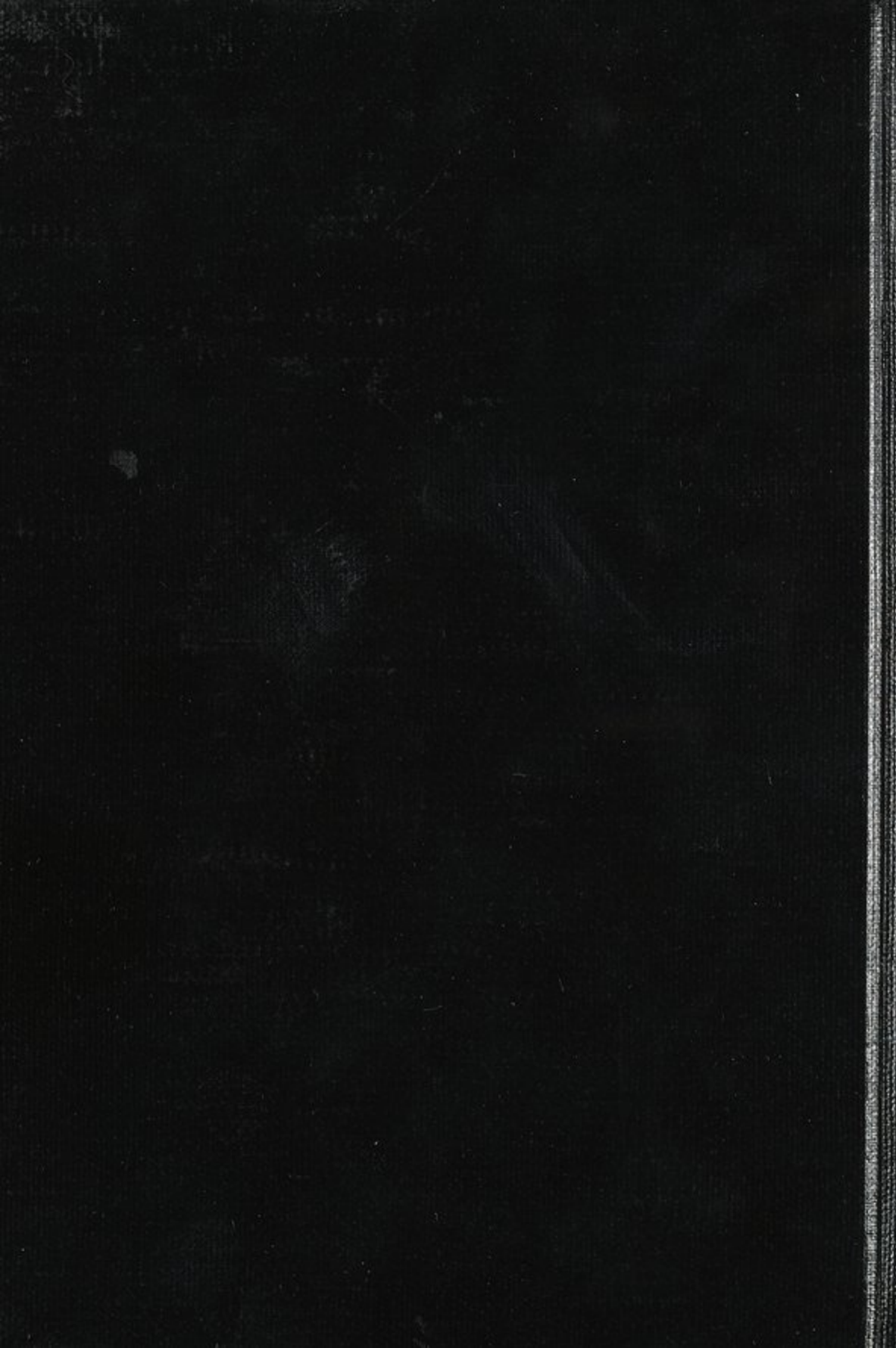
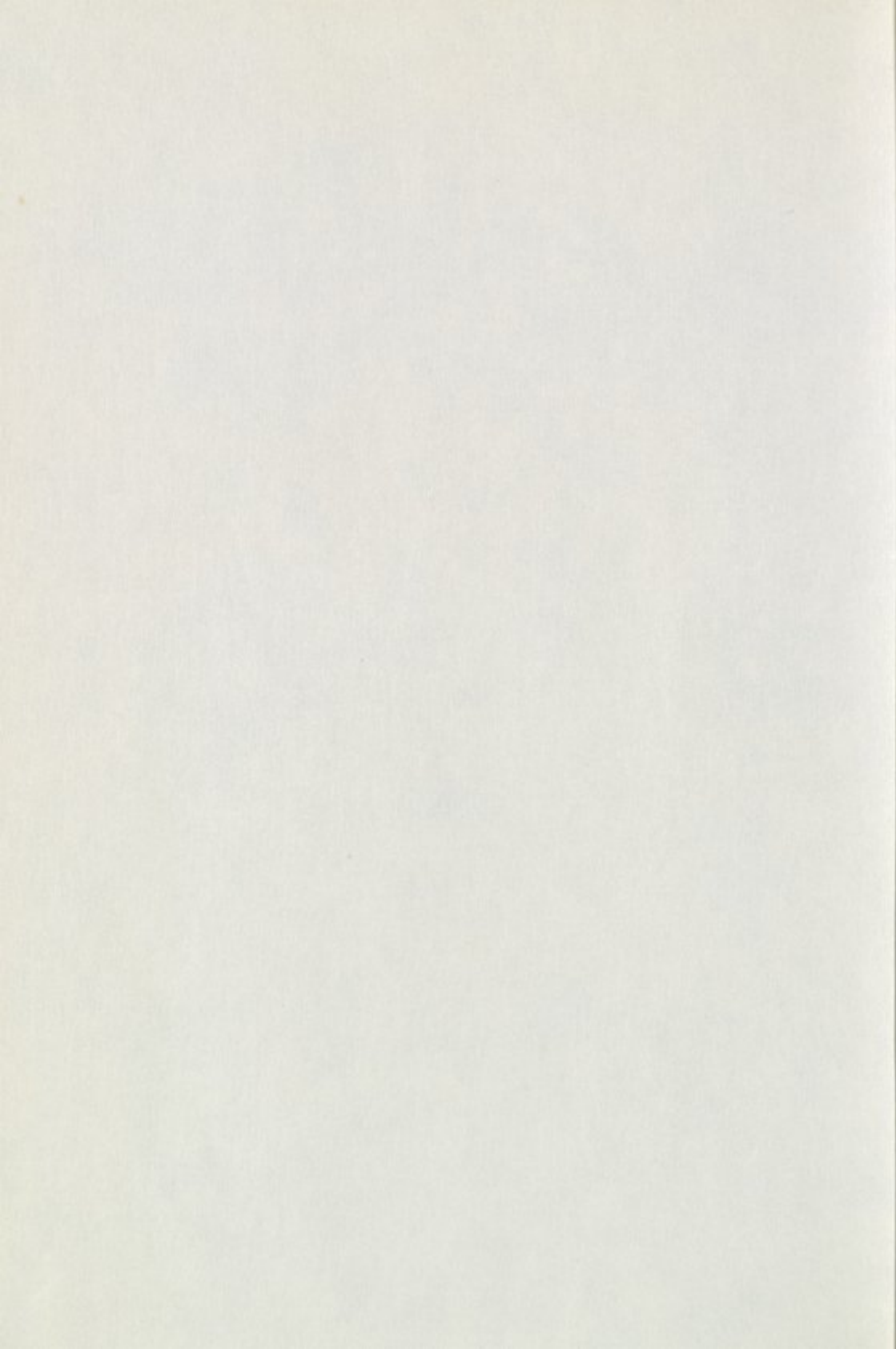


