولا بد فيها من ايجاب وقبول) كغيرها من العقود (وقبض) على تقدير لزومها . أما لو كانت جائزة كالمطلقة^٣ كان الاقباض شرطاً

(١) بناء على أن مطلق التصرف لا يمنع الرجوع بل الناقل أو المتلف

ونحوهما .

(٢) لشمولها للمسكن وغيره بخلاف المسكن .

(٣) أي غير موقفة ، فانه يجوز الرجوع فيها متى شاء ولو بعد الاقباض .

في جواز التسلط على الانتفاع^١ . ولما كانت الفائدة بدونه منتفية أطلق اشتراطه فيها .

ويفهم من اطلاقه عدم اشتراط التقرب، وبه صرح في الدروس .
وقيل : يشترط ، والاول أقوى . نعم حصول الثواب متوقف على نيته .

(فان أقتت بأمد) مضبوط (أو عمر أحدهما) المسكن أو الساكن (لزمت) تلك المدة وما دام العمر باقياً ، (والا) توقت بأمد ، ولا عمر أحدهما (جاز الرجوع فيها) متى شاء ، (وان مات أحدهما) مع الاطلاق (بطلت) وان لم يرجع . كما هو شأن العقود المجازة ، بخلاف الاولين^٢ .

(ويعبر عنها) أي عن السكنى (بالعمري) ان قرنت بعمر أحدهما ، (والرقبي) ان قرنت بالمدة ، ويفترقان عنها بوقوعهما على ما لا يصلح للسكنى ، فيكونان أعم منها من هذا الوجه ، وان كانت أعم منهما من حيث جواز اطلاقها في المسكون^٣ ، مع اقترانها

(١) أي شرطاً في إمكان التسلط على الانتفاع وان كان العقد في حد ذاته صحيحاً بدونه .

(٢) أي الموقت بالمدة ، أو عمر أحدهما فانها لا تبطل بالموت .

(٣) أي يصح اطلاق السكنى في المسكون ، سواء اقترن بالعمر أو المدة أو الاطلاق ، فساطلاق السكنى يصح في الجميع . بخلاف العمري والرقبي ، فان

بالعمر والمدة ، والاطلاق بخلافهما .

(وكل ما صح وقفه) من أعيان الاموال (صح اعمارها) وارقابه وان لم يكن مسكناً ، وبهذا ظهر عموم موضوعهما .

(واطلاق السكنى) الشامل للثلاثة حيث يتعلق بالمسكن (يقتضي سكناه بنفسه ومن جرت عادته) أي عادة الساكن (به) أي باسكانه معه كالزوجة والولد ، والخادم ، والضيف والدابة ان كان في المسكن موضع معد لمثلها ، وكذا وضع ما جرت العادة بوضعه فيها من الامتعة والغلة بحسب حالها .

(وليس له أن يؤجرها) ولا يغيرها (ولا أن يسكن غيره) وغير من جرت عادته به (الا باذن المسكن) ، وقيل : يجوز ان مطلقاً . والاول أشهر ، وحيث تجوز الاجارة فالاجرة للساكن .

(الرابع - التحبيس . وحكمه حكم السكنى في اعتبار العقد والقبض ، والتقييد بمدة والاطلاق) ومحلّه كالوقف^١ .

(واذا حبس عبده أو فرسه) أو غيرها مما يصلح لذلك (في سبيل الله ، أو على زيد لزم ذلك ، مادامت العين باقية . وكذا لو

العمري تطلق مع الاقتران بالعمر خاصة ، والرقبي تطلق مع الاقتران بالمدة خاصة .

(١) من حيث الشروط ، وهو أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقاء عينها ، وغير ذلك من الشروط .

حبس عبده ، أو أمته في خدمة الكعبة ، أو مسجد أو مشهد .
 واطلاق العبارة^١ يقتضي عدم الفرق بين اطلاق العقد وتقييده
 بالدوام ، ولكن مع الاطلاق في حبسه على زيد سيأتي ما يخالفه .
 وفي الدروس أن الحبس على هذه القرب غير زيد يخرج عن الملك
 بالعقد ، ولم يذكر هو ولا غيره حكم ذلك لو قرنه بمدة ، ولا حكم
 غير المذكورات ، وبالجملة فكلامهم في هذا الباب غير منقح .
 (ولو حبس على رجل ولم يعين وقتاً ومات الحابس كان ميراثاً)
 بمعنى أنه غير لازم كالسكنى فتبطل بالموت ، ويجوز الرجوع فيه
 متى شاء . ولو قرن فيه بمدة لزم فيها ، ورجع الى ملكه بعدها .
 واعلم أن جملة أقسام المسألة كالسكنى^٢ ، اما أن يكون على
 قرينة كالمسجد ، أو على آدمي ، ثم اما أن يطلق ، أو يقرنه بمدة ،
 أو يصرح بالدوام . والمحبس اما أن يكون عبداً ، أو فرساً ، أو
 غيرهما من الاموال التي يمكن الانتفاع بها في ذلك الوجه . ففي الادمي
 يمكن فرض سائر الاموال ليستوفي منافعها ، وفي سبيل الله يمكن

(١) أي اطلاق قوله « لزم ذلك مادام العين باقية » ، فانه يشمل التقييد بالدوام

وعدمه . وهذا مناف لما سيأتي من قوله « ولو حبس على رجل ولم يعين وقتاً
 كان ميراثاً » .

(٢) أي كما أن السكنى لها أقسام كذلك التحبيس ، فالتشبيه من هذه الجهة

لا أن أقسام مسألة التحبيس هي عين أقسام مسألة السكنى .

فرض العبد والفرس والبعير والبغل والحمار وغيرها ، وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والامة والدابة اذا احتيج اليها في نقل الماء ونحوه ، وغيره من الاملاك ليستوفي منفعتها بالاجارة ، ويصرف على مصالحه. وكلامهم في تحقيق احكام هذه الصور قاصر جداً ، فينبغي تأمله .

بجانبها بيانا

في فرض العبد والفرس والبعير والبغل والحمار وغيرها ، وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والامة والدابة اذا احتيج اليها في نقل الماء ونحوه ، وغيره من الاملاك ليستوفي منفعتها بالاجارة ، ويصرف على مصالحه. وكلامهم في تحقيق احكام هذه الصور قاصر جداً ، فينبغي تأمله .

١- في فرض العبد والفرس والبعير والبغل والحمار وغيرها ، وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والامة والدابة اذا احتيج اليها في نقل الماء ونحوه ، وغيره من الاملاك ليستوفي منفعتها بالاجارة ، ويصرف على مصالحه. وكلامهم في تحقيق احكام هذه الصور قاصر جداً ، فينبغي تأمله .

٢- في فرض العبد والفرس والبعير والبغل والحمار وغيرها ، وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والامة والدابة اذا احتيج اليها في نقل الماء ونحوه ، وغيره من الاملاك ليستوفي منفعتها بالاجارة ، ويصرف على مصالحه. وكلامهم في تحقيق احكام هذه الصور قاصر جداً ، فينبغي تأمله .

٣- في فرض العبد والفرس والبعير والبغل والحمار وغيرها ، وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والامة والدابة اذا احتيج اليها في نقل الماء ونحوه ، وغيره من الاملاك ليستوفي منفعتها بالاجارة ، ويصرف على مصالحه. وكلامهم في تحقيق احكام هذه الصور قاصر جداً ، فينبغي تأمله .

٤- في فرض العبد والفرس والبعير والبغل والحمار وغيرها ، وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والامة والدابة اذا احتيج اليها في نقل الماء ونحوه ، وغيره من الاملاك ليستوفي منفعتها بالاجارة ، ويصرف على مصالحه. وكلامهم في تحقيق احكام هذه الصور قاصر جداً ، فينبغي تأمله .

٥- في فرض العبد والفرس والبعير والبغل والحمار وغيرها ، وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والامة والدابة اذا احتيج اليها في نقل الماء ونحوه ، وغيره من الاملاك ليستوفي منفعتها بالاجارة ، ويصرف على مصالحه. وكلامهم في تحقيق احكام هذه الصور قاصر جداً ، فينبغي تأمله .

كتاب المتاجر

(المتاجر) جمع متجر وهو مفعول من التجارة، اما مصدر ميمى
بمعناها كالمقتل ، وهو « هنا »^(١) نفس التكسب، أو اسم مكان لمحل
التجارة ، وهى الاعيان المكتسب بها. والاول أليق بمقصود العلم،
فان الفقيه يبحث عن فعل المكلف والاعيان متعلقات فعله .
وقد أشار المصنف الى الامرين معاً ، فالى الثانى بتقسيمه
الاول^(٢) ، والى الاول^(٣) بقوله أخيراً : ثم التجارة تنقسم بانقسام

(١) أي المتجر هنا نفس التكسب .

(٢) وهو قول المصنف « وينقسم موضوع التجارة » اذ الموضوع هو ما
يكتسب به .

(٣) أي الى الأمر الاول بقوله « أخيراً » ، أي وأخر هذا الفصل وهو قوله
ثم التجارة تنقسم « الى آخر ما قال هناك .

الاحكام الخمسة ، والمراد بها هنا التكسب بما هو أعم من البيع^(١) ،
 فعقد الباب بعد ذكر الاقسام للبيع خاصة غير جيد ، وكان افرادها
 بكتاب ، ثم ذكر البيع في كتاب كغيره مما يحصل به الاكتساب
 - كما صنع في الدروس - أولى . وفيه فصول :

(الاول - ينقسم موضوع التحارة)^(٢) وهو ما يكتسب به ويبحث
 فيها عن عوارضه اللاحقة له من حيث الحكم الشرعي (الى محرم
 ومكروه ومباح) .

ووجه الحصر في الثلاثة أن المكتسب به : اما أن يتعلق به نهى ،
 أولا ، والثاني المباح ، والاول اما أن يكون النهي عنه مانعاً من
 النقيض ، أولا ، والاول الحرام ، والثاني المكروه . ولم يذكر
 الحكمين الاخرين وهما : الوجوب والاستحباب ، لانهما من عوارض
 التجارة^(٣) كما سيأتي في أقسامها .

(١) كما يذكر في هذا الفصل اجارة المساكن والحمولة للمحرم ، بل عموماً

البحث وذكروا ما لا يكتسب به كالغيبية ونحوه .

(٢) الظاهر أن المراد بالموضوع هنا هو عمل التجارة أي فعلها ، اذ هو ينقسم

الى محرم ومكروه ومباح لا ما هو المصطلح في موضوع العلوم ، وهو ما يبحث

فيه عن عوارضه اللاحقة له كما يشعر به كلام الشارح قدس سره ، اذ لا يبحث

فيها من هذه الجهة وليس من شأن الفقيه .

(٣) أي من عوارض نفس التجارة لا من عوارض موضوعها بالمعنى الذي

ذكرنا .

(فالمحرم الاعيان النجسة^(١) كالخمر) المتخذ من العنب ،
 (والنبيد) المتخذ من التمر ، وغيرهما من الانبذة كالبتع والمزر
 والجمعة والفضيخ والنقيع^(٢). وضابطها المسكر^(٣) وان لم يكن مائماً
 كالحشيشة ان لم يفرض لها نفع آخر ، وقصد ببيعها المنفعة المحللة.
 (والفقاع) وان لم يكن مسكراً ، لانه خمر استصغره الناس^(٤) ،
 (والمائع النجس غير القابل للطهارة) اما لكون نجاسته ذاتية كآليات
 الميتة ، والمبانة من الحي ، أو عرضية كما لو وقع فيه نجاسة وقلنا
 بعدم قبوله للطهارة ، كما هو أصح القولين في غير الماء النجس ،

(١) أي الاكتساب بها ، فمن حيث أنه يتعلق بها الحرمة يطلق عليها الحرمة
 للمسامحة .

(٢) البتع بكسر الباء وبسكون التاء أو فتحها : شراب يتخذ من العسل .
 والمزر بتقديم المعجمة وكسر أوله : نبيد يتخذ من الذرة على ما حكى عن الدروس .
 والجمعة : نبيد يتخذ من الشعير والفضيخ : نبيد يتخذ من التمر . والنقيع : شراب
 يتخذ من الزبيب .

(٣) مرجع ضمير « ضابطها » هو الخمر وما بعدها من الأشياء المذكورة ،
 يعني الضابط في المقام هو المسكر لا النجاسة وان لم يكن مائماً كالحشيشة
 فانها طاهرة ولكنها مسكر فلا يجوز بيعها من هذه الجهة . نعم لو فرض لها
 نفع وقصد ببيعها ذلك النفع يجوز بيعها . ولعلها هو البنج ، قال في مجمع البحرين :
 البنج كفلاس تعريب بنكك نبت معروف له حب يسكر .

(٤) كما في الخبر الوسائل الباب ٢٨ من أبواب الأشربة المحرمة الحديث ١ .

(الا الدهن) بجميع أصنافه ^(١) ، (للضوء تحت السماء) لا تحت الظلال ^(٢) في المشهور ، والنصوص مطلقة فجوازه مطلقاً متجه .

والاختصاص بالمشهور تعبد ، لا لنجاسة دخانه ، فان دخان النجس عندنا طاهر ، لاستحالاته . وقد يعمل بتصاعد شيء من أجزائه مع الدخان قبل احالة النار له بسبب السخونة الى أن يلقى الظلال فتتأثر بنجاسته .

وفيه : عدم صلاحيته مع تسليمه للمنع ، لان تنجيس مالك العين لها غير محرم . المراد الدهن النجس بالعرض كالزيت تموت فيه الفأرة ونحوه ، لا بالذات كألية الميتة ، فان استعماله محرم مطلقاً ^(٣) ، لمنهى عن استعماله كذلك .

(والميتة) وأجزاؤها التي تحلها الحياة ، دون مالا تحلها ، مع طهارة أصله بحسب ذاته ^(٤) .

(والدم) وان فرض لها نفع حكومي ^(٥) كالصبيغ ، (وأرواث

(١) أي سواء كان من المعادن كالنفت أو من الحبوب كالشيرة والزيت أو من الحيوان .

(٢) جمع ظلة ، المراد بها ما ستر به كالسقف .

(٣) سواء كان تحت الظلال أو غيره .

(٤) وان عرض لم التنجيس كالجلال ونحوه .

(٥) أي نفع عند العقلاء ، بحيث يبذل بأزائه المال ، فانه مع ذلك لا يجوز

وأبوال غير المأكول) وان فرض لهما نفع ، أما هما مما يؤكل لحمه فيجوز مطلقاً^(١) ، لطهارتهما ، ونفعهما ، وقيل: بالمنع مطلقاً^(٢) ، الأبول الأبل ، للاستشفاء به .

(والخنزير والكلب) البريان مطلقاً^(٣) ، (الكلب الصيد والماشية والزرع والحائط) كالبيستان^(٤) والعجرو^(٥) القابل للتعليم . ولو خرجت الماشية عن ملكه^(٦) ، أو حصد الزرع ، أو استغل^(٧) الحائط لم يحرم اقتناؤها ، رجاء لغيرها ، ما لم يطل الزمان بحيث يلحق بالهراش^(٨) .

بيعهما بدعوى أنها ليست من المتمولات عرفاً والاجماع على عدم جواز بيعها .

وفيه : انه في فرض وجود نفع لها كالصبيخ وتزريق الدم كما هو المتداول في العصر الحاضر لا مانع منه ، والاجماع المدعى على فرض ثبوته لا يشمل الفرض المذكور . والله العالم .

(١) سواء كان بول الأبل أم غيره .

(٢) أي وان كان من مأكول اللحم .

(٣) أي جميع الأصناف .

(٤) ونحوه كالدار .

(٥) وهو الصغير من الكلب .

(٦) الماشية هي الأغنام والأبل والبقر .

(٧) أي رفع الغلة منه .

(٨) الهراش المهارشة بالكلاب، وهو تهريش بعضها على بعض . والتهريش

(وآلات اللهو) من الدف والمزمار والقصب^(١) وغيرها ،
 (والصنم) المتخذ لعبادة الكفار ، (والصليب) الذي يبتدعه النصراني^(٢) ،
 (وآلات القمار كالنرد)^(٣) بفتح النون ، (والشطرنج) بكسر الشين
 فسكون الطاء ففتح الراء ، (والبقيري) بضم الباء الموحدة ،
 وتشديد القاف مفتوحة ، وسكون الياء المثناة من تحت ، وفتح الراء
 المهملة . قال الجوهري : هي لعبة للصبيان وهي كومة من تراب
 حولها خطوط ، وعن المصنف رحمه الله : أنها الأربعة عشر^(٤) .
 (وبيع السلاح) بكسر السين من السيف ، والرمح ، والقوس ،

كالتهريش الاغراء بين القوم ، وكذا بين الكلاب - هكذا عن الصحاح .

(١) الدف بالضم : آلة طرب .

والمزمار: قصبه يزمر بها ، والقصب أيضاً يزمر بها، ولعله أخص من المزمار،
 وهو النبات الذي يكون في ساقه أنابيب ، واحدها قصبه ، وهي قصبه الراعي
 يزمر بها .

(٢) الصليب للنصارى هيكل مربع يدعي النصراني أن عيسى عليه السلام صلب
 على خشبة على تلك الصورة .

(٣) وهو كما في المنجد في مادة نرد لعبة وضعها أحد ملوك الفرس وصور
 صورتها هناك ، وعن الجوهري ان الأصل في الهيكل أنه بيت للصنم .

(٤) لعل المراد بالأربعة عشر الصفان من النقر يوضع فيها شيء يلعب فيه
 في كل صف سبع نقر محفورة فتلعب أربعة عشر . والله أعلم . هكذا عن مجمع
 البحرين .

والسهام ، ونحوها (لاعداء الدين) مسلمين كانوا أم كفارا ، ومنهم قطاع الطريق في حال الحرب ، أو التهيؤ له ، لا مطلقاً ، ولو أرادوا الاستعانة به على قتال الكفار لم يحرم . ولا يلحق بالسلاح ما يعد جنة للقتال كالدرع والبيضة وان كره .

(واجارة المساكن والحمولة) بفتح الحاء ، وهي الحيوان الذي يصالح المحمل كالابل والبغال والحمير ، والسفن داخله فيه تبعاً^(١) (للمحرم) كالخمر وركوب الظلمة واسكانهم لاجله^(٢) ونحوه . (وبيع العنب والتمر) وغيرهما مما يعمل منه المسكر ، (يعمل مسكراً) سواء شرطه في العقد ، أم حصل الاتفاق عليه^(٣) ، (والخشب ليصنع صنماً) ، أو غيره من الآلات المحرمة .

(ويكره بيعه لمن يعمله) من غير أن يبيعه لذلك ، ان لم يعلم أنه يعمله ، والا فالاجود التحريم . وغلبة الظن كالعلم ، وقيل : يحرم ممن يعمله مطلقاً .

(ويحرم عمل الصور المجسمة) ذوات الارواح . واحترز

(١) أي داخله في الحيوان أو في الحكم تبعاً ، وذلك لعدم انفهام الخصوصية من لفظ « الحمولة » ، بل المدار هو القابلية للحمل ، فعلى هذا يشمل جميع أدوات النقل كالسيارة وغيرها .

(٢) أي لاجل الظلم .

(٣) أي حصل اتفاقها عليه ، بأن يكونا بانين عليه ولو لم يذكر حين العقد .

بالمجسمة عن الصور المنقوشة على نحو الوسادة والورق ، والاقوى
تحريره مطلقاً . ويمكن أن يزيد ذلك بحمل الصفة على الممثل
لا المثال^(١) .

(والغناء) بالمد ، وهو مد الصوت المشتمل على الترجيع
المطرب^(٢) ، أو ما سمي في العرف غناء وان لم يطرب ، سواء كان
في شعر ، أم قرآن ، أم غيرهما . واستثنى منه المصنف وغيره الحداء^(٣)
للابل ، وآخرون - ومنهم المصنف في الدروس - فعليه للمرأة
في الاعراس اذا لم تتكلم بباطل ، ولم تعمل بالملاهي ، ولو هدف^(٤)

(١) المثال الصورة المصورة من الشيء ، والممثل هو الشيء الذي يؤخذ
منه تلك الصورة ، أي يمكن أن يريد المصنف التحريم المطلق بحمل الصفة
- وهي المجسمة - على ممثلها وهو الجسم ، أي الصور المجسمة ممثلها . فهذا من
قبيل « عيشة راضية » أي راض صاحبها ، سواء كان المثال مجسماً أم لا فحينئذ يفيد
التحريم مطلقاً سواء كان المثال مجسماً أم لا .
هذا ، ولكن لا يخفى أنه لا فائدة حينئذ في تقييد الصور يكون ممثلها مجسماً ،
اذ لا يتصور ولا يمكن تصوير المجردات حتى يحتاج الى الاحتراز عنها بهذا
القيد . فليتأمل .

(٢) قال في المسالك : فلا يحرم بدون الوصفين ، أعني الترجيع والاطراب
وان وجد أحدهما - كذا عرفه جماعة من الأصحاب . ورده بعض الأصحاب الى
العرف وما يسمى غناء وان لم يطرب .

(٣) الحداء بالمد كسؤال سوق الابل والغناء لها ، وكذلك الحد وهكذا عن
الصحاب .

(٤) الدف صفحة مدورة من النحاس تضرب على أخرى مثلها للطرب ، وفي

فيه صنج ، لا بدونه^(١) ، ولم يسمع صوتها أجانب الرجال . ولا بأس به .
 (ومعونة الظالمين بالظلم)^(٢) كالكتابة لهم ، واحضار المظلوم
 ونحوه ، لا معونتهم بالاعمال المحللة كالخياطة ، وان كره التكسب
 بماله .

(والنوح بالباطل) بأن تصف الميت بما ليس فيه ، ويجوز
 بالحق اذا لم تسمعها الاجانب .

(وهجاء المؤمنين) بكسر الهاء والمد ، وهو ذكر معايبهم
 بالشعر . ولا فرق في المؤمن بين الفاسق وغيره ، ويجوز هجاء غيرهم
 كما يجوز لعنه .

(والغيبة) بكسر المعجمة ، وهو القول وما في حكمه في
 المؤمن بما يسوؤه لو سمعه مع اتصافه به . وفي حكم القول الاشارة
 باليد وغيرها من الجوارح ، والتحاكي بقول أو فعل كمشية الاعرج ،
 والتعريض كقوله : أنا لست متصفاً بكذا ، أو الحمد لله الذي لسم
 يجعلني كذا ، معرضاً بمن يفعله . ولو فعل ذلك بحضوره ، أو قال
 فيه ما ليس به فهو أغلظ تحريماً ، وأعظم تأثيماً ، وان لم يكن غيبة

بعضها أوتار وهي الخيوط أو غيرها المعلقة على اطاره وأطرافه وهي الصنج .

(١) أي بدون الصنج ، فحاصل المقصود ان الغناء في الأعراس ليس بحرام

اذا لم يكن معه دف فيه صنج ، وأما الدف بدون الصنج فلا مانع منه .

(٢) أي في ظلمهم .

اصطلاحاً .

واستثنى منها نصح المستشير ، وجرح الشاهد ، والتظلم وسماعه ، ورد من ادعى نسباً ليس له ، والقذح فى مقالة ، أو دعوى باطلة فى الدين ، والاستعانة على دفع المنكر ، ورد العاصي الى الصلاح ، وكون المقول فيه مستحقاً للاستخفاف ، لتظاهره بالفسق ، والشهادة على فاعل المحرم حسبة . وقد أفردنا لتحقيقها رسالة شريفة من أراد الاطلاع على حقائق أحكامها فليقف عليها .

(وحفظ كتب الضلال) عن التلف ، أو عن ظهر القلب ، (ونسخها ودرسها) قراءة ، ومطالعة ، ومذاكرة ، (لغير النقض) لها ، (أو الحججة) على أهلها بما اشتملت عليه مما يصلح دليلاً لاثبات الحق ، أو نقض الباطل لمن كان من أهلها ، (أو التقيمة) وبدون ذلك يجب اتلافها ، ان لم يمكن افراد مواضع الضلال ، والا اقتصر عليها .

(وتعلم السحر) وهو كلام أو كتابة يحدث بسببه ضرر على من عمل له فى بدنه^(١) أو عقله ، ومنه عقد الرجل عن حليلته ، والقضاء البغضاء بينهما ، واستخدام الجن والملائكة ، واستنزال الشياطين

(١) ولا يخفى أن هذا تعريف بالاختصاص ، حيث لا يعتبر فى مفهومه الاضرار

كما فى الاخبار من جواز دفع السحر بالسحر ، بل ربما وجب لدفع سحر المتنبئ ، كما أشار اليه بقوله « وربما وجب على الكفاية لذلك » .

في كشف الغائبات ، وعلاج المصاب ، وتلبسهم ببدن صبي ، أو امرأة في كشف أمر على لسانه ونحو ذلك ، فتعلم ذلك كله وتعليمه حرام ، والتكسب به سحت ، ويقتل مستحله .
والحق أن له أثراً حقيقياً^(١) ، وهو أمر وجداني ، لا مجرد

(١) ولهذا أشكل الأمر على جماعة وعجزوا عن بيان التفرقة بينه وبين المعجزة ، ولم أر من تعرض لحل هذه العويصة بما يرفع به الاشكال بحذافيره الى أن عثرت على تحقيق للمحقق النحرير الامام البلاغي قدس سره في مقدمة تفسيره المسمى آلاء الرحمن ، حيث قال : المعجز هو الذي يأتي به مدعى النبوة بعناية الله الخاصة خارقاً للعادة وخارجاً عن حدود القدرة البشرية وقوانين العلم والتعلم ، ليكون بذلك دليلاً على صدق النبي « ص » وحجة في دعواه النبوة ودعوته .

ثم قال في وجه شهادة المعجز ودلالته على صدق النبي في دعواه ودعوته : ليس الا أن مدعي النبوة اذا كان ظاهر الصلاح موصوفاً بالامانة معروفاً بصدق اللهجة والاستقامة لا يخالف العقل في دعوته وأساسياتها لم يجز عقلاً اظهار المعجزة على يده الا اذا كان صادقاً في دعوى النبوة ودعوته ، ألا ترى أنه لو كان مع صفاته المذكورة كاذباً في دعواه لكان اظهار المعجز على يده وتخصيص الله بالعناية اغراء للناس بالجهل وتوريطاً لهم في متاهات الضلال ، وهذا قبيح ممنوع على جلال الله وقدرته - الى آخر ما حققه في هذا المقام .

وكيف كان فيستفاد من كلام هذا المحقق أن مطلق فعل خارق العادة لا يمكن أن يكون معجزاً الا أن يكون صاحبه ظاهر الصلاح موصوفاً بالامانة معروفاً بصدق اللهجة ، وبالجملة جامعاً لجميع الكمالات . فاذا ظهر للناس صلاح الشخص وصدقه وأمانته وباقي الأوصاف المحسنة بطمثنون بأن باطنه موافق

التخيل كما زعم كثير . ولا بأس بتعلمه ليتوقى به ، أو يدفع سحر

لظاهرة في الصلاح ، وكلما زاد اطمئنانهم بصلاح ظاهره زاد وثوقهم بصلاح باطنه . ولكن مع ذلك كله لا يبلغ بهم مرتبة العلم ، وربما يخلج الشك في أذهانهم ويميل بهم يمينا وشمالا ، ولكن اذا خصته العناية الالهية بكرامة المعجز وخارق العادة حصل العلم اليقين ، فلو كان كاذبا في دعواه لكان اظهار المعجزة على يده اغراء للناس بالجهل ، وهذا قبيح ممتنع على الله تعالى .

وبهذا البيان يندفع اشكال آخر ، وهو انه يمكن أن يكون هذا الشخص المزبور - أعني المدعي للنبوة - مدلساً ماهراً في التديس مظهراً للكلمات النفسانية والأوصاف الحسنة ، ولأجل مهارته في التديس أوقع الناس في متاهة الضلالة وظنوا أنه واجد بهذه الأوصاف واطمأنوا بصدقه وأمانته ، ومع ذلك الحال سحر وفعل الأفعال المخارقة للعادة وجعلها دليلاً لمدعاه ، وليست في الفرض المزبور معجزة وعناية من الله حتى يقال اظهار المعجزة على يد هذا الشخص اغراء للناس بالجهل وهو ممتنع من الله تعالى .

وجه الاندفاع : ان الفرض المذكور صرف وهم وتخيل لا موطن له الا في عالم الخيال ولا خارجية لها أصلاً بل ممتنع عادة ، اذ من المحال عادة أن يكون في الشخص صفة حسنة أو سيئة تديس أو غيره ولم تنكشف ولو بعد حين ، وهذا من الواضحات . ولذا قال الشاعر :

ومهما يكن عند امرئ من خليقة وان خالها تخفى على الناس تعلم

ولو فرض على سبيل الندرة والانفاق في مورد عدم انكشاف هذه المزلة فعلى الله تعالى عقلاً بمقتضى عدله ولطفه بالعباد أن يدفعها وقد فعل ، قال الله تعالى « ولا يفلح الساحر حيث أتى » [سورة طه الاية ٦٩] .

المتنبىء به ، وربما وجب على الكفاية لذلك ، كما اختاره المصنف في الدروس .

(والكهانة) بكسر الكاف ، وهي عمل يوجب طاعة بعض الجان له فيما يأمره به ، وهو قريب من السحر ، أو أخص منه .
(والقيافة) وهي الاستناد الى علامات وامارات ، يترتب عليها الحاق نسب ونحوه ، وانما يحرم اذا رتب عليها محرم ، أو جزم بها .

(والشعبذة) وهي الافعال العجيبة المترتبة على سرعة اليد بالحركة ^(١) فيلبس على الحس . كذا عرفها المصنف ، (وتعليمها) كغيرها من العلوم والصنائع المحرمة .

(والقمار) بالالات المعدة له ، حتى اللعب بالخاتم ، والجوز ، والبيض . ولا يملك ما يترتب عليه من الكسب ، وان وقع من غير المكلف ، فيجب رده على مالكة . ولو قبضه غير مكلف فالمخاطب برده الولي ، فان جهل مالكة تصدق به عنه ، ولو انحصر في محصورين وجب التخلص منهم ولو بالصلح .

(والغش) بكسر الغين (المخفي) كشوب اللبن بالماء ، ووضع الحرير في البرودة ليكتسب ثقلا ويكره ، بما لا يخفى ، كمزج

(١) وذلك كالدائرة النارية . الجوالة ، فيلبس على الحس لعدم ادراك

السكونات المتخللة فيخيل أنها دائرة .

المحنطة بالتراب والتبن ، وجيدها برديتها .
 (وتد ليس الماشطة) باظهارها في المرأة مجاسن ليست فيها ،
 من تحمير وجهها ، ووصل شعرها ، ونحوه ، ومثله فعل المرأة له
 من غير ماشطة ، ولو انتفى التدليس - كما لو كانت مزوجة - فلا
 تحريم .

(وتزيين كل من الرجل والمرأة بما يحرم عليه) كلبس الرجل
 السوار ، والخلخال ، والثياب المختصة بها عادة . ويختلف ذلك
 باختلاف الازمان والاصقاع ^(١) ، ومنه تزيينه بالذهب وان قل ،
 والحريير الا ما استثني ، ولبس المرأة ما يختص بالرجل ، كالمنطقة
 والعمامة .

(والاجرة على تغسيل الموتى وتكفينهم) وحملهم الى المختل
 والى القبر ، وحفر قبورهم ، (ودفنهم ، والصلاة عليهم) ، وغيرها
 من الافعال الواجبة كفاية . ولو اشتملت هذه الافعال على مندوب ،
 كتغسيلهم زيادة على الواجب ، وتنظيفهم ووضوئهم وتكفينهم
 بالقطع المندوبة وحفر القبر زيادة على الواجب الجامع لوصفي :
 كتتم الرياح ، وحراسة الجثة الى أن يبلغ القامة ، وشق اللحد ، ونقله
 الى ما يدفن فيه من مكان زائد على ما لا يمكن دفنه فيه ، لم يحرم

(١) جمع صقع بالضم وهو الناحية .

التكسب به .

(والاجرة على الافعال الخالية من غرض حكمي كالعبث) مثل
الذهاب الى مكان بعيد ، أو فى الظلمة ، أو رفع صخرة ، ونحو
ذلك ، مما لا يعتد بفائدته عند العقلاء .

(والاجرة على الزنا) واللواط وما شاكلهما .

(ورشا القاضي) بضم أوله وكسره مقصوراً جمع رشوة بهما ،
وقد تقدم^١ .

(والاجرة على الاذان والاقامة) على أشهر القولين^٢ ، ولا بأس
بالرزق من بيت المال . والفرق بينهما أن الاجرة تفتقر الى تقدير
العمل ، والعوض ، والمدة ، والصيغة الخاصة ، والرزق منوط
بنظر الحاكم . ولا فرق فى تحريم الاجرة بين كونها من معين ،
ومن أهل البلد والمحلة ، وبيت المال . ولا يلحق بها أخذ ما أعد
للمؤذنين من أوقاف مصالح المسجد ، وان كان مقدرأ وباعثأ على
الاذان . نعم لا يثاب فاعله الا مع تمحض الاخلاص به كغيره من
العبادات .

(والقضاء) بين الناس ، لوجوبه سواء احتاج اليها أم لا ،
وسواء تعين عليه القضاء أم لا ، (ويجوز الرزق من بيت المال)

(١) أي فى باب القضاء .

(٢) وعن سيد المرتضى جواز أخذ الاجرة على الاذان .

وقد تقدم فى القضاء أنه من جملة المرزقة منه .
 (والاجرة على تعليم الواجب من التكليف) سواء وجب عيناً،
 كالفاتحة والسورة، وأحكام العبادات العينية، أم كفاية كالتفقه فى
 الدين، وما يتوقف عليه من المقدمات علماً وعملاً، وتعليم المكلفين
 صيغ العقود والايقات، ونحو ذلك .

(وأما المكروه - فكالصرف) وعلل فى بعض الاخبار^(١) بأنه
 لا يسلم فاعله من الربا، (وبيع الاكفان)^(٢)، لانه يتمنى كثرة الموت
 والوباء، (والرقيق) لقوله صلى الله عليه وآله: « شر الناس من
 باع الناس »^(٣) .

(واحتكار الطعام) وهو حبسه بتوقع زيادة السعر . والاقوى
 تحريمه مع استغنائه عنه، وحاجة الناس اليه، وهو اختياره فى الدروس،
 وقد قال النبي صلى الله عليه وآله: « الجالب مرزوق، والمحتكر
 ملعون »^(٤)، وسيأتي الكلام فى بقية أحكامه .

(والذباحة) لا فضائها الى قسوة القلب وسلب الرحمة . وانما

(١) الوسائل الباب : ٢١ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١ .

(٢) الوسائل الباب : ٢١ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٤ .

(٣) مستدرک الوسائل ج ٢ كتاب التجارة الباب : ١٩ من أبواب ما يكتسب

به الحديث : ١ .

(٤) الوسائل الباب : ٢٧ من أبواب آداب التجار الحديث : ٣ .

تكره اذا اتخذها حرفة وصنعة ، لا مجرد فعلها ، كما لو احتاج الى صرف دينار ، أو بيع كفن ، أو ذبح شاة ونحو ذلك ، والتعليل بما ذكرناه فى الاخبار يرشد اليه .

(والنساجة) والمراد بها ما يعم الحياكة ، والاخبار^١ متضافرة بالنهي عنها ، والمبالغة فى ضعتها^٢ ، ونقصان فاعلها ، حتى نهى عن الصلاة خلفه . والظاهر اختصاص النساجة والحياكة بالمغزول ونحوه ، فلا يكره عمل الخوص ونحوه ، بل روي أنه من أعمال الانبياء والاولياء .

(والحجامه) مع شرط الاجرة لابدونها ، كما قيده المصنف فى غيره وغيره ، ودل عليه الخبر^٣ . وظاهره هنا الاطلاق^٤ (وضراب الفحل) بأن يؤجره لذلك مع ضبطه بالمرة والمرة المعينة أو بالمدة ، ولا كراهة فى ما يدفع اليه على جهة الكرامة لاجله .

(وكسب الصبيان) المجهول أصله ، لما يدخله من الشبهة الناشئة من اجترأ الصبي على ما لا يحل ، لجهله ، أو علمه بارتفاع

(١) مستدرک الوسائل کتاب التجارة الباب : ٢٠ من أبواب ما يكتسب به

الحديث : ٥ .

(٢) أي خستها ودناءتها .

(٣) الوسائل کتاب التجارة الباب : ٩ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١ .

(٤) أي ظاهر المصنف فى الكتاب الاطلاق سواء شرط الاجرة أم لا .

القلم عنه. ولو علم اكتسابه من محل فلا كراهة، وان أطلق الاكثر، كما أنه لو علم تحصيله، أو بعضه من محرم وجب اجتنابه، أو اجتناب ما علم منه، أو اشتبه به. ومحل الكراهة تكسب الولي به^(١)، أو أخذه منه، أو الصبي بعد رفع الحجر عنه^(٢).

(و) كذا يكره كسب^(٣) (من لا يجتنب المحرم) في كسبه. (والمباح - ما خلا عن وجه رجحان) من الطرفين، بأن لا يكون راجحاً ولا مرجوحاً لمتحقق الإباحة (بالمعنى الأخص)^(٤).

(ثم التجارة) - وهي نفس التكسب (تنقسم بانقسام الأحكام الخمسة) :

(١) أي تكسب الولي بالطفل، أي أمره بالكسب.

(٢) أي محل الكراهة هو الصبي بعد رفع الحجر عنه بالبلوغ والعقل، إذ قبل البلوغ غير مكلف بشيء فعلاً وتركاً حتى المكروه. ومعنى الكراهة حينئذ كراهة تصرفه فيما اكتسبه قبل البلوغ.

(٣) أي وكذا يكره التصرف فيما يكتسب غير المجتنب من المحرم في كسبه، وأما المجتنب من المحرم في كسبه فلا كراهة وان كان غير مجتنب في غير الكسب.

(٤) إذ ظاهر عبارة المصنف قدس سره يشمل المكروه أيضاً، حيث ان فعله خال عن وجه رجحان كالمباح، وهذا هو الإباحة بالمعنى الأعم، والحال أنه ليس بمراد فلا بد من أن يكون المراد خلوه عن الرجحان فعلاً وتركاً حتى تنحقق الإباحة بالمعنى الأخص.

فالواجب منها ما توقف تحصيل مؤنته ومونة عياله الواجبي النفقة عليه ، ومطلق التجارة التي يتم بها نظام النوع الانساني ، فان ذلك من الواجبات الكفائية وان زاد على المؤنة .

والمستحب ما يحصل به المستحب ، وهو التوسعة على العيال ، ونفع المؤمنين ، ومطلق المحاويج^(١) غير المضطرين^(٢) .
والمباح ما يحصل به الزيادة في المال من غير الجهات الراجحة والمرجوحة .

والمكروه والحرام التكسب بالاعيان المكروهة والمحرمة ، وقد تقدمت .

(الفصل الثاني : في عقد البيع وآدابه - وهو) أي عقد البيع (الايجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم) وهذا كما هو تعريف للعقد يصلح تعريفاً للبيع نفسه ، لانه عند المصنف وجماعة عبارة عن العقد المذكور ، استناداً الى أن ذلك هو المتبادر من معناه ، فيكون حقيقة فيه .

ويمكن أن يكون الضمير عائداً الى البيع نفسه ، وأن يكون

(١) جمع محوج ، قال في مجمع البحرين : وأحوج الرجل كأكرم فهو محوج ، وقياس جمعه بالواو والنون لأنه صفة عاقل ، والناس يقولون محاويج . انتهى .

(٢) وذلك لأن التكسب لأجل رفع الاضطرار واجب لا مستحب .

اضافة البيع بيانية ، ويؤيده أنه في الدروس عرف البيع بذلك ،
 مزيداً قيد التراضي^(١) . وجعل جنس التعريف الايجاب والقبول من
 جعله اللفظ الدال كما صنع غيره ، لانهما جنس قريب واللفظ بعيد^(٢) ،
 وباقي القيود خاصة مركبة ، يخرج بها من العقود ما لا نقل فيه
 كالوديعة ، والمضاربة ، والوكالة ، وما تضمن نقل الملك بغير
 عوض كالهبة والوصية بالمال ، وشمل ما كان ملكاً للعاقد وغيره ،
 فدخل بيع الوكيل والولي .

وخرج بالعوض المعلوم الهبة المشروط فيها مطلق الثواب^(٣)
 وبيع المكره^(٤) حيث يقع صحيحاً^(٥) اذ لم يعتبر التراضي ، وهو
 وارد على تعريفه في الدروس ، وبيع الاخرس بالاشارة وشراؤه ،
 فانه يصدق عليه الايجاب والقبول ، ويرد على تعريف أخذ «اللفظ»
 جنساً كالشرائع ، وبقي فيه دخول عقد الاجارة^(٦) اذ الملك يشمل

(١) الظاهر أنه من باب التفعيل ، وضميره راجع الى المصنف .

(٢) لانه يشمل الايجاب والقبول وغيرهما .

(٣) أي مطلق العوض ، بأن لا يعين عوضاً معلوماً ، كان يقول : وهبتك على

أن تهبني شيئاً ، ونحو ذلك .

(٤) عطف على بيع الوكيل ، أي ودخل بيع المكره .

(٥) وذلك كما اذا أكره بحق ، كأن يجبره الحاكم على بيع داره مثلاً لوفاء

دينه .

(٦) وكذا بيع المكره حيث لا يقع صحيحاً .

العين والمنفعة والهبة المشروط فيها عوض معين ، والصالح المشتمل على نقل الملك بعوض معلوم ، فإنه ليس بيعاً عند المصنف والمتأخرين .

وحيث كان البيع عبارة عن الإيجاب والقبول المذكورين (فلا يكفي المعاطاة) وهي اعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريد من المال عوضاً عما يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص ، سواء في ذلك الجليل والحقير^(١) ، على المشهور بين أصحابنا^(٢) ، بل كاد يكون اجماعاً .

(نعم يباح) بالمعاطاة (التصرف) من كل منهما فيما صار إليه من العوض ، لاستلزام دفع مال له على هذا الوجه الاذن في التصرف فيه . وهل هي اباحة ، أم عقد متزائل ؟ ظاهر العبارة الاول ، لان الاباحة ظاهرة فيها ، ولا ينافيه قوله (ويجوز الرجوع) فيها (مع بقاء العين) ، لان ذلك لا ينافي الاباحة . وربما ظهر من بعض الاصحاب الثاني^(٣) لتعبيره بجواز فسخها الدال على وقوع أمر

(١) رد به على بعض العامة المكنفين بها في الحقير .

(٢) أي عدم اكتفاء المعاطاة في كونه بيعاً على المشهور .

(٣) أي العقد المتزائل ، والأقوى أنها بيع لعدم أدلة البيع المعتمدة بالسيرة المحققة المستمرة على معاملة المعاطاة معاملة البيع وهل هي لازمة أو جائزه ؟ قولان والأقوى هو الأول المشك في زوال الملك بمجرد رجوع مال له

يوجبه^{١)} .

وتظهر الفائدة فى النماء ، فعلى الثانى^{٢)} هو للقباض مع تحقق اللزوم بعده ، وعلى الاول يحتمله وعدمه .

ويفهم من جواز الرجوع مع بقاء العين عدمه^{٣)} مع ذهابها، وهو كذلك ، ويصدق بتلف العينين ، واحداهما ، وبعض كل واحدة منهما ، ونقلها عن ملكه وتغييرها كطحن الحنطة ، فان عين المنتقل غير باقية مع احتمال العلم .

أما لبس الثوب مع عدم تغييره فلا أثر له ، وفى صبغه ، وقصره ،

الأصلى فيستصحب .

وما استدلوا به على عدم كونها بيعاً أو كونها غير لازمة ، كله ضعيف . ولا يسع هذا المختصر ذكر الأدلة التى أقاموا عليها اثباتاً أو نفياً .

(١) أى على وقوع أمر يوجب ذلك الأمر الفسخ ، فالضمير المستتر مرجعه الأمر والضمير البارز مرجعه الفسخ .

(٢) أى على تقدير كونها بيعاً فالنماء للقباض اذا وقع منه ما يقتضى اللزوم كالتصرف بعد القبض أى على تقدير كونه عقداً مترازلاً فالنماء للقباض اذا وقع منه ما يقتضى اللزوم كالتصرف بعد القبض . وظاهره أنها مع كونها عقداً يتوقف الملك على اللزوم ، ولكن وجهه غير ظاهر ، بل نفس العقد يكون سبباً للملك اذا وقع صحيحاً ، كما فى سائر العقود الصحيحة . وعلى الاول يحتمله تبعاً للأصل وعدمه لتعلق الاباحة بأصله دون نمائه .

(٣) أى عدم جواز الرجوع مع ذهاب العين .

وتفصيله ، وخياطته ، ونحو ذلك من التصرفات المغيرة للصفة مع بقاء الحقيقة نظر^(١) ، وعلى تقدير الرجوع فى العين وقد استعملها من انتقلت اليه يأخذها بغير أجره ، لاذنه فى التصرف مجاناً ، ولو نمت وتلف النماء فلا رجوع به كالأصل ، والا^(٢) فالوجهان .

وهل تصير مع ذهاب العين بيعاً ، أو معاوضة خاصة؟ وجهان: من حصرهم المعاوضات^(٣) وليست أحدها ، ومن اتفاهم على أنها ليست بيعاً بالألفاظ الدالة على التراضي فكيف تصير بيعاً بالتلف . ومقتضى المعاطاة أنها مفاعلة من الجانبين ، فلو وقعت بقبض أحد العوضين خاصة مع ضبط الآخر على وجه يرفع الجهالة ففي لحوق أحكامها نظر ، من عدم تحققها ، وحصول التراضي^(٤) ، وهو اختياره فى الدروس على تقدير دفع السلعة دون الثمن .
(ويشترط وقوعهما) أي الايجاب والقبول (بلفظ الماضي)^(٥)

(١) منشأه بقاء الحقيقة وعدم ذهاب العين ، ومن ذهاب وصفها الذي كان عليها .

(٢) أي وان لم يتلف النماء ، فالوجهان المذكوران فى الأصل بقوله « وعلى الأول » يحتمله وعدمه .

(٣) أي المعاوضات محصورة وليست هذه منها فلا تكون من المعاوضات المحصورة .

(٤) إذ حصول التراضي هو مناط لحوق أحكام المعاطاة بعد ذهاب العين .

(٥) وذلك لأن الفرض منه الانشاء ، بخلاف المستقبل فإنه يحتمل الوعد به ،

العربي (كعبت) من البائع ، (واشتريت) من المشتري ، (وشريت) منهما ، لانه مشترك بين البيع والشراء ، (وملكت) بالتشديد من البائع ، وبالتخفيف من المشتري وتملكت ، (ويكفي الاشارة) الدالة على الرضا على الوجه المعين (مع العجز) عن النطق لخرس وغيره ، ولا تكفي مع القدرة . نعم تفيد المعاطاة مع الافهام الصريح . ولا يشترط تقديم الايجاب على القبول ، وان كان) تقديمه (أحسن) ، بل قيل : بتعيينه . ووجه عدم الاشتراط أصالة الصحة^١ ، وظهور كونه عقداً فيجب الوفاء به ، ولتساويهما في الدلالة على الرضا ، وتساوي المالكين في نقل ما يملكه الى الاخر . ووجه التعمين الشك في ترتب الحكم مع تأخره ، ومخالفته للأصل^٢ ، ولدلالة

وكذلك صيغة الأمر لأنه انشاء طلب البيع لانشاء البيع . وأما الماضي فانه وان احتمل الاخبار الا أنه أقرب الى الانشاء ولدعوى الاجماع على عدم وقوع البيع بغير اللفظ الماضي .

وفي الجميع نظر واضح ، اذ الانشاء قليل المؤنة يتحقق بكل لفظ دال على المقصود ولو بالقرائن وان لم يكن صريحاً ولم يكن عربياً ، والنظر في دعوى الاجماع أوضح ، اذ المظنون بل المتيقن مستنده تلك الوجوه المذكورة .

(١) المراد به هو الأصل اللفظي أي اصالة الاطلاق في نحو أوفوا بالعقود ، كما يدل عليه قوله « وظهور كونه عقداً فيجب الوفاء به » لا الأصل العملي كما ربما يتوهم ، اذ مقتضى الأصل العملي في المعاملات الفساد كما هو محرر في محله .
(٢) لأن الأصل في العقود بحسب المتعارف تقديم الايجاب على القبول ،

مفهوم القبول على ترتيبه على الايجاب لانه رضى به ، ومنه^(١) يظهر وجه الحسن .

ومحل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشتريت كما ذكره أو ابتعت أو تملكيت الخ لا بقبلت وشبهه ، وان أضاف اليه باقي الاركان ، لانه صريح فى البناء على أمر لم يقع .

(ويشترط فى المتعاقدين الكمال) برفع الحجر الجامع للبلوغ والعقل والرشد ، (والاختيار ، الا أن يرضى المكروه بعد زوال اكراهه) ، لانه بالغ رشيد قاصد الى اللفظ دون مدلوله^(٢) ، وانما منع عدم الرضا ، فاذا زال المانع أثر العقد كعقد الفضولي حيث انتفى القصد اليه من مالكة مع تحقق القصد الى اللفظ فى الجملة ، فلما لحقته اجازة المالك أثرت ، ولا تعتبر مقارنته^(٣) للعقد للاصل ، بخلاف العقد المسلوب بالاصل كعبارة الصبي ، فلا تجبره اجازة

فتقديم القبول مخالف لهذا الأصل .

(١) أي ومن وجه التعيين يظهر وجه الحسن ، اذ لا يتطرق فيه هذه المناقشات بخلاف صورة التأخير .

(٢) أي لا كالفالط والساهي ، فانهما لا يريدان اللفظ أيضاً ، فمعنى قصده الى اللفظ استعمال اللفظ فى معناه بحسب الانشاء ولكن لا يريد مدلوله .

(٣) أي ولا تعتبر مقارنة الاذن والاجازة للعقد حتى يلزم بطلان عقد المكروه ، فان الأصل عدم وجوب المقارنة .

الولي ، ولا رضاه بعد بلوغه .

(والقصد ، فلو أوقعه الغافل ، أو النائم ، أو الهازل لغى) وان
لحقته الاجازة ، لعدم القصد الى اللفظ أصلا ، بخلاف المكره .
وربما أشكل الفرق فى الهازل من ظهور قصده الى اللفظ من
حيث كونه عاقلا مختاراً ، وانما تخلف قصد مدلوله . وألحق
المصنف بذلك المكره على وجه ^(١) يرتفع قصده أصلا ، فلا يؤثر
فيه الرضا المتعقب كالغافل والسكران . وهو حسن مع تحقق الاكراه
بهذا المعنى ^(٢) ، فان الظاهر من معناه حمل المكره للمكره على الفعل
خوفاً على نفسه ، أو ما فى حكمها مع حضور عقله وتمييزه .

واعلم أن بيع المكره انما يقع موقوفاً مع وقوعه بغير حق ،
ومن ثم جاز بيعه فى مواضع كثيرة ، كمن أجبره الحاكم على بيع
ماله لوفاء دينه ، ونفقة واجب النفقة ، وتقويم العبد على معتق نصيبه
منه ، وفكه من الرق ليرث ، واذا أسلم عبد الكافر ، أو اشتراه
وسوغناه ^(٣) ، أو اشترى المصحف ، وبيع الحيوان اذا امتنع مالكة
من القيام بحق نفقته ، والطعام عند المخمصة يشترط خائف التلف ،

(١) أى بالغافل النائم .

(٢) اشارة الى عدم تحقق الاكراه بهذا المعنى ، وذلك لانه مع ارتفاع قصده

كالسكران لا تميز له حتى يقال انه مكره .

(٣) لانه مع عدم تسويغ اشراء الكافر لا ينتقل اليه رأساً .

والمحتكر مع عدم وجود غيره ، واحتياج الناس اليه ، ونحو ذلك .
 (ويشترط في اللزوم المالك) لكل من البائع والمشتري لما
 ينقله من العوض ، (أو اجازة المالك) فبدونه يقع العقد موقوفاً
 على اجازة المالك ، لا باطلاً من أصله على أشهر القولين ، (وهي)
 أي الاجازة اللاحقة من المالك (كاشفة عن صحة العقد)^١ من حين
 وقوعه ، لا ناقلة له من حينها ، لان السبب الناقل للملك هو العقد
 المشروط بشرائطه ، وكلها كانت حاصلة الارضاء المالك ، فاذا
 حصل الشرط عمل السبب التام عمله لعموم الامر بالوفاء بالعقود ،
 فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة ،
 بل هو مع الاخر .

ووجه الثاني توقف التأثير عليه ، فكان كجزء السبب . وتظهر
 الفائدة في النماء فان جعلناها كاشفة (فالنماء) المنفصل (المتخلل)
 بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع (للمشتري ، ونماء الثمن
 المعين للبائع) ، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز^٢ .

(١) اذ ليس معنى الاجازة الا الرضا بمضمون العقد ، وليس الا نقل العوضين

من حينه .

(٢) يعني كل واحد من نماء المبيع ونماء الثمن لمالكه المجيز لاكلهما
 للمالك المجيز كما ربما يتوهم ، وحينئذ فان كان المالك المجيز هو الذي وقع
 البيع من قبله فضولياً فنماء المبيع له ، وان كان هو الذي وقع الشراء من قبله

ثم ان اتحد العقد فالعقد كما ذكر ، وان ترتبت العقود على الثمن ، أو المضمن^(١) ، أوهما وأجاز الجميع صح أيضاً ، وان أجاز

فضولياً فنساء الثمن له . ومنه يظهر الحال فيما لو كان كل من طرفي المعاملة فضولياً .

(١) أما ترتب العقود على الثمن فقد يكون ببيع الأثمان في جميع العقود كما سيذكره في مثال بيع الفضولي مال المالك بثوب ثم بيع الثوب بكتاب ثم بيع الكتاب بفرس ، وقد يتعلق البيع ببعض معين من الأثمان مراراً ، كما لو باع الثوب بمائة وباعه مشتره بمائتين وباعه مشتره الثالث بثلاثمائة .

وأما ترتب العقود على المضمن ، فهو كما لو باع عبد المالك بفرس ثم باعه المشتري بكتاب ثم باعه الثالث بدينار . ثم ان أجاز الجميع فلا اشكال ، وان أجاز أحدها فان كان المضمن صح في العقد المجاز وما بعده من العقود لأن اجازة المبيع تكشف عن انتقاله من حين العقد عن ملك المالك المميز الى المشتري فتصح العقود المتأخرة عنه ، اذ العقود المتأخرة وقعت على ملك المالك بنساء على الكشف ، وأما بناءً على النقل فموقوفة على اجازة من ملك بالاجارة وبطل ما قبله لعدم الاجازة . وان كان المجاز هو الثمن ، فان كان البعض المعين الذي تعلق به البيع مراراً فهو كالمضمن من غير فرق كما يظهر بالتأمل ، وان كان بعضاً من الأثمان المتعددة صح وما قبله من العقود .

ووجه ذلك أن اجازة ذلك البعض يستلزم اجازة ما سبق من العقود ، اذ لا يملك هذا البعض الا اذا ملك العوض الذي قبله وهكذا ، فاجازة ذلك في الحقيقة اجازة لكل ما تقدم من العقود وبطل ما بعده حيث لم يجزها . وهذا معنى قوله قدس سره : هذا اذا بيعت الأثمان في جميع العقود .

أحدهما فان كان المضمن صح في المجاز وما بعده من العقود ،
أو الثمن صح وما قبله .

والفرق أن اجازة المبيع توجب انتقاله عن ملك المالك^(١)
المجيز الى المشتري ، فتصح العقود المتأخرة عنه ، وتبطل السابقة
لعدم الاجازة واجازة الثمن توجب انتقاله الى ملك المجيز ، فتبطل
التصرفات المتأخرة عنه حيث لم يجزها ، وتصح السابقة ، لان ملك
الثمن المتوسط يتوقف على صحة العقود السابقة ، والا لم يمكن تملك
ذلك الثمن .

هذا اذا بيعت الاثمان في جميع العقود ، أما لو تعلقت العقود
بالثمن الاول مراراً كان كالمضمن في صحة ما أجزى وما بعده . وهذا
القييد وارد على ما أطلقه الجميع في هذه المسألة كما فصلناه أولاً ،
مثاله : لو باع مال المالك بثوب ، ثم باع الثوب بمائة ، ثم باعه
المشتري بمائتين ، ثم باعه مشتميه بثلاثمائة فأجاز المالك العقد الاخير ،
فانه لا يقتضي اجازة ما سبق ، بل لا يصح سواه ، ولو أجاز الوسط
صح وما بعده كالمضمن .

نعم لو كان قد باع الثوب بكتاب ، ثم باع الكتاب بسيف ،

(١) والأنسب أن يقال : ان اجازة المبيع تكشف عن انتقاله عن ملك المالك ،
اذ بناءً على الكشف تصح العقود المتأخرة ، وأما بناءً على النقل فلا كما أشرنا
اليه في التعليقة السابقة .

ثم باع السيف بفرس ، فاجازة بيع السيف بالفرس تقتضي اجازة ما سبقه من العقود ، لانه انما يملك السيف اذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الكتاب ، ولا يملك الكتاب الا اذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الثوب ، فهنا يصح ما ذكروه .

(ولا يكفي في الاجازة السكوت عند العقد) مع علمه به^١ ، (أو عند عرضها) أي الاجازة (عليه) ، لان السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه، بل لابد من لفظ صريح فيها كالعقد ، (ويكفي أجزت) العقد ، أو البيع ، (أو أنفذت ، أو أمضيت ، أو رضيت وشبهه) كأقررته ، وأبقيته ، والتزمت به .

(فان لم يجز انتزعه من المشتري) ، لانه عين ماله ، (ولو تصرف) المشتري (فيه بماله أجرة) كسكنى الدار ، وركوب الدابة (رجع بها عليه) ، بل له الرجوع بعوض المنافع وان لم يستوفها ، مع وضع يده عليها^٢ ، لانه حينئذ كالغاصب وان كان جاهلاً . (ولو نما كان) النماء (لما لكه) متصلًا كان ، أم منفصلاً ، باقياً

(١) أي وان كان عالمًا به ، اذ مع الجهل لا شبهة في أن السكوت ليس

باجازة .

(٢) الظاهر أن الضمير المؤنث يرجع الى العين وهو المبيع ، أي له

الرجوع بعوض المنافع مع وضع يده على العين وهو المبيع ، وأما مع عدم وضع يده على العين المباعة فليس له الرجوع بشيء عيناً كان أو منفعة .

كان ، أم هالكاً ، فيرجع عليه بعوضه وان كان جاهلاً . وكذا يرجع
بعوض المبيع نفسه لو هلك في يده ، أو بعضه مع تلف بعضه بتفريط
وغيره . والمعتبر في القيمي قيمته يوم التلف ، ان كان التفاوت
بسبب السوق ، وبالأعلى ان كان بسبب زيادة عينية .

(ويرجع المشتري على البائع بالثمن ان كان باقياً ، عالمأ كان ،
أو جاهلاً) لانه ماله ولم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه ، فانه
انما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له .

(وان تلف قيل) والقائل به الاكثر ، بل ادعى عليه في التذكرة
الاجماع : (لا رجوع به مع العلم) بكونه غير مالك ولا وكيل ،
لانه سلطه على اتلافه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزلة الاباحة .
بل ظاهر كلامهم عدم الرجوع به مطلقاً^(١) ، لما ذكرناه من الوجه^(٢) .
(وهو) مع بقاء العين في غاية البعد ، ومع تلفه (بعيد مع توقع
الاجازة) لانه حينئذ لم يبحه له مطلقاً^(٣) ، بل دفعه متوقعاً ، لكونه
عوضاً عن المبيع ، فيكون مضموناً له ، ولتصرف البائع فيه تصرفاً
ممنوعاً منه ، فيكون مضموناً عليه . وأما مع بقائه فهو عين مال المشتري ،

(١) أي في صورة العلم ، سواء كان الثمن تالفاً أو باقياً .

(٢) وهو قوله : سلطه على اتلافه مع علمه بعدم استحقاقه له ، فيكون بمنزلة
الاباحة .

(٣) أي لم يبحه على سبيل الاطلاق بل دفعه مقيداً بكونه عوضاً عن المبيع .

ومع تسليم الاباحة لم يحصل ما يوجب الملك ، فيكون القول بجواز الرجوع به مطلقاً^{١١} قوياً وان كان نادراً^{١٢} ، ان لم يثبت الاجماع على خلافه . والواقع خلافه ، فقد ذهب المحقق الى الرجوع به مطلقاً ، وكيف يجتمع تحريم تصرف البائع فيه مع عدم رجوع المشتري به في حال ، فانه حينئذ لا محالة غاصب ، آكل للمال بالباطل . ولا فرق في هذا الحكم بين الغاصب محضاً ، والبائع فضولياً مع عدم اجازة المالك .

(ويرجع) المشتري على البائع (بما اغترم) للمالك حتى بزيادة القيمة عن الثمن لو تلفت العين^{١٣} فرجع بها عليه على الاقوى، لدخوله على أن تكون له مجاناً ، أما ما قابل الثمن من القيمة فلا يرجع به لرجوع عوضه^{١٤} اليه ، فلا يجمع بين العوض والمعوض . وقيل: لا

(١) أي سواء كان باقياً أو نالفاً .

(٢) أي القول بجواز الرجوع مطلقاً قولاً نادراً .

(٣) قيد تلف العين ، لأنه لو كانت العين باقية لیس له الرجوع على البائع بزيادة قيمتها .

(٤) الظاهر أن المراد بالعوض الراجع اليه هو المبيع وتلفه لا أثر له ، فانه وقع مضموناً عليه ، فكأنه تلف في ملكه ، وصار عوضاً عما اغترم للمالك من مقابل الثمن .

ويحتمل أن يكون المراد بالعوض هو الثمن ، لأنه في فرض الفساد باق في ملك المشتري ، فيرجع به الى البائع ان أخذه منه كما تقدم . فلو رجع الى

يرجع بالقيمة مطلقاً ، لدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه^(١) ، كما هو شأن البيع الصحيح والفاسد ، كما لو تلفت العين وفيه أن ضمانه للمثل أو القيمة أمر زائد^(٢) على فوات العين الذي [قد] قدم

البائع بما قابل الثمن - والحال هذه - لجمع بين العوض والمعوض ، وهو ما قابل الثمن من القيمة ، وحينئذ تصح العبارة ويستقيم المعنى أيضاً . ولعل الأظهر هو الأول .

(١) وحاصل هذا الاستدلال أنه بنفسه أدخل الضرر على نفسه ، وليس مغروراً من قبل البائع كما هو شأن البيع الصحيح والفاسد ، فإن المشتري أقدم على ضمان العين المبيعة ، صحيحاً كان البيع أم فاسداً ، فليس له حق الرجوع بالقيمة مطلقاً كما لو تلفت العين .

وفيه : أنه في البيع الفاسد يرجع بالقيمة السوقية مطلقاً زائداً على المسمى أم ناقصاً ، وليس رجوعه لأجل غروره من قبل البائع ، بل لضمانه بوضع يده عليها ، كما في الغصب ، اذ ربما لا يكون غرور من أحد كما لو اشترى من الفضولي مع علمه بأنه فضولي ، لتوقع الاجازة من مالكة فتلفت العين في يده ، فقياس ما نحن بصدد بالبيع الفاسد ، غير صحيح .

(٢) وحاصل هذا الإيراد على ما أفاده بعض المحشين : انا سلمنا دخوله على أن تكون العين مضمونة عليه ، لكن الذي قدم على ضمانه هو العين باعتبار مقابلته بالثمن ، وكون الزائد عليه مجاناً وضمانه للمثل أو القيمة أمر زايد على ما قدم على ضمانه كما هو المفروض ، وقد غره البائع بكون المجموع - أعني ما قابل الثمن من العين وما زاد عليه له في مقابل الثمن - فيكون الزائد بمنزلة النماء والثمرة في كونها له مجاناً من غير عوض ، وقد غره البائع على الجميع ،

على ضمانه ، وهو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن ، فالزائد بمنزلة مارجع عليه به ، وقد حصل له في مقابلة نفع ، بل أولى .

هذا اذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حال البيع ، أما لو تجددت بعده فحكمها حكم الثمرة ، فيرجع بها أيضاً كغيرها مما حصل له في مقابله نفع على الاقوى ، لغروره ، ودخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض .

أما ما أنفق عليه ونحوه مما لم يحصل له في مقابله نفع فيرجع به قطعاً (ان كان جاهلاً) بكونه مالكاً أو مأذوناً ، بأن ادعى البائع ملكه ، أو الاذن فيه ، أو سكت ولم يكن المشتري عالماً بالحال . (ولو باع غير المملوك مع ملكه ولم يعجز المالك صح) البيع

فكما يرجع المشتري عليه بما اغترمه مما له في مقابله نفع كالنماء والثمره ، يرجع بما قابل الزائد أيضاً . فقوله « فالزائد » تفريع على الجواب ، وفاعل « رجع » ضمير المشتري ، وضمير « عليه » يرجع الى البائع وضمير « له » يرجع الى المشتري . ووجه الأولوية على هذا البيان ظاهر ، لأنه اذا حكمنا بجواز الرجوع بالذي حصل في مقابله نفع مع حصول عوض ما اغترم به اليه ففي الزائد أولى بالرجوع ، لأنه غرامة محضة لا ينتفع بعوضها أصلاً . انتهى .

ثم هذا كله مما يتعلق بتوضيح العبارة ، وكيف كان فالقدوم على الضمان اثباتاً أو نفيّاً لا مدخل له فيما نحن بصدده ، بل علة جواز رجوع المشتري الى البائع هو اغتراره من قبل البائع . فليتأمل جداً .

(في ملكه) ووقف في ما لا يملك على اجازة مالكة ، فان أجاز صح البيع ولا خيار، (و) ان رد (تخير المشتري مع جهله) يكون بعض المبيع غير مملوك للبائع ، لتبعض الصفقة أو الشركة (فان) فسخ رجع كل مال الى مالكة ، وان (رضي صح البيع في المملوك) للبائع (بحصته من الثمن) ، ويعلم مقدار الحصة (بعد تقويمهما جميعاً ، ثم تقويم أحدهما) منفرداً ، ثم نسبة قيمته الى قيمة المجموع ، فيخصه من الثمن مثل تلك النسبة . فاذا قوماً جميعاً بعشرين^١ وأحدهما بعشرة ، صح في المملوك بنصف الثمن كائناً ما كان . وانما أخذ بنسبة القيمة ولم يخصه من الثمن قدر ما قوم به لاحتمال زيادتها عنه ونقصانها ، فربما جمع في بعض الفروض بين الثمن والمثمن على ذلك التقدير ، كما لو كان قد اشترى المجموع في المثال بعشرة .

وانما يعتبر قيمتهما مجتمعين^٢ اذا لم يكن لاجتماعهما مدخل

(١) فلو كان الثمن في المثال ستة أخذ لأحدهما منها نصفها ثلاثة وهكذا .

(٢) ولا يخفى أنه لا حاجة الى اعتبار قيمتهما مجتمعين أصلاً ، سواء كان لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحد أم لا ، بل طريق معرفته حصة كل منهما من الثمن أن يقوم كل منهما منفرداً فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبة ذلك الجزء الى الثمن كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين ، كما اذا قوم كل واحد بعشرة فنسبة قيمة كل واحد الى مجموع القيمتين هي النصف ، فيؤخذ في

في زيادة قيمة كل واحد كثوبين ، أما لو استأزم ذلك كمصراعي باب لم يقوما مجتمعين ، اذ لا يستحق مالك كل واحد ما له الا منفرداً ، وحينئذ فيقوم كل منهما منفرداً ، وينسب قيمة أحدهما الى مجموع القيمتين ، ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة . نعم لو كانا لمالك واحد فأجاز في أحدهما دون الآخر أمكن فيه ما أطلقوه ^(١) ، مع احتمال ما قيدناه .

(وكذا لو باع ما يملك) مبنياً للمجهول (وما لا يملك كالعبد

المملوك بنصف الثمن كائناً ما كان .

ويحتمل أن يكون مراد المصنف من قوله « ثم تقويم أحدهما » هذا المعنى ، أي ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين . فليتأمل .

ثم في فرض ما اذا كان الثمن بأزائهما بوصف الاجتماع - كما في مصراعي باب أو زوج خف - فاللزام حينئذ أن يقوم كل منهما منفرداً وينسب قيمة أحدهما الى مجموع القيمتين ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة ، وتتمة الثمن التي كانت بأزاء وصف الاجتماع ترد الى المشتري .

(١) ولا يخفى أنه لا مجال لهذا الامكان ، ولا فرق بين المالك الواحد وغيره . واحتمال أنه كالغصب - كما لو غصب ما ينقصه التفريق كالخفين ومصراعي الباب - فتلف أحدهما قبل الرد فانه ضامن لقيمة التالف والهيئة الاجتماعية ، فكذا اذا كان المالك واحداً . يمكن أن يقال بضمنان المشتري ما وقع من النقص في حصة لم يجزها . ولكن هذا الاحتمال في غاية الضعف ، بل لا مجال له أصلاً كما يظهر وجهه بالتأمل .

مع الحر ، والخنزير مع الشاة) ، فانه يصح فى المملوك بنسبة قيمته الى مجموع القيمتين من الثمن (ويقوم الحر لو كان عبداً) على ما هو عليه من الاوصاف والكيفيات ، (والخنزير عند مستحليه)^(١) اما باخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب ، ويحصل بقولهم العلم ، أو الظن المتأخم له ، أو باخبار عدلين مسلمين يطلعان على حاله عندهم ، لا منهم مطلقاً^(٢) ، لاشترط عدالة المقوم^(٣) . هذا مع جهل المشتري بالحال ليتم قصده الى شرائهما .

ويعتبر العلم بثمن المجموع لا الافراد ، فيوزع حيث لا يتم له ، أما مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته^(٤) لافضائه الى الجهل بثمن المبيع حال البيع ، لانه في قوة بعثك العبد بما يخصه من الالف اذا وزعت عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقدارها الان ، أما مع جهله فقصده الى شراء المجموع ومعرفة مقدار ثمنه كاف ، وان لم

(١) وعن بعض أنه يجب تقويمه شاة كما يقوم الحر لو كان عبداً . وهذا هو الأقوى ، اذ لا دليل على اعتبار الرجوع الى مستحليه .

(٢) أي لا باخبار جماعة منهم على سبيل الاطلاق ولو لم يحصل العلم ولا الظن المتأخم له .

(٣) والكافر ليس بعادل .