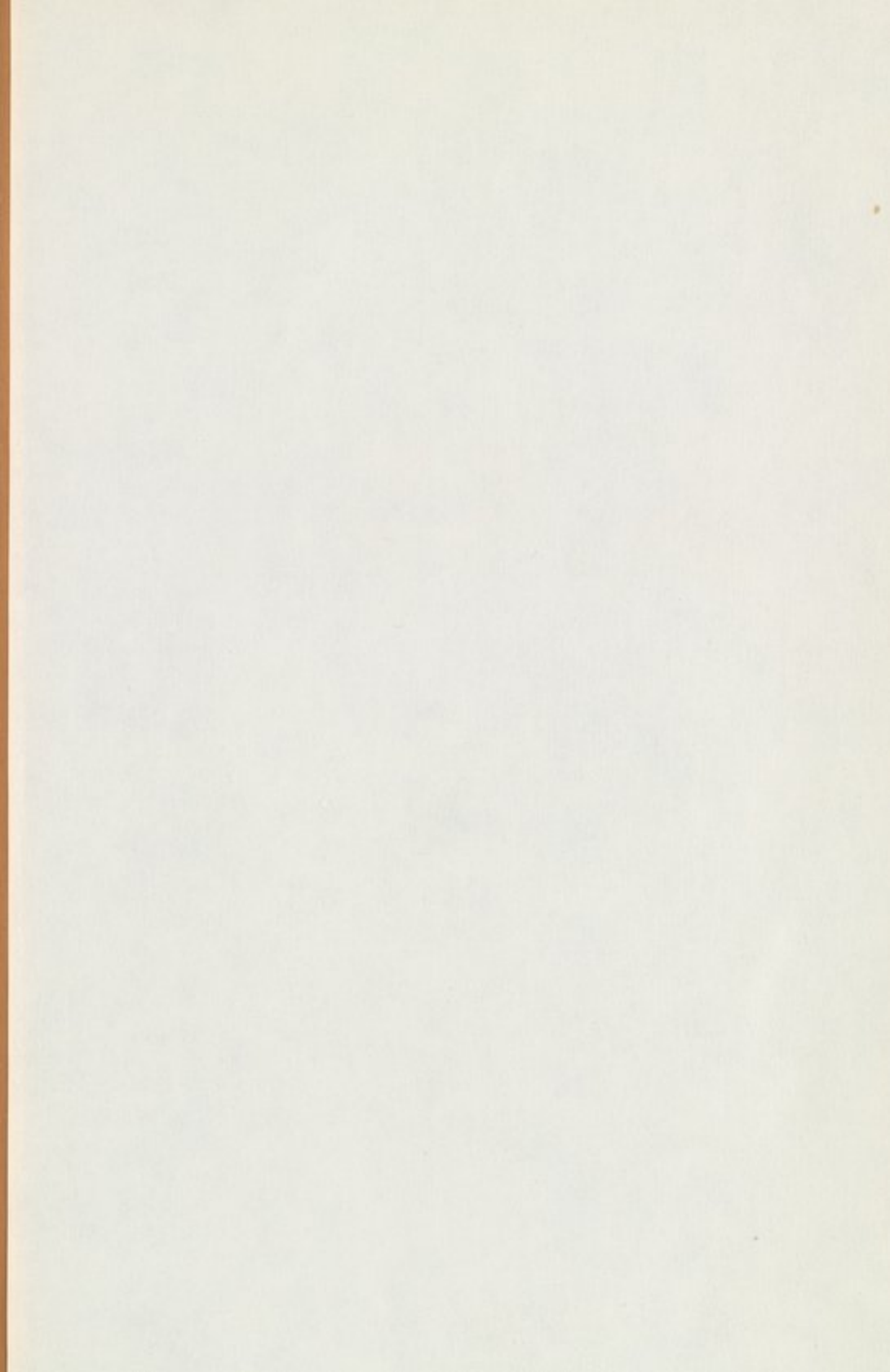


Princeton University Library



32101 047145394





ص ١٥٦٥

جواهر الكلام

« في شرح شرايع الإسلام »

تأليف

شيخ الفقه وأبناؤا المحققين الشيخ محمد بن الحسين
المتوفى سنة ١٢٤٤

الجزء الرابع والعشرون

قوبل بالنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الاصل المخطوطة

المصححة بقلم المصنف طاب ثراه حققه وعلق

عليه وأشرف على طبعه و

قام بنشره

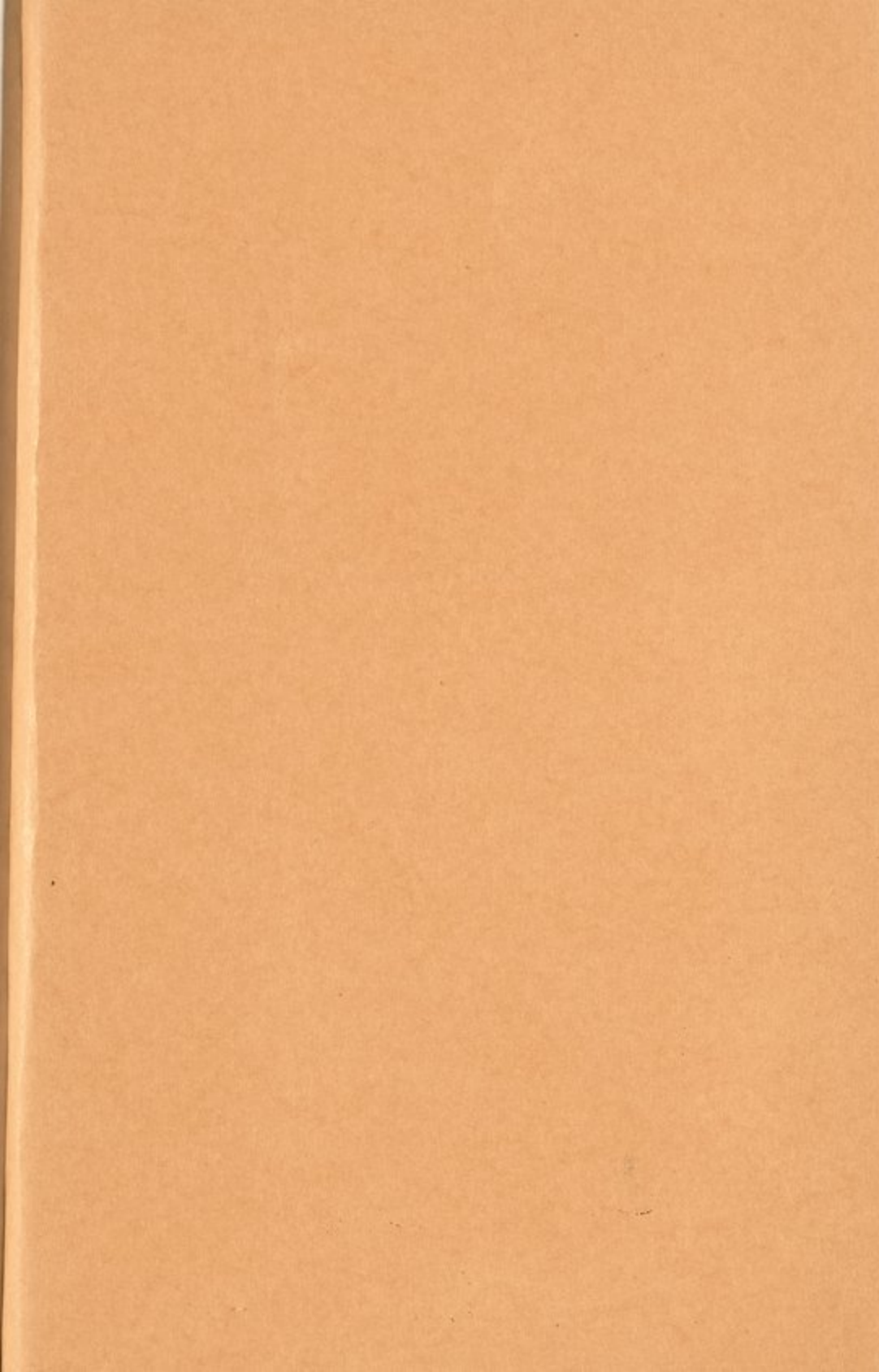
الشيخ علي الاخوندي

صاحب

دار الكتب الإسلامية - نجف

١٣٩٢ هجري

الطبعة السادسة



جواهر الكلام

(في شرح شرائع الإسلام)

Jawāhir al-kalām

تأليف

شيخ الفقهاء و إمام المحققين الشيخ محمد بن الحسن الجفوي
المتوفى ١٢٤٦

الجزء الرابع والعشرون

قوبل بالنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الاصل المخطوطة
المصححة بقلم المصنف طاب ثراه حققه و علق
عليه و اشرف على طبعه و

قام بنشره

الشيخ علي الاخوندي

صاحب

دار الكتب الإسلامية - نجف

~~2271~~

~~.3553~~

~~.8319~~

(RECAP)

2271

.3553

.831

1958

v. 24

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله

الطيبين الطاهرين

﴿الثالث﴾ من الامور التي يتوقف بيان الربا في البيع عليها ﴿الصرف، وهو﴾ لغة الصوت و شرعاً أو متشرعية ﴿بيع الاثمان﴾ أى الذهب والفضة مسكوكين أولاً ﴿بالاثمان﴾ لاغيره من النواقل بلاخلاف أجده ، للاصل وغيره . نعم قد يظهر من بعض النصوص حصوله بقصد مطلق المبادلة والمعاوضة، ويمكن ارادة ما كان المقصود منها البيع أو يدعى تنزيلها عليه مالم يقصد العدم .

وعلى كل حال فسمي بيعها صرفاً لمناسبة اشتغالها على الصوت عند تقليبها بالبيع والشراء ، وربما قيل بكونه منقولاً من التصريف ، وهو كثرة التصرفات في وجوه المعاوضات والامر سهل، كما أن الوجه في تسميتها أثماناً وقوعها مقرونة بباء العوض عن الاشياء غالباً، بل فيما حضرني من نسخة منسوبة للشهيد على القواعد عن قطب الدين قال : « الذهب والفضة ثمنان وان باعهما بعوض، ولهذا لو باعه ديناراً بحيوان ثبت للبايع الخيار بالاتفاق : قال: وان كانا عوضين فكل منهما بايع ومشتري، ولو باعه حيواناً بحيوان، ثبت لكل منهما الخيار » .

وان كان قديم منع ذلك كله عليه ضرورة اقتضاء العرف عند التحقيق كون مدخول الباء الثمن، والاتفاق الذي ذكره لم نتحققه، كما أن ما ذكره من صدق كل من البايع

والمشتري عليهما لو كانامعاً عوضين واضح المنع، ومثله ما ذكره أخيراً على ما عرفته سابقاً في الخيار، وقال في الدروس هنا: «الثنى ماقرن بالباء هنا وفي غيره كذلك ويحتمل ان يكون هو النقد اذا كان احد العوضين والافالمقرون بالباء، وتظهر الفائدة في بيع حيوان بحيوان وبيع نقد بحيوان» وظاهره أنه لا اشكال في كون الثمن مدخول الباء في التقدين بل والمتجانسين والله أعلم.

(و) كيف كان في $\text{﴿يشترط في صحة بيعها زائدا على الربويات﴾}$ اذ هي منها لانها موزونة في الصدر الاول؛ حتى المسكوك منها. والاكتفاء بالعدي بعض الازمنة أو الاحوال بعد معلومية موزونية الاصل وهو الفضة والذهب، لا يدفع حكم الربا كما عرفت، وخصوصا بعد موزونية نقد الزمان السابق، وان تغيرت الهيئة وخصوصا اذا كان عدم الوزن اعتماداً على معلومية الوزن وضبطه، والتفاوت اليسير غير قادح.

قال البجلي (١) لابي عبدالله ﴿عليه السلام﴾ : «اشترى الشيء بالدراهم فاعطى الناقص الحبة والحبتين قال: لاحتى تبينه، ثم قال: الآن يكون نحو هذه الاوضاع التي تكون عندنا عدداً» وفي خبره (٢) «سألت أبا عبدالله ﴿عليه السلام﴾ عن رجل يشتري المبيع بدرهم وهو ينقص الحبة ونحو ذلك أيعطيه الذي يشتريه منه ولا يعلمه أنه ينقص قال: لا الا ان يكون مثل هذه الوضاحية. يجوز كما يجوز عندنا عدداً».

وعلى كل حال فيشترط زيادة على ذلك ﴿التقابض﴾ من كل منهما ﴿في المجلس﴾ فلو افترقا قبل التقابض بطل الصرف على الأشهر $\text{﴿بل المشهور نقلا وتحصيلا﴾}$. شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً. ولذا قال في الرياض: «ان عليه من تقدم وتأخر عدان شذ ونذر، وفي المسالك وعن غيرها أن الاصحاب كلهم على خلاف ابن بابويه، فر بما كان الشرط اجماعاً بل كانه لم يعتد بخلافه الفاضل في التحرير فقال: «هو شرط بلا خلاف». وفي الغنية الاجماع عليه بل ظاهره اجماع المسلمين حيث نفى الخلاف منا ومنهم. وفي محكي السرائر لا خلاف في هذا الشرط وفي البطلان بدونه. وكشف الرموز

١- الوسائل الباب ١٠- من ابواب الصرف - الحديث ٧

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٤١ الحديث ٦٠

الاجماع على البطلان كذلك و أن المخالف الصدوق . وإيضاح النافع خلاف ابن بابويه متروك ، ورواياته ضعيفة . وفي التنقيح روايات البطلان كثيرة ، وعليها انعقد عمل الأصحاب . وفي الدروس رواياته متروكة .

فمن الغريب ميل بعض متأخري المتأخرين اليه بعد ذلك كله ، مضافاً الى النصوص المستفيضة المنجبر ما يحتاج منها بما سمعت ، منها - قول أبي جعفر عليه السلام (١) في خبر محمد بن قيس «قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا يتاع رجل فضة بذهب الا بدأبيد ، ولا يتاع ذهباً بفضة الا بدأبيد» ومنها - قول الصادق عليه السلام في صحيح منصور (٢) «إذا اشتريت ذهباً بفضة ، أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه ؛ و ان نرى حائطاً فانزعه» ومنها - خبر حرير عن محمد (٣) «قال : سألته عن الرجل يتاع الذهب بالفضة مثلاً بمثلين قال ؛ لا بأس بدأبيد .»

ومنها - خبر البجلي (٤) «قال : سألته عن الرجل يشتري من الرجل الدراهم بالدنانير فيزنها وينقدها ويحسب ثمنها كم هو ديناراً ، ثم يقول : أرسل غلامك معي حتى أعطيه الدنانير ؟ فقال : ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير ، فقلت انما هم في دار واحدة وأمكنتهم قريبة بعضهم بعض ، وهذا يشق عليهم ؛ فقال : اذا فرغ من وزنها وانتقدها فليأمر الغلام الذي يرسله أن يكون هو الذي يبايعه ، ويدفع اليه الورق و يقبض منه الدنانير حيث يدفع اليه الورق» بل لا ينكر ظهور غيرها من النصوص او - اشعارها في المطلوب ، وبها يخرج عن أصل الصحة وعمومها .

والمناقشة في سند بعضها أو دلالة متنه على ذلك غير مسموعة ، سيما بعد الاعتضاد والانجبار بما عرفت ، كالمناقشة بعدم دلالتها على الشرطية ، وأن المراد من اليد باليد فيها عدم النسيئة ، مع أنها لا تنافي ارادة القبض مع ذلك ، والدليل غير منحصر فيها مضافاً الى ظهور نحو هذه الاوامر والنواهي في غير المقام في ارادة الارشاد الا ما يقتضي

١- الوسائل الباب ٢- من ابواب الصرف الحديث ٣

٢-٣-٤- الوسائل الباب ٢- من ابواب الصرف الحديث ١٠٧٠٨

الصحة والفساد ، لأن المراد الائتم خاصة .

نعم ارادته هنا معه للنصوص والاية كما عن الشيخ و ابن ادريس والفاضل في التذكرة ، بل قيل : انه جزم فيها بوجوب الوفاء به أى التقابض ، والائتم بتركه اختيارا وجعله بمنزلة الربا حتى أوجب عليهما التفاسخ قبل التفرق ، لو تعذر عليهما التقابض ؛ وجعل تفرقهما قبله بمنزلة بيع الربوى نسيئة ، فان بطلانه لا يغني عن الائتم به ، قيل و هو ظاهر الدروس حيث حكم بوجوب التقابض قبل التفرق .

وفيه أن الوجوب في نحو المقام قد يراد به الوجوب الشرطى مجازا بل عدم تعرض الأكثر للتحريم هنا كما اعترف به في المسالك يؤمى الى ارادة ذلك من النصوص ايضا من غير ضم الشرعى معه و هو قوى ، وان كان الاول أحوط ، و ينبغي مراعات التقايل حيثئذ قبل التفرق ، لو تعذر التقباض ، بناء على مشروعية التقايل فى نحو ذلك كما هو الظاهر .

وعلى كل حال فماعن الصدوق من أنه لا يشترط التقابض فى المجلس ، وحكاة الشهيد فى الحواشى عن البشرى ، كما أنه حكى فيها أيضا قولاً بالتفصيل بين بيع الجنس بجنسه فيشترط ، وبين بيع أحدهما بالآخر فلا يشترط ، والنصوص السابقة و الفتاوى على خلافه ، بل وعلى خلاف الصدوق أيضاً كما عرفت ، و ان كان يشهد له اخبار الساباطى الاربعة (١) عن الصادق عليه السلام المتضمنة لنفي البأس عن بيع الدراهم بالدنانير نسيئة وعن سلف الدنانير بالدراهم كخبر زرارة (٢) عن أبى جعفر عليه السلام الذى فى طريقه على بن حديد « لا بأس أن يبيع الرجل الدينار نسيئة بمائة و أقل و أكثر » ومكاتبة محمد بن عمر (٣) .

الأن الجميع قاصرة عن الأدلة السابقة من وجوه ، خصوصا مع عدم صراحة بعضها ، فالأولى طرحها كما فى الدروس ، أو تأويلها بل الظاهر من النص و الفتوى

١- الوسائل الباب ٢- من ابواب الصرف الحديث ١٠-١١-١٢-١٤

٢- الوسائل الباب ٢- من ابواب الصرف الحديث ١٣-١٥

والفتوى منع النسيئة في الاثمان ولو فرضت على وجه لاتنافي التقابض في المجلس، كما اذا كان الاجل قصيرا جدا ، بل في خبر عبد الرحمان (١) «أن الناس لم يختلفوا في النسيء (أى في بيع الاثمان) : أنه الربا» .

وعلى كل حال فظاهر ماسمعه من الفتاوى ومعاهد الشهورات و الاجتماعات كون التقابض قبل الافتراق شرطاً في الصحة ؛ فقبله لصحة فلا انتقال ، وفي خبر محمد بن قيس (٢) السابق دلالة عليه ، بل وفي خبر البجلي (٣) وبه يخرج حينئذ عن قاعدة اقتضاء العقد الملك، المعتمدة بأصالة عدم شرط آخر، بل وعن ما ادعى في غير المقام من الاجماع على عدم اعتبار ازيد من القبض في الملك، رداً على القائل بتوقفه على انقضاء الخيار؛ اذ قد عرفت من الأدلة السابقة اعتبار التقابض منهما معافيه، فلا يكفي قبض أحدهما بل هو حينئذ في يده كالأمانة قبل قبض الآخر ، بل ان لم نجعله كالمقبوض بالسوم ؛ أمكن عدم ضمانه بالتلف بغير تفريط .