(٤) الا أن يفرض علمه بما يوجب التوزيع ، كما أشار اليه في محكي شرح الشرائع .

يعلم مقدار ما يخص كل جزء .

ويمكن جريان الاشكال فى البائع مع علمه بذلك ^(١) ، ولا بعد فى بطلانه من طرف أحدهما دون الآخر ^(٢) . هذا اذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن ، أو كانت عينه باقية ، أو كان جاهلاً ، والا جاء فيه مع علمه بالفساد ما تقدم ^(٣) فى الفضولي بالنسبة الى الرجوع بالثمن . (وكما يصح العقد من المالك ، يصح من القائم مقامه ، وهم أي القائم ، جمعه باعتبار معنى الموصول ، ويجوز توحيد نظراً الى لفظه (ستة : الاب ، والمجد له) وان علا ، (والوصي) من أحدهما على الطفل والمجنون الاصلي ، ومن طراً جنونه قبل البلوغ ، (والوكيل) عن المالك ومن له الولاية حيث يجوز له التوكيل ^(٤) ، (والمحاكم) الشرعي حيث تفقد الاربعه ، (وأمينه) وهو منصوبه لذلك ، أو ما هو أعم منه .

(١) أي مع علمه بفساد البيع .

(٢) أي من طرف أحدهما وهو البائع دون الآخر وهو المشتري . ولكن الظاهر عدم امكان هذا الفرض ، لأن البيع يتقوم بالطرفين ، فاذا صح من طرف فلابد أن يصح من الآخر ، والا لم يتحقق المعاوضة التى هي مأخوذة فى حقيقة البيع .

(٣) وهو أن الأصحاب لا يجوزون الرجوع بالثمن اما مطلقاً أو مع تلفه ،

فيأتي ههنا مثله .

(٤) اذ الوكيل لا يجوز له التوكيل الا بتصريح من الموكل .

(وبحكم الحاكم المقاص)^(١) وهو من يكون له على غيره مال فيجعله ، أو لا يدفعه اليه مع وجوبه ، فله الاستقلال بأخذه من ماله قهراً من جنس حقه ان وجده ، والا فمن غيره بالقيمة ، مخيراً بين بيعه من غيره ، ومن نفسه .

ولا يشترط اذن الحاكم وان أمكن ، لوجوده ووجود البينة المقبولة عنده في الاشهر^(٢) ، ولو تعذر الاخذ الا بزيادة جاز ، فتكون في يده أمانة في قول^(٣) الى أن يتمكن من ردها فيجب على الفور ، ولو توقف أخذ الحق على نقب جدار ، أو كسر قفل جاز ، ولا ضمان على الظاهر^(٤) ، ويعتبر في المأخوذ كونه زائداً على المستثنى في قضاء الدين ، ولو تلف من المأخوذ شيء قبل تملكه ففي ضمانه قولان . ويكفي في التملك النية ، سواء كان بالقيمة ، أو بالمثل ، وفي جواز المقاصة من الوديعة قولان^(٥) ،

(١) اسم فاعل من قاص يقاص ، أصله مقاصص بالتخفيف فأدغم .

(٢) وعن بعض الأصحاب عدم جوازه مع امكان اثباته عند الحاكم بالبينة وأخذه

بإذن الحاكم .

(٣) وفي قول آخر : ان الزائد مضمون ، فلو تلف عنده كان ضماناً .

(٤) لأن ذلك مقدمة لأخذ حقه فلا يستعقب ضماناً .

(٥) أحدهما الكراهة كما عن الشيخ في الاستبصار والمحكي عن ابن ادریس ،

والثاني التحريم وهو مختار الشيخ في أكثر كتبه كما حكى عنه ، وكذلك عن ابي

والمروي^١ العدم، وحمل على الكراهة .

وفى جواز مقاصة الغائب من غير مطالبته وجهان ، أوجههما العدم الامع طولها بحيث يؤدي الى الضرر ، ولو أمكن الرجوع هنا الى الحاكم فالاقوى توقفه عليه .

(ويجوز للجميع) أي جميع من لسه الولاية ممن تقدم (تولى طرفي العقد)^٢ بأن يبيع من نفسه وممن له الولاية عليه ، (الا الوكيل والمقاص) فلا يجوز توليها طرفيه ، بل يبيعان من الغير . والاقوى كونهما كغيرهما ، وهو اختياره فى الدروس ، لعموم الادلة وعدم وجود ما يصلح للتخصيص .

(ولو استأذن الوكيل جاز) ، لانتفاء المانع حينئذ .
(ويشترط كون المشتري مسلماً اذا ابتاع مصحفاً ، أو مسلماً) ،

الصلاح وابن براج وابي علي الطبرسي .

(١) الوسائل كتاب التجاره الباب : ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث

٣-٧-١١ .

(٢) أي بأن يبيع مال من له الولاية عليه من نفسه أو من له الولاية عليه ، أو يبيع مال نفسه ممن له الولاية عليه ، وانما فسر الشارح جواز تولي طرفي العقد بهذا المعنى لا بمباشرة الايجاب والقبول كما هو ظاهر هذه العبارة ويقع مورداً للبحث ، لأن الاستثناء قرينة على ارادة المصنف هذا المعنى .

ويجوز أيضاً تولي طرفي العقد في مباشرة الايجاب والقبول على الأصح من كفاية المغايرة الاعتبارية .

لما في ملكه للاول من الالهانة ، وللثاني من الاذلال واثبات السبيل له عليه ، ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا . وقيل : يصح ويؤمر بازالة ملكه .

وفي حكم المسلم ولده الصغير ، والمجنون ، ومسببه المنفرد به^(١) ان الحقناه به فيه^(٢) ، ولقيط يحكم باسلامه ظاهرا^(٣) .
(الا فيمن ينعتق عليه) فلا منع ، لانتفاء السبيل بالعتق عليه ،
وفي حكمه مشروط العتق عليه في البيع ، ومن أقر بخريته وهو في يد غيره^(٤) .

(١) أي المنفرد ذلك المسبى بالسبى بحيث لا يكون مع أحد أبويه وكان مسبياً وحده ، فانه حينئذ يلحق بسايبه في الاسلام كما عن الشيخ وجماعة وأما اذا كان مسبياً مع أبويه فيلحق بهما لا بسايبه المسلم .
(٢) أي ألحقنا المسبى بالسبى في الاسلام حيث أنه محل الخلاف بين الفقهاء .

(٣) وهو لقيط دار الاسلام أو دار الكفر اذا كان فيها مسلم يمكن تولده منه .
(٤) وذلك كما لو أقر كافر بحرية مسلم ثم اشتراه ، حيث أن هذا الاشتراء صحيح ، لأن يد البائع أمانة على الملكية ، فينقل العبد الى المشتري والتمن الى البائع ، فمن هذه الجهة لا اشكال . وأما اقراره الموجب لسلب الملكية عن نفسه فهو حكم آخر ، كما في سائر موارد الاقارير . فهذا العبد المشتري حر بحسب القواعد الشرعية . وهذا هو معنى الاعتناق هنا .

ثم هذا مما يتعلق بتفسير العبارة ، وههنا بحث لا يسعه هذا المختصر .

وضابطه جواز شرائه حيث يتعقبه العتق قهراً .
 وفي حكم البيع تملكه له اختياراً كالهبة ، لا بغيره كالارث
 واسلام عبده ، بل يجبر على بيعه من مسلم على الفور مع الامكان ،
 والا حيل بينهما بوضعه على يد مسلم الى أن يوجد راغب .
 وفي حكم بيعه منه اجارته له الواقعة على عينه^(١) لا على ذمته ،
 كما لو استدان منه .

وفي حكم المصحف أبعاضه ، وفي الحاق ما يوجد منه في
 كتاب غيره شهاداً ، أو نحوه نظر. من الجزئية وعدم صدق الاسم ،
 وفي الحاق كتب الحديث النبوية به وجه .

(وهنا مسائل) :

الاولى - (يشترط كون المبيع مما يملك)

أي يقبل الملك شرعاً (فلا يصح بيع الحر ، وما لا نفع فيه غالباً
 كالحشرات) بفتح الشين كالحيات والعقارب والفتران والخنافس
 والنمل ونحوها ، اذ لا نفع فيها يقابل بالمال ، وان ذكر لها منافع

(١) كما اذا آجره على أن يخدمه ، وأما لو آجره على ذمته - كما لو آجره

على خياطة ثوب مثلاً - فلا مانع منه ، لأنه كاستدانة مسلم من كافر ، فان مطالبة

الكافر بحقه وأداء دينه ليس سبيلاً ، فكذا مطالبته بخياطته الثوب التي كانت

مورداً للاجارة .

في الخواص^(١)، وهو الخارج بقوله: غالباً، (وفضلات الانسان)^(٢) وان كانت طاهرة (الابن المرأة) فيصح بيعه، والمعوضة عليه مقدراً بالمقدار المعلوم، أو المدة، لعظم الانتفاع به. (ولا المباحات قبل الحيابة)، لا نتفاء الملك عنها حينئذ، والمتبايعان فيها سيان، وكذا بعد الحيابة قبل نية التملك ان اعتبرناها فيه^(٣) كما هو الاجود.

(ولا الارض المفتوحة عنوة) بفتح العين، أي قهراً كأرض العراق والشام، لانها للمسلمين قاطبة لا تملك على الخصوص، (الاتبعاً لاثار المتصرف) من بناء وشجر فيه^(٤)، فيصح في الاقوى، وتبقى تابعة له مادامت الاثار، فاذا زالت رجعت الى أصلها، والمراد منها المحياة وقت الفتح، أما الموات فيملكها المحيي ويصح بيعها كغيرها من الاملاك.

(والاقرب عدم جواز بيع رباة مكة) أي دورها (زادها الله

(١) أي في الموارد التي ذكر فيها خواص الحيوانات.

(٢) لا دليل ظاهراً على عدم صحة بيع فضلات الانسان اذا كان لها منفعة

عقلانية كشعره ودمه كما هو المتداول في هذا العصر. والله العالم.

(٣) أي اعتبرنا النية في التملك كما هو الاجود، خلافاً لبعض حيث اكتفى

في تملك المباحات مجرد الحيابة وان لم ينو التملك.

(٤) أي في هذا القسم من الارض.

شرفاً ، لنقل الشيخ في المخلاف الاجماع) على عدم جوازه ، (ان قلنا انها فتحت عنوة) ، لاستواء الناس فيها حينئذ ، ولو قلنا انها فتحت صلحاً جاز .

وفي تقييد المنع بالقول بفتحها عنوة مع تعليله بنقل الاجماع المنقول بخبر الواحد تنافر ، لان الاجماع ان ثبت لم يتوقف على أمر آخر ، وان لم يثبت افتقر الى التعليل بالفتح عنوة وغيره . ويبقى فيه أنه على ما اختاره سابقاً من ملكه تبعاً للاثار ينبغي الجواز للقطع بتجدد الاثار في جميع دورها عما كانت عليه عام الفتح .

وربما علل المنع بالرواية^(١) عن النبي صلى الله عليه وآله بالنهي عنه ، وبكونها في حكم المسجد ، لاية الاسراء ، مع أنه كان من بيت أم هانئ لكن الخبر لم يثبت ، وحقيقة المسجدية منتفية ، ومجاز المجاورة والشرف والحرمة ممكن ، والاجماع غير متحقق ، فالجواز متجه .

(الثانية - يشترط في المبيع أن يكون مقدوراً على تسليمه

فلو باع الحمام الطائر)

أو غيره من الطيور المملوكة (لم يصح ، الا أن تقضي العادة

(١) المراد بالرواية هو الخبر الذي أشار اليه بقوله « لم يثبت » ، وهو المذكور

بعوده) فيصح ، لانه حينئذ كالعبد المنفذ فى الحوائج ، والدابة المرسلة .

(ولو باع) المملوك (الابق) المتعذر تسليمه (صح مع الضميمة) الى ما يصح بيعه منفرداً^(١) (فان وجده) المشتري وقدر على اثبات يده عليه (والا كان الثمن بازاء الضميمة) ، ونزل الابق بالنسبة الى الثمن منزلة المعدوم ، ولكن لا يخرج بالتعذر عن ملك المشتري ، فيصح عتقه عن الكفارة ، وبيعه لغيره مع الضميمة .

(ولا خيار للمشتري مع العلم باباقه) لقدمه على النقص ، أما لو جهل جاز الفسخ ان كان البيع صحيحاً^(٢) ، ويشترط فى بيعه ما يشترط فى غيره من كونه معلوماً موجوداً عند العقد وغير ذلك ، سوى القدرة على تسليمه ، فلو ظهر تلفه حين البيع ، أو استحقاؤه لغير البائع ، أو مخالفاً للوصف بطل البيع فيما يقابله فى الاولين ، وتخير المشتري فى الاخير^(٣) على الظاهر .

(١) هذا احتراز عن الضميمة الى آبق آخر مثلا ونحوه .

(٢) بأن كان ما يضم اليه مما يصح بيعه منفرداً . ويحتمل أن اراد بقوله « ان كان البيع صحيحاً » التردد وعدم الجزم بصحة البيع فى صورة جهل المشتري بأباقه ، لانصراف بيع الابق مع الضميمة الى صورة العلم بالأباق ولا يشمل صورة الجهل . فليتأمل .

(٣) حيث أنه داخل فى البيع ، فمقتضاه تقسيط الثمن على أجزائه وتخير

(ولو قدر المشتري على تحصيله) دون البائع (فالاقرب عدم اشتراط الضميمة) في صحة البيع ، لحصول الشرط وهو القدرة على تسلمه . ووجه الاشتراط صدق الاباق معه الموجب للضميمة بالنص^١ . وكون الشرط التسليم وهو أمر آخر غير التسلم .

ويضعف بأن الغاية المقصودة من التسليم حصوله بيد المشتري بغير مانع وهي موجودة ، والموجبة للضميمة العجز عن تحصيله وهي مفقودة ، (وعدم لحوق أحكامها لو ضم) فيوزع الثمن عليهما لولم يقدر على تحصيله^٢ ، أو تلف قبل القبض ، ولا يتخير لولم

المشتري في الفسخ . ويحتمل على بعد الحاقه بتعذر تسليمه وكون الثمن بأزاء الضميمة .

ويمكن أن يكون قوله « على الظاهر » قيدا للجميع ، قال في محكي المسالك بعد ذكر الاشتراط المذكور فلو ظهر تلفه قبله أو مستحقاً لغير البائع أو مخالفاً لوصف البائع أو معيباً ففى الحاقه بتعذره : فلا يؤثر في صحة البيع ، ولا يستحق ارشاً ولارداً ، أو يلحق كل واحد حكمه ، فيبطل في الأولين ما قابله ، ويتخير في الاخرين نظر . انتهى .

ووجه النظر خروج ما ذكر هنا عن أصل المسألة ، ولذا عبر في الكتاب بالظاهر . فليأمل .

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث ١ - ٢ .

(٢) بأن تجدد عجزه بعد أن كان قادراً على تحصيله حين البيع .

يعلم باबाقه^(١) .

ولا يشترط في الضميمة صحة افرادها بالبيع ، لانه حينئذ بمنزلة المقبوض^(٢) وغير ذلك من الاحكام . ولا يلحق بالابق غيره مما في معناه كالبعير الشارد ، والفرس الغاير^(٣) على الاقوى ، بل المملوك المتعذر تسليمه بغير الابق^(٤) ، اقتصاراً فيما خالف الاصل^(٥) على المنصوص .

(أما الضال والمجحود) من غير اباق (فيصح البيع ، وپراعى

(١) ولا يخفى أن هذا ينافي ما ذكره في خيار تعذر التسليم ، حيث قال المصنف هناك : فلو اشترى شيئاً ظناً مكان تسليمه ثم عجز بعده تخير المشتري . فليأمل .

(٢) أي لأن الابق المقذور على تحصيله بمنزلة المقبوض الحاضر عنده ، فهذا الابق ليس بعيب حتى يلحقه حكم خيار العيب . ولا يشترط في الضميمة صحة افرادها بالبيع ، فالجهل باباقه في الفرض المزبور لا يوجب الخيار ، فلا ينافي هذا ما ذكر في خيار العيب من أن الابق عيب .

(٣) بالغين المعجمة من غار في الارض اذا ذهب وسار ، وقيل بالعين المهملة . قال في مصباح المنير : غار الفرس يعبر من باب سار عياراً أفلت وذهب على وجهه .

(٤) كالمغصوب أو المجهول محله ونحوه .

(٥) المراد بالأصل القاعدة المقررة ، وهي القدرة على التسليم خرج عن الأصل بيع الابق مع الضميمة ويبقى الباقي .

بامكان التسليم) ، فان أمكن فى وقت قريب لا يفوت به شيء من المنافع يعتد به ، أو رضى المشتري بالصبر الى أن يسلم لزم ، (وان تعذر فسخ المشتري ان شاء) ، وان شاء التزم وبقي على ملكه ينتفع به بالعتق ونحوه . ويحتمل قوياً بطلان البيع ، لفقد شرط الصحة^(١) ، وهو امكان التسليم .

وكما يجوز جعل الابق مثنماً يجوز جعله ثمناً ، سواء أكان فى مقابله آبق آخر أم غيره ، لحصول معنى البيع فى الثمن والمثن . (وفى احتياج العبد الابق المجعل ثمناً الى الضميمة احتمال) ، لصدق الابق المقتضى لها (ولعله الاقرب) ، لاشتراكهما فى العلة المقتضية لها ، (وحينئذ يجوز أن يكون أحدهما ثمناً ، والاخر مثنماً مع الضميمة ، ولا يكفي) فى الضميمة فى الثمن والمثن (ضم آبق آخر اليه) ، لان الغرض من الضميمة أن تكون ثمناً اذا تعذر تحصيله ، فتكون جامعة لشرائطه التى من جملة امكان التسليم ، والابق الاخر ليس كذلك .

(ولو تعددت العبيد) فى الثمن والمثن (كفت ضميمة واحدة)^(٢)

(١) لما هو التحقيق من أن امكان التسليم شرط لصحة البيع لا تعذره موجب

لخيار الفسخ ، لكن هذا خلاف ما ذكره فى باب الخيارات .

(٢) أي فى كل طرف .

لصدق الضميمة مع الابق ، ولا يعتبر فيها كونها متمولة^(١) اذا وزعت على كل واحد لان ذلك يصير بمنزلة ضمائم ، مع أن الواحدة كافية .

وهذه الفروع من خواص هذا الكتاب ، ومثلها في تضاعيفه^(٢) كثير ننبه عليه ان شاء الله تعالى في مواضعه .

(الثالثة - يشترط) في المبيع (أن يكون طلقاً)

(فلا يصح بيع الوقف) العام مطلقاً^(٣) ، الا أن يتلاشى ويضمحل ، بحيث لا يمكن الانتفاع به في الجهة المقصودة مطلقاً كحصير يبلى ، ولا يصلح للانتفاع به في محل الوقف ، وجذع ينكسر كذلك ، ولا يمكن صرفهما بأعيانهما في الوقود لمصالحه ، كأجر المسجد فيجوز بيعه حينئذ وصرفه في مصالحه ، ان لم يمكن الاعتياض عنه

(١) حاصله : ان التمول في الجملة كاف في الضميمة وان كان لو وزعت على كل واحد لسلبت عنه المالية . وهذا كما اذا كانت مقداراً طفيفاً من الحنطة مثلا ، بحيث لو وزعت على كل واحد من العبيد لسلب عنه وصف المالية فانه لا يضر .

(٢) جمع تضعاف بفتح التاء بمعنى الضعف ، وفي محكي القاموس : أضعاف الكتاب اثناء سطره وحواشيه .

(٣) أي سواء أدى بقاؤه الى خرابه أم لا ، أو مع المصلحة أم لا .

بوقف^(١) . ولو لم يكن أصله موقوفاً ، بل اشترى للمسجد مثلاً من غلته أو بذلة له باذل صح للنظر ببيعه مع المصلحة مطلقاً^(٢) .

(ولو أدى بقاؤه الى خرابه لخلف بين أربابه) فى الوقف المحصور (فالمشهور الجواز) أى جواز بيعه حينئذ . وفى الدروس اكتفى فى جواز بيعه بخوف خرابه^(٣) ، أو خلف أربابه المؤدى الى فساده ، وقل أن يتفق فى هذه المسألة فتوى واحد ، بل فى كتاب واحد فى باب البيع والوقف فتأملها^(٤) ، أو طالع شرح المصنف للإرشاد تطلع على ذلك .

والاقوى فى المسألة ما دلت عليه صحيحة^(٥) علي بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه اذا وقع بين أربابه خلف شديد ، وعلمة عليه السلام بأنه ربما جاء فيه تلف الاموال

(١) وان أمكن يجب شراؤه ووقفه فى الجهة الموقوفة رعاية لغرض الواقف

بحسب الامكان .

(٢) أى وان لم يتلاش ولم يضمحل .

(٣) بخلاف ما اختاره هنا ، فان ظاهره اداء بقائه الى خرابه على سبيل

القطع ، ولم يكتف بالاحتمال والخوف .

(٤) أى فتأمل المسألة .

(٥) الوسائل الباب : ٦ من كتاب الوقوف والصدقات الحديث : ٦ .

والنفوس ، وظاهره أن خوف ادائه اليهما^(١) أو الى أحدهما ليس بشرط ، بل هو مظنة لذلك .

ومن هذا الحديث اختلفت أفهامهم فى الشرط المسوغ للبيع ، ففهم المصنف هنا أن المعتبر الخلف المؤدى الى الخراب ، نظراً الى تعليقه بتلف المال ، فان الظاهر أن المراد بالمال الوقف^(٢) ، اذ لا دخل لغيره فى ذلك ، ولا يجوز بيعه فى غير ما ذكرناه وان احتاج الى بيعه أرباب الوقف ولستم تكفهم غلته ، أو كان بيعه أعود ، أو غير ذلك مما قيل ، لعدم دليل صالح عليه .

وحيث يجوز بيعه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على ذلك الوجه ان أمكن ، مراعيماً للاقرب الى صفته فالاقرب ، والمتولي لذلك الناظر ان كان ، والا الموقوف عليهم ان انحصروا ، والا فالناظر

(١) المراد بخوف ادائه اليهما هو ادائه على سبيل القطع لا الاحتمال كما

يوهمه لفظ الخوف يعنى اداء بقائه الى تلف الاموال والنفوس ليس شرطاً للجوار بيعه بل مظنة ذلك كافية اذ ظاهر التعليل هذا خلافاً للمحقق حيث قال فى الشرائع ، فلا يصح بيع الوقف مالم يؤد بقائه الى خرابه لاختلاف بين اربابه . والأداء بالتشديد كقضاء مصدر باب التفعيل ككذاب ، يقال أدى تأدية وأداء كما يقال كذب تكديباً وكذاباً .

(٢) ولا يخفى أن هذا خلاف الظاهر ، خصوصاً مع عطف النفوس عليه ، بل الظاهر مطلق الاموال وكيف كان ففي الفرض يجوز وتبديله بمحل مناسب للوقف المزبور ان أمكن ويجعل وقفاً والا فيقسم ثمنه بين الموقوف عليهم .

العام^١ .

(ولا) بيع الامة (المستولدة) من المولى ، ويتحقق الاستيلاء المانع من البيع بعلوقها في ملكه وان لم تلجه الروح كما سيأتي ، فقوله : (ما دام الولد حياً) مبني على الاغلب ، أو على التجوز ، لانه قبل ولوج الروح لا يوصف بالحياة الامجازاً . ولو مات صارت كغيرها من امائه عندنا ، أما مع حياته فلا يجوز بيعها ، (الا في ثمانية مواضع) ، وهذا الجمع من خواص هذا الكتاب^٢ .

(أحدها - في ثمن رقبته مع اعسار مولاها ، سواء كان حياً أو ميتاً) ، أما مع الموت فموضع وفاق ، وأما مع الحياة فعلى أصح القولين^٣ ، لاطلاق النص^٤ والمراد باعساره أن لا يكون له من المال ما يوفي ثمنها زائداً على المستثنيات في وفاء الدين .

(وثانيها - اذا جنت على غير مولاها) فيدفع ثمنها في الجناية ، أو رقبته ان رضي المجني عليه^٥ ، ولو كانت الجناية على مولاها

(١) وهو الحاكم أو نائبه .

(٢) وكان مراده بالجمع جمعها على سبيل الجزم والفتوى بها ، فلا ينافي ذكرها في كتاب آخر ، كما يأتي من الشارح أن المصنف حكها في الدروس .

(٣) وعن المرتضى المنع من بيعها مطلقاً ما دام ولدها حياً .

(٤) الوسائل كتاب التجارة من أبواب بيع الحيوان الباب ١٥ الحديث ٢ .

(٥) وعن المشهور أنه ان كانت الجناية خطأ يتخير المولى بين دفعها أو دفع

لم يجز ، لانه لا يثبت له على ماله مال .

(وثالثها - اذا عجز مولاها عن نفقتها) ، ولو أمكن تأديها ببيع بعضها وجب الاقتصار عليه ، وقوفاً فيما خالف الاصل على موضع الضرورة .

(ورابعها - اذا مات قريبها ولا وارث له سواها) لتعتق وترثه ، وهو تعجيل عتق أولى بالحكم من ابقائها لتعتق بعد وفاة مولاها .
(وخامسها - اذا كان علوقها بعد الارتهان) فيقدم حق المرتهن لسبقه ، وقيل : يقدم حق الاستيلاء ، لبناء العتق على التغليب ^(١) ، ولعموم النهي عن بيعها .

(وسادسها - اذا كان علوقها بعد الافلاس) أي بعد الحجر على المفلس ، فان مجرد ظهور الافلاس ^(٢) لا يوجب تعلق حق الديان بالمال ، والمخلاف هنا كالرهن .

ماقابل الجناية من قيمتها الى المعجني عليه وبين أن يفديها بأقل الأمرين ، وان كانت عمداً فان كانت في مورد ثبت القصاص فللمعجني عليه القصاص نفساً أو طرفاً وله استرقاقها كلا أو بعضاً .

(١) أي تغليب جانب العتق على سائر الجوانب من الحقوق ، كما اذا عتق بعض المملوك المشترك فيسري العتق الى ملك الشريك ، ونحو ذلك كما ذكر في محله .

(٢) تعليل لتفسير قول المصنف « بعد الافلاس » بقوله : أي بعد الحجر على المفلس ، اذ مجرد الافلاس لا أثر له الا بعد أن حجر الحاكم عليه .

(وسابعتها - اذا مات مولاها ولم يخالف سواها وعليه دين مستغرق وان لم يكن ثمناً لها) ، لانها انما تعتق بموت مولاها من نصيب ولدها ، ولا نصيب له مع استغراق الدين^(١) فلا تعتق ، وتصرف في الدين .

(وثانيتها - بيعها على من تعتق عليه ، فانه في قوة العتق) فيكون تعجيل خير يستفاد من مفهوم الموافقة^(٢) ، حيث ان المنع من البيع لاجل العتق .

(وفي جواز بيعها بشرط العتق نظر ، اقربه الجواز) لما ذكر ، فان لم يف المشتري بالشرط فسخ البيع وجوباً ، فان لم يفسخه

(١) هذا مبني على ما هو خلاف التحقيق من أن التركة لا تنتقل الى الوارث مع استغراق الدين ، وأما بناءً على انتقال تركة الميت الى وارثه مطلقاً كما هو الأظهر فالظاهر انعقادها من نصيب ولدها .

قال في محكي نكاح المسالك : ان الأقوى انتقال التركة الى الوارث مطلقاً وان منع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين ، فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين ولزمه أداء قيمة النصيب من ماله . و هي هنا بحث قد تعرض له شيخ مشايخنا قدس سره في كتاب المكاسب في مستثنيات عدم جواز بيع أم الولد ، فليراجع .

(٢) أي الغرض من منع بيع أم الولد لأجل إيصال خير اليها ، وهو انعقادها فبيعها على من تعتق عليه تعجيل خير ، فيستفاد من المنع جواز بيعها على من تعتق عليه بطريق أولى . وهذا معنى مفهوم الموافقة هنا ، ولا مشاحة في الاصطلاح .

المولى احتمال انفساخه بنفسه ، وفسخ الحاكم ان اتفق .
وهذا موضع تاسع ، وما عدا الاول من هذه المواضع غير
منصوص بخصوصه ، وللنظر فيه مجال ^(١) ، وقد حكاه في الدروس
بلفظ قيل ، وبعضها جعله احتمالاً من غير ترجيح لشيء منها . وزاد
بعضهم مواضع آخر ، عاشرها في كفن سيدها اذا لم يخلف سواها ،
ولم يمكن بيع بعضها فيه ، والا اقتصر عليه . وحادي عشرها اذا
أسلمت قبل مولاها الكافر ^(٢) ، وثاني عشرها اذا كان ولدها غير وارث
لكونه قاتلاً أو كافراً ، لانها لا تنعتق بموت مولاها حينئذ ، اذ
لانصيب لو ولدها . وثالث عشرها اذا جنت على مولاها جناية تستغرق
قيمتها ^(٣) ، ورابع عشرها اذا قتلت خطأ ^(٤) ، وخامس عشرها اذا حملت

(١) أي في ما عدا الأول . ولعل وجه النظر أنه لا دليل عليه بالخصوص ،
فعموم منع بيع أم الولد محكم .

(٢) أي أسلمت ، وهي أمة ذمي في حال كفر مولاها ، سواء أسلم مولاها بعد
اسلامها أم لا ، فالمراد باسلامها قبل مولاها هذا المعنى ، فانها تباع عليه لحق
اسلامها المقضي لعدم سلطة الكافر عليها ، كما هو مفاد الآية « ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سيلاً » [النساء - الآية ١٤١] .

(٣) هذا في صورة العمد ، وأما الجناية على مولاها خطأ فقد مر أنه لا يجوز
بيعه ، وعلمه بأنه لا يثبت له على ماله مال .

ثم قيد الجناية بكونها تستغرق قيمتها ، وجهه غير واضح ، بل المنطوق هو
صحة استرقاقها لو كان المجني عليه غير مولاها . فليتأمل .

(٤) فلو كان عمداً قتلت به .

في زمن خيار البائع أو المشترك ثم فسخ البائع بخياره^(١) ، وسادس عشرها اذا خرج مولاها عن الذمة وملكت أمواله التي هي منها ، وسابع عشرها اذا لحقت هي بدار الحرب ثم استرقت^(٢) ، وثمان عشرها اذا كانت لمكاتب مشروط ثم فسخ كتابته ، وتاسع عشرها اذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاء ثم أولدها ، فان حق المضمون له أسبق من حق الاستيلاء كالرهن والفلس السابقين ، والعشرون اذا أسلم أبوها أو جدتها وهي مجنونة^(٣) ، أو صغيرة ، ثم استولدها

(١) لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاء ، فالاستيلاء غير مانع في الفرض عن نقل أم الولد عن ملك مالکها ، خلافاً لجماعة من المحققين فحكموا بأنه اذا فسخ رجع بقيمة أم الولد . ولعله لصيرورتها بمنزلة التالف ، فلا منافاة بين فسخ البيع وعدم جواز رجوع العين .

(٢) أي استرقها المسلمون . وهذا نظير مالو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون ، فانه قيل هناك في توجيهه فكأنه فيما اذا أسرها غير مولاها فلم يثبت كونها أمة لمولى الأبعد القسمة وقلنا بأن القسمة لا ينقض ويغرم الامام عليه السلام قيمتها لمالكها ، فكذا في هذه المسألة ، والا فمجرد لحوقها بدار الحرب لا يوجب خروجها عن ملك مالکها حتى يجوز استرقاقها . فليتأمل .

(٣) وذلك لأن الولد اذا لم يكن مكلفاً فهو تابع لأبيه من حيث الاسلام أو الكفر ، فاذا أسلم أبوه أو جده فهو في حكم المسلم من حيث الطهارة وباقي الأحكام ، فاذا استولدها مولاها الكافر قبل أن تخرج عن ملكه يجب عليه بيعها . وهذه نظير أم ولد أسلمت عند مولاها الكافر وقد تقدم في قوله « اذا أسلمت قبل

الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه وهذه في حكم اسلامها عنده . وفي كثير من هذه المواضع نظر .

(الرابعة - لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنايته من بيعه)

لانه لم يخرج عن ملك مولاه بها ، والتخيير في فكه للمولى ، فان شاء فكه بأقل الامرين من أرش الجناية وقيمته ، وان شاء دفعه الى المجني عليه ، أو وليه ليستوفي من رقبته ذلك ، فاذا باعه بعد الجناية كان التزاماً بالفداء على أصح القولين ^(١) . ثم ان فداه والا جاز للمجني عليه استرقاقه ، فينفسخ البيع ان استوعبت ^(٢) قيمته ،

مولاها الكافر » ، وهذا معنى قوله : وهذه في حكم اسلامها عنده .

(١) ولا يخفى أنه لا اشكال ولا خلاف في أنه اذا فداه المولى أو التزم بالفداء وضمنه للمجني عليه يجوز بيعه ، وانما الاشكال والخلاف في أن البيع هل هو بنفسه التزام بالفداء بمعنى ايجابه للفداء قهراً وان لم يضمن للمجني عليه الفداء فالبيع بنفسه يكون موجباً لضمان البائع حق المجني عليه ويتعين عليه الفداء ولا يجوز فسخ البيع كما عن العلامة قدس سره أو ان البيع يقع مراعى باجازه ذي الحق ، فاذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الدية وقع البيع مراعى ، فان فداه المولى أو رضي المجني عليه فهو والا انتزعه المجني عليه من المشتري ، فينفسخ البيع . والأصح عند الشارح هو الأول ، وهنا فروع لا يسعها هذا المختصر .

(٢) أي وان كانت غير مستوعبة انفسخ البيع بقدر جنايته ورجع المشتري الى المجني عليه بقدر أرشه .

لان حقه أسبق ، ولو كان المشتري جاهلاً بعيه تخير أيضاً^(١) .
 (ولو جنى عمداً فالأقرب أنه) أي البيع (موقوف على رضا
 المجني عليه أو وليه) لان التخيير في جنابة العمد اليه وان لم يخرج
 عن ملك سيده ، فبالثاني^(٢) يصح البيع وبالاول يثبت التخيير . فيضعف
 قول الشيخ ببطلان البيع فيه ، نظراً الى تعلق حق المجني عليه قبله .
 ورجوع الامر اليه ، فان ذلك لا يقتضي البطلان ، ولا يقصر عن
 بيع الفضولي .

ثم ان أجاز البيع ورضي بفدائه بالمال وفكه المولى لزم البيع ،
 وان قتله أو استرقه بطل . ويتخير المشتري قبل استقرار حاله^(٣) مع
 جهله للعيب المعرض للفوات . ولو كانت الجنابة في غير النفس
 واستوفى فباقيه مبيع ، وللمشتري الخيار مع جهله للتبعيض ، مضافاً
 الى العيب^(٤) سابقاً .

(الخامسة — يشترط علم الثمن قدرأً وجنساً ووصفاً)

قبل ايقاع عقد البيع ، (فلا يصح البيع بحكم أحد المتعاقدين ،

(١) أي كما أن المجني عليه جاز له ابطال البيع باسترقاقه كذلك المشتري

يجوز له أيضاً ابطال البيع بفسخه بسبب العيب .

(٢) أي بعدم خروجه عن ملك سيده .

(٣) أي حال العبد مع المجني عليه .

(٤) وهو تعلق حق المجني عليه به .

أو أجنبي) اتفاقاً ، وان ورد في رواية شاذة^(١) « جواز » تحكيم المشتري ، فيلزمه الحكم بالقيمة فما زاد .

(ولا بثمن مجهول القدر وان شوهد) ، لبقاء الجهالة ، وثبوت الغرر المنفي معها ، خلافاً للشيخ في الموزون ، وللمرتضى في مال السلم ، ولا بن الجنيد في المجهول مطلقاً^(٢) اذا كان المبيع صبرة ، مع اختلافهما جنساً ، (ولا مجهول الصفة) كمائة درهم وان كانت مشاهدة لا يعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود^(٣) ، (ولا مجهول الجنس ، وان علم قدره) ، لتحقق الجهالة في الجميع .

فلو باع كذلك كان فاسداً وان اتصل به القبض ، ولا يكون كالمعاطاة^(٤) ، لان شرطها اجتماع شرائط صحة البيع سوى العقد

(١) [الوسائل الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث: ١] ويستفاد منه أن حكم المشتري نافذ فيما اذا حكم بالقيمة العادلة فما زاد ، وأما اذا حكم بالأقل فلا .

(٢) أي الثمن المجهول ، سواء كان مال السلم أم غيره . قال في محكي الدروس : وجوز ابن الجنيد بيع الصبرة مع المشاهدة جزافاً بثمن جزاف مع تغاير الجنس .

(٣) يعني سبب عدم العلم بالوصف هو تعدد النقد الموجود .

(٤) هذا دفع لتوهم أن البيع المزبور ان اتصل به القبض يكون كالمعاطاة ، بل هو معاطاة مع شيء زائد لا يضر وجوده وهو العقد ، فكما لا يشترط في صحة المعاطاة شرائط البيع هكذا فيما نحن فيه . فدفع هذا بقوله : ولا يكون

الخاص (فان قبض المشتري المبيع والحال هذه ، كان مضموناً عليه) ، لان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده^(١) وبالعكس ، فيرجع به وبزوائده متصلة ومنفصلة ، وبمنافعه المستوفاة وغيرها على الاقوى^(٢) ،

كالمعاطاة ، لان شرطها اجتماع شرائط البيع سوى العقد الخاص ، وحاصله : ان المعاطاة أيضاً يشترط فيها جميع شرائط البيع سوى العقد ، وليست المعاطاة بحيث لا يشترط فيها شرائط البيع حتى يكون البيع المزبور مثل المعاطاة .

ويمكن ان يريد بقوله « وان اتصل به القبض » ان البيع المجهول يصير بالقبض معلوماً ، فاذا كان متصلاً بالعقد فكأنه معلوم قبل ايقاع العقد فلا يضر الجهل في هذه الصورة . ولكن لا يلائمه قوله « ولا يكون كالمعاطاة » كما لعله ظاهر ، فلي تأمل .

(١) توضيح الكلام في هذا المقام أصلاً وعكساً : ان المراد بالضمنان في العقد الصحيح أن دركه وعوضه عليه اما في ذمته أو في عين من أعيان ماله . وهذا هو المراد بالضمنان في العقد الفاسد أيضاً ، الا أن العوض فيه هو العوض الواقعي ، أي المثل أو القيمة وفي الصحيح هو الجملي الذي جعله ثمناً وتراضياً عليه . وليس المراد بالضمنان في العقد الصحيح مجرد كون تلفه في ملكه ، بمعنى أنه لما صار ملكاً له كان بحيث لو تلف فقد ذهب من ماله ، كما ربما توهم ، لأنه لا يقال لمالك الشيء انه ضامن له .

ثم هذا مما يتعلق بشرح هذه العبارة ، وههنا أبحاث وفروع كثيرة محلها الكتب المفصلة .

(٢) وهو المنسوب الى المشهور ، ولكن في المنافع غير المستوفاة نظر ، لعدم دليل واضح يدل عليه .

ويضمنه (ان تلف بقيمته يوم التلف)^(١) على الاقوى ، وقيل : يوم القبض^(٢) ، وقيل : الاعلى منه اليه . وهو حسن ان كان التفاوت بسبب نقص في العين أو زياده ، أما باختلاف السوق فالاول أحسن ولو كان مثلياً ضمنه بمثله ، فان تعذر بقيمته يوم الاعواز على الاقوى .

(السادسة _ اذا كان العوضان من المكيل ، أو الموزون

أو المعدود فلا بد من اعتبارهما بالمعتاد)

من الكيل أو الوزن أو العدد ، فلا يكفي المكيال المجهول كقصة حاضرة وان تراضيا به ، ولا الوزن المجهول كالاعتماد على صخرة معينة وان عرفا قدرها تخميناً ، ولا العدد المجهول بأن عولا على ملىء اليد ، أو آلة يجهل ما تشتمل عليه ثم اعتبروا العد به^(٣) ، للغرر المنهي عنه في ذلك كله .

(ولو باع المعدود وزناً صحح) ، لارتفاع الجهالة به ، وربما كان أضيظ ، (ولو باع الموزون كيلاً أو بالعكس أمكن الصحة

(١) وذلك لأنه وقت الانتقال الى القيمة وقيل ذلك يجب رد العين .

(٢) قيل لأنه وقعت الدخول في ضمانه . وفيه : انه مادام العين باقية فهي في

عهدته وضمانه فيجب ردها ، ولا ينتقل الى القيمة الا بعد تلف العين .

(٣) أي العد بملىء اليد أو بالالة المزبورة بان يعولا على ملىء اليد أو تلك

الالة ثم يعد اما فيه ثم يعتبر عد ما بقي على حساب ذلك العدد ، وذلك للغرر

المنهي عنه للجهل بمقدار العوضين اذ لا يعرف قدرهما بهذا الاعتبار الا بالتخمين .

فيهما) ، للانضباط ، ورواية '١' وهب عن الصادق عليه السلام ،
 ورجحه في سلم الدروس .
 (ويحتمل صحة العكس) وهو بيع المكييل وزناً ، (لا الطرد ،
 لان الوزن أصل للمكييل) وأضبط منه ، وانما عدل الى الكيل تسهيلاً .
 (ولو شق العد) في المعدود لكثرتة أو لضرورة (اعتبر مكيال
 ونسب الباقي اليه) ، واغتفر التفاوت الحاصل بسببه ، وكذا القول
 في المكييل والموزون حيث يشق وزنهما وكيلهما ، وعبر كثير من
 الاصحاب في ذلك بتعذر العد . والاكتفاء بالمشقة والعسر كما فعل
 المصنف أولى ، بل لو قيل : بجوازه مطلقاً ، لزوال الغرر ،
 وحصول العلم ، واغتفار التفاوت كان حسناً ، وفي بعض الاخبار
 دلالة عليه ^٢ .

(السابعة - يجوز ابتياع جزء معلوم النسبة)

كالنصف والثلث (مشاعاً تساوت أجزاؤه) كالحبوب والادهان،
 (أو اختلف) كالجواهر والحيوان (اذا كان الاصل) الذي يبيع جزؤه

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب السلف الحديث ١ .

(٢) أي على الجواز [الوسائل الباب ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه

الحديث ١] .

(معلوماً) بما يعتبر فيه من كيل ، أو وزن ، أو عد ، أو مشاهدة ،
 (فيصح بيع نصف الصبرة المعلومة) المقدار والوصف ، (ونصف
 الشاة المعلومة) بالمشاهدة أو الوصف .

(ولو باع شاة غير معلومة من قطيع بطل) وان علم عدد ما
 اشتمل عليه من الشياة وتساوت أثمانها ، لجهالة عين المبيع .

(ولو باع قفيزاً من صبرة صح ، وان لم يعلم كمية الصبرة)
 لان المبيع مضبوط المقدار ، وظاهره الصحة وان لم يعلم اشتمال
 الصبرة على القدر المبيع ، (فان نقصت تخير المشتري بين الاخذ)
 للموجود منها (بالحصصة) أي بصحته من الثمن (وبين الفسخ) لتبعض
 الصفقة .

واعتبر بعضهم العلم باشتمالها على المبيع ، أو اخبار البائع
 به ، والا لم يصح ، وهو حسن . نعم لو قيل بالاكتفاء بالظن الغالب
 باشتمالها عليه كان متجهاً ، ويتفرع عليه ما ذكره (١) أيضاً .

واعلم أن أقسام بيع الصبرة عشرة ذكر المصنف بعضها منطوقاً
 وبعضها مفهوماً (٢) ، وجملتها : انها اما أن تكون معلومة المقدار ،

(١) أي في قوله « فان نقصت » ، وذلك لأن الظن مما قد يقع خلافه .

(٢) ذكره منطوقاً ثلاثة الثاني من أقسام الخمسة الأول والثالث منها ومن

الخمسة الآخر ، وما علم بالمفهوم سبعة ، فانه يفهم من قوله « فيصح بيع نصف

أو مجهولته ، فان كانت معلومة صح بيعها أجمع ، وبيع جزء منها معلوم مشاع ، وبيع مقدار قفيز تشتمل عليه ، وبيعها كل قفيز بكذا ، لا يبيع كل قفيز منها بكذا^(١) ، والمجهولة يبطل بيعها في جميع الاقسام الخمسة الا الثالث .

وهل ينزل القدر المعلوم في الصورتين^(٢) على الاشاعة ، أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة^(٣) ؟ وجهان أجودهما الثاني . وتظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها ، فعلى الاشاعة يتلف من المبيع بالنسبة ،

الصيرة المعلومة « صحة بيع كلها بطريق أولى سواء في ذلك ببيعها بكذا أم يبيع كل قفيز بكذا وعدم صحة بيع كل قفيز منها بكذا ، اذ يفهم منه أن مناط صحة بيع النصف من جهة معلومية الكل وكل قفيز مجهول ، اذ ليس متعلق البيع مجموعها كما هو المفروض . وبذلك يفهم عدم صحة البيع في الأقسام الأربعة في المجهول ، فالصحيح من المعلومة أربعة ومن المجهولة واحد .

(١) وذلك لأن مجموع البيع مجهول بخلاف السابق . قال في محكي

المسالك : لعدم العلم بقدر المبيع مطلقاً ، لأن مرجع هذا العقد الى تخير المشتري

في أخذ ما شاء منها ، بحيث يكون ضابط سعر ما يأخذه أن كل قفيز منه بدرهم ،

فان أخذ قفيزاً لزمه درهم وان أخذ قفيزين لزمه درهمن وهكذا . ولا فرق في

البطلان بهذا الوجه بين كون الصيرة معلومة ومجهولة .

(٢) أي سواء كان من المعلوم أو المجهول .

(٣) أي ذلك المقدار الداخلة في جملة الصيرة من بساب الكلي في المعين

لا على نحو الاشاعة .

وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدره .

(الثامنة - يكفي المشاهدة عن الوصف

ولو غاب وقت الابتاع)

بشرط أن يكون مما لا يتغير عادة^(١) ، كالارض والاوني والحديد والنحاس ، أو لا تمضي مدة يتغير فيها عادة ، ويختلف باختلافها زيادة ونقصاناً ، كالفاكهة والطعام والحيوان . فلو مضت المدة كذلك لم يصح ، لتحقق الجهالة المترتبة على تغيره عن تلك الجهالة . نعم لو احتمل الامرين^(٢) صح ، عملاً بأصالة البقاء .

(فان ظهر المخالفة) بزيادته أو نقصانه ، فان كان يسيراً يتسامح بمثله عادة فلا خيار ، والا (تخير المغبون) منهما ، وهو البائع ان ظهر زائداً ، والمشتري ان ظهر ناقصاً .

(ولو اختلفا في التغير قدم قول المشتري مع يمينه) ان كان هو المدعي للتغير الموجب للخيار والبائع ينكره ، لان البائع يدعي علمه

(١) قيل في نسخ الكتاب ذكر لفظ « لا » في الموضوعين كما في العبارة المزبورة ، ولكن الظاهر أن احدهما زائدة ، وكأنه من سهو قلم الناسخ .

(٢) مرجع الضمير في « احتمل » هو المبيع المفهوم من سياق العبارة ، أي احتمال البيع التغير وعدمه .

بهذه الصفة^(١) وهو ينكره ، ولأن الاصل عدم وصول حقه اليه^(٢) فيكون في معنى المنكر ، ولاصالة بقاء يده على الثمن^(٣) .
 وربما قيل بتقديم قول البائع ، لتحقق الاطلاع المجوز للبيع ،
 وأصالة عدم التغير . ولو انعكس الفرض - بأن ادعى البائع تغييره
 في جانب الزيادة وأنكر المشتري - احتمال تقديم قول المشتري أيضاً ،
 كما يقتضيه اطلاق العبارة ، لاصالة عدم التغير ، ولزوم البيع .
 والظاهر تقديم قول البائع لعين ما ذكر في المشتري ، وفي تقديم
 قول المشتري فيهما جمع بين متنافيين مدعى ودليلاً^(٤) .

(١) أي لأن البائع يدعي علم المشتري بالبيع على هذه الصفة الموجودة
 والرضا بها وهو ينكره ، فبحسب قواعد القضاء المنكر هو المشتري فيقدم قوله مع
 يمينه .

(٢) فهو في معنى المنكر كما في فرض السابق .

(٣) ووجهه كما في محكي المبسوط أن المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن ،
 ولا ينتزع منه الا باقراره أو ببينة تقوم عليه .

وفيه : ان حق المشتري من نفس العين قد وصل اليه قطعاً ، ولذا يجوز له
 امضاء العقد وثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير معلوم فعلية الاثبات .

(٤) التنافي اما بحسب المدعى في الاصل فهو عدم لزوم العقد وجواز الفسخ
 وفي انعكاس الفرض لزوم العقد وعدم جواز الفسخ وأما التنافي من حيث الدليل ،
 فهو اصالة بقاء يده على الثمن في الاصل وزوال يده عنه بلزوم البيع في العكس .

والمشهور في كلامهم هو القسم الاول^(١) فلذا أطلق المصنف هنا ، لكن نافرته تعميمه الخيار للمغبون منهما قبله وعطفه عليه مطلقاً^(٢) .

ولو اتفقا على تغييره لكن اختلفا في تقدمه على البيع وتأخره ، فان شهدت القرائن بأحدهما حكم به ، وان احتمل الأمران فالوجهان^(٣) ، وكذا لو وجداه تالفاً^(٤) وكان مما يكفي في قبضه

(١) وهو ما اذا ادعى المشتري النقصان ، فلذا أطلق المصنف هنا ، لأن بناءه في الكتاب ذكر القول المشهور .

(٢) أي لكن نافر اطلاق المصنف المراد به المقيد بقريئة الشهرة تعميماً الخيار للمغبون منهما قبل قوله « ولو اختلفا » الى آخره ، وعطفه على قوله « تخير » على سبيل الاطلاق ، حيث يتوهم أن تقديم قول المشتري في كلتا الصورتين - وهما ادعاء المشتري النقصان وادعاء البائع الزيادة - فكلام المصنف لا يخلو من المنافرة وان كان مقصوده معلوماً بقريئة ما هو المشهود في كلامهم .

ثم هذا كله مما يتعلق ببيان مقصود الشارح في هذا المقام ، ولكن لا يخفى أنه لا منافرة بين اطلاق المصنف هنا وتعميمه الخيار للمغبون منهما قبله ، لأن تعميمه الخيار للمغبون انما هو في صورة ظهور الغبن والمخالفة كما هو صريح المتن ، وكلامه هنا انما هو في فرض اختلاف المتبايعين وعدم ظهور شيء . فليتأمل جداً حتى لا تختلط المسألتان .

(٣) قال في المسالك : وان احتمل الأمران فالوجهان من أصالة عدم وصول حق المشتري اليه وأصالة عدم تقدم التغيير .

(٤) فانه يحتمل تقديم حق المشتري لاستصحاب عدم النقل فالتلف من مال

التخلية^(١) واختلفا في تقدم التلف عن البيع وتأخره ، أو لم يختلفا ، فإنه يتعارض أصلاً عدم تقدم كل منهما فيتساوقان ويتساوقان ، ويتجه تقديم حق المشتري^(٢) لأصالة بقاء يده وملكه للثمن ، والعقد الناقل قد شك في تأثيره ، لتعارض الاصلين .

(التاسعة - يعتبر^(٣) ما يراد طعمه)

كالدبس (وريحه) كالمسك ، أو يوصف على الأولى^(٤) (ولو

البائع . ويحتمل تقديم حق البائع ، لأصالة الصحة في العقود فالتلف من المشتري . هكذا ينبغي ان يفهم هذا الكلام .

ولكن لا يخفى أنه لا معارضة بين أصالة الصحة واستصحاب عدم النقل ، لحكومة أصل الصحة على الاستصحاب . ثم على فرض المعارضة لا يصلح ان يكونا وجهاً لمفادهما لتساوقهما وعدم اعتبارهما . فليتأمل .

ثم هذا كله مما يتعلق بشرح العبارة ، وأما تنقيح مجاري الأصول ووجه معارضتها أو تقدم بعضها على بعض آخر فموكول الى محلها .

(١) قيد بذلك لأن التلف قبل القبض من مال البائع كما هو مذكور في محله .

(٢) هذا توجيه لتقدم المشتري فيما لو وجداه تالفاً ، وحاصله : أن تأثير البيع في نقل الثمن موقوف على تقديمه على التلف ، وهو غير معلوم ، وأصالة عدم تقدم التلف على البيع معارض بمثله ، فبقي النقل المذكور مشكوكاً فيه وأصالة بقاء اليد سالماً عن المعارض .

(٣) أي يختبر ويمتحن .

(٤) أي الاعتبار والتوصيف على وجه الأولوية لا على وجه الشرطية .

اشتراه) من غير اختبار ولا وصف (بناء على الاصل) وهو الصحفة (جاز) مع العلم به من غير هذه الجهة ، كالقوام واللون وغيرهما مما يختلف قيمته باختلافه . وقيل : لا يصح بيعه الا بالاعتبار^(١) ، أو الوصف كغيره ، للغرر . والظاهر جواز البناء على الاصل ، احالة على مقتضى الطبع ، فانه أمر مضبوط عرفاً لا يتغير غالباً الا بعيب ، فيجوز الاعتماد عليه ، لارتفاع الغرر به ، كالاكتفاء برؤية ما يدل بعضه على باقيه غالباً ، كظاهر الصبرة ، وأنموذج^(٢) المتماثل ، وينجبر النقص بالخيار .

(فان خرج معيباً تخير المشتري بين الرد والارش) ان لم يتصرف فيه تصرفاً زائداً على اختباره ، (ويتعين الارش لو تصرف فيه) كما في غيره من أنواع المبيع ، (وان كان) المشتري المتصرف (أعمى) لتناول الادلة له ، خلافاً لسلاح حيث خيز الأعمى بين الرد والارش وان تصرف .

(وأبلغ في الجواز) من غير اعتباره (ما يفسد باختباره ، كالبطيخ والجوز والبيض) ، لمكان الضرورة والحرج ، (فان) اشتراه فظهر صحيحاً فذاك ، وان (ظهر فاسداً) بعد كسره (رجع بأرشه)

(١) كما عن الحلبي والشيخين وغيرهم .

(٢) بضم الهمزة ما يدل على صفة الشيء وهو معرب كما عن الصحاح .

وليس له الرد ، للتصرف ان كان له قيمة ، (ولولم يكن لمكسوره قيمة) كالبيض الفاسد (رجع بالثمن أجمع) ، لبطلان البيع ، حيث لا يقابل الثمن مال .

(وهل يكون العقد مفسوخاً من أصله) نظراً الى عدم المالية من حين العقد فيقع باطلا ابتداء (أو يطرأ عليه الفسخ) بعد الكسر وظهور الفساد ، التفاتاً الى حصول شرط الصحة حين العقد ، وانما تبين الفساد بالكسر فيكون هو المفسد (نظر) ورجحان الاول واضح ، لان ظهور الفساد كشف عن عدم المالية في نفس الامر حين البيع ، لا أحدث عدمها حينه ، والصحة مبنية على الظاهر . وفي الدروس جزم بالثاني وجعل الاول^١ احتمالاً ، وظاهر كلام الجماعة .

(و) تظهر (الفائدة في مؤنة نقله عن الموضع) الذي اشتراه فيه الى موضع اختباره ، فعلى الاول على البائع ، وعلى الثاني على المشتري لوقوعه في ملكه . ويشكل بأنه وان كان ملكاً للبائع حينئذ لكن نقله بغير أمره ، فلا يتجه الرجوع عليه بالمؤنة . وكون^٢

(١) المراد بالأول هو كون العقد مفسوخاً عن أصله ، وقوله « ظاهر كلام الجماعة » عطف على قوله : احتمالاً .

(٢) هذا دفع للاشكال المزبور ، وحاصله : ان حال المشتري في هذه المسألة حاله في مسأله بيع الفضولي ، فانه هناك يرجع على البائع بما غرم فكذا فيما نحن فيه . فأجاب بما حاصله : ان رجوع المشتري في تلك المسألة انما هو لأجل

المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع بما غرم انما يتجه مع الغرور ، وهو منفي هنا ، لاشتراكهما في الجهل .
ولو أريد بها مؤنة نقله من موضع الكسر لو كان مملوكاً وطلب مالكة نقله ^(١) ، أو ما في حكمه انعكس الحكم ، واتجه كونه على البائع مطلقاً ^(٢) ، لبطلان البيع على التقديرين .
واحتمال كونه على المشتري لكونه من فعله وزوال المالية عنهما مشترك أيضاً ^(٣) بين الوجهين ، وكيف كان فبناء حكمها على الوجهين الغرور ، وهذا منفي هنا لاشتراكهما في الجهل .

ثم هذا حاصل مقصوده قدس سره ، ولكن اعترض عليه بأن الغرور لا يختص بصورة علم الغار كما هو التحقيق لما يستفاد من موارد استعماله في المحاورات التعميم .

(١) أي لو كان موضع الكسر مملوكاً وطلب مالكة نقله منه أو ما في حكم المملوك - ككونه مسجداً - وجب تفرغه منه ونحو ذلك .

وعن بعض حملة على أن يكون المبيع مملوكاً وطلب مالكة نقله . واعترض عليه بأن مفروض المسألة كون المكسور لا قيمة له فكيف يقال هنا لو كان مملوكاً .

(٢) هذا عطف على قوله « انعكس » وبيان له ، وذلك لأن المنجحة في الفرض السابق كما يظهر من الاستشكال كونه على المشتري مطلقاً ، فيكون الحكم المنعكس كونه على البائع مطلقاً .

(٣) هذا تأييد آخر لعدم صحة بناء حكم المسألة على الوجهين ، وحاصله : انه لا مالية له للبائع ولا للمشتري ، فلا يصح ابتناء الحكم على الوجهين .

ليس بواضح .

وربما قيل بظهور الفائدة أيضاً في ما لو تبرأ البائع من عيبه
فنتججه كون تلفه من المشتري على الثاني^(١) دون الاول. ويشكل صحة
الشرط على تقدير فساد الجميع ، لمنافاته لمقتضى العقد ، اذ لا
شئ في مقابلة الثمن ، فيكون أكل مال بالباطل . وفيما لو رضي به
المشتري بعد الكسر^(٢) ، وفيه أيضاً نظر ، لان الرضا بعد المحكم
بالبطلان لا أثر له .

(العاشرة - يجوز بيع المسك في فأره)

بالهمز جمع فأرة به أيضاً كالفأرة في غيره^(٣) ، وهي الجملدة

(١) أي على طرو الفسخ بعد الكسر دون الأول وهو بطلان البيع من الأول ،
اذ لا يملكه المشتري في الفرض حتى يصح تبرأ البائع من عيبه .

(٢) أي وربما قيل بظهور الفائدة فيما لو رضي به المشتري بعد الكسر ،
فيصح على الثاني دون الأول ، فعلى الأول - وهو الفسخ من أصله - لا يفيد هذا
الرضا بخلاف الثاني فإنه يفيد .

ولكن تنظر فيه الشارح بقوله « وفيه أيضاً نظر » ، لان الرضا بعد المحكم
بالبطلان لا أثر له ، وذلك لان الرضا بالبيع انما يؤثر اذا وقع صحيحاً .

(٣) يعني الفأرة بالهمز في المسك كما في غير المسك أيضاً بالهمز ، اذ هو
مشترك لفظي بين المسك وغيره .

المشتملة على المسك (وان لم تفتق) بناء على أصل السلامة ، فان ظهر بعد فتقه معيباً تخير (وفتقه بأن يدخل فيه خيط) بآبرة ، ثم (يخرج ويشم أحوط) لترتفع الجهالة رأساً .

(الحادية عشرة - لا يجوز بيع سمك الاجام

مع ضميمة القصب ، أو غيره)

للجهالة ، ولو في بعض المبيع ، (ولا اللبن في الضرع) بفتح الضاد ، وهو الثدي لكل ذات خف أو ظلف (كذلك) أي وان ضم اليه شيئاً ، ولو لبناً مخلوباً ، لان ضميمة المعلوم الى المجهول تصير المعلوم مجهولاً .

أما عدم الجواز بدون الضميمة فموضع وفاق ، وأما معها فالمشهور أنه كذلك ، وقيل : يصح استناداً الى رواية^(١) ضعيفة . وبالغ الشيخ فجوز ضميمة ما في الضرع الى ما يتجدد مدة معلومة ، والوجه المنع . نعم لو وقع ذلك بلفظ الصلح اتجه الجواز ، وفصل آخرون فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات المعلوم ، وكون المجهول تابعاً والبطلان مع العكس^(٢) وتساويهما في القصد الذاتي وهو حسن^(٣) ،

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث ٢ .

(٢) أي حكموا بالبطلان مع العكس ومع تساويهما في القصد الذاتي .

(٣) أي هذا التفصيل حسن ، أما وجه الحسن في صورة كون المقصود بالذات

وكذا القول في كل مجهول ضم الى معلوم .

(ولا الجلود والاصواف والاشعار على الانعام) وان ضم اليها غيره أيضاً ، لجهالة مقداره ، مع كون غير الجلود موزوناً فلا يباع جزافاً (الا أن يكون الصوف وشبهه مستجزاً ^١) ، أو شرط جزه فالاقرب الصحة) ، لان المبيع حينئذ مشاهد ، والوزن غير معتبر مع كونه على ظهرها وان استجزت ، كالثمرة على الشجرة وان استجزت ^٢ وينبغي على هذا عدم اعتبار اشتراط جزه ، لان ذلك لا مدخل له في الحصاة ، بل غاية مع تأخيره أن يمتزج بمال البائع ، وهو لا يقتضي بطلان البيع ، كما لو امتزجت لقطعة الحضر بغيرها ، فيرجع الى الصلح . ولو شرط تأخيره ^٣ مدة معلومة وتبعية المتجدد ، بني على القاعدة السالفة ، فان كان المقصود بالذات هو الوجود صح ، والا فلا .

المعلوم فلانتفاء الغرر عرفاً الذي هو المدار في الصحة والفساد وجوداً وعدمياً دون الجهالة فانها بمجرد غير موجبة لفساد المعاملة ، ولذا صحت في الأبنية مع تحقق الجهالة في أساسها وحيطانها . فليتأمل . وأما البطلان في غيرها فلنحقق الجهالة .

(١) أي بالغاً أو ان جزه .

(٢) أي بلغ وقت جزه ، فانه يكفي فيه حينئذ المشاهدة ، فان الثمرة اذا

كانت على الشجرة ايست من المكيل أو الموزون .

(٣) أي شرط تأخيرها عن وقت البيع .

(الثانية عشرة - يجوز بيع دود القز)

(لانه حيوان طاهر ينتفع به) منفعة مقصودة محللة ، (ونفس القز وان كان الدود فيه ، لانه كالنوى في التمر) فلا يمنع من بيعه . وربما احتتمل المنع ، لانه ان كان حياً عرضة^(١) للفساد ، وان كان ميتاً دخل في عموم النهي عن بيع الميتة . وهو ضعيف ، لان عرضة الفساد لا يقتضي المنع ، والدود لا يقصد بالبيع حتى تمنع ميتته ، والى جوابه أشار المصنف بقوله : لانه كالنوى . وقد يقال : أن في النوى منفعة مقصودة كعلاف الدواب ، بخلاف الدود الميت ، وكيف كان لا تمنع من صحة البيع .

(الثالثة عشرة - اذا كان المبيع في ظرف جاز بيعه)

مع وزنه معه (وأسقط ما جرت العادة به للظرف) سواء كان ما جرت به زائداً عن وزن الظرف قطعاً أم ناقصاً ، ولو لم تطرد العادة لم يعجز اسقاط ما يزيد ، الامع التراضي^(٢) . ولا فرق بين اسقاطه بغير ثمن أصلاً ، وبشمن مغاير للمظروف .

(١) عرضه مرفوعة على أنه خبر « ان » .

(٢) ولا يخفى أنه لا فرق بين اسقاط ما يزيد وما ينقص في عدم جوازه الامع التراضي . قال في المسالك : لأن ذلك تضييع لمال أحدهما ، بخلاف ما اذا كان برضاها . وكما لا يجوز وضع ما يزيد كذا ما ينقص لاشتراكهما في المعنى .

(ولو باعه مع الظرف) من غير وضع جاعلا مجموع الظرف والمظروف مبيعاً واحداً بوزن واحد (فالاقرب الجواز) ، لحصول معرفة الجملة الرافعة للجهالة ، ولا يقدر الجهل بمقدار كل منهما منفرداً ، لان المبيع هو الجملة ، لا كل فرد بخصوصه .
 وقيل : لا يصح حتى يعلم مقدار كل منهما ، لانهما في قوة مبيعين ، وهو ضعيف .

(القول في الاداب المستحبة خ ل)

(وهي أربعة وعشرون)

الاول - (التفقه فيما يتولاه) من التكسب ، ليعرف صحيح

(١) لا يخفى أن التفقه واجب من باب المقدمة عند الالتفات الى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله ، فانه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلم ، وان لم يلتفت عند فعله الى احتمال حرمة . مضافاً الى أن الأصل في المعاملات الفساد ، فالمكلف اذا أراد التجارة وبنى على التصرف فيما يحصل في يده من الأموال على وجه العوضية يحرم عليه ظاهراً الاقدام على كل تصرف فيها بمقتضى أصالة عدم انتقاله اليه الامع العلم بامضاء الشارع لتلك المعاملة .
 ولعل المراد بالاستحباب التفقه التام ليطلع على المسائل الدقيقة من الربا والمعاملات غير الواضحة مما لا يكون محل الابتلاء ، حيث أن القدر الواجب هو معرفة القدر الواجب العامة البلوى . فليأمل .

العقد من فاسده ، ويسلم من الربا .

(و) لا يشترط معرفة الاحكام بالاستدلال كما يقتضيه ظاهر الامر بالتفقه ، بل (يكفي التقليد) ، لان المراد به هنا معرفتها على وجه يصح ، وقد قال على عليه السلام : « من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم » ^(١) .

الثاني - (التسوية بين المعاملين في الانصاف) فلا يفرق بين المماكس وغيره ، ولا بين الشريف والحقير . نعم لو فاوت بينهم بسبب فضيلة ودين فلا بأس ، لكن يكره للاخذ قبول ذلك ، ولقد كان السلف يوكلون في الشراء من لا يعرف هرباً من ذلك .

الثالث - (اقالة النادم) قال الصادق عليه السلام : « أيما عبد مسلم أقال مسلماً في بيع أقال الله عشرته يوم القيامة » ^(٢) وهو مطلق في

(١) قال في الحاشية : رطم ادخله في امر لا يخرج منه فارتطم ، وارتطم عليه الامر لم يقدر على الخروج ، وقد قال علي عليه السلام : من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم [الوسائل الباب : ١ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٢] .

وكان عليه السلام يقول على المنبر : يا معشر التجار الفقه ثم المتجر ، والله الربا في هذه الأمة أخفى من ديبب النملة على الصفا ، التاجر فاجر والفاجر في النار الا من أخذ الحق وأعطى الحق [الوسائل الباب : ١ من أبواب آداب التجارة الحديث : ١] .

(٢) الوسائل الباب : ٣ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٢ .

النادم وغيره ، الا أن ترتب الغاية مشعر به ^(١) .
وانما يفتقر الى الاقالة (اذا نفرقا من المجلس ، أو شرطاً عدم
الخيار) ، فلو كان للمشتري خيار فسخ به ^(٢) ولم يكن محتاجاً اليها
(وهل تشرع الاقالة فى زمن الخيار ؟ الاقرب نعم) لشمول الادلة
له ^(٣) ، خصوصاً الحديث السابق فانه لم يتقيد بتوقف المطلوب عليها،
(ولا يكاد يتحقق الفائدة) فى الاقالة حينئذ (الا اذا قلنا هى بيع)
فيترتب عليها أحكام البيع من الشفعة وغيرها ، بخلاف الفسخ ، أو
قلنا : (بأن الاقالة من ذى الخيار اسقاط للخيار) ، لدالتها على
الالتزام بالبيع ، واسقاط الخيار لا يختص بلفظ ، بل يحصل بكل
ما دل عليه من قول وفعل ، وتظهر الفائدة حينئذ فيما لو تبين بطلان
الاقالة فليس له الفسخ بالخيار .

(١) يعنى اقالة الله عشرته يوم القيامة مشعر باختصاصه بالنادم . ولكن لا يخفى
أن الاقالة لا تتمحقق الا بعد الاستقالة ، وهى ملازمة للندامة ، فلا تتمحقق بدون
الندامة ، فلا اطلاق للنص حتى يشمل غير النادم . فليأمل .

ويمكن أن يكون مراده من غير النادم النادم من جهة أخرى غير البيع نفسه، بأن
يكون البيع مرضياً عنده ولكن لمحدور آخر كعدم موافقة أهله ونحوه ندم واستقال
فاطلاق هذه الرواية يشمل هذا القسم من الندم أيضاً .

(٢) وجه اختصاصه بالمشتري غير معلوم ، لأن الظاهر هو التعميم .

(٣) أي لشمول أدلة الأقالة لزمن الخيار، فمرجع ضمير « له » زمن الخيار لا

(ويحتمل سقوط خياره بنفس طلبها مع علمة بالحكم) لما ذكرناه من الوجه ، ومن ثم قيل بسقوط الخيار لمن قال لصاحبه « اختر »^١ وهو مروى أيضاً^٢ . والاقوى عدم السقوط فى الحالين^٣ ، لعدم دلالاته على الالتزام حتى بالالتزام^٤ . ويجوز أن يكون مطلوبه من الاقالة تحصيل الثواب بها ، فلا ينافى امكان فسخه بسبب آخر وهو^٥ من أتم الفوائد .

الرابع - (عدم تزيين المتاع) ليرغب فيه الجاهل مع عدم غاية أخرى للزينة ، أما تزيينه لغاية أخرى - كما لو كانت الزينة مطلوبة عادة - فلا بأس .

الخامس - (ذكر العيب) الموجود فى متاعه (ان كان) فيه

(١) أي من أجل أن الاسقاط لا يختص بلفظ بل يحصل بكل ما دل عليه من قول وفعل قيل بسقوط خيار من قال لصاحبه اختر ، لأنه بسبب هذا القول جعل ما ملكه من الخيار لصاحبه فسقط خياره .

(٢) مستدرک الوسائل کتاب التجارة الباب : ٢ من أبواب الخيار الحديث : ٣ .

(٣) أي في حالتی الاقالة وطلبها ويحتمل أن يراد من الحالين الاقالة بمعنى الاستقالة وقول اختر .

(٤) يعني حتى بالدلالة الانترامية .

(٥) أي تحصيل الثواب من أتم الفوائد . هذا جواب عن قول المصنف « ولا يكاد يتحقق الفائدة في الاقالة حيثئذ » . وحاصله : ان المطلوب لا ينحصر في فسخ البيع ، بل المطلوب الاخروي - وهو الثواب - من أتم الفوائد .

عيب ظاهراً كان أم خفياً ، للخبر^١ ولان ذلك من تمام الايمان
والنصيحة .

السادس - (ترك الحلف على البيع والشراء) قال صلى الله
عليه وآله وسلم^٢ : « ويل للتاجر من لا والله وبلى والله » ، وقال
صلى الله عليه وآله وسلم : « من باع واشترى فليحفظ خمس خصال
والا فلا يشتري ولا يبيع : الربا ، والحلف ، وكتمان العيب ، والمدح
اذا باع ، والذم اذا اشترى »^٣ وقال الكاظم عليه السلام : « ثلاثة لا
ينظر الله اليهم : أحدهم رجل اتخذ الله عزوجل بضاعة لا يشتري الا
بيمين ، ولا يبيع الا بيمين^٤ . وموضع الادب الحلف صادقاً ، أما
الكاذب فعليه لعنة الله »^٥ .

السابع - (المسامحة فيهما ، وخصوصاً في شراء آلات الطاعات)

- (١) الوسائل الباب ٢ من أبواب آداب التجارة الحديث ٢ .
(٢) [الوسائل الباب ٢٥ من أبواب آداب التجارة الحديث ٥] ولكن لفظ هذه
الرواية : ويل لتجار امتي .
(٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب آداب التجارة الحديث ٢ .
(٤) الوسائل الباب ٢٥ من أبواب آداب التجارة الحديث ٢ .
(٥) تدل عليه آية اللعن ، وفي حديث علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام :
من تأثم أن يلعن من لعنه الله فعليه لعنة الله ، هكذا عن كتاب الكشي طبع
دانسكاه ص ٥٢٩ المطبوع جديداً في بلدة طهران .

فان ذلك موجب للبركة والزيادة، وكذا يستحب فى القضاء والاقتضاء للخبر^(١) .

الثامن - (تكبير المشتري ثلاثاً، وتشهده الشهادتين بعد الشراء) وليقل بعدهما: « اللهم اني اشتريته ألتمس فيه من فضلك ، فاجعل لي فيه فضلاً ، اللهم اني اشتريته التمس فيه رزقاً ، فاجعل لي فيه رزقاً » .

التاسع - (أن يقبض ناقصاً ويدفع راجحاً ، نقصاناً ورجحاناً لا يؤدي الى الجهالة)^(٢) بأن يزيد كثيراً بحيث يجهل مقداره تقريباً .

(١) فسر القضاء هنا بالأقراض والاقتضاء بالاقتراض ، فالمعنى انه يستحب للمقرض أن يكون سمحاً سهلاً وكذا المقرض ويكونان مسامحين فيهما [الوسائل الباب : ٤٢ من أبواب آداب التجارة الحديث ١ - ٢ - ٣] .

(٢) أي الى جهالة المبيع، بأن يزيد كثيراً من النقصان والرجحان بحيث يجهل مقدار المبيع بحسب التقريب . فقوله « تقريباً » قيد لقوله « مقداره » ، أي المقدار التقريبي للمبيع ، فان المقدار الحقيقي للبيع لا يمكن أن يعلم مع رعاية هذه الجهة ، فلا بد أن يكتفي بالمقدار التقريبي ، ولو زاد كثيراً من النقصان والرجحان يجهل هذا المقدار التقريبي أيضاً فيبطل البيع .

ولا يخفى أنه يستفاد من هذا المقام أن اعتبار العلم بمقدار الثمن أو المثمن انما هو على سبيل التقريب كما هو المتعارف عند العرف ، فانهم يتسامحون في الكيل والوزن في كثير من المعاملات ، فما يتوهم من بعض من أن اعتبار الوزن والكيل انما هو على سبيل التحقيق والتدقيق فيما لا دليل عليه . والله العالم .

ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة قدم من بيده الميزان والمكيال ، لانه الفاعل المأمور بذلك^(١) ، زيادة على كونه معطياً وآخذاً .

العاشر - (أن لا يمدح أحدهما سلعته ، و [لا] يذم سلعة صاحبه) للخبر المتقدم^(٢) وغيره ، (ولو ذم سلعة نفسه بما لا يشمل على الكذب فلا بأس) .

الحادي عشر - (ترك الربح على المؤمنين) قال الصادق عليه السلام : « ربح المؤمن على المؤمن حرام ، الا أن يشتري بأكثر من مائة درهم فاربح عليه قوت يومك ، أو يشتريه للتجارة فاربحوا عليهم وأرفقوا بهم »^(٣) ، (الا مع الحاجة فيأخذ منهم نفقة يوم) له ولعياله ، (موزعة على المعاملين) في ذلك اليوم مع انضباطهم^(٤) ، والا ترك الربح على المعاملين بعد تحصيل قوت يومه . كل ذلك مع شرائهم للنفوت ، أما للتجارة فلا بأس به مع الرفق كما دل عليه

(١) أي المأمور بتحصيل الفضيلة زيادة على أنه يكون معطياً أو آخذاً، فان كان

هو البائع قدم في اعطاء الراجح وان كان هو المشتري قدم في أخذ الناقض .

(٢) أي في السادس من الاداب، وهو قوله صلى الله عليه وآله : فليحفظ خمس

خصال . الى أن قال : والمدح اذا باع والذم اذا اشترى .

(٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب آداب التجارة الحديث ١ .

(٤) أي مع معلوميتهم وحصرهم ، والا أي وان لم ينضبط عددهم ترك الربح

على المعاملين بعد تحصيل قوت يومه .

الخبر^(١).

الثاني عشر - (ترك الربح على الموعد بالاحسان) بأن يقول له : هلم أحسن اليك ، فيجعل احسانه الموعد به ترك الربح عليه ، قال الصادق عليه السلام : « اذا قال الرجل للرجل هلم أحسن بيعك يحرم عليه الربح »^(٢) ، والمراد به الكراهة المؤكدة .

الثالث عشر - (ترك السبق الى السوق والتأخر فيه) ، بل يبادر الى قضاء حاجته ويخرج منه ، لانه مأوى الشياطين ، كما أن المسجد مأوى الملائكة فيكون على العكس . ولا فرق في ذلك بين التاجر وغيره ، ولا بين أهل السوق عادة وغيرهم .

الرابع عشر - (ترك معاملة الاذنين)^(٣) وهم الذين يحاسبون على الشيء الاذون ، أو من لا يسره الاحسان ولا تسوؤه الاساءة ، أو من لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه .

(والمحارفين) بفتح الراء ، وهم الذين لا يبارك لهم في كسبهم ، قال الجوهرى : رجل محارف بفتح الراء أي محدود محروم^(٤) ، وهو

(١) أي الخبر المزبور آنفاً .

(٢) لقول الصادق عليه السلام : اذا قال الرجل للرجل هلم أحسن بيعك يحرم عليه الربح [الوسائل الباب ٩ من أبواب آداب التجارة الحديث ١] .

(٣) جمع الأدنى مقصوراً مشتق من الدني الحقيقير الذميم .

(٤) عن الصحاح المحدود الممنوع من البخت وغيره .

خلاف قوالك مبارك ، وقد حورف كسب فلان اذا شدد عليه في معاشه ، كأنه ميل برزقه عنه .

(والمؤفين) أي ذوي الافة والنقص في أبدانهم ، للنهي عنه في الاخبار^(١) ، معللا بأنهم أظلم شيء .

(والاكراد) للحديث عن الصادق عليه السلام ، معللا بأنهم حي من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء^(٢) ، ونهى فيه أيضاً عن مخالطتهم .

(وأهل الذمة) للنهي عنه ، ولا يتعدى الى غيرهم من أصناف الكفار للاصل والفارق^(٣) ، (وذوي الشبهة في المال) كالظلمة لسريان شبههم الى ماله .

الخامس عشر - (ترك التعرض للمكيل أو الوزن اذا لم يحسن) حذراً من الزيادة والنقصان المؤديين الى المحرم ، وقيل : يحرم حينئذ ، للنهي عنه في الاخبار^(٤) المقتضي للتحريم ، وحمل على

(١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب آداب التجارة الحديث ١ - ٢ - ٣ .

(٢) [الوسائل الباب ٢٣ من أبواب آداب التجارة الحديث ١ - ٢] لكن

الحديث رمي بالضعف .

(٣) الفارق هو النص راجع [الوافي المجلد ٣ كتاب المعاش الباب ٦١

باب من يكره معاملته] .

(٤) الوسائل الباب ٨ من أبواب آداب التجارة الحديث ١ .

الكراهة .

السادس عشر - (ترك الزيادة فى السلعة وقت النداء) عليها
من الدلال ، بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد ان اراد ، لقول علي
عليه السلام « اذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد ، وانما يحرم
الزيادة النداء ويحلها السكوت »^١ .

السابع عشر - (ترك السوم) وهو الاشتغال بالتجارة (ما بين طلوع
الفجر الى طلوع الشمس) لنهي^٢ النبي صلى الله عليه وآله وسلم
عنه ، ولانه وقت الدعاء ومسألة الله تعالى ، لا وقت تجارة ، وفى
الخبر أن الدعاء فيه أبلغ فى طلب الرزق من الضرب فى البلاد^٣ .

الثامن عشر - (ترك دخول المؤمن فى سوم أخيه) المؤمن
(بيعاً وشراء) بأن يطلب ابتياح الذي يريد أن يشتريه، ويبدل زيادة
عنه ليقدمه البائع ، أو يبدل للمشتري متاعاً غير ما اتفق هو والبائع
عليه ، لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « لا يسوم الرجل على
سوم أخيه »^٤ وهو خبر معناه النهي . ومن ثم قيل بالتحريم ، لانه

(١) الوسائل الباب ٤٩ من أبواب آداب التجارة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ١٢ من أبواب آداب التجارة الحديث ٢ .

(٣) الوسائل كتاب الصلاة الباب ٢٥ من أبواب الدعاء الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب ٤٩ من أبواب آداب التجارة الحديث ٣ .

الاصل فى النهي . وانما يكره أو يحرم (بعد التراضي أو قربه) فلو ظهر له ما يدل على عدمه فلا كراهة ولا تحريم .

(ولو كان السوم بين اثنين) سواء دخل أحدهما على النهي أم لا ، بأن ابتداء آ فيه معاً قبل محل النهي (لم يجعل نفسه بدلا من أحدهما) لصدق الدخول فى السوم ، (ولا كراهة فيما يكون فى الدلالة) ، لانها موضوعة عرفاً لطلب الزيادة مادام الدلال يطلبها ، فاذا حصل الاتفاق بين الدلال والغريم تعلقت الكراهة ، لانه لا يكون حينئذ فى الدلالة وان كان بيد الدلال .

(وفي كراهة طلب المشتري من بعض الطالبين الترك له ^(١) نظر) من عدم صدق الدخول فى السوم من حيث الطلب منه ، ومن مساواته له فى المعنى حيث أراد أن يحرمه مطلوبه . والظاهر القطع بعدم التحريم على القول به فى السوم ^(٢) ، وانما الشك فى الكراهة .

(ولا كراهية فى ترك الملتمس منه) ، لانه قضاء حاجة لآخيه ، وربما استحبت اجابته لو كان مؤمناً . ويحتمل الكراهة لو قلنا بكراهة طلبه ، لاعانتته له على فعل المكروه . وهذه الفروع من خواص

(١) مرجع ضمير «له» هو المشتري، أي طلب ترك الدخول من بعض الطالبين

لأجل نفسه .

(٢) أي القطع بعدم التحريم فى هذه المسألة على القول بالتحريم فى السوم،

وانما المشكوك هو الكراهة .

الكتاب .

التاسع عشر - (ترك توكل حاضر لباد) وهو الغريب الجالب للبلد وان كان قروياً ، قال النبي صلى الله عليه وآله : « لا يتوكل حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض »^(١) . وحمل بعضهم النهي على التحريم ، وهو حسن لو صح الحديث ، والا فالكراهة أوجه ، للتسامح في دليلها . وشرطه ابتداء الحضري به^(٢) ، فلو التمس منه الغريب فلا بأس به ، وجهل الغريب بسعر البلد ، فلو علم به لم يكره ، بل كانت مساعدته محض الخير . ولو باع مع النهي انعقد وان قيل بتحريمه ، ولا بأس بشراء البلدي له ، للاصل^(٣) .

العشرون - (ترك التلقي للركبان) وهو الخروج الى الركب القاصد الى بلد للبيع عليهم ، أو الشراء منهم (وحده أربعة فراسخ) فما دون ، فلا يكره ما زاد ، لانه سفر للتجارة ، وانما يكره (اذا

(١) الوسائل الباب ٣٧ من أبواب آداب التجارة الحديث ٣ .

(٢) أي وشرط التوكل المكروه ابتداء الحضري به ، أي بالتوكل ، فلو التمس التوكل منه الغريب فلا بأس .

(٣) أي أصالة عدم الكراهة لعدم الدليل واختصاص النصوص بالبيع كما في [الوسائل الباب ٣٧ من أبواب آداب التجاره الحديث ١ - ٢ - ٣] ويضعفان بعموم التعليل دعوا الناس يرزق الله بعضهم ببعض كما في الحديث الثالث المشار اليه آنفاً ، فالكراهة قوية جداً . والله العالم .

قصد الخروج لاجله) ، فلو اتفق مصادفة الركب فى خروجه لغرض لم يكن به بأس ، (ومع جهل البائع ، أو المشتري القادم بالسعر) فى البلد ، فلو علم به لم يكره كما يشعر به تعليقه صلى الله عليه وآله فى قوله ^١ : « لا يتلق أحدكم تجارة ، خارجاً من مصر ، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض » ، والاعتبار بعلم من يعامله خاصة ^٢ .

(و) كذا ينبغي (ترك شراء ما يتلقى) ممن اشتراه من الركب بالشرائط ، ومن ترتبت يده على يده وان ترمى لقول الصادق عليه السلام ^٣ « لا تلق ولا تشتر ما يتلقى ولا تأكل منه » ، وذهب جماعة الى التجريم ، لظاهر النهي فى هذه الاخبار . وعلى القولين يصح البيع ^٤ .

(ولا خيار للبائع والمشتري الا مع الغبن) فيتخير المغبون على الفور فى الاقوى ، ولا كراهة فى الشراء والبيع منه بعد وصوله الى حدود البلد بحيث لا يصدق التلقي ، وان كان جاهلاً بسعره للاصل ،

(١) الوسائل الباب ٣٦ من أبواب آداب التجارة الحديث ٥ .

(٢) أي والاعتبار بعلم من يتصدي للمعاملة خاصة من الركبان دون علم غيره من الركب .

(٣) الوسائل الباب ٣٦ من أبواب آداب التجارة الحديث ٢ .

(٤) وذلك لعدم دلالة النهي على الفساد في المعاملات كما هو محرز في

الاصول .

ولا فى بيع نحو المأكول والعلف عليهم^١ وان تلقى .

الحادي والعشرون - (ترك الحكرة) بالضم ، وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء ، والاقوى تحريمه مع حاجة الناس اليه ، لصحة الخبر بالنهي عنه عن النبي صلى الله عليه وآله : « وأنه لا يحتكر الطعام الا خاطيء^٢ وأنه ملعون^٣ .

وانما تثبت الحكرة (فى) سبعة أشياء (الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت والملح) ، وانما يكره اذا وجد باذل غيره يكتفي به الناس ، (ولو لم يوجد غيره وجب البيع) مع الحاجة ولا يتقيد بثلاثة أيام فى الغلاء ، وأربعين فى الرخص ، وما روي^٤ من التحديد بذلك محمول على حصول الحاجة فى ذلك الوقت ، لانه مظنتها .

(ويسعر) عليه حيث يجب عليه البيع (ان أجحف) فى الثمن لما فيه من الاضرار المنفي ، (والا فلا) ، ولا يجوز التسعير فى الرخص مع عدم الحاجة قطعاً . والاقوى أنه مع الاجحاف حيث

(١) ولا يخفى أنه يدفعه اطلاق الأدلة لو لم يكن انصراف عن المذكورات .

(٢) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٨ .

(٣) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٣ .

(٤) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة الحديث : ١ .

يؤمر به لا يسعر عليه أيضاً ، بل يؤمر بالنزول عن المجحف وان كان^(١) في معنى التسعير ، الا أنه لا يحصر في قدر خاص .

الثاني والعشرون - (ترك الربا في المعدود على الاقوى) ،
 للاخبار^(٢) الصحيحة الدالة على اختصاصه بالمكيل والموزون ،
 وقيل : يحرم فيه أيضاً ، استناداً الى رواية^(٣) ظاهرة في الكراهة .

(وكذا في النسبئة) في الربوي ، (مع اختلاف الجنس)
 كالتمر بالزبيب ، وانما كره فيه ، للاخبار^(٤) الدالة على النهي عنه ،
 الا أنها في الكراهة أظهر ، لقوله صلى الله عليه وآله : « اذا اختلف
 الجنس فبيعوا كيف شتم »^(٥) ، وقيل : بتحريمه ، لظاهر النهي
 السابق .

الثالث والعشرون - (ترك نسبة الربح والوضيعة الى رأس
 المال) بأن يقول : بعتك بمائة وربح المائة عشرة ، أو وضيعتها ،
 للنهي^(٦) عنه ولانه بصورة الربا ، وقيل : يحرم عملاً بظاهر النهي .

(١) أي وان كان الأمر بالنزول في معنى التسعير .

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب الربا الحديث ١ - ٢ - ٣ .

(٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الربا الحديث ٧ .

(٤) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث ٢ .

(٥) مستدرک الوسائل الباب ١٢ من أبواب الربا الحديث ٤ .

(٦) الوسائل الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود .

وترك نسبته كذلك ، أن يقول : بعتك بكذا وربح كذا ، أو وضعته .
 الرابع والعشرون - (ترك بيع مالا يقبض مما يكال أو يوزن) ،
 للنهي عنه في أخبار^(١) صحيحة حملت على الكراهة ، جمعاً بينها
 وبين ما دل على الجواز والاقوى التحريم ، وفاقاً للشيخ رحمه الله
 في المبسوط مدعيّاً الاجماع ، والعلامة رحمه الله في التذكرة
 والارشاد، لضعف روايات^(٢) الجواز المقتضية لحمل النهي في الاخبار
 الصحيحة على غير ظاهره .

(الفصل الثالث : في بيع الحيوان) وهو قسمان أناسي وغيره ،
 ولما كان البحث عن البيع موقوفاً على الملك ، وكان تملك الاول
 موقوفاً على شرائط نبه عليها أولاً ، ثم عقبه بأحكام البيع . والثاني
 وان كان كذلك الا أن لذكر ما يقبل الملك منه محلاً آخر بحسب ما
 اصطالحوا عليه ، فقال :

(والاناسي^(٣) تملك بالسبي مع الكفر الاصلي) ، وكونهم غير
 ذمة . واحترز بالاصلي عن الارتداد ، فلا يجوز السبي وان كان
 المرتد يحكم الكافر في جملة من الاحكام ، (و) حيث يملكون
 بالسبي (يسري الرق في أعقابهم) وان أسلموا (بعد) الاسر ،

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١ - ٥ - ١٢ .

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٣ - ٤ - ٦ .

(٣) الاناسي جمع الانسان كما في اللغة .

(ما لم يعرض لهم سبب محرر) من عتق ، أو كتابة ، أو تنكيل ،
أو رحم على وجه ^١ .

(والمملوق في دار الحرب رق اذا لم يكن فيها مسلم) صالح
لتولده منه ، (بخلاف) لقيط (دار الاسلام) فانه حر ظاهراً ،
(الا أن يبلغ) ويرشد على الاقوى ^٢ ، (ويقر على نفسه بالرق) ،
فيقبل منه على أصح القولين ، لان اقرار العقلاء على أنفسهم جائز .
وقيل : لا يقبل ، لسبق الحكم ^٣ بحريته شرعاً فلا يتعقبها الرق
بذلك .

وكذا القول في لقيط دار الحرب اذا كان فيها مسلم . وكل
مقر بالرقية بعد بلوغه ورشده وجهالة نسبه مسلماً كان أم كافراً ،
لمسلم أقر أم لكافر ، وان بيع على الكافر لو كان المقر مسلماً .
(والمسيبي حال الغيبة يجوز تملكه ولا خمس فيه) للإمام عليه
السلام ولا لفريقه ، وان كان حقه أن يكون للإمام عليه السلام خاصة ،

(١) أي لأعلى جميع الوجوه ، فان الرحمة لا يبصر سبباً للتحرير على الإطلاق
كما سيأتي .

(٢) ظاهر المصنف عدم اعتبار رشده . ووجه اشتراطه واضح ، لان غير
الرشيد لا يعتبر قوله في المال وهو نفسه مال . ووجه العدم ان اقراره بالرقية ليس
اقراراً بنفس المال وان ترتب عليه ، كما يسمع اقراره بما يوجب القصاص .

(٣) وفيه أن الحكم بحريته ظاهراً لا ينافيه كما في سائر موارد الأقارب .

لكونه مغنوماً بغير اذنه ، الا أنهم عليهم السلام أذنوا لنا في تملكه^(١) كذلك (رخصة) منهم لنا ، وأما غيرنا فتقر يده عليه ، ويحكم له بظاهر الملك للشبهة^(٢) ، كتملك الخراج والمقاسمة ، فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقاً^(٣) .

(ولا يستقر للرجل ملك الاصول) وهم الاهوان وآبأؤهما وان علوا (والفروع) وهم الاولاد ذكوراً واناثاً وان سفلى ، والاناث المحرمات كالعمة والخالة والاخت ، (نسباً) اجماعاً ، (ورضاعاً) على أصح القولين ، للخبر^(٤) الصحيح معللاً فيه بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، ولان الرضاع لحمه^(٥) كاللحمه النسب .

(ولا) يستقر (للمرأة ملك العمودين) الاباء وان علوا ، والاولاد وان سفلا ، ويستقر على غيرهما وان حرم نكاحه كالاخ والعمة والمخال ، وان استحب لها اعتاق المحرم .

وفي الحاق الخنثى هنا بالرجل أو المرأة نظر ، من الشك في

(١) كما هو مذكور في باب الخمس .

(٢) أي لاعتقادهم كونه ملكاً لهم كتملك الخراج والمقاسمة فإنه يحكم لهم بظاهر الملك .

(٣) أي بأي وجه كان قهراً أو سرقة مثلاً أو المراد سواء كله للامام أو بعضه .

(٤) الوسائل الباب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع .

(٥) اللحمه بالضم القرابة .

الذكورية التي هي سبب عتق غير العمودين فيوجب الشك في عتقهم،
والتمسك باصالة بقاء الملك ، ومن امكانها فيعتقون ، لبنائيه على
التغليب .

وكذا الاشكال لو كان مملوكاً ، والحاقه بالانثى في الاول ،
وبالذكر في الثاني ^(١) لا يخلو من قوة ، تمسكاً بالاصل فيهما ^(٢) .

والمراد بعدم استقرار ملك من ذكر أنه يملك ابتداء بوجود
سبب الملك آنأ ، قليلا لا يقبل غير العتق ، ثم يعتقون ، اذ اول الملك
لما حصل العتق .

ومن غير من الاصحاب بأنهما لا يملكان ذلك ، تجوز في اطلاقه
على المستقر . ولا فرق في ذلك كله بين الملك القهري والاختياري ،
ولا بين الكل والبعض ، فيقوم عليه باقيه ان كان مختاراً على الاقوى ^(٣) .
وقرابة الشبهة بحكم الصحيح ، بخلاف قرابة الزنا على الاقوى ،
لان الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة .

ويفهم من اطلاقه كغيره الرجل والمرأة أن الصبي والصبيسة

(١) المراد بالاول كون الخنثى مالكا وبالثاني كونه مملوكاً .

(٢) أي أصالة بقاء الملكية فيهما .

(٣) أي كان سبب الملكية اختيارياً كالاتباع لا قهرياً كالارث . وعن الشيخ في

الخلاف والمبسوط : ان قصد القرابة فلا تقويم بل يسعى العبد وان قصد الاضرار
يقوم عليه ان كان موسراً ويطلق العتق ان كان معسراً .

لا يعتقد عليهم ذلك لو ملكوه الى أن يبلغوا ، والاخبار مطابقة في الرجل والمرأة كذلك^(١) وبعضه أصالة البراءة ، وان كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلف .

(ولا تمنع الزوجية من الشراء ، فتبطل) الزوجية ويقع الملك ، فان كان المشتري الزوج استباحها بالملك ، وان كانت الزوجة حرم عليها وطء مملوكها مطلقاً ، وهو موضع وفاق . وعلل ذلك بأن التفصيل^(٢) في حل الوطء يقطع الاشتراك بين الاسباب ، وباستنازاه اجتماع علتين على معلول واحد^(٣) . ويضعف بأن علل الشرع معارف^(٤) ،

(١) أي اطلق في لسان الأخبار بلفظ الرجل والمرأة كما في السنة الفقهاء ، فلا يشمل الصبي والصبية ، فلا يعتق عليهم الى ان يبلغوا .

وفيه: ان الاظهر أن المراد بالرجل والمرأة انما هو الذكورية والانوثية لا البلوغ ، مضافاً الى أن في أخبار عتق أم الولد من نصيب ولدها اشعاراً بل دلالة على عدم الفرق بين الصبي والبالغ ، فلا يبقى مجال للاصل مع وجود الدليل .

(٢) المراد بالتفصيل في قوله تعالى « الاعلى أزواجهم أو ما مملكت أيماهم » الآية [المؤمنون الآية : ٥] .

(٣) وهو محال ، حيث أن اجتماع علتين يقتضي أن يكون كل واحدة منهما غير مستقلة في وجود المعلول ، والمفروض استغناء كل واحدة منهما عن الأخرى في التأثير . وهذا خلف واضح .

(٤) ومعنى أنها معارف كونها كواشف عن الأحكام الموجودة عند حصول

وملك البعض كالكل^(١) ، لان البعض لا يتبعض .

(والحمل يدخل) فى بيع الحامل (مع الشرط) أي شرط دخوله لا بدونه في أصح القولين ، للمغايرة كالثمرة . والقائل بدخوله مطلقاً^(٢) ينظر الى أنه كالجاء من الام ، وفرع عليه عدم جواز استثنائه ، كما لا يجوز استثناء الجزء المعين من الحيوان^(٣) . وعلى المختار لا تمنع جهالته من دخوله مع الشرط ، لانه تابع^(٤) ، سواء قال : بعثكها وحملها ، أم قال : وشرطت لك حملها ، ولو لم يكن معلوما وأريد ادخاله فالعبارة الثانية ونحوها لا غير .

ولو لم يشترطه واحتمل وجوده عند العقد وعدمه فهو للمشتري ،

تلك العلة ، فبيما نحن فيه ان الزوجية والملك كاشفان عن العلة المحاصلة بين الرجل والمرأة الموجبة لاستباحة الوطي وغيرها ، فلا محذور في اجتماع الكواشف والعلة الحقيقية للأحكام الشرعية انما هو المصالح الموجبة للجعل والنشرع من قبل الشارع المقدس .

(١) أي في بطلان الزوجية به أيضاً حتى بالنسبة الى البعض غير المملوك ، لأن البعض لا يتبعض .

(٢) كما عن الشيخ واتباعه . وقوله « مطلقاً » أي مع الشرط وعدمه .

(٣) وأما الجزء المشاع فيجوز استثناءه بلا خلاف .

(٤) وقد تقدم أنه اذا كان المقصود بالبيع هو المعلوم والمجهول تابعاً صح

البيع .

لأصالة عدم تقدمه ^(١) ، فلو اختلفا في وقت العقد قدم قول البائع مع اليمين ، وعدم البيئة للأصل ^(٢) ، والبيض تابع مطلقاً ^(٣) ، لا كالحمل كسائر الاجزاء وما يحتويه البطن ^(٤) .

(ولو شرط فسقط قبل القبض رجع) المشتري من الثمن (بنسبته) لفوات بعض المبيع (بأن يقوم حاملاً ومجهضاً) ^(٥) أي

(١) هذا اذا كان زمان العقد معلوماً ، وذلك لأصالة تأخر الحادث .

(٢) المراد بالأصل هنا هو أصالة تأخر البيع الحادث والمشتري يدعي تقدمه فيكون مدعياً ، بناءً على ما هو المقرر في تعريف المدعي من أنه هو الذي يدعي خلاف الأصل والبائع منكرًا ، فيقدم قوله مع يمينه .

(٣) سواء شرط أم لا .

(٤) أي كما أن سائر الاجزاء وما يحتويه البطن تابع للمبيع ولا يحتاج الى الشرط فكذلك البيض .

(٥) الاجهاض اسقاط الولد قبل وقت ولادته ، أي يقوم حاملاً ومجهضاً لا حائلاً للاختلاف بين الاسقاط وعدم الحمل رأساً ، حيث ان الاجهاض عيب موجب للارش ، ولمطابقة الأول - وهو كونه مجهضاً - للواقع بخلاف كونه حاملاً .

ومحصل المسألة كما أوضحه بعض المحققين من المحشين هو : أنه لما فرض اشتراط الحمل للمشتري كان المبيع هو المجموع من الحامل وحمله ، فبعد الاجهاض حصل في المبيع نقص من وجهين : أحدهما ذهب الحمل الذي كان شرطاً ، ثانيهما الاجهاض الذي هو عيب وربما يوجب نقصان القيمة . فيلزم أن يقوم حاملاً مع كون الحمل للمشتري وان يقوم مجردة عن الحمل مع اتصافها بالاجهاض ، ويرجع المشتري على البائع بالتفاوت بين القيمتين .

مسقطاً لا حائلاً للاختلاف ، ومطابقة الاول للواقع ، ويرجع بنسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن .

(ويجوز ابتياع جزء مشاع من الحيوان) كالنصف والثلث ، (لا معين) كالرأس والجلد ، ولا يكون شريكاً بنسبة قيمته على الاصح ، لضعف مستند الحكم بالشركة ^١ وتحقق الجهالة ، وعدم القصد الى الاشاعة فيبطل البيع بذلك ، الا أن يكون مذبوحاً أو يراد ذبحه ، فيقوى صحة الشرط ^٢ .

(ويجوز النظر الى وجه المملوكة اذا أراد شراءها ، والى محاسنها) وهي مواضع الزينة كالكفين ، والرجلين ، والشعر وان لم يأذن المولى . ولا تجوز الزيادة عن ذلك الا باذنه ، ومعه يكون تحليلاً يتبع ما دل عليه لفظه حتى العورة ، ويجوز مس ما أبيع له نظره مع الحاجة ، وقيل : يباح له النظر الى ما عدا العورة بدون الاذن ، وهو بعيد .

(ويستحب تغيير اسم المملوك عند شرائه) أي بعده ، وقوى

(١) وعن الشيخ وجماعة الجواز استناداً الى رواية السكوني [الوسائل الباب

٢٢ من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢] .

(٢) وذلك لأنه لا يعتبر فيه الوزن قبل سلخ جلده ، بل يكفي المشاهدة في

رفع الجهل بمقداره .

في الدروس اطراده في الملك الحادث مطلقاً^(١) ، (والصدقة عنه بأربعة دراهم) شرعية ، (واطعامه) شيئاً (حلواً) .
 (ويكره وطء) الامة (المولودة من الزنا بالملك أو بالعقد ، للنهي) عنه في الخبر^(٢) ، معللاً بأن ولد الزنا لا يفلح ، وبالعار . وقيل : يحرم بناء على كفره ، وهو ممنوع^(٣) .
 (والعبد لا يملك شيئاً) مطلقاً على الاقوى ، عملاً بظاهر الآية^(٤) ، والاكثر على أنه يملك في الجملة ، فقيل : فاضل الضريبة وهو مروى^(٥) ،

١) أي اطراد استحباب تغيير اسم المملوك مطلقاً ، سواء كان تملكه شراء أو غيره من أسباب الملك .

٢) الوسائل الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ .

٣) وذلك لحديث الفطرة ، ولما دل من الأخبار الكثيرة على صيرورة المكلف باقراره بالشهادتين وتدينه بها مسلماً ، وكذا لا دليل على حرمة وطئ الكافرة .
 قال في الدروس : ويكره وطئ ابنة الزنا بالملك أو العقد مخافة العار ، والعقد أشد كراهة من الملك ، وحرمة ابن ادريس بناءً على كفر ولد الزنا وتحريم الكافرة . وفي المقدمتين منع .

٤) وهو قوله تعالى « عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » الآية [النحل الآية :

٧٥] .

٥) وهي ما يؤدي العبد الى سيده من الخراج المقدر عليه ، فالضريبة عبارة عن جعل المولى على عبده كل شهر أو سنة مثلاً مقداراً معيناً من المال بأن يدفعه اليه ، فالزائد على المقدار المذكور يكون للعبد ويسمى فاضل الضريبة [الوسائل الباب ٩ من أبواب بيع الحيوان الحديث ١] .

وقيل : أرش الجناية ^(١) ، وقيل : ما ملكه مولاه معهما ^(٢) ، وقيل : مطلقاً ^(٣) ، لكنه محجور عليه بالرق ، استناداً الى أخبار ^(٤) يمكن حملها على اباحة تصرفه ^(٥) في ذلك بالاذن جمعاً .

وعلى الاول (فلو اشتراه ومعه مال فللبائع) ، لان الجميع مال المولى ، فلا يدخل في بيع نفسه ، لعدم دلالة عليه ، (الا بالشرط ، فيراعى فيه شروط المبيع) من كونه معلوماً لهما ، أو ما في حكمه ^(٦) ، وسلامته من الربا بأن يكون الثمن مخالفاً لجنسه الربوي ، أو زائداً ^(٧)

(١) وهو ما اذا جنى على العبد بما يوجب الأرش، فان أرش الجناية له لالمولاه على هذا القول .

(٢) أي يملك ما ملكه مولاه مع فاضل الضريبة وأرش الجناية . وهذا القول مقابل للمقولين الأولين ، حيث أن القول الأول ملك فاضل الضريبة خاصة والثاني ملك أرش الجناية خاصة .

(٣) أي يملك مطلقاً كسائر الناس .

(٤) الوسائل الباب ٢٤ من باب حكم مال المملوك اذا اعتق .

(٥) لا بمعنى ملك رقبة المال بل بمعنى الاذن في التصرف جمعاً بين الأخبار . ولعل أظهر وجوه الجمع بين الأدلة هو القول بملكيته مطلقاً ، ولكنه محجور عليه فلا يجوز له التصرف الا باذن المولى . والله العالم .

(٦) كأن يكون تابعاً ، قال في الجواهر في هذا المقام : الا أن يقال ان المال تابع فجھالته لا تمنع صحة البيع .

(٧) فاذا لم يكن زائداً لم يسلم من الربا، اذ ليس في مقابل المملوك . حيثئذ شيء، بخلاف ما لو كان الثمن زائداً على مال المملوك فالزائد يقابل المملوك وهذا واضح .

عليه ، وقبض مقابل الربوي في المجلس^(١) وغيرها .
 (ولو جعل العبد) لغيره (جعلاً على شرائه لم يلزم)^(٢) ، لعدم
 صحة تصرفه بالحجر ، وعدم الملك . وقيل : يلزم ان كان له مال^(٣) ،
 بناءً على القول بملكه ، وهو ضعيف .

(ويجب) على البائع (استبراء الامة قبل بيعها)^(٤) ان كان قد
 وطئها^(٥) وان عزل^(٦) ، (بحبيضة ، أو مضي خمسة وأربعين يوماً

(١) أي لو كان بيع الصرف ونحوه مما يعتبر فيه القبض في المجلس وغيرها
 من شروط البيع .

(٢) هذا بناءً على أنه لا يملك ، وعلى القول بملكه أيضاً كذلك ، لأنه محجور
 عليه فيتوقف جعله على اجازة المولى .

(٣) أي ان كان له مال وقت الجعل . وهذا القول للشيخ قدس سره ، ومستنده
 على ما في المسالك رواية الفضل عن الصادق عليه السلام ، ولكن مدلولها أنه
 جعل لمولاه لبيعه لا لغيره . ومحل الكلام هو الجعل لأجنبي ، وأما المولى
 فعلى القول بعدم ملك العبد فماله لمولاه فلا مال له حتى يجعله جعلاً وان قلنا
 بملكه ولكنه محجور فحجره زائل برضا المولى ، ملا مانع له على هذا القول .
 وكيف كان فالرواية أجنبية عن مورد البحث . فليتأمل .

(٤) قال في محكي الرياض : بل مطلق الانتقال على الأشهر الأقوى ، بل ربما
 يستفاد من الخلاف والغنية الاجماع عليه .

(٥) حال بلوغها قبلاً أو دبراً لاطلاق النصوص ، وعن بعض تقييد الوطي
 بكونه محملاً ، بأن كان بعد بلوغها ، بدعوى ظهور النصوص والفتاوى في ذلك

(٦) وذلك لا مكان سبق المنى من غير شعوره ، ولذلك يلحق به الولد كما

فيمن لا تحيض وهي في سن من تحيض . ويجب على المشتري أيضاً استبوابها ، الا أن يخبره الثقة بالاستبراء) . والمراد بالثقة العدل ، وانما عبر به تبعاً للرواية ^(١) ، مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس الى خبره ، وفي حكم اخباره له بالاستبراء اخباره بعدم وطئها .
(أو تكون لامرأة) وان أمكن تحليلها لرجل ، لاطلاق النص ^(٢) ولا يلحق بها العنين والمحبوب والصغير الذي لا يمكن في حقه الوطاء وان شارك فيما ظن كونه علة ، لبطلان القياس ^(٣) .

هو المذكور في باب النكاح .

(١) أي عبر بقوله « الثقة » تبعاً للرواية [الوسائل الباب ٦ من أبواب نكاح

العبيد والاماء الحديث ١] .

(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب نكاح العبيد والامار .

(٣) هذا تعليل لعدم اللاحاق ، ولكن التحقيق أن اللاحاق هؤلاء بل كل من لا يمكن

من الوطي لكبر أو عروض مرض ونحوه بالمرأة ، لا للقياس الباطل بل لأن المستفاد من المفاهيم العرفي بحسب المناسبات المغروسة في أذهان العرف في المقام ونحوه هو العلية وان العلة الكذائية هي مناط الحكم لا القياس . وقد خفي هذا المعنى على كثير ، وقد أشرنا الى هذا اجمالاً سابقاً في باب الطهارة في منزوحات البئر .

وبعبارة أخرى: ان هذه المسألة وأمثالها من قبيل منصوص العلة ، لا من باب

الاستنباطات التخيلية والقياس . فليأمل .

ومن هذا البيان يعرف ضعف بعض الحيل الشرعية لاسقاط الاستبراء ، منها

وقد يجعل بيعها من امرأة ثم شراؤها منها وسيلة الى اسقاط الاستبراء ، نظراً الى اطلاق النص ، من غير التفاوت الى التعليل بالامن من وطئها لانها ليست منصوصة ، ومنع العلة المستنبطة وان كانت مناسبة ، (أو تكون يائسة أو صغيرة ، أو حائضاً) الا زمان حيضها وان بقي منه لحظة ^(١) .

(واستبراء الحامل بوضع الحمل) مطلقاً ^(٢) ، لاطلاق النهي عن وطئها في بعض الاخبار حتي تضع ولدها ، واستثنى في الدروس ما لو كان الحمل عن زنا فلا حرمة له . والاقوى الاكتفاء بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام لحملها ، وكراهة وطئها بعدها الا أن يكون من زنا فيجوز مطلقاً على كراهة ، جمعاً بين الاخبار الدال بعضها على المنع مطلقاً كالسابق ^(٣) ، وبعض على التحديد بهذه الغاية ، بحمل

ما ذكره قدس سره بقوله « وقد يجعل بيعها من امرأة » الخ ، لاندراجها حينئذ في أمة المرأة نظراً الى اطلاق النص من غير تعليل .

(١) هذا دفع لما ربما يتوهم من عبارة المصنف من جواز وطئها في حال حيضها ، اذ لا استبراء في حال الحيض ، فدفعه بقوله : الا زمان حيضها ، أي يحرم وطئها في زمان حيضها وان بقي منه لحظة .

(٢) سواء كان من الزنا أم غيره .

(٣) أي كالخبر السابق الذكر ، وهو الذي أشار اليه بقوله : لاطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار .

الزائد على الكراهة .

(ولا يحرم في مدة الاستبراء غير الوطء) قبلا ودبراً من الاستمتاع على الاقوى ، للخبر ^(١) الصحيح ، وقيل : يحرم الجميع . ولو وطئ في زمن الاستبراء أثم وعز مع العلم بالتحريم ، ولحق به الولد ، لانه فراش كوطئها حائضاً . وفي سقوط الاستبراء حينئذ وجه ، لانتفاء فائدته حيث قد اختلط الماءان . والاقوى وجوب الاجتناب بقية المدة ، لاطلاق النهي فيها ^(٢) .

ولو وطئ الحامل بعد مدة الاستبراء عزل ، فان لم يفعل كره بيع الولد ، واستحب له عزل قسط من ماله يعيش به ، للخبر ^(٣) معللاً بتغذيته بنطفته ، وأنه شارك في اتمامه . وليس في الاخبار تقدير القسط ، وفي بعضها أنه يعتقه ويجعل له شيئاً يعيش به ^(٤) ، لانه غذاه بنطفته .

وكما يجب الاستبراء في البيع يجب في كل ملك زائل وحادث بغيره من العقود ، وبالسبي والارث ، وقصره على البيع ضعيف ^(٥) .

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) أي في مدة الاستبراء .

(٣) الوسائل الباب ٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٤) وهو الخبر المذكور آنفاً .

(٥) وجه الضعف : أن العلة المقتضية لوجوب الاستبراء في البيع - وهي العلم

ولو باعها من غير استبراء أثم وصح البيع وغيره^(١) ، ويتعين - حينئذ تسليمها الى المشتري ومن في حكمه اذا طلبها ، لصيرورتها ملكاً له . ولو أمكن ابقاؤها برضاه مدة الاستبراء - ولو بالوضع في يد عدل - وجب^(٢) ، ولا يجب على المشتري الاجابة^(٣) .
(ويكره التفرقة بين الطفل والام قبل سبع سنين)^(٤) في الذكر

باستفراغ رحمها والاحتياط على الانساب والتحفظ من اختلاطها - ثابتة في الجميع ، فيجب ثبوت الحكم في غير البيع أيضاً .

هذا ، ولكن يرد عليه قدس سره سؤال الفرق بين هذا الحكم وبين ما ذكر سابقاً من الحيلة في سقوط الاستبراء ، حيث أن العلة المقترضية لثبوت الحكم موجودة هناك أيضاً ، مع أنه حكم فيه بسقوط الاستبراء معللاً بمنع العلة . فليتأمل .
(١) أي غير البيع من العقود الناقلة .

(٢) وذلك لاستصحاب وجوب الاستبراء الثابت قبل البيع .

(٣) والظاهر وجوب الاجابة لوجوب الاستبراء على البائع قبل البيع ، فلا وجه لسقوطه .

قال في محكي جامع المقاصد : والتحقيق أن يقال : انه لو باع قبل الاستبراء يكون البيع مراعى ، فان ظهر حمل تبين بطلانه لأنه من المولى حيث كانت فراشاً له ، والا ثبتت الصحة ، فيكون ملكاً للمشتري ، فلا يتعين التسليم اليه ، بل ولايجوز استصحابا لبقاء وجوب الاستبراء . وهذا واضح لاشبهة فيه . انتهى .

(٤) وهذا مما نسب الى المشهور ، ولم أعثر على دليل يدل على التحديد بهذه المدة ، والأخبار وان كانت متضاربة ولكن لا تحديد فيها بهذه المدة . ولعل استغناء الطفل لا يحصل الا ببلوغ هذه المدة كما قيل ، وقبل بلوغ المدة المذكورة

والانثى ، وقيل : يكفي في الذكر حولان . وهو أجود ، لثبوت ذلك في حضانة الحرة ^(١) ، ففي الامة أولى ، لفقد النص هنا . وقيل : يحرم التفريق في المدة ، لتضافر الاخبار ^(٢) بالنهي عنه ، وقد قال صلى الله عليه وآله : « من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته » .

(والتحريم أحوط) ، بل أقوى . وهل يزول التحريم أو الكراهة برضاها ، أو رضى الام ؟ وجهان ، أجودهما ذلك ^(٣) ، ولا فرق

يتأذى غالباً .

ولكن الظاهر أن التحديد المذكور المنسوب الى المشهور انما هو لأجل عدم الفرق عندهم بين حق الحضانة وبين المقام ، قال في محكي جامع المقاصد : الذي يقتضيه صحيح النظر الفرق بين الذكر والانثى لأن الفرق في حضانة الحرة قد وقع ، فجوز التفرقة بعد سنتين في الذكر وبعد سبع في الانثى على المشهور بين المتأخرين ، فينجز ذلك في الامة ، لأن حقها لا يزيد على حق الحرة .

الى أن قال : ولأن الاخبار الدالة على عدم جواز التفريق لاحد فيها ، فيحمل اطلاقها على المدة المحرمة بمقتضى الحضانة ، ولهذا قال الشارح قدس سره : وقيل يكفي في الذكر حولان ، وهو أجود - الى آخر ما قال في المسألة .

(١) أي جواز التفريق بعد مضي حولين .

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب بيع الحيوان .

(٣) أي زوال التحريم .

بين البيع وغيره على الاقوى^(١) .

وهل يتعدى الحكم الى غير الام من الارحام المشاركة لها في الاستئناس والشفقة كالاخت ، والعمة ، والخالة ؟ قولان ، أجودهما ذلك ، لدلالة بعض الاخبار عليه . ولا يتعدى الحكم الى البهيمة للاصل ، فيجوز التفرقة بينهما بعد استغنائه عن اللبن مطلقاً^(٢) ، وقبلة ان كان مما يقع عليه الزكاة ، أو كان له ما يمونه^(٣) من غير لبن أمه . وموضع الخلاف بعد سقي الام اللبأ ، أما قبله فلا يجوز مطلقاً^(٤) ، لما فيه من التسبب الى هلاك الولد ، فانه لا يعيش بدونه على ما صرح به جماعة .

مسائل

الاولى - (لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض فللمشتري الرد أو الارش) ، أما الرد فموضع وفاق ، وأما الارش فهو أصح القولين ، لانه عوض عن جزء فائت ، واذا كانت الجملة مضمونة

(١) لصراحة بعض الأخبار بأن علة الحكم التفريق ، فالعلة موجودة في غير البيع أيضاً .

(٢) أي وان لم يكن مما يقع عليه الزكاة .

(٣) أي يقوم بكفايته فهو ممون ، هكذا في اللغة .

(٤) أي سواء كان برضى امه أم لا ، وسواء قلنا بتحريم التفريق أم بكرهته .

على البائع قبل القبض فكذا أجزاءها .
 (وكذا) لو حدث (في زمن الخيار)^(١) المختص بالمشتري ،
 أو المشترك بينه وبين البائع^(٢) ، أو غيره ، لان الجملة فيه مضمونة
 على البائع أيضاً ، أما لو كان الخيار مختصاً بالبائع ، أو مشتركاً
 بينه وبين أجنبي فلا خيار للمشتري . هذا اذا كان التعيب من قبل الله
 تعالى ، أو من البائع ، ولو كان من أجنبي فللمشتري عليه الارش
 خاصة^(٣) ،

- (١) أي وان كان بعد قبض المشتري .
 (٢) ولكن ظاهر المشهور التلف في زمن الخيار المشترك ولو بعد القبض من
 مال المشتري لامن البائع كما صرح به في باب القبض من الكتاب ، فما ذكره
 هنا لعله سهو من قلمه الشريف . فليتأمل .
 (٣) أي فللمشتري على الأجنبي الارش خاصة دون الرد ، فالتخير للمشتري
 بين الرد وأخذ الارش من البائع انما هو فيما لو كان من قبل الله أو من البائع ،
 وأما اذا كان من أجنبي فله أخذ الارش منه والتزامه بالبيع أو الرد الى البائع ،
 فللبائع حينئذ أخذ الارش من الأجنبي .
 وهذا واضح بقريئة ما ذكره في مبحث القبض في ذيل قول المصنف « يتخير
 المشتري في الامساك مع الارش والفسخ » ، حيث قال هناك : ولو كان العيب من
 قبل الأجنبي فالارش عليه للمشتري ان التزم وللبائع ان فسخ بكلمة « خاصة » في
 قوله « عليه الارش خاصة » قيد لضمير « عليه » ، يعنى على الأجنبي خصوص
 الارش ان أراد المشتري الأخذ منه والتزامه بالبيع ، وان فسخ فللبائع أخذ الارش
 من الأجنبي ، لا قيد الارش حتى يكون مفاده أنه لا يكون للمشتري الرد بل الارش
 خاصة كما توهمه بعض المحشين .

ولو كان بتفريط المشتري فلاشيء^(١) .

(وكذا) الحكم (في غير الحيوان) ، بل في تلف المبيع
أجمع^(٢) ، إلا أن الرجوع فيه بمجموع القيمة ، فإن كان
التلف من قبل الله تعالى والخيار للمشتري ولو بمشاركة غيره فالتلف
من البائع ، والا فمن المشتري . وإن كان التلف من البائع ، أو من
أجنبي وللمشتري خيار واختار الفسخ والرجوع بالثمن^(٣) ، والا
رجع على المتلف بالمثل^(٤) ، أو القيمة ، ولو كان الخيار للبائع ،
والمتلف أجنبي ، أو المشتري تخير ، ورجع على المتلف .

(الثانية - لو حدث) في الحيوان (عيب من غير جهة المشتري
في زمن الخيار فله الرد بأصل الخيار) ، لأن العيب الحوادث غير
مانع منه^(٥) هنا ، لأنه مضمون على البائع فلا يكون مؤثراً في رفع
الخيار ، (والاقرب جواز الرد بالعيب أيضاً) لكونه مضموناً .

(١) وذلك لأنه ملكه قد أتلفه بنفسه .

(٢) أي الحكم كذلك لو تلف كل المبيع ، ولكن الرجوع فيه بجميع القيمة
لا بخصوص الجزء الفائت لوفاتنا متدرجاً . ومراده بالقيمة هو الثمن لا القيمة
السوقية كما ربما يتوهم ، لأن معنى الفسخ رجوع العوضين الأصليين إلى مالكهما .

(٣) أي الرجوع بالثمن على البائع .

(٤) أي وإن لم يختار الفسخ والتزم بالبيع رجع المتلف بالمثل أو القيمة .

(٥) أي غير مانع من الرد في زمن الخيار لو حدث من غير جهة المشتري .

(وتظهر الفائدة لو أسقط الخيار الاصلي والمشترط) فله الرد

بالعيب .

وتظهر الفائدة أيضاً في ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة ^(١) وعدمه، فعلى اعتبار خيار الحيوان خاصة يسقط الخيار، وعلى ما اختاره المصنف رحمه الله يبقئ، اذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة وان اشترط حصوله في الثلاثة فما قبلها ^(٢)، وغايته ثبوته فيها بسببين وهو غير قادح، فانها ^(٣) معارف يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن، اذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفرق .

(وقال الفاضل نجم الدين أبو القاسم) جعفر بن سعيد رحمه الله (في الدرس) على ما نقل عنه ^(٤) : (لا يرد الا بالخيار ، وهو

(١) أي بعد انقضاء ثلاثة أيام، لأن خيار الحيوان ثلاثة أيام .

(٢) أي وان اشترط حصول العيب في الثلاثة فما قبل الثلاثة وهو ما قبل العقد .

(٣) أي الأسباب الشرعية معارف لا علة حقيقية، وقد ذكرنا معنى المعرفات في مسألة عدم امكان بقاء الزوجية مع الملك في بيع الحيوان عند قول الشارح: ويضعف بأن علة الشرع معارف .

(٤) هذا دفع لما يتوهم من قول المصنف قدس سره ، وقال الفاضل في الدروس : انه سمع منه شفهاً مع أنه لم يعاصره على ما هو المذكور في التاريخ . ومحصل هذا الكلام أن حكمه في الشرائع يكون النقص أو التلف

ينافي حكمه في الشرائع بأن الحدث (الموجب لنقص الحيوان
 (في الثلاثة من مال البائع) وكذا التلف (مع حكمه) فيها بعد ذلك
 بلا فصل (بعدم الارش فيه) ، فانه اذا كان مضموناً على البائع
 كالجمله لزمه الحكم بالارش^(١) ، اذ لا معنى لكون الجزء مضموناً
 الاثبوت أرشه ، لان الارش عوض الجزء الفاتت ، أو التخيير بينه
 وبين الرد كما أن ضمان الجمله يقتضي الرجوع بمجموع عوضها
 وهو الثمن .

والاقوى التخيير بين الرد والارش كالمقدم^(٢) ، لاشتراكهما^(٣)
 في ضمان البائع ، وعدم المانعية ، من الرد ، وهو المنقول عن
 شيخه نجيب الدين بن نما رحمه الله .

من مال البائع يلزمه الحكم بالارش ، اذ لا معنى لكونه من مال البائع الاثبوت
 الارش أو التخيير بينه وبين الرد ، فقوله في الدروس « لا يرد الا بالخيار » ينافي
 ما في الشرائع وعبارة شرائع أيضاً ينافي بعضها بعضاً ، لأن عدم الارش ينافي
 كون التلف من مال البائع .

(١) أي لزمه الحكم بالارش تعييناً أو تخييراً بينه وبين الرد .

(٢) أي كالعيب المتقدم على البيع والقبض اذا ظهر بعد القبض ، فانه يوجب
 التخيير . ويحتمل أن يكون المراد كالمقدم ذكره ، وهو العيب المتقدم المذكور
 حكمه في المسألة الاولى ، وهو الحادث قبل القبض وفي زمن الخيار . وكيف
 كان فالحكم واحد .

(٣) أي لاشتراك العيب قبل القبض والعيب في زمن الخيار في ضمان البائع .

ولو كان حدوث العيب بعد الثلاثة منع الرد بالعيب السابق ،
لكونه ^(١) غير مضمون على البائع ، مع تغير المبيع ^(٢) ، فان رده
مشروط ببقائه على ما كان ، فيثبت في السابق الارش خاصة .

(الثالثة - لو ظهرت الامة مستحقة فاغرم) المشتري (الواطيء
العشر) ^(٣) ان كانت بكرآ ، (أو نصفه) ان كانت ثيبآ ، لما تقدم
من جواز رجوع المالك على المشتري ، عالمآ كان أم جاهلا بالعين ،
ومنافعها المستوفاة وغيرها ، فان ذلك هو عوض بضع الامة ، للنص ^(٤)
الدال على ذلك .

(أو مهر المثل) لانه القاعدة الكلية في عوض البضع بمنزلة
قيمة المثل في غيره ، واطراحآ للنص الدال على التقدير بالعشر أو
نصفه . وهذا التردد توقف من المصنف في الحكم ، أو اشارة الى
القولين ، لا تخيير بين الامرين . والمشهور منهما الاول ، (و) أغرم
(الاجرة) عما استوفاه من منافعها ، أو فانت تحت يده . (وقيمة الولد)
يوم ولادته لو كان قد أحبلها وولده جيا (رجم بها) أي بهذه المذكورات

(١) أي لكون العيب الحادث بعد الثلاثة غير مضمون على البائع .

(٢) هذا تعليل للحكم بمنع الرد بالعيب السابق ، فان جواز رده مشروط بعدم
تغيره وبقائه على ما كان فلو لم يبق على ما كان يثبت بالعيب السابق الارش خاصة .

(٣) أي العشر من ثمنها أي القيمة السوقية لا الثمن المسمى . فنأمل .

(٤) الوسائل الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

جمع (على البائع مع جهله) بكونها مستحقة ، لما تقدم^(١) من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يغرمه .

والغرض من ذكر هذه هنا التنبيه على مقدار ما يرجع به مالك الامة على مشتريها الواطيء لها ، مع استيلادها . ولا فرق في ثبوت العقر^(٢) بالوطء بين علم الامة بعدم صحة البيع وجهلها على أصح القولين ، وهو الذي يقتضيه اطلاق العبارة ، لان ذلك حق للمولى ولا « تزر وازرة وزر أخرى » ، ولا تصير بذلك أم ولد ، لانها في نفس الامر ملك غير الواطيء .

وفي الدروس لا يرجع عليه بالمهر الا مع الاكراه^(٣) ، استناداً الى أنه لا مهر لبغي . ويضعف بما مر ، وأن المهر المنفي مهر الحرة بظاهر الاستحقاق^(٤) ونسبة المهر ، ومن ثم يطلق عليها^(٥) المهيرة .

(١) أي تقدم في بيع الفضولي .

(٢) المراد بالقر ما يؤخذ بعوض البضع من مهر المثل أو العشر أو نصف العشر .

(٣) أي لا يرجع المالك على المشتري الا مع اكراه المشتري للامة في الوطي .

(٤) أي معنى قوله عليه السلام « لا مهر لبغي » أنها لا تستحق المهر ، اذ مفاد اللام هو الاستحقاق فهذا الاستحقاق منفي عن البغي . وظاهر الاستحقاق أنه حق لها اذا لم تكن بغياً ، مع أن الامة لا حق لها أصلاً ، فيكون المهر المنفي هو مهر الحرة بقرينة ظاهر الاستحقاق ونسبة المهر اليها .

(٥) أي على الحرة بخلاف الامة .

ولو نقصت بالولادة ضمن نقصها مضافاً الى ما تقدم ولو ماتت ضمن القيمة .

وهل يضمن مع ما ذكر أرش البكارة لو كانت بكراً ، أم يقتصر على أحد الامرين^١ ؟ وجهان ، أجودهما عدم التداخل ، لان أحد الامرين عوض الوطء وأرش البكارة عوض جنابة ، فلا يدخل أحدهما في الآخر .

ولو كان المشتري عالماً باستحقاقها^٢ حال الانتفاع لم يرجع بشيء ، ولو علم مع ذلك بالتحريم كان زانياً والولد رق ، وعليه المهر مطلقاً^٣ ، ولو اختلفت حاله بأن كان جاهلاً عند البيع ، ثم تجدد له العلم رجع بما غرمه حال الجهل ، وسقط الباقي .

(الرابعة - لو اختلف مولى مأذون)^٤ وغيره (في عبد أعتقه

(١) وهو العشر أو مهر المثل .

(٢) أي باستحقاق الأمة للغير حال انتفاعه بها لم يرجع الى البائع بشيء لانه لم يكن مغروراً من قبله .

(٣) أي سواء كان زانياً أم لا ، ولا يخفى أن خصوص ذكر المهر مع ما سبق من المصنف من التريد بينه وبين العشر أو نصفه لعله للاكتفاء بذكر أحد القولين والمراد ان عليه المهر او العشر أو نصفه أو أراد بالمهر المعنى الأعم وهو العقر هنا . فليتأمل .

(٤) أي لو اختلف مولى عبد مأذون من قبل مولاه للتجارة وغيره في عبد أعتقه

المأذون عن الغير ، ولا بينة) لمولى المأذون ولا للغير (حلف المولى) أي مولى المأذون واسترق العبد المعتقد ، لان يده على ما بيد المأذون ، فيكون قوله مقدماً على من خرج عند عدم البينة . (ولا فرق بين كونه) أي العبد الذي أعتقه المأذون (أباً للمأذون أولاً) وان كانت الرواية ^١ تضمنت كونه أباه ، لاشتراكهما في المعنى المقتضي لترجيح قول ذي اليد .

(ولا بين دعوى مولى الاب شرائه من ماله) بأن يكون قد دفع للمأذون مالا يتجر به فاشترى أباه من سيده بماله ^٢ (وعدمه) ، لانه على التقدير الاول يدعي فساد البيع ، ومدعي صحته مقدم ، وعلى

المأذون عن الغير ووقع التخاصم والتنازع بين مولى المأذون ومولى المعتقد . وتوضيح هذه المسألة : انه مثلا لو أذن المولى لعبد البيع والشراء ، فدفع شخص الى ذلك العبد المأذون مالا يشتري به عبداً ويعتق عن الدافع ، فالمأذون اشترى عبداً واعتقه عنه ، فاذا لم يكن بينة حلف مولى المأذون واسترق العبد المعتقد ، أي المعتقد بحسب الدعوى لا المعتقد في الواقع ، اذ المعتقد الواقعي لا يجوز استرقاقه . ووجه تقديم قول مولى المأذون : أنه هو ذوايد في الواقع ، لأن يده على يد المأذون ، ولا اعتبار ليد المأذون فهو داخل ، فقوله مقدم على من خرج كما تقدم في باب القضاء .

(١) أي الرواية الاتي ذكرها .

(٢) أي بأن دفع مولى الأب للمأذون مالا يتجر به فاشترى أباه من سيده بمال

الثاني خارج ، لمعارضة يده القديمة يد المأذون الحادثة فيقدم^(١) ،
والرواية تضمنت الاول^(٢) .

(ولا بين استئجاره على حج وعدمه) ، لان ذلك لا مدخل له
في الترجيح ، وان كانت الرواية تضمنت الاول .

والاصل في هذه المسألة رواية على بن أشيم^(٣) عن الباقر عليه

(١) أي معارضة يدمولى الأب يد المأذون فيقدم يد المأذون لتأخرها .

(٢) أي تضمنت دعوى مولى الأب شراءه من ماله .

(٣) الرواية نقلها الشارح قدس سره بالمعنى اختصاراً ، والرواية على ما في
الوسائل الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان هذه : محمد بن الحسن باسناده عن
الحسين بن سعيد عن ابن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن اشيم عن أبي جعفر
عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع اليه رجل ألف درهم فقال :
اشتربها نسمة وأعتقها عني وحج عني بالباقي ، ثم مات صاحب الألف ، فانطلق العبد
فاشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع اليه الباقي يحج عن الميت ، فحج عنه وبلغ ذلك
موالي أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً فاخصموا جميعاً في الألف ، فقال موالي
العبد المعتق : انما اشتريت أباك بمالنا ، وقال الورثة : انما اشتريت أباك بمالنا ،
وقال موالي العبد : انما اشتريت أباك بمالنا . فقال أبو جعفر عليه السلام : أما
الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد ، وأما المعتق فهو رد في الرق لموالي أبيه ،
وأي الفريقين بعد أقاموا البينة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقاً .

وانما نقلنا الرواية بطولها ليتضح موضوع المسألة . وان المراد بقوله « ويرد
رقاً لمولاه » انما اريد مولى الأب لا مولى المأذون كما احتمل بعض المحشين ،

السلام فى من دفع الى مأذون ألفنا ليعتق عنه نسمة ، ويحج عنه
بالباقى فأعتق أباه ، وأحجه بعد موت الدافع ، فادعى وارثه ذلك ،
وزعم كل من مولى المأذون ومولى الاب أنه اشتراه بماله . فقال :
ان الحجة تمضي ويرد رقاً لمولاه حتى يقيم الباقون بينة .

وعمل بمضمونها الشيخ ومن تبعه ، ومال اليه فى الدروس ،
والمصنف هنا ، وجماعة اطرحوا الرواية^(١) ، لضعف سندها ،
ومخالفتها لاصول المذهب^(٢) فى رد العبد الى مولاه مع اعترافه ببيعه ،
ودعواه فساده ، ومدعى الصحة مقدم ، وهى مشتركة بين الاخرين^(٣) ،
الا أن مولى المأذون أقوى يداً فيقدم .

واعتذر فى الدروس عن ذلك^(٤) بأن المأذون بيده مال لمولى

لانه مخالف لمضمون الرواية كما هو واضح . وكيف كان فعمل بمضمونها الشيخ
ومن تبعه ، ومال اليه فى الدروس .

(١) أي والمصنف هنا - أي فى هذا الكتاب - وجماعة اطرحوها ولم يعملوا
بمضمونها بل عملوا على طبق القواعد العامة من تقديم قول ذي اليد وغيره مما ذكره
المصنف وشرحه الشارح قدس سرهما كما سمعت .

(٢) أي قواعده ، حيث أن قول مدعى الصحة مقدم على قول مدعى الفساد ،
كما هو محرر فى باب القضاء .

(٣) أي دعوى الصحة وان كانت مشتركة بين الاخرين مولى المأذون ووارث
الدافع المعتقد عنه لكن مولى المأذون أقوى يداً فيقدم .

(٤) أي عن رد العبد الى مولاه الأصلي . وحاصل الاعتذار : ان المأذون ذويد

الاب وغيره ، وبتصادم الدعاوي المتكافئة يرجع الى أصالة بقاء الملك على مالكة ، قال^(١) : ولا تعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد ، لانها مشتركة بين متقابلين^(٢) متكافئين فتساقطا . وفيهما نظر^(٣) ، لمنع تكافؤهما ، مع كون من عدا مولاه خارجاً ، والداخل مقدم فسقطا دونه ، ولم يتم الاصل^(٤) ، ومنه يظهر عدم تكافؤ الدعويين الاخرين ، لخروج الامر^(٥) وورثته عما في يد المأذون التي هي بمنزلة يد سيده ، والمخارجة لا تكافىء الداخلة فتقدم ، واقرار المأذون بما في يده لغير المولى غير مسموع^(٦) فلزم اطراح الرواية ، ولاشتمالها على مضي الحجج ، مع أن ظاهر الامر حججه بنفسه^(٧) ولم

على مال المولى وغيره ، ولا وجه لتقديم بعضها على الاخر ، والدعاوي متكافئة ولا ترجيح في البين ، فالمرجع حينئذ أصالة بقاء الملك على مالكة .
 (١) أي قال في الدروس .
 (٢) هما مولى المأذون وورثة المعتق عنه .

(٣) أي في قوله : ويتصادم الدعاوي المتكافئة ، وقوله : لانها مشتركة بين متقابلين .

(٤) أي أصالة بقاء الملك .

(٥) أي الامر بالمعتق .

(٦) هذا في صورة تكذيب المولى وعدم اجازته للتجارة لغيره كما هو فرض

المسألة ظاهراً .

(٧) أي مع ظاهر الامر ان يحجج بنفسه لأن يحجج اياه ولم يفعل ما أمره الامر .

يفعل ، ومجامعة^(١) صحة الحج لعوده رقاً وقد حج بغير اذن سيده ، فما أختار هنا أوضح .

ونبه بقوله : ولا بين دعوى مولى الاب شراءه من ماله وعدمه ، على خلاف الشيخ ومن تبعه ، حيث حكموا بما ذكر^(٢) ، مع اعترافهم بدعوى مولى الاب فساد البيع ، وعلى خلاف العلامة حيث حملها على انكار مولى الاب البيع لفساده ، هرباً^(٣) من تقديم مدعي الفساد ، والتجاء الى تقديم منكري بيع عبده . وقد عرفت ضعف تقديم مدعي الفساد ، ويضعف الثاني^(٤) بمنافاته لمنطوق الرواية الدالة على دعوى كونه اشترى بماله .

هذا كله مع عدم البيينة ، ومعها تقدم ان كانت لواحد ، وان كانت لاثنين أو للجميع بني على تقديم بيينة الداخل أو الخارج عند

(١) أي ولاشتمالها على مجامعة صحة الحج في حال كونه رقاً مع عدم اذن سيده مع أنه غير صحيح ، وغير ذلك من موجبات طرح الرواية .

(٢) أي حكموا بمضمون الرواية مع اعترافهم بدعوى مولى الاب فساد البيع .

(٣) أي حمل العلامة الرواية على انكار البيع لا فساده حتى يوجب مخالفتها للاصول بناءً على تقديم مدعي الفساد . وقد عرفت ضعف تقديم مدعي الفساد ، وان مدعي الصحة - وهو مولى المأذون - مقدم لأنه أقوى يبدأ كما تقدم .

(٤) وهو قول العلامة .

التعارض ، فعلى الاول ^(١) المحكم كما ذكر ، وعلى الثاني ^(٢) يتعارض الخارجان . ويقوى تقديم ورثة الامر ^(٣) بمرجح الصحة .
واعلم أن الاختلاف يقتضي تعدد المختلفين ، والمصنف اقتصر على نسبه الى مولى المأذون ، وكان حقه اضافة غيره معه ، وكأنه اقتصر عليه للدلالة المقام على الغير ، أو على ما اشتهر من المتنازعين في هذه المادة .

(الخامسة - لو تنازع المأذونان ^(٤) بعد شراء كل منهما صاحبه في الاسبق) منهما ليبطل بيع المتأخر ، لبطلان الاذن بزوال المملك ، (ولا بينة) لهما ، ولا لاحدهما بالتقدم .
(قيل : يقرع) والقائل بها مطلقاً ^(٥) غير معلوم ، والذي نقله المصنف وغيره عن الشيخ القول بها ، مع تساوي الطرفين ، عملاً برواية وردت بذلك ^(٦) ،

(١) أي تقديم الداخل .

(٢) أي وعلى الثاني - وهو تقديم الخارج - يتعارض الخارجان مولى الأب والدافع المعق عنه .

(٣) لا مولى الأب لا دعائه فساد البيع .

(٤) أي المأذونان للتجارة .

(٥) أي سواء تساوى الطرفين أم لا .

(٦) الوسائل كتاب التجارة أبواب بيع الحيوان الباب ١٨ الحديث : ٢ .

وقيل بها مع اشتباه السبق أو السابق ^١ .

(وقيل: يمسح الطريق) التي سلكها كل واحد منهما الى مولى
الآخر ^٢ ، ويحكم بالسبق لمن طريقه أقرب مع تساويهما في المشي،
فان تساويا بطل البيعان ، لظهور الاقتران ^٣ .
هذا اذا لم يجز الموليان ، (ولو أجز عقدهما فلا اشكال)
في صحتهما ^٤ .

(ولو تقدم العقد من أحدهما صح خاصة) من غير توقف على
اجازة (الا مع اجازة الآخر) ، فيصح العقدان ، ولو كانا وكيلين

(١) أي بأن لا يعلم تحقق سبق ، أو يعلم تحقق سبق في الجملة ولكن لا يعلم
أيهما السابق . وهذا القول محكي عن العلامة في المختلف .

(٢) كما هو مضمون رواية أبي خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام قال في
رجلين مملوكين مفوض اليهما يشتريان وبيعان بأموالهما فكان بينهما كلام فخرج
هذا يعدو الى مولى هذا وهذا الى مولى هذا وهما في القوة سواء ، فاشترى
هذا من مولى هذا العبد وذهب هذا فاشترى من مولى هذا العبد الآخر وانصرفا
الى مكانهما وتشبت كل منهما بصاحبه وقال له : أنت عبدي قد اشتريتك من سيدك .
قال : يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق فايهما كان أقرب فهو الذي سبق
الذي هو أبعد ، وان كانا سواء فهما ردا على مولاها جاءا سواء وافترقا سواء -
الى آخر الرواية .