نعم قد يقال بحصول الملك به لو قبض الآخر بعده من حين القبض الاول؛ بل و ان تلف من يده، مع أنه لا يخلو من نظر وبحث، ضرورة امكان القول بحصول الملك في العوضين معاً عند حصول القبض المتأخر الذي هو شرط لتأثير السبب ، بل به يتحقق التقابض فلا يجدى القبض السابق ، وعليه يتجه حينئذ بطلان الصرف لو تلف المقبوض قبل القبض الآخر؛ بحيث خرج عن صلاحية الملك ؛ فضلاً عن تلف غير المقبوض . اللهم الا ان يقال بصحته ؛ بناء على كونه مضموناً مطلقاً أو حيث يكون بأن أتلفه بتفريط على معنى انتقال الصرف حينئذ الى بدل التالف ولكن فيه تأمل أيضاً.

و كيف كان فاحتمال أن التقابض شرط لتأثير العقد الملك، فحصوله حينئذ يكشف عن حصوله من أول العقد، و عدمه كذلك كاحتمال عدم مدخلية التقابض في ذلك ، وأن العقد أثر ما يقتضيه من الملك، الا أنه يبطله الافتراق قبل التقابض اذ هو حينئذ كالفسخ بالخيار

١- الوسائل الباب - ١٥- من ابواب الصرف الحديث ١

٢- ٣- الوسائل الباب - ٢- من ابواب الصرف الحديث - ٣- ١

أو الاقالة، مخالف لظاهر الفتاوى و بعض النصوص السابقة ، و ان كان الثاني منهما موافقا للقواعد في الجملة بل هو صريح المقداد فيما تسمعه ، بل هو لا ينافي بعض النصوص السابقة.

كما أن الاول منهما يمكن تنزيل الشرطية في عبارات الاصحاب عليه، ضرورة توقف تأثير العقد على حصوله، فهو شرط لتأثيره بعدمه بانعدامه و يوجد بوجوده ، الا أن كيفية الوجود بالوجود و هو جعل العقد مؤثرا من أول وقوعه نحو ما قلناه في اجازة الفضولي بناء على الكشف ، بل لعل ذلك جار في جميع الشروط المتأخرة عن مشروطها، لكن لما لم يكن مقتضى له ، بل هو مناف لما تسمعه منهم من بطلان الشراء بضمن الصرف مثلا و ان قبضه بعد ذلك في المجلس كان المتجه ابقاء عبارات الاصحاب على ظاهرها، من توقف حصول الملك عليه وأنه يحصل حال حصوله تماما لا قبله ، وليس هو من الشرائط المتأخرة عن زمان وصف الصحة كغسل المستحاضة بعد تمام الصيام ، حتى يلتزم كونه كاشفا ، ضرورة امكان توقف الصحة عليه الى زمن حصوله هنا بخلافه هناك اذ لدليل على تسبب العقد للصحة على كل حال.

نعم هناك ظواهر يمكن تقييدها بدليل المقام من غير حاجة الى ذلك التكلفة التام ، ودعوى أن ذلك أولى باعتبار عدم تقييد تلك الأدلة على القول بالكشف كما ترى .

﴿ولو قبض البعض﴾ خاصة قبل التفرق ﴿صح فيما قبض حسب وبطل في غيره﴾
بلا خلاف فيهما لحصول مقتضى الصحة من العموم وغيره في الاول، ومقتضى البطلان من التفرق قبل التقابض في الثاني ، وأما صحيح الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « عن الرجل يتناع من رجل بدينار فيؤخذ بنصفه بيعاً وبنصفه ورقاً قال: لا بأس، فسألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقاً وبيعاً ويترك نصفه حتى يأتي بعداً يأخذ منه ورقاً وبيعاً، قال: ما أحب أن أترك شيئاً حتى آخذه جميعاً فلا تفعله ».

فلا دلالة فيه على المنع اولا، ويحتمل انصرافه الى صحة المجموع من حيث المجموع ولا كلام فيه ثانيا، بل قد يحتمل خروجه عن أصل ما نحن فيه ثالثا، وعلى كل حال يتخير ان معاً في اجازة ما صح فيه وفسخه لتبعض الصفقة؛ اذا لم يكن من أحدهما تفریط في تأخير القبض، ولو كان تأخيره بتفريطهما فلا خيار لهما، و لو اختص به احدهما سقط خياره خاصة كما هو واضح.

﴿ولو فارقا المجلس مصطحبين﴾ قبل أن يتقابضا ﴿لم يبطل﴾ الصرف بلا خلاف للأصل بعد ظهور النصوص، خصوصاً قوله «وان نزي حائطا فانزعه» في أن المعبر التقابض قبل التفرق، ومن هنا كان التعبير به أجود من المجلس الموهم خلاف ظاهره، و قد تقدم في خيار المجلس تحقيق أقل ما يتحقق به الافتراق من الخطوة، كما أنه تقدم هناك كثير مما له نفع في المقام، الا ان الظاهر عدم اعتبار الاختيار فيه هنا، و ان كان معتبر هناك، فلواكرها على التفرق مثلاً يمكن القول بالبطلان هنا، بخلافه هناك، لاختلاف المدرك فلاحظ وتأمل.

﴿ولو لو كل أحدهما﴾ غيره ﴿في القبض عنه، فقبض الوكيل قبل تفرقهما﴾ اي المتعاقدين ﴿صح ولو قبض بعده بطل﴾ وكذا لو كلاً معاً على القبض عنهما، ولا اعتبار بمفارقة الوكيل لهما أو لاحدهما، ولو وكلاً أو أحدهما على الصرف خاصة أو مع القبض، فالمعتبر المفارقة بين من وقع العقد معه، لان الضابط كما في الجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا ملكين أو وكيلين.

لكن قد يشكل بمنع دلالة النصوص على البطلان بتفرق الوكيلين ان قبض الالكان في ذلك المجلس، بل يصدق على بايع الذهب بالفضة اذا قبض بعد تفرق الوكيلين أنه ما باعه الايداييد، على أن ذلك يقضى بعدم البطلان مطلقاً لو كان الوكيل على العقد متحدا عنهما، لعدم تصور الافتراق فيه والتزامه كما ترى، ضرورة صدق بيعه حينئذ لا يدايد، فلعل اناطة الحكم بذلك أولى ان لم ينعقد اجماع بخلافه، بل قد يدعى صدق اليد باليد لو تعاقدوا مثلاً وأرسل أحدهما وكيله مع الآخر فتقابضا قبل التفرق ففي

خبر البصري (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الذهب بالدرهم ، فيقول أرسل رسولا فليستوفى لك ثمنه قال يقول هات وهلم ورسولك معه» ولا ينافيه ما سمعته في خبر البجلي (٢) بعد حملة على النذب ونحوه، الآن الجرئة علي خلاف ما عند الاصحاب مما لا ينبغي، وقد عرفت أنا لمدار عندهم على عدم تفرق المتعاقدين . نعم قد يقال بعدم اعتبارهما في العاقدين فضولا أو أحدهما، وأن المدار على عدم تفرق المجيزين بعد الاجازة حتى يتقابضا ، مع أنه لا يخلو عن اشكال والله اعلم .

﴿و﴾ مما يتفرع على اعتبار التقابض في الملك ما ﴿لو اشترى منه دراهم﴾
 بعقد الصرف ﴿ثم ابتاع﴾ بها منه دنانير ﴿قبل قبض الدراهم لم يصح الثاني﴾ على
 المشهور بين الاصحاب، لعدم ملك الدراهم عليه لو كانت كلية وعدم ملك عينها لو كانت
 شخصية ، ولصحيح اسحاق بن عمار (٣) كما في المختلف قال: «قلت لابي عبد الله عليه السلام :
 الرجل يجيء بالورق يبيعها يريد بها ورقا عندي فهو اليقين عندي أنه ليس يريد دنانير ليس
 يريد الا الورق ولا يقوم حتى يأخذ ورقى ، فاشترى منه الدراهم بالدنانير ، فلا تكون
 دنانيره عندي كاملة فاستقرض له من جارى ، فأعطيه كمال دنانيره ، ولعلنى لأحرز وزنها
 فقال أليس يأخذ وفاء الذى له ؟ قلت بلى قال : ليس به بأس» وكأنه لما يفهم منه البأس اذا
 لم يقبض الدنانير ، اذا المراد أنى أستقرض به الدنانير ، ثم اشترى بها منه بالورق الذى
 يريد ؛ كما يؤمى اليه ما فى صدر الخبر ، ويمكن أن يكون مراد السائل التوقف من
 جهة عدم احراز الوزن فتخرج حينئذ عن الاستدلال .

وعلى كل حال فليس البطلان لعدم جواز الشراء بما لم يقبض قبل كيله أو وزنه
 كبنيه ، اذ قد عرفت بعد تسليم مساوات الشراء به لبيعه أن الاصح الجواز، ولأنه يبيع دين
 بدين اذا فرض كون الدنانير كلية فى الذمة لامعينة ، ضرورة عدم صدق الدينية بعد

(٢١) الوسائل الباب ٢- من ابواب الصرف الحديث ١-٢

(٣) الوسائل الباب ٥- من ابواب الصرف الحديث ٣- باختلاف يسير

اشتراط التقابض في الملك ، على أنك ستعرف كون الممنوع بيع الدين قبل البيع به كذلك ، لاما كانا أو أحدهما بعقداً للبيع ، ومن ذلك كله يظهر لك ما في المحكى عن السرائر فانه بعد أن ذكر ما في النهاية اذا باع الانسان دراهم بدنانيير لم يجزه أن يأخذ بالدينانيير دراهم مثلها الا بعد أن يقبض الدينانيير ، ثم يشتري بهادرهم انشاء ، قال «ان لم يتفارقا من المجلس الا بعد قبض الدراهم المبتاعة بالدينانيير التي على المشتري الاول فلا بأس بذلك وان لم يكن قبضه الدينانيير التي هي ثمن الدراهم الاول المبتاعة ، هذا اذا عيننا الدراهم الاخيرة المبتاعة ، فان لم يعيناهما فلا يجوز ذلك ، لانه يكون بيع دين بدين ، وان عيناهم لم يصير بيع دين بدين ، بل يصير بيع دين بعين ، كما أن منه يظهر ما في المسالك تبعاً لغيره من أنه ينبغي القول بالصحة مطلقاً في مفروض المتن اذا تقابضا قبل التفرق ، وغاية ما يحصل في البيع أن يكون فضولاً فاذا لحقه القبض صح ، وسيأتى أن بيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع ، اذ فيه منع جريان حكم الفضولي عليه بعد القول بأن الملك من حين القبض كمنعه فيما لو باع مال غيره ثم انتقل اليه .

وأغرب من ذلك كله ما في التنقيح من أن لنا أن نقول : ان بطلان البيع بالتفرق قبل التقابض لا يستلزم عدم تملك المشتري ، لجواز تملكه ملكاً متزلاً ، كالبيع في زمن الخيار ، فان قبض لزم والابطال ، و اذا ملك صح البيع الثاني لانه اشترى بثمن مملوك وصح البيع الاول أيضاً ، لانه وان لم يقبض الدارهم لكن قبض عوضها وهو الدينانيير ، وقبض العوض كقبض المعوض ، اذ هو كما ترى مع مخالفته لما قدمناه من أن القبض شرط للملك ، لأن الافتراق مانع فيه نظر من وجه آخر لا يخفى ، فالتحقيق ما ذكرناه وهو الموافق لاطلاق المشهور البطلان ﴿و﴾ منه يعلم أنه ﴿لو افرقا﴾ في مفروض المسألة قبل التقابض ﴿بطل العقدان﴾ معاً لانتفاء الشرط فيهما حينئذ كما هو واضح والله اعلم .

﴿ولو كان له عليه دراهم فاشترى بها﴾ منه ﴿دينانيير صح وان لم يتقابضا ، وكذا لو كان له دينانيير ؛ فاشترى بهادرهم﴾ ما في الصحيح الانبي (١) من ﴿أن النقيدين من

واحد ﴿ فاشبه التقابض . ولاصالة عدم اشتراطه في نحو المقام بعد صحيح اسحاق بن عمار (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة ، وعمل به الاصحاب في الجملة قال : « قلت لابي عبدالله عليه السلام : يكون للرجل عندى الدراهم الوضع فيلقانى و يقول لى كيف سعر الوضع اليوم فأقول له: كذا وكذا فيقول : أليس لى عندك كذا وكذا ألف درهم وضع فأقول : نعم فيقول : حولها الى دنانير بهذا السعر وأثبتها لى عندك فماترى فى هذا ؟ فقال : اذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك ، فقلت : انى لم أو ازنه ولم أناقده ؛ انما كان كلاماً منى ومنه فقال لى : أليس الدراهم والدنانير من عندك ؟ فقلت : بلى فقال : لا بأس بذلك » و موثق عبيد بن زرارة أوصحيحه (٢) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لى عنده دراهم فآتية فأقول له حولها دنانير من غير ان أقبض شيئاً قال : لا بأس به قلت ويكون لى عنده دنانير فآتية فأقول له : حولها لى دراهم وأثبتها عندك ولم أقبض منه شيئاً قال : لا بأس . وتنزيلها على ارادة التوكيل فى القبض أوفيه وفى البيع وأن مافى الذمة له وعليه مقبوض ، اجتهد فى مقابلة النص الذى يأباه من وجوه ، على أن من الواضح منع كون ماعليه لغيره فى ذمته مقبوض له وان وكله فيه ، بحيث يجرى عليه حكم المقبوض ، والا- لجاز بيع الذهب المشخص مثلاً بذهب فى ذمته على أن يكون المشتري وكيلاً فى قبضه ومعنى قبضه له حيثئذ رضاه ببقائه فى ذمته .

وأفصح من ذلك دعوى أن المراد من الخبر التوكيل ، وأنه قد وقع منه القبض الحسى وأثبتها ، مع ان صريح الخبر عدم وتوقع غير الكلام ، وبالجملة قد أطنبوا فى المقام بلامقتض ، كما أنه لا ينبغى العمل بالخبر على معنى حصول التحول بمجرد الامر بالتحويل ، وان أوهمه ظاهر بعض العبارات ، بل المراد منه حصول المعاملة منهما بذلك ، وان كان بعنوان المعاطات ؛ بناء أعلى كونها من البيع ، وعدم اشتراط التقابض هنا ، بل يكفى قبض فى مازمته له ، وبقاء الاخر فى ذمته ، وحيث كانا معاً عنده صار كالتقابض ، ولولا فهم الاصحاب أمكن تنزيل الخبر على معاطات الصلح و ان كان فى الخبر

منافاة ماله والله اعلم.

ومن ذلك يعلم أنه لا وجه لبناء الخبرين على مقدمات كثيرة لا يخلو جملة منها - من نظرو تأمل ، بل قد افتى بالخبرين من لا يقول ببعض تلك المقدمات كما لا يخفى ، فما التحقيق ما ذكرنا كما أومى اليه في المختلف وكذا يكون صريح المتن كما هو صريح غيره أيضاً ، ومنه يظهر لك النظر في كلام كثير من المصنفين ، فلاحظ وتأمل جيداً والله اعلم. هذا كله في اعتبار التقابض ؛ وقد ظهر لك أنه متى حصل الافتراق قبله بطل الافى مسألة التحويل .

أما لو تفرق قبل الوزن والنقد ، ففي القواعد «صح مع اشتغال المقبوض على الحق» ونحوه ما في الدروس «لو تقابض جزافاً فيزنان في موضع آخر جازا الافتراق» ونحو ذلك أيضاً عن النهاية والتذكرة ، وقال حنان بن سدير (١) قلت لابي عبد الله عليه السلام : «انه يأتيني الرجل ومعه الدراهم ، فأشترى بها منه بالدنانير ، ثم اعطيه كيساً فيه دنائير أكثر من دراهمه ؛ فاقول : لك من هذه الدنانير كذا وكذا دنائير أكثر من دراهمك فيقبض الكيس مني ثم يرده على ويقول : أثبتتها لى عندك ؛ فقال : ان كان في الكيس وفاء بثمان دراهمه فلا بأس .»

قلت : وقد استفاد مما هنا عدم اشتراط الوزن في تحقق اسم القبض اذ احتمال الفرق بين قبض الصرف وغيره مخالف لظاهر الفتاوى ، ولا فرق في موضوع المسألة بين كون المبيع أو الثمن كلياً ، ثم يدفع له في المجلس ما يزيد على حقه وان لم يحصل الوزن والنقد ، وبين الشخصي اذا كان قد أخبره بالوزن فاشتراه من غير اعتبار ثم اراد اعتباره بعد ذلك ، والحاصل أنه لا مدخلية للوزن في تحقق القبض كما عرفت .

(و) كيف كان في ﴿ لا يجوز التفاضل في الجنس الواحد ولو تقابضاً ﴾ اجماعاً (و) نصاً للربا كما أنه ﴿ يجوز في الجنسین ﴾ اجماعاً ونصاً لعدمه ﴿ ويستوى في وجوب التماثل المصوغ والمكسور وجيد الجوهر و رديه ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، لصديق اتحاد - الجنس فيه ، نعم لو شرطت الصياغة مثلاً كان زيادة .

﴿وإذا كان في الفضة﴾ مثلاً ﴿غش﴾ غير متسامح فيه ﴿مجهول﴾ قدره تفصيلاً واجمالاً ﴿لم تبع الا بالذهب أو بجنس غير الفضة﴾ الخالصة لعدم الربا حينئذ اختلاف الجنسين ، أما فيها فلا ، لعدم العلم بمقدار ما فيه منها كي يتخلص من الربا الذي شرط عدمه في المتجانسين المساواة ؛ فالشك فيها شك في الجواز ، وكذا لا يجوز بيعه بجنس ما فيه من الغش خاصة إذا كان ربوياً لعين ماسمعة في الفضة ، أما بيعها بالفضة المغشوشة ، فلا ريب في الجواز لانصراف كل جنس الى ما يخالفه .