(٣) حيث أن تساويهما في الطريق والمشى موجب لظهور الاقتران به .

(٤) ولو كانا مقترنين .

صحاً معاً .

والفرق بين الاذن والوكالة أن الاذن ما ^(١) جعلت تابعة للملك ،
والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقاً ^(٢) ، والفرق بينهما
مع اشتراكهما في مطلق الاذن : اما تصريح المولى بالخصوصيتين ،
أو دلالة القرائن عليه .

ولو تجرد اللفظ عن القرينة لاحدهما فالظاهر حمله على الاذن ،
لدلالة العرف عليه .

واعلم أن القول بالقرعة مطلقاً لا يتم في صورة الاقتران ، لانها
لاظهار المشتبه ، ولا اشتباه حينئذ . وأولى بالمنع تخصيصها بهذه
الحالة ^(٣) ، والقول بمسح الطريق مستند الى رواية ^(٤) ليست سليمة
الطريق ، والحكم للسابق مع علمه ^(٥) لا اشكال فيه ، كما أن القول
بوقوفه مع الاقتران كذلك ^(٦) ، ومع الاشتباه تتجه القرعة ، ولكن مع

(١) كلمة « ما » موصوفة أو موصولة خبر لان ، وتأنيتها باعتبار المعنى ، أي

ان الاذن خصلة جعلت تابعة للملك .

(٢) أي من غير تقييد بتبعية للملك حتى يزول بزواله .

(٣) كما هو المحكي عن الشيخ في النهاية .

(٤) وهي الرواية السابقة .

(٥) أي مع معلومية .

(٦) أي وقوفه على الاجازة .

اشتباه السابق يستخرج برقتين^(١) لاختراجه ، ومع اشتباه السابق والاقتران ينبغي ثلاث رقع في احداها الاقتران^(٢) ليحكم بالوقوف معه^(٣) .

هذا اذا كان شراؤهما لمولاهما ، أما لو كان لانفسهما - كما يظهر من الرواية^(٤) - فان أحلنا ملك العبد بطلا ، وان أجزناه صح السابق ، وبطل المقارن واللاحق حتما ، اذ لا يتصور ملك العبد لسيدته^(٥) .

(السادسة - الامة المسروقة من أرض الصالح لا يجوز شراؤها) لان مال أهلها محترم به^(٦) ، (فلو اشتراها) أحد من السارق (جاهلا) بالسرقة ، أو الحكم (ردها) على بائعها (واستعاد ثمنها) منه ،

(١) يكتب في احدهما السابق وفي الاخرى المسبوق ويخرج على اسم المأذنين .

(٢) وهي الثالثة .

(٣) أي مع الاقتران على الاجازة .

(٤) حيث فيها : قال له أنت عبدي .

(٥) وذلك لأنه اذا صح الشراء اللاحق يصير العبد مالكا لسيدته ، وفي صورة

الاقتران يلزم أن يكون كل واحد منهما عبداً للآخر وسيداً له ، وكلاهما غير معقول .

(٦) أي محترم بالصالح .

(ولو لم يوجد الثمن) بأن أعسر البائع، أو امتنع عن رده ولم يمكن إجباره، أو بغير ذلك من الأسباب^(١) (ضاع) على دافعه، (وقيل: تسعى) الأمة (فيه لرواية)^(٢) مسكين السمان عن الصادق عليه السلام. ويضعف بجهالة الراوي، ومخالفة الحكم للاصول، حيث إنها ملك للغير، وسعيها كذلك، ومالكها^(٣) لم يظلمه في الثمن، فكيف يستوفيه من سعيها، مع أن ظالمه^(٤) لا يستحقها ولا كسبها، ومن ثم نسبه المصنف إلى القول، تمريضاً له.

ولكن يشكل حكمه بردها، إلا أن يحمل ردها على مالكها لا على البائع، طرحاً للرواية الدالة على ردها عليه. وفي الدروس استقرب العمل بالرواية المشتملة على ردها على البائع واستسعائها في ثمنها لو تعذر على المشتري أخذه من البائع ووارثه مع موته. واعتذر عن الرد إليه بأنه تكليف له ليردها إلى أهلها^(٥)، أما

(١) كما لو مات البائع وأنكر الوارث ونحو ذلك.

(٢) الوسائل كتاب التجارة أبواب بيع الحيوان الباب ٢٣ الحديث ١.

(٣) أي ومالك الأمة لم يظلم المشتري في الثمن فكيف يستوفيه من سعي الأمة.

(٤) أي مع أن ظالم المشتري - وهو البائع - لا يستحقها ولا كسبها.

(٥) لأن الحكم عليه بالرد أوجب ومخاطبته الزم خصوصاً مع بعد أرض

لانه سارق ، أو لانه ترتبت ^(١) يده عليه ، وعن استسعائها بأن فيه جمعاً بين حق المشتري وحق صاحبها، نظراً إلى أن مال الحربي فيء في الحقيقة ، وانما صار محترماً بالصالح احتراماً عرضياً ، فلا يعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة .

ولا يخفى أن مثل ذلك لا يصلح لتأسيس مثل هذا الحكم ، وتقريبه ^(٢) للنص انما يتم لو كانت الرواية مما تصلح للحججة ، وهي بعيدة عنه ، وتكليف البائع بالرد لا يقتضي جواز دفعها اليه كما في كل غاصب ، وقدم يده لا أثر له في هذا الحكم ، والا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد اليه ، وهو باطل . والفرق في المال بين المحترم بالاصل والعارض لا مدخل له في هذا الترجيح ، مع اشتراكهما في التحريم ، وكون المتلف للثمن ليس هو مولى الامة ، فكيف يستوفى من ماله ^(٣) ، وينتقض بمال أهل الذمة ، فان تحريمه عارض ولا يرجح عليه مال المسلم المحترم بالاصل عند التعارض .

والاقوى اطراح الرواية بواسطة مسكين ، وشهرتها لم تبلغ

(١) أي اما لأن البائع هو السارق أو ترتبت يده على يد السارق ، بأن اشتراه منه مثلاً ثم باعه من المشتري .

(٢) أي توجيه المصنف للنص الدال على الحكم انما يصح لو كان صالحاً للاستناد وليس كذلك .

(٣) أي من مال المولى .

حد وجوب العمل بها ، وانما عمل بها الشيخ على قاعدته ^(١) ، واشتهرت بين أتباعه ، وردها المستنبطون لمخالفتها للاصول .
والاقوى وجوب رد المشتري لها على مالِكها ، أو وكيله ، أو وارثه ، ومع التعذر على الحاكم ، وأما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقاً ^(٢) ، ومع تلفه ان كان المشتري جاهلاً بسرقتها ، ولا تستسعي الأمة مطلقاً ^(٣) .

(السابعة - لا يجوز بيع عبد من عبد من غير تعيين ، سواء كانا متساويين في القيمة والصفات أم مختلفين ، لجهالة المبيع المقتضية للبطلان ، (ولا) بيع (عبید) كذلك ، للعلة ^(٤) ، وقيل : يصح مطلقاً ^(٥) ، استناداً الى ظاهر رواية ^(٦) ضعيفة ، وقيل : يصح مع تساويهما من كل وجه ، كما يصح بيع قفيز من صبرة متساوية الاجزاء . ويضعف بمنع تساوي العبدین على وجه يلحق بالمثلي ، وضعف

(١) وهي العمل بالرواية الضعيفة اذا حصل الوثوق في الجملة ولو كان الراوي مجهول الحال .

(٢) أي سواء كان عالماً بالسرقة أو جاهلاً .

(٣) أي سواء كان المشتري عالماً أم جاهلاً .

(٤) أي من غير تعيين للعلة المذكورة ، وهي جهالة المبيع .

(٥) أي سواء تساويا من كل وجه أم لا .

(٦) الوسائل الباب ١٦ من أبواب بيع الحيوان الحديث ١ .

الصحة مطلقاً^(١) واضح .

(ويجوز شراؤه) أي شراء العبد (موصوفاً) على وجه ترتفع
الجهالة (سلماً) ، لان ضابط المسلم فيه ما يمكن ضبطه كذلك وهو
منه كغيره من الحيوان الا ما يستثنى^(٢) ، (والاقرب جوازه) موصوفاً
(حالاً) لتساويهما^(٣) في المعنى المصحح للبيع (فلو باعه) عبداً
كذلك (ودفع اليه عبيدين للتخيير) أي ليختير ما شاء منهما (فأبق
أحدهما) من يده (بني) ضمان الا بق (على ضمان المقبوض
بالسوم) ، وهو الذي قبضه ليشتريه فتلف في يده بغير تفريط ، فان
قلنا بضمانه كما هو المشهور^(٤) ضمن هنا ، لانه في معناه ، اذ
الخصوصية ليست لقبض السوم ، بل لعموم قوله صلى الله عليه وآله
وسلم : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٥) ، وهو مشترك بينهما وان

(١) مطلقاً قيد للصحة ، أي الصحة على الاطلاق حتى في غير المتساوي ضعفه
واضح لمخالفة الأصول والقواعد .

(٢) ويأتي في باب السلف عدم جوازه في الجارية الحامل لجهالة الحمل
وعدم امكان وصفه .

(٣) أي تساوي الحال والسلم .

(٤) وعن المحقق الأردبيلي : الذي يظهر من كلامهم عدم الخلاف في أن
المقبوض بالسوم مضمون .

(٥) المغني لابن قدامة المجلد ١٥ صفحة ١٩٨ كتاب الغصب ، طبعة مصر .

قلنا بعدم ضمانه لكونه مقبوضاً باذن المالك والمحال أنه لا تفریط ، فيكون كالودعي لم يضمن هنا . بل يمكن عدم الضمان هنا وان قلنا به ثمة ، لان المقبوض بالسوم مبيع بالقوة ، أو مجازاً بما يؤول اليه^(١) ، وصحيح المبيع وفاسده مضمون .

بخلاف صورة الفرض ، لان المقبوض ليس كذلك لوقوع البيع سابقاً ، وانما هو محض استيفاء حق ، لكن يندفع ذلك بأن المبيع لما كان أمراً كلياً وكان كل واحد من المدفوع صالحاً لكونه فرداً له كان في قوة المبيع ، بل دفعهما للتخيير حصوله^(٢) فيهما ، فيكون بمنزلة المبيع حيث انه منحصر فيهما ، فالحكم هنا بالضمان أولى منه^(٣) .

(والمروي)^(٤) عن الباقر عليه السلام بطريق ضعيف ، ولكن

(١) ويمكن الفرق بينهما بابتناء الأول على كون المبيع حقيقة في القدر المشترك بين المبيع بالقوة وبالفعل ، وهذا بخلاف الثاني فانه مبني على التجوز . والا إطلاق المبيع على المقبوض بالسوم مجازي ، سواء قلنا بأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوة أو مجاز بما يأول اليه . فليتأمل .

(٢) أي حصول المبيع فيهما ، وفي نسخة « حصر له فيهما » أي حصر للبيع فيهما .

(٣) أي من المقبوض بالسوم .

(٤) أي الرواية التي أشار الشارح اليها في صدر عنوان المسألة بقوله :

استناداً الى رواية ضعيفة .

عمل به الاكثر (انحصار حقه فيهما) على سبيل الاشاعة ، لا كون حقه أحدهما في الجملة . (وعدم ضمانه) أي الابق (على المشتري فينفسخ نصف المبيع) ، تنزيلا للابق منزلة التالف قبل القبض ، مع أن نصفه مبيع (ويرجع) المشتري (بنصف الثمن على البائع) وهو عوض التالف (ويكون) العبد (الباقي بينهما) بالنصف ، (الا أن يجد الابق يوماً فيتخير) في أخذ أيهما شاء ، وهو مبني على كونهما بالوصف المطابق للمبيع وتساويهما في القيمة .

ووجه انحصار حقه فيهما ^(١) كونه عينهما للتخير ، كما لو حصر الحق في واحد ، وعدم ضمان الابق اما لعدم ضمان المقبوض بالسوم ، أو كون القبض على هذا الوجه يخالف قبض السوم ، للوجه الذي ذكرناه ^(٢) أو غيره ^(٣) ، أو تنزيلا ^(٤) لهذا التخير منزلة الخيار الذي لا يضمن الحيوان التالف في وقته .

(١) أي وجه انحصار حق المشتري في عيدين كون البائع عينهما للتخير ، كما لو حصر الحق في واحد وعينه للمبيع ، فانه بسلا اشكال يتعين ، فكذا في عيدين .

(٢) من أن المقبوض بالسوم يبيع بالقوة بخلاف الصورة المفروضة .

(٣) أي غير ذلك الوجه كأن كان لضمان المقبوض بالسوم دليل من شهرة أو اجماع ليس فيما نحن فيه .

(٤) عطف على قوله : اما لعدم ضمان المقبوض بالسوم . وحاصله ان حكم

ويشكل^(١) بانحصار الحق الكلي قبل تعيينه في فردين ، ومنع ثبوت الفرق بين حصره في واحد وبقائه كلياً ، وثبوت المبيع في نصف الموجود المقتضي للشركة ، مع عدم الموجب لها ، ثم الرجوع الى التخيير لو وجد الأبق ، وأن دفعه الاثنين ليس تشخيصاً^(٢) وان حصر الامر فيهما ، لاصالة بقاء الحق في الذمة الى أن يثبت

التخيير المزبور حكم الخيار الذي لا يضمن الحيوان التالف في وقته أو وقت الخيار ، لان التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له كما مر سابقاً .

(١) يعني يشكل الحكم بانحصار الحق الكلي في فردين . وكأن قوله « قبل تعيينه » قيد توضيحي للكلي ، اذ نفس الكلي عبارة أخرى عن عدم التعيين . ووجه الاشكال : ان الحق الكلي لا ينحصر في الفرد ولا يتعين الا اذا دفع الفرد الى ذي الحق بقصد التملك وانسه حقه لا بعنوان جعله تحت يده حتى يتخير .

(٢) اذ انحصار الحق فيهما انما هو فيما اذا ورد البيع على عينهما ، وهو خلاف الفرض .

قوله « ومنع ثبوت الفرق » عطف على قوله « بانحصار الكلي » أي ويشكل بمنع ثبوت الفرق - يعني بمنع عدم الفرق بين الانحصار في فردين وفي فرد واحد - المستفاد من قوله : كما لو حصر الحق في واحد ، مشكل ، أي هذا المنع ممنوع ، بل الفرق موجود .

وفي بعض نسخ الكتاب على ما حكى « مع ثبوت الفرق » ، أي وجود الفرق بين حصره في واحد وبقائه كلياً ، وهذا هو الصحيح ، أي حصره ودفعه

المزيل شرعاً ، كما لو حصره في عشرة وأكثر . هذا مع ضعف الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام المخالفة للاصول .

(وفي انسحابه في الزيادة على اثنين ان قلنا به) في الاثنين ، وعملنا بالرواية (تردد) من صدق العبدین في الجملة ، وعدم ظهور تأثير الزيادة ، مع كون محل التخيير زائداً عن الحق ، والخروج عن المنصوص المخالف للاصل ، فان سحبنا المحكم وكانوا ثلاثة فأبق واحد فأت ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن الى آخر ما ذكر . ويحتمل بقاء التخيير^١ وعدم فوات شيء ، سواء حكمنا بضمان الابق أم لا ، لبقاء محل التخيير^٢ الزائد عن الحق .

(وكذا لو كان المبيع غير عبد كامة) فدفع اليه أمتين أو اماء ، وقطع في الدروس بثبوت المحكم هنا ، (بل) في انسحاب المحكم (في أي عين كانت) كثوب وكتاب ، اذا دفع اليه منه اثنين ، أو أكثر ، التردد ، من المشاركة فيما ظن كونه علة المحكم وبطلان

الى المشتري كما هو الفرض ، وأما لو حصره في واحد ولم يقبضة المشتري فهو أيضاً لا يتعين ، كما لعله ظاهر .

(١) أي في صورة الزيادة على اثنين وعدم فوات شيء من المبيع فله اختيار عبد تام ، بخلاف مورد الرواية فان له نصف العبد الباقي .

(٢) أي في فرض كونهم ثلاثة لو أبق واحد منهم لبقى محل التخيير الزائد عن

الحق .

القياس. والذي ينبغي القطع هنا بعدم الانسحاب ، لانه قياس محض لانقول به .

ولو هلك أحد العبدین ففي انسحاب الحكم الوجهان ، من أن تنزىل الابق منزلة التلف يقتضي الحكم مع التلف بطريق أولى ، ومن ضعفه بتنجز التنصيف من غير رجاء لعود التخيير ، بخلاف الابق . والاقوى عدم اللحاق . هذا كله على تقدير العمل بالرواية ، نظراً الى انجبار ضعفها بما زعموه من الشهرة .

والذي أراه منع الشهرة في ذلك ، وانما حكم الشيخ بهذه ونظائرها على قاعدته^١ ، والشهرة بين أتباعه خاصة كما أشرنا اليه في غيرها^٢ .

والذي يناسب الاصل أن العبدین ان كانا مطابقين للمبيع تخير بين اختيار الابق والباقي ، فان اختار الابق رد الموجود ولا شيء له ، وان اختار الباقي انحصر حقه فيه ، وبني ضمان الابق على ما سبق ، ولا فرق حينئذ بين العبدین وغيرهما من الزائد والمخالف^٣ . وهذا هو الاقوى .

(١) وهي قبول شهادة من تحرز عن الكذب وان كان فاسقاً .

(٢) أي في غير هذه الرواية في المسألة السادسة .

(٣) أي الزائد على العبدین والمخالف كالامة أو عين أخرى كثوب وكتاب

(الفصل الرابع : في بيع الثمار)

(ولا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها)^(١) وهو بروزها الى الوجود وان كانت في طلع أو كمام (عاماً) واحداً . بمعنى ثمرة ذلك العام وان وجدت في شهر أو أقل ، سواء في ذلك ثمرة النخل وغيرها ، وهو موضع وفاق ، وسواء ضم اليها شيئاً^(٢) أم لا .

(ولا) بيعها قبل ظهورها أيضاً (أزيد) من عام (على الاصح) للخمر ، ولم يخالف فيه الا الصدوق^(٣) لصحيحة^(٤) يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام الدالة على الجواز ، ولا يخلو من قوة ان لم يثبت الاجماع على خلافه^(٥) .

(ويجوز) بيعها (بعد بدو صلاحها) اجماعاً ، (وفي جوازه قبله بعد الظهور) من غير ضمنية ، ولا زيادة عن عام ، ولا مع

(١) أي قبل أن يوجد لا الخروج من وعائها ، ولذا فسر الشارح قدس سره بقوله : وهو بروزها الى الوجود وان كانت في طلع أو كمام .

(٢) هذا اذا كانت الضمنية غير مقصودة بالبيع ، بأن تكون تابعة ، وأما لو كانت الضمنية مقصودة والثمره تابعة فالبيع صحيح .

(٣) فإنه قال بجوازه ، فإنه علل في الرواية بأنه ان لم يحمل في هذه حمل في السنة الأخرى .

(٤) الوسائل كتاب التجارة الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٨ .

(٥) كما عن ابن ادریس دعوى الاجماع عليه .

الاصل ، ولا بشرط القطع (خلاف ، أقربه الكراهة) جمعاً بين الاخبار^١ بحمل ما دل منها على النهي على الكراهة ، والقول الاخر للاكثر المنع .

(وتزول) الكراهة (بالضميمة) الى ما يصح افراده بالبيع ، (أو شرط القطع) وان لم يقطع بعد ذلك مع تراضيهما عليه ، (أو بيعها مع الاصول) وهو فى معنى الضميمة ، (وبدو الصلاح) المسوغ للبيع مطلقاً^٢ ، أو من غير كراهة وهو (احمرار التمر) بالمشناة من فوق مجازاً فى ثمرة النخل ، باعتبار ما يؤول اليه ، (أو اصفراره) فيما يصفر ، (أو انعقاد ثمرة غيره) من شجر الفواكه (وان كانت فى كمام) بكسر الكاف جمع أكمة^٣ بفتح الهمزة وكسر الكاف وفتح الميم مشددة ، وهي غطاء الثمرة والنور كالرمان ، وكذا لو

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث : ٣ .

(٢) أي المجوز للبيع على الاطلاق ، أعم من أن يكون قبل البدو محرماً أو مكروهاً على خلاف فيه أو من غير كراهة . وحاصله : ان بدو الصلاح مسوغ للبيع مطلقاً على القول بالتحريم قبل البدو أو الكراهة .

(٣) أي جمعه ، فحذف الضمير المضاف اليه ، فلفظ جمع فى كلام الشارح ليس مضافاً الى اكمة بل هو مبتدئ واكمة خبره ، وحذف المضاف اليه لا محذور فيه اذا كان عليه قرينة .

كانت في كمامين كالجوز واللوز ، وهذا هو الظهور المجوز للبيع أيضاً^(١) .

وانما يختلف بدو الصلاح والظهور في النخل ، ويظهر^(٢) في غيرها عند جعله تنائر الزهر بعد الانعقاد ، أو تلون الثمرة ، أو صفاء لونها ، أو الحلاوة ، وطيب الاكل في مثل التفاح ، أو النضج في مثل البطيخ ، أو تناهي عظم بعضه في مثل القثاء ، كما زعمه الشيخ رحمه الله في المبسوط .

(ويجوز بيع الخضر^(٣) بعد انعقادها) وان لم يتناه عظمها^(٤) (لقطعة ولقطات معينة) أي معلومة العدد ، (كما يجوز شراء الثمرة

(١) أي الانعقاد كما يتحقق به بدو الصلاح كذلك هو الظهور المجوز للبيع أيضاً ، الا في النخل فان بدو صلاحه مخالف للظهور ، اذ بدو صلاحه هو الاحمرار والاصفرار .

(٢) أي يظهر الاختلاف بين الظهور وبدو الصلاح عند جعل بدو الصلاح تنائر الزهر بعد الانعقاد ، لأنهم اختلفوا في بدو الصلاح في غير النخل ، فعن الأشهر أنه انعقاد الثمرة ، وعن الشيخ في النهاية وجماعة أن حده مع الانعقاد تنائر الورد ، والقول الثالث ما نقله الشارح عن المبسوط بقوله : أو تلون الثمرة - الخ .

(٣) مثل البادنجان ونحوه .

(٤) كما عن المشهور ، وعن بعض اشتراطه .

الظاهرة ، وما يتجدد في تلك السنة ، وفي غيرها) مع ضبط السنين ، لان الظاهر منها بمنزلة الضميمة الى المعدوم ، سواء كانت المتجددة من جنس الخارجة ، أم غيره .

(ويرجع في اللقطة الى العرف) فما دل على صلاحيته للقطع يقطع وما دل على عدمه لصغره ، أو شك فيه لا يدخل . أما الاول فواضح ، وأما المشكوك فيه فلاصالة بقائه على ملك مالكة ، وعدم دخوله فيما اخرج باللقط .

(فلو امتزجت الثانية) بالاولى لتأخير المشتري^١ قطعها في أوانه (تأخير المشتري بين الفسخ والشركة) للتعيب بالشركة ، ولتعذر تسليم المبيع منفرداً ، فان اختار الشركة فطريق التخلص بالصلاح .

(ولو اختار الامضاء فهل للبائع الفسخ لعيب الشركة ؟ نظر ، أقربه ذلك اذا لم يكن تأخر القطع بسببه) بأن يكون قد منع المشتري منه .

(وحينئذ) أي حين اذ يكون الخيار للبائع (لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع ، وقبض المشتري أمكن عدم

(١) الظاهر أن هذا القيد غير محتاج اليه ، لانه يوهم أن سبب الامتزاج هو

المشتري ، مع أن موضوع المسألة أعم من أن يكون سبب الامتزاج تأخير المشتري أو غيره كما يظهر من المتن .

الخيار للمشتري) ، لان التعيب جاء من قبله فيكون دركه عليه ، لا على البائع كما لو حصل مجموع التلف من قبله ، (ولو قيل : بأن الاختلاط ان كان قبل القبض تخير المشتري) مطلقاً^(١) ، لحصول النقص مضموناً على البائع كما يضمن الجملة كذلك .

(وان كان بعده فلا خيار لاحدهما) ، لاستقرار البيع بالقبض ، وبراءة البائع من دركه بعده (كان قوياً) وهذا القول لم يذكر في الدروس غيره جازماً به . وهو حسن ان لم يكن الاختلاط قبيل القبض بتفريط المشتري ، والا فعدم الخيار له أحسن ، لان العيب من جهته فلا يكون مضموناً على البائع .

وحيث يثبت الخيار للمشتري بوجه لا يسقط ببذل البائع له ما شاء ، ولا الجميع على الاقوى ، لاصالة بقاء الخيار وان انتفت العلة الموجبة له ، كما لو بذل للمغبون التفاوت^(٢) ولما في قبول المسموح به من المنة .

(وكذا يجوز بيع ما يخرط) أصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيبي ثم يمرها عليه الى أسفله ليأخذ عنه الورق ، ومنه المثل السائر^(٣) « دونه خرط القنادر » والمراد هنا ما يقصد من

(١) أي سواء كان الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري أم لا .

(٢) حيث أن خيار الغبن لا يسقط ببذل التفاوت كما هو محرز في محله .

(٣) أي السائر بين الناس . والقنادر شجر صلب له شوك كالابر ، يقال « من

ثمرته ، ورقه (كالحناء والتوت) بالتائين المثنائين من فوق (خرطة وخرطات ، وما يجز كالرطوبة) بفتح الراء وسكون الطاء ، وهي الفصية والقضب^(١) ، (والبقل) كالنعناع (جزء وجزات) .
 (ولا تدخل الثمرة) بعد ظهورها (في بيع الاصول) مطلقاً^(٢) ،
 ولا غيره من العقود ، (الا في) ثمرة (النخل) فانها تدخل في بيعه خاصة (بشرط عدم التأبير)^(٣) ، ولو نقل أصل النخل بغير البيع^(٤) فكغيره من الشجر .

(ويجوز استثناء ثمرة شجرة معينة ، أو شجرات) معينة ،
 (وجزء مشاع) كالنصف ، والثلث (وأرطال معلومة ، وفي هذين)
 الفردين - وهما استثناء الجزء المشاع والارطال المعلومة - (يسقط

دون هذا الأمر خرط القناد « أي خرط القناد أسهل من هذا الأمر .

(١) وفي اللغة الفصية نبات تعلفه الدواب ، وهي كذلك ما دامت رطبة ، جمع فصافص ، والعامية تقول فصية . والقضب بالفتح كل نبت اقتضب وأكل طرياً .
 (٢) ثمرة النخل أو غيرها .

(٣) التأبير تشفيق طلع الاناث وذر طلع الذكور فيه ، وهذا تلقحه واصلاحه على ما هو معروف بين أهل النخيل .

(٤) وعن الشيخ جميع عقود المعاوضات كالبيع في دخول الثمره قبل التأبير في ملك المشتري ، وهو قوى للانفهام العرفي من أن البيع لا خصوصية له وان ذكره في لسان الدليل من باب المثال .

من الثنيا^(١) وهو المستثنى (بحسابه) أي نسبته الى الاصل (لو خاست ^(٢) الثمرة) بأمر من الله تعالى .

(بخلاف المعين) كالشجرة والشجرات ، فان استثناءها كبيع الباقي منفرداً ، فلا يسقط منها بتلف شيء من المبيع شيء ، لامتيياز حق كل واحد منهما عن صاحبه ، بخلاف الاول لانه حق شائع في الجميع فيوزع الناقص عليهما اذا كان التلف بغير تفريط .

قال المصنف رحمه الله في الدروس: وقد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبرة على الاشاعة ، وقد تقدم ما يرجح عدمه ^(٣) ، ففيه سؤال الفرق .

وطريق توزيع النقص على الحصاة المشاعة : جعل الذاهب عليهما ، والباقي لهما ^(٤) على نسبة الجزء .

وأما في الارطال المعلومة فيعتبر الجملة بالتخمين ^(٥) ، وينسب

(١) الثناء بالضم اسم من الاستثناء ، والثنوى مثله .

(٢) أي تغيرت وفسدت .

(٣) أي تقدم في المسألة السابعة من شروط البيع ، حيث قال هناك في أواخر المسألة : وهل ينزل القدر المعلوم في الصورتين على الاشاعة أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة ؟ وجهان ، أجودهما الثاني .

(٤) كما لو كان الثنيا ربع الثمرة فتلف منها نصف المجموع فيسقط من المستثنى نصفه وهكذا .

(٥) كما اذا اعتبرها المعتبر بحسب التخمين خمسين مثلاً وكان المستثنى

اليها المستثنى ، ثم ينظر الذاهب فيسقط منه بتلك النسبة .

مسائل

(الأولى - لا يجوز بيع الثمرة بجنسها) أي نوعها الخاص كالعنب بالعنب والزبيب بالزبيب ، والرطب بالرطب والتمر (على أصولها) ، أما بعد جمعها فيصح مع التساوي^(١) (نخلا كان) المبيع ثمره (أو غيره) من الثمار ، اجماعاً في الاول ، وعلى المشهور في الثاني ، تعدية للعلة المنصوصة^(٢) في المنع من البيع الرطب بالتمر وهي نقصانه عند الجفاف ان بيعت بيابس^(٣) ، وتطرق^(٤) احتمال الزيادة في كل من العوضين الربويين . ولا فرق في المنع بين كون الثمن

عشرة والذاهب خمس المجموع وهو عشرة فيسقط من المستثنى خمسة وهوانان .

(١) الظاهر أن مراده بالتساوي هو التساوي في القدر وفي كون كل منهما رطباً أو يابساً ، لا التساوي في القدر فقط ، لأنه لا يجوز بيع رطبها بيابسها مع التساوي في القدر أيضاً ، لتطرق الربا فيه .

(٢) وهي النقصان عند الجفاف [الوسائل الباب ١٤ من أبواب الربا الحديث

١ - ٢ - ٦] .

(٣) هذا اشارة الى أن القياس لا يتم في صورة كونهما رطبين .

(٤) أي ولتطرق احتمال الزيادة فلا يؤمن من الربا . هذا ولكن قد رده في المسالك بمنع كون الثمره على الشجرة ربوياً ، لأنها ليست مكيلة ولا موزونة وانما تباع جزافاً ، فالعمدة هي العلة المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر

منها ومن غيرها ، وان كان الاول أظهر منعاً ^(١) .

(ويسمى في النخل مزابنة) وهي مفاعلة من الزبن وهو الدفع ، ومنه الزبانية ، سميت بذلك لبنائها على التخمين المقتضي للغبن ، فيريد المغبون دفعه ، والغابن خلافه فيتدافعان . وخص التعريف بالنخل للنص عليه بخصوصه مفسراً به المزابنة في صحيحة ^(٢) عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام ، والحق به غيره لما ذكرناه ^(٣) . وفي الحاق اليابس وجه ، والرطب نظر ^(٤) .

(ولا بيع السنبل بحب منه، أو من غيره من جنسه، ويسمى محاقلة) مأخوذة من الحقل جمع حقلة وهي الساحة التي تزرع ، سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقلة ، وخرج بالسنبل بيعه قبل ظهور الحب فانه جائز ، لانه حينئذ غير مطعوم ^(٥) .

وهي نقصانه عند الجفاف ، فان هذه العلة قائمة في غير النخل أيضاً .

(١) وذلك لاتحاد الثمن والمثمن .

(٢) الوسائل كتاب التجارة الباب ١٣ من أبواب بيع الثمار الحديث ١ .

(٣) من تعدية العلة المنصوصة وتطرق الربا .

(٤) أما وجه الحاق يابس غير النخل به ما سبق من تعدية الحكم للعلة

المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر . ووجه النظر في الحاق الرطب ما

نقلناه عن المسالك من منع كون الثمرة على الشجرة ربوية ، وهو المتجه .

(٥) أي غير طعام حتى يعتبر فيه الوزن أو الكيل .

(الا العرية)^(١) هذا استثناء من تحريم بيع المزابنة ، والمراد بها النخلة تكون في دار الانسان أو بستانه ، فيشتري مالكهما ، أو مستأجرهما ، أو مستعيرهما رطبها (بخرصها^(٢) تمرأ من غيرها) مقدرأ موصوفاً حالاً ، وان لم يقبض في المجلس^(٣) ، أو بلغت خمسة أوسق^(٤) ، ولا يجوز بتمر منها لئلا يتحد العوضان ، ولا يعتبر مطابقة

(١) العرية كما في مجمع البحرين النخلة يعبرها صاحبها غيره لياً كل ثمرتها فيعروها أي يأتيها ، من قولهم عروت الرجل أعروه اذا أتته ، أو من قولهم اناعرو من هذا الأمر أي خلومنه ، سميت بذلك لأنها استثنت من جملة النخيل الذي نهى عنها .

(٢) أي يجوز بيعها بخرصها تمرأ لا رطباً ، بأن يفرض كونه جافاً فيعين مقداره بحسب التخمين وبيع بما يساويه في المقدار من تمر آخر ، وليكن ذلك التمر مقدرأ من حيث الوزن موصوفاً حالاً حتى يتخلص من الربا الحكمي ، لأن الأجل قسطاً من الثمن كما هو محرر في باب الربا .

(٣) وعن الشيخ اشترط التقابض في المجلس تخلصاً من الربا ، وكان الربا المتوهم الذي أراد التخلص منه أنه اذا أخر التقابض يحصل الزيادة الحكمية لأجل الأجل فلا يجوز . وفيه : منع بيع الثمرة على الشجر ربوياً كما مر سابقاً ، ولو سلم فهو ما اذا اشترط التأخير والأجل لا ما اذا وقع اتفاقاً .

(٤) كما حكى عن ابن الأثير في نهايته حيث خص الرخصة بما اذا كانت أقل من خمسة أو سق ورد لعدم دليل على التخصيص ، فاطلاقات الأخبار محكمة . هذا ، وفي الشرائع : ولا يجوز بيع ما زاد على الواحد . نعم لو كان له في

ثمرتها جافة لثمنها فى الواقع ، بل تكفى المطابقة ظناً ، فلو زادت عند الجفاف عنه ، أو نقصت لم يقدح فى الصحة .
ولا عرية فى غير النخل ، فان ألحقناه^(١) بالمزابنة ، والا لم يتقيد بقيودها .

(الثانية - يجوز بيع الزرع قائماً) على أصوله ، سواء أحصد أم لا ، قصد قصله^(٢) أم لا ، لانه قابل للعلم^(٣) مملوك فتناولته الادلة ، خلافاً للصدوق حيث شرط كونه سنبلأ أو القصل ، (وحصيداً) أي محصوداً وان لم يعلم مقدار ما فيه ، لانه حينئذ غير مكيل ولا موزون ، بل يكفى فى معرفته المشاهدة ، (وقصيلاً) أي مقطوعاً بالقوة ، بأن شرط قطعه قبل أن يحصد لعلف الدواب ، فاذا باعه كذلك وجب

كل دار واحدة جاز ، وذلك لان الوحدة مأخوذة فى مفهوم العرية ، فتمت تعددت لاعرية .

(١) أي ولا عرية فى غير النخل حتى يحكم بحكمه ، وحينئذ فان ألحقناه فى الحكم بالمزابنة - وهو المنع من بيع ما على أصولها بجنسها - فهو اذ الجواز انما ورد فى العرية فيقتصر على مورده ، وان لم نلحقه بها لم يتقيد بقيود العرية بل يجوز بيع ثمرته بجنسها متمائلاً ، سواء انحدر الشجرة أم تعدد ، وسواء كان فى دار الغير أم فى بستانه أم غيرهما .

(٢) أحصد الزرع أي حان أو ان حصده . والقصل هو القطع لانه يقطع لعلف الدواب .

(٣) أي قابل للمعلومية التى هي شرط لصحة البيع .

على المشتري فصله بحسب الشرط .

(فلولم يفصله المشتري فللبائع فصله) وتفريغ أرضه منه ، لانه حينئذ ظالم ، ولا حق لعرق ظالم^١ ، (وله المطالبة بأجرة أرضه) عن المدة التي بقي فيها بعد امكان فصله مع الاطلاق ، وبعد المدة التي شرطا فصله فيها مع التعيين .

ولو كان شراؤه قبل أو ان فصله وجب على البائع الصبر الى أو انه مع الاطلاق ، كما لو باع الثمرة والزرع للحصاد .

ومقتضى الاطلاق^٢ جواز تولي البائع قطعه مع امتناع المشتري منه وان قدر على الحاكم ، وكذا أطلق جماعة .

والاقوى توقفه على اذنه حيث يمتنع المشتري^٣ مع امكانه ،

فان تعذر^٤ جاز له حينئذ مباشرة القطع ، دفعاً للمضرر المنفي ، وله ابقاؤه والمطالبة بأجرة الارض عن زمن العدوان ، وأرش الارض ان نقصت بسببه ، اذا كان التأخير بغير رضاه .

(الثالثة - يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه

من الثمرة) بخرض معلوم وان كان منها ، (ولا يكون) ذلك

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب كتاب الغصب الحديث ١ .

(٢) أي اطلاق عبارة المصنف .

(٣) لأن الحاكم ولي الممتنع ، فلا يجوز للبائع تولي قطعه بدون اذنه .

(٤) أي تعذر الحاكم جاز للمشتري .

(بيعاً) ، ومن ثم لم يشترط فيه شروط البيع ، بل معاملة مستقلة .
وفى الدروس أنه نوع من الصلح ، (و) يشكل بأنه (يلزم بشرط
السلامة) ، فلو كان صلحاً للزم مطلقاً^(١) .

وظاهر المصنف رحمه الله والجماعة أن الصيغة بلفظ القبالة ،
وظاهر الاخبار^(٢) تأديه بما دل على ما اتفقا عليه ، ويملك المتقبل
الزائد ويلزمه^(٣) لو نقص . وأما الحكم بأن قراره مشروط بالسلامة ،
فوجهه غير واضح ، والنص^(٤) خال عنه . وتوجيهه : بأن المتقبل لما
رضي بحصة معينة في العين صار بمنزلة الشريك ، فيه أن العوض
غير لازم كونه منها ، وان جاز ذلك فالرضا بالقدر ، لا به مشتركاً ،

(١) أي مع السلامة وعدمها . ويندفع بأن اللزوم من لوازم الصلح المطلق
لا مطلق الصلح ، فيمكن أن يكون بعض أفراده مشروطاً بالسلامة . وقول الدروس
إشارة الى هذا المعنى .

ولا يخفى أن هذا مبني على حصر المعاملات ، فلا بد وان تكون المعاملة
المزبورة داخلية في أحد عناوين المعاملات من البيع أو الصلح أو غيرها مما يحفظ
على الحصر المزبور ، ولكن لا دليل عليه بل الدليل على خلافه كما هو مذکور في
محلّه ، فالأقوى أنها معاملة مستقلة كما أنه يستظهر من الأخبار .

(٢) الوسائل كتاب التجارة أبواب بيع الثمار الباب ١٠ .

(٣) أي ويلزم المتقبل ما اتفقا عليه لو نقص .

(٤) الوسائل كتاب التجارة الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار .

الا أن ينزل على الاشاعة كما تقدم^(١) .

ولو كان النقصان لا بأفة بل لخلل في الخرص لم ينقص شيء ، كما لا ينقص لو كان بتفريط المتقبل ، وبعض الاصحاب سد باب هذه المعاملة^(٢) ، لمخالفتها للاصول الشرعية .

والحق أن أصلها ثابت ، ولزومها مقتضى العقد ، وباقي فروعها^(٣) لا دليل عليه .

(الرابعة - يجوز الاكل مما يمر به من ثمر النخل والفواكه والزرع ، بشرط عدم القصد ، وعدم الافساد) أما أصل الجواز فعليه الاكثر ، ورواه^(٤) ابن أبي عمير مرسل عن الصادق عليه السلام ، ورواه غيره ، وأما اشتراط عدم القصد فللدلالة ظاهر المرور عليه ،

(١) في الفصل الرابع في بيع الثمار في استثناء جزء مشاع أو ابطال معلومة .

(٢) وهو ابن ادريس قدس سره في السرائر ، وحاصل ما في محكي سرائره :

انه أما بيع أو صلح ، وكلاهما باطلان : أما البيع فلأنه من مصاديق المزابنة ، وأما الصلح فلأنه ان كان بقلته من تلك الأرض فهو صلح باطل لأجل الغرر لأنه غير مضمون ، فان كان ذلك فالغلة بينهما سواء زاد الخرص أو نقص تلفت منهما أو سلمت - الى آخر ما قال في هذا المقام .

هذا ، وقد تقدم أن المعاملات ليست منحصرة حتى يلزم محذور ، والدليل الخاص دل على صحته .

(٣) كاشتراط لزوم الصيغة بكونه بلفظ القبالة وغير ذلك .

(٤) الوسائل كتاب التجارة الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث ٣ .

والمراد كون الطريق قريبة منها بحيث يصدق المرور عليها عرفاً ،
لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة .

وأما الشرط الثاني فرواه ^١ عبدالله بن سنان عن الصادق عليه
السلام ، قال : يأكل منها ولا يفسد . والمراد به أن يأكل كثيراً
بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً ويصدق معه الافساد عرفاً ، ويختلف ذلك
بكثرة الثمرة والمارة وقتلتهما ، وزاد بعضهم عدم علم الكراهة ولا
ظنها ، وكون الثمرة على الشجرة .

(ولا يجوز أن يحمل) معه شيئاً منها وان قل ، للنهي ^٢ عنه
صريحاً في الاخبار ، ومثله أن يطعم أصحابه ، وقوفاً فيما خالف
الاصل على موضع الرخصة ، وهو أكله بالشرط .

(وتركه بالكلمة أولى) ، للخلاف فيه ، ولما روي ^٣ أيضاً من
المنع منه ، مع اعتضاده بنص الكتاب ^٤ الدال على النهي عن أكل
أموال الناس بالباطل ، وبغير تراض ، ولقبح التصرف في مال الغير ،
وباشتمال أخبار النهي على الحظر ، وهو مقدم على ما تضمنه الاباحة ^٥

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث ١٢ .

(٢) الوسائل كتاب التجارة الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث ٤ .

(٣) الوسائل كتاب التجارة الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث ٧ .

(٤) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٥) وذلك لأن دفع الضرر أولى من جلب النفع كما في محكي المسالك .

والرخصة ، ولمنع كثير من العمل بخبر الواحد^١ فيما وافق الاصل فكيف فيما خالفه .

(الفصل الخامس - فى الصرف وهو بيع الاثمان)

وهي الذهب والفضة (بمثلها^٢ ، ويشترط فيه) زيادة على غيره من أفراد البيع (التقابض فى المجلس) الذي وقع فيه العقد ، (أو اصطحابهما) فى المشي عرفاً^٣ وان فارقه (الى) حين (القبض) ، ويصدق الاصطحاب بعدم زيادة المسافة التي بينهما عنها وقت العقد ، فلو زادت ولو خطوة بطل^٤ ، (أو رضاه) أي رضا الغريم الذي هو المشتري ، كما يدل عليه آخر المسألة^٥ (بما فى ذمته) أي ذمة المديون الذي هو البائع (قبضاً) أي مقبوضاً ، أقام المصدر

(١) كابن ادريس والسيد المرتضى والطبرسي على ما حكى عنهم .

(٢) وهو بيع الذهب بالذهب أو بالفضه أو الفضة بالفضة أو بالذهب .

(٣) أي بحيث يصدق أنهما مصطحبان عرفاً ، فلو كانت المسافة بينهما بعيدة حين مفارقتهما مجلس العقد بطل .

(٤) ولا يخفى أن التقدير المذكور مما لا دليل عليه ، فالمتعين حمل الأصحاب والافتراق على ما يصدقان عليه عرفاً ، فان المحكم فى أمثال ذلك هو العرف كما هو واضح .

(٥) وهو قوله اذا اشترى بما ذمته نقداً آخر ، اذا الملحوظ فيه رضا المشتري

لا البائع .

مقام المفعول (بوكالته) اياه (فى القبض) ، لما فى ذمته .
 وذلك (فيما اذا اشترى) من له فى ذمته نقد (بما فى ذمته)
 من النقد (نقداً آخر) ، فان ذلك يصير بمنزلة المقبوض .

مثاله : أن يكون ازيد فى ذمة عمرو دينار فيشترى زيد من عمرو بالدينار عشرة دراهم فى ذمته ويوكله فى قبضها فى الذمة ، بمعنى رضاه بكونها فى ذمته . فان البيع والقبض صحيحان ، لان ما فى الذمة بمنزلة المقبوض بيد من هو فى ذمته ، فاذا جعله وكيلاً فى القبض صار كأنه قابض لما فى ذمته ، فصديق التقابض قبل التفرق .
 والاصل فى هذه المسألة ما روي ^(١) فيمن قال لمن فى ذمته دراهم : حولها الى دنانير ، أن ذلك يصح وان لم يتقابضا ، معللاً بأن النقيدين من واحد ^(٢) . والمصنف رحمه الله عدل عن ظاهر الرواية الى الشراء بدل التحويل والتوكيل ، صريحاً فى القبض ^(٣) والرضا فيه بكونه فى ذمة الوكيل القابض ، لاحتياج الرواية الى تكلف

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب ٤ من أبواب الصرف .

(٢) أي من شخص واحد ، اذ فيها : أليس الدراهم من عندك والدنانير من

عندك ، الوسائل الباب : ٤ من أبواب الصرف الحديث ١ .

(٣) أي عدل عن ظاهر الرواية ، وهو التوكيل ضمناً فى القبض الى التوكيل

صريحاً فيه .

ارادة هذه الشروط ^١) بجعل الامر بالتحويل توكيلا في تولي طرفي العقد ، وبنائه ^٢) على صحته وصحة القبض اذا توقف البيع عليه بمجرد التوكيل في البيع ، نظراً الى أن التوكيل في شيء اذن في لوازمه التي يتوقف عليها ^٣). ولما كان ذلك أمراً خفياً عدل المصنف رحمه الله الى التصريح بالشروط .

(ولو قبض البعض) خاصة قبل التفرق (صح فيه) أي في ذلك البعض المقبوض وبطل في الباقي (وتخييراً) معاً في اجازة ما صح فيه وفسخه ، لتبعض الصفقة (اذا لم يكن من أحدهما تفريط) في تأخير القبض . ولو كان تأخيره بتفريطهما فلا خيار لهما ، واو اختص أحدهما به سقط خياره ، دون الآخر ، (ولا بد من قبض الوكيل) في القبض عنهما ، أو عن أحدهما (في مجلس العقد قبل تفرق المتعاقدين) .

(١) وهي الشراء والقبض والرضا فيه أي في القبض بكونه في ذمة الوكيل

القابض .

(٢) أي وبناء صحة التوكيل في تولي طرفي العقد على صحة تولي طرفي العقد من واحد ، اذ لو لم يصح - كما حكى عن جماعة من الفقهاء - لم يكن التوكيل فيه صحيحاً ، لعدم صحة متعلق الوكالة ، وكذا على صحة القبض بأن يكون وكيلا فيه ويكون ما في الذمة مقبوضاً بيده بسبب التوكيل في البيع اذا توقف البيع على القبض ، أي لا يكون صحيحاً بدونه ، فيكون التوكيل في البيع توكيلا في القبض الذي يتوقف عليه صحة البيع .

(٣) أي في لوازم الشيء التي يتوقف ذلك الشيء على تلك اللوازم .

ولا اعتبار بتفرق الوكيل وأحدهما^(١) ، أوهما ، أو الوكيلين ،
 وفي حكم مجلس العقد ما تقدم^(٢) ، فكان يغني قوله : قبل تفرق
 المتعاقدين عنه ، لشمول الثاني ، لما في حكم المجلس .
 هذا اذا كان وكيلاً في القبض دون الصرف ، (ولو كان
 وكيلاً في الصرف) سواء كان مع ذلك وكيلاً في القبض أم لا
 (فالمعتبر مفارقتة) لمن وقع العقد معه دون المالك . والضابط أن
 المعتبر التقابض قبل تفرق المتعاقدين ، سواء كانا مالكين أم وكيلين .

(١) بحيث لو كانا في مجلس العقد فنفرقا لأوجب هذا التفرق بطلاق العقد ،
 وهكذا لو كان الوكيل والمتعاقدين جميعاً في المجلس ثم تفرق الوكيل والمتعاقدان
 فانه لا اثر لهذه التفرقة وكذا تفرق الوكيلين . فالمعتبر انما هو تفرق المتعاقدين
 لاغير ، فانه يصير سبباً لبطلان الصرف .

وهذا اعتراض على ظاهر قول المصنف « ولا بد من قبض الوكيل في مجلس
 العقد » ، فان المعتبر حضور المتعاقدين في مجلس العقد حين القبض ، سواء
 كان الوكيل في القبض حاضراً في المجلس أم غائباً .

(٢) وهو اصطحابهما الى حين القبض . والمتحصل من اعتراض الشارح أن
 قبض الوكيل في المجلس وما في معناه لا يعتبر في الصرف ، فقوله « في مجلس
 العقد » زائد . ولكن قوله فكان يغني قوله قيل تفرق المتعاقدين عنه أي عن
 مجلس العقد ، يوهم خلاف ذلك وانه معتبر ولكنه ليس بمقصود . وكيف كان
 فالمعتبر هو تفرق المتعاقدين لا الوكيل وأحدهما أوهما أو الوكيلين . فليتأمل
 حتى يرتفع الاشتباه كما وقع عن بعض .

(ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد) ^(١) ، لانه حينئذ يجمع حكم الربا والصرف ، فيعتبر فيه التقابض في المجلس نظراً الى الصرف ، وعدم التفاضل نظراً الى الربا ، سواء اتفقا في الجودة والرداءة والصفة أم اختلفا ، بل (وان كان أحدهما مكسوراً أو رديئاً) والاخر صحيحاً ، أو جيد الجواهر .

(وتراب معدن أحدهما يباع بالآخر ، أو بجنس غيرهما) لا بجنسه ، لاحتمال زيادة أحد العوضين عن الآخر ، فيدخل الربا . ولو علم زيادة الثمن عما في التراب من جنسه ^(٢) لم يصح هنا وان صح في المغشوش بغيره ، لان التراب لا قيمة له ليصلح في مقابلة الزائد .

(وترابهما) اذا جمعا ، أو أريد بيعهما معاً ^(٣) (يباعان بهما)

(١) كالفضة بالفضة أو الذهب بالذهب ، ويجوز في المختلف كالذهب بالفضة وبالعكس .

(٢) وذلك لأن التراب لا قيمة له حتى يصلح في مقابلة الزائد ، بخلاف المغشوش بغير التراب كالتحاس مثلاً، فان الغش له قيمة اذ تراب المعدن ليس كاه ذهب أو فضة بل فيه شيء من الذهب أو الفضة والباقي تراب لا قيمة له بخلاف المغشوش بغيره كالمغشوش بالححاس أو فلز آخر فان له قيمة يصلح أن يكون في مقايسة الزائد فحينئذ لا تفاضل في الجنس الواحد حتى يكون المعاملة ربوية بل الزائد يقع في مقابل النحاس مثلاً .

(٣) أي اذا اختلطا ولم يتميزا، أو أريد بيعهما معاً وان كانا متميزين يجوز بيعهما

فينصرف كل الى مخالفه ، ويجوز بيعهما بأحدهما مع زيادة الثمن على مجانسه بما يصلح عوضاً في مقابل الآخر ، وأولى منهما^(١) بيعهما بغيرهما .

(ولا عبرة باليسير من الذهب في النحاس) يضم النون ، (واليسير من الفضة في الرصاص) بفتح الراء ، (فلا يمنع من صحة البيع بذلك الجنس) وان لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك اليسير، ولم يقبض في المجلس ما يساويه ، لانه مضمحل ، وتابع غير مقصود بالبيع . ومثله المنقوش منهما على السقوف والجدران بحيث لا يحصل منه شيء يعتد به على تقدير نزعه .

ولا فرق في المنع من الزيادة في أحد المتجانسين بين العينية - وهي الزيادة في الوزن - والحكمية ، كما لو بيع المتساويان وشرط مع أحدهما شرطاً وان كان صنعة .

(وقيل : يجوز اشتراط صياغة خاتم في شراء درهم بدرهم ، للرواية)^(٢) التي رواها أبو الصباح الكناني رحمه الله عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يقول للصائغ : صنع لي هذا الخاتم ، وابدل لك درهماً طازجياً بدرهم غلة . قال عليه السلام « لا بأس » .

بهما أي بالذهب والفضة .

(١) أي أولى منهما بالجواز ، اذ لا توهم للربا حينئذ .

(٢) الوسائل كتاب التجارة الباب ١٣ من أبواب الصرف الحديث ١ .

واختلفوا فى تنزيل الرواية فقليل : ان حكمها مستثنى من الزيادة الممنوعة ، فيجوز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغة الخاتم ، ولا يتعدى الى غيره ، اقتصاراً فيما خالف الاصل على موضع النص . وهو القول الذي حكاه المصنف رحمه الله ، وقيل يتعدى الى كل شرط ، لعدم الفرق ، وقيل : الى كل شرط حكمي .

والاقوال كلها ضعيفة ، لان بناءها على دلالة الرواية على أصل الحكم (وهي غير صريحة فى المطلوب) ، لانها تضمنت ابدال درهم طازج بدرهم غلّة مع شرط الصياغة من جانب الغلّة .

وقد ذكر أهل اللغة أن الطازج هو الخالص ، والغلّة غيره وهو المغشوش ، وحينئذ فالزيادة الحكمية - وهي الصياغة - فى مقابلة الغش ، وهذا لا مانع منه مطلقاً^(١) . وعلى هذا يصح الحكم ويتعدى ، لا فى مطلق الدرهم^(٢) كما ذكروه ونقله عنهم المصنف رحمه الله ، (مع مخالفتها) أي الرواية (للاصل) لو حملت على الاطلاق كما ذكروه ، لان الاصل المطرد عدم جواز الزيادة من أحد الجانبين حكمية كانت أم عينية ، فلا يجوز الاستناد فيما خالف الاصل الى هذه الرواية ، مع أن فى طريقها من لا يعلم حاله .

(والاواني المصوغة من النقدين اذا بيعت بهما) معاً (جاز)

(١) أي سواء الزيادة حكمية أم عينية .

(٢) أي لكن لا يتعدى الى مطلق الدرهم حتى غير المغشوش .

مطلقاً، (وان بيعت بأحدهما) خاصة (اشترطت زيادته على جنسه) ،
لتكون الزيادة فى مقابلة الجنس الاخر ، بحيث تصلح ثمناً له وان
قل . ولا فرق فى الحالين ^١ بين العلم بقدر كل واحد منهما وعدمه ،
ولا بين امكان تخليص أحدهما عن الاخر وعدمه ، ولا بين بيعها
بالاقل مما فيها من النقيدين ، والاكثر .

(ويكفي غلبة الظن) فى زيادة الثمن على مجانسه من الجوهر ،
لعسر العلم اليقيني بقدره غالباً ، ومشقة التخليص الموجب له . وفى
الدروس اعتبر القطع بزيادة الثمن ، وهو أجود .

(وحلية السيف والمركب يعتبر فيها العلم ان أريد بيعها) أي
الحلية (بجنسها) ، والمراد بيع الحلية والمحلى ، لكن لما كان
الغرض التخلص من الربا والصرف خص الحلية ، ويعتبر مع بيعها
بجنسها زيادة الثمن عليها ، لتكون الزيادة فى مقابلة السيف والمركب
ان ضمهما اليها (فان تعذر) العلم (كفى الظن الغالب بزيادة الثمن

١) المراد بالحالين حال بيع الأواني المذكورة بهما وحال بيعهما بأحدهما ،
ونبه بذلك على رد الشيخ وجماعة حيث قالوا - على ما حكى عنهم - ان كان كل
واحد منهما معلوماً جاز بيعه بجنسه من غير زيادة وبغير الجنس ، وان زاد وان لم
يعلم وامكن تخليصها لم يبيع بالذهب ولا بالفضة - الى آخر ما حكى عنهم .

وجه الرد : مخالفة هذا التفصيل للقواعد المقررة فى باب الصرف والربا

وعدم دليل صالح لتخصيصها .

عليها) .

والاجود اعتبار القطع ، وفاقاً للدروس وظاهر الاكثر ، فان
تعذر بيعت بغير جنسها ، بل يحوز بيعها بغير الجنس مطلقاً^(١) كغيرها
وانما خص المصنف موضع الاشتباه .

(ولو باعه بنصف دينار فشق) أي نصف كامل مشاع ، لان
النصف حقيقة في ذلك^(٢) ، (الا أن يراد) نصف (صحيح عرفاً)
بأن يكون هناك نصف مضروب بحيث ينصرف الاطلاق اليه ، (أو
نطقاً) بأن يصرح بارادة الصحيح ، وان لم يكن الاطلاق محمولاً
عليه فينصرف اليه . وعلى الاول^(٣) فلو باعه بنصف دينار آخر تخير
بين أن يعطيه شقي دينارين ويصير شريكاً فيهما ، وبين أن يعطيه
ديناراً كاملاً عنهما ، وعلى الثاني^(٤) لا يجب قبول الكامل .

(١) أي سواء تعذر العلم أو الظن أم لا . ولم يذكر المصنف بيعها بغير الجنس ،
اذ لا اشتباه فيه من حيث الربا والصرف ، وانما الاشتباه في بيعها بالجنس ، فلذلك
نخصه بالذكر .

(٢) أي في النصف الكامل المشاع .

(٣) أي وعلى صورة الاطلاق ، فلو باع درهم أو شيء آخر بنصف دينار آخر
فصار مديوناً بنصفي دينار تخير بين أن يعطيه شقي دينارين ويصير شريكاً فيهما
وبين أن يعطيه ديناراً كاملاً عنهما .

(٤) أي في صورة ارادة النصف الصحيح لا يجب عليه قبول الكامل بل له

(وكذا) القول (في نصف درهم) وأجزائهما غير النصف :
 (وحكم تراب الذهب والفضة عند الصياغة) بفتح الصاد
 وتشديد الياء ^(١) جمع صائغ (حكم) تراب (المعدن) في جواز بيعه
 مع اجتماعهما بهما وبغيرهما ، وبأحدهما مع العلم بزيادة الثمن عن
 مجانسه ، ومع الانفراد بغير جنسه ^(٢) .

(ويجب) على الصائغ (الصدقة به مع جهل أربابه) بكل وجه .
 ولو علمهم في محصورين وجب التخليص منهم ، ^(٣) ، ولو بالصلاح
 مع جهل حق كل واحد بخصوصه ، ويتخير مع الجهل بين الصدقة
 بعينه وقيمته .

(والاقرب الضمان لو ظهروا ولم يرضوا بها) أي بالصدقة ،
 لعموم الأدلة الدالة على ضمان ما أخذت اليد ، خرج منه ما اذا
 رضوا ، أو استمر الاشتباه فيبقى الباقي .

المطالبة بالنصف غير الصحيح .

(١) ومن المحتمل أن يكون بكسر الصاد وتخفيف الياء مصدراً لصاغ ، بل
 لعله انصب ويمكن أن يكون الصاغة بدون الياء جمعاً للصانع كالقادة ونحوه ،
 لأنه لم يعهد كما قيل أن يكون الصياغة بالفتح والتشديد جمعاً للصايغ .

(٢) هذا إذا خالطه ما لا قيمة له كالتراب بحيث يجهل قدر الصافي منه ، فلو
 فرض كونه صافياً أو يعلم قدر الصافي يجوز بيعه بالجنس أيضاً .

(٣) هذا في صورة الامكان ، والافني المسألة ونظائرها وجوه . ولعل العمل
 بالقرعة في تعيين المالك هو الأقرب . والله العالم .

ووجه العدم اذن الشارع له فى الصدقة فلا يتعقب الضمان^(١) ،
ومصرف هذه الصدقة الفقراء والمساكين ، ويلحق بها ما شابهها
من الصنائع الموجبة لتخلف أثر المال ، كالحداة والطحن والخياطة
والخبازة .

(ولو كان بعضهم معلوماً وجب الخروج من حقه) وعلى هذا
يجب التخلص من كل غريم يعلمه ، وذلك^(٢) يتحقق عند الفراغ
من عمل كل واحد ، فلو أخر حتى صار مجهولاً أثم بالتأخير ، ولزمه
حكم ما سبق .

(خاتمة)

(الدراهم والدنانير يتعيان بالتعيين) عندنا (فى الصرف
وغيره) ، لعموم الأدلة^(٣) الدالة على التعيين ، والوفاء بالعقد ،

(١) وهذا هو الأوجه .

(٢) أي التخلص يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد ، لأن صاحب الحق
معلوم حينئذ ، وأما لو أخر عن الفراغ حتى صار مجهولاً أثم بالتأخير ولزمه حكم
ما سبق من وجوب الصدقة وغيره من الأحكام .

(٣) كالأمر بالإيفاء بالعقود في قوله تعالى « أفنوا بالعقود » وغيره ، فإذا اشتمل
العقد على التعيين لم يتم الوفاء به إلا بجميع مشخصاته .

ولقيام المقتضي في غيرها^(١) ، (فلو ظهر عيب في المعين) ثمناً كان أم مثنياً (من غير جنسه) بأن ظهرت الدراهم نحاساً أو رصاصاً (بطل) البيع (فيه) ، لان ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء ، والعقد تابع له ، (فان كان بازائه مجانسه بطل البيع من أصله) ان ظهر الجميع كذلك^(٢) ، والا فبالنسبة (كدراهم بدراهم ،

١) أي في غير الدراهم والدنانير ، يعني كما أن المقتضي لتعيين غيرها من العروض والامتنعة هو العقد فكذلك هو حاصل في الأثمان أيضاً ، فيتعين كالعروض وتترتب عليه الفروع المتفرعة عليه كوجوب دفع العين وغيره .
ونبه بذلك على خلاف أبي حنيفة ، حيث ذهب الى انها لا يتعين بالعقد بل بالقبض واثبت نقيض هذه الأحكام .

٢) ولا يخفى أنه لو كان المراد من عبارة المتن هذا - أي بطلان البيع من أصله في صورة ظهور الجميع كذلك والا فبالنسبة - لم يبق فرق بين هذه المسألة والفرض الذي أشار إليه بقوله « وان كان مخالفاً صح في السليم وما قابله » ، لأنه في كلا الفرضين يصح في السليم وما قابله ، كما لعله واضح .

ولعل مراد المصنف قدس سره بقوله « فان كان بأزائه مجانسه بطل البيع من أصله » ان ما جانسه بتمامه ظهر معيباً ومن غير جنسه كأن ظهرت الدراهم جميعاً رصاصاً أو نحاساً وفي المسألة التالية ظهر بعضه معيباً . وان كان هذا الاحتمال بعيداً بل لا يخلو من نظر ، ولم يتعرض الشارح قدس سره لوجه الفرق بين المسألتين ، ويمكن توجيه عبارة المصنف باستلزام الربا في المجانسه ، وذلك لأنه لو ظهر درهم من عشرة دراهم رصاصاً كشف عن وقوع البيع على عشرة دراهم بتسعة دراهم ، لأن وجود الدرهم المعيب كعدمه ، فيفسد البيع من أصله لأجل الربا .

وان كان (ما بازائه (مخالفاً) في الجنس (صحح) البيع (في السليم
ومسا قابله ، ويجوز) لكل منهما (الفسخ مع الجهل) بالعيب ،
لتبعض الصفقة .

(ولو كان العيب من الجنس) كمخشونة الجوهر ، واضطراب
السكة (وكان بأزائه مجانس ، فله الرد بغير أرش) ، لئلا يلزم
زيادة جانب المعيب المفضي الى الربا ، لان هذا النقص حكمي ،
فهو في حكم الصحيح ، (وفي المخالف) بازاء المعيب (ان كان
صرفاً) كما لو باعه ذهباً بفضة فظهر أحدهما معيباً من الجنس (فله
الارش في المجلس ، والرد) .

أما ثبوت الارش فللعيب ، ولا يضر هنا زيادة عوضه للاختلاف ،
واعتبر كونه في المجلس للصرف . ووجه الرد ظاهر ، لانه مقتضى
خيار العيب بشرطه .

(وبعد التفرق له الرد ، ولا يجوز أخذ الارش من النقدين) ،
لئلا يكون صرفاً ^١ (بعد التفرق ، ولو أخذ) الارش (من

ولكنه يندفع : بأن البيع انما وقع على العشرة وبظهور بعضها معيباً لا ينكشف
عن وقوع البيع على التسعة بل بطل في المعيب وما قابله خاصة . وهذا واضح .
١) ولا يخفى أن أخذ الأرش ليس معاوضة حتى يكون صرفاً أو غيره ، إذ
الصرف انما يتحقق في المعاوضة ، فاذا اختار الأرش يصير البائع مشغول الذمة
بجزء من الثمن الذي لا يقابله من المبيع شيء .

غيرهما قيل) والقائل العلامة رحمه الله : (جاز) ، لانه حينئذ كالمعاوضة بغير الاثمان ، فيكون جملة العقد بمنزلة بيع وصرف ، والبيع ما أخذ عوضه بعد التفريق .

ويشكل^(١) بأن الارش جزء من الثمن ، والمعتبر فيه النقد الغالب ، فاذا اختار الارش لزم النقد حينئذ^(٢) ، واتفاقهما على غيره معاوضة^(٣) على النقد الثابت في الذمة أرشاً لا نفس الارش .

ويمكن دفعه بأن الثابت - وان كان هو النقد - لكن لما لم يتعين الا باختياره الارش ، اذ لو رد لم يكن الارش ثابتاً كان ابتداء تعلقه بالذمة الذي هو بمنزلة المعاوضة اختياره^(٤) ، فيعتبر حينئذ

قال في محكي جامع المقاصد : ان المدفوع أرشاً ليس هو أحد عوضي الصرف وانما هو عوض صفة فائدة في أحد العوضين - الى آخر ما حكى عنه في هذا المقام . فليتأمل ، فيجوز أخذ الارش من النقدين ومن غيرها بعد التفريق وقبله مطلقاً .

(١) حاصل هذا الاشكال أن غير النقدين لا يمكن أن يكون أرشاً ، فلا يصح القول بأن جملة العقد بمنزلة بيع وصرف ، لأن البيع انما يترتب على الصرف ويقع بعده كما هو المفروض .

(٢) فيكون صرفاً فيبطل لكونه بعد التفريق .

(٣) أي الانفاق المذكور معاوضة على الارش وليست بأرش ، فلا ينفذ في تصحيح المعاملة الأولى .

(٤) يعني لما لم يتعين النقد الا حين اختياره الارش كان ابتداء تعلق النقد

قبضه قبل التفرق^(١) ، مراعاة للصرف . وكما يكفي في لزوم معاوضة الصرف دفع نفس الاثمان قبل التفرق كذا يكفي دفع عوضها قبله ، بل مطلق براءة ذمة من يطلب منه منه^(٢) ، فاذا انفقا على جعله من غير النقدين جاز ، وكانت المعاوضة كأنها واقعة به .

وفيه أن ذلك يقتضي جواز أخذه في مجلس اختياره من النقدين^(٣) أيضاً ، ولا يقولون به ، ولزومه وان كان موقوفاً على اختياره الا أن سببه العيب الثابت حالة العقد ، فقد صدق التفرق قبل أخذه وان لم يكن مستقراً^(٤) .

والحق أنا ان اعتبرنا في ثبوت الارش السبب لزم بطلان البيع

بالذمة الذي هو بمنزلة المعاوضة اختيار الأرش فقبل اختيار الأرش لا معاوضته ، فقوله « كان » جواب للشرط ، وقوله « ابتداء » تعلقه اسم لكان واختياره خبر لها .

(١) أي قبل التفرق عن المجلس الثاني .

(٢) أي يكفي مطلق براءته من يطلب منه العوض من العوض وان كان بهبته أو جعله عوضاً عما في ذمة الطالب لو كان في ذمته شيء ، فمنه الثانية متعلقة ببراءته والاولى يبطل .

(٣) أي مقتضى هذا التوجيه جواز أخذ الارش من النقدين في مجلس اختياره أيضاً والحال انهم لا يقولون به .

ثم هذا على سبيل النقص ، وبعد ذلك أورد عليه بقوله : ولزومه وان كان موقوفاً - الى آخر ما أورده .

(٤) أي وان لم يكن الأرش مستقراً .

فيما قابله بالتفرق قبل قبضه مطلقاً^(١) ، وان اعتبرنا حالة اختياره^(٢) ، أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل لزم جواز أخذه في مجلسه مطلقاً^(٣) ، وان جعلنا ذلك^(٤) كاشفاً عن ثبوته بالعقد لزم البطلان فيه أيضاً . وعلى كل حال^(٥) فالمعتبر منه النقد الغالب ، وما اتفقا على أخذه أمر آخر ، والوجه الاخير^(٦) أوضح ، فيتجه مع اختياره البطلان فيما قابله مطلقاً^(٧) ،

(١) وجه اللزوم أنه عوض عما أداه في مجلس عقد الصرف وقد انتفى شرط الصحة فيه وهو القبض في مجلس العقد ، فيكون باطلاً مطلقاً ، سواء كان قبض الأرض في مجلس الاختيار أم غيره وكونه من النقدين أو غيرهما .
ثم هذا مما يتعلق بشرح العبارة ، ولكن قد تقدم أن أخذ الأرض ليس معاوضة حتى يكون صرفاً أو غيره ، فيجوز أخذه مطلقاً لأنه عوض صفة فائتمة في أحد العوضين .

(٢) أي اعتبرنا في ثبوت الأرض حالة اختيار الأرض .

(٣) أي سواء كان الأرض من النقدين أم غيره .

(٤) لفظ « ذلك » إشارة الى اختيار الأرض ، والضمير المجرور في لفظ « فيه » عائد الى ما في قوله : فيما قابله في الوجه الأول . ووجه اللزوم ما ذكرناه هناك .
(٥) هذا تأكيد وتوضيح لورود الاشكال المذكور سابقاً ، وهو أن اتفاقهما معاوضة على النقد الثابت أرضاً لا نفس الأرض .

(٦) وهو كونه كاشفاً . وجه الأوضحية: ان الظاهر أن العقد حالة العيب هو السبب لاختيار الأرض ، ولازم ذلك أن يكون الاختيار كاشفاً عن ثبوت الأرض بالعقد .
(٧) سواء كان من النقدين أم غيرهما .