﴿وكذا﴾ الحال في ﴿الذهب﴾ المغشوش وفي صحيح بن سنان (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الفضة فيه الرصاص بالورق ، وهي إذا أذيت نقصت من كل عشرة ، درهمين أو ثلاثة ، فقال : لا يصلح الا بالذهب». نعم الظاهر أن هذا الحصر بناءً على الغالب من عدم بيع المغشوش بمثله من الخالص فضلاً عما زاد ، والا لو فرض ذلك جازوا ن جهل ؛ لعدم الربا حينئذ ، ضرورة مقابلة ما فيه من الفضة بمثلها كائناً ما كان ؛ وصرف الزائد الى الغش كما أنه لو علم ما فيها من الغش ولو على الاجمال بأن لا يزيد على الثلث مثلاً جاز بيعها بما يزيد على الثلثين من الخالص زيادة تصلح لمقابلة الغش ﴿ولو علم﴾ مقدار الفضة على التفصيل ﴿جاز بيعه﴾ بمقداره ﴿من جنسه مع زيادة﴾ منه أو من غيره تصلح لان ﴿تقابل الغش﴾ كما تقدم تحقيق المسألة في الربا وذكرها في المقام من حيث تعلقها بالصرف ، بناء على ما عرفت سابقاً وتعرف لاحقاً في بيع السيوف المحلات أن ضميمة غير الجنس لدفع الربا لا الصرف ، فلا بد من التقابض حينئذ ؛ لكن ينبغي أن يعلم أنه يكفي في الصحة حصول الشرط في الواقع ، فلو فرض صدور البيع حال الجهل بقدر المقابل فاتفق كونه واقعاً على وجه لا ربا فيه صح ، لتناول عموم الأدلة له ، ولادليل على اشتراط الا حراز سابقاً كالمعلومية في البيع .

وحينئذ فالمتجه الاختبار فيما لو وقع مثل ذلك ، فلا يحكم بالصحة ولا بالفساد الا بعد تبين الحال ؛ ولعل اطلاق الاصحاب عدم الجواز يراد به عدمه لو أريد البيع به من

غير مراعاة كغيره من الافراد ، أما اذا تعذر الاختبار مثلاً ، فيمكن الرجوع الى اصالة عدم ترتب الاثر والنقل ونحوهما من الاصول بعد عدم مايدل على أحد الامرين ، وان كان كل منهما مشروطاً بشرط وجودي وهو التفاضل والتساوى مثلاً ، ويمكن القول ببقاء العوضين على الاشتباه حتى يتحقق الحال، ولو للمقدمة باعتبار التكليف بما لا يثم الا بالتوقف فى الفرد المخصوص من بيع المتجانسين حتى يعلم الحال ، والمسألة مشكلة ، ولكن ظاهر الاعصاب فى المقام وغيره معاملة المفروض نحو معاملة الفاسد فى الظاهر ، وتام التحقيق محتاج الى اطناب تام فتأمل جيداً والله العالم .

﴿ولا يباع تراب معدن الفضة بالفضة﴾ خاصة ولا بترابه أيضاً ﴿احتياطاً﴾ عن الوقوع فى الربا لعدم العلم بالمساواة ﴿وبيع بالذهب﴾ وغيره لاختلاف الجنس ﴿وكذا تراب معدن الذهب﴾ ولا يباع بالذهب ولا بترابه احتياطاً ويباع بالفضة مثلاً لاختلاف الجنس فلا ربا ؛ وان تحقق الصرف باعتبار وجود الاجزاء الذهبية والفضية فى التراب لأنه مستحيل بالعمل والالم يكن لذكرها فى الصرف وجه وان جرى عليها حكم الربا على هذا التقدير أيضاً ، لما عرفت سابقاً من أن الفرق والاصل جنس ، ولوعلمت زيادة فى الثمن عما فى التراب من جنسه لم يصح هنا وان صح فى المغشوش ، بناء على أن التراب لقيمة له لتصلح فى مقابلة الزائد وحينئذ فان علمت المساواة جواز ، والتراب كعدمه فمعاساه يتخيل من جواز بيع التراب بالتراب لانهما جنس واحد ولا يقدح عدم العلم بما يحصل منهما أذهو كبيع اللحم باللحم المشتملين على العظام لا يخلو من ضعف.

﴿ولو﴾ مزج الترابان او ﴿جمعا فى صفقة جاز بيعهما بالذهب والفضة معاً﴾ لانصراف كل جنس الى ما يخالفه وبالذهب وحده مع زيادة تقابل الفضة وبالعكس كذلك لعدم الربا فى ذلك كله كما هو واضح ، وقال أبو عبد الله مولى عبد ربه (١) «سألت الصادق (ع) عن الجوهر الذى يخرج من المعدن وفيه ذهب وفضة وصفر جميعاً

كيف نشتره فقال تشتريه بالذهب والفضة جميعاً ﴿و﴾ كذا ﴿يجوز بيع جوهر الرصاص
والصفر بالذهب والفضة وان كان فيه﴾ أى الرصاص والصفر ﴿يسير من الفضة أو الذهب﴾
بلاخلاف ﴿لان الغالب﴾ عليه اسم ﴿غيرهما﴾ فلا يصدق بيع المجانس بمثله ولا بيع الاثمان
بمثله فلا يجرى عليه حكم الربا وان لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك اليسير ولا حكم الصرف.
قال : معاوية (١) وغيره «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن جوهر الاسرب وهو
اذا خلص كان فيه، فضة، أ يصلح أن يسلم الرجل فيه الدراهم المسماة؟ فقال : اذا كان الغالب
عليه اسم الاسرب فلا بأس بذلك يعنى لا يعرف الا بالاسرب » وفى خبر البجلي (٢) عنه
أيضاً « فى الاسرب يشتري بالفضة ؟ فقال : اذا كان الغالب عليه الاسرب فلا بأس » .
وقد ظهر منها أن المدار على غلبة الاسم حقيقة ، فلا يجرى غيره حتى التسامح
للقلة ونحوها وهو كذلك ، قال فى المسالك : « ان مجرد الاغلبية غير كاف فى جواز البيع
بذلك النقد كيف اتفق ، حتى لو كان الخليط عشرا يمكن تمييزه لم يجز بيعه بجنسه الا
مع زيادة الثمن عليه بحيث يقابل الآخر » .

نعم قد يظهر من بعضهم أنه اذا كان تابعا غير مقصود لم يمنع من البيع بجنسه ،
كالذى يزين به السقف والجدران والمصاحف ، مع أنه قد يناقش فيه بعدم مدخلية القصد
فى ذلك وجواز نحو ذلك مما ذكره لخروج النقد فيها عن الموزونية فتأمل جيداً والله أعلم .
﴿ ويجوز اخراج الدراهم المغشوشة ﴾ والدنانير بالشراء بها وغيره من أنواع
النصرقات ﴿ مع جهالة ﴾ أصل ﴿ الغش ﴾ أو قدره ﴿ اذا كانت معلومة المصرف بين
الناس ﴾ بلاخلاف بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، فضلا عن محكيه ، للسيرة القطعية
بعد الأصل وقال حرير : (٣) « كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل
سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها فقال : لا بأس اذا كان جواز المصر » و
البقباق (٤) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الدراهم المحمول عليها فقال : اذا أنفقت ما يجوز

١-٢- الوسائل الباب ١٧ من الصرف الحديث ١٠٢

٣-٢- الوسائل الباب ١٠- من ابواب الصرف الحديث ١٠٠-٩

بين أهل المدينة أو البلد فلا بأس وإن أنفقت ما لا يجوز بين أهل المدينة فلا».

ومحمد بن مسلم (١) «جاء رجل من أهل سجستان لأبي جعفر عليه السلام فقال له: إن عندنا دراهم يقال لها الشاهية تحمل على الدراهم دانتين؟ فقال لأبأس به إذا كان يجوز بين الناس» وعليه يحمل إطلاق خبره الآخر (٢) «سألته عن الدراهم المحمول عليها فقال لأبأس» بل وخبر عمر بن يزيد (٣) «عن أبي عبد الله عليه السلام في انفاق الدراهم المحمول عليها فقال: إذا كان الغالب الفضة فلا بأس بانفاقها» المبين بخبره الآخر (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن انفاق الدراهم المحمول عليها؟ فقال: إذا جازت الفضة الثلاثين فلا بأس» على معنى أن الجائز بين الناس في ذلك الوقت ما كانت كذلك ﴿﴾ وإن كانت مجهولة الصرف ﴿﴾ وكان غشها مما لا يتسامح به ﴿﴾ لم يجز انفاقها إلا بعد إبانة حالها ﴿﴾ بلا خلاف بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، فضلاً عن محكيه، لما فيه من الغش المحرم نصاً وإجماعاً وعليه يحمل خبر المفضل بن عمر الجعفي (٥) «قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، فألقي بين يديه الدراهم فألقي السي درهما منها فقال: أيش هذا؟ فقلت: ستوق فقال: وما الستوق؟ فقلت: طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقة من فضة فقال: اكسر هذا فإنه لا يحل بيع هذا ولا انفاقه» ومكاتبة جعفر بن عيسى (٦) إلى أبي الحسن عليه السلام «ما تقول جعلت فداك في الدراهم أعلم أنها لا تجوز بين المسلمين إلا بوضعية تصير الي من بعضهم بغير وضعية لجهلي به؛ وإنما آخذة على أنه جيد يجوز لي أن آخذه وأخرجه من يدي على نحو ما صار الي من قبلهم؟ فكتب عليه السلام لا يحل ذلك».

بشهادة ما رواه ابن أبي عمير عن ابن رثاب (٧) «قال: لأعلمه الآن محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: عن الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثم يبيعها، فقال: إذا كان بين ذلك فلا بأس» وغيره والظاهر الاكتفاء بالأخبار بأن فيه غشاً من غير حاجة إلى بيان قدره إلا إذا توقف عليه التخلص من الربا، كما أن الظاهر عدم

١-٢ - الوسائل الباب ١٠ - من أبواب الصرف الحديث ١-٤

٣-٤ - الوسائل الباب ١٠ - من أبواب الصرف الحديث ٣-٤ وفي الأخير إذا جازت الفضة المثلثين

٥-٦-٧ - الوسائل الباب ١٠ - من أبواب الصرف الحديث ٥-٨-٢

وجوب الكسر وان نص عليه في الخبر السابق (١) الا أنى لم اجد من أفتى به بل الفتاوى وباقي النصوص على خلافه، وفي جواز دفع الظلمة بالدرهم المغشوشة وجهان أقواهما الجواز وأحوطهما خلافه والله أعلم .

﴿مسائل عشر﴾

﴿الاولى: الدرهم والدنانير﴾ عندنا معاشر الامامية كغيرها ﴿يتعينان﴾ بالتعيين في العقد ﴿فلو اشترى شيئاً بدرهم أو دنانير﴾ معينة ﴿لم يجز﴾ له ﴿دفع غيرهما ولو تساوت الاوصاف﴾ خلافاً لابي حنيفة فلا تتعين بالتعيين ، وهو مخالف للدلالة الاربعة كما هو واضح ، وحينئذ فان تلف قبل القبض انفسخ البيع ولم يكن له دفع عوضها ، وان ساواه مطلقاً ؛ ولالبايع طلبه ، وان وجد البايع بها عيباً ففى المسالك لم يستبدلها ، بل اما أن يرضى بها أو يفسخ العقد ، قلت : أو يأخذ الارش اذا كان فى المجلس حيث يكون المبيع حينئذ من الاثمان أيضاً ، ولا يستلزم الربا بل وان استلزم على وجه تقدم سابقاً .

المسألة ﴿الثانية: اذا اشترى دراهم بمثلها معينة فوجد﴾ جميع ﴿ما صار اليه من غير جنس الدرهم﴾ بل هى رصاص ونحوه ﴿كان البيع باطلا﴾ بلا خلاف ولا اشكال ﴿وكذا﴾ فى غير الصرف ﴿لو باعه ثوباً﴾ مثلاً ﴿كتناناً فان صوفا﴾ بطل البيع لتخلف القصد عما وقع عليه العقد ولا ابدال هنا ولا أرش لوقوعه على عين مشخصة ، فلا يتناول غيرها ، وعدم وقوع الصحيح و المعيب على هذه العين . وتخيل تغليب الاشارة هنا على الاسم باطل ، ضرورة ارادة مسمى الاسم منها .

﴿ولو كان﴾ قد وجد ﴿البعض﴾ مما صار اليه ﴿من غير الجنس بطل فيه حسب﴾ دون الجيد بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك الا ما ستسمعه لوجود مقتضى الصحة فيه بخلافه ولا مانع من التبعض فى متعلق العقد كما فى غير المقام .

﴿و﴾ لكن ﴿له﴾ بل وللبيع أيضاً مع الجهل بالعيب ﴿رد الكل لتبعض الصفقة و له أخذ الجيد﴾ خاصة ﴿بحصته من الثمن﴾ وقد ظهر لك مما تقدم أنه ليس له الرضابه ، لما عرفت من بطلان العقد فيه ﴿وليس له﴾ المطالبة بـ ﴿بدله لعدم تناول العقد له﴾ ولا بالارش وكذا لو اشترى بالدرهم دنائراً أو غيرها ، ضرورة اتحاد الجميع فيما عرفت مما هو معلوم من القواعد المقررة في غير المقام ، لكن عن الخلاف والسراير أنه اذا باعه دراهم بدراهم ، وكان البعض من غير الجنس كان البيع باطلا ، وقد يردان في خصوص البعض ، وفي اللمعة «لو ظهر عيب في المعين من غير جنسه بطل فيه ، فان كان بازائه مجانسه، بطل البيع من أصله كدراهم بدراهم ، وان كان مخالفاً صح في السليم و ماقابله ، و ظاهره الفرق بين المجانس والمخالف ، وربما وجه باستلزام الر بافيته دونه ، و ذلك لانه لو ظهر درهم من مائة درهم نحاساً كشف عن وقوع البيع على مائة بتسعة و تسعين درهماً ، لان وجود الدرهم المعيب كعدمه ، بل قيل انه لو لاً أن مراده ذلك لم يبق فرق بينه وبين قوله ، وان كان مخالفاً ، بل كان في العبارة تكرار ، واشترط من غير فائدة .

وفيه أنه بعد أن قبول صورة بالثمن خصه منه مقدار ما يساويه ، فلا رباح حيث نفي غيره ، و تنزيله منزلة العدم بالنسبة الى قصد كونه مبيعاً بالنسبة الى المقابلة ، ويمكن أن يريد الشهيد و ان كان بعيداً بل لا يخلو من نظر بالمجانس هنا المعيب أيضاً ، فانه لا اشكال في البطلان حيث نفي المخالف غير السليم فلا يكون مخالفاً ولم يفسرها في الروضة بما يصلح وجهاً للتفصيل فلاحظ وتأمل .

﴿و﴾ أما ﴿لو كان الجنس واحدا و به عيب كخشونة الجوهر أو اضطراب السكة كان له رد الجميع أو امساكه﴾ ، وليس له رد المعيب وحده ﴿لو فرض أن المعيب البعض لتبعض الصفقة ، و فيه البحث السابق بل عن الشيخ و ابن حمزة و الفاضل التصريح هنا بأن له ذلك وان كان ظاهرهم في بحث العيب الاجماع على عدمه ولم يظهر وجه للفرق فلاحظ وتأمل والله أعلم .

﴿ولا ابداله لان العقد لم يتناوله﴾ كما عرفت ولا أرش في مفروض المتن للربابه

بناء على تحققه بمثله ، ولو تخالفاً كان له الارش في المجلس قطعاً ، لوجود المقتضي وعدم المانع ، ومع مفارقتها ليس له أخذ الارش من النقدين ، بلا خلاف ممن تعرض له ، كالفاضل والشهيدين وغيرهم لكونه حينئذ من الصرف ؛ وقد فرض الافتراق .

أما من غيرهما فقد صرح الفاضل في التحرير والشهيدان في الدروس و المسالك بجوازه ، لعدم كونه صرفاً بل هو كالمعاوضة بغير الاثمان ، فيكون جملة العقد بمنزلة بيع وصرف ، والبيع ما أخذ عوضه بعد التفرق ، وظاهر اولهما في اللمة التوقف فيه . بل جزم ثانيهما بعدمه في الروضة ، لان المعروف كون الارش كجزء من الثمن ؛ والمعتبر فيه النقد الغالب على أن الحقوق المالية يرجع فيها الى النقدين ، فكيف ينحصر الحق الواجب باعتبار نقصان في أحدهما ، فاذا اختار الارش حينئذ و حصل موجه لزم النقد و اتفاقهما على غيره معاوضة على النقد الثابت فسي الذمة أرشا لانفس الارش .

ودعوى- أن الثابت وان كان هو النقد، لكن لما لم يتعين الاختياره الارش اذ لو رد لم يكن الارش ثابتاً ، كان ابتداء تعلقه بالذمة الذي هو بمنزلة المعاوضة اختياره ، فيعتبر حينئذ قبضه قبل التفرق 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 ، فاذا اتفقا على جعله من غير النقدين جاز ، وكانت المعاوضة كأنها واقعة به - يدفعها أن ذلك يقتضي جواز أخذه في مجلس اختياره من النقدين أيضاً ، ولا يقولون به ، ولزومه وان كان موقوفاً على اختياره ، إلا أن سببه العيب الثابت حالة العقد ، فقد صدق التفرق قبل اخذه ، وان لم يكن مستقراً .

ومن هنا قال في الروضة : «والحق اننا ان اعتبرنا في ثبوت الارش السبب لزم بطلان البيع فيما قابله بالتفرق قبل قبضه مطلقاً ؛ وان اعتبرنا حالة اختياره أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل ، لزم جواز أخذه في مجلسه مطلقاً ، وان جعلنا ذلك كاشفاً عن ثبوته بالعقد ، لزم البطلان فيه أيضاً .

وعلى كل حال فالمعتبر منه النقد الغالب ، وما اتفقا على أخذه أمر آخر ، والوجه

الاخير اوضح ، فينتجه مع اختياره البطلان فيما قابله مطلقا ، وان رضي بالمدفوع لزوم ، وأشكله في جامع المقاصد «بأن المدفوع أرشا ليس هو أحد عوضي الصرف وانما هو عوض صفة فائتة في أحد العوضين، ويترتب استحقاقها على صحة العقد وقد حصل التقابض في كل من العوضين. فلامقتضى للبطلان اذ وجوب التقابض انما هو في عوضي الصرف ، لا فيما وجب بسببهما ، وأجاب عنه في الروضة بأن الارش وان لم يكن أحد العوضين ، لكنه كالجزء من الناقص منهما ، و من ثم حكموا بأنه جزء من الثمن نسبتة اليه كنسبة قيمة الصحيح الى المعيب، والتقابض الحاصل في العوضين وقع منزلا، اذ يحتمل رده رأساً وأخذ أرش النقصان الذي كنتمة العوض الناقص ، فكان بمنزلة بعض العوض ، والتخيير بين أخذه والعفو عنه ورد البيع لا ينافي ثبوته ؛ غايته التخيريته وبين أمر آخر فيكون ثابتاً بثبوت تخيير يابينه وبين ما ذكر .