وان رضي بالمدفوع لزم^(١) .

فان قيل : المدفوع أرشاً ليس هو أحد عوضي الصرف ، وانما هو عوض صفة فائنة في أحد العوضين ، ويترتب استحقاقها على صحة العقد وقد حصل التقابض في كل من العوضين فلا مقتضي للبطلان، اذ وجوب التقابض انما هو في عوضي الصرف لا فيما وجب بسببهما .

قلنا: الارش وان لم يكن أحد العوضين، لكنه كالجزم من الناقص منهما ، ومن ثم حكموا بأنه جزء من الثمن نسبه اليه كنسبة قيمة الصحيح الى المعيب ، والتقابض الحاصل في العوضين وقع متزاولاً، اذ يحتمل رده رأساً ، وأخذ أرش النقصان الذي هو كتمة العوض الناقص ، فكان بمنزلة بعض العوض . والتخيير بين أخذه والعفو عنه ورد المبيع لا ينافي ثبوته^(٢) ، غايته التخيير بينه وبين أمر آخر ، فيكون ثابتاً ثبوتاً تخييرياً بينه وبين ما ذكر .

(ولو كان) العيب الجنسي (في غير صرف) بأن كان العوض

(١) أي وان رضي بالثمن المدفوع اليه من غير أرش لزم البيع

(٢) وجه توهم المنافاة أنه قد تم المعاوضة والقبض قبل ثبوت الأرش، فلا ربط

له بالعوضين حتى يكون عدم قبضه قبل التفريق مبطلا له .

وحاصل الجواب : ان التقابض وقع متزاولاً ، فلا ينافيه ثبوت الأرش ثبوتاً

تخييرياً بينه وبين ما ذكر ، وهو العفو عنه ورد المبيع .

الآخر عرضاً^(١) (فلا شك في جواز الرد والارش) ، اعطاء للمعيب حكمه شرعاً ، ولا مانع منه هنا (مطلقاً) سواء كان قبل التفرق ، أم بعده .

(ولو كانا) أي العوضان (غير معينين فله الأبدال) مع ظهور العيب جنسياً كان أم خارجياً ، لان العقد وقع على أمر كلي والمقبوض غيره ، فاذا لم يكن مطابقاً لم يتعين^(٢) لوجوده في ضمنه ، لكن الأبدال (ما دام في المجلس في الصرف) أما بعده فلا ، لانه يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق ، وأن الامر الكلي باق في الذمة فيؤدي الى فساد الصرف .

هذا اذا كان العيب من الجنس ، أما غيره فالمقبوض ليس ما وقع عليه العقد مطلقاً^(٣) فيبطل بالتفرق ، لعدم التقابض في المجلس . ويحتمل قوياً مع كون العيب جنسياً جواز ابداله بعد التفرق ، لصدق التقابض في العوضين قبله ، والمقبوض معسوب عوضاً وان

(١) العرض المتاع وكل شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير فانهما عين - كذا عن الصحاح .

(٢) أي لم يتعين هذا الكلي بتعيين البائع في ضمن هذا الفرد المعيب لانه غير مطابق له .

(٣) أي ليس فرداً لما وقع عليه العقد أصلاً ، سواء رضى به أو أبدله ، بخلاف العيب الجنسي فانه لو رضى به يكون فرداً للكلي ومبرئاً لما في ذمته .

كان معيباً ، لكونه من الجنس فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين ، غاية كونه مفوتاً لبعض الاوصاف فاستدراكه ^(١) ممكن بالخيار . ومن ثم لو رضي به استقر ملكة عليه ، ونماؤه له على التقديرين ^(٢) ، بخلاف غير الجنسي . وحينئذ فاذا فسخ رجع الحق الى الذمة ، فيتعين حينئذ كونه عوضاً صحيحاً ، لكن يجب قبض البدل في مجلس الرد ، بناء على أن الفسخ رفع ^(٣) العوض ، فاذا لم يقدح ^(٤) في

(١) ولعل المراد باستدراك بعض أوصاف الفاتت بالخيار بين رده وأخذ عوضه الصحيح ، فانه في الصورة المفروضة لم يفت منه شيء اذا اختار أخذ عوضه الصحيح ، وان أراد أنه ممكن بالخيار بين الرد والامساك وأخذ بدل الوصف الفاتت - وهو الارش - فمشكل ، اذ الارش مورده انما هو بيع الشخصي لا الكلي . فليتأمل .

(٢) أي نماء المقبوض المعيب للقباض على تقدير الرضا به ، وعلى تقدير رده وأخذ عوضه الصحيح ، وذلك لأن النماء تابع للعين ، والمفروض أن المقبوض المعيب ملك له قبل اختيار أحد الأمرين فنمائه تابع له . وهذا بخلاف غير الجنسي ، لعدم وقوع العقد عليه أصلاً .

(٣) أي رفع الفسخ العوض ، فرفع فعل ماض والفسخ فاعله والعوض مفعوله ، ومعنى رفعه جعله في حكم غير المقبوض ، أي هذا مبني على أن أثر الفسخ ابطال دفع العوض فقط وأما المعاملة فبإقية ، فحينئذ يتعين القبض في مجلس الرد حتى يتحقق التقابض .

(٤) أي اذا لم يقدح الفسخ في صحة الصرف السابق بناءً على ما مر من

الدليل .

الصحة سابقاً يتعين القبض حينئذ ليتحقق التقابض .
ويحتمل قوياً سقوط اعتباره أيضاً ، لصدق التقابض في العوضين
الذي هو شرط الصحة ، ولحكم بصحة الصرف بالتقبض السابق^(١) ،
فيستصحب الى أن يثبت خلافه .
وما وقع^(٢) غير كاف في الحكم بوجود التقابض ، لانه حكم
طارىء بعد ثبوت البيع .
(وفي غيره) أي غير الصرف له الابدال (وان تفرقا) ، لانتفاء
المانع منه مع وجود المقتضي له ، وهو العيب في عين لم يتعين
عوضاً .

(الفصل السادس : في السلف)

وهو بيع (مضمون) في الذمة ، مضبوط بمال معلوم مقبوض
في المجلس الى أجل معلوم بصيغة خاصة ، (وينعقد بقوله) أي
قول المسلم وهو المشتري (أسلمت اليك ، أو أسلفتك) ، أو سلفتك

(١) أي قبل الابدال لما تقدم من صدق التقابض في العوضين ولو شككنا في
كفاية التقابض في العوضين قبل الابدال تستصحب الصحة قبله فانه لو رضي به قبل
الابدال صح واستقر ملكه عليه كما تقدم .

(٢) أي ما وقع من الرد ، وأخذ العوض غير كاف لوجوب التقابض حين
الرد ، لأن الحكم بوجود التقابض حكم طار بعد ثبوت البيع الذي وقع فيه
التقابض اللازم في الصرف .

بالتضعيف ، وفي سلمتك وجه ^(١) ، (كذا في كذا الى كذا ، ويقبل
المخاطب) وهو المسلم اليه - وهو البائع - بقوله : قبلت وشبهه .
ولو جعل الايجاب منه جاز بلفظ البيع والتملك ، واستلمت منك
واستلمت وتسلمت ونحوه .

(ويشترط فيه) شروط البيع بأسرها ، ويختص بشروط (ذكر
الجنس) ، والمراد به ^(٢) هنا الحقيقة النوعية كالحنطة والشعير ،
(والوصف الراجع للجهاالة) الفارق بين أصناف ذلك النوع ، لا
مطلق الوصف ، (بل الذي يخلف لاجاه الثمن اختلافاً ظاهراً)
لا يتسامح بمثله عادة ، فلا يقدر الاختلاف اليسير غير المؤدي اليه .
والمرجع في الاوصاف الى العرف ، وربما كان العامي
أعرف بها من الفقيه ، وحظ الفقيه منها الاجمال . والمعتبر من
الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لا اختلاف أثمان الافراد الداخلة
في المعين ، (ولا يبلغ فيه الغاية) فان بلغها وأفضى الى عزة الوجود
هطل ، والا صح ^(٣) .

(واشترط الجيد والرديء جائز) ، لا مكان تحصيلهما بسهولة ،

(١) ولكنه متروك بين الفقهاء - كذا عن الرياض .

(٢) أي المراد بالجنس في باب السلف الحقيقة النوعية ، بخلافه في الربا فان
الحنطة والشعير هناك جنس واحد حكماً وان اختلفا حقيقة .

(٣) أي وان لم يفض الى غرة الوجود صح .

والواجب أقل ما يطلق عليه اسم الجيد ، فان زاد عنه زاد خيراً ، وما ^(١) يصدق عليه اسم الرديء ، وكلما قلل الوصف ^(٢) فقد أحسن . (و) شرط (الاجود والارداً ممتنع) ، لعدم الانضباط ، اذ ما من جيد الا ويمكن وجود أجود منه ، وكذا الارداً ، والحكم في الاجود وفاق ، وأما الارداً فالاجود أنه كذلك .

وربما قيل بصحته ، والاكتفاء بكونه في المرتبة الثانية من الرديء لمتحقق الافضلية . ثم اذا كان الفرد المدفوع أردأ فهو الحق ، والا فمدفع الجيد عن الرديء جائر وقبوله لازم ، فيمكن التخلص بخلاف الاجود .

ويشكل بأن ضبط المسلم فيه معتبر على وجه يمكن الرجوع اليه عند الحاجة مطلقاً ^(٣) ، ومن جملتها ما لو امتنع المسلم اليه من دفعه ، فيؤخذ من ماله بأمر الحاكم قهراً ، وذلك غير ممكن هنا ، لان الجيد غير متعين عليه ، فلا يجوز لغيره ^(٤) دفعه ، فيتعذر التخلص ، فعدم الصحة أوضح ، وتردد المصنف في الدروس .

(١) أي وأقل ما يصدق عليه اسم الرديء .

(٢) أي وصف الرداءة .

(٣) أي يمكن الرجوع الى الضبط المذكور عند الحاجة أي شيء كانت ، ومن تلك الحاجة ما لو امتنع المسلم اليه .

(٤) الضمير راجع الى المسلم اليه ، أي لا يجوز لغير المسلم اليه - وهو

(وكل ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه ، كاللحم والخبز والنبل المنحوت) ويجوز قبله ^١ ، لا مكان ضبطها بالعدد والوزن ، وما يبقى فيه من الاختلاف غير قادح ، لعدم اختلاف الثمن بسببه بخلاف المعمول .

(والجلود) لتعذر ضبطها ، وبالوزن لا يفيد الوصف المعتبر ، لان أهم أوصافها السمك ^٢ ولا يحصل به ، وقيل : يجوز ، لا مكان ضبطه بالمشاهدة ، ورد بأنه خروج عن السلم ، لانه دين . ويمكن الجمع ^٣ بمشاهدة جملة يدخل المسلم فيه في ضمنها من غير تعيين ، وهو غير مخرج عن وضعه ، كاشتراطه من غلة قرية معينة لاتخيس ^٤ عادة ، وحينئذ فيكفي مشاهدة الحيوان عن الامعان في الوصف ، والمشهور المنع مطلقاً ^٥ .

(والجواهر واللالية الكبار ، لتعذر ضبطها) على وجه يرفع

الحاكم - ان يأمره بدفع الجيد لعدم تعيينه عليه . نعم نفس المسلم اليه له أن يدفع الجيد ، والمفروض أنه ممتنع فيتعذر التخلص .

(١) أي قبل النحت .

(٢) السمك هو ثخنها ، أي حجمها بين سطحها ، ومعلوم أنه لا يعلم بالوزن .

(٣) أي يمكن الجمع بين كونه مشاهداً ودينياً .

(٤) أي لا تفسد عادة .

(٥) أي وصفاً ومشاهدة .

بسببه اختلاف الثمن ، (وتفاوت الثمن فيها) تفاوتاً باعتبارات ^(١) لا تحصل بدون المشاهدة ، أما اللانيء الصغار التي لا تشمل على أوصاف كثيرة تختلف القيمة باختلافها ، فيجوز مع ضبط ما يعتبر فيها ^(٢) سواء في ذلك المتخذة للدواء وغيرها ، وكذا القول في بعض الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بيننا كبعض العقيق ، وهو خيرة الدروس .

(ويحوز السلم في الحبوب ، والفواكه ، والخضر ، والشحم ، والطيب ، والحيوان كله) ناطقاً ، وصامتاً ، (حتى في شاة لبون) ، لا يمكن ضبطها ، وكثرة وجود مثلها ، وجهالة مقدار اللبن غير مانعة على تقدير وجوده ، لانه تابع ، (ويلزم تسليم شاة يمكن أن تحلب في مقارب زمان التسليم) ، فلا يكفي الحامل وان قرب زمان ولادتها ، (ولا يشترط أن يكون اللبن حاصلًا بالفعل حينئذ ، فلو حلبها وسلمها أجزاء) ، لصدق اسم الشاة اللبن عليها بعده .
(أما الجارية الحامل ، أو ذات الولد أو الشاة كذلك

(١) أي تفاوتاً باعتبارات لو ذكرت لأدت الى عزة وجودها الموجبة للبطلان

كما تقدم .

(٢) كالوزن والعدد مع بعض الصفات ، وضابطها كل ما يباع بالوزن ولا يلاحظ

فيه الأوصاف الكثيرة .

فالأقرب المنع) ، لاعتبار وصف كل واحد منهما ^(١) ، فيعز اجتماعهما في واحد ، ولجهالة ^(٢) الحمل وعدم امكان وصفه . وقيل : يجوز في الجميع ، لامكانه من غير عسر ^(٣) ، واغتفار الجهالة في الحمل لانه تابع . وفي الدروس جوز في الحامل مطلقاً ^(٤) ، وفي ذات الولد المقصود بها الخدمة ، دون التسري ^(٥) . والاجود الجواز مطلقاً ، لان عزة وجود مثل ذلك غير واضح ، وعموم الامر بالوفاء بالعقد يقتضيه .

(ولا بد من قبض الثمن قبل التفريق ، أو المحاسبة به من دين عليه) أي على المسلم ^(٦) (اذا لم يشترط ذلك في العقد) بأن يجعل

(١) هذا دليل على منع ذات الولد ، وحاصله : ان اعتبار وصف كل واحد منهما

- أي من الأم والولد - يوجب عزة اجتماعهما في سلم واحد .

(٢) لأنه غير معلوم من حيث الحجم وغيره من الأوصاف .

(٣) هذا رد للعملة الأولى ، وقوله « واغتفار الجهالة » رد للثانية .

(٤) سواء كان للتسري أم للخدمة .

(٥) قال في الدروس : وكذا لو شرط الولد مع الأم المقصود بها التسري ،

ولو قصد بها الخدمة كالزنجية جاز لقلة التفاوت . انتهى .

وجه التفصيل : ان التفاوت بين الأفراد المقصود بها الخدمة قليلة ، حيث أن

الخدمة أمر ميسور تقدر عليه أكثر الاماء ، بخلاف المقصود بها التسري فان لها

قيوداً كثيرة ربما يؤدي الى عزة الوجود ، اذ مرجعها الى الاستحسان المختلف

باختلاف الطباع .

(٦) المسلم بفتح اللام وهو المسلم اليه .

الثلثين نفس ما فى الذمة ، (ولو شرطه) كذلك (بطل ، لانه بيع دين بدين) . أما كون المسلم فيه ديناً فواضح ^(١) ، وأما الثمن الذي فى الذمة فلانه دين فى ذمة المسلم فاذا جعل عوضاً للمسلم فيه صدق بيع الدين بالدين ، لان نفس الدين قد قرن بالباء فصار ثمناً ، بخلاف المحاسبة عليه قبل التفرق اذا لم يشترط ، لانه استيفاء دين قبل التفرق ، مع عدم ورود العقد عليه ، فلا يقصر عما لو أطلقاه ثم أحضره قبل التفرق ، وانما يفتقر الى المحاسبة مع تخالفهما جنساً أو وصفاً ، أما لو اتفق ما فى الذمة والثلثين فيهما وقع التهاثر ^(٢) قهرياً ولزم العقد .

ولكن المصنف فى الدروس استشكل على هذا صحة العقد ، استناداً الى أنه يلزم منه كون مورد العقد ديناً بدين . ويندفع بأن بيع الدين بالدين لا يتحقق الا اذا جعلاً معاً فى نفس العقد متقابلين فى المعاوضة ، قضية للباء وهي منتفية هنا ، لان الثمن هنا أمر كلي ، وتعيينه بعد العقد فى شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذى جرى عليه العقد ، ومثل هذا التقاص والتحاسب استيفاء لا معاوضة . ولو

(١) وفيه اشكال ، حيث أن المسلم فيه قبل العقد ليس بدين ، الا أن يقال : ان المراد من الدين ما يقابل العين ، ولكن لازم ذلك أن يكون بيع الكلي باطلاً ، وهو كما ترى .

(٢) أي التساقط والتقص قهرياً .

أثر مثل ذلك لاثر مع اطلاقه ، ثم دفعه في المجلس ، لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداءً ، بل قيل بجواز الصورة الثانية أيضاً ، وهي ما لو جعل الدين ثمناً في العقد ، نظراً الى أن ما في الذمة بمنزلة المقبوض .

(وتقديره) أي المسلم فيه ، أو ما يعم^(١) الثمن (بالكيل ، أو الوزن المعلومين) فيما يكال ، أو يوزن ، وفيما لا يضبط الا به ، وان جاز بيعه^(٢) جزافاً كالحطب والحجارة ، لان المشاهدة ترفع الغرر ، بخلاف الدين^(٣) . واحترز بالمعلومين عن الاحالة على مكيال ، أو صنجة^(٤) مجهولين فيبطل ، (أو العدد) في المعدود ، (مع قلة التفاوت)^(٥) كالصنف الخاص من الجوز واللوز ، أما مع كثرته كالرمان فلا يجوز بغير الوزن .

(١) بأن يكون مرجع الضمير مطلق العوض الشامل للثمن والمثمن .

(٢) يعني لو لم يكن هذا البيع سلباً ، فان بيع الحطب ونحوه يجوز جزافاً من غير وزن ولا كيل .

(٣) وتعبيره بالدين باعتبار ما يؤل اليه ، فان المبيع بالبيع السلف يصير ديناً بعد البيع . ووجه عدم الجواز واضح ، لعدم امكان المشاهدة فيه الا على احتمال تقدم الاشارة اليه من الاكتفاء بمشاهدة جملة يدخل المسلم فيه فيها من غير تعيين الا أنه لم يعتبره هنا أحد من الطائفة كما قيل .

(٤) الصنجة بفتح الصاد ما يوزن به ، معرب سنك .

(٥) وذلك للتسامح في مثله عادة ؛ فيندفع الغرر .

والظاهر أن البيض ملحق بالجوز في جوازه مع تعيين الصنف ،
 وفي الدروس قطع بالحاقه بالرمان الممتنع به ، وفي مثل الثوب يعتبر
 ضبطه بالذرع وان جاز بيعه بدونه مع المشاهدة كما مر^(١) . وكان
 عليه أن يذكره أيضاً ، لخروجه عن الاعتبارات المذكورة .

ولو جعلت هذه الاشياء ثمنياً ، فان كان مشاهدأ لحقه حكم البيع
 المطلق ، فيكفي مشاهدة ما يكفي مشاهدته فيه ، واعتبار ما يعتبر^(٢) .
 (وتعيين الاجل المحروس من التفاوت) بحيث لا يحتمل
 الزيادة والنقصان ان أريد موضوعه ، ولو أريد به مطلق البيع^(٣) لم
 يشترط وان وقع بلفظ السلم .

(والاقرب جوازه) أي السلم^(٤) (حالاً مع عموم الوجود) أي
 وجود المسلم فيه (عند العقد) ، ليكون مقدوراً على تسليمه حيث
 يكون مستحقاً .

ووجه القرب أن السلم بعض جزئيات البيع ، وقد استعمل
 لفظه في نقل الملك على الوجه المخصوص ، فجاز استعماله في

(١) أي مر في الجلود .

(٢) أي ما يعتبر به من كيل أو وزن أو عدد .

(٣) والأنسب أن يقال : البيع الحال ، كما لعله واضح .

(٤) أي استعمال لفظ « السلم » في بيع ما يكون تسليمه حالاً لا أنه هو السلم

المعهود كما سنوضحه انشاء الله تعالى .

الجنس^(١) لدلالته عليه حيث يصرح بإرادة المعنى العام، وذلك عند قصد الحلول، كما ينعقد البيع بملكته كذا بكذا، مع أن التمليك موضوع لمعنى آخر، إلا أن قرينة العوض المقابل عينته للبيع، بل هذا أولى^(٢)، لأنه بعض أفراده، بخلاف التمليك المستعمل شرعاً في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها، وإنما صرفه عنها القيود الخارجية.

ومثله القول فيما لو استعمال السلم في بيع عين شخصية^(٣)، وأولى بالجواز، لأنها أبعد عن الغرر. والحلول أدخل في إمكان التسليم من التأجيل^(٤). ومن التعليل^(٥) يلوح وجه المنع فيهما، حيث إن بناءه على

(١) ولا يخفى ما فيه من المسامحة في التعبير، إذ ليس من استعمال الشيء

في الجنس بل من استعمال نوع وهو المؤجل في نوع آخر وهو الحال.

(٢) أي استعمال السلف في البيع المطلق.

(٣) أي مثل استعمال السلم في بيع لمضمون الحال القول فيما لو استعمال المتعاملان السلم في بيع عين شخصية.

(٤) هذا وجه آخر لجواز استعمال السلم في بيع عين شخصية، وهذا الوجه مشترك بين الشخصي والكلبي، وذكره للشخصي لا يدل على تخصيصه به.

(٥) أي ومن التعليل المذكور في وجه القرب يلوح وجه المنع في المسألتين الكلبي الحال والشخصي، إذ الظاهر منه أن بناء السلم على البيع المؤجل مشتمه، فالبيع الكلبي الحال والشخصي خارجان عن حقيقته.

البيع المؤجل مضمنه الثابت في الذمة ، وقد قال النبي صلى الله عليه وآله : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ، أو وزن معلوم ، أو أجل معلوم »^(١) .

وأجيب بتسليمه^(٢) حيث يقصد السلم الخاص ، والبحث فيما لو قصد به البيع الحال .

واعلم أن ظاهر عبارة المصنف هنا وفي الدروس وكثير أن الخلاف مع قصد السلم ، وأن المختار جوازه مؤجلاً وحالاً^(٣) مع التصريح بالحلول ولو قصداً ، بل مع الاطلاق أيضاً ، ويحمل على الحلول . والذي . يرشد إليه التعليل والجواب أن الخلاف فيما لو قصد به البيع المطلق واستعمل السلم فيه بالقرائن ، أما إذا أريد به السلم المطلق^(٤) اشترط ذكر الاجل .

(١) كما في محكي [البخاري ج ٣ ص ١٠٦] .

(٢) أي وأجيب عن وجه المنع فيهما بتسليم أن بناء السلم على البيع المؤجل ولكن فيما إذا بقصد السلم الخاص ، ولانزاع فيه . وإنما البحث والكلام فيما لو قصد المتبايعان بالسلم البيع الحال .

(٣) ولكن لا يخفى أنه لا محيص من أن يحمل عبارة المصنف وغيره في هذه المسألة على غير ظاهرها ، حيث أن لازم ذلك أن يكون البيع المطلق والسلف متساويين من حيث المصاديق . وهذا واضح البطلان ، إذ لا اشكال في أن السلم هو البيع المؤجل لا غير .

(٤) أي المعنى الموضوع له اصطلاحاً .

(ولا بد من كونه^(١) عام الوجود عند رأس الاجل اذا شرط الاجل) في البلد^(٢) الذي شرط تسليمه فيه ، أو بلد العقد حيث يطلق على رأي المصنف هنا^(٣) ، أو فيما^(٤) قاربه بحيث ينقل اليه عادة ، ولا يكفي وجوده فيما لا يعتاد نقله منه اليه الا نادراً ، كما لا يشترط وجوده حال العقد حيث يكون مؤجلاً ، ولا فيما بينهما . ولو عين غلة بلد^(٥) لم يكف وجوده في غيره وان اعتيد نقله اليه ، ولو انعكس - بأن عين غلة غيره مع لزوم التسليم به شرطاً نقله اليه - فالوجه الصحة ، وان كان يبطل مع الاطلاق^(٦) . والفرق^(٧) أن بلد التسليم

(١) أي من كون المسلم فيه عام الوجود .

(٢) متعاقب بعام الوجود .

(٣) أي في هذا الكتاب كما سيجيء في قوله : ولو شرط موضع التسليم لزم

والا اقتضى في موضع العقد .

(٤) عطف على قوله « في البلد » ، أي ما قارب بلد التسليم ، سواء كان هو

البلد الذي شرط تسليمه فيه أم بلد العقد في صورة الاطلاق .

(٥) أي عين غلة بلد بخصوصه كغلة بلدة قم مثلاً ولم يرد غيره ولو قاربه

بحيث ينقل اليه عادة ، فحينئذ لم يكف غيره ، لأنه غير مقصود بالشراء .

(٦) وذلك لأن الاطلاق ينصرف الى بلد العقد كما مر ، مع أن المفروض عين

غيره ولم يرد غلة بلد العقد فيبطل البيع . وهذا بخلاف شرط نقله اليه ، فإنه

لا اشكال فيه لتعين موضع التسليم بسبب شرط النقل .

(٧) أي الفرق بين ما لو عين غلة بلد ولم يكن الغلة فيه موجوداً بل في غيره

حينئذ بمنزلة شرط آخر ، والمعتبر هو بلد المسلم فيه .

(والشهور يحمل) اطلاقها (على الهلالية) مع امكانه ، كما اذا وقع العقد في أول الشهر ، ولو وقع في أثنائه ففي عده هلالياً بجبره مقدار ما مضى منه ^١ ، أو اكماله ثلاثين يوماً ، أو انكسار الجميع لو كان معه غيره . وعدها ثلاثين يوماً أوجه ، أو سطحها الوسط ، وقواه في الدروس ويظهر من العبارة الأولى ^٢ .

(ولو شرط تأجيل بعض الثمن بطل في الجميع) أما في المؤجل

وبين ما لوعين غلة غير البلاد وشرط التسليم في البلد الذي لم يكن الغلة فيه موجوداً ، حيث لا يكفي وجود الغلة في الغير على الأول فلا يصح ويكفي في الثاني فيصح ، هو أن بلد التسليم شرط آخر اشترط لدفع الغرر الناشيء من عدم تعيين محل التسليم كما تقدم ، والشرط الأول الذي اعتبر في المعاملة هو بلد المسلم فيه ، أي وجود الغلة فيه وهو متحقق في الفرض ، بخلاف الصورة الأولى حيث لم يتحقق فيها شرط المعاملة وهو وجود المسلم فيه .

(١) فلو كان الشهر تسعة وعشرين ووقع العقد في الخامس منه يجبره المقدم الفائت منه وهو أربعة ، ولو كان ثلاثين يجبر كسره وهو خمسة . ويحتمل عددياً لا هلالياً ، فيلزم اكماله ثلاثين يوماً لا غير . ويحتمل انكسار الجميع لو كان معه غيره من الشهور ، بأن يكون شهرين فصاعداً ، فيعتبر الكل بالعدد وعدها ثلاثين .

(٢) ولا يخفى أن هذا يناهض في تقييده أولاً بقوله « مع امكانه » ، إذ تقتضى الظهور

عده هلالياً سواء كان ممكناً أم لا . فليتأمل .

فظاهر ، لا شتراط قبض الثمن قبل التفريق المنافي له^(١) ، وعلى تقدير عدم منافاته لقصر الاجل يمتنع^(٢) من وجه آخر ، لانه بيع الكالء بالكالء ، فقد فسرہ أهل اللغة بأنه بيع مضمون مؤجل بمثله . وأما البطلان في الحال على تقدير بطلان المؤجل فلجهالة قسطه من الثمن^(٣) وان جعل كلا منهما قدراً معلوماً ، كناً جيل خمسين من مائة ، لان المعجل يقابل من المبيع قسطاً أكثر مما يقابله المؤجل ، لتقسيت الثمن على الاجل أيضاً ، والنسبة عند العقد غير معلومة^(٤) .

وربما قيل بالصحة للعلم بجملة الثمن ، والتقسيت غير مانع ، كما لا يمنع اوباع ماله ومال غيره فلم يجز المالك ، بل لوباع الحر والعبد بثمان واحد مع كون بيع الحر باطلا من حين العقد كالمؤجل هنا^(٥) .

(١) أي المنافي للتأجيل .

(٢) بأن يكون الاجل قصيراً بحيث ينقضي قبل انقضاء المجلس .

(٣) أي لجهالة قسط الحال من الثمن وان كان الحال معلوماً كخمسين مثلاً ،

اذ ملاك المعلوماتية هو مقابلة قسطه من المبيع وهذا مقداره غير معلوم . نعم يعلم ما يقابل المبيع من المعجل أكثر مما يقابله المؤجل لتقسيت الثمن على الاجل أيضاً ، ولكن الأكثر نسبته غير معلومة هل هو النصف أو غيره من الكسور ، وهذا لعله واضح بعد التأمل .

(٤) وبعد العقد لا يفيد .

(٥) فيقسط المثلث بعد العقد على الثمن ويصح بقدر الحال ويبطل بقدر المؤجل .

(ولو شرط موضع التسليم لزم) ، لوجوب الوفاء بالشرط السائغ (والا) يشترط (اقتضى) الاطلاق التسليم (فى موضع العقد) كنظائره من المبيع المؤجل^(١). هذا أحد الاقوال فى المسألة، والقول الاخر : اشتراط تعيين موضعه مطلقاً^(٢) ، وهو اختياره فى الدروس ، لاختلاف الاغراض باختلافه الموجب لاختلاف الثمن والرغبة ، ولجهالة موضع الاستحقاق، لابتنائه على موضع الحلول المجهول^(٣)، وبهذا فارق الفرض المحمول على موضعه لكونه معلوماً. وأما النسبية فخرج بالاجماع على عدم اشتراط تعيين محله ، وفصل ثالث باشتراطه ان كان فى محله مؤنة^(٤) ، وعدمه بعدمه، ورابع بكونهما فى مكان قصدهما مفارقتة وعدمه^(٥) ،

(١) اذ المبيع المؤجل لا ينحصر فى السلف ، فمنه ما لو كان لأحد دين مؤجل فى ذمة شخص فباعه من آخر قبل حلوله وهكذا .

(٢) أي بدون تفصيل وقيد ، بل فى جميع الحالات يشترط تعيين موضعه .

(٣) أي لابتناء موضع الاستحقاق على موضع الحلول المجهول ، وذلك لأنه لا يعلم فى أي مكان يتحقق الحلول على البائع ، وبهذا يفرق بينه وبين القرض لانصرافه الى مكان عقده وهو معلوم .

(٤) ووجهه أن الأغراض انما تختلف اذا كان فى محل يفتقر حمله الى المؤنة أما غيره فلا غرض فى تعيينه .

(٥) ووجهه أنه متى كان المكان كذلك لم يمكن التسليم فى مكان العقد وليس بعض الأمكنة أولى من الاخر . وهذا بخلاف ما اذا كانا فى مكان أو بلد يجتمعان

وخامس باشتراطه فيهما^(١). ووجه الثلاثة مركب من الاولين^(٢) ولا ريب أن التعيين مطلقاً أولى .

(ويجوز اشتراط السائغ في العقد) كاشتراط حملة الى موضع معين وتسليمه كذلك ، ورهن وضمين ، وكونه من غلة أرض أو بلد لا تخيس فيها غالباً ، ونحو ذلك .

فيه ، فان اطلاق العقد يقتضي التسليم فيه .

(١) أي فيما كان في حملة مؤنة وفي مكان قصدهما مفارقة .

(٢) هكذا فيما حضرني من نسخ الكتاب، فكأنه من اشتباه النسخ ، والصحيح لفظ الثالث بدل الثلاثة ، ومراده من الأولين التفصيل الثالث والرابع فيكون هذا ثالثهما . والشاهد على ذلك قوله في المسالك ، في هذه المسألة : وخامسها ان كان بحمله مؤمنة أو لم يكن المحل صالحاً كالقربة اشترط تعيينه والا فلا ، وهو خيرة العلامة في التذكرة ، ووجهه مركب من القولين السابقين عليه - انتهى .

ووجه تركيبه من هذين القولين ما تقدم في الثالث من أن الاغراض انما تختلف اذا كان في محل يحتاج الى المؤنة ، وأما غيره فلا غرض في تعيينه ، وفي الرابع أنه لو كان المكان كذلك لم يمكن التسليم في مكان العقد - الى آخر ما تقدم هناك . وأما ما ذكره بعض المحشين من أن المراد بها المذاهب الثلاثة الاخيرة ومن الأولين ما ذكره المصنف: أحدهما بقوله والا اقتضى في موضع العقد أي اقتضى الاطلاق التسليم في موضع العقد ، وثانيهما ما أشار اليه الشارح بقوله والقول الاخر اشتراط تعيين موضعه مطلقاً ، وتكلف في توجيهه بما لا محصل له ، فهو مخالف لما صرح به في المسالك كما ذكرنا .

(و) كذا يجوز (بيعه بعد حلولة) ، وقبل قبضه (على الغريم ، وغيره على كراهة) ، للنهي عن ذلك في قوله صلى الله عليه وآله^(١) : « لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه » ، ونحوه^(٢) المحمول على الكراهة . وخصها^(٣) بعضهم بالمكيل والموزون ، وآخرون بالطعام^(٤) ، وحرمة آخرون فيهما . وهو الأقوى ، حملاً لما ورد صحيحاً من النهي على ظاهره^(٥) ، لضعف المعارض^(٦) الدال على الجواز الحامل للنهي على الكراهة .

وحدث النهي عن بيع مطلق ما لم يقبض لم يثبت^(٧) ، وأما

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢١ .
 (٢) أي نحو قول النبي صلى الله عليه وآله ، ولكن لم نعر على خبر يدل باطلاقة على النهي عن مطلق بيع ما لم يقبض . نعم صحيحة منصور بن حازم تدل في المكيل والموزون [الوسائل كتاب التجارة الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١] .

(٣) أي خص الكراهة بعضهم بالمكيل .

(٤) أي خص آخرون بالمكيل والموزون من الطعام .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ الفقيه ج ٣ ص ٢٩ .

(٦) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٦ .

(٧) حاصل مقصوده قدس سره : ان الأقوى حرمة بيع المكيل والموزون طعاماً أو غيره بعد الحلول وقبل قبضه ، وذلك لما ورد صحيحاً من النهي وظاهره الحرمة ، ولا يمكن صرفه عن ظاهره وحملة على الكراهة إلا بمعارض قوي متفني

بيعه قبل حلوله فلا ، لعدم استحقاقه حينئذ ^(١) . نعم لو صالح عليه فالاقوى الصحة ^(٢) .

(واذا دفع) المسلم اليه (فوق الصفة وجب القبول) ، لانه خير واحسان ، فالامتناع منه عناد ، ولان الجودة صفة لا يمكن فصلها ^(٣) فهي تابعة ، بخلاف ما لو دفع أزيد قدرأ يمكن فصله ولو في ثوب ^(٤) ، وقيل : لا يجب ، لما فيه من المنة (ودونها) أي دون الصفة المشترطة (لا يجب) قبوله وان كان أجود من وجه آخر ،

في المقام . والخبر الدال على الجواز الوارد في خصوص الطعام ضعيف لا يكفي . ما ورد صحيحاً من النهي حتى يحمل النهي على الكراهة جمعاً . وحديث النهي عن بيع مطلق ما لم يقبض مكيلاً طعاماً أو غيره لم يثبت عندنا ، لأنه عامي لا يصلح أن يكون باطلاً سناً للكراهية في المكيل والموزون .

(١) لا يخفى أن سبب استحقاقه هو العقد . نعم لا يستحق المطالبة قبل حلول الأجل ، وهذا لا يصير سبباً لعدم جواز البيع كما في بيع الدين المؤجل ، فالعمدة في المنع هو الاجماع المحكي ، ففي الجواهر في ذيل قول المصنف « لم يجز بيعه قبل حلوله » قال : لا لعدم ملكيته قبل الأجل - الى أن قال - بل للاجماع المحكي في التنقيح . الى آخر ما حققه في هذه المسألة .

(٢) لعمومات الصلح ، فانه عقد برأسه وان يفد فائدة البيع .

(٣) لأنها عرض ولا يمكن نقل العرض عن معروضه كما هو محرر في محله .

(٤) أي ولو كان الأزيد في ثوب ، فانه يمكن قطعه وفصله ، فلو كان المسلم فيه

خمسة أذرع من ثوب فدفعت ستة فانه يمكن قطع الزائد وفصله .

لانه ليس حقه مع تضرره به ^(١) .

ويجب تسليم الحنطة ونحوها عند الاطلاق نقيه من الزوان والمدر ^(٢) ، والتراب ، والقشر غير المعتاد ، وتسليم التمر والزبيب جافين ، والعنب والرطب صحيحين ، ويعفى عن اليسير المحتمل عادة .

(و لو رضي المسلم به) أي بالادون صفة (لزم) ، لانه أسقط حقه من الزائد برضاه ، كما يلزم لو رضي بغير جنسه .

(ولو انقطع) المسلم فيه (عند الحلول) حيث يكون مؤجلا ممكن الحصول ^(٣) بعد الاجل عادة فانفق عدمه (تخير) المسلم (بين الفسخ) فيرجع برأس ماله ، لتعذر الوصول الى حقه وانتفاء الضرر ، (و) بين (الصبر) الى أن يحصل ، وله أن لا يفسخ ولا يصبر ، بل يأخذ قيمته حينئذ ^(٤) ، لان ذلك هو حقه .

(١) وذلك لأن فقد الصفة المشترطة ضرر لعدم حصول غرضه من الاشتراط ، وان كان ربما لا يوجب فقدها سبباً لنقصان ماليته ، اذ نقض الغرض بنفسه ضرر .

(٢) قيل الزوان حب أسود يخالط البر ونحوه . والمدر محركة قطع الطين اليابس .

(٣) ذكر هذا القيد هنا مع أنه معتبر في أصل السلم انما هو مقدمة لشرح قوله « تخير المسلم بين الفسخ » الى آخره ، فلا يتوهم أنه تكرر .

(٤) وذلك لروايات ، منها رواية أبان بن عثمان عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه الصلاة والسلام في الرجل يسلم الدراهم في الطعام الى أجل فيحل الطعام

والاقوى أن الخيار ليس فورياً ، فله الرجوع بعد الصبر الى أحد الامرين ^(١) ما لم يصرح باسقاط حقه من الخيار . ولو كان الانقطاع بعد بذله له ورضاه بالتأخير سقط خياره ^(٢) ، بخلاف ما لو كان بعدم ^(٣) المطالبة ، أو بمنع البائع مع امكانه .
وفي حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم اليه قبل الاجل ^(٤) ،

فيقول : ليس عندي طعام ولكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمنه . فقال : لا بأس بذلك [التهذيب ج ٧ ص ٣٠ والكافي ج ٥ ص ١٨٥] لأن ظاهر هذه الرواية ونحوها مما وردت في هذه المسألة هو ما حكم به الشارح قدس سره من أن له أن لا يصبر ولا يفسخ بل يأخذ قيمته وفاءً عن حقه ، ولكن جماعة من الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم حملوها على البيع من المسلم اليه لا الوفاء بدونه .

على أن الرواية المزبورة وما في معناها موردها عجز المسلم اليه خاصة عن الأداء ، وما نحن بصدده هو انقطاع المسلم فيه على نحو العموم . الا أن يدعى أنه اذا جوز الفسخ في صورة عجز المسلم اليه خاصة ففي فرض انقطاع المسلم فيه بطريق أولى . فليتأمل .

(١) أي أخذ رأس ماله أو القيمة .

(٢) أي بعد أن جعله تحت اختياره ولكن لم يأخذه ورضي بالتأخير سقط خياره ، وذلك لحصول التصيير من قبله .

(٣) أي بخلاف ما لو كان الانقطاع بسبب عدم مطالبته أو بمنع البائع مع امكانه ووجوده .

(٤) وذلك لأن الديوان المؤجلة تصير حالة عند الموت ، وما نحن فيه من مصاديقه .

وقبل وجوده ، لا العلم قبله بعدمه بعده ^(١) ، بل يتوقف الخيار على المحاول على الاقوى ، لعدم وجود المقتضي له الان ^(٢) ، اذ لم يستحق شيئاً حينئذ . ولو قبض البعض ^(٣) تخير أيضاً بين الفسخ في الجميع والصبر ، وبين أخذ ما قبضه والمطالبة بحصة غيره من الثمن ، أو قيمة المثلث على القول الاخر ^(٤) . وفي تخير المسلم اليه مع الفسخ ^(٥) في البعض وجه قوي ، لتبعض الصفقة عليه ، الا أن يكون الانقطاع من تقصيره فلا خيار له .

(الفصل السابع : في أقسام البيع بالنسبة الى الاخبار)

(بالثمن وعدمه)

(وهو أربعة أقسام) لانه اما أن يخبر به ، أولاً ، والثاني المساومة ،

(١) أي ليس العلم قبل الأجل بعدم المسلم فيه بعد الأجل في حكم الانقطاع ، اذ موضوع الحكم هو الانقطاع فما لم يتحقق في الخارج لم يتحقق حكمه وان علم بعدم المسلم فيه بعد الأجل .

(٢) أي حين العلم بعدمه بعد الأجل .

(٣) أي ولو قبض البعض وانقطع الباقي تخير أيضاً بين الفسخ في الجميع نظراً الى تبعض الصفقة عليه .

(٤) وهو الذي أشار اليه بقوله : وله أن لا يفسخ ولا يصبر .

(٥) أي في تخير المسلم اليه في فسخ البعض الذي أخذه المشتري وأمضاه وجه قوي . ويحتمل عدمه ، لعدم ثبوت كون التبعض موجباً للتخير مطلقاً .

والاول اما أن يبيع معه برأس المال ، أو بزيادة عليه ، أو نقصان عنه ، والاول التولية ، والثاني المراجعة ، والثالث المواضعة . وبقي قسم خامس وهو اعطاء بعض المبيع برأس ماله ^(١) ولم يذكره كثير وذكره المصنف هنا وفي الدروس ، وفي بعض الاخبار دلالة عليه . وقد تجتمع الاقسام في عقد واحد ، بأن اشترى خمسة ثوباً بالسوية ^(٢) ، لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون ، والاخر خمسة عشر ، والثالث عشرة ، والرابع خمسة ، والخامس لم يبين ، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين بعد اخبارهم بالحال ، والرابع شرك في حصته ، فهو بالنسبة الى الاول مواضعة ، والثاني تولية ، والثالث مراجعة ، والرابع تشريك ، والخامس مساومة ، واجتماع قسمين

(١) وهو التشريك الذي أشار اليه المصنف في آخر المسألة بقوله : والتشريك

جائز، وهو ان يجعل له نصيباً بما يخصه من الثمن .

(٢) أي اشترى خمسة أشخاص ثوباً بالسوية ، أي كل واحد خمساً منه لكن

على اختلاف الاثمان زيادة ونقصية ، بأن كان ثمن نصيب أحدهم عشرين والاخر خمسة عشر والثالث عشرة والرابع خمسة والخامس لم يبين مقداره ، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين بعد اخبار غير الخامس منهم بمقدار الثمن ، والرابع وهو الذي كان ثمن نصيبه خمسة شرك في حصته ، بأن باع بعض حصته بما يخص البعض المذكور من الثمن ، كما لو باع نصف حصته بما يخصه من الثمن وهو اثنان ونصف ، فالبيع بالنسبة الى الاول مواضعة والثاني تولية والثالث مراجعة والرابع تشريك والخامس مساومة .

وثلاثة ، وأربعة منها على قياس ذلك ، والاقسام الاربعة :

(أحدها - المساومة)^{١)}

وهي البيع بما يتفقان عليه من غير تعرض للاخبار بالثمن ، سواء علمه المشتري أم لا ، وهي أفضل الاقسام^{٢)} .

(وثانيها - المرابحة)

(ويشترط فيها العلم) أي علم كل من البائع والمشتري (بقدر الثمن ، و) قدر (الربح) والغرامة والمؤن ان ضمها^{٣)} ، (ويجب على البائع الصدق) في الثمن والمؤن ، وما طرأ من موجب النقص والاجل^{٤)} وغيره (فان لم يحدث فيه زيادة قال : اشتريته ، أو هو-

١) أي المبايعة ، لأن السوم معناه البيع . هذا بحسب الأصل ثم اصطلح بيع المساومة على ما ذكره الشارح رحمه الله .

٢) ووجهه كما قيل أنها أبعد من التدليس والكذب والتعزير وغيرها .

٣) المراد بالمؤن ما يصرف في سبيل الاسترباح ، كأجرة الدكان ونحوه . والغرامة أعم منها بحسب المفهوم ، لأن المراد به مطلق ما غرمه من أجرة وغيرها . وبالحقيقة مرجعهما الى شيء واحد ، وهو ما ينفق لأجل الربح - هكذا قيل .

٤) أي يجب على البائع الصدق في الثمن والمؤن وفيما طرأ من موجب النقص في الثمن ، كما اذا تعددت النقود واختلف قيمتها ، كأن كان قيمة بعض الدينارين مثلا عشرة دراهم وبعضها أكثر ، فلا بد من تعيينه وصدقه فيه ، ويجب الاخبار بالأجل ان كان مؤجلا وغير ذلك من موجبات التدليس والتعزير .

علي ، أو تقوم) بكذا ، (وان زاد بفعله) من غير غرامة مالية (أخبر)
بالواقع بأن يقول : اشتريته بكذا ، وعملت فيه عملا يساوي كذا ،
ومثله ما لو عمل فيه متطوع .

(وان زاد باستجاره) عليه (ضمه ^١ فيقول : تقوم علي) بكذا
(لا اشتريت به) ، لان الشراء لا يدخل فيه الا الثمن ، بخلاف تقوم
علي فانه يدخل فيه الثمن ، وما يلحقه من أجره الكيال ، والدلال
والحارس ، والمحرس ، والقصار ، والرفاء ^٢ ، والصباغ ،
وسائر المؤن المرادة للاسترباح ، لا ما يقصد به استبقاء الملك دون
الاسترباح ، كنفقة العبد ، وكسوته ، وعلف الدابة . نعم العلف
الزائد على المعتاد للتسمين يدخل ، والاجرة وما في معناها لاتضم
الى اشتريت بكذا (الا أن يقول : واستأجرت بكذا) ^٣ فان الاجرة
تنضم حينئذ الى الثمن للتصريح بها .

واعلم أن دخول المذكورات ليس من جهة الاخبار ^٤ ، بل

(١) أي باستيجار البائع على المبيع ، بأن استأجر محلا لحفظه مثلا ضم
الزائد بالاستيجار .

(٢) من رفات الثوب بالهمزة ، وربما قيل بالواو منه قدس سره .

(٣) أي اشتريت واستأجرت بكذا .

(٤) والظاهر أن المراد أن المذكورات لا تدخل تحت شرط المعاملة بمجرد
ذكرها قبل اجراء الصيغة والاخبار بها قبلها اذا لم يدخل عند الصيغة ، لأن العبرة

فائدته اعلام المشتري بذلك ليدخل في قوله : بعتك بما اشتريت ،
أو بما قام علي ، أو بما اشتريت واستأجرت وربح كذا ^(١) .

(وان طرأ عيب وجب ذكره) ، لنقص المبيع به عما كان حين
شراه ^(٢) ، (وان أخذ أرشاً) بسببه (أسقطه) لان الارش جزء من
الثلث ، فكأنه اشتراه بما عاده ، و ان كان قوله : اشترينته بكذا حقاً
لطروء النقصان الذي هو بمنزلة الجزء .

ولو كان الارش بسبب جنائية لم يسقط ^(٣) من الثلث ، لانها حق

انما هي بالصيغة لا بما ذكر قبلها ، بل فائدة ذكرها اعلام المشتري بذلك ليدخل
ذلك في قول البائع « بعتك بما اشتريت » . ولكن في شمول بعتك بما اشتريت
لما عدا الثلث من المذكورات تأمل ، الا أن يقال ان ذكرها قبل الصيغة واشترط
دخولها يكفي في صحة ادخالها في ما اشتريت ولو مجازاً . فليتأمل .

(١) هذا قيد لجميع الصيغ المزبورة لا خصوص الأخيرة .

(٢) وفي حاشية منسوبة الى الشارح : الشراء بالمد والقصر ، قال الجوهري :
وحيثنذ يجوز الياء قبل الهاء في شراه لأجل الهمزة وحذفها كما هنا ، ويحتمل ان
يكون فعلاً ماضياً .

(٣) أي بسبب جنائية من الغير على العبد المبيع مثلاً ، فانه لا يسقط من الثلث ،
لانه حق جديد لا يقتضيه عقد البيع . وهذا بخلاف العيب وان كان حادثاً بعد
العقد ، فانه مضمون في بعض الموارد كالموجود قبل العقد .

قال في المسالك : الفرق بين الجنائية والعيب أن أرش العيب ثابت بأصل
العقد ، فكأنه مستثنى من الثلث ، بخلاف الجنائية الطارئة فانها حق آخر كنتاج الدابة

متجدد لا يقتضيها العقد كنتاج الدابة ، بخلاف العيب وان كان حادثاً بعد العقد حيث يضمن ، لانه بمقتضى العقد أيضاً ، فكان كالموجود حالته. ويفهم من العبارة اسقاط مطلق الارش وليس كذلك، وبما قيدناه صرح فى الدروس كغيره .

(ولا يقوم أبعاض الجملة) ويخبر بما يقتضيه التقسيط ^(١) من الثمن وان كانت متساوية ، أو أخبر بالحال ^(٢) ، لان المبيع المقابل بالثمن هو المجموع ، لا الافراد وان يقسط الثمن عليها فى بعض

ولا يرد مثله فى العيب الحادث بعد العقد وقبل القبض أو بعده فى زمن الخيار ، لان ذلك كله مستحق بأصل العقد ومقتضاه ، فكان كالموجود حاله . نعم لو نقص بالجناية وجب عليه الاخبار بالنقص .

(١) كان بسط الثمن على الجملة وعين لكل واحد قسطاً وان كانت أفراد الجملة متساوية من حيث القيمة ، اذ مع ذلك أيضاً لا يتحقق البيع مرابحة ، لانه مع وجود النص كما [فى الكافي ج ٥ ص ١٩٧] ان المبيع المقابل بالثمن فى المرابحة هو المجموع لا الافراد ، خلافاً لابن جنيد على ما حكى عنه من تجويزه فى المماثلة كقفيزي حنطة اذا باع نصفها مرابحة .

(٢) عطف على كانت متساوية ، يعنى ولا يقوم أبعاض الجملة وان أخبر بالحال. والمراد باخباره بالحال كأن يقول : اشتريت المجموع بكذا وقومته مع نفسى فأصاب هذه القطعة من الثمن كذا ، ونحو ذلك .

والظاهر أن هذا اشارة الى خلاف ما فى التذكرة ، قال العلامة فى محكي التذكرة : وأما لو أخبر بالحال فقال: اشتريت المجموع بكذا - الى آخر ما ذكرنا

الموارد^(١) ، كما لو تلف بعضها أو ظهر مستحقاً .
 (ولو ظهر كذبه) في الاخبار بقدر الثمن ، أو ما في حكمه أو
 جنسه ، أو وصفه ، (أو غلطه) ببينة ، أو اقرار (تخبر المشتري)
 بين رده ، وأخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد ، لغروره . وقيل : له
 أخذه بخط الزيادة وربحها ، لكذبه مع كون ذلك هو مقتضى المراجعة
 شرعاً^(٢) ، ويضعف بعدم العقد على ذلك فكيف يثبت مقتضاه .

من العبارة في بيان الحال ، قال : فانه يجوز اجماعاً .

ووجه عدم جواز تقويم ابعاض الجملة ولو مع الاخبار بالحال أن الاخبار
 بالحال لا يجعله بيع المراجعة وان كان البيع صحيحاً لكن لا يقع مراجعة ، لما
 ذكرنا آنفاً من أن المبيع المقابل بالثمن في المراجعة هو المجموع لا الأفراد .
 وفي المسالك في شرح قول المحقق في هذه المسألة « الا بعد أن يخبر
 بذلك » قال : ومقتضى الاستثناء أنه لو أخبر بالحال جاز بيعه مراجعة وليس كذلك ،
 ولعل المسامحة كونه بصورة المراجعة فاستثناهما مجازاً - انتهى .

والغرض من نقل عبارة المسالك أن « أو » في قول الشارح « أو أخبر بالحال »
 عاطفة وليست بمعنى الا كما توهمه بعض المحشين . فليأمل .

(١) وكان هذا إشارة الى ضعف ما استند الى الشافعي من جواز بعض المبيع
 مراجعة ، بأن يقسم الثمن على القيمتين فما خص كل واحد منهما فهو ثمنه واستدل
 على ذلك بالتقسيم في مورده . وهو باطل ، وذلك لأن جواز التقسيط في مورد
 لا يسئلزم جوازه في جميع الموارد ، وهذا واضح .

(٢) أي أخذه بخط الزيادة وربحها - أي ربح الزيادة - هو مقتضى المراجعة ،

وهل يشترط في ثبوت خيار المشتري على الاول بقاؤه على ملكه؟ وجهان، أجودهما العدم، لاصالة بقائه^(١) مع وجود المقتضي، وعدم صلاحية ذلك للمانع، فمع التلف أو انتقاله عن ملكه انتقالاً لازماً، أو وجود مانع من رده كالاستيلاد يرد مثله، أو قيمته ان اختار الفسخ، ويأخذ الثمن، أو عوضه مع فقده.

(ولا يجوز الاخبار بما اشتراه من غلامه) الحجر^(٢)، (أولده) أو غيرهما (حيلة، لانه خديعة) وتدليس، فلو فعل ذلك أثم وصح البيع، لكن يتخير المشتري اذا علم بين رده وأخذه بالثمن، كما لو ظهر كذبه في الاخبار.

(نعم أو اشتراه) من ولده، أو غلامه (ابتداء من غير سابقة بيع عليهما)، ولا مواطأة على الزيادة، وان لم يكن سبق منه بيع (جاز)، لانقضاء المانع حينئذ، اذ لا مانع من معاملة من ذكر.

بدعوى أن مقتضى المرابحة كون الثمن الواقعي رأس ماله لاما عينه كذباً أو غلطاً. ويندفع: بأن الماملة انما وقعت على الثمن الذي عينه لا على الثمن الواقعي، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد. وهذا معنى قوله: ويضعف بعدم العقد على ذلك - الخ.

(١) أي بقاء الخيار مع وجود المقتضي له وهو الكذب أو الغلط.

(٢) أي خادمه، فلو كان عبداً له لا يصح الشراء منه، لان العبد وما في يده

لمولاه، فلا يصح الشراء من نفسه.

(و) كذا (لا) يجوز (الاخبار بما قوم عليه التاجر) ^(١) على أن يكون له الزائد من غير أن يعقد معه البيع ، لانه كاذب في اخباره ، اذ مجرد التقويم لا يوجب له ، (والثمن) على تقدير بيعه كذلك (له) أي للتاجر ، (وللدلال الاجرة) ، لانه عمل عملا له أجرة عادة ، فاذا فات المشروط رجع الى الاجرة . ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر له به ^(٢) ، واستدعاء الدلال ذلك منه ^(٣) ، خلافاً للشيوخين رحمهما الله ^(٤) حيث حكما بملك الدلال الزائد في الاول استناداً الى أخبار صحيحة ^(٥) يمكن حملها على الجمالة ، بناء على أنه لا يقدر فيها هذا النوع من الجهالة ^(٦) .

(١) يعني اذا قوم التاجر على الدلال متاعاً لا يجوز للدلال بيعه مرابحة لانه لم يشتره من المالك ، فلو باع كذلك لا يصح مرابحة لانه كاذب في اخباره ، ولكن أصل البيع صحيح لكونه مأذوناً فيه من قبل المالك ، فالثمن على تقدير بيعه كذلك للتاجر وللدلال الاجرة .

(٢) كأن قال له : بع هذا المتاع بكذا ولك ما زاد منه .

(٣) كما لو قال : أخبرني بثمن هذا المتاع واربح علي شيئاً لا بعينه ، ففعل التاجر ذلك .

(٤) كما في محكي المقنعة والنهاية .

(٥) كما في [التهذيب ج ٧ ص ٥٤ والكافي ج ٥ ص ١٩٥] وغير ذلك من الاخبار المذكورة في التهذيب وغيره .

(٦) وذلك لأن الجهالة القادحة في الجمالة ما يفضي الى التنازع - وهو

(وثالثها - المواضعة)

([وهي] كالمرا بحة في الاحكام) من الاخبار على الوجوه المذكورة (الا أنها بنقيصة معلومة) فنقول : بعتك بما اشتريته ، أو تقوم علي ووضيعة كذا ، أو حط كذا . فلو كان قد اشتراه بمائة فقال : بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة فالثمان تسعون ، أو لكل عشرة ، زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزء من الدرهم ، لان الموضوع في الاول من نفس العشرة ، عملاً بظاهر التبويض^(١) ، وفي الثاني من خارجها ، فكأنه قال : من كل أحد عشر^(٢) . ولو أضاف الوضيعة الى العشرة احتتمل الامرين ، نظراً الى احتمال الاضافة للام ومن .

منفي هنا ، اذ الزيادة أي مقدار كانت فهي للواسطة لأنهما تراضيا على ذلك .
هكذا قرره بعض المحققين من المحشين .

(١) فكأنه قال : بعتك بمائة ووضيعة درهم هو بعض كل عشرة من العشرات التي كانت ثمنياً للمبيع ، فيصير الوضع من نفس العشرات المزبورة . وهذا بخلاف ما لو قال « لكل عشرة » ، فان الموضوع من خارج العشرة ، اذ المتبادر من هذه العبارة أن الوضيعة للعشرة لامن العشرة ، فيكون التقدير من كل عشرة تسلم لي فيوضع للتسعين تسعة ويبقى من المائة واحد فيوضع له جزء من أحد عشر جزء على قياس تسعة وتسعين فيبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزء من درهم . وهذا معنى قوله : زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزء من الدرهم .
(٢) أي فكأنه قال من كل أحد عشر درهماً .

والتحقيق هو الاول ، لان شرط الاضافة بمعنى من كونها تبينية ، لا تبعية^(١) بمعنى كون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف اليه

(١) وعن الزمخشري تجويزه ، قال في محكي الكشاف في تفسير قوله تعالى « ومن الناس من يشتري لهو الحديث » أنه يجوز الاضافة بمعنى من التبعية ، كأنه قيل ومن الناس من يشتري بعض الحديث الذي هو اللهو منه . وهكذا عن جماعة أخرى ، فعدم الجواز غير مسلم بل الجواز هو الأقوى . فعليه في صورة عدم القرينة يحتمل الأمران ويتكافأ الاحتمالان فينجر الى بطلان البيع للجهل بمقدار الثمن كما لعله واضح .

ثم هذا كله مبني على ما هو من المسلمات عند أهل الفن من تقسيم الاضافة الى الأقسام الثلاثة المعروفة ، ولكن الذي يقتضيه التحصيل أن مفهوم الاضافة في جميع الموارد واحد ، وهو الاسناد الى الشيء كاسناد الغلام الى الرجل أو المكر الى الليل أو الخاتم الى الفضة أو الكوكب الى الخرقاء كما في « كوكب الخرقاء » فيقال « غلام الرجل » أو « مكر الليل » وهكذا . نعم لابد من ملائمة ومناسبة بين المضاف والمضاف اليه ، ككونه مالا له أو واقعاً فيه أو كونه من جنسه ونحو ذلك حتى يصح الاسناد ، ولهذا يقال : لابد للاضافة من ادنى ملائمة ، لا أن هذه الاعتبارات داخلية في معنى الاضافة كما هو المسلم عند النحويين ، فقالوا تارة انها بمعنى اللام وأخرى بمعنى في أو من . نعم تلك الاعتبارات مصححة للاضافة .

ونظير هذا المخاط والاشتباه ما وقع منهم في معنى همزة الاستفهام ، قال في مغني اللبيب في باب حرف الالف : والثاني أن تكون للاستفهام ، وحقيقته طلب الفهم . ثم ساق الكلام في شرائط استعماله وكيفية وقوعها في التراكيب الى أن

بحيث يصح اطلاقه على المضاف وغيره ، والاخبار به عنه كخاتم فضة ، لاجزاء من كل كبعض القوم ، ويد زيد ، فان كل القوم لا يطلق على بعضه ، ولا زيد على يده ، والموضوع هنا بعض العشرة ، فلا يخبر بها عنه فتكون بمعنى اللام .

(ورابعها - التولية^(١))

(وهي الاعطاء برأس المال) فيقول بعد علمهما بالثمن وما تبعه :

قال : قد تخرج الهمزة عن الاستفهام الحقيقي فتد ثمانية معان ، ثم ذكر المعاني مفصلاً ولم يتفطن بأن معنى الهمزة هو انشاء الاستفهام لا الاستفهامي الحقيقي حتى يكون في غيره كالتوبيخ والتقريب ونحو ذلك مما ذكره مجازاً ، والانشاء خفيف المؤنة فتارة سببه رفع الجهل وأخرى التوبيخ ونحو ذلك ، ففي جميع الموارد معنى الهمزة هو انشاء الاستفهام لا طلب الفهم حقيقة . نعم دواعي الانشاء مختلفة كما ذكرنا تارة لرفع الجهل واخرى لغيره مما ذكرها . فليأمل جداً .

ونظير هذا التوهم وقع منهم في معنى ليت ولعل ونحوه ، والتزموا بانسلاخها عن معناها الحقيقي في حق الله تعالى لاستلزامه الجهل ، ولم يشعروا بأن معنى ليت هو انشاء التمني لا التمني الحقيقي حتى يستحيل في حقه تعالى . وبالجملة فالمسألة عند التأمل التام لا تحتاج الى مزيد بيان وتكلف برهان .

(١) ومعنى التولية لغة تفويض أمر الى الشخص بحيث يتصرف فيه كتصرف من ولاه كما وكيفاً ، وبهذه المناسبة يسمى البيع المزبور « تولية » لجعل الثمن مثل رأس المال جنساً وقدرأ وصفة ، ولذا لا يفنقر في الأول الى ذكر الثمن في العقد بل يكفي علمهما به خارجاً .

وليتك هذا العقد، فاذا قبل لزمه مثله جنساً^(١)، وقدرأ، وصفة، ولو قال:
بعتك، أكمله بالثمن، أو بما قام عليه ونحوه، ولا يفتقر في الاول الى
ذكره^(٢)، ولو قال: وليتك السلعة احتمال في الدروس الجواز^(٣).
(والتشريك جائز) وهو أن يجعل له فيه نصيباً بما يخصه^(٤) من
الثمن، بأن (يقول: شركتك) بالضعيف (بنصفه بنسبة ما اشترت
مع علمهما) بقدره، ويجوز تعديته بالهمزة، ولو قال: أشركتك

(١) ظاهره عدم جواز التولية في غير المثلي، كما عن التذكرة أنه لا بد من
كون الثمن مثلياً ليأخذ المولى مثل ما بذله، فلو اشتراه بعرض لم تجز التولية.
وفيه: أنه لا دليل على التخصيص بالمثلي، قال في الجواهر: انه لا ريب
في جوازه اذا انتقل ذلك العرض الى من يراد توليته، كما أنه يقوى جوازها بقيمة
العرض - الى آخر ما حقي في هذا المقام.

(٢) أي لا يفتقر في وليتك الى ذكر الثمن. ثم الظاهر أن الأحكام الجارية في
المرابحة والمواضعة جارية فيها أيضاً، ولعل عدم ذكرها فيها لوضوحها وعدم
الاحتياج الى ذكرها. فليأمل.

(٣) قال في الجواهر: لا يبعد الاجتزاء بجعل المفعول السلعة، بل في كثير
من نصوصها وقعت مفعولاً للتولية وان لم تكن في صورة العقد، بل لا اشعار في
شيء من النصوص بجعل المفعول العقد، فيجعل المفعول السلعة ان لم يكن أولى
من كون المفعول العقد في الاستغناء عن الثمن، فلا ريب في مساواته له.

(٤) أي ان يجعل له فيه نصيباً بما يخص النصيب من الثمن، فلو كان النصيب
النصف فمن الثمن أيضاً النصف وهكذا.

بالتصنيف كفى ولزمه نصف مثل الثمن، ولو قال: أشركتك في النصف كان له الربع، إلا أن يقول: بنصف الثمن فيتعين النصف. ولو لم يبين الحصص كما لو قال: في شيء منه أو اطلق بطل، للجهل بالمبيع، ويحتمل حمل الثاني على التصنيف^(١).

(وهو) أي التشارك (في الحقيقة بيع الجزء المشاع برأس المال^(٢)) لكنه يختص عن مطلق البيع بصحته بلفظه.

(الفصل الثامن - في الربا)

بالقصر وألفه بدل من واو (ومورده) أي محل وروده (المتجانسان إذا قدر بالكيل أو الوزن وزاد أحدهما) عن الآخر قدرأ^(٣) ولو بكونه مؤجلاً.

(١) وهو قوله أطلاق أي أطلاق قوله «أشركتك» ولم يقيد بشيء من الحصص.
 (٢) فيكون حينئذ قسماً من التولية ومندرجاً فيها، وذلك لشمول اطلاق التولية للبعث أيضاً. ووجه اختصاصه بالذكر وجعله قسماً خامساً صحته بلفظ التشارك، فهو غير خارج عن الأقسام ولكن لازمه عدم جريان المرابحة والمواضعة فيه. وفيه نظير منع، قال في محكي التذكرة: لو كان المشتري قد اشترى شيئاً وأراد أن يشرك فيه غيره معه ليصير له بعضه بقسط من الثمن جاز بلفظ البيع والمرابحة والتولية والمواضعة - انتهى. وذلك لعدم دليل على المنع بعد اطلاق الأدلة أو عمومها على الجواز. فليأمل.

(٣) احترز به عن الزيادة صفة فانها لا تضر. ولا يخفى أن الزيادة من حيث

وتحرمة مؤكّد ، وهو من أعظم الكبائر ، (والدرهم منه أعظم) وزراً (من سبعين زنية) بفتح أوله وكسره كلها بذات محرم ، رواه هشام بن سالم^(١) عن الصادق عليه السلام .

(وضابط الجنس) هنا^(٢) : (ما دخل تحت اللفظ الخاص) كالتمر والزبيب واللحم ، (فالتمر جنس) لجميع أصنافه^(٣) ، (والزبيب جنس) كذلك (والحنطة والشعير)^(٤) هنا (جنس) واحد (في المشهور) وان اختلفا لفظاً واشتملا على أصناف ، لدلالة الاخبار الصحيحة^(٥)

الأجل وان كان يوجب نقصاناً في مالية ، ضرورة أن مناً من الحنطة حالاً يكون أكثر قيمة من المؤجل ، خصوصاً إذا كان الأجل طويلاً ، ولكن تحريم الربا كما يستفاد من الأدلة ليس من حيث زيادة المالية بل نفس الزيادة موجبة للتحريم ، فما ربما يتوهم من أن المؤجل يكون أنقص من حيث المالية لوجهه ، لما ذكرنا من أن نفس الزيادة توجب الحرمة . نعم حكمة تحريم الربا هي المحافظة على الأموال ، ولكن الحكمة لا تطرد ولا تنعكس كما هو محرر في محله .

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب ١ من أبواب الربا الحديث ١ .

(٢) المراد بالجنس في هذا الباب هو المعبر عنه في المنطق بالنوع ، وأهل اللغة يسمونه جنساً أيضاً ، ولا مشاحة في الاصطلاح .

(٣) وكذا ما يعمل منه كالدبس والعصير ونحوه .

(٤) وهكذا ما يكون منهما كالسويق وهو الدقيق اذا قلّى أي نضج وغير ذلك

مما يعمل منهما .

(٥) الوسائل كتاب التجارة الباب ٨ من أبواب الربا .

على اتحادهما الخالية عن المعارض . وفي بعضها أن الشعير من الحنطة^(١) فدعوى اختلافهما^(٢) نظراً الى اختلافهما صورة وشكلاً ولوناً وطعماً وادراكاً وحساً واسماً غير مسموع . نعم هما في غير الربا كالزكاة جنسان^(٣) اجماعاً .

(واللحوم تابعة للحيوان) فلهحم الضأن والمعز جنس ، لشمول الغنم لهما ، والبقر والجاموس جنس ، والعراب والبخاتي^(٤) جنس . (ولا ربا في المعدود) مطلقاً^(٥) على أصح القولين ، نعم يكره ، (ولا بين الوالد وولده) فيجوز لكل منهما أخذ الفضل على الاصح ، والاجود اختصاص الحكم بالنسبي مع الاب ، فلا يتعدى اليه^(٦) مع الام ، ولا مع الجد ولو للاب ، ولا الى ولد الرضاع ، اقتصاراً بالرخصة على مورد اليقين ، مع احتمال التعدي في الاخيرين ،

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب ٨ من أبواب الربا الحديث ٢ .

(٢) هذا اشارة الى خلاف ابن ادريس قدس سره ، حيث استدل باختلافهما في الأمور المذكورة على اختلافهما جنساً ، وتنبه على أن ما ذكره اجتهاد في مقابل النص ، فلا يكون مسموعاً .

(٣) لاختلاف مفهومهما لغة وعرفاً .

(٤) البخاتي بفتح الموحدة الابل الخراسانية .

(٥) خلافاً للشيخ في النسبته .

(٦) أي فلا يتعدى الى الولد مع الأم .

لاطلاق اسم الولد عليهما شرعاً .

(ولا) بين (الزوج وزوجته) دواماً وامتعة على الاظهر^(١) ،
 (ولا بين المسلم والعربي ، اذا أخذ المسلم الفضل) والاثبت ، ولا فرق
 فى الحزبي بين المعاهد وغيره ، ولا بين كونه فى دار الحرب والاسلام .
 (ويثبت بينه) أي بين المسلم (وبين الذمي) على الاشهر ،
 وقيل : لا يثبت كالحزبي^(٢) ، للرواية^(٣) المخصصة له كما خصصت
 غيره . وموضع الخلاف ما اذا أخذ المسلم الفضل ، أما اعطاؤه اياه
 فحرام قطعاً ، (ولا فى القسمة)^(٤) لانها ليست بيعاً ، ولا معاوضة ،
 بل هي تمييز الحق عن غيره ، ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو مع اشتمالها
 على الرد أثبت فيها الربا .

(ولا يضر عقد التبن والزوان)^(٥) بضم الزاى وكسرها وبالهمز

(١) ولكن قد يناقش في بعض مصاديقها مما كان زمانها قصيراً جداً ، بدعوى
 انصراف الزوجة عنها ، وهو غير بعيد .

(٢) كما عن المفيد والمرضى وغيرهما .

(٣) الوسائل كتاب التجارة الباب ٧ من أبواب الربا الحديث ٥ .

(٤) فلو كانت الشركة في رطب وتمر متساويين فأخذ أحدهما الرطب جاز ،
 لأن القسمة ليست بيعاً ولا معاوضة حتى يثبت فيهما الربا ، خلافاً للشافعي حيث
 جعلها بيعاً يثبت فيه الربا .

(٥) وهو حب يخالط البر .

وعدمه (اليسير) فى أحد العوضين ، دون الآخر ، أو زيادة عنه ^(١) ، لان ذلك لا يقدر فى اطلاق المثلية والمساواة قدرأ ، ولو خرجنا عن المعتاد ضرأ ، ومثلهما يسير التراب وغيره مما لا ينفك الصنف عنه غالبأ كالدردى ^(٢) فى الدبس والزيت .

(ويتخلص منه) أى من الربا اذا أريد بيع أحد المتجانسين بالآخر متفاضلا (بالضميمة) ^(٣) الى الناقص منهما ، أو الضميمة اليهما مع اشتباه الحال ، فتكون الضميمة فى مقابل الزيادة . ويجوز بيع مد عجوة ^(٤) ودرهم بمدين ، أو درهمين ، وبمدين ودرهمين وأمداد ودرهم ، ويصرف كل الى مخالفه) وان لم يقصده ، وكذا لو ضم غير ربوي ^(٥) .

ولا يشترط فى الضميمة أن تكون ذات وقع ^(٦) فى مقابل الزيادة ، فلو ضم دينارأ الى ألف درهم ثمنأ لالفي درهم جاز ، للرواية ^(٧) ، وحصول التفاوت عند المقابلة . وتوزيع الثمن عليهما باعتبار القيمة

(١) أى زيادة كل من العقد والزوان فى أحد العوضين عن الآخر .

(٢) وهو ما يبقى فى أسفل مثل الزيت والدبس .

(٣) أى الضميمة من غير جنسه .

(٤) قيل هى ضرب من أجود التمر - كذا عن مجمع البحرين .

(٥) كما لو ضم ثوبأ مثلاً .

(٦) أى ذات أهمية لكونه ثمينأ .

(٧) الوسائل كتاب التجارة الباب ٢٠ من أبواب الربا .

على بعض الوجوه لا يقدر^(١) الحصوله حينئذ بالتقسيم لا بالبيع ، فانه
انما وقع على المجموع بالمجموع ، فالتقسيم غير معتبر ولا مفتقر
اليه .

نعم لو عرض سبب يوجب^(٢) - كما لو تلف الدرهم المعين قبل
القبض أو ظهر مستحقاً وكان في مقابله ما يوجب الزيادة المفوضية
الى الربا - احتمال بطلان البيع حينئذ ، للزوم التفاوت في الجنس

(١) إشارة الى خلاف الشافعي على ما حكى عنه ، محتجاً بحصول التفاوت
عنه والمقابلة على بعض الفروض ، وذلك كما لو بيع مد ودرهم بمدين والدرهم
بحسب القيمة الفعلية - أي القيمة الحاضرة - يكون ثمناً لمد ونصف ، ففي الفرض
المزبور يحصل التفاوت بين الثمن والمثمن لصيرورة النصف الاخر من المد
مقابلاً للمد التام .

ولكن هذا الاحتجاج مدفوع ، اذ التفاوت المزبور لا يقدر في صحة
المعاملة ، اذ حصول هذا التفاوت حينئذ انما يكون بالتقسيم لا بالبيع ، لانه وقع
على المجموع بالمجموع ، فالتقسيم غير معتبر ولا ملحوظ في المعاملة ولا مفتقر
اليه .

(٢) أي يوجب التقسيم ، وذلك كما لو باع مدأ ودرهماً بمدين ودرهمين مثلاً
وتلف قبل القبض الدرهم المفروض أنه نصف المبيع لكون قيمة المد درهماً بطل
البيع في نصف الثمن ويبقى النصف الاخر ، وحيث كان منزلاً على الاشاعة كان
النصف في كل من الجنسين ، فيكون نصف المدين ونصف الدرهمين في مقابل
المد ، فيلزم الزيادة المفوضية الى الربا الموجبة لبطلان البيع .

الواحد ، والبطلان ^١ فى مخالف التالف خاصة ، لان كلا من الجنسين قد قوبل بمخالفه ^٢ فاذا بطل بطل ما قوبل به خاصة . وهذا هو الاجود والموافق لاصول المذهب ، والمصحح لاصل البيع ^٣ ، والا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من رأس .

ويتخلص من الربا أيضاً (بأن يبيعه بالمماثل ، ويهبه الزائد) فى عقد واحد ، أو بعد البيع (من غير شرط) للهبة فى عقد البيع ، لان الشرط حينئذ زيادة فى العوض المصاحب له ^٤ ، (أو) بأن (يقرض كل منهما صاحبه ويتبارء آ) بعد التقابض الموجب لملك كل منهما ما اقترضه وصيرورة عوضه فى الذمة . ومثله مالو وهب كل منهما

(١) عطف على بطلان البيع ، أى احتمال البطلان فى مخالف التالف فقط دون الجميع .

(٢) والأولى أن يقال : ان كلا من الجنسين قد صرف الى مخالفه فراراً من الربا تعبدأ لأنه قوبل بمخالفه ، وذلك لأن البيع كما مر انما وقع على المجموع بالمجموع فحينئذ اذا بطل بطل ما صرف اليه خاصة .

(٣) حيث أن المصحح للبيع وعدم لزوم الربا انما هو الصرف المذكور ، أى الصرف الى مخالفه ، والا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من أول الأمر ومن رأس .

(٤) أى المصاحب للشرط .

الآخر عوضه^(١).

ولا يقدر في ذلك كله كون هذه العقود غير مقصودة بالذات ، مع أن العقود تابعة للمقصود^(٢) ، لان قصد التخلص من الربا الذي لا يتم الا بالقصد الى بيع صحيح ، أو قرض ، أو غيرهما كاف في القصد اليها ، لان ذلك غاية مترتبة على صحة العقد مقصودة ، فيكفي جعلها غاية ، اذ لا يعتبر قصد جميع الغايات^(٣) المترتبة على العقد . (ولا يجوز بيع الرطب بالتمر) للنص^(٤) المعدل بكونه ينقص

(١) أي عوض ما افترضه الآخر ، ففي هذه المسألة - أي اقراض كل منهما صاحبه - له صورتان للتخلص من الربا : احدهما التبارؤ أي ابراء كل منهما صاحبه ، وأخرى هبة كل منهما ذمة صاحبه له ، اذ هبة ما في الذمة لا مانع منه ، فينتج نتيجة ابراء وهو افراغ ذمة المقرض من عوض ما افترضه . ومن صور التخلص أن يهب كل منهما جنسه للآخر من غير قصد المعاوضة بين الهبتين وعدم اشتراط الهبة في الهبة .

(٢) حاصل هذا الاشكال : ان هذه العقود غير مقصودة في الواقع ، بل كلها صوري وليست مقصودة بالذات . والجواب : انه لا تعتبر في العقود كونها مقصودة بالذات وبداعي نفسها ، بل الذي اعتبر فيها قصد معانيها ولولا جل أمر آخر كالتخلص من الربا ونحوه ، وذلك واضح .

(٣) وفي هذه العبارة نوع مسامحة ، اذ لا يعتبر في العقد قصد الغايات بل انها سبب لتمشي القصد الى العقد . فليتأمل .

(٤) الوسائل كتاب التجارة الباب ١٤ من أبواب الربا الحديث ١ - ٢ .

اذا جف ، (وكذا كل ما ينقص مع الجفاف) كالعنب بالزبيب ،
 تعدية للعلة المنصوطة الى ما يشاركه فيها . وقيل : يثبت فى الاول
 من غير تعدية رداً لقياس العلة ، وقيل : بالجواز فى الجميع رداً
 لخبر الواحد ، واستناداً الى ما يدل بظاهره على اعتبار المماثلة بين
 الرطب واليابس ^١ . وما اختاره المصنف أقوى ، وفى الدروس
 جعل التعدية الى غير المنصوص أولى ^٢ .

(ومع اختلاف الجنس) فى العوضين (يجوز التفاصل نقداً)
 اجماعاً ، (ونسبة) على الاقوى ، للاصل ^٣ والاخبار ^٤ . واستند
 المانع الى خبر ^٥ دل بظاهره على الكراهة ، ونحن نقول بها .

(ولا عبرة بالاجزاء المائية فى الخبز ، والخل ، والدقيق)
 بحيث يجهل مقداره فى كل من العوضين الموجب لجهالة مقدارهما ،
 وكذا لو كانت مفقودة من أحدهما كالخبز اليابس واللين ، لاطلاق
 الحقيقة عليهما ، مع كون الرطوبة يسيرة غير مقصودة ، كقليل الزوان
 والتبن فى الحنطة ، (الا أن يظهر ذلك للحس ظهوراً بيناً) بحيث

١) الوسائل كتاب التجارة الباب ١٤ من أبواب الربا الحديث ٣ - ٤ .

٢) أي أولى من عدم التعدية .

٣) وهو اطلاق « أحل الله البيع » ونحوه .

٤) الوسائل كتاب التجارة الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث ١ - ٢ .

٥) الوسائل كتاب التجارة الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث ٣ .

يظهر التفاوت بينهما فيمنع ، مع احتمال عدم منعه مطلقاً^(١) ، كما أطلقه في الدروس وغيره ، لبقاء الاسم الذي يترتب عليه تساوي الجنسين عرفاً .

(ولا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل كلحم الغنم بالشاة) ان كان مذبوحاً ، لانه فى قوة اللحم فلا بد من تحقق المساواة . ولو كان حياً فالجواز قوي ، لانه حينئذ غير مقدر بالوزن .
(ويجوز) بيعه به (مع الاختلاف) قطعاً ، لانتفاء المانع مع وجود المصحح .

(الفصل التاسع - فى الخيار)^(٢)

(وهو أربعة عشر) قسماً وجمعه بهذا القدر من خواص الكتاب :
(الاول - خيار المجلس) أضافه الى موضع الجلوس مع كونه غير معتبر فى ثبوته ، وانما المعتبر عدم التفرق ، اما تجوزاً^(٣) فى اطلاق بعض أفراد الحقيقة ، أو حقيقة عرفية .

(١) أي وان ظهر للحس ظهوراً بيناً .

(٢) الخيار والخبرة هو الاختيار ، وشرعاً عبارة عن ملك اقرار العقد وازالته بعد وقوعه .

(٣) مفعول له لقوله « إضافة » ، أي تجوز فى اطلاق بعض أفراد الحقيقة على العام ، وهو عدم التفرق ، أو ان المجلس حقيقة عرفية معناه مطلق عدم التفرق .

(وهو مختص بالبيع) بأنواعه ، ولا يثبت في غيره من عقود المعاوضات وان قام مقامه ، كالصالح .

ويثبت للمتبايعين ما لم يفترقا (ولا يزول بالحائل) بينهما ، غليظاً كان أم رقيقاً ^(١) ، مانعاً من الاجتماع أم غير مانع ، لصدق عدم التفرق معه ، (ولا بمفارقة) كل واحد منهما (المجلس مصطحبين) وان طال الزمان ما لم يتباعد ما بينهما عنه ^(٢) حالة العقد ، وأولى بعدم زواله لو تقاربا عنه .

(ويسقط باشتراط سقوطه في العقد) عنهما ، أو عن أحدهما بحسب الشرط ، (وباسقاطه بعده) بأن يقول : اسقطنا الخيار ، أو أوجبنا البيع ، أو التزمناه ، أو اخترناه ، أو ما أدى ذلك .
(ويمفارقة أحدهما صاحبه) ولو بخطوة اختياراً ^(٣) ، فلو أكرها

(١) خلافاً لبعض الشافعية حيث زعموا زوال الخيار بحدوث حاجز بينهما يمنع اجتماعهما ، كما لو بني جدار بينهما .

(٢) ضمير « عنه » راجع الى ما في قوله « ما بينهما » ، وهو كناية عن التباعد . والمراد أن بقاء الخيار مشروط بعدم حصول التباعد أكثر من التباعد الذي بينهما حالة العقد ، وذلك لصدق الافتراق حينئذ الموجب لسقوط الخيار .

(٣) وفيه تأمل واشكال ، لعدم صدق الافتراق بمجرد خطوة واحدة عرفاً ، ولا تعرض في النصوص التي عثرنا عليها للخطوة . نعم في الجواهر : بلا خلاف يعتمد به ، لعدم تحديدها في الشرع فيكفي بمسماها المحقق بالخطوة قطعاً . وفيه كما أشرنا اليه ان الافتراق لا يصدق بخطوة واحدة لعدم مساعدة العرف عليه .

أو أحدهما عليه لم يسقط ، مع منعهما من التخاير ^١ ، فإذا زال الإكراه فلهما الخيار في مجلس الزوال ، ولو لم يمنعنا من التخاير لزم العقد .

(ولو التزم به أحدهما سقط خياره خاصة) إذ لا ارتباط لحق أحدهما بالآخر .

(ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر قدم الفاسخ) وإن تأخر عن الإجازة ، لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ ، دون الإجازة ، لأصالتها ^٢ ، (وكذا) يقدم الفاسخ على المميز (في كل خيار مشترك) ، لاشتراك الجميع في العلة التي أشرنا إليها .

(ولو خيره فسكت فخيارهما باق) أما الساكت فظاهر إذ لم يحصل منه ما يدل على سقوط الخيار ، وأما المخير فلان تخييره صاحبه أعم من اختياره العقد ، فلا يدل عليه . وقيل : يسقط خياره ،

(١) أصل معنى التخاير اختيار العقد والبقاء عليه ، بأن يقولوا تخايرنا امضاء العقد . ويتحقق ذلك بمنعهما من التكلم ، بأن يسد فوهما أو هدرنا على التكلم . ولكن المراد بالتخاير هنا اختيار الفسخ ، لأن اختيار العقد لا يتوقف على الكلام بل لو تفرقا ساكتين لزم وإنما يتوقف عليه الفسخ ، وذلك واضح .

(٢) وذلك لأن الإجازة ليست الإبقاء أثر العقد ، فالأثر المذكور بعد تحقق العقد لا يحتاج إلى شيء . وهذا معنى أصالتها ، بخلاف الفسخ فإنه يحتاج إلى

استناداً الى رواية لم تثبت عندنا ^١ .

(الثاني - خيار الحيوان ، وهو ثابت للمشتري خاصة) على المشهور وقيل : لهما ، وبه رواية صحيحة ^٢ . ولو كان حيواناً بحيوان قوي ثبوته لهما كما يقوى ثبوته للبائع وحده لو كان الثمن خاصة - وهو ما قرن بالباء - حيواناً ^٣ .

ومدة هذا الخيار (ثلاثة أيام مبدأها من حين العقد) على الاقوى ، ولا يقدر اجتماع خيارين ^٤ فصاعداً وقيل : من حين التفرق ، بناءً على حصول الملك به ^٥ .

- (١) وعن الشيخ سقوطه للخبر « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » أوبقول أحدهما لصاحبه « اختر » ، نقلت عن بعض العامة في [نيل الاوطار ج ٥ ص ٩٦] .
- (٢) الوسائل كتاب التجارة الباب ٣ من أبواب خيار الحيوان الحديث ٣ .
- (٣) هذا تعريف للثمن ، فالفرق بين الثمن والمثمن في البيع أن الثمن نقداً كان أو عرضاً هو الذي قرن بالباء .

وقواه « حيواناً » خبر لكان ، فجملة « وهو ما قرن بالباء » وقعت معترضة بين لو كان الثمن وخبرها حيواناً ، أي لو كان الثمن خاصة حيواناً .

(٤) هذا تنبيه على خلاف الشيخ على ما حكى عنه من أن مبدأه من حين التفرق ، والا لزم اجتماع المثليين ، واجتماع المثليين كالضدين محال . وفيه ان هذا في العلل التكوينية لا التشريعية ، فانها معرفات لا مؤثرات حقيقة كما حرر في محله .

(٥) أي بالتفرق كما هو المحكي عن الشيخ .

(ويسقط باشتراط سقوطه) فى العقد ، (أو اسقاطه بعدالعقد)
 كما تقدم ، (أو تصرفه) أي تصرف ذي الخيار ، سواء كان لازماً
 كالبيع أم لم يكن كالهبة قبل القبض ، بل مطلق الانتفاع كركوب
 الدابة ولو في طريق الرد^(١)، ونعلها وحلب ما يحلب، [ولبس الثوب،
 وقصارته^(٢) ، وسكنى الدار] .

ولو قصد به الاستخبار ولم يتجاوز مقدار الحاجة ، ففي منعه
 من الرد وجهان^(٣) ، أما مجرد سوق الدابة الى منزله فان كان قريباً
 بحيث لا يعد تصرفاً عرفياً فلا أثر له ، وان كان بعيداً مفرداً احتمال
 قوياً منعه . وبالجملة فكل ما يعد تصرفاً عرفياً بمنع ، والا فلا .

(الثالث - خيار الشرط ، وهو بحسب الشرط اذا كان الاجل
 مضبوطاً) متصل بال عقد أم منفصلاً ، فلو كان منفصلاً صار العقد جائزاً
 بعد لزومه^(٤)

(١) هذا مبني على أن مطلق الانتفاع والتصرف موجب لسقوط الخيار تعبداً
 ولو لم يكن دليلاً على الرضا بالبيع .

(٢) هذا مبني على كون الخيار للطرفين كما لو كان ثمن الحيوان الثوب أو
 الدار وتصرف فيهما البائع بما ذكر سقط خياره بذلك التصرف .

(٣) من أنه تصرف عرفياً والتصرف مزيل للخيار ومن أن لفظ التصرف منصرف
 عنه وذلك لان التصرف المسقط للخيار هو الذي له كاشفية ولو نوعاً عن الرضا
 بالبيع .

(٤) أي لزومه بعد التفرق عن المجلس .

مع تأخره عن المجلس^(١) .

(ويجوز اشتراطه لاحدهما ولكل منهما ، ولاجنبي عنهما ،
أو عن أحدهما^(٢)) ولاجنبي مع أحدهما عنه وعن الآخر ومعهما^(٣) .
واشترط الاجنبي تحكيم لا توكيل^(٤) عن جعله فلا اختيار له
معه^(٥) .

(واشترط المؤامرة) وهي مفاعلة من الامر ، بمعنى اشتراطهما

(١) أي مع تأخر خيار الشرط عن خيار المجلس اذ لو امتد خيار المجلس
الى وقت الشرط لم يحصل اللزوم .

(٢) أي يجوز اشتراط الخيار عنهما لأجنبي بأن يكون الأجنبي بدلا عنهما في
حق الخيار بحسب الشرط فقوله عنهما متعلق بضمير الخيار في قوله « ويجوز اشتراطه »
أي يجوز اشتراط الخيار بدلا عنهما ولا يكون متعلقاً بأجنبي كما ربما يتوهم .

(٣) بأن يكون الخيار لأجنبي ، أي يكون الحاكم بالخيار من قبل كل منهما
أجنبياً مع جعله لاحدهما أيضاً فيكون الخيار لشخصين الأجنبي عن قبلهما وأحدهما ،
وقوله « معهما » عطف على قوله « مع أحدهما » يعني يجوز جعل الخيار الأجنبي
مع المتبايعين ، فيكون الخيار للثلاثة الأجنبي عن قبلهما والمتبايعين .

(٤) خلافاً لما حكى عن أبي حنيفة وأحمد من أنه توكيل ، لانه نائب عنه في
الاختيار ، فاذا ثبت للنائب فتوته للمنوب عنه أولى .

وفيه : انه خلاف ظاهر الاشرط ، اذ ظاهره أنه لم يجعل لنفسه خياراً حتى

يكون الأجنبي نائباً عنه ، كما لعله واضح .

(٥) أي فلا اختيار له مع الأجنبي .

أو أحدهما استثمار من سمياه^(١) والرجوع الى أمره مدة مضبوطة ،
 فيلزم العقد من جهتهما ويتوقف^(٢) على أمره ، فان أمر بالفسخ جاز
 للمشروط له استثماره الفسخ^(٣) . والظاهر أنه لا يتعين عليه ، لان
 الشرط مجرد استثماره . لا التزام قوله .

وان أمره بالالتزام لم يكن له الفسخ قطعاً ، وان كان الفسخ
 أصح عملاً بالشرط ، ولانه لم يجعل لنفسه خياراً .

فالحاصل أن الفسخ يتوقف على أمره ، لانه خلاف مقتضى
 العقد ، فيرجع الى الشرط ، وأما الالتزام بالعقد فلا يتوقف^(٤) .

وظاهر معنى المؤامرة وكلام الاصحاب : أن المستأمر - بفتح
 الميم - ليس له الفسخ ولا الالتزام ، وانما اليه الامر والرأي خاصة .
 فقول المصنف رحمه الله : (فان قال المستأمر : فسخت أو أجزت
 فذاك ، وان سكت فالاقرب للزوم ، ولا يلزم المستأمر^(٥) الاختيار)

(١) الاستثمار طلب الأمر ممن سمياه للرجوع الى أمره .

(٢) أي يتوقف العقد على أمره .

(٣) أي جاز الفسخ لمن شرط له الاستثمار ان أمر من سمياه بالفسخ .

(٤) أي لا يتوقف على أمره ، لأن الالتزام هو مقتضى العقد فلا يحتاج الى

شيء آخر .

(٥) ان قرىء بالفتح كان معناه لا يجب عليه اختيار شيء من الأمر بالفسخ أو

الامضاء بل له السكوت حتى تنقضي مدة المؤامرة ، لأنه لا يجب عليه امتثال الأمر

فيلزم العقد .

ان قرىء المستأمر بالفتح - مبنياً للمجهول - أشكل^١ بما ذكرناه .
وان قرىء بالكسر - مبنياً للفاعل - بمعنى المشروط له المؤامرة
لغيره ، فمعناه : ان قال « فسخت » بعد أمره^٢ له بالفسخ ، او أجزت
بعد أمره له بالاجازة لزم ، وان سكت ولم يلتزم ولم يفسخ - سواء
فعل ذلك بغير استثمار أم بعده ولم يفعل مقتضاه - لزم ، لما بيناه
من أنه لا يجب عليه امتثال الامر ، وانما يتوقف فسخه على موافقة
الامر .

وهذا الاحتمال أنسب^٣ بالحكم ، لكن دلالة ظاهر العبارة على
الاول أرجح ، خصوصاً بقرينة قوله : ولا يلزم الاختيار . فان اللزوم
المنفي^٤ ليس الا عن جعل له المؤامرة ، وقوله : (وكذا كل من
جعل له الخيار) فان المجمعول له هنا الخيار هو الاجنبي المستشار
لا المشروط له ، الا أن للمشروط له حظاً من الخيار عند أمر الاجنبي
[له] بالفسخ .

-
- (١) هذا خبر لقوله « فقول المصنف » ، يعني ان قرىء المستأمر بالفتح اشكل
قول المصنف بما ذكرناه من أن المستأمر بالفتح ليس له الفسخ ولا الالتزام .
(٢) أي بعد أمر المستأمر بالفتح .
(٣) أي احتمال قرائته بالكسر أنسب .
(٤) أي المنفي في قوله « لا يلزم » ، وأما المستأمر بالكسر فانه يلزمه اختيار
البيع مع أمر المستأمر بالالتزام ، فلا يصح تعلق النفي به .

وكيف كان هالاقوى أن المستأمر بالفتح ليس له الفسخ ولا الاجازة، وانما اليه الامر، وحكم امثاله ما فصلناه^(١). وعلى هذا فالفرق بين اشتراط المؤامرة لاجنبي، وجعل الخيار له واضح، لان الغرض من المؤامرة الانتهاء الى أمره، لا جعل الخيار له، بخلاف من جعل له الخيار.

وعلى الاول^(٢) يشكل الفرق بين المؤامرة، وشرط الخيار.

(١) من أنه ان أمر بالفسخ جازله الفسخ وان أمر بالالتزام لم يكن له الفسخ.
(٢) يعنى بالأول قراءة المستأمر بالفتح. وجه الاشكال: أن المستأمر في هذا الفرض فرد من أفراد من شرط له الفسخ على رأي المصنف، فلا يبقى حينئذ فرق بين المؤامرة وشرط الخيار، فلا ينبغي افرادها بالذكر.

ثم هذا كله مما يتعلق ببيان المقصود وشرح العبارة، ولكن الأظهر بل المتعين أن المستأمر الواقع في المتن يقرأ بالكسر، وذلك للفرق الواضح بين اشتراط المؤامرة وشرط الخيار كما صرح به الفقهاء من دون ذكر خلاف فيما أعلم وهو ان المستأمر بالفتح ليس له الفسخ ولا الالتزام وانما اليه الأمر بخلاف من جعل له الخيار.

وأيضاً قول المصنف «ولا يلزم الاختيار» معناه أنه لا يلزم المستأمر أن يلتزم بأمر المستأمر بالفتح فسخاً أو امضاء، بل يكفي له السكوت في لزوم العقد، فيكون هذا توضيحاً لقوله «وان سكت فالأقرب للزوم»، وليس معناه الالتزام بالعقد كما استظهره الشارح قدس سره وجعله قرينة على قراءة المستأمر بالفتح، كما أشار اليه بقوله: فان اللزوم المنفي ليس الا عن جعل له المؤامرة، اذا للزوم

والمراد بقوله : « وكذا كل من جعل له الخيار »^(١) ، أنه ان فسخ أو أجاز نفذ ، وان سكت الى أن انقضت مدة الخيار لزم البيع ، كما أن المستأمر هنا لو سكت عن الامر ، أو المستأمر بالكسر لو سكت عن الاستثمار لزم العقد^(٢) ، لان الاصل فيه اللزوم الا بأمر خارج ، وهو منتف .

(ويجب اشتراط مدة المؤامرة) بوجه منضبط ، حذراً من

بهذا المعنى أي اختيار العقد ، فانه يجب على المستأمر عند أمر الأجنبي باللزوم ، ولكن هذا ليس معنى قوله « ولا يلزم الاختيار » كما ذكرنا . وهكذا قوله « وكذا كل من جعله له الخيار » أي لا يلزم عليه اعمال خياره بل له السكوت حتى ينقضي مدة المضروبة لاعمال خياره فيلزم البيع بنفسه . وهذا واضح خصوصاً مع عدم لفظ كل في عبارته المصنف في بعض النسخ كما قيل . والله العالم .

(١) أي وكذا قوله « كل من جعل له الخيار » قرينة أيضاً على كون المستأمر بالفتح ، وذلك لأن من جعل له الخيار هو الأجنبي لا المشروط له . ومراده بالخيار الأجنبي أن له الأمر بالفسخ لا الفسخ بل الفسخ للمشروط له عند أمر الأجنبي ، بمعنى أن الأجنبي يصبر سبباً لتمكين المشروط له من الفسخ عند أمره بالفسخ ، فبهذا يصح نسبة الخيار الى الأجنبي أيضاً ، فلا منافاة بينه وبين ما أشار اليه فيما سيأتي بقوله : لأن الغرض من المؤامرة الانتهاء الى أمره لا جعل الخيار له ، فان جعل المنفي فيما اشار اليه هو الجعل على سبيل الاستقلال . فليتأمل جداً حتى يرتفع توهم التنافي بين الكلامين .

(٢) بل بعد الاستثمار أيضاً كما ذكره سابقاً .

الغرر^١ ، خلافاً للشيخ حيث جوز الاطلاق .

(الرابع - خيار التأخير) أي تأخير اقباض الثمن والمثمن (عن
ثلاثة) أيام (فيمن باع ولا قبض) الثمن ، (ولا أقبض) المبيع ،
(ولا شرط التأخير)^٢ أي تأخير الاقباض والقبض . فللبائع الخيار
بعد الثلاثة في الفسخ (وقبض البعض كلا قبض) لصدق عدم قبض
الثمن واقباض^٣ المثمن مجتمعاً ومنفرداً ، ولو قبض الجميع أو
أقبضه فلا خيار وان عاد اليه بعده .

وشرط القبض المانع كونه باذن المالك ، فلا أثر لما يقع بدونه .
وكذا لو ظهر الثمن مستحقاً أو بعضه ، ولا يسقط بمطالبة البائع
بالثمن بعد الثلاثة وان كان قرينة الرضا بالعقد .
ولو بذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ ، ففي سقوط الخيار
وجهان^٤ : ومنشأهما الاستصحاب ، وزوال الضرر .

(١) وهو الوقوع في أمر لا يؤمن معه الضرر .

(٢) احترز به عن النسبته والسلف .

(٣) عطف على قبض الثمن ، أي لصدق عدم قبض الثمن وعدم قبض المثمن سواء
كان قبض بعض منهما مجتمعاً مع قبض بعض من الآخر أم منفرداً عنه ، فانه في
كلا الفرضين يصدق عدم القبض .

(٤) أحدهما عدم السقوط ، وذلك لثبوت الخيار قبل البذل فيستصحب والاخر
السقوط ، لأن المقتضى لثبوته تضرر البائع بالتأخير وقد زال وعن التذكرة القطع
بسقوطه .

(وتلفه) أي المبيع (من البائع مطلقاً) في الثلاثة وبعدها، لانه غير مقبوض ، وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، ونبه بالاطلاق على خلاف بعض الاصحاب ^١ حيث زعم أن تلفه في الثلاثة من المشتري ، لانتقال المبيع اليه ، وكون التأخير لمصلحته، وهو غير مسموع في مقابلة القاعدة الكلية الثابتة بالنص والاجماع .
(الخامس - خيار ما يفسد ليومه ، وهو ثابت بعد دخول الليل)

هذا هو الموافق لمدلول الرواية ^٢ . ولكن يشكل بأن الخيار لدفع الضرر ، واذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل في يومه لا يندفع الضرر ، وانما يندفع بالفسخ قبل الفساد . وفرضه المصنف في الدروس خيار ما يفسده المبيت . وهو حسن ، وان كان فيه خروج عن النص ، لتلافيه بخير الضرار ^٣ ، واستقرب ^٤ تعديته الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوفه ولا يتقيد بالليل .

واكتفى في الفساد بنقص الوصف وفوات الرغبة ، كما في الخضروات واللحم والعنب وكثير من الفواكه . واستشكل ^٥ فيما

(١) وهو على ما حكى المفيد والمرضى وسائر ومن تبعهم .

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب الخيار الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب التجارة الحديث ١ - ٢ - ٣ .

(٤) أي استقرب المصنف تعديته .

(٥) أي استشكل المصنف في الدروس .

لو استلزم التأخير فوات السوق ، فعلى هذا لو كان مما يفسد فى يومين تأخر الخيار عن الليل الى حين خوفه . وهذا كله متجه ، وان خرج عن مدلول النص الدال على هذا الحكم ، لقصوره عن افادة الحكم متناً وسنداً^(١) ، وخبر الضرار المتفق عليه يفيد فى الجميع .
(السادس - خيار الرؤية ، وهو ثابت لمن لم ير) اذا باع أو اشترى بالوصف .

ولو اشترى برؤية قديمة فكذلك^(٢) يتخير لو ظهر بخلاف ما رآه ، وكذا من طرف البائع الا أنه^(٣) ليس من أفراد هذا القسم بقريئة قوله : ولا بد فيه من ذكر الجنس - الى آخره ، فانه مقصور على ما لم ير [أصلاً] ، اذ لا يشترط وصف ما سبقت رؤيته .

وانما يثبت الخيار فيما لم ير (اذا زاد فى طرف البائع ، أو

(١) أما من حيث المتن فلأن مدلول الرواية غير موافق لهذا التعميم كما هو واضح ، وأما من حيث السند فلأنها مرسلة . ولكن فى المسالك ما ملخصه : انه يمكن استفادة التعميم من ايماء الرواية وان ضعفها منجبر بعدم راد لها ، وهذا هو الأقوى .

(٢) أي فكذلك يتخير مع أنه لا يعتبر فيه ذكر الوصف ، فمخصص خيار الرؤية بما يعتبر فيه ذكر الوصف ليس على ما ينبغي .

(٣) أي الا أن الشراء برؤية قديمة أو البيع كذلك ليس من أفراد هذا القسم ، اذ لا يشترط فيه ذكر الوصف بل يكتفى فيه بالرؤية القديمة .

نقص في طرف المشتري) ولو وصف^(١) لهما فزاد ونقص باعتبارين^(٢) تخيرا ، وقدم الفاسخ منهما .

وهل هو على الفور أو التراخي ؟ وجهان^(٣) : أجودهما الاول ، وهو خيرته في الدروس .

(ولا بد فيه) أي في بيع ما يترتب عليه خيار الرؤية ، وهو العين الشخصية الغائبة (من ذكر الجنس ، والوصف) الرافعين للجهالة ، (والاشارة الى معين) فلو انتفى الوصف بطل^(٤) ، ولو

(١) أي وصف شخص ثالث لهما من غير رؤية واحد منهما .

(٢) وذلك كما اذا وصف العبدالمبيع بأنه خياط خاصة ، فبان أنه كاتب خاصة فباعتبار عدم كونه خياطاً فهو ناقص من طرف المشتري فالخيار له . وباعتبار أنه كاتب فهو زائد من طرف البائع فالخيار للبائع ، فحينئذ تخير كل منهما وقدم الفاسخ منهما ، وذلك لعدم فائدة الخيار لو قدم غيره وهو الملتزم بمقتضى العقد .

(٣) وجه الأول الافتصار على المتيقن فيما خالف الأصل . إذ الأصل في البيع هو اللزوم ، خرج منه أول أزمنا امكان الفسخ ويبقى الباقي تحت الأصل . ووجه الثاني استصحاب بقاء الخيار . وهنا بحث أصولي لا يسعه هذا المختصر فليطلب في محله .

(٤) لم يذكر الجنس ، وذلك لأن فرض المسألة فيما لو تعلق البيع بشيء يصح بيعه في الجملة ، وهذا لا يمكن الا بذكر جنسه فسي الجملة واكماله بذكر قيوده ووصفه ويبطل بالاخلال به . وهذا المعنى لا يتم في الجنس ، فلهذا لا يحتاج الى ذكره . فليأمل .

انتهت الاشارة كان المبيع كلياً لا يوجب الخيار لو لم يطابق المدفوع، بل عليه ابداله .

(ولو رأى البعض ووصف الباقي تخير في الجميع مع عدم المطابقة) وليس له الاقتصار على فسخ ما لم ير^(١) لانه مبيع واحد ، (السابع - خيار الغبن) بسكون الباء وأصله الخديعة ، والمراد هنا البيع ، أو الشراء بغير القيمة^(٢) (وهو ثابت) في المشهور لكل من البائع والمشتري (مع الجهالة) بالقيمة (اذا كان الغبن) وهو الشراء بزيادة عن القيمة ، أو البيع بنقصان عنها (بما لا يتغابن) أي يتسامح (به غالباً) والمرجع فيه الى العادة ، لعدم تقديره شرعاً ، وتعتبر القيمة وقت العقد ويرجع فيها^(٣) الى البينة عند الاختلاف ، وفي الجهالة اليها^(٤) للمطلع على حاله . والاقوى قبول قوله فيها^(٥)

(١) لانه مبيع واحد يستلزم الاقتصار عليه التبعض في الصفقة ، وهو ضرر على البائع .

(٢) أي دون القيمة الأصلية .

(٣) أي ويرجع في القيمة الى البينة عند الاختلاف .

(٤) أي ويرجع في الجهالة الى البينة . وقوله « للمطلع على حاله » يعني البينة التي تكون مطلعة على حال مدعي الجهالة .

(٥) أي في الجهالة ، وذلك لانها أمر ممكن وليست من الأمور التي لاتخفي غالباً .

بيمينه مع امكانها^(١) في حقه .

ولا يسقط الخيار ببذل الغابن التقاوت وان انتفى موجبہ ،
استصحاباً لما ثبت قبله . نعم لو انفقا على اسقاطه بالعوض صح كغيره
من الخيار .

(و) كذا (لا يسقط بالتصرف)^(٢) سواء كان المتصرف الغابن
أم المغبون ، وسواء خرج به عن الملك كالبيع أم منع مانع من رده
كالاستيلاء ، أم لا (الا أن يكون المغبون المشتري^(٣) ، وقد أخرجه
عن ملكه) فيسقط خياره ، اذ لا يمكنه رد العين المنتقلة اليه ليأخذ
الثمن . ومثله ما لو عرض له ما يمنع من الرد شرعاً كالاستيلاء وان
لم يخرج عن الملك . هذا هو المشهور ، وعليه عمل المصنف
رحمه الله في غير الكتاب .

(وفيه نظر للمضمر) على المشتري مع تصرفه فيه على وجه يمنع

(١) أي امكان الجهالة في حقه ، بأن لم يكن من أهل السوق المطلع على قيمة
المبيع . ثم هذا في فرض عدم البينة ، وأما مع وجودها فهي مقدمة فلا تصل التوبة
الى اليمين .

(٢) الا اذا كان بعد العلم بالغبن والرضا بالبيع ، فان الظاهر من كلامهم هو
السقوط .

(٣) لوجه لاختصاص الحكم بالمشتري ، وذلك لاشتراكهما في الحكم .
وسيصرح الشارح بجريان الحكم في البائع أيضاً بقوله : هذا كله اذا يكن
تصرف - السخ .

من رده لو قلنا بسقوط خياره به (مع الجهل) بالغبن ، أو بالخيار والضرر منفي بالخبر ، بل هو مستند خيار الغبن ، اذ لا نص فيه بخصوصه (وحينئذ فيمكن الفسخ) مع تصرفه كذلك (والزامه بالقيمة) ان كان قيمياً ، (أو المثل) ان كان مثلياً جمعاً بين الحقيين ، (وكذا لو تلفت العين ، أو استولد الامة) ، كما يثبت ذلك ^(١) لو كان المتصرف المشتري والمغبون البائع ، فانه اذا فسخ ولم يجد العين يرجع الى المثل أو القيمة . وهذا الاحتمال ^(٢) متوجه لكن لم أقف على قائل به . نعم لو عاد الى ملكه بفسخ ، أو اقالة ، أو غيرهما ، أو موت الولد جاز له الفسخ ان لم يناف الفورية .

واعلم أن التصرف مع ثبوت الغبن اما أن يكون في المبيع المغبون فيه ، أو في ثمنه ، أو فيهما ، ثم اما أن يخرج عن الملك ، أو يمنع من الرد كالاستيلاء ، أو يرد ^(٣) على المنفعة خاصة كالأجارة ، أو يوجب تغير العين بالزيادة العينية كغرس الارض أو الحكمية

(١) أي الفسخ والزامه بالقيمة . أو المثل يثبت كما يثبت لو كان المتصرف المشتري والمغبون البائع .

(٢) المراد بهذا الاحتمال هو المذكور بقوله : فيمكن الفسخ - الخ . وأما المذكور بقوله : كما يثبت ذلك لو كان المتصرف المشتري والمغبون البائع - الخ ، فقد ذكر في شرح الشرائع أنه صرح به جماعة من الأصحاب .

(٣) أي التصرف يرد على المنفعة .

كقسارة الثوب . أو المشوبة ^(١) كصبغه ، أو التقصان بعيب ونحوه ، أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشركة بالمساوي ^(٢) ، أو الاجود ، أو الارداً أو بغيرها ، أو بهما ^(٣) على وجه الاضمحلال ، كالزيت يعمل صابوناً ، أو لا يوجب شيئاً من ذلك ^(٤) .

ثم اما أن يزول المانع من الرد قبل الحكم ببطالان الخيار ^(٥) ، أو بعده ، أو لا يزول ، والمغبون اما البائع ، أو المشتري أوهما ^(٦) .

(١) أي يكون التصرف عينيه من وجه وحكمية من آخر كما سيصرح به .

(٢) أي بالمثل المساوي .

(٣) أي بالمثل والغير .

(٤) أي لا يوجب شيئاً من التعبيرات المذكورة كركوب الدابة ولبس الثوب .

(٥) وهو حين الحكم بأخذ العوض ، فالمراد ببطالان الخيار بطلان الخيار

الموجب لأخذ العين .

(٦) وعين بعض فضلاء المحشين استحالة ذلك ، حيث قال : قد عرفت أن

الغبن في طرف البائع انما هو اذا باع بأقل من القيمة السوقية وفي طرف المشتري

إذا اشترى بأزيد منها ، ولا يتفاوت الحال بكون الثمن والمثمن من الاثمان أو العروض

أو مختلفين ، وحينئذ فلا يتعقل كونهما مغبونين معاً والائزم كون الثمن أقل من قيمة

السوقية وأكثر منها وهو محال .

قال شيخ مشايخنا في المكاسب : وقد تعرض غير واحد ممن قارب عصرنا

لتصوير ذلك في بعض الفروض . ثم نقل هناك بعض منها واستشكل فيها كلها .

والحق أنه غير معقول ، والوجوه المتصورة كلها خارجة عن محل البحث . فليتأمل .

فهذه جملة أقسام المسألة ، ومضروبها يزيد عن مائتي مسألة^(١) ، وهي مما تعم بها البلوى ، وحكمها غير مستوفى فى كلامهم .

وجملة الكلام فيه : أن المغبون ان كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقاً ، فان فسخ ووجد العين باقية على ملكه لم تتغير تغيراً يوجب زيادة القيمة ، ولا يمنع من ردها أخذها ،

(١) وتفصيله على ما حكى عن سلطان العلماء : ان التصرف اما أن يكون في المبيع أو في الثمن أو فيهما ، وعلى التقادير الثلاثة اما أن يخرج عن الملك بعقد لازم أو جائز أو يمنع من الرد مانع ، وعلى التقادير التسعة اما أن يزول المانع قبل الحكم بالبطلان بالخيار أو بعده أو لا يزول . فهذه سبع وعشرون وأيضاً اما أن ينصرف في المنفعة بالازم كالاجارة أو بغير لازم كالسكنى المطلقة أو بما يوجب تغيير العين بالزيادة العينية أو الحكمية أو المثوبة أو بالنقصان بعيب كقطع عضو الحيوان أو بنحو العيب كترك علف الحيوان السمن حتى صار مهزولاً ، وعلى التقديرين الأخيرين اما أن يكون النقص بفعله أو بفعل غيره أو التصرف بامتزاجها بمثل مساوي يوجب الشركة أو أجود أو أردى أو بغير المثل مع امكان التمييز أو مع عدمه أو بالمثل وغيره على وجه الاضمحلال أو لا يوجب شيئاً من ذلك . فهذه أيضاً ستة عشر مضروبها في الثلاثة أول ثمانية وأربعون ، تضاف الى السبعة والعشرين تبلغ خمسة وسبعين . وعلى جميع التقادير المذكورة المغبون اما البائع أو المشتري أوهما ، فيبقى الى مائتين وخمسة وعشرين . انتهى .

وينبغي أن لا يخفى أن هذا التفصيل ليس بحاصر ولذا أورد عليه البعض الآخر من المحشين ، فلا بد من التأمل التام حتي يتكشف الحال .

وان وجدها متغيرة بصفة محضة كالطحن والقصاراة فللمشتري أجره عمله .

ولو زادت قيمة العين بها ^(١) شاركه في الزيادة بنسبة القيمة ^(٢) ، وان كان وصفه من وجه ، وعيناً من آخر - كالصبغ ^(٣) - صار شريكاً بنسبته كما مر ، وأولى هنا .

ولو كانت الزيادة عيناً محضة كالغرس أخذ المبيع وتخبر بين قلع الغرس بالارش ^(٤) وابقائه بالاجرة ، لانه وضع بحق . ولورضي ببقائه بها ^(٥) واختار المشتري قلعه فالظاهر أنه لا أرش له ، وعليه تسوية الحفر حينئذ ^(٦) ، ولو كان زرعاً وجب ابقاؤه الى أو ان بلوغه بالاجرة .

وان وجدها ^(٧) ناقصة أخذها مجاناً كذلك ان شاء ، وان وجدها ممتازة بغيرها فان كان بمساو ، أو أردأ صار شريكاً ان شاء ^(٨) ، وان

(١) أي بالصفة .

(٢) اذ العين مختصة بالبائع .

(٣) الصبغ بالكسر اسم لما يصبغ به ، وبالفتح مصدر -- كذا عن الصحاح .

(٤) أي أرش المشتري ، لانه يصير معيوباً بسبب القلع .

(٥) أي ببقائه بالاجرة .

(٦) أي حين اختيار المشتري القلع بخلاف الصورة الأولى .

(٧) أي وجد العين ناقصة أخذها مجاناً ان شاء والا فليرض بالمبيع .

(٨) والا فليرض بالمبيع . ولايجيء احتمال سقوط الخيار هنا ، لانه لا مانع من

كان بأجود ففي سقوط خياره ، أو كونه شريكاً بنسبة القيمة ، أو الرجوع الى الصالح أوجه ^(١) .

ولو مزجها بغير الجنس بحيث لا يتميز فكالمدومة ^(٢) ، وان وجدها منتقلة عن ملكه بعقد لازم كالبيع والعتق رجع الى المثل ، أو القيمة ، وكذا لو وجدها على ملكه مع عدم امكان ردها كالمستولدة . ثم ان استمر المانع استمر السقوط ^(٣) ، وان زال قبل المحكم بالعوض ^(٤) - بأن رجعت الى ملكه ^(٥) ، أو مات الولد - أخذ العين

الرد من جانب المشتري ، اذ الممتزج اما مساوله أو أردأ ، فالبايع يصير شريكاً ان شاء والايفسخ ، بخلاف الامتزاج بالأجود .

(١) قال في محكي المسالك: والثالث لا يخلو من قوة لبقاء ماله وأصالة بقاء اختياره .

(٢) فيرجع حيثذا الى المثل أو القيمة . ولكن فيه تأمل ، وذلك لأن عدم تمييز عينه لا يوجب خروجه عن ملكه مالم نصر مستهلكة بحيث يصدق أنها تالفة عرفاً ، كمقدار قليل من العسل أو مايع آخر صب في حوض ماء وصار مستهلكاً فيه ، فانه لا يوجب الشركة مع صاحب حوض الماء بحيث يصير سبباً لعدم جواز تصرف صاحب الحوض في مائه . وأما في غير هذا الفرض فمقتضى القواعد الفقهية أنه يوجب الشركة ، فيعمل على مقتضاة .

(٣) أي سقوط الخيار الموجب لأخذ العين لا الخيار الموجب لأخذ المثل أو القيمة ، فانه ثابت كما ذكره .

(٤) أي قبل المحكم بالعوض وأدائه لا المحكم فقط .

(٥) أي الى ملك المشتري .

مع احتمال العدم ، لبطلان حقه بالخروج^(١) فلا يعود .
ولو كان العود بعد الحكم بالعوض ففي رجوعه الى العين وجهان :
من بطلان حقه من العين^(٢) ، وكون العوض للحيولة^(٣) وقد زالت .
ولو كان الناقل مما يمكن ابطاله كالبيع بخيار الزم بالفسخ ، فان
امتنع فسخه الحاكم ، فان تعذر فسخه المغبون ، وان وجدها منقولة
المنافع جازله الفسخ ، وانتظار انقضاء المدة^(٤) ، وتصير ملكه من
حينه^(٥) ، وليس له فسخ الاجارة ولو كان النقل جائزاً كالسكنى
المطلقة^(٦) فله الفسخ .

هذا كله اذا لم يكن تصرف في الثمن تصرفاً يمنع من رده والا
سقط خياره^(٧) ،

(١) أي الخروج عن تسلط المشتري .

(٢) فلا يعود الحق بعد بطلانه .

(٣) فلا يستمر البطلان بل يعود الحق عند زوال الحيولة .

(٤) ربما أورد عليه بناءً على فورية الخيار اذاستحقاق غيره المنفعة لا يسوغ
تأخير الخيار وفيه أن المراد أنه يجوز فسخه على الفور ولكن لا يرجع على العين
بل ينتظر انقضاء مدة الاجارة وهذا واضح .

(٥) أي من حين الفسخ لا من حين انقضاء الاجارة ، فتصح التصرفات غير
المنافية لحق المسأجر ولا تتوقف على انقضاء مدة الاجارة .

(٦) احترز به عن الرقبي والعمرى ، فانهما لزمان كما تقدم في محله .

(٧) كما عن المشهور .

كما لو تصرف المشتري في العين^(١) ، والاحتمال السابق^(٢) قائم فيهما ، فان قلنا به دفع مثله ، أو قيمته .

وان كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع في الثمن مطلقاً ، فيرجع الى عين الثمن ، أو مثله ، أو قيمته ، وأما تصرفه فيما غبن فيه فان لم يكن ناقلاً عن الملك على وجه لازم^(٣) ، ولا مانعاً من الرد ، ولا منقصاً للعين فله ردها . وفي الناقل والمانع ما تقدم^(٤) .

ولو كان قد زادها فأولى بجزاؤه ، أو نقصها ، أو مزجها ، أو أجزها فوجهان ، وظاهر كلامهم أنه غير مانع ، لكن ان كان النقص من قبله ردها مع الارش ، وان كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كذلك كما لو تلفت .

ولو كانت الارض مغروسة فعليه قلعه من غير أرش^(٥) ان لم يرض البائع بالاجرة ، وفي خلطه بالاردأ الارش وبالا جود ان يذل

(١) أي في فرض كونه هو المغبون، فانه سقط خياره على ما تقدم من المشهور.

(٢) أي الاحتمال الذي ذكره المصنف بقوله : فيه نظر للضرر .

(٣) فلو لم يكن لازماً امكن استدراكه بالفسخ .

(٤) من سقوط الخيار على المشهور وقيام الاحتمال الذي ذكره المصنف .

(٥) لأنه يجب عليه تفريغ المبيع ويجب عليه أيضاً طم الحفر .

له بنسبته^(١) فقد أنصفه ، والا فاشكال .

(الثامن - خيار العيب ، وهو كل ما زاد عن الخلقة الاصلية)
وهي خلقة أكثر النوع الذي يعتبر فيه ذلك^(٣) ذاتاً وصفة ، (أو نقص)
عنها (عيناً كان) الزائد والناقص (كالأصبع) زائدة على الخمس ،
أو ناقصة منها ، (أو صفة كالحمى ولو يوماً) بأن يشتريه فيجده
محموماً ، أو يحم قبل القبض وان برىء ليومه ، فان وجد ذلك في
المبيع سواء أنقص قيمته أم زادها^(٣) فضلاً عن المساواة (فللمشتري
الخيار مع الجهل) بالعيب عند الشراء (بين الرد والارش ، وهو
جزء) من الثمن نسبته اليه (مثل نسبة التفاوت بين القيمتين) فيؤخذ
ذلك (من الثمن) بأن يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ويؤخذ من الثمن
مثل تلك النسبة^(٤) ،

(١) أي ان بدل المشتري له بنسبة الأجرود فقد انصفه ، والا فاشكال من أنه
مزج بغيره فيسقط خياره مطلقاً فصار شريكاً ، ومن أنه يسقط بالنسبة الى العين
خاصة فرجع بالمثل أو القيمة .

(٢) المشار اليه هو « ما » في كلما ، أي يعتبر أن يكون واجداً له ولا يكون
زائداً ذاتاً ، بأن يكون له يد زائدة مثلاً لو كان حيواناً أو صفة بأن يكون بأن قصيراً
أو طويلاً بحيث لا يكون متناسب الاعضاء ، وهكذا غيره .

(٣) كالخصبي فانه يزيد في قيمة مع انه عيب .

(٤) وذلك كما لو كان الثمن تسعة دراهم وكان في المبيع عيب وكان صحيحه

لا تفاوت ما بين المعيب والصحيح^(١) ، لانه قد يحيط بالثمن ، أو يزيد عليه فيلزم أخذه العوض والمعوض ، كما اذا اشتراه بخمسين رقوم معيباً بها وصحيحاً بمائة ، أو أزيد ، وعلى اعتبار النسبة يرجع في المثال بخمسة وعشرين^(٢) ، وعلى هذا القياس .

(ولو تعددت القيم) اما لاختلاف المقومين ، أو لاختلاف قيمة أفراد ذلك النوع المساوية للمبيع ، فان ذلك قد يتفق نادراً ، والاكثر - ومنهم المصنف رحمه الله في الدروس - عبروا عن ذلك باختلاف المقومين (أخذت قيمة واحدة متساوية النسبة الى الجميع) أي منتزعة منه نسبتها اليه بالسوية (فمن القيمتين) يؤخذ (نصفهما) ،

يسوى خمسة عشر ومعيبه عشرة دراهم ، فالتفاوت بين القيمتين بالثلث ، فيأخذ من الثمن الثلث ، وهكذا .

(١) كما هو المحكي عن ابن بابويه والمفيد قدس سرهما . قوله « لا تفاوت ما بين المعيب والصحيح » وهو نقص قيمة المعيب . نعم هو متجه بالنسبة الى الغاصب ونحوه .

وفي محكي الجواهر هو متجه في الأرض بالنسبة الى الغاصب ونحوه ، بل والى البائع حيث يفسخ بخياره مثلا وكان قد تعيب في يد المشتري عيباً مضموناً ، فانه يأخذ حينئذ تفاوت ما بين القيمتين ، لا من الثمن بالنسبة مع احتماله - الى آخر ما قال في هذه المسألة .

(٢) لأن التفاوت ما بين خمسين ومائة بالنصف ، فيرجع في المثال بنصفه وهو خمسة وعشرون وهكذا .

ومن الثلاث ثلثها ، (ومن الخمس خمسها) وهكذا .

وضابطه أخذ قيمة منتزعة من المجموع نسبتها اليه كنسبة الواحد الى عدد تلك القيم^(١) ، وذلك لانتفاء الترجيح^(٢) .

وطريقه أن تجمع القيم الصحيحة على حدة^(٣) ، والمعيبة كذلك ، وتنسب احدهما الى الاخرى ويؤخذ بتلك النسبة .

(١) كما لو كان عدد القيم اثنين يؤخذ نصفهما ، كما أن الواحد نصف الاثنين ولو كان عدد القيم ثلاثة يؤخذ ثلثه لأن الواحد ثلث الثلاثة وهكذا . وهذا معنى قوله : نسبتها اليه كنسبة الواحد .

(٢) ولا يخفى أنه مع انتفاء الترجيح في تعارض الأمارات بحسب القواعد لا بد أن يرجع الى قاعدة أخرى كالصلح أو الرجوع الى القرعة ونحو ذلك مما هو مقرر في محله ، لا الأخذ بقيمة واحدة على التفصيل المذكور ، اذ لا دليل عليه معتداً به ، وانتفاء الترجيح لا يقتضي ذلك . ولكن المصنف وجماعة عملوا على طبق هذه القاعدة المذكورة ، مع أن العام الاجمالي بخلاف الواقع في احدى البيئات المتعارضة يقتضي تساقطها وعدم العمل بشيء منها . فليتأمل .

(٣) ولا يخفى أن هذا الطريق لا يطابق الضابط المذكور ، اذ الضابط المذكور أخذ قيمة منتزعة من المجموع كما ذكر ، بخلاف الطريق المذكور ، اذ ينسب فيه مجموع القيم المعيبة الى مجموع القيم الصحيحة . ولعله لكونه متحد المال مع الضابط مع كونه أسهل - اختاره وجعله طريقاً الى الضابط . ووجه اتحادهما : أن نسبة المجموع الى المجموع هي بعينها نسبة الأجزاء الى الأجزاء كما هو ظاهر بعد التأمل .

ولا فرق بين اختلاف المقومين فى قيمته صحيحاً ومعيباً ، وفى احدهما .

وقيل : ينسب معيب كل قيمة الى صحيحها ويجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبتها^(١) وهذا الطريق منسوب الى المصنف ، وعبارته هنا وفى الدروس لا تدل عليه .

وفى الاكثر يتحد الطريقان . وقد يختلفان فى يسير ، كما لو قالت احدى البيتين : ان قيمته اثنا عشر صحيحاً وعشرة معيباً ، والاخرى : ثمانية صحيحاً وخمسة معيباً ، فالتفاوت بين القيمتين الصحيحتين ومجموع المعيبتين الربع ، فيرجع برقع الثمن - وهو ثلاثة من اثني عشر - لو كان كذلك ، وعلى الثاني يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين على قول الاولى وهو السدس ، وعلى قول الثانية ثلاثة

(١) أي من المجتمع بنسبة القيم ، أي كنسبة الواحد الى عدد القيم ، فان كان العدد اثنين يؤخذ نصفه وان كان ثلاثاً يؤخذ ثلثه وهكذا . وقد أوضحه الشارح قدس سره بقوله : وعلى الثاني يؤخذ التفاوت - الى آخر .

وحاصل ما أفاده أنه اذا كان عدد القيم اثنين أحدهما صحيحه اثني عشر ومعيبه عشرة وثانيهما صحيحه ثمانية ومعيبه خمسة فالتفاوت بين القيمتين على قول البيئة الاولى هو السدس ، وهو واضح . وعلى الثانية ثلاثة أثمان ، لأن الخمسة ناقصة عن الثمانية بثلاثة أثمان ، ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف ، اذ سدس الاثني عشر وثلاثة اثمان منه أربع ونصف ، فيؤخذ نصف المجموع - وهو ثلاثة وربع - فحصل التفاوت بين الطريقين .

أثمان . ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف ، يؤخذ نصفها :
ثلاثة ورابع . فظهر التفاوت .

ولو كانت ثلاثاً فقالت احداها : كالاولى والثانية : عشرة صحيحاً
وثمانية معيباً ، والثالثة : ثمانية صحيحاً وستة معيباً . فالصحيحة
ثلاثون ، والميعة أربعة وعشرون ، والتفاوت ستة هي الخمس ^(١) .
وعلى الثاني يجمع سُدس الثمن وخمسه ورابعه ، ويؤخذ ثلث
المجموع ، وهو يزيد عن الاول بثلث خمس ^(٢) .

ولو اتفقت على الصحيحة كاثني عشر ، دون المعيبة فقالت
احداها : عشرة ، والاخرى : ستة ، فطريقته تنصيف المعيبتين ،
ونسبة النصف الى الصحيحة ، أو تجمع المعيبتين ^(٣) مع تضعيف

(١) فيرجع بخمس الثمن وهو اثنان من عشرة وخمسان من اثنين في فرض
كون الثمن اثنا عشر .

(٢) وذلك لأن سدس الثمن - وهو اثنا عشر - اثنان وخمسه اثنان من
عشرة وخمسان من اثنين ، فيصير مجموع خمس الاثني عشر اثنين وخمسين
من اثنين ورابعه ثلاثة كما هو واضح ، ومجموع ذلك يبلغ سبعة وخمسين ،
وثلث هذا المجموع يبلغ اثنين وخمسين وثلث خمس . وذلك لأن ثلث الستة
اثنان وثلث الواحد والخمسين - أي ثلث سبعة أخماس - خمسان وثلث . وهذا
واضح بعد التأمل .

(٣) على ما ذكره الشارح قدس سره بقوله : وطريقة الى آخر ، ومآلهما واحد .

الصحيحة^(١) وأخذ مثل نسبة المجموع اليه وهو الثلث^(٢) . وعلى الثاني^(٣) يؤخذ من الاولى السدس ، ومن الثانية النصف ، ويؤخذ نصفه وهو الثلث أيضاً .

ولو انعكس - بأن اتفقتا على الستة معيماً وقالت احدهما: ثمانية صحيحاً ، وأخرى : عشرة - فان شئت جمعتهما وأخذت التفاوت وهو الثلث ، أو أخذت نصف الصحيحتين ونسبته الى المعيبة وهو الثلث أيضاً . وعلى الثاني يكون التفاوت ربعاً وخمسين فنصفه وهو ثمن وخمسة ينقص عن الثلث^(٤) بنصف خمس^(٥) . وعلى هذا القياس .

(ويسقط الرد بالتصرف) فى المبيع ، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده ، وسواء كان التصرف ناقلاً للملك أم لا ، مغيراً للمعين

(١) فتصير أربع وعشرين .

(٢) أي أربعة من اثني عشر .

(٣) أي الطريق الثاني ، لأن التفاوت بين الستة والثمانية هو الربع والتفاوت بين الستة والعشرة خمسان .

(٤) خبر لقوله : فنصفه ، أي فنصفه ينقص عن الثلث .

(٥) وذلك لأنه لو كان الثمن اثنا عشر كان ثمنه واحداً ونصفاً وخمسة اثنين وخمسين ، اذ خمس العشرة من اثني عشر اثنان وخمسة الاثنان الباقي من الاثني عشر خمسان ، ومجموع ذلك يبلغ أربعة الا نصف خمس ، فينقص عن ثلث الاثني عشر - وهو الأربعة - بنصف خمس .

أم لا ، عاد اليه بعد خروجه عن ملكه أم لا . وما تقدم في تصرف الحيوان آت هنا ، ^(١) (أو حدوث عيب بعد القبض) مضمون على المشتري ، سواء كان حدوثه من جهته أم لا .

واحترزنا بالمضمون عليه عما لو كان حيواناً وحدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري ، فانه حينئذ لا يمنع من الرد ولا الارش ، لانه مضمون على البائع .

ولو رضي البائع برده ^(٢) مجبوراً بالارش ، أو غير مجبور جاز . وفي حكمه ^(٣) ما لو اشترى صفقة متعدداً وظهر فيه عيب وتلف أحدها ، أو اشترى اثنان صفقة فامتنع أحدهما من الرد ، فان الآخر يمنع منه ^(٤) وله الارش ، وان أسقطه ^(٥) الآخر - سواء اتحدت العين أم تعددت - اقتسماها أم لا .

(١) أي ما تقدم من أنه لو قصد به الاستخبار ولم يتجاوز مقدار الحاجة ففي منعه من الرد وجهان - الى آخر ما ذكره هناك .

(٢) أي رد المبيع الذي حدث فيه العيب بعد القبض حيث سقط الرد .

(٣) أي في حكم حدوث عيب بعد القبض في سقوط الرد ما لو اشترى صفقة واحدة مبيعاً متعدداً وعلم بعيب فيه وتلف احدى الأعيان المتعددة حيث أن في الرد ضرراً على البائع اتبعص الصفقة عليه .

(٤) أي من الرد .

(٥) أي أسقط الارش .

وأولى بالمنع^(١) من التفرق الوراث عن واحد ، لان التعدد هنا طارئ على العقد . سواء في ذلك خيار العيب وغيره .
وكذا الحكم لو اشترى شيئين فصاعداً فظهر في أحدهما عيب ، فليس له رده ، بل ردهما ، أو امساكهما بأرش المعيب .
وكذا يسقط الرد دون الارش اذا اشترى من ينعق عليه لانعناقه بنفس المملك ، ويمكن رده الى التصرف^(٢) ، وكذا يسقط الرد باسقاطه مع اختياره الارش أو لا معه .

(و) حيث يسقط الرد (يبقى الارش^(٣) ، ويسقطان) أي الرد والارش معاً (بالعلم به) أي بالعيب (قبل العقد) ، فان قدومه عليه عالمياً به رضا بالمعيب ، (وبالرضا به بعده) غير مقيد بالارش ، وأولى منه^(٤) اسقاط الخيار ، (وبالبراءة) أي براءة البائع (من العيوب

(١) يعني وأولى بالمنع ، أي المنع من الرد من تعدد المشتري وتفرقه من جهة الرد والامضاء الوراث عن واحد اذا تفرقوا في الرد والامضاء ، فقوله : الوراث مفضل وتعدد المشتري مفضل عليه . وحاصله : ان الوراث أولى بالحكم في الصورة المفروضة من تعدد المشتري ، ووجه الأولوية كما ذكره الشارح قدس سره أن التعدد هنا طارئ على العقد بخلاف تعدد المشتري .

(٢) وذلك لأن الشراء مصداق للتصرف فيشمله . فلي تأمل .

(٣) خلافاً لما حكى عن ابن حمزة من أنه جعل التصرف بعد العلم مانعاً من الارش أيضاً .

(٤) وجه الأولوية أن الرضا بالعيب غير صريح في اسقاط الارش ، بخلاف

ولو اجمالاً^(١) كقولاه : برئت من جميع العيوب على أصح القولين^(٢) ،
 ولا فرق بين علم البائع والمشتري بالعيوب وجهلهما ، والتفريق ،
 ولا بين الحيوان وغيره ، ولا بين العيوب الباطنة وغيرها ، ولا بين
 الموجودة حالة العقد والمتجددة حيث تكون مضمونة على البائع ،
 لان الخيار بها ثابت بأصل العقد وان كان السبب حينئذ غير مضمون^(٣)
 (والاباق) عند البائع (وعدم الحيض) ممن شأنها الحيض
 بحسب سنها (عيب) ويظهر من العبارة الاكتفاء بوقوع الاباق مرة
 قبل العقد ، وبه صرح بعضهم^(٤) . والاقوى اعتبار اعتياده . وأقل
 ما يتحقق بمرتين .

اسقاط الخيار فان مقتضاه صريح في اسقاط كل من الرد والأرش .

(١) كأن يقول : بعتك هذا بكل عيب .

(٢) خلافاً للمحكي عن الاسكافي والقاضي حيث منعاً منه للجهالة ، لان العيوب
 غير معلومة . ويندفع : بأن التبري الاجمالي يشمل كل عيب ، فيدخل تحته جزئيات
 العيوب ، فلا يضر مثل هذه الجهالة .

(٣) فلا يرد أنها براءة مما لا يجب عليه ، اذ الخيار ثابت بأصل العقد لاجل وجودها
 حتى تكون البراءة مما لم يجب ، وان كان السبب وهو العيب حينئذ - أي حين
 العقد - غير مضمون لعدمه وقت العقد ، مع أن اسقاط ما لم يجب مما لا دليل
 على المنع منه على سبيل الكلية حتى في أمثال هذه المسألة . فليتأمل .

(٤) قال العلامة في محكي التذكرة : والمرة الواحدة في الاباق تكفي في

كونه العيب كالوطي في ابطال العنة .

ولا يشترط اباؤه عند المشتري ، بل متى تحقق ذلك عند البائع جاز الرد . ولو تجدد عند المشتري في الثلاثة من غير تصرف فهو كما لو وقع عند البائع .

ولا يعتبر في ثبوت عيب الحيض مضي ستة أشهر كما ذكره جماعة^(١) بل يثبت بمضي مدة تحيض فيها أسنانها في تلك البلاد . (وكذا الثفل) بضم المثلثة ، وهو ما استقر تحت المائع من كدرة (في الزيت) وشبهه (غير المعتاد) أما المعتاد منه فليس بعيب ، لاقتضاء طبيعة الزيت وشبهه كون ذلك فيه غالباً . ولا يشكل صحة البيع مع زيادته عن المعتاد بجهالة قدر المبيع المقصود بالذات فيجهل مقدار ثمنه ، لان مثل ذلك غير قادح مع معرفة مقدار الجملة كما تقدم في نظائره^(٢) .

(التاسع - خيار التدليس) وهو تفعيل من الدلس محرراً وهو الظلمة كأن المدلس يظلم الامر ويبهمه حتى يوهم غير الواقع . ومنه اشتراط صفة فتقوت ، سواء كان من البائع أم من المشتري .

(١) فانهم اعتبروه ، وفي الرياض : لو اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر فصاعداً ومثلها تحيض فله الرد وفقاً للنهاية ، والظاهر أنه لا يعتبر ذلك بل يثبت كما قال الشارح بمضي مدة تحيض فيها أسنانها في تلك البلاد .

(٢) كما في معرفة مقدار السمن مع ظرفه جملة من غير العلم تفصيلاً .

(فلو شرط صفة كمال^(١) كالبكرة أو توهمها) المشتري كمالاً ذاتياً (كتحمير الوجه ووصل الشعر^(٢) فظهر الخلاف تخير) بين الفسخ والامضاء بالثمن (ولا أرش) لاختصاصه بالعيب والواقع ليس بعيب بل فوات أمر زائد^(٣) .

ويشكل ذلك^(٤) في البكرة من حيث انها بمقتضى الطبيعة وفوانها نقص يحدث على الامة ويؤثر في نقصان القيمة تأثيراً بيناً ، فيتخير بين الرد والارش . بل يحتمل ثبوتهما^(٥) وان لم يشترط لما ذكرناه ، خصوصاً في الصغيرة التي ليست محل الوطاء ، فان أصل الخلقة والغالب متطابقان في مثلها على البكرة ، فيكون فواتها عيباً ، وهو

(١) وربما يشكل الفرق بين خيار التدليس في الفرض المذكور ، وخيار الاشتراط حيث لا يسلم الشرط لمشترطه كما سيجيء حكمه . وقيل في الفرق بينهما : ان خيار التدليس انما هو فيما شرط صفة كمال للمبيع فظهر خلافه ، والاشتراط انما هو فيما شرط غير ما هو كمال ولو كان وصفاً أو شرط ما ليس بوصف أصلاً . هكذا قيل فليتأمل .

(٢) في الحديث لعن الواصلة والمستوصلة [الوسائل كتاب التجارة الباب : ١٩ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٧] ، فالواصلة التي تصل الشعر بالشعر ، والمستوصلة التي يفعل بها ذلك - كذا عن الصحاح .

(٣) أي زائد على الخلقة .

(٤) أي عدم ثبوت الأرش .

(٥) أي الرد والأرش .

فى الصغيره قوى وفى غيرها متجه . الا أن الغالب لما كان على خلافه فى الاماء كانت الشيبوبة فيهن بمنزلة المخلقة الاصلية وان كانت عارضة .

وانما يثبت الحكم مع العلم بسبق الشيبوبة على البيع بالبينة أو اقرار البائع أو قرب زمان الاختبار^(١) الى زمان البيع ، بحيث لا يمكن تجديد الشيبوبة فيه عادة . والا فلا خيار ، لانها قد تذهب بالعلة والنزوة وغيرهما^(٢) .

نعم لو تجددت فى زمن خيار الحيوان أو خيار الشرط ترتب الحكم ، ولو انعكس الفرض - بأن يشترط الشيبوبة فظهرت بكرأ- فالاقوى تخيره أيضاً بين الرد والامساك بغير أرش ، لجواز تعلق غرضه بذلك^(٣) . فلا يقدر فيه كون البكرأتم غالباً .

(وكذا التصرية)^(٤) وهو جمع لبن الشاة وما فى حكمها فى

(١) أي قرب زمان الاختبار والاستعلام بالنسبة الى زمان البيع كالمسألة مثلاً ،

اذ تجدد الشيبوبة فيها بحسب العادة بعيد جداً .

(٢) أي بالمرض والنزوة وغيرهما ، كادخال الاصبع أو دخول حيوان فى فرجها

ونحو ذلك .

(٣) كما اذا لم يمكنه ازالة البكرة لضعفه .

(٤) التصريه مصدر قولك صريت اذا جمعت ، من الصري وهو الجمع ، يقال

صرى الماء فى الحوض ونحوه أي جمعه ، وصريت الشاة اذا لم يحلبها اياماً حتى

اجتمع فى ضرعها .

ضرعها بتركها بغير حلب ولا رضاع ، فيظن الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه فيرغب في شرائها بزيادة ، وهو تدليس محرم .
 وحكمه ثابت (للشاة) اجماعاً (والبقرة والناقة) على المشهور ، بل قيل : انه اجماع . فان ثبت فهو الحجة والا فالمنصوص^(١) الشاة ، والحق غيرها بها قياس ، الا أن يعلل بالتدليس العام فيلحقان بها . وهو متجه .

وطرد بعض الاصحاب^(٢) الحكم في سائر الحيوانات حتى الادمي^(٣) ، وفي الدروس أنه ليس بذلك البعيد للتدليس .
 وثبتت التصريفة ان لم يعترف بها البائع ولم تقم بها بينة (بعد اختبارها ثلاثة أيام) فان اتفقت^(٤) فيها الحلبات عادة أوزادت اللاحقة فليست مصراة ، وان اختلفت في الثلاثة فكان بعضها ناقصاً عن الاولى نقصاناً خارجاً عن العادة وان زاد بعدها في الثلاثة يثبت الخيار بعد الثلاثة^(٥) بلا فصل على الفور .

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب التجارة الحديث ١ .

(٢) وهو ابن الجنيدي كما في الدروس .

(٣) مع أن اللبن غير مقصود منهم .

(٤) أي تساوت بحسب المقدار .

(٥) وجهه تقييد هذا الخيار ببعد الثلاثة على اطلاقه غير ظاهر ، اذ سبب هذا الخيار هو مجرد ظهور النقصان ، لأنه لا يسقط بالزيادة بعده في الثلاثة كما صرح

ولو ثبتت بالاقرار أو البينة جاز الفسخ من حين الثبوت مدة الثلاثة^(١) ما لم يتصرف بغير الاختبار^(٢) بشرط النقصان، فلو تساوت أوزادت هبة من الله تعالى فالاقوى زواله^(٣). ومثله ما لو لم يعلم بالعيب حتى زال^(٤).

به بقوله : وان زاد بعدها في الثلاثة . اذ لا يظهر وجه لهذا القيد سوى احتمال الزيادة بعد ذلك في الثلاثة ، فاذا لم تؤثر هذه الزيادة في رفع الخيار فلا وجه للقيد المزبور .

نعم قد يتفق الاحتياج الى مضي الثلاثة في تحقق الخيار، وذلك اذا وقع النقصان في آخر الحلقات في الثلاثة .

(١) ولا يخفى أنه لا يعلم وجه للفرق بين ثبوت التصرية بالاختبار حيث حكم فيه بثبوت الخيار على الفور وبين ثبوتها بالبينة أو الاقرار ، اذ حكم فيه بالخيار من حين الثبوت مدة الثلاثة .

ثم ان الاستفادة من الدليل في هذا المقام أن التصرية ليست في حد ذاتها سبباً للخيار بل من حيث أنها تدليس ، ومن المعلوم أن التدليس اذا لم يكن موجباً للنقصان أو كان ولكن زال في يومه لا يوجب الخيار ، كما اذا دلس بالتصرية وزال النقصان في الثلاثة فانه لا دليل على ايجابه للخيار ، وان كان مقتضى الجمود على اطلاق بعض الروايات ذلك ، ولكن لا يمكن المساعدة عليه ، حيث أنه لا يوجب النقصان المزبور ضرراً على المشتري .

(٢) فلو تصرف تصرفاً غير التصرف الاختباري كركوبه مثلاً سقط خياره .

(٣) أي زوال الخيار خلافاً لمحكي الخلاف حيث أثبت الخيار لليلة التي هي التصرية وان لم ينقص اللبن لظاهر النص .

(٤) أي زال العيب .

(ويرد معها) ان اختار ردها (اللبن) الذي حله منها (حتى المتجدد) منه بعد العقد أو (مثله لو تلف)^(١) أمارد الموجود فظاهر ، لانه جزء من المبيع ، وأما المتجدد فلاطلاق النص^(٢) بالرد الشامل له . ويشكل بأنه نماء المبيع الذي هو ملكه ، والعقد انما يفسخ من حينه^(٣) والاقوى عدم رده واستشكل في الدروس .

ولو لم يتلف اللبن لكن تغير في ذاته أو صفته^(٤) - بأن عمل جبناً أو مخيضاً ونحوهما - ففي رده بالارش ان نقص أو مجاناً أو الانتقال الى بدله أوجه ، أجودهما الاول^(٥) .

واعلم أن الظاهر من قوله « بعد اختبارها ثلاثة » ثبوت الخيار المستند الى الاختبار بعد الثلاثة كما ذكرناه سابقاً . وبهذا يظهر الفرق

(١) أي مثل اللبن لو تلف ، فان تعذر المثل ينتقل الى القيمة .

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب التجارة الحديث ١ .

(٣) أي من حين الفسخ لا من حين العقد .

(٤) التغير الذاتي كالجبين والوصفي كالمخيض .

(٥) وجهه أن عين ماله موجود ، ومع امكان العين فلا وجه للانتقال الى البديل .

وأما الارش فلأنه نقص حصل في مال البائع بسببه فلا بد من جبرانه . وأما وجه الثاني فلأن النقص الحاصل في مال البائع وان كان سببه هو المشتري الا أن البائع قد أدخل هذا النقص على نفسه بسبب تصرّيته المبيع ، فكأنه سبب لهذا النقص . وأما الوجه الثالث فلأن العين غير موجودة على ما كان فلا بد من الانتقال الى البديل .

بين مدة التصرية وخيار الحيوان، فان الخيار في ثلاثة الحيوان فيها وفي ثلاثة التصرية بعدها .

ولو ثبت التصرية بعد البيع بالاقرار أو البينه فالخيار ثلاثة ولا فورية فيها^(١) على الاقوى ، وهو اختياره في الدروس . ويشكل حينئذ الفرق^(٢) ، بل ربما قيل بانتفاء فائدة خيار التصرية حينئذ ، لجواز الفسخ في الثلاثة بدونها . ويندفع بجواز تعدد الاسباب ، وتظهر القائدة فيما لو أسقط أحدهما .

ويظهر من الدروس تقييد خيار التصرية بالثلاثة مطلقاً^(٣)، ونقل عن الشيخ أنها لمكان خيار الحيوان . ويشكل باطلاق توقفه على الاختبار ثلاثة^(٤) فلا يجامعها حيث لا تثبت بدونها . والمحكم بكونه

(١) أي لافور في الخيار في الثلاثة .

(٢) أي بين خيار الحيوان وخيار التصرية، بل الظاهر أنه لمكان خيار الحيوان كما حكى المصنف عن الشيخ .

(٣) أي سواء ثبتت التصرية بالاختبار أو غيره .

(٤) حيث لم يقيد الاختبار بشيء من أجزاء الثلاثة أوله أو وسطه أو آخره . وقوله « فلا يجامعها » أي فلا يجامع خيار الحيوان التصرية ، أي خيار التصرية اذا كان ثبوت التصرية في آخر الثلاثة والمحكم بكون الجزء الأخير من الثلاثة أيضاً منها، فيصح ان يقال : ان خيار التصرية في الثلاثة بهذا الاعتبار مسامحة ومجازاً في القول .

وهذا معنى قوله : والمحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز

يتخير فى آخر جزء منها يوجب المجاز فى الثلاثة .

(العاشر - خيار الاشرط) حيث لا يسلم الشرط لمشرطه بائعاً ومشترياً (ويصح اشرط سائغ فى العقد اذا لم يؤد الى جهالة فى أحد العوضين أو يمنع منه الكتاب والسنة) وجعل ذلك^(١) شرطاً بعد قيد السائغ تكلف .

(كما لو شرط تأخير المبيع) فى يد البائع (أو الثمن) فى يد المشتري (ما شاء) كل واحد منهما .

هذا مثال ما يؤدى الى جهالة فى أحدهما ، فان الاجل له قسط من الثمن ، فاذا كان مجهولاً يجهل الثمن . وكذا القول فى جانب

فى الثلاثة ، أى يوجب المجاز فى اطلاق الثلاثة على الجزء الأخير منها . والضمير فى قوله « ثبت » يرجع الى التصرية وفى « بدونه » الى الاختبار .

ثم هذا كله يتعلق بشرح العبارة ، ولكن اشكال عدم مجامعة خيار الحيوان خيار التصرية اذا كان ثبوتها بالاختبار متوجه على جميع المقادير ، لان خيار الحيوان ثابت فى جميع الثلاثة بخلاف خيار التصرية فانه بعد الاختبار ، فلا يمكن ثبوته فى جميع الثلاثة . بل لو ثبت بالبينة أو بالافرار أيضاً كذلك ، لان اقامة البينة أيضاً تحتاج الى مضي زمان بعد البيع ولو قليلاً ، بخلاف خيار الحيوان فانه متصل بالبيع . فليتأمل .

(١) أى عدم الجهالة وعدم منع الكتاب والسنة ، فان ذكرهما شرطاً بعد اشرط كونه سائعاً تكلف واضح .

المعوض (أو عدم وطء الأمة^١) أو شرط (وطء البائع اياها) بعد البيع مرة أو أزيد أو مطلقاً . هذه أمثلة ما يمنع منه الكتاب والسنة .
 (و) كذا (يبطل) الشرط (باشتراط غير المقدور) للمشروط عليه (كاشتراطه حمل الدابة فيما بعد أو أن الزرع يبالغ السنبل)
 سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله لاشتراكهما في عدم المقدورية .

(ولو شرط تبقية الزرع) في الارض اذا بيع أحدهما دون الآخر (الى أو ان السنبل جاز) لان ذلك مقدور له ، ولا يعتبر تعيين مدة البقاء بل يحتمل على المتعارف من البلوغ لانه منضبط .
 (ولو شرط غير السائع بطل) الشرط (وأبطل العقد) في أصح القولين ، لامتناع بقائه بدونه ، لانه غير مقصود بانفراده^٢ وما هو

(١) ولا يخفى أن عدم وطئ الأمة ليس مما منع منه الكتاب والسنة ، إذ عدم وطئ المشتري الأمة جائز في الشرع كوطئها ، لأنه ليس شيء منهما مخالفاً للكتاب والسنة .

(٢) حاصل هذا التعليل : ان التراضي انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص ، فاذا تعذرت الخصوصية لم يبق التراضي ، لانتهاء المقيد بانتهاء القيد ، فالمعاوضة بين الثمن والمثمن بدون وجود الشرط معاوضة أخرى محتاجة الى تراض جديد .

وفيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفائه الى معاوضة جديدة عن تراض جديد ، ومجرد الارتباط لا يقتضي ذلك ، وذلك نظير ما اذا

مقصود لم يسلم ، ولان للشرط قسطاً من الثمن^(١) ، فاذا بطل يجهل الثمن .

وقيل : يبطل الشرط خاصة ، لانه الممتنع شرعاً دون البيع ، ولتعلق التراضي بكل منهما . ويضعف بعدم قصده منفرداً ، وهو شرط الصحة .

(ولو شرط عتق المملوك) الذي باعه منه (جاز) لانه شرط سائغ بل راجح ، سواء شرط عتقه عن المشتري أم أطلق . ولو شرط عنه ففي صحته قولان ، أجودهما المنع ، اذ لا عتق الا في ملك^(٢) . (فان أعتقه) فذاك (والا تخير البائع) بين فسخ البيع وامضائه ، فان فسخ استرده وان انتقل قبله عن ملك المشتري . وكذا يتخير لومات قبل العتق ، فان فسخ رجع بقيمته يوم التلف ، لانه وقت الانتقال الى القيمة . وكذا لو انعتق قهراً .

تعذر بعض أحد العوضين أو انكشف فقد بعض الصفات الأخوذة في البيع كالكتابة والصحة ، فانه لا اشكال في عدم فساد المعاملة بذلك .

(١) وفيه منع مقابلة الشرط بجزء من العوضين شرعاً وعرفاً ، بل المقابلة انما هي بين المالين والتقييد أمر معنوي لا يعد مالا ، وان كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه . ولا ينتقض بثبوت الأرش في العيب ، لأنه للنص .

(٢) وقد يشكل ذلك بأنه لا دليل على لزوم كون المملوك في ملك المعتق عنه . نعم يجب أن يكون مملوكاً لمالك ، ولا يفهم من الأدلة أزيد من ذلك . فليتأمل .

(وكذا كل شرط لم يسلم) لمشترطه ، فانه (يفيد تخيره)
 بين فسخ العقد المشروط فيه وامضائه (ولا يجب على المشتري عليه
 فعله) لاصالة العدم (وانما فائدته جعل البيع عرضة للزوال) بالفسخ
 (عند عدم سلامة الشرط ولزومه) أي البيع (عند الاتيان به) .

وقيل : يجب الوفاء بالشرط ، ولا يتسلط المشتري له على
 الفسخ الا مع تعذر وصوله الى شرطه ، لعموم الامر بالوفاء بالعقد
 الدال على الوجوب ، وقوله صلى الله عليه وآله : المؤمنون عند
 شروطهم الا من عصى الله . فعلى هذا لو امتنع المشتري عليه من
 الوفاء بالشرط ولم يمكن اجباره رفع امره الى الحاكم ليجبره عليه
 ان كان مذهبه ذلك ، فان تعذر فسخ حينئذ ان شاء .

وللمصنف رحمه الله في بعض تحقیقاته تفصیل^(١) ، وهو : أن

(١) وفيه ان كلام المحكي عن المصنف قدس سره لا يمكن أن يكون تفصيلا
 لهذه المسألة قال شيخ مشايخنا في المكاسب : أقول ما ذكره قدس في بعض
 تحقیقاته لا يحسن عده تفصيلا في محل الكلام مقابلا لما اختاره في اللمعة ، لأن
 الكلام في اشتراط فعل سائغ وأنه هل يصير واجبا على المشتري عليه أم لا كما
 ذكره الشهيد في المتن ، فمثل اشتراط كونه وكيلا ليس الا كاشتراط ثبوت الخيار
 أو عدم ثبوته له ، فلا يقال انه يجب فعله أو لا يجب . نعم وجوب الوفاء - بمعنى
 ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقق بنفس العقد ، مما لا خلاف فيه ، اذ لم يقل أحد
 بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطها في العقد . وبالجملة فالكلام هنا

الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان العقد كافيًا في تحقيقه ولا يحتاج بعده الى صيغة فهو لازم لا يجوز الاخلال به كشرط الوكالة في العقد ، وان احتاج بعده الى أمر آخر وراء ذكره في العقد - كشرط العتق - فليس بلازم ، بل يقرب العقد اللازم جائزاً . وجعل السرفيه ان اشتراط « ما العقد كاف في تحقيقه » كجزء من الايجاب والقبول ، فهو تابع لهما في اللزوم والجواز ، واشتراط « ما سيوجد » أمر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن ، وهو معنى قلب اللازم جائزاً .

والاقوى اللزوم مطلقاً ، وان كان تفصيله أجود مما اختاره هنا .
(الحادي عشر - خيار الشركة ، سواء قارنت العقد - كما لو اشترى شيئاً فظهر بعضه مستحقاً - أو تأخرت بعده الى قبل القبض كما لو امتزج المبيع بغيره بحيث لا يتميز) فان المشتري يتخير بين الفسخ لعيب الشركة والبقاء ، فيصير شريكاً بالنسبة . وقد يطلق على الاول تبعض الصفقة أيضاً .

في اشتراط فعل يوجد بعد العقد . نعم كلام الشهيد في اللعنة أعم منه ومن كل شرط لم يسلم لمشترطه ، ومراده تعذر الشرط . وكيف كان فمثل اشتراط الوكالة أو الخيار وعدمه خارج عن محل الكلام ، اذ لا كلام ولا خلاف في وجوب ترتب آثار هذا الشرط عليه ، ولا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتب الآثار ، ولا في أن المشروط عليه يجبر على ترتب الآثار - الى آخر ما حققه في هذا المقام .

(وقد يسمى هذا عيباً مجازاً) لمناسبته للعيب فى نقص المبيع بسبب الشركة، لاشتراكهما فى نقص وصف فيه وهو هنا منع المشتري من التصرف فى المبيع كيف شاء ، بل يتوقف على اذن الشريك ، فالتمسك عليه ليس بتمام ، فكان كالعيب بفوات وصف فيجبر بالخبر . وانما كان اطلاق العيب فى مثل ذلك على وجه المجاز ، لعدم خروجه به عن خلقته الاصلية ، لانه قابل بحسب ذاته للتملك منفرداً ومشتركا ، فلا نقص فى خلقته بل فى صفته على ذلك الوجه .

(الثانى عشر - خيار تعذر التسليم ، فلو اشترى شيئاً ظناً امكان تسليمه) بأن كان طائراً يعتاد عوده أو عبداً مطلقاً^(١) أو دابة مرسله (ثم عجز بعده) بأن أبق وشردت ولم يعد الطائر ونحو ذلك (تخير المشتري) لان المبيع قبل القبض مضمون على البائع ولما لم ينزل ذلك منزلة التلف ، لامكان الانتفاع به على بعض الوجوه^(٢) جبر بالتخير ، فان اختار التزام البيع صح وهل له الرجوع بشىء يحتمله ، لان فوات القبض نقص حدث على المبيع قبل القبض فيكون مضموناً على البائع . ويضعف أن الارش ليس فى مقابلة مطلق النقص ، لاصالة البراءة^(٣) وعملاً بمقتضى العقد ، بل فى مقابلة العيب المتحقق

(١) الاطلاق كالارسال فى الدابة ، وقد يطلق أحدهما على الآخر .

(٢) وذلك كعقود العبد فى الكفارة أو بيعه مع الضميمة ونحو ذلك .

(٣) فيقتصر فيما خالف الاصل على موضع النص ، وهو النقص بالعيب

بنقص الخلقة أو زيادتها كما ذكر ، وهو هنا منفي .

(الثالث عشر - خيار تبعض الصفقة ، كما لو اشترى سلعتين فتستحق احدهما) فانه يتخير بين التزام الاخرى بقسطها من الثمن والفسخ فيها .

ولا فرق في الصفقة المتبعضة بين كونها متاعاً واحداً فظهر استحقاق بعضه أو أمتعته ، كما مثل هنا ، لان أصل الصفقة البيع الواحد ، سمي البيع بذلك لانهم كانوا يتصافقون ^١ بأيديهم اذا تبايعوا يجعلونه دلالة على الرضا به ، ومنه قول النبي صلى الله عليه وآله لعروة البارقي لما اشترى الشاة: «بارك الله لك في صفقة يمينك» ^٢.

وانما خص تبعض الصفقة هنا بالسلعتين لادخاله الواحدة في خيار الشركة ، ولو جعل موضوع تبعض الصفقة أعم - كما هو - ^٣ كان أجود، وان اجتمع حينئذ في السلعة الواحدة خياران ^٤ بالشركة،

خاصة .

(١) وفي مجمع البحرين : الصفق الضرب الذي له صوت ، ومنه التصفيق باليد ، أي التصويت بها .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٤٥ .

(٣) أي كما هو كذلك .

(٤) هذا دفع دخل ، وهو ان السلعة الواحدة اذا حصل فيها تبعض الصفقة فقد اجتمع فيها خياران خيار الشركة وخيار تبعض الصفقة . فأجاب عن هذا بقوله :

وتبعض الصفقة فقد تجتمع أنواع الخيار أجمع في مبيع واحد لعدم التنافي .

(الرابع عشر - خيار التفليس) اذا وجد غريم المفلس متاعه فانه يتمخير بين أخذه مقدماً على الغرماء ، وبين الضرب بالثمن معهم . (وسيا تي تفصيله) في كتاب الدين ، (ومثله غريم الميت مع وفاء التركة) بالدين ، وقيل : مطلقاً ^١ . وكان المناسب جعله قسماً آخر حيث تحرى الاستقصاء ^٢ هنا لاقسام الخيار بما لم يذكره غيره .

الفصل العاشر : (في الاحكام)

(وهي خمسة) :

(الاول - النقد والنسيئة) أي البيع الحال والمؤجل ، سمي الاول نقداً باعتبار كون ثمنه منقوداً ولو بالقوة ، والثاني مأخوذ من النسيء وهو تأخير الشيء ، تقول : أنسأت الشيء انساء : اذا أخرته ، والنسيئة : اسم وضع موضع المصدر .

واعلم أن البيع بالنسيئة الى تعجيل الثمن والمثمن وتأخيرهما

فقد يجتمع أنواع الخيار - الخ . وحاصله أنه لا محذور فيه لعدم التنافي بين أنواع الخيار .

(١) أي سواء وفي أم لم يف .

(٢) أي حيث قصد هنا ذكر تمام أقسام الخيار واستيفائها .

والتفريق أربعة أقسام :

فالاول « النقد » والثاني « بيع الكالئ بالكالئ »^(١) بالهمز اسم فاعل أو مفعول من المراقبة لمراقبة كل واحد من الغريمين صاحبه لاجل دينه . و« مع حلول المضمن وتأجيل الثمن » هو « النسيئة » . وبالعكس « السلف » . وكلها صحيحة عدا البيع الثاني فقد ورد النهي عنه^(٢) وانعقد الاجماع على فساده .

(واطلاق البيع يقتضي كون الثمن حالا وان شرط تعجيله) فى متن العقد (أكده) ، لحصوله بدون الشرط ، (فان وقت التعجيل) بأن شرط تعجيله فى هذا اليوم مثلا (تخير) البائع (لو لم يحصل) الثمن (فى الوقت) المعين ، ولو لم يعين له زماناً لم يفد سوى التأكيد فى المشهور ، ولو قيل : بشبوته مع الاطلاق أيضاً^(٣) لو أخل به عن

(١) عن شرح الشرائع : هو بالهمزة بيع النسيئة بالنسيئة على ما قرره جماعة من أهل اللغة اسم فاعل من المراقبة كأن كل واحد من المتبايعين كلاً صاحبه ، أي راقبه لاجل ماله الذي فى ذمته ، وفيه حيثئذ اضممار ، أي بيع مال الكالئ بمال الكالئ ، أو اسم مفعول كالدافع فلا اضممار . وعن بعض أهل اللغة أنه مأخوذ من كلاً بمعنى تأخر ، وحيثئذ لا حاجة الى الاضممار بل كل من العوضين كالئ أي متأخر تسليمه ، ويستقيم ظاهر اللفظ بدون تقدير شيء .

(٢) التهذيب ج ٥ ص ٤٨ الحديث ٧ .

(٣) أي اطلاق التعجيل ، يعنى لم يقيد التعجيل لوقت معين ، فحيثئذ لو قيل بشبوت التخير للبائع لو أخل الثمن عن أول وقت التعجيل كان حسناً .

أول وقته كان حسناً ، للاخلال بالشرط ^(١) .

(وان شرط التأجيل اعتبر ضبط الاجل ، فلا يناط) أي لا يعلق
(بما يحتمل الزيادة والنقصان كمقدم الحاج) أو ادراك الغلة ، (ولا
بالمشترك) بين أمرين ، أو أمور حيث لا مخصص لاحدهما (كتفرهم)
من منى ، فانه مشترك بين أمرين ^(٢) (وشهر ربيع) المشترك بين
شهرين ، فيبطل العقد بذلك . ومثله التأجيل الى يوم معين من الاسبوع
كالخميس .

(وقيل) : يصح ، (ويحمل على الاول) في الجميع ^(٣) ،
لتعليقه الاجل على اسم معين وهو يتحقق بالاول ، لكن يعتبر علمهما
بذلك قبل العقد ليتوجه قصدهما الى أجل مضبوط ، فلا يكفي ثبوت
ذلك شرعاً مع جهلهما ، أو أحدهما به ، ومع القصد لا اشكال في
الصحة ، وان لم يكن الاطلاق محمولاً عليه . ويحتمل الاكتفاء في
الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك ، قصدها أم لا ، نظراً الى كون

(١) أي للاخلال بشرط التعجيل الذي دل عليه اطلاق التعجيل ، وهذا بخلاف
التعجيل الذي هو مقتضى اطلاق البيع ، فان اخلاله لا يوجب الخيار ، فانه لا
اشتراط فيه حتى يوجب اخلاله الخيار . ويحتمل قوياً ثبوت الخيار فيه أيضاً ، لأن
التعجيل اذا كان مقتضى اطلاق البيع فهو كالشرط الذي يبنى عليه العقد وان لم
يذكر في ضمن العقد . فليأمل .

(٢) وهما الثاني عشر والثالث عشر .

(٣) أي جميع أمثلة المشترك .

الاجل الذي عيناه مضبوطاً في نفسه شرعاً ، واطلاق اللفظ منزل على الحقيقة الشرعية^(١) .

(ولو جعل لحال ثمناً ، ولمؤجل أزيد منه ، أو فاوت بين أجليين) في الثمن بأن قال : بعتك حالا بمائة ، ومؤجلا الى شهرين بمائتين ، أو مؤجلا الى شهر بمائة ، والى شهرين بمائتين (بطل) ، لجهالة الثمن بترده بين الامرين . وفي المسألة قول ضعيف بلزوم أقل الثمنين الى أبعد الاجلين ، استناداً الى رواية ضعيفة^(٢) .

(ولو أجل البعض المعين) من الثمن وأطلق الباقي ، أو جعله حالا (صح) ، للانضباط ، ومثله ما لو باعه سلعتين في عقد بشمن احدهما نقد والاخرى نسيئة . وكذا لو جعله أو بعضه نجوماً^(٣) معلومة . (ولو اشتراه البائع) في حالة كون بيعه الاول (نسيئة صح) البيع

(١) وذلك كشهر ربيع والنفر من منى ونحو ذلك ، فانها ينزل على المعنى الشرعي منها اذا وردت في موضوع حكم ، فكذا فيما اذا عيننا الاجل بهذه الامور . وفيه : ان هذا قياس مع الفارق ، وذلك لانه يعتبر قصدهما الى أجل مضبوط ، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلها به وعدم قصدهما اليه . على أنه في المقيس عليه أيضاً لا يحمل على الأول منها بل يحمل على اطلاقها من دون قيد كما هو محرر في محله .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٥٣ الحديث ٣ .

(٣) أي جعل الكل مؤجلا بأجال مختلفة ، بأن جعل نصفه مثلاً في شهر وكذا

ونصفه الاخر في شهر آخر ، وهكذا بعضه .

الثاني (قبل الاجل ، وبعده بجنس الثمن وغيره بزيادة) عن الثمن الاول ، (ونقصان) عنه ، لانتفاء المانع فى ذلك كله ، مع عموم الادلة على جوازه . وقيل : لا يجوز بيعة بعد حلوله بزيادة عن ثمنه الاول ، أو نقصان عنه مع اتفاقهما ^(١) فى الجنس ، استناداً الى رواية قاصرة السند والدلالة ^(٢) .

(الا أن يشترط فى بيعه) الاول (ذلك) أي بيعه من البائع ^(٣) (فيبطل) البيع الاول ، سواء كان حالاً أم مؤجلاً ، وسواء شرط بيعه من البائع بعد الاجل أم قبله على المشهور ، ومستنده غير واضح . فقد علل باستلزامه الدور ، لان بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه ^(٤) .

وفيه ^(٥) أن المتوقف على حصول الشرط هو لزوم البيع لا انتقاله

(١) أي اتفاق الثمنين .

(٢) التهذيب ج ٥ ص ٤٨ الحديث ٧ .

(٣) أي بيعه ثانياً من البائع .

(٤) بيانه: ان بيع المشتري البيع المزبور متوقف على ملكيته للبيع المزبور، فانه لا يبيع الا في ملك ، والمفروض توقف هذه الملكية على بيع البائع ، والحال أن بيع البائع حسب الشرط متوقف على بيع المشتري ، فبالمال يتوقف بيع البائع على نفس بيعه .

(٥) أي فيما ادعى من الدور انه انما يتم لو توقف كل من البيعين على الاخر، وفي المقام ليس كذلك ، لأن المتوقف على حصول الشرط - وهو البيع الثاني -

الى ملكه ، كيف لا واشتراط نقله الى ملك البائع من المشتري مستلزم لانتقاله اليه ، غايته أن تملك البائع موقوف على تملك المشتري ، وأما أن تملك المشتري موقوف على تملك البائع فلا ، ولانه وارد في باقي الشروط ^(١) خصوصاً شرط بيعه للغير مع صحته اجماعاً ، وأوضح لملك المشتري ^(٢) ما لو جعل الشرط بيعه من البائع بعد الاجل لتخلل ملك المشتري فيه .

وعلى بعدم حصول القصد الى نقله عن البائع . ويضعف بأن الغرض حصول القصد الى ملك المشتري وانما رتب عليه نقله ثانياً ،

لزوم البيع الأول لانتقاله الى ملك المشتري، ليكون المتوقف على حصول الشرط هو البيع الأول . وكيف لا يكون كذلك والحال شرط نقله الى ملك البائع من المشتري مستلزم لانتقاله اليه ، فانه لولا الانتقال لم يصح شرط نقله، فبالبيع الأول حصل الانتقال من دون توقف على شيء وتملك المشتري . نعم تملك البائع موقوف على تملك المشتري ، فالتوقف ليس في الطرفين حتى يستلزم الدور .

(١) أي ما ذكر من الدور وارد أيضاً في باقي الشروط ، وذلك كما لو شرط عليه العتق، فان البيع يتوقف على العتق والعتق على البيع بناءً على الدور المذكور، خصوصاً في شرط البيع من الغير . ووجه خصوصية البيع للغير مناسبه لمورد البحث .

(٢) وجه الاوضحية في الفرض - وهو ما لو جعل الشرط بيعه من البائع بعد الاجل - تخلل ملك المشتري فيه ، فانه في هذه المدة قد خرج عن ملك البائع، فلا بد وان يدخل في ملك المشتري والا بقي في تلك المدة بسلا مالك ، فيكون أوضح مما شرط عليه ذلك في الحال فليتأمل .

بل شرط النقل ثانياً يستلزم القصد الى النقل الاول لتوقفه عليه .
ولاتفاهم على أنهما لو لم يشترطاً ذلك فى العقد صح وان كان
من قصدهما رده ، مع أن العقد يتبع القصد . والمصحح له ما ذكرناه
من أن قصد رده بعد ملك المشتري له غير مناف لقصد البيع بوجه ،
وانما المانع عدم القصد الى نقل الملك الى المشتري أصلاً بحيث
لا يترتب عليه حكم الملك .

(ويجب قبض الثمن لو دفعه الى البائع) مع الحلول مطلقاً^(١) ،
(وفي الاجل) أي بعده ، (لا قبله) ، لانه غير مستحق حينئذ ، وجاز
تعلق غرض البائع بتأخير القبض الى الاجل ، فان الاغراض لا تنضب ،
(فلو امتنع) البائع من قبضه حيث يجب (قبضه الحاكم) ان وجد ،
(فان تعذر) قبض الحاكم ولو بالمشقة البالغة فى الوصول اليه ، أو
امتناعه^(٢) من القبض (فهو أمانة فى يد المشتري لا يضمه لو تلف
بغير تفريط ، وكذا كل من امتنع من قبض حقه) .

ومقتضى العبارة أن المشتري يبقيه بيده مميزاً على وجه الامانة،
وينبغي مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه ، وأن يكون نماؤه للبائع
تحقيقاً لتعيينه له .

(١) أي سواء تعلق غرضهما بتأخير القبض أم لا ما لم يشترطاه فى متن العقد .

(٢) أي الى الحاكم أو امتناع الحاكم من القبض لعذر شرعي .

وربما قيل: ببقائه على ملك المشتري^(١) وان كان تلفه من البائع ، وفي الدروس أن للمشتري التصرف فيه فيبقى في ذمته ، (ولا حجر في زيادة الثمن ونقصانه) على البائع والمشتري (اذا عرف المشتري القيمة)^(٢) ، وكذا اذا لم يعرف ، لجواز بيع الغبن اجماعاً . وكأنه أراد نفي الحجر على وجه لا يترتب عليه خيار ، فيجوز بيع المتاع بدون قيمته وأضعافها ، (الا أن يؤدي الى السفه)^(٣) من البائع أو المشتري فيبطل البيع . ويرتفع السفه بتعلق غرض صحيح بالزيادة والنقصان ، اما لقلتهما أو لترتب غرض آخر يقابله ، كالصبر بدين حال ونحوه^(٤) .

(ولا يجوز تأجيل الحال بزيادة فيه) ، ولا بدونها ، الا أن

(١) ولا يخفى ما فيه من الاشكال ، لأن التلف انما هو من المالك لا غيره . وكذا قول المصنف قدس سره في الدروس : وذلك لحرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه .

(٢) لاوجه لاختصاص المعرفة بالمشتري ، بل البائع أيضاً كذلك على فرض صحة هذا الشرط .

(٣) لم يعلم وجه لهذا القيد ، لأنه لا دليل عليه . نعم بيع السفه باطل لأنه محجور عليه ، فالبيع السفهية - وهو الذي لم يتعلق به غرض صحيح في حد ذاته - ما لم يطرأ عليه عنوان آخر كاسراف أو تبذير مثلا لا دليل على بطلانه . فليتأمل .

(٤) كما اذا كان على البائع دين حال للمشتري فبيعه شيئاً انقص من قيمته حتى يصبر بدينه ولم يطالبه حالا .

يشترط الاجل^(١) في عقد لازم فيلزم الوفاء به ، ويجوز تعجيله بنقصان منه بابراء أو صلح^(٢) .

(ويجب) على المشتري اذا باع ما اشتراه مؤجلا (ذكر الاجل في غير المساومة ، فيتخير المشتري بدونه) أي بدون ذكره بين الفسخ والرضاء به حالا ، (للتدليس) وروي أن للمشتري من الاجل مثله^(٣) .

(الثاني - في القبض : اطلاق العقد) بتجريده عن شرط تأخير أحد العوضين ، أو تأخيرهما اذا كانا عينين^(٤) ، أو أحدهما (يقتضي قبض العوضين فيتقابضان معاً لو تمانعا) من التقدم ، (سواء كان الثمن عيناً أو ديناً) . وانما لم يكن أحدهما أولى بالتقديم لتساوي الحقيقتين في وجوب تسليم كل منهما الى مالكه .

وقيل: يجبر البائع على الاقباض أولاً ، لان الثمن تابع للمبيع .

(١) أي الا ان يشترط الاجل فقط من دون زيادة ، واهذا اقتصر عليه .

(٢) ظاهره أنه لا بد من أحدهما مستقلاً والا يبقى الحق في ذمته ، ولكن نفس التعجيل بشرط النقصان مصداق للصلح فلا يحتاج الى شيء آخر اذ الصلح ليس له صيغة خاصة .

(٣) الوسائل كتاب التجارة الباب ٢٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢ .

(٤) شرط تأخيرهما اذا كانا عينين ، لانهما لو كانا في الذمة وشرط تأخيرهما

بطل لأنه بيع الكالي بالكالي .

ويضعف باستواء العقد فى افادة الملك لكل منهما ، فان امتنعا
أجبرهما الحاكم معاً مع امكانه ، كما يجبر الممتنع من قبض ماله ،
فان تعذر فكالدين اذا بذله المديون فامتنع^(١) من قبوله .

(ويجوز اشتراط تأخير اقباض المبيع مدة معينة) كما يجوز
اشتراط تأخير الثمن ، (والانتفاع به منفعة معينة) لانه شرط سائغ
فيدخل تحت العموم .

(والقبض فى المنقول) كالحيوان والاقمشة والمكيل والموزون
والمعدود (نقلة ، وفى غيره التخلية) بينه وبينه بعد رفع اليد عنه .
وانما كان القبض مختلفاً كذلك ، لان الشارع لم يحده ، فيرجع
فيه الى العرف ، وهو دال على ما ذكر^(٢) .

وفى المسألة أقوال آخر هذا أجودها: فمنها ما اختاره فى الدروس
من أنه فى غير المنقول التخلية وفى الحيوان نقله . وفى المعتبر^(٣)
كيله ، أو وزنه ، أو عده أو نقله .

وفى الثوب وضعه فى اليد^(٤) ، واستند فى اعتبار الكيل ، أو

(١) وقد سبق حكمه تفصيلاً آنفاً .

(٢) ولا يخفى أن العرف لا يدل على خصوص النقل فى المنقول، بل قد يتحقق
عرفاً بالأخذ باليد أيضاً وان لم ينتقل عن محله .

(٣) أي فيما يعتبر باعتبار مخصوص لرفع الجهالة كيله أو وزنه .

(٤) والصحيح وضعه كما فى الدروس .

الوزن في المعتبر بهما الى صحيحة معاوية بن وهب^(١) عن الصادق عليه السلام . وفي دلالتها عليه نظر^(٢) . والحق المعدود بهما^(٣) قياس . والفرق بين الحيوان وغيره ضعيف .
ومنها الاكتفاء بالتخلية مطلقاً^(٤) ، ونفى عنه البأس في الدروس بالنسبة الى نقل الضمان^(٥) ، لا زوال التحريم ، والكراهة عن البيع قبل القبض ، والعرف بأباه ، والاخبار^(٦) تدفعه .
وحيث يكتفى بالتخلية فالمراد بها رفع المانع للمشتري من القبض بالاذن فيه ، ورفع يده ويد غيره عنه ان كان .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ .

(٢) وجه النظر : أن في الرواية المزبورة ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه . فانه بقرينة السؤال عن البيع قبل القبض كما في الرواية ربما يشعر بأن القبض في المكيل والموزون هو الكيل أو الوزن .

وفيه : أن ذكر الكيل والوزن لعله مقارن للقبض غالباً ، لا أنه هو القبض ، فلا دلالة في الرواية على أن الكيل والوزن هو القبض .

(٣) أي الحاق المعدود بالكيل والوزن .

(٤) أي من أي جنس كان من غير فرق .

(٥) أي نقل ضمان المتاع بعد التخلية الى المشتري فيخرج البائع عن عهدة الضمان ، دون زوال التحريم أو الكراهة على القولين فانهما باقيا حتى يقبض المشتري المتاع .

(٦) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود .

ولا يشترط مضي زمان يمكن وصول المشتري اليه ، الا ان يكون فى غير بلده ، بحيث يدل العرف على عدم القبض بذلك . والظاهر ان اشتغاله بملك البائع غير مانع منه وان وحب على البائع التفريغ .

ولو كان مشتركاً ففي توفقه على اذن الشريك قولان ، أجودهما العدم^(١) ، لعدم استلزامه التصرف فى مال الشريك . نعم لو كان منقولاً توقف على اذنه^(٢) ، لافتقار قبضه الى التصرف بالنقل ، فان امتنع من الاذن نصب الحاكم من يقبضه أجمع ، بعضه أمانة وبعضه لاجل البيع . وقيل : يكفي حينئذ^(٣) التخلية وان لم يكتف بها قبله^(٤) .

(وبه) أي بالقبض كيف فرض (ينتقل الضمان الى المشتري اذا لم يكن له خيار) مختص به ، أو مشترك بينه وبين أجنبي ، فلو

(١) وعن المسالك هذا فى غير المنقول - الى أن قال - ووجه التوقف فيه على الاذن ان وضع اليد والتسلط على التصرف لا يمكن بدون التصرف فى حصة الشريك . وفيه : ان التخلية الكافية فى غير المنقول لا يستلزم تصرفاً مع أن التصرف بدون الاذن وان كان محرماً الا انه لا ينافي تحقق القبض والاقباض به عرفاً وشرعاً كما عن الجواهر التصريح به .

(٢) وقد تقدم آنفاً أن التصرف بدون الاذن لا ينافي تحقق القبض وان فعل محرماً .

(٣) أي حين امتناعه من الاذن .

(٤) أن قبل أن يمتنع .

كان الخيار لهما ^(١) فتلفه بعد القبض زمنه ^(٢) منه أيضاً .
 وإذا كان انتقال الضمان مشروطاً بالقبض (فلو تلف ^(٣) قبله فمن
 البائع) مطلقاً ^(٤) (مع أن النماء) المنفصل المتجدد بين العقد والتلف
 (للمشتري) . ولا بعد في ذلك ^(٥) ، لان التلف لا يبطل البيع من
 أصله ، بل يفسخه من حينه كما لو انفسخ بخيار .
 هذا اذا كان تلفه من الله تعالى ، أما لو كان من أجنبي ، أو من
 البائع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن كما لو تلف من الله تعالى ،
 وبين مطالبة المتلف بالمثل أو القيمة . ولو كان التلف من المشتري
 فهو بمنزلة القبض ^(٦) .

(وان تلف بعضه ، أو تعيب) من قبل الله أو قبل البائع (تخير
 المشتري في الامساك مع الارش والفسخ) ، ولو كان العيب من قبل

(١) أي للبائع والمشتري .

(٢) أي فتلفه بعد القبض زمن الخيار من المشتري أيضاً كما اذا لم يكن له
 خيار أصلاً .

(٣) أي بأفة سماوية لا بجناية جان .

(٤) أي سواء كان للمشتري خيار أم لا .

(٥) قيل فيه اشارة الى خلاف بعض العامة، حيث حكم بأن التلف تابع للمنفعة
 فكل من استوفى المنفعة يكون التالف من ماله ومنافع المبيع بعد البيع للمشتري
 فيكون ضمانه عليه .

(٦) لأنه ملكه قد أتلفه بنفسه .

أجنبي فالارش عليه للمشتري ان التزم ، وللبائع ان فسخ .
 (ولو غصب من يد البائع) قبل اقباضه (وأسرع عوده) بحيث
 لم يفت من منافعه ما يعتد به عرفاً ، (أو أمكن) البائع (نزرعه بسرعة)
 كذلك (فلا خيار) للمشتري ، لعدم موجب ، (والا) يمكن تحصيله
 بسرعة (تخير المشتري) بين الفسخ والرجوع على البائع بالثمن ان كان
 دفعه ، والالتزام بالمبيع وارتقاب حصوله ، فينتفع حينئذ بما لا يتوقف
 على القبض كعق العبد .

ثم ان تلف في يد الغاصب فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع^(١) ،
 وان كان قد رضي بالصبر ، مع احتمال كونه^(٢) قبضاً ، وكذا لو رضي
 بكونه في يد البائع ، وأولى بتحقق القبض هنا^(٣) .
 (ولا أجره على البائع في تلك المدة) التي كانت في يد الغاصب
 وان كانت العين مضمونة عليه ، لان الاجرة بمنزلة النماء المتجدد

(١) بمعنى بطلان لزومه لا أصله ، وحينئذ تخير المشتري بين الرجوع بالثمن
 وبين مطالبة المتلف بالمثل أو القيمة ، كما مر نظيره .

(٢) أي مع احتمال كون الرضا بذلك قبضاً .

(٣) أي الرضا بكونه في يد البائع أولى بتحقق القبض ، وجه الأولوية : ان
 الرضا بكونه في يد الغاصب اذا كان قبضاً مع كونه يد عدوان ، فالرضا بكونه في
 يد البائع قبضاً يكون أولى ، لأن يده يد استيمان والقبض يقع باذنه ، فكأنه أخذه
 من البائع وأعطاه امانة .

وهو غير مضمون^(١) ، وقيل يضمونها ، لأنها بمنزلة النقص الداخل قبل القبض^(٢) ، وكالنماء المتصل^(٣) .

والاقوى اختصاص الغاصب بها (الا أن يكون المنع منه) ، فيكون غاصباً اذا كان المنع بغير حـق ، فلو حبسه ليتقابضا ، أو ليقبض الثمن حيث شرط تقدم قبضه فلا أجره عليه ، للاذن في امساكه شرعاً^(٤) وحيث يكون المنع سائغاً فالنفقة على المشتري ، لانه ملكه ، فان امتنع من الانفاق رفع البائع أمره الى الحاكم ليجبره عليه ، فان تعذر أنفق بنية الرجوع ورجع كنظائره^(٥) .

(وليكن المبيع) عند اقباضه (مفرغاً) من أمتعة البائع وغيرهما مما لم يدخل في المبيع ، ولو كان مشغولاً بزراع لم يبايع وجب الصبر الى أوانه ان اختاره البائع ، ولو كان فيه مالا يخرج الا بهدم وجب

(١) أي غير مضمون على البائع بل على الغاصب خاصة .

(٢) وعلى هذا القول يرجع البائع على الغاصب بما اغترمه للمشتري ، وأما على القول الأول كما هو الأقوى ، فالضمان مختص بالغاصب ، ولكن فيه منع ضمان كل نقص داخل على المبيع ولو سلم ف ضمان ما يشبه النقص قياس مع الفارق .

(٣) كما لو كان الحيوان سميناً فصار مهزولاً ولكن ضعفه ظاهر .

(٤) فلا يوجب ضماناً . وعن جامع المقاصد احتمال الضمان معه أيضاً ، لأن

جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة ، ولا يلزم من ثبوت الأول الثاني . ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال ، اذ لا أثر له مع جريان أصل البراءة بعد عدم الدليل .

(٥) كالوديعة ونحوها .

أرشه على البائع^(١). والتفريغ وان كان واجباً إلا أن القبض لا يتوقف عليه ، فلو رضي المشتري بتسليمه مشغولاً تم القبض ويجب التفريغ بعده .

(ويكره بيع المكييل والموزن قبل قبضه) للنهي عنه المحمول على الكراهة جمعاً^(٢) ، (وقيل: يحرم ان كان طعاماً) وهو الاقوى ، بل يحرم بيع مطاق المكييل والموزن ، لصحة الاخبار^(٣) الدالة على النهي ، وعدم مقاومة المعارض لها على وجه يوجب حمله على خلاف ظاهره ، وقد تقدم^(٤) .

(ولو ادعى المشتري نقصان المبيع) بعد قبضه (حلف ان لم يكن حضر الاعتبار)^(٥) ، لاصالة عدم وصول حقه اليه ، (والايكن) كذلك بأن حضر الاعتبار (أحلف البائع) عملاً بالظاهر من أن صاحب الحق اذا حضر اعتباره يحتاط لنفسه ويعتبر مقدار حقه .

(١) هذا فيما لو علم المشتري بالحال ، ولو جهله فله الفسخ أيضاً ، كما عن المسالك التصريح به .

(٢) التهذيب ج ٧ الطبعة الحديثة ص ٣٥ .

(٣) التهذيب ج ٧ الطبعة الحديثة ص ٣٦ .

(٤) أي في باب السلف .

(٥) أي لم يحضر اعتبار المبيع بوزن أو كيل ونحوه .

ويمكن موافقة الاصل للظاهر^(١) باعتبار آخر، وهو أن المشتري لما قبض حقه كان في قوة المعترف بوصول حقه اليه كاملاً ، فإذا ادعى بعد ذلك نقصانه كان مدعياً لما يخالف الاصل . ولا يلزم مثله في الصورة الاولى ، لانه اذا لم يحضر لا يكون معترفاً بوصول حقه ، لعدم اطلاعه عليه ، حتى لو فرض اعترافه فهو مبني على الظاهر^(٢) بخلاف الحاضر .

(ولو حول المشتري الدعوى)^(٣) حيث لا يقبل قوله في النقص (الى عدم اقباض الجميع) من غير تعرض لحضور الاعتبار وعدمه ،

(١) المراد بالأصل هنا هو حمل الأفعال أو الأقوال على الصحة ، كما هو محرر في محله . ففيما نحن فيه لما قبض المشتري حقه ولم يدع النقصان كان في قوة المعترف بوصول حقه اليه كاملاً ، فإذا ادعى بعد القبض نقصان حقه لا يسمع منه ، لأنه يخالف لهذا الأصل .

ولكن لا يخفى أن العمدة دعوى تسالم الفقهاء وعدم خلافهم في هذه المسألة دون مثل هذا التعليل ، إذ فيه مناقشة ظاهرة ، ومخالف للقواعد المقررة في باب القضاء .

(٢) كالاتماد على قول البائع مثلاً لا للأذعان على أنه تمام حقه .

(٣) ولا يخفى أنه لا فرق بين هذه الدعوى والسابقة الا بحسب التعبير ، إذ دعوى عدم اقباض الجميع عبارة أخرى عن دعوى نقصان المبيع ، فلا يكون من تحويل دعوى الى أخرى ، فالعمدة في الفرق بين المسألتين من حيث الحكم هو التسالم وعدم الخلاف . فليأمل .

أو معه (حلف) ، لاصالة عدم وصول حقه اليه (ما لسم يكن سبق بالدعوى الاولى) فلاتسمع الثانية لتناقض كلاميه ^(١) . وهذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي ، كدعوى براءة الذمة من حق المدعى لو كان قد دفعه اليه بغير بينة ، فانه لو أقر بالواقع لزمه .

(الثالث فيما يدخل في المبيع) عند اطلاق لفظه (و) الضابط أنه (يراعى فيه اللغة والعرف) ^(٢) العام أو الخاص ، وكذا يراعى الشرع بطريق أولى ، بل هو مقدم عليهما . ولعله أدرجه في العرف

(١) وهما دعواه نقصان المبيع مع الحضور الدال على قبض الجميع ودعواه عدم قباض الجميع .

(٢) ولا يعفى أن فرض المسألة فيما اذا لم يعلم مرادهما ، والا يحتمل كلامهما على ما علم ارادتهما منه وان كان خارجاً عن المتفاهمات العرفية ، بأن يكون غلطاً ، كأن يقول : بعثك هذا الثوب - مشيراً الى فرس مثلاً . ففي مفروض المسألة ان كان لهما عرف خاص حمل كلامهما عليه ، سواء كان هو عرف الشرع أو غيره ، والاحتمل على العرف العام ، أي على المعنى الذي يفهمه أهل ذلك اللسان في حال المعاملة ، سواء كان ذلك معنى عرفياً طارئاً على المعنى اللغوي أو كان هو المعنى اللغوي كما هو الغالب في الألفاظ الدارجة ، اذ الظاهر ارادة ذلك من لفظهما لا الحقيقة الشرعية .

وما ذكره الشارح قدس سره انما هو في الخطابات الشرعية ، حيث أنها تحتمل على الحقائق الشرعية في الجملة . وفي تقديم العرفي على اللغوي أو العكس بحث محرر في الأصول . وكيف كان فالمناط هو الانفهام العرفي من الألفاظ بأي سبب كان ، وبدونه لا يصح الاعتماد على شيء من الاستحسانات التي ذكرها في الأصول .

لانه عرف خاص ، ثم ان اتفقت ^(١) ، والا قدم الشرعي ، ثم العرفي ، ثم اللغوي .

(ففي بيع البستان) بلفظه (تدخل الارض والشجر) قطعاً (والبناء) كالجدار وما أشبهه من الر كائز ^(٢) المثبتة في داخله لحفظ التراب عن الانتقال . أما البناء المعد للمسكنى ونحوه ، ففي دخوله وجهان : أجودهما اتباع العادة ^(٣) .

(ويدخل فيه الطريق ، والشرب) للعرف ، ولو باعه بلفظ الكرم تناول شجر العنب ، لانه مدلوله لغة ، وأما الارض والعريش والبناء والطريق والشرب فيرجع فيها الى العرف ، وكذا ما اشتمل عليه من الاشجار وغيره ، وما شك في تناول اللفظ له لا يدخل .

ويدخل (فى الدار الارض والبناء أعلاه وأسفله ، الا أن يفرد الاعلى عادة) فلا يدخل الا بالشرط أو القرينة ، (والابواب) المثبتة ، وفي المنفصلة كألواح الدكاكين وجهان : أجودهما

(١) المراد باتفاق الثلاثة عدم الاختلاف فيها، اما بأن لا يكون هناك نقل أصلاً، أو يكون نقل عرفي أو شرعي أو كلاهما ولكن لا يختلفان مع اللغوي في جزء خاص من البستان كالجدار مثلا ، فالجدار عند الجميع جزء من البستان وان كان لفظ البستان عندهم مختلف بحسب الوضع .

(٢) جمع ركيزه ، أي ما هو مركز في البناء ونحوه .

(٣) فما دخل عادة في البستان دخل في المبيع وما لم يدخل عادة لم يدخل ، والأقرب عدم الدخول اذا لم تكن العادة قرينة على الدخول .

الدخول ، للعرف . وانفصالها ^(١) للارتفاق ، فتكون كالجذء وان انفصلت . واطلاق العبارة يتناولها . وفي الدروس قيدها بالمشبته فيخرج .

(والاغلاق المنصوبة) ، دون المنفصلة كالاقفال (والاخشاب المشبته) كالمتخذة لوضع الامتعة وغيرها ، دون المنفصلة وان انتفع بها في الدار ، لانها كالالات الموضوعه بها ، (والسلم المشبث) في البناء ، لانه حينئذ بمنزلة الدرجه ، بخلاف غير المشبث ، لانه كالالة ، وكذا الرف . وفي حكمها الخوابي ^(٢) المشبته في الارض والحيطان .

(والمفتاح) وان كان منقولا ، لانه بمنزلة الجذء من الاغلاق المحكوم بدخولها . والمراد غير مفتاح القفل ، لانه تابع لغلقه ، ولو شهدت القرينة بعدم دخوله لم يدخل .

وكذا يدخل الحوض والبئر والحمام المعروف بها ^(٣) والواتاد ،

(١) أي انفصال الألواح عن الدكاكين لأجل التسهيل ورفع المشقة ، فتكون كجزء الدكاكين ، فاطلاق الأبواب يشمل ألواح الدكاكين ، ففتوى المصنف هنا مخالفة لفتواه في الدروس .

(٢) أي تدخل في المبيع الرف والخوابي . الرف بالفتح خشبة أو نحوها تثبت في الحائط توضع عليها حرائج البيت . والخوابي جمع خبابية ، وهي الجرة الضخمة .

(٣) أي المعروف بالدار ، أي الذي يعرف أنه لهذه الدار والمعد للانتفاع به

دون الرحى وان كانت مثبتة ، لانها لاتعد منها ، واثباتها لسهولة الارتفاق ^(١) بها .

(ولا يدخل الشجر) الكائن بها (الامع الشرط ، أو يقول : بما أغلق عليه بابها ، أو ما دار عليه حائطها) ، أو شهادة القرائن بدخوله كالمساومة ^(٢) عليه ، وبذل ثمن لا يصلح الا لهما ، ونحو ذلك .

(و) يدخل (فى النخل الطلع اذا لم يؤبر) ^(٣) بتشقيق طلع الاناث وذر طلع الذكور فيه ليحيى ثمرته أصلح ، (ولو أبر فالثمرة للبائع) ، ولو أبر البعض فلكل حكمه ^(٤) على الاقوى . والحكم مختص بالبيع ، فلو انتقل النخل بغيره لم يدخل الطلع مطلقاً متى ظهر كالثمرة .

(و) حيث لا يدخل فى البيع (يجب تبقيتها الى أوان أخذها) عرفاً بحسب تلك الشجرة ، فسان اضطرب العرف فالأغلب ، ومع

فى الدار ليكون من مرافقها .

(١) أي اثبات الرحى لسهولة الارتفاق بها ، لآنها من أجزاء الدار .

(٢) أي على الشجر ، بأن يذكرون الشجر عند المعاملة والمساومة .

(٣) بلا خلاف ظاهر ، وعن جماعة دعوى الاجماع عليه ولمفهوم القيد فى بعض الأخبار المعتبرة .

(٤) المراد بتأبير البعض تأبير بعض النخل دون بعض آخر ، وأما لو أبر بعض طلع النخلة كان جميع طلعه للبائع ، وذلك لصدق أنه قد باع نخلاً قد أبر فيه شمله نص أنه للبائع وكان غير المؤبر تابعاً للمؤبر . هذا محصل ما حكى عن التذكرة .

التساوي ففي الحمل على الأقل ، أو الأكثر ، أو اعتبار التعيين^(١) ، وبدونه يبطل أوجه .

(وطلع الفحل) للبائع متى ظهر ، (وكذا باقي الثمار مع الظهور) وهو انعقادها ، سواء كانت بارزة أم مستترة في كمام ، أو ورد . وكذا القول فيما يكون المقصود منه الورد ، أو الورق^(٢) . ولو كان وجوده على التعاقب فالظاهر منه حال البيع للبائع ، والمتجدد للمشتري ، ومع الامتزاج يرجع الى الصلح .

(ويجوز لكل منهما) أي من البائع الذي بقيت له الثمرة والمشتري (السقي) مراعاة لمملكه (الا أن يستضرا) معاً فيمنعان ، (ولو تقابلا في الضرر والنفع رجحنا مصلحة المشتري) ، لان البائع

(١) وجه الحمل على الأقل أنه المتيقن ، إذ الأكثر يوافق في هذا الحد ، وانما يخالفه في القدر الزائد ، فيأخذ القدر المتيقن . ووجه الأكثر : أن شراء الأصل دون الثمرة لازمه الرضا ببقاء الثمرة مادام البقاء مصلحة للثمرة ، فلو كان بقاء الثمرة ضرراً عليه فهو أدخله على نفسه ، فيجب عليه بقية الثمرة مادام البقاء مصلحة لها . وأما احتمال بطلان المعاملة من جهة الجهل بمقدار أمد التصرف المستلزم للجهل المبطل للمعاملة فمما لا ينبغي الالتفات اليه ، إذ لازمه بطلان بيع الثمار قبل أوان قطعه ، وهذا مما لا يمكن الالتزام به ، ضرورة وجوب تبقيّة ثمرة النخل مثلا الى أن يتناهي حلاوتها إذا أخذت بسراً ، وما يؤخذ رطباً إذا تناهى رطبها ، وهكذا . مع أن المدة فيها غير معلومة الا بحسب العادة والتخمين .

(٢) كالحناء والتوت .

هو الذي أدخل الضرر على نفسه ببيع الاصل^(١) وتسليط المشتري عليه الذي يلزمه جواز سقيه. وتوقف في الدروس حيث جعل ذلك احتمالاً ونسبه الى الفاضل ، واحتمل تقديم صاحب الثمرة ، لسبق حقه^(٢). ويشكل تقديم المشتري^(٣) حيث يوجب نقصاً في الاصل يحيط بقيمة الثمرة وزيادة ، فينبغي تقديم مصلحة البائع مع ضمانه لقيمة الثمرة جمعاً بين الحقيقتين .

(و) يدخل (في القرية البناء) المشتمل على الدور وغيرها

(١) وانما علل الشارح ادخال الضرر على نفسه بخصوص بيع الاصل وان كان بيع الثمرة أيضاً كذلك لاشتراكه في التعليل وهو ادخال الضرر على نفسه بالبيع ، ولذا تعرض فيما سيأتي له بقوله: ويشكل تقديم المشتري - الخ ، أي مشتري الثمرة وناقش في اطلاقه لان البحث هنا في بيع الاصل كالبستان ونحوه لا الثمرة وان كان حكمه حكم بيع الاصل من هذه الجهة . فيندفع ايراد تخصيص التعليل ببيع الاصل مع ان بيع الثمرة أيضاً كذلك ، كما توهمه بعض من المحشين .

(٢) أي لان حقه كان أسبق وكان يقتضي الاستمرار كيف شاء وان باع الاصل كان بقاء الثمرة مستثنى . هكذا عبارة المسالك .

(٣) أي مشتري الثمرة. وهذا اشكال على تقديم مصلحة المشتري على الاطلاق كما هو مقتضى التعليل وهو ادخال البائع الضرر على نفسه حتى في مورد يوجب السقي نقصاً في الاصل بحيث يحيط نقص الاصل بقيمة الثمرة وزيادة ، ففي هذه الصورة لا يمكن الالتزام بتقديم مصلحة مشتري الثمرة ، بل ينبغي تقديم مصلحة البائع، فله سقي الاصل مع ضمانه لقيمة الثمرة للمشتري. هذا محصل ما أفاده في هذا المقام ولا يرد عليه شيء من الايرادات التي أوردوها على العبارة . فليتأمل .

(والمرافق) كالطرق والساحات ، لا الاشجار والمزارع الامع الشرط ، أو العرف كما هو الغالب الان ، أو القرينة . وفي حكمها الضيعة في عرف الشام ^(١) .

(و) يدخل (في العبد) والامة (ثيابه الساترة للعودة) ، دون غيرها ، اقتصاراً على المتيقن دخوله ، لعدم دخولها في مفهوم العبد لغة . والاقوى دخول ما دل العرف عليه من ثوب ، وثوبين ، وزيادة ، وما يتناولسه بخصوصه من غير الثياب كالحزام والقلنسوة والمخف وغيرها . ولو اختلف العرف بالحر والبرد دخل ما دل عليه حال البيع دون غيره . وما شك في دخوله لا يدخل للاصل ، ومثله الدابة فيدخل فيها النعل دون آلائها ، الامع الشرط والعرف .

(الرابع - في اختلافهما . ففي قدر الثمن يحلف البائع مع قيام العين والمشتري مع تلفها) على المشهور ، بل قيل : انه اجماع . وهو ^(٢) بعيد ، ومستنده رواية ^(٣) مرسلة ، وقيل : يقدم قول المشتري مطلقاً لانه ينفي الزائد ، والاصل عدمه ، وبراءة ذمته . وفيه قوة ان

(١) أي في حكم القرية الضيعة في عرف الشام ، يعني يعبرون عن القرية بالضيعة ، والتعبير بالقرية ليس متعارفاً عندهم .

(٢) أي الاجماع بعيد .

(٣) الوسائل كتاب التجارة الباب ١١ من أبواب أحكام العقود الحديث ١ .

لم يثبت الاجماع على خلافه ، مع أنه خيرة التذكرة ^(١) .
 وقيل : يتجالفان ويبطل البيع ، لان كلا منهما مدع ومنكر ،
 لتشخص العقد بكل واحد من الثمنين ^(٢) . وهو خيرة المصنف في
 قواعده ، وشيخه فخر الدين في شرحه ^(٣) . وفي الدروس نسب القولين
 الى الندور .

وعلى المشهور لو كانت العين قائمة لكنها قد انتقلت عن المشتري
 انتقالاً لازماً كالبيع والعتق ، ففي تنزيله منزلة التلف ^(٤) قولان :
 أجودهما عدم ، لصدق القيام عليها وهو البقاء ، ومنع مساواته للتلف
 في العلة الموجبة للمحكم .

ولو تلف بعضه ففي تنزيله منزلة تلف الجميع أو بقاء الجميع ،
 أو الحاق كل جزء بأصله أو جهه : أوجهها الاول ، لصدق عدم قيامها
 الذي هو مناط تقديم قول البائع .

ولو امتزج بغيره ، فان بقي التمييز وان عسر التخليص فالعين

(١) أي لو كان اجماع لما خالفه العلامة .

(٢) فلا يتفقان على قدر مشترك ويختلفان في الزائد حتى يكون أحدهما مدعياً
 والاخر منكراً ، فيتحقق ضابط التحالف . وفيه : ان القدر المشترك الذي يتفقان
 فيه وهو الادل موجود كما هو واضح ، فلا يكونان متداعيين .

(٣) أي شيخ المصنف في شرحه على قواعد العلامة ، وهو كتاب الايضاح .

(٤) وذلك لمساواته له في الخروج عن الانتفاع بالنسبة الى المشتري .

قائمة ، والا فوجهان . وعدمه أوجه ، لعدم صدق القيام عرفاً ، فان ظاهره أنه أخص من الوجود^(١) .

(ولو اختلفا في تعجيله) أي الثمن (وقدر الاجل) على تقدير اتفاقهما عليه في الجملة (وشرط رهن ، أو ضممين عن البائع يحلف البائع) ، لاصالة عدم ذلك كله^(٢) . وهذا مبني على الغالب من أن البائع يدعي التعجيل وتقليل الاجل حيث يتفقان على أصل التأجيل ، فلو اتفق خلافه فادعى هو الاجل أو طواه لغرض يتعلق بتأخير القبض قدم قول المشتري للاصل .

(وكذا) يقدم قول البائع لو اختلفا (في قدر المبيع) للاصل . وقد كان ينبغي مثله في قدر الثمن بالنسبة الى المشتري لولا الرواية . ولا فرق بين كونه مطلقاً ، أو معيناً كهذا الثوب فيقول : بل هو والاخر . هذا اذا لم يتضمن الاختلاف في الثمن كبعتك هذا الثوب بألف فقال : بل هو والاخر بألفين . والا قوي التحالف ، اذ لا مشترك هنا يمكن الاخذ به .

(وفي تعيين المبيع) كما اذا قال : بعتك هذا الثوب فقال : بل هذا (يتحالفان) ، لادعاء كل منهما ما ينفيه الاخر بحيث لم يتفقا على

(١) اذ موضوع الحكم هو صدق القيام عرفاً لامطابق كونه موجوداً في الخارج .

(٢) حتى بالنسبة الى التعجيل ، فان معنى الاختلاف في التعجيل أن المشتري

يدعي خلافه ، وهو اشترط الأزيد ، والأصل عدمه .

أمر ويختلفا فيما زاد ، وهو ضابط التحالف ^(١) ، فيحلف كل منهما يميناً واحدة على نفي ما يدعيه الآخر ^(٢) ، لا على اثبات ما يدعيه ، ولا جامعة بينهما ^(٣) ، فإذا حلفا انفسخ العقد ، ورجع كل منهما الى عين ماله ^(٤) ، أو بدلها . والباديء منهما باليمين من ادعي عليه أولاً ،

(١) أي ضابط التحالف عدم الاتفاق على أمر والاختلاف فيما زاد .

(٢) اذ الحلف انما هو وظيفة المنكر والنافي هو المنكر .

(٣) أي جامعة بين الاثبات والنفي ، وكأنه اشارة الى تضعيف ما حكي عن قواعد العلامة من احتمال ذلك . ووجه الاحتمال أنه أفضل للمحكم وأسهل للحاكم ، اذ قد ينكل أحدهما فيغني عن رد ذلك اليمين . ووجه الضعف ان يمين الاثبات انما هو بعد النكول فلا يتقدم عليه .

(٤) ان كانت موجودة والا الى بدله . ثم هذا كله فيما لو تحالفا ، وأما لو نكل أحدهما ففيه تفصيل ذكره بقوله : فان حلف الاول ونكل الثاني - الى آخر ما فصله . ومحصل ما حقه في هذا المقام : انه اذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه ، فإذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري - من بيعه الثوب الأحمر مثلاً ولم يحلف المشتري ثبت أن البائع باع الثوب الأبيض وبقي الثوب الأحمر على ملكه ، فان كان في يد المشتري انتزعه منه ويدفع اليه الثوب الأبيض فعلى المشتري للبائع قيمة الثوب الأبيض لا الأحمر ، فلو دفع قيمة الأحمر لم يكن له مطالبة البائع به لاعترافه بكونه للبائع ، حيث أن المبيع بحسب مدعاه هو الثوب الأحمر . فعلى موازين القضاء والحكم الظاهري على المشتري قيمة الثوب الأبيض ، ولكن الحكم الظاهري لا ينافي الواقع ، فلو كان المبيع في الواقع هو الثوب الأحمر فالمشتري أخذه قصاصاً عن قيمة الثوب الأبيض التي دفعها بأمر القاضي .

فان حلف الاول ونكل الثاني وقضينا بالنكول يثبت ما يدعيه الحالف ،
والا حلف يميناً ثانية على اثبات ما يدعيه .

ثم اذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه ،
فان كان الثوب في يده ، والا انتزعه من يد المشتري . واذا حلف
المشتري على نفي ما يدعيه البائع وكان الثوب في يده لم يكن للبائع
مطالبته به لانه لا يدعيه ، وان كان في يد البائع لم يكن له التصرف
فيه ، لاعترافه بكونه للمشتري وله ثمنه في ذمته^(١) ، فان كان قد قبض^(٢)
التمن رده على المشتري وله أخذ الثوب قصاصاً^(٣) ، وان لم يكن
قد قبض الثمن أخذ الثوب قصاصاً أيضاً ، فان زادت قيمته عنه فهو
مال لا يدعيه أحد^(٤) .

وفي بعض نسخ الاصل: (وقال الشيخ والقاضي : يحلف البائع
كالاختلاف في الثمن) وضرب عليه في بعض النسخ المقررة على
المصنف رحمه الله .

(١) أي واعترافه بكونه له ثمنه في ذمته .

(٢) أي قبض البائع رده على المشتري بمقتضى الحكم الظاهري .

(٣) أي قصاصاً عن الثمن الذي رده على المشتري بحكم الحاكم وهو القاضي .

(٤) ولكن في الواقع لا يتجاوز عنهما ، فليس لثالث أن يتصرف فيه للعلم

الاجمالي بكونه لاحدهما فلا بد من التخلص منه بالقرعة ونحوها .

(و) حيث يتحالفان (يبطل العقد من حينه) أي حين التحالف ، لا من أصله ، فنماء الثمن المنفصل المتخلل بين العقد والتحالف للبائع ، وأما المبيع فيشكل حيث لم يتعين^(١) . نعم لو قيل به^(٢) في مسألة الاختلاف في قدر الثمن توجه حكم نماء المبيع^(٣) .

(و) اختلافهما (في شرط مفسد يقدم مدعي الصحة) ، لانها الاصل في تصرفات المسلم ، (ولو اختلف الورثة نزل كل وارث منزلة مورثه) فتحلف ورثة البائع لو كان الاختلاف في قدر المبيع ، والاجل ، وأصله ، وقدر الثمن مع قيام العين ، وورثة المشتري مع تلفها .

وقيل : يقدم قول ورثة المشتري في قدر الثمن مطلقاً ، لانه الاصل ، وانما خرج عنه مورثهم بالنص^(٤) فيقتصر فيه على مورده المخالف للاصل . وله وجه ، غير أن قيام الوارث مقام المورث مطلقاً أجود^(٥) ، لانه بمنزلته . ولو قلنا بالتحالف ثبت بين الورثة

(١) ولكن لا ينبغي الاشكال فيه ، لانه متعين في الواقع فيتبعه نماؤه ، ولا يلزم تعيينه في الظاهر من هذه الجهة ويمكن تعيينه بالقرعة .

(٢) أي قيل بالتحالف في مسألة الاختلاف في قدر الثمن .

(٣) أي حكم نماء المبيع بأنه للمشتري لاتفاقها على أنه ملكه .

(٤) وهو الرواية التي أشار إليها بقوله : ومستنده رواية موسلة وذكرنا محلها

في [الوسائل الباب ١١ من ابواب أحكام العقود الحديث ١] .

(٥) ولعله بدعوى أن العرف لا يفرق بين ما لو كان الاختلاف بين المتبايعين

قطعاً^١ .

(الخامس - اطلاق الكيل والوزن) والنقد (ينصرف الى المعتاد) في بلد العقد لذلك المبيع ان اتحد، (فان تعدد فالاغاب) استعمالوا واطلاقاً، فان اختلفا في ذلك ففي ترجيح أيهما نظر، ويمكن حينئذ وجوب التعيين كما لو لم يغلب .

(فان تساوت) في الاستعمال في المبيع الخاص (وجب التعيين) لاستحالة الترجيح بدونه واختلاف الاغراض، (ولو لم يعين بطل البيع) لما ذكر .

(وأجرة اعتبار المبيع) بالكيل، أو الوزن، أو النقد (على البائع) لانه لمصلحته، (واعتبار الثمن على المشتري، وأجرة الدلال على الامر) ولو أمراه فالسابق^٢ ان كان مراد كل منهما

أو وارثهما وان كل ما كان للمورث ينقل الى الوارث. وفيه: ان كل ما للمورث ينتقل الى الوارث انما هو في الحقوق لا الأحكام، ومحل الفرض انما هو الأحكام كما لا يخفى .

(١) وذلك لانه لانص في المسألة حتى يصير سبباً للخدشة فيها بخلاف الفرض

السابق .

(٢) أي لو أمر البائع بالمبيع والمشتري بالشراء وكان مراد كل منهما مع الدلال

الما كسة لا البيع، فالأجرة على السابق منهما . ولكن لا يخفى أن المما كسة - وهو السعي في تقليل العوض رعاية لمصلحة المتعاملين - في المعاملة الواحدة غير معقول، وذلك لضرورة ابتناء البيع نوعاً على المغابنة والمما كسة فرعايته مصلحة

المماكسة معه ، وواؤمراه بتولي الطرفين الايجاب والقبول (فعليهما) أجره واحدة^(١) بالتنصيف ، سواء اقترنا أم تلاحقا . ولو منعنا من تولي الطرفين من الواحد امتنع أخذ أجرتين ، لكن لا يتجه حمل كلام الاصحاب^(٢) : أنه لا يجمع بينهما لو احد ، عليه ، لانه قد عبر به من يرى جوازه ، بل المراد أنه لا يجمع بينهما لعمل واحد ، وان أمره

كل منهما ملازمة لغير الاخر ، فلا يمكن اجتماعهما في المعاملة الواحدة ، فلا يصح امرهما معاً سواء كان الامران متقارنين أم متلاحقين . وهذا لعله واضح .

(١) بناء على ان ذلك عمل واحد فهي اجرة واحدة موزعة عليهما . وفيه : ان الايجاب والقبول أمران متغايران يمكن أخذ الجعل على كل واحد منهما أو على أحدهما دون الاخر ، والاختلاف في مقدار الجعل ونحو ذلك ، فليكن المراد عدم جواز أخذ الجعلين على البيع والشراء الواحد ، وهو الأثر الحاصل من تمام الايجاب والقبول ، حيث ان الجعل على البيع التزام من الدلال بتحصيل قبول المشتري ، اذ البيع لا يتحقق الا برضا المشتري ، فتحصيل قبول المشتري لازم على الدلال بمجرد الجعل على البيع ، فليس له أن يأخذ جملاً آخر ، وكذلك العكس . فما حكى عن الاصحاب من أنه لا يتولاها لو احد - أي لا يتولى لو احد الجعل على تمام البيع من البائع والمشتري - هو هذا المعنى ، وأما تولي اثنين ذلك على أن يأخذ كل منهما الجعل من كل منهما على فعل ما هو مقدمة لتحصيل الأثر فلا مانع منه . والله العالم .

(٢) الظاهر أن هذا بحث مع المصنف ، حيث قال في محكي الدروس : ولو منعنا من تولي الطرفين من الواحد امتنع أخذ أجرتين . وعليه يحمل كلام الاصحاب أنه لا يجمع بينهما لو احد . انتهى .

البائع بالبيع والمشتري بالشراء ، بل له أجره واحدة عليهما ^(١) ، أو على أحدهما كما فصلناه .

(ولا يضمن الدلال) ما يتلف بيده من الامتعة (الا بتفريط) .
والمراد به ما يشمل التعدي ^(٢) مجازاً أو اشتراكاً (فيحلف على عدمه)
لو ادعى عليه التفريط ، لانه أمين فيقبل قوله في عدمه (فان ثبت)
التفريط في حقه وضمن القيمة (حلف على) مقدار (القيمة لو خالفه
البائع) فادعى أنها أكثر مما اعترف به ، لاصالة البراءة من الزائد ،
ولا ينافيه التفريط وان أوجب الاثم ، كما يقبل قول الغاصب ^(٣)
فيها على أصح القولين .

ومحصل كلام الشارح قدس سره أن منع أخذ أجرتين لا يمتني في كلام
الأصحاب على عدم جواز تولي الطرفين من الواحد ، ولا يتجه حمل كلام الأصحاب
أنه لا يجمع بينهما على ذلك ، لانه قد عبر به من يرى جوازه ، بل المراد أنه لا يجمع
بينهما لعمل واحد وان امره البائع بالبيع والمشتري بالشراء .

(١) ان أمره يتولى الطرفين أو أجره واحدة على أحدهما ان كان مراد كل
منهما المما كسة كما فصله . ثم هذا مما يتعلق بشرح العبارة ، وقد تكلمنا في صدر
المسألة بما هو مربوط بها فليراجع .

(٢) هذا دفع لما يرد على المصنف من حصره ضمان الدلال بالتفريط مع أن
التعدي أيضاً كذلك ، وحاصل الدفع : ان التفريط قد يطلق على التعدي على
سبيل عموم المجاز أو الاشتراك ، وتحقق ذلك في الأصول .

(٣) كما اذا تنازع المالك والغاصب في قيمة عين المغصوبة فيقدم قول الغاصب

مع يمينه .

(خاتمة : الاقالة فسخ لا بيع)

عندنا ^(١) ، سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الاقالة (في حق المتعاقدين والشفيع) وهو الشريك ، اذ لا شفعة هنا بسبب الاقالة .
وحيث كانت فسخاً لا بيعاً (فلا يثبت بها شفعة) للشريك ، لاختصاصها بالبيع .

ونبه بقوله « في حق المتعاقدين » على خلاف بعض العامة حيث جعلها بيعاً في حقهما ، وبقوله « والشفيع » على خلاف آخرين ، حيث جعلوها بيعاً في حقه ، دونهما ، فيثبت له بها الشفعة .

(ولا تسقط أجرة الدلال) على البيع (بها) ، لانه استحقها بالبيع السابق ، فلا يبطله الفسخ اللاحق . وكذا أجرة الوزان ، والكيال ، والناقد بعد صدور هذه الافعال ، لوجود سبب الاستحقاق .

(ولا تصح بزيادة في الثمن) الذي وقع عليه البيع سابقاً ، (ولا بنقيصته) ، لانها فسخ ومعناه رجوع كل عوض الى مالكة ، فاذا شرط فيها ما يخالف مقتضاها فسد الشرط ^(٢) وفسدت بفساده . ولا فرق بين

(١) خلافاً لما حكى عن أكثر العامة من أنها بيع معللين بأنها نقل ملك كالبيع وفساده ظاهر غني عن البيان ، وعن بعض آخر الخلاف انما هو اذا وقعت بلفظ الاقالة ، وأما اذا وقع بلفظ الفسخ فهو فسخ قولاً واحداً .

(٢) كما هو مقتضى كل شرط منافي لمقتضى العقد ولكن في مخالفته لمقتضى

الزيادة العينية والحكمية كالانتظار بالثمن .

(ويرجع) بالاقالة (كل عوض الى مالكة) ان كان باقياً ، ونماؤه

المتصل تابع له . وأما المنفصل فلا رجوع به ، وان كان حملاً لم

ينفصل ، (فان كان تالفاً فمثله) ان كان مثلياً ، (أو قيمته) يوم

التلف ان كان قيماً ، أو تعذر المثل .

ولو وجدته معيباً رجع بأرشه ، لان الجزء أو الوصف الفائت

بمنزلة التالف .

والفاظها تفاسخنا وتقايلنا ، معاً ، أو متلاحقين من غير فصل

يعتد به ، أو يقول أحدهما : أقلتك ، فيقبل الاخر وان لم يسبق التماس .

واحتمل المصنف فى الدروس الاكتفاء بالقبول الفعلي .

العقد تأمل واشكال ، اذ ليس مقتضى الاقالة الرجوع كل مال الى مالكة ، وهذا

يمكن تحققه سواء كان معه شرط أم لا . وكيف كان فالعمدة هو دعوى الاجماع

والرواية .

قال فى حاشية الحدائق : أقول قال الشيخ فى المبسوط : الاقالة فسخ سواء

كان قبل القبض أو بعده فى حق المتعاقدين وفى غيرهما بدلالة أنه لا يجوز الزيادة

فى الثمن ولا النقصان اجماعاً ، وأما الرواية فعن الحلبي قال : سألت أبا عبدالله عليه

السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه

فأبى ان يقبله ابوضيعة . قال : لا يصلح أن يأخذه بوضيعة ، فان جهل فأخذه فباع

بأكثر من ثمنه رد على الأول ما زاد [الكافي ج ٥ ص ١٩٥] .

كتاب الدين

(وهو قسمان) :

(الاول - القرض) بفتح القاف وكسرها ، وفضله عظيم
(والدرهم منه بشمانية عشر درهماً ^١ مع أن درهم الصدقة بعشرة)
قيل والسر فيه : أن الصدقة تقع في يد المحتاج وغيره ، والقرض
لا يقع الا في يد المحتاج غالباً ، وأن درهم القرض يعود فيقرض ثانياً ،
ودرهم الصدقة لا يعود .

واعلم أن القرض لا يتوقف على قصد القرية ، ومطلق ^(٢) الثواب
يتوقف عليها ، فليس كل قرض يترتب عليه الثواب . بخلاف الصدقة ،

(١) كما في الوسائل كتاب التجارة الباب : ٦ - من أبواب الدين والقرض

الحديث : ٤ .

(٢) سواء ما يترتب عليه قرضاً أو غيره ، لأن الثواب أجر يستحق في مقابل امتثال

الأمر وهو يتوقف على قصد القرية ، بخلاف التفضل فإنه لا يكون في مقابل عمل .

فان القربة معتبرة فيها ، فاطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر أما مشروط بقصد القربة ، أو تفضل من الله تعالى من غير اعتبار الثواب بواسطة الوجهين ^(١) ، وقد يقع الفضل على كثير من فاعلي البر من غير اعتبار القربة كالكرم ^(٢) .

ويفتقر القرض الى ايجاب وقبول .

(والصيغة أقرضتك ، أو انتفع به ، أو تصرف فيه) ، أو ملكتك ، أو أسلفتك ، أو خذ هذا ، أو اصرفه (وعليك عوضه) ، وما أدى هذا المعنى ، لانه من العقود المجائزة ^(٣) . وهي لا تنحصر في لفظ ، بل تتأدى بما أفاد معناها ، وانما يحتاج الى ضميمة « عليك عوضه » ما عدا الصيغة الاولى ^(٤) ، فانها صريحة في معناه لا تفتقر الى انضمام أمر آخر .

(١) أي الوجهين المذكورين في السر .

(٢) كما ورد في الخبر أن من تركها ولولغير الله سقاه الله من الرحيق المختوم .

وما هو المعروف من التفضلات الالهية المترتبة على الخصال الحميدة كالعدالة وحسن الخلق والسخاوة ونحو ذلك مما لا يعتبر فيه قصد التقرب .

(٣) والأقوى أنه من العقود اللازمة ، فليس للمقرض فسخه والرجوع بالعين المقترضة لو كانت موجودة كما هو مقتضى العقود المجائزة . نعم له عدم الانتظار ومطالبة المقرض بالأداء ولو قبل قضاء وطره ، ولعل المراد بالجواز هذا المعنى .

(٤) وذلك لأن الادن في التصرف أو الانتفاع ونحو ذلك أعم من استحقاق رد

العوض الذي هو جزء من ماهية القرض ، فلا يدل عليه كما هو واضح .

(فيقول المقترض: قبلت وشبهه) مما دل على الرضا بالايجاب ،
 واستقرب في الدروس الاكتفاء بالقبض ، لان مرجعه الى الاذن في
 التصرف . وهو حسن من حيث اباحة التصرف ^(١) .
 أما افادته للملك المترتب على صحة القرض فلا دليل عليه ،
 وما استدل به لا يؤدي اليه ^(٢) .

(ولا يجوز اشتراط النفع) ، للنهي ^(٣) عن قرض يجر نفعاً (فلا
 يفيد الملك) ^(٤) لو شرطه ، سواء في ذلك ^(٥) الربوي وغيره ، وزيادة
 العين ، والمنفعة (حتى لو شرط الصحاح عوض المكسرة ، خلافاً

(١) أي ما استدل به بقوله « لأن مرجعه الى الاذن في التصرف » حسن من
 حيث اباحة التصرف لامن حيث افادته للملك المترتب على صحة القرض ، وذلك
 لأن الاذن في التصرف لا يقتضي الا اباحة التصرف لا الملك .

(٢) أي الى الملك المترتب على صحة القرض هذا والأقوى جريان المعاطاة
 فيه للسيرة المستمرة ، بل السيرة فيه أقوى منها في البيع كما لا يخفى ، فيستحق
 ماهيته بقبض العين من دون احتياج الى صيغة .

(٣) الوسائل كتاب التجارة الباب : ١٩ من أبواب الدين والقرض الحديث

١١ - ٩ .

(٤) ولكن الظاهر أنه لا دليل على عدم افادته الملك ، بل المستفاد من الأدلة
 هو بطلان شرط الزيادة فقط .

(٥) أراد بذلك التنبيه على أن شرط الزيادة في القرض ممنوع مطلقاً ، بخلاف
 البيع فإنه يمنع فيه شرط الزيادة في الربويات خاصة كما هو مذكور في محله .

لابي الصلاح) الحلبي رحمه الله وجماعة حيث جوزوا هذا الفرد من النفع ، استناداً الى رواية ^(١) لا تدل على مطلوبهم . وظهرها اعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط ، ولا خلاف فيه بل [لا] يكره ، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اقترض بكراً ^(٢) فرد بازلاً رباعياً ^(٣) وقال : ان خير الناس أحسنهم قضاء .

(وانما يصح اقراض الكامل) على وجه يرتفع عنه الجحرفي المال وأراد كمال المتعاقدين معاً باضافة المصدر الى الفاعل والقابل ^(٤) .

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب : ١٢ من أبواب الصرف الحديث : ٥٥ .
فان ظاهر الرواية لا يدل على اشتراط النفع، اذ ظاهرها اعطاء الزائد بدون الشرط.
وهذا مما لاخلاف فيه .

(٢) هذا الخبر من طريق العامة في صحيح مسلم ج ٥ ص ٥٤ . ولكن ليس فيه لفظ « بازل » .

(٣) الكبير من الابل بمنزلة الغلام من الناس ، والبازل الذي تم له ثمان سنين، ثم يقال له بازل عام ويازل عامين وهكذا كل سنة . هكذا في حاشية الحدائق الناظرة ، ومعنى بازل عام ويازل عامين أنه مضى من سنه بعد كونه بازلاً عاماً أو عامان وهكذا ، لأنه ليس له اسم بعد ما صار بازلاً .

والرباعي كما حكى في مجمع البحرين عن معاني الأخبار أنه من الأبل ما دخل في السنة السابعة ، لأنه ألقى رباعيته . وعلى هذا التفسير لا يصح توصيف البازل بالرباعي الا على سبيل التقريب . فليتأمل .

(٤) ولا يخفى ما فيه من المسامحة في العبارة ، اذ المصدر - وهو الاقراض -

(وكل ماتساوى أجزاءه) فى القيمة والمنفعة، وتتقارب صفاته
 كالحبوب والادهان (يثبت فى الذمة مثله ، وما لا يتساوى) أجزاءه
 كالحيوان (تثبت قيمته يوم القبض) ، لانه وقت الملك ^(١) (وبه)
 أي بالقبض (يملك) المقترض القرض على المشهور ، لا بالتصرف ،
 قيل : لانه فرع الملك فيمتنع كونه شرطاً فيه والادار ^(٢) . وفيه منع
 تبعيته للملك مطلقاً ، اذ يكفى فيه اذن المالك ، وهو هنا حاصل ^(٣) بالعقد ،
 بل بالايجاب .

وحيث قلنا بملكه بالقبض (فله رد مثله) مع وجود عينه (وان

معناه اعطاء القرض ، وهذا المعنى لا ينطبق على قابل القرض وهو المقترض ، فلا بد
 وأن يكون المراد بالاقراض هنا معنى قابلاً لأن يطلق على الفاعل والقابل كايجاد
 القرض ونحوه حتى يصح اطلاقه و اضافته اليهما . فليتأمل .

(١) قال في الجواهر : ولا اعتبار بوقت المطالبة أو الاداء قطعاً .

(٢) بيان الدور هو : ان التصرف فيه لا يجوز الا بعد أن يصير ملكاً له ، لقبح
 التصرف في مال الغير ، ولا يصير ملكاً له حتى يتصرف فيه ، فيلزم توقف التصرف
 على الملك والملك على التصرف ، وهذا دور صريح .

(٣) وفيه : ان البحث انما هو في التصرف المتوقف على الملك لا مطلق
 التصرف ، كما في سائر المعاوضات فانها على تقدير بطلانها لايجوز التصرف
 بالاذن الحاصل في ضمن العقد ، مع أنه لا اشكال في عدم كفاية الاذن المطلق في
 التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والعتق ونحوهما كما هو محرز في محله .
 وكيف كان فغائلة الدور لا ترتفع بما ذكر ، كما هو واضح بعد التأمل .

كره المقرض) ، لان العين حينئذ تصير كغيرها من أمواله ، والحق يتعلق بذمته فيتمخير في جهة القضاء .

ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف وجب دفع العين مع طلب مالكها ، ويمكن القول بذلك وان ملكناه ، بالقبض ، بناء على كون القرض عقداً جائزاً ^(١) ، ومن شأنه رجوع كل عوض الى مالكة اذا فسخ كالهبة والبيع بخيار .

(ولا يلزم ^(٢) اشتراط الاجل فيه) لماله ولا لغيره ^(٣) ، لانه عقد جائز ^(٤) ، فلا يلزم ما يشترط فيه ، الحاقاً لشروطه بعجزته . نعم لو شرط أجل القرض في عقد لازم لزم على ما سبق .

(ويجب) على المديون (نية القضاء) سواء قدر على أدائه أم

(١) ويحتمل أن يكون المراد بالجواز عدم وجوب امهال المقرض الى قضاء الوطر من العين المقترضة ، وان كان مقتضى العرف والسيرة عدم المطالبة حتى يقضي وطره منها ، لا الجواز بمعنى استرداد العين كالعقود الجائزة . فعلى هذا لا يجب على المقرض رد العين عند الفسخ ، بل هو مخير في جهات القضاء .
(٢) أي لو شرط لا يلزم الوفاء به .

(٣) أي اشتراط الأجل في القرض لمال القرض ولا لغير مال القرض .

(٤) وقد مر الكلام فيه ، وهو أن المحتمل ارادتهم بالجواز غير المعنى المعروف في العقود الجائزة ، وهو جواز رد العين ، بل جواز مطالبة بدله متى شاء ، كما هو مسلم وادعي عليه الاجماع . وهذا لا ينافي لزومه ، وحينئذ فالأقرب لزوم ما يشترط فيه من الأجل ونحوه ، كاشتراط أدائه في محل خاص كما صرحوا بذلك .

لا بمعنى العزم - وان عجز - على الاداء اذا قدر ، وسواء كان صاحب الدين حاضراً أم غائباً ، لان ذلك من مقتضى الايمان ، كما يجب العزم على أداء كل واجب وترك كل محرم . وقد روي ^(١) : أن كل من عزم على قضاء دينه أعين عليه ، وأنه ينقص من مؤنته بقدر قصور نيته .

(وعزله عند وفاته ^(٢) ، والايضاء به لو كان صاحبه غائباً) ليمتيز الحق ، ويسلم من تصرف الوارث فيه . ويجب كون الوصاية الى ثقة ، لانه تسليط على مال الغير وان قلنا بجواز الوصاية الى غيره ^(٣) في الجملة ، (ولو جهله ويثس منه تصدق به عنه) في المشهور . وقيل : يتعين دفعه الى الحاكم ، لان الصدقة تصرف في مال الغير بغير اذنه . ويضعف بأنه احسان محض اليه ^(٤) ، لانه ان ظهر ولم يرض

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب ٥ من أبواب الدين الحديث : ٣ .

(٢) كما أدعي عدم الخلاف فيه . قال في المسالك : وأما العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم - خصوصاً على ما يظهر من المختلف - أنه لاخلاف فيه ، والا لا يمكن تطرق القول بعدم الوجوب لاصالة البراءة مع عدم النص . انتهى .

ثم على فرض وجوب العزل لايلزم منه ارتفاع ضمان المقترض به ، اذ لادليل عليه ، فاستصحاب الضمان محكم مطلقاً ، سواء فرط في حفظه أم لا .

(٣) أي الى غير الثقة ، كما اذا أوصى بماله بصرفه في الأمور المستحبة ، فانه لايلزم أن يكون الموصى اليه ثقة ، لأنه لا يكون تسليطاً على مال الغير .

(٤) وما على المحسنين من سبيل وانه كجهول المالك ، لاشتراكهما في عدم

بها ضمن له عوضها ، والا فهي أنفع من بقاء العين المعزولة المعرضة لتلفها بغير تفريط المسقط لحقه^(١) . والاقوى التخيير بين الصدقة ، والدفع الى الحاكم ، وابقائه في يده .

(ولا تصح قسمة الدين) المشترك بين شريكين^(٢) فصاعداً على المشهور ، (بل الحاصل منة لهما ، والتاوي) بالمشناة وهو الهالك (منهما) .

وقد يحتال للقسمة بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد اعطاها صاحبه ويقبل الاخر ، بناء على صحة الحوالة من البريء^(٣) ، وكذا لو اصطالحا على ما في الذمم بعضاً^(٤) ببعض وفاقاً للمصنف في الدروس .

التمكن من الوصول الى صاحبه ، وهو المناط في حكم مجهول المالك ، كما هو مذكور في محله .

(١) وقد تقدم أنه لادليل على أن العزل هنا موجب لارتفاع ضمان المقترض .

(٢) وذلك بأن تراضيا على أن ما في ذمة زيد من المال المشترك لأحدهما وما في ذمة عمرو لآخر .

(٣) حيث أن المسلم صحة الحوالة من المديون ، وأما صحة الحوالة ممن ليس في ذمته شيء ففيه اشكال وخلاف .

(٤) « بعضاً » عطف بيان على محل « ما » الموصولة ، على حد قوله تعالى « فامسحوا برؤوسكم وأرجلكم » من حيث أن « أرجلكم » عطف على محل « برؤوسكم » .

(ويصح بيعه بحال) وان لم يقبض من المديون^(١) وغيره ، حالا كان الدين أم مؤجلاً. ولا يمنع تعذر قبضه حال البيع^(٢) من صحته ، لان الشرط امكانه في الجملة لا حالة البيع .

ولا فرق في بيعه بالحال بين كونه مشخصاً ، ومضموناً على الاقوى ، للاصل^(٣) ، وعدم صدق اسم الدين عليه ، (لا بمؤجل) لانه بيع دين بدين .

وفيه نظر ، لان الدين الممنوع منه : ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلق الباء^(٤) به ، والمضمون عند العقد ليس بدين وانما يصير ديناً بعده فلم يتحقق بيع الدين به ، ولانه يلزم مثله في بيعه بحال ، والفرق غير واضح .

ودعوى اطلاق اسم الدين عليه ان ارادوا به قبل العقد فممنوع أو بعده^(٥) فمشارك ، واطلاقهم له عليه عرفاً اذا بيع به فيقولون : باع

(١) متعلق ببيعه ، أي يصح بيعه من المديون وغيره .

(٢) أي لا يمنع تعذر قبضه حال البيع بسبب كونه مؤجلاً عن صحته ، لأن الشرط امكانه في الجملة لا خصوص حال البيع .

(٣) أي اصالة العموم في البيع وعدم صدق الدين على المضمون .

(٤) أي تعلق الباء بالدين ، لأن معنى بيع الدين بالدين أن يكون عوضاً حال كونه ديناً ، مع أن العوض المؤجل ليس بدين عند عقد البيع وانما يصير ديناً بعده .

(٥) أي اطلاق اسم الدين ان ارادوا به قبل العقد فممنوع أو بعده فمشارك بين المؤجل والحال . وكيف كان فالتمثيل لمنع بيع الدين بالمؤجل - بأنه بيع

فلان ماله بالدين مجاز بقصد أن الثمن بقي في ذمته ديناً بعد البيع .
ولو اعتبر هذا الاطلاق جاء مثله في الحال اذا لم يقبضه ، خصوصاً
اذا أمهله به من غير تأجيل .

(وبزيادة) عن قدره (ونقيصة ، الا أن يكون ربوياً) فتعتبر
المساواة .

(ولا يلزم المديون أن يدفع الى المشتري الا ما دفع المشتري)
الى البائع (على رواية^١ محمد بن الفضل عن أبي الحسن الرضا عليه
السلام) وقريب منها رواية^٢ أبي حمزة عن الباقر عليه السلام .
وانما اقتصر على الاولى لانها أصرح ، وعمل بمضمونها الشيخ
وجماعة . ويظهر من المصنف الميل اليه ، وفي الدروس لا معارض
لها ، لكن المستند ضعيف ، وعموم^٣ الادلة تدفعه ، وحمل^٤ على

دين بدين - لا وجه له .

(١) قال : قلت للرضا عليه السلام : رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب الى
صاحب الدين فقال له : ادفع الي ما لفلان عليك فقد اشترته منه . قال يدفع اليه
قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبريء الذي عليه المال - من جميع ما بقي عليه
[الوسائل الباب : ١٥ من أبواب الدين والقرض الحديث : ٣] .

(٢) الوسائل الباب : ١٥ من أبواب الدين والقرض الحديث : ٢ .

(٣) اي عموم أدلة البيع .

(٤) يعني الشراء في الرواية محمول على الضمان ، بمعنى أن المطالب أراد
بالشراء الضمان فضمن عن المديون ماعليه ودفع شيئاً قيمته أقل من الدين ، وليس

الضمان مجازاً ، لشبهه بالبيع في المعاوضة ، أو على فساد البيع ، للربا وغيره ، فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في مقابلة ما دفع ويبقى الباقي لمالكه . والاقوى مع صحة البيع لزوم دفع الجميع ، ويجب مراعاة شروط الربا والصرف^(١) ، ولو وقع صالحاً اغتفر الثاني^(٢) خاصة . (ومنع ابن ادريس من بيع الدين على غير المديون) استناداً الى دليل قاصر ، وتقسيم غير حاصر^(٣) ، (والمشهور الصحة)

للضامن ان يأخذ من المضمون عنه أزيد عما دفع ، فيكون له حينئذ قيمة ما دفع وبريء المديون من جميع ما بقي عليه .

(١) أي لو كان العوضان من الأثمان والربوبين .

(٢) وذلك لدخول الربا في كل معاوضة ، مصالحة كانت أو غيرها .

(٣) قال في الحاشية المنسوبة اليه : حاصل استدلال ابن ادريس على المنع من بيعه على غير المديون يرجع الى حصر ادعى صحته ، وهو أن المبيع اما عين معينه أو في الذمة ، والأول اما بيع عين مرئية مشاهدة فلا يحتاج الى وصف واما عين غير مشاهدة فيحتاج الى وصفها وذكر جنسها وهو بيع خيار الرؤية ، وأما الذي في الذمة فهو السلف المفتقر الى الأجل المعين والوصف الخاص . قال : والدين ليس عيناً مشاهدة ولا معينة موصوفة ، اذ للمديون التخيير في جهات القضاء وليس بسلم اجماعاً ، ولا قسم رابع هنا لنا .

ثم اعترض على نفسه بأنه خلاف الاجماع ، لانعقاده على صحة بيع الدين . ثم أجاب بأن العمومات قد تخص والأدله هنا عامة نخصها ببيعه على غير من هو عليه .

ثم عقب ذلك بأنه تحقيق لا يبلغه الا محقق الاصول والفقهاء ، وضابط فروع

مطلقاً^(١) ، لعموم الأدلة .

(ولو باع الذمي ما لا يملكه المسلم) كالخمر والخنزير (ثم قضى منه دين المسلم صح قبضه ولو شاهده) المسلم^(٢) ، لاقرار الشارع له على ذلك ، لكن بشرط استتاره به كما هو مقتضى الشرع ، فلو

المذهب عالم بأحكامه محكم لمداره وتقريراته وتقسيماته .

ثم استدل أيضاً بالاجماع على عدم صحة جعل الدين مضاربة الا بعد قبضه . ثم أظن في ذلك بما لا محصل له .

وأنت خبير بأن التقسيم الذي ادعى فيه الحصر لا دليل عليه ، وأما ما ادعاه من الاجماع وارد عليه ، وما اعتذر عنه من التخصيص متوقف على قيام المخصص وهو مفقود ، والمنع من المضاربة على الدين لا مدخل له في المنع من بيعه أصلاً ، والا لمنع من بيعه على من هو عليه كما يمنع من مضاربه وانما المانع عندهم من المضاربة أمر آخر أشرنا اليه في بابه ، ولا فرق بين البيع للدين والسلم فيه الا بالأجل ، وهو لا يصير المجهول معلوماً . انتهى .

وانما ذكرناها بطولها لتوضيح قوله : استناداً الى دليل قاصر - الخ .

(١) أي على المديون وغيره .

(٢) كما في بعض الروايات ، ولكن مع مراعاة الاستتار ، بأن كانت المشاهدة من باب الصدقة والاتفاق ، ففي خبر داوود بن سرحان : فباع خنازيراً وخمراً وهو ينظر فقضاه . قال : لا بأس ، أما للمقضي فحلال وأما للبائع فحرام [الوسائل الباب : ٢٨ من أبواب الدين والقرض الحديث : ١ .

والخبر المزبور وان كان مطلقاً لكن يجب تقييده بالذمي ، لأن الحربي لا يقر على شيء ، فلا يجوز تناوله منه .

تظاهر به لم يجز . ومن ثم يقيد بالذمي ، لان الحربي لا يقرب على شيء من ذلك ، فلا يجوز تناوله منه .

(ولا تحل الديون المؤجلة بحجر المفلس) عملاً بالأصل^(١)
 (خلافاً لابن العنيد رحمه الله) حيث زعم أنها تحل ، قياساً على الميت ، وهو باطل ، مع وجود الفارق بتضرر الورثة ان منعوا من التصرف الى أن يحل ، وصاحب الدين ان لم يمنعوا^(٢) ، بخلاف المفلس لبقاء ذمته .

(وتحل) الديون المؤجلة (اذا مات المديون) ، سواء في ذلك مال السلم ، والجناية المؤجلة ، وغيرهما ، للعموم ، وكون^(٣) أجل

(١) وهو استصحاب الأجل .

(٢) أي بتضرر صاحب الدين ، وذلك لاحتمال تلف حصته بلا ضمان أحدلو صبر الى أن يحل وقته ، اذ الميت لازمة له بل تنتقل الى تركته ، بخلاف المفلس فان ذمته باقية حتى يؤدي ما عليه .

(٣) هذا دفع لما ربما يتوهم من الاشكال في تساوي الديون المؤجلة من حيث الحلول بعد موت المديون ، وذلك للفرق بينها ، اذ أجل السلم يقتضي قسطاً من الثمن وأجل الجناية بتعيين الشارع ، وانه تحقق الفرق بين الجنائيات كما هو مقرر في محلها ، فكيف تكون مساوية ، فدفع هذا الاشكال بقوله : وكون أجل السلم - الى آخره . « فكون أجل السلم » مبتدأ وقوله « لا يدفع عموم النص » خبره ، وحاصله : ان هذه التعليقات لا تدفع عموم النص الدال على حلول جميع الديون ، والنص في الوسائل الباب ١٢ من أبواب الدين والقرض الحديث ١ - ٢ - ٣ .

السلم يقتضي قسطاً من الثمن، وأجل الجناية بتعيين الشارع وليتحقق الفرق بين الجنائيات لا يدفع عموم النص .

(ولا تحل بموت المالك) ، دون المديون للأصل ، خرج منه موت المديون فيبقى الباقي .

وقيل : تحل ، استناداً الى رواية ^١ مرسلة ، وبالقياس على موت المديون . وهو باطل .

(وللمالك انتزاع السلعة) التي نقلها الى المفلس قبل الحجر ولم يستوف عوضها مع وجودها مقدماً فيها على سائر الديان (في الفلاس اذا لم تزد زيادة متصلة) كالسمن والطول ، فان زادت كذلك لم يكن له أخذها ، لحصولها على ملك المفلس فيمتنع أخذ العين بدونها ومعها ^٢ . (وقيل : يجوز) انتزاعها (وان زادت) لان هذه الزيادة صفة محضة وليست من فعل المفلس فلا تعد مالاً له ، ولعموم « من وجد عين ماله فهو أحق بها » ^٣ ، وفي قول ثالث : يجوز

فمن هذا البيان ظهر أن كلمة و« ليتحقق » تصحيف ، والصحيح « ولتحقق

الفرق » أي لوجود الفرق بين الجنائيات من حيث التأجيل والتعجيل كما هو مذکور في مضانه .

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب : ١٢ من أبواب الدين والقرض الحديث : ١ .

(٢) أي بدون الزيادة ومعها .

(٣) الوسائل كتاب الحجر الباب : ٥ .

أخذها ، لكن يكون المفلس شريكاً بمقدار الزيادة .
 (ولو كانت الزيادة منفصلة) كالولد وان لم ينفصل ، والثمرة
 وان لم تقطف (لم يمنع) من الانتزاع وكانت الزيادة للمفلس ،
 ولو كانت بفعله كما لو غرس ، أو صبغ الثوب ، أو خاطه ، أو طحن
 الحنطة كان شريكاً بنسبة الزيادة ^(١) .

(وغرماء الميت سواء في تركته مع القصور) فيقسم على نسبة
 الديون ، سواء في ذلك صاحب العين وغيره (ومع الوفاء لصاحب العين
 أخذها في المشهور) ، سواء كانت التركة بقدر الدين أم أزيد ، وسواء
 مات محجوراً عليه أم لا . ومستند المشهور صحيحة ^(٢) أبي ولاد عن
 الصادق عليه السلام .

(وقال ابن الجنيد : يختص بها وان لم يكن وفاء) كالمفلس ،
 قياساً ، واستناداً الى رواية ^(٣) مطلقة في جواز الاختصاص ، والاول
 باطل ، والثاني يجب تقييده بالوفاء جمعاً .

وربما قيل : باختصاص الحكم بمن مات محجوراً عليه ، والا

(١) وذلك لأنها حصلت بفعل محترم ، بخلاف الغاصب فإنه لا احترام لفعله ،
 لأنه عدوان .

(٢) الوسائل كتاب التجارة الباب : ٥ من أحكام الحجر الحديث : ٣ .

(٣) الوسائل كتاب التجارة الباب : ٥ من أحكام الحجر الحديث : ١ .

فلا اختصاص مطلقاً^(١) وصحيح النص^(٢) يدفعه .
 (ولو وجدت العين ناقصة بفعل المفلس) أخذها ان شاء
 (وضرب بالنقص مع الغرماء مع نسبته) أي نسبة النقص (الى الثمن)
 بأن تنسب قيمة الناقص الى الصحيحة ويضرب من الثمن الذي باعه
 به بتلك النسبة كما هو مقتضى قاعدة الارش ، ولئلا يجمع بين العوض
 والمعوض في بعض^(٣) الفروض ، وفي استفادة ذلك من نسبة النقص
 الى الثمن خفاء^(٤) .

(١) أي سواء كانت التركة وافية أم لا .

(٢) أي النص المشار اليه آنفاً .

(٣) وهو ما اذا كان نقصان القيمة بقدر الثمن ، كما لو كان قيمة العبد مائتين
 والتمن مائة وقطع يده التي أرشها الان مائة أيضاً ، فانه لو لم يضرب من الثمن
 الذي باع العبد به بنسبة قيمة الناقصة الى الصحيحة بل يضرب بالنقص بنسبته الى
 الثمن - كما هو ظاهر عبارة المصنف - يجمع بين العوض وهو الثمن والمعوض
 وهو الارش في الفرض المزبور .

(٤) لقصورها عن افادة المقصود ، حيث أن مقصود المصنف من العبارة ما
 ذكرناه ، وهو أن ينسب قيمة الناقصة الى الصحيحة ، فمراده من النقص قيمة الناقصة
 ومن الثمن قيمة الصحيحة .

ثم هذا مما يتعلق بشرح العبارة، ولكن الظاهر من عبارة المصنف أن ينسب
 النقص الى نفس الثمن لاقية الناقصة الى الصحيحة ، وحيث لا محذور فيه أصلاً ،
 إذ المراد من النقص هو الذي يستلزم نقص الثمن المسمى ، وأما إذا لم يستلزم
 ذلك - كما يتفق في الحيوان الخصي - فإن خصاءه لا يصير سبباً لنقص ثمنه ، بل

ولو كان النقص بفعل غيره ، فان وجب أرشه ضرب به قطعاً .
ولو كان من قبل الله تعالى فالاقوى أنه كذلك ، سواء كان الفأث مما
يتقسط عليه الثمن بالنسبة كعبد من عبيد أم لا كيد العبد ، لان مقتضى
عقد المعاوضة عند فسخه رجوع كل عوض الى صاحبه ، أو بدله .
واعلم أن تخصيص النقص بفعل المفلس لا يظهر له نكته ، لانه
اما مساو لما يحدث من الله تعالى ، أو الاجنبي على تقدير الفرق (١) ،
أو حكم الجميع سواء على القول الاقوى .
(ولا يقبل اقراره في حال النفليس بعين ، لتعلق حق الغرماء

ربما يوجب ازدياد قيمته ، ففي الفرض المذكور ليس لصاحب العين الا أخذها
ان شاء .

فهذا الايراد - وهو الجمع بين العوض والمعوض في بعض الفروض - غير
وارد في هذه المسألة ، لما ذكرنا من المراد بالنقص في قول المصنف : مع نسبه
الى الثمن نسبة نفس النقص الى نفس الثمن لا قيمة الناقصة الى الصحيحة - الى
آخر ما ذكرناه آنفاً . فليتأمل جداً .

(١) أي الفرق بين ما يحدث من الله تعالى وبين ما يحدث من الاجنبي ، فان
بعض الفقهاء فرق بينهما ، وحاصل الاستشكال : ان مذهب المصنف ان كان هذا
الفرق فالنقص الحاصل من المفلس اما حكمه حكم ما يحدث من الله تعالى أو حكم
ما يحدث من الاجنبي ، لامتناع ارتفاع التقيضين ، فالتخصيص بفعل المفلس غير وجهه
بل لا بد من ذكر أحدهما معه ، وان لم يكن مذهبه الفرق بل الحكم بالضرب في
الجميع - كما قواه الشارح قدس سره بقوله : أو حكم الجميع سواء على القول
القوي - فوجه عدم حسن التخصيص أظهر .

بأعيان ماله قبله) ^(١) فيكون اقراره بها فى قوة الاقرار بمال الغير، وللحجر عن التصرف المالى المانع من نفوذ الاقرار، (ويصح) اقراره (بدين) لانه عاقل مختار فيدخل فى عموم «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز». والمانع فى العين منتف هنا، لانه فى العين مناف لحق الديان المتعلق بها (و) هنا (يتعلق بذمته، فلا يشارك الغرماء المقر له) جمعاً بين الحقيقين.

(وقوى الشيخ رحمه الله) وتبعه العلامة فى بعض كتبه (المشاركة) للخبر ^(٢)، ولعموم الاذن فى قسمة ماله بين غرمائه، وللفرق بين الاقرار والانشاء ^(٣)، فان الاقرار اخبار عن حق سابق، والحجر انما يبطل احداث الملك ^(٤)، ولانه كالبينة، ومع قيامها لا اشكال فى المشاركة.

ويشكل بأن رد اقراره ليس لنفسه، بل لحق غيره فلا ينافيه الخبر، ونجن قد قبلناه، على نفسه بالزامه بالمال بعد الحجر، ومشاركة المقر له للغرماء هو المانع من النفوذ الموجب لمساواة

(١) أى قبل التفليس .

(٢) أى اقرار العقلاء على أنفسهم جائز [الوسائل الباب : ٣ من كتاب الاقرار

الحديث : ٢] .

(٣) كالبيع ونحوه .

(٤) والاقرار ليس احداثاً للملك، بل اخبار عن حق سابق قبل الحجر .

الاقرار للانشاء فى المعنى . وكونه كالمينة مطلقاً ممنوع ، فما اختاره المصنف أقوى .

وموضع الخلاف ما لو أسنده الى ما قبل الحجر ، أما بعده فانه لا ينفذ معجلاً قطعاً . نعم لو أسنده الى ما يلزم ذمته - كاتلاف مال أو جناية - شارك ، لوقوع السبب بغير اختيار المستحق فلا تقصير ، بخلاف المعامل^(١) .

(ويمنع المفلس من التصرف) المبتدأ (فى أعيان أمواله) المنافي لحق الغرماء ، لامن مطلق التصرف . واحترزنا بالمبتدأ عن التصرف فى ماله بمثل الفسخ بخيار ، لانه ليس بابتداء تصرف ، بل هو أثر أمر سابق على الحجر ، وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقاً فله الفسخ به . وهل يعتبر فى جواز الفسخ الغبطة ، أم يجوز اقتراحاً^(٢) ؟ الاقوى الثانى ، نظراً الى أصل الحكم ، وان تخلفت الحكمة^(٣) . وقيل : تعتبر الغبطة فى الثانى دون الاول^(٤) .

وفرق المصنف رحمه الله بينهما : بأن الخيار ثابت بأصل العقد

(١) فانه مقصر بسبب معاملته ببيع ونحوه .

(٢) أي بصرف الميل النفساني بدون لحاظ مصلحة .

(٣) أي بأن لم يكن مصلحة للغرماء .

(٤) أي يعتبر نفع الغرماء فى الثانى ، وهو ما لو ظهر له عيب دون الاول ،

وهو الفسخ بخيار .

لا على طريق المصلحة ، فلا يتقيد بها ، بخلاف العيب . وفيه نظر بين ، لان كلا منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة ^(١) ، وان كانت المحكمة المسوغة له هي المصلحة ، والاجماع على جواز الفسخ بالعيب وان زاد القيمة ، فضلا عن الغبطة فيه .

وشمل التصرف في أعيان الاموال ما كان بعوض أو غيره ، وما تعلق بنقل العين والمنفعة . وخرج به التصرف في غيره ^(٢) ، كالنكاح ، والطلاق واستيفاء القصاص ، والعفو عنه وما يفيد تحصيله كالاختطاب ، والاتهاب ، وقبول الوصية وان منع منه بعده ^(٣) ، وبالمنافي ^(٤) عن وصيته وتدبيره ، فانهما يخرجان من الثلث بعد وفاء الدين ، فتصرفه في ذلك ونحوه جائز ، اذ لا ضرر على الغرماء فيه .

(١) أي لأن كلا من الخيارين ثابت بأصل العقد واولم يكن مصلحة ، فليست علة الخيار المصلحة ، بل المسوغة للخيار هي الحكمة ، وهي غير العلة التي يدور مدارها الحكم ، كما هو محرز في محله .

(٢) أي وخرج من المنع بقيد التصرف في أعيان أمواله التصرف في غيره ، فيجوز التصرف في غيره .

(٣) أي وان كان ممنوعاً بعد التصرفات التي قلنا بجوازها من التصرفات فيما حصل بسبب تصرفاته الجائزة ، لأنه صار من جملة أعيان أمواله . وهذا مبني على أن المفلس ممنوع من التصرف في أمواله ، حتى أمواله التي حصلها بعد الحجر .

(٤) أي واحترزنا بقيد المنافي عن وصيته وتدبيره ، اذ لا ضرر على الغرماء في

مثل هذا التصرف .

(وتباع) أعيان أمواله القابلة للبيع ، ولو لم تقبل كالمصلحة
أوجرت ، أو صولح عليها وأضيف العوض الى أثمان مايباع (وتقسم
على الغرماء) ان وفي^(١) ، والا فعلى نسبة أموالهم .

(ولا يدخر للمؤجاة) التي لم تحل حالة القسمة (شيء) ولو
حل^(٢) بعد قسمة البعض شارك^(٣) في الباقي ، وضرب بجميع المال^(٤) ،
وضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم^(٥) (ويحضر كل متاع في سوقه)
وجوباً مع رجاء زيادة القيمة والا استحباباً ، لان بيعه فيه أكثر لطلابيه
وأضبط لقيمته .

(ويحبس لو ادعى الاعسار حتى يثبتته) باعتراف الغريم ، أو
بالبينة المطلعة على باطن أمره ان شهدت بالاعسار مطلقاً^(٦) ، أو بتلف
المال حيث لا يكون منحصرأ في أعيان مخصوصة^(٧) ، والا كفى

(١) غرض الشارح من التقييد بالوفاء انما هو تفصيل ما أجمله المصنف وانه
ان وفي فذاك والا فعلى نسبة أموالهم ، فلا يرد عليه أنه لا حاجة الى التقييد بالوفاء ،
اذ القسمة صحيحة على كل حال .

(٢) أي حل الدين المؤجل .

(٣) أي شارك الدائن في باقي المال .

(٤) أي المال الذي حل من قرض وغيره .

(٥) وذلك لأن بعض ديونهم قد استوفوا بخلاف من لم يستوف شيئاً من دينه .

(٦) أي من دون اسناد الاعسار الى شيء ، تلف مال أو غيره .

(٧) بأن يحتمل أن يكون له مال في غير أعيان مخصوصة ، فانه لا يكتفى بالبينة

اطلاعها على تلفها .

ويعتبر في الاولى مع الاطلاع على باطن أمره بكثرة مخالطته ،
وصبره على ما لا يصير عليه ذوو اليسار عادة ، أن تشهد باثبات يتضمن
بالنفي الصرف ^(١) ، بأن يقول : انه معسر لا يملك الا قوت يومه ،
وثياب بدنه ، ونحو ذلك . وهل يتوقف ثبوته مع البيينة مطلقاً ^(٢) على
اليمين قولان ؟

وانما يحسب مع دعوى الاعسار قبل اثباته لو كان أصل الدين
مالا كالقرض ، أو عوضاً عن مال كثمن المبيع ، فلو انتفى الامران
كالجناية والاتلاف قبل قوله في الاعسار بيمينه ، لاصالة عدم المال ^(٣)

في الفرضين الا أن تكون مطلعة على باطن أمره بالصحة المؤكدة ، اذ في غير
هذه الصورة لا تتمكن البيينة من العلم بعدم ماله فان الأموال قد تخفي ولا يعرف
تفصيلها ، وما يتخيل من العلم انما هو مجرد حدس عند التأمل ، وقد تقدم في باب
الشهادات أنه من شروطها العلم القطعي بالمشهود به .

(١) وذلك لأن الشهادة بالنفي الصرف لا يثبت اعساره ، لأنه أعم بحسب
المتفاهم العرفي . والشهادة بالاثبات الذي يتضمن النفي أن يقول : انه معسر لا يملك
الاقوت يومه وثياب بدنه ، ونحو ذلك .

(٢) أي سواء كان قيام البيينة بالاعسار المطلق أو بتلف الأموال .

(٣) أي استصحاب عدمه ، وهذا بخلاف ما لو كان أصل الدين مالا فانه لا
لا يجري فيه هذا الأصل ، لأن المفروض انه كان له مال غاية الأمر يدعي الاعسار .

وانما أطلقه المصنف انكالا على مقام الدين في الكتاب^(١) ، (فاذا ثبت) اعساره (خلي سبيله) ، ولا يجب عليه التكسب لقوله تعالى: « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »^(٢) .

(وعن علي عليه الصلاة والسلام)^(٣) بطريق السكوني أنه كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء ، وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول : اصنعوا به ما شئتم (ان شئتم فأجروه ، وان شئتم استعمالوه ، وهو يدل على وجوب التكسب) في وفاء الدين ، (واختاره ابن حمزة والعلامة) في المختلف ، (ومنعه الشيخ وابن ادريس) لآية^(٤) ، واصالة البراءة .

(والاول أقرب) لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة والمكتسب قادر ، ولهذا تحرم عليه الزكاة ، وحينئذ فهو خارج من الآية . وانما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عادة ولو بمؤاجرة نفسه ، وعليه تحمل الرواية .

(١) اذ البحث انما هو في الدين وأمثال الانلاف ، والجنانية لايسمى ديناً كما هو واضح .

(٢) سورة البقرة الآية : ٢٨٠ .

(٣) الوسائل الباب : ٧ من كتاب الحجر الحديث : ٣ .

(٤) وهي الآية المتقدمة آنفاً لأنه في فرض القدرة غير ذي عسرة ، فالآية غير

منافية للوجوب بل مؤيدة له .

(وانما يحجر على المديون اذا قصرت أمواله عن ديونه) فلو ساوته أو زادت لم يحجر عليه اجماعاً ، وان ظهرت عليه امارات الفلاس . لكن لو طوب بالدين فامتنع تخير الحاكم بين حبسه الى أن يقضى بنفسه ، وبين أن يقضى عنه من ماله ، ولو يبيع ما خالف الحق ^(١) (وطلب الغرماء الحجر) ، لان الحق لهم فلا يتبرع الحاكم به عليهم . نعم لو كانت الديون لمن له عليه ولاية ^(٢) كان له الحجر ، أو بعضها مع التماس الباقيين ^(٣) . ولو كانت لغائب لم يكن للمحاكم ولاية ، لانه لا يستوفي له ^(٤) ، بل يحفظ أعيان أمواله . ولو التمس بعض الغرماء ، فان كان دينهم يفي بماله ويزيد جاز الحجر ^(٥)

(١) أي ما خالف حق الغرماء .

(٢) أي لشخص للحاكم على ذلك الشخص ولاية ، كتييم لا ولي له غير الحاكم .
 (٣) أي أو بعض الديون لمن للحاكم عليه ولاية كالمجنون مثلاً مع التماس باقي الغرماء كان للحاكم الحجر أيضاً ، كما لو كان جميع الديون لمن له عليه ولاية .
 (٤) أي لأن الحاكم لا يستوفي للغائب ديونه . بل على الحاكم حفظ أعيان أموال الغائب لاستيفاء ديونه .

(٥) أي انما يحجر عليه مع التماس البعض اذا كانت ديونهم بقدر يجوز الحجر به عليه ، بأن كان دين الملتمس زائداً عن مال المفلس ، وذلك لما مر من أنه انما يحجر على المديون اذا قصرت أمواله من ديونه ، فلو ساوتها أو زادت لم يحجر عليه .

وقوله « يفي بماله ويزيد » اشارة الى ما عن العلامة من أن وفاء دينه للمال

وعم^(١) ، والا فلا على الاقوى .

(بشرط حلول الدين) فلو كان كله أو بعضه مؤجلاً لم يحجر ، لعدم استحقاق المطالبة حينئذ . نعم لو كان بعضها حالاً جاز مع قصور المال عنه والتماس أربابه .

(ولا تباع داره ، ولا خادمه ، ولا ثياب تجمله) . ويعتبر في الاول والاخير ما يليق بحاله كماً وكيفاً^(٢) ، وفي الوسط ذلك لشرف أو عجز ، وكذا دابة ركوبه . واو احتاج الى المتعدد استثنى كالمتعدد ، ولوزادت عن ذلك في أحد الوصفين^(٣) وجب الاستبدال ، والاقتصار على ما يليق بحاله .

(وظاهر ابن الجنيدي بيعها)^(٤) في الدين (واستحب للغريم تركه ،

كاف في جواز حجره ولا يلزم أن يكون دينه زائداً عن مال المفلس ، ففي محكي التذكرة ما حاصله : أنه يجوز الحجر بالتماس بعض أرباب الديون الحالة وان لم يكن دين الملتمس زائداً عن ماله .

(١) أي وعم الحجر له ولغيره من ذي الدين الحال الذي يستحق المطالبة به ، فتقسم أمواله بين الملتمس وغيره من الديان على نسبة ديونهم .

(٢) بدون شرط من شرف أو عجز لأنهما من ضروريات المعاش ، وهذا بخلاف الوسط .

(٣) أي الكم والكيف وجب الاستبدال في الكيف أو الاقتصار على ما يليق بحاله في الكم .

(٤) أي ظاهر ابن الجنيدي يبيع الأشياء المزبورة الدار والخادم وثياب التجمل

والروايات متضاربة بالاول) ^(١) وعليه العمل ، وكذا تجرى عليه نفقته يوم القسمة ^(٢) ، ونفقة واجبي النفقة . ولو مات قبلها قدم كفته ، ويقتصر منه على الواجب وسطاً مما يليق به عادة ، ومؤنة تجهيزه . وهذه الاحكام استطردها في كتاب الدين لمناسبته وان جرت العادة باختصاص الفلاس بباب ، ورعاية لادراج الاحكام بسبيل الاختصار .

(القسم الثاني - دين العبد) :

خصه بناء على الغالب من توليه ذلك ، دون الامة . ولو أبدله بالملوك كما عبر غيره عم .

(لا يجوز له التصرف فيه) أي في الدين بأن يستدين ^(٣) ، لا فيما استدانه وان كان حكمه كذلك ^(٤) ، لدخوله في قوله : (ولا فيما

ولكن استحب الغريم ترك البيع ، فقوله « واستحب الغريم تركه » من تنمة قول ابن الجنيدي .

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب: ١١ من أبواب الدين والقرض الحديث : ١٠ .
(٢) بل ما قبل يوم القسمة أيضاً ، ولعل تخصيصه بيوم القسمة لكون الكلام فيها .
قال في المسالك : وتجرى على المفلس نفقته من تجب عليه نفقته وكسوته ، ويتبع في ذلك عادة أمثاله الى يوم قسمة أمواله .

(٣) يعني المراد منه معناه المصدرى لابعنى المفعول .

(٤) أي تصرفه فيما استدانه .

بيده) من الاموال (الا باذن السيد) سواء قلنا بماكه أم أحلناه ، (فلو استدان باذنه) أو اجازته (فعلى المولى وان أعتقه) ، وقيل : يتبع به مع العتق ، استناداً الى رواية ^١ لا تنهض حجة فيما خالف القواعد الشرعية ، فان العبد بمنزلة الوكيل وانفاقه على نفسه وتجارته باذن المولى انفاق لمال المولى فيلزمه كما لو لم يعتق ، ولو كانت الاستدانة للمولى فهو عليه قولاً واحداً .

(ويقتصر) المملوك (فى التجارة على محل الاذن) فان عين له نوعاً أو مكاناً أو زماناً تعين ، وان أطلق تخير .

(وليس له الاستدانة بالاذن فى التجارة) لعدم دلالتها عليها ^٢ الا أن تكون لضرورتها ، كنقل المتاع وحفظه مع الاحتياج اليه (فتلزم ذمته) لو تعدى المأذون نطقاً أو شرعاً ^٣ (لو تلف يتبع به بعد عتقه) ويساره (على الاقوى) ، والاضاع . ولو كانت عينه باقية رجع الى مالكه ، لفساد العقد ^٤ .

(وقيل : يسعى فيه) العبد معجلاً ^٥ ، استناداً الى اطلاق رواية ^٦

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب: ٣١ من أبواب الدين والقرض الحديث: ٢.

(٢) أي لعدم دلالة التجارة على الاستدانة .

(٣) أي المأذون شرعاً كالضرورة المذكورة .

(٤) أي عقد القرض بسبب عدم الاذن .

(٥) أي قبل العتق .

(٦) اذ فيها ويستسعى العبد في الدين ، فإطلاقه يشمل ما لو كان الدين للتجارة

أبي بصير ، وحملت على الاستدانة للتجارة ، لان الكسب للمولى^(١) فاذا لم يلزمه فعله^(٢) لا يدفع من ماله .
والاقوى أن استدانتة لضرورة التجارة انما يلزم مما في يده ، فان قصر استسعى في الباقي ، ولا يلزم المولى من غير ما في يده ، وعليه^(٣) تحمل الرواية .

(ولو أخذ المولى ما اقترضه المملوك) بغير اذنه أو ما في حكمه^(٤) (تخير المقرض بين رجوعه على المولى) ، لترتب يده على ماله مع فساد القرض ، (وبين اتباع العبد) بعد العتق واليسار ، لانه^(٥) كالغاصب أيضاً . ثم ان رجوع على المولى قبل أن يعتق المملوك

وغيرها [الوسائل الباب : ٣١ من أبواب الدين والقرض الحديث : ١] .
(٦) هذا تعليل لعدم ارادة الاطلاق من قوله : ويستسعى العبد في الدين .
(١) أي فاذا لم يلزم المولى فعل العبد - وهو الاستدانة - لا يدفع من ماله ، اذ سعي العبد من مال المولى ، فلا يجوز للعبد أن يسعى فيه معجلاً .
(٢) أي رواية أبي بصير تحمل على أن استدانتة لضرورة التجارة ، وانما يلزم مما في يده فان قصر استسعى في الباقي ، ولا يلزم المولى من غير ما في يده .
هذا ولكن يشكل هذا الحمل بأنه لا شاهد له ، مع أنه في الفرض المزبور مأذون شرعاً ، لان استدانتة لضرورة التجارة فكيف لا يلزم المولى من غير ما في يده .

(٣) أي بغير ما حكم اذنه كضرورة التجارة .

(٤) أي لأن العبد كالغاصب أيضاً ، كما أن المولى كالغاصب ، وذلك لفساد

لم يرجع المولى عليه ، لانه لا يثبت له في ذمة عبده مال ، وان كان بعده و كان عند أخذه للمال عالماً بأنه قرض فلا رجوع له على المملوك أيضاً لتفريطه . وان كان قد غره - بأن المال له - اتجه رجوعه عليه لمكان الغرور ، وان رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده ، الا أن يكون قد غر المولى فلا رجوع له عليه .

القرض ، فيدهما يد عدوان على العين المقرضة . ولكن لو عتق للمولى أن يرجع اليه في فرض غرورة بأن المال له .

وهذا نظير ما لو أتلف مال المولى حال كونه مملوكاً ، فانه في حال مملوكيته لا يثبت في ذمته للمولى مال ، ولكن بعد عتقه لا مانع لرجوع المولى اليه ، فكان ينبغي أن ينبه عليه .

خاتمة

قد فرغ من تأليف المجلد الثالث من كتاب شرح الروضة البهية المشتغل على
كتب أولها كتاب القضاء وآخرها كتاب الدين احمد الدشتي النجفي في شهر محرم
الحرام سنة التاسع والأربعمئة بعد الألف من الهجرة النبوية صلى الله عليه وآله
ويتلوه انشاء الله المجلد الرابع أوله كتاب الرهن نسأل الله ان يوفقنا لاتمامه بجاه
محمد وآله الطاهرين المعصومين .

١٤	١٤
١٥	١٥
١٦	١٦
١٧	١٧
١٨	١٨
١٩	١٩
٢٠	٢٠
٢١	٢١
٢٢	٢٢
٢٣	٢٣
٢٤	٢٤
٢٥	٢٥
٢٦	٢٦
٢٧	٢٧
٢٨	٢٨
٢٩	٢٩
٣٠	٣٠

فهرس الكتاب

كتاب القضاء (٥ - ٦٦)

٥	في معنى القضاء
٦	القاضي في زمن الغيبة
٧	شرائط القاضي
١٥	في قاضي التحكيم
١٨	ارتزاق القاضي من بيت المال
١٩	التسوية بين الخصمين
٢٣	حرمة الرشوة
٢٤	القول في كيفية الحكم
٢٤	المدعي والمنكر
٢٨	الفرق بين الاقرار والدعوى
٢٩	كتابة الحاكم اقرار المنكر
٣٢	في جواز قضاء الحاكم بعلمه

٢٤	لا تسمع بيعة المدعي بعد حلف المنكر
٣٦	اجابة المدعي احضار المال قبل حلفه
٣٧	في القضاء على المنكر بشكواه
٣٨	ليس للحاكم الزام المدعى عليه بكفيل المغريم
٤١	يحرم على القاضي تعنة الشاهد
٤٥	القول في اليمين
٤٥	عدم انعقاد اليمين الا بالله تعالى
٤٦	ينبغي التغليظ بالقول
٤٧	يستحب للحاكم وعظ الحائف
٤٩	القول في الشاهد واليمين
٥٠	عدم ثبوت عيوب النساء بالشاهد اليمين
٥٣	لو رجع المدعي غرم الجميع
٥٤	وجوب اليمين مع البيعة على بقاء الحق
٥٦	القول في التعارض
٥٨	ترجيح الأعدل في تعدد البيعة
٦٣	القول في القسمة
٦٥	لو تضمنت القسمة رداً لم يجبر
٦٦	لو طلب أحدهما المهابة جاز
	كتاب الشهادات (٧٠ - ١٠٣)
٧٠	شروط الشاهد
٧٢	لا تقبل شهادة الذمي الا في الوصية

٧٤	العدالة ومعناها
٧٧	شهادة العاقلة
٧٩	عدم قبول شهادة كثير السهو
٨١	ثبوت المشهود به بالاستفاضة
٨٣	وجوب التحمل للشهادة
٨٤	يصح تحمل الأخرس
٨٥	وجوب أداء الشهادة كفاية
٨٧	في تفصيل الحقوق
٩١	من الحقوق ما يثبت بالرجال والنساء
٩٤	في الشهادة على الشهادة
٩٨	في الرجوع عن الشهادة
١٠٣	لو ثبت تزوير الشهود نقض الحكم

كتاب الوقف (١٠٥ - ١٢٧)

١٠٦	صيغة الوقف
١٠٨	بطلان الوقف بالموت قبل القبض
١٠٩	شروط الوقف
١١٢	شروط الموقوف
١١٥	في جواز وقف المشاع
١١٦	شروط الواقف
١١٧	شروط الموقوف عليه
١١٩	الوقف للمصالح العامة

١٢٣ زففة العبد الموقوف

١٢٥ اشتراك الأولاد

١٢٧ بطلان الاجارة بعد الانقراض

كتاب العطية (١٢٩ - ١٤٠)

١٢٩ أقسام العطية

١٣١ الهبة وأحكامها

١٣٥ السكنى وتوابعها

١٣٧ التجسس وأحكامه

كتاب المتاجر (١٤٠ - ٤٢٧)

١٤١ الفصل الأول في أقسام التجارة

١٤٣ المكاسب المحرمة

١٥٥ المكاسب المكروهة

١٥٨ الفصل الثاني في عقد البيع وآدابه

١٦٢ في اشتراط الايجاب والقبول بلفظ الماضي

١٦٤ شرائط المتعاقدين

١٦٥ في بيع المكره

١٦٩ عدم كفاية السكوت في الاجازة عند العقد

١٧٠ المعتبر في القيمي قيمة يوم التلف

١٧٣ في بيع غير المملوك مع ملكه

١٧٧ صحة العقد من القائم مقام المالك

- ١٨١ يشترط كون المبيع مما يملك
- ١٨٢ عدم جواز بيع رباة مكة
- ١٨٣ من شرائط المبيع أن يكون مقدوراً على تسليمه
- ١٨٤ صحة بيع المملوك الأبق مع الضميمة
- ١٨٦ لا يشترط في الضميمة صحة أفرادها بالبيع
- ١٨٨ يشترط في المبيع أن يكون طلقاً
- ١٩١ عدم جواز بيع الأمة المستولدة من المولى
- ١٩٣ في جواز بيع الأمة المستولدة بشرط العتق
- ١٩٦ لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنائته من بيعه
- ١٩٧ يشترط علم الثمن قدرأً و جنساً ووصفاً
- ٢٠١ يجوز ابتياع جزء معلوم النسبة
- ٢٠٤ يكفي المشاهدة عن الوصف
- ٢٠٧ يعتبر ما يراد طعمه
- ٢١١ يجوز بيع المسك في فأره
- ٢١٢ لا يجوز بيع سمك الاجام مع ضميمة القصب
- ٢١٤ في جواز بيع دود القز
- ٢١٥ في الاداب المستحبة
- ٢١٦ التسوية بين المتعاملين في الانصاف
- ٢١٨ عدم تزوين المتاع
- ٢١٩ ترك الحلف على البيع والشراء
- ٢٢١ ترك الربح على المؤمنين
- ٢٢٢ ترك الربح على الموعود بالاحسان

- ٢٢٣ ترك التعرض للكيل أو الوزن اذا لم يحسن
- ٢٢٤ ترك السوم ما بين الطلوعين
- ٢٢٦ ترك توكل حاضر لباد
- ٢٢٨ ترك المحكرة
- ٢٣٠ الفصل الثالث فى بيع الحيوان
- ٢٣٢ عدم استقرار ملك الاصول للرجل
- ٢٣٧ جواز ابتياع جزء مشاع من الحيوان
- ٢٤٠ وجوب استبراء الأمة قبل بيعها
- ٢٤٤ كراهة التفرقة بين الطفل والام قبل سبع سنين
- ٢٤٦ للمشتري الرد والأرش اذا حدث في الحيوان عيب قبل القبض
- ٢٥٩ تنازع المأذونان في شراء الأسبق منهما
- ٢٦٢ الأمة المسروقة من أرض الصالح لا يجوز شراؤها
- ٢٦٥ لا يجوز بيع عبد من عبدین من غير تعيين
- ٢٧٢ الفصل الرابع فى بيع الثمار
- ٢٧٢ لا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها
- ٢٧٤ يجوز بيع الخضر بعد انعقادها
- ٢٧٦ يجوز بيع ما يخرط
- ٢٧٩ لا يجوز بيع الثمرة بجنسها
- ٢٨٢ يجوز بيع الزرع قائماً
- ٢٨٥ يجوز أكل المارة من الثمار
- ٢٨٧ الفصل الخامس فى الصرف
- ٢٩١ لا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد

- ٢٩٣ جواز بيع الأوني المصوغة من المتدين اذا بيعت بهما
- ٣٠٦ الفصل السادس في السلف
- ٣٠٧ يشترط في السلف ذكر الجنس
- ٣٠٩ كل ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه
- ٣١١ لا بد من قبض الثمن قبل التفرق
- ٣١٧ لا بد من كون المسلم فيه عام الوجود
- ٣١٨ لو شرط تأجيل بعض الثمن بطل في الجميع
- ٣٢١ يجوز اشتراط السائخ في العقد
- ٣٢٣ اذا دفع المسلم اليه فوق الصفة وجب القبول
- ٣٢٦ الفصل السابع في أقسام البيع
- ٣٢٨ (الأول) المساومة
- ٣٢٨ (الثاني) المرابحة
- ٣٣٥ (الثالث) المواضعة
- ٣٣٧ (الرابع) التولية
- ٣٣٩ الفصل الثامن في الربا
- ٣٤١ لا ربا في المعدود
- ٣٤٢ لا ربا بين الزوج والزوجة
- ٣٤٦ لا يجوز بيع الرطب بالتمر
- ٣٤٨ الفصل التاسع في الخيار
- ٣٤٨ (الاول) خيار المجلس
- ٣٥١ (الثاني) خيار الحيوان
- ٣٥٢ (الثالث) خيار الشرط

- ٣٥٨ (الرابع) خيار التأخير
- ٣٥٩ (الخامس) خيار ما يفسد ليومه
- ٣٦٠ (السادس) خيار الرؤية
- ٣٦٢ (السابع) خيار الغبن
- ٣٧١ (الثامن) خيار العيب
- ٣٨٠ (التاسع) خيار التدليس
- ٣٨٧ (العاشر) خيار الاشتراط
- ٣٩١ (الحادي عشر) خيار الشركة
- ٣٩٢ (الثاني عشر) خيار تعذر التسليم
- ٣٩٣ (الثالث عشر) خيار قبض الصفقة
- ٣٩٤ (الرابع عشر) خيار التفليس
- ٣١٤ الفصل العاشر في الأحكام
- ٣٩٤ الأول النقد والنسيئة
- ٤٠٢ الثاني في القبض
- ٤٠٣ يجوز اشتراط تأخير قبض المبيع مدة معينة
- ٤٠٩ يكره بيع المكمل والموزون قبل قبضه
- ٤١١ الثالث فيما يدخل في المبيع
- ٤١٢ تدخل في بيع البستان الأرض والشجر
- ٤١٤ يدخل في النخل الطلع اذا لم يؤبر
- ٤١٦ يدخل في القرية البناء
- ٤١٧ (الرابع) اختلاف المتبايعين
- ٤١٩ يقدم قول البائع او اخلفا في قدر المبيع

٤٢٢	اختلاف المتبايعين في شرط مفسد يقدم مدعي الصحة
٤٢٣	(الخامس) اطلاق الكيل والوزن
٤٢٥	لا يضمن الدلال الا بالتفريط
٤٢٦	في الافالة
٤٢٧	يرجع بالافالة كل عوض الى مالكة

كتاب الدين (٤٢٨ ٤٥٥)

٤٢٨	(الأول) القرض
٤٢٩	الصيغة في القرض
٤٣٠	عدم جواز اشتراط النفع
٤٣٣	لا يلزم اشتراط الأجل في القرض
٤٣٥	عدم صحة قسمة الدين
٤٣٧	بيع الدين بزيادة عن قدرة ونقيصة
٤٣٩	بيع الذمي ما لا يملكه المسلم
٤٤١	عدم حلول الدين بموت المالك
٤٤٣	وجود العين ناقصة بفعل المفلس
٤٤٥	عدم قبول قول المفلس حال التفليس
٤٤٧	يمنع المفلس من التصرف
٤٤٩	حبس المفلس لو ادعى الاعسار
٤٥١	في طلب الغرماء الحجر
٤٥٣	(القسم الثاني) دين العبد
٤٥٥	استدانة العبد لضرورة التجارة

قصص الخرافة والخرافات الشعبية في بلادنا	٧١٣
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٧١٤
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٧١٥
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٧١٦
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٧١٧

(٨٢٩ ٥٥٩) من ١٥٠٠ بيتاً

قصص الخرافة والخرافات الشعبية في بلادنا	٨١٤
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨١٥
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨١٦
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨١٧
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨١٨
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨١٩
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢٠
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢١
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢٢
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢٣
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢٤
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢٥
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢٦
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢٧
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢٨
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٢٩
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣٠
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣١
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣٢
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣٣
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣٤
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣٥
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣٦
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣٧
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣٨
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٣٩
الخرافات الشعبية في بلادنا (مقدمة)	٨٤٠