قلت : هو وان اجاد بما حرروا فاد ، الا أن التحققي خلافه ، فيجوز أخذ الارش من التقدين مع التفرق ، لالانه جزء من الثمن قد انفسخ العقد بالنسبة اليه ، لعدم وصف الصحة المقابل له في الثمن فيصح أخذه حينئذ في مجلس العقد وغيره ، لبقائه حينئذ على ملك المالك ، ولا صرف فيه بوجه من الوجوه، اذ هو وان أوهمه لفظ الرد و الرجوع في النصوص ؛ بل في بعضها (١) « كان علي ^{عليه السلام} بضع من ثمن الجارية بقدر عيبها » بل و بعض عبارات الاصحاب حتى جعل فيها الخيار بالعيب من خيار تبعض الصفقة، الا ان المعلوم من الاصحاب خلافه ، ولذا لم يعرف الخلاف بينهم في سقوطه بالاسقاط الذي لا ينحل الى البراء ولا الى الهبة، ولم يشترط للبائع خيارا بسببه اذا كان جاهلا لتبعض الصفقة عليه في الثمن، وكونه من قبله بعد فرض جهله بالعيب لا يسقطه ، ولذا لم يحكموا ببطلان المعاملة الربوية بوجود العيب في أحد العوضين المستلزم على هذا التقدير الزيادة في أحدهما، ولم يجعلوا الارش أيضاً تابعاً لخصوص الثمن ، حتى أنه لو أراد البائع دفعه من غير ذلك الثمن لم يكن له باعتبار بقاء الجزء المقابل للصحة منه على ملك المشتري مثلا ، الى غير ذلك مما لا يخفى لزومه على هذا التقدير مما هو معلوم عدمه ، بل قد يمنع صدق أسم الارش

عليه حينئذ ، وان كان المتجه عليه ما عرفت ، من أن له أخذه بعد مجلس التفرق ، بل لان الارش غرامة استحققت شرعاً بسبب العيب في المبيع بالمعاملة الصحيحة ، فهو وان كان ثابتاً عوض مافات من وصف الصحة لأنهما معاوضة شرعية قهرية ، لا تدخل تحت البيع حتى يجري عليها الصرف ، ضرورة عدم قصد كل من المتعاملين كون المبيع العين مثلاً مع أرش العيب من الدرهم والدرهمين مثلاً فلا يبيع بالنسبة اليه قطعاً ، فينبغي القطع بعدم جريان الصرف أما الربا لو فرض كونه في المتجانسين فان علم من الأدلة شموله لمثل ذلك جرى ، والاجاز كما سمعته سابقاً منا .

وعلى كل حال فالصرف ينبغي القطع بعدمه ومن ذلك يعرف ما في قوله والحق الى آخره ، ومن الغريب دعوى كونه من المعاوضة الصرفية وان كان البائع مخيراً بينها وبين الرد بين العفو ، وان الاختيار او التصرف كاشف حينئذ عن الثبوت بالعقد ، وانه غير مناف لثبوته على جهة التخيير ، اذ هو كما ترى ، واغرب منه دعوى البطلان فيما قبله من الثمن بالتفرق اذ شمول أدلة الصرف لنحو ذلك من المعلوم عدمه ، بل كاد يكون ضرورياً .

كما أن دعوى عدم تناول أدلة أخذ الارش لمثل هذا المبيع معلوم عدمها ، فضلاً عن ترجيح مادل على اعتبار التقابض في الصرف على مادل على ثبوت الارش مضافاً الى ما في جامع المقاصد « من أنه يمكن أن يقال قد صدق التقابض في مجموع العوضين المقتضى لصحة الصرف و اشتراط قبض الارش اذا كان من النقدين ليس لكونه جزء معاوضة بل لكونه من توابعها ، ومن ثم لو أسقطه مستحقه لم يلزم في المعاوضة اختلال ، كما لو كان النقدان من جنس واحد » وان كان قد يناقش فيه بأنه بناء على دخوله في المعاوضة لاريب في اعتبار قبضه في صحته وصحة مقابله اذا كان من النقدين ، و كونه عوض صفة فلا مقابل له من العوض الآخر ، يدفعه أن أحد العوضين في مقابل الأخير من جهة المالية ، ولا فرق بين الجزء والصفة التي لها دخل في المالية .

نعم التحقيق ما ذكرناه من أن الارش غرامة شرعية تثبت بسبب العيب فهو كالمعاوضة القهرية ، ولولا الدليل لم يكن ثبوته مقتضى القواعد ، بل لو كان دفع الارش ممن عليه من

الصرف باعتبار كونه نقدا في ذمة المستحق عليه ودفعه عنه شراء له من المستحق وجب اعتبار التقابض فيه حتى في غير الصرف ، وهو معلوم العدم ، ودعوى اختصاص ذلك في المعاملة الصرفية لاشهاد لها ولو أعطيت التأمل حقه في المقام بان لك أن كثيراً من الكلام دخان بلا ضرام وسفسطة بلا حاصل ، ومتعبة بلا طائل ، ولعل مرجع ما ذكره المحقق الثاني الى ما قلناه فلاحظ وتأمل هذا .

ولكن في القواعد في المقام «أن له الأرش مادام في المجلس فان فارقه فان اخذ الارش من جنس السليم بطل فيه ، وان كان مخالفاً أصبح» وفيه أنه لا فرق في الصرف بين جنس المعيب و السليم ، فاما أن يبطل فيهما معاً ، أو يصح كذلك ، اذا قيل من أنه لو دفع من جنس السليم كما لو كان العوضان ديناراً وعشرة دراهم وكان الدينار معيباً من الجنس بما يقتضي نقصان قيمته بقدر درهم فان المبيع يكون ديناراً و درهماً بعشرة دراهم ، وقد تفرقا قبل قبض الدراهم فيبطل الصرف فيه ، بعينه آت فيما لو دفع ذهباً قيمته درهم ، فانه قد تفرقا قبل قبضه ، فيجب أن يبطل كالسليم ؛ بخلاف ما لو دفع من غيرهما ، وقد يريد كما حكاه الشهيد عن بعض تلامذة العلامة ما كان مخالفاً للجنسي المعيب والصحيح معاً ، فالمراد حينئذ بجنس السليم مطلق النقد فيوافق ما حكيناه عنه في التحرير .

نعم ربما ظهر من العبارة المزبورة عدم انحصار الأرش في النقد ، وأنه كلي شامل له ولغيره ، وتعذر بعض أفرادها بالتفرق ؛ يعين الآخر وهو النقد وأنه النقد اذا أمكن ، فان تعذر لغيره ، وفيه منع واضح لما عرفت من انصراف جميع الحقوق المالية الى النقد ، كما أن ظاهر قوله بطل فيه أنه لا يجوز دفع الأرش بعد ذلك ، وبشكل بأنه اذا استحق في ذمته عوض نقصان أحد العوضين ، كيف يبطل فيما لو عينه فيما لا يجوز اخذه ، وتخيره في جهات القضاء انما هو فيما لم يمنع شرعاً ، بل في جامع المقاصد لو سلم تخيره بالنسبة اليه لم يلزم البطلان ، بل عدم جواز المطالبة بغيرها حتى لو تراضيا على الاداء من غير النقدين بعد التعيين في أحدهما بنفى القول بالجواز فتأمل جيداً والله أعلم .

المسألة الثالثة : اذا اشترى دراهم في الذمة بمثلها ، ووجد جميع ما صار اليه غير فضة قبل

التفرق كان له المطالبة بالبدل ﴿ قطعاً لعدم فردية ما قبضه للكل المبيع فهو كعدم القبض بل ليس له الرضا به عوضاً عن المبيع إلا بمعاوضة جديدة غير العقد الاول ﴾ (وان كان) قد ظهر له ذلك ﴿ بعد التفرق بطل الصرف ﴾ لعدم التقابض في المجلس ﴿ ولو كان ﴾ قد ظهر ذلك ﴿ في البعض ﴾ طالب بالبدل قبل التفرق وبعده ﴿ بطل فيه ﴾ لعدم التقابض ﴿ وصح في الباقي ﴾ لوجود المقتضى وكان له خيار تبعض الصفقة ﴿ وان ﴾ كان ﴿ لم يخرج ﴾ المدفوع ﴿ بالعيب عن الجنسية ﴾ لانه اضطراب سكة أو خشونة جوهر أو نحوهما وفرض كون العيب المزبور في جميع العوض ﴿ كان مخيراً بين الرد ﴾ لاطلاق أدلة العيب ﴿ و ﴾ بين ﴿ الامساك بالثمن من غير أرش ﴾ بناء على استلزامه الربا أو لعدم ثبوته في فرد الكل كما ستعرف من غير فرق في ذلك بين حالي التفرق وعدمه. لكن قديهم من جمع المصنف بين الرد والابدال أن مراده من الاول فسخ العقد من أصله ، بل قوله في القواعد «له الرد والامساك مع الارش مع اختلاف الجنس ، و مجاناً مع اتفاهه ، والمطالبة بالبدل و ان تفرقا على اشكال » أوضح منه كقوله في الارشاد «له الرد والامساك بغير أرش ، والبدل وان تفرقا» بل في الوسيلة «و عن المبسوط تخييره بعد التفرق بين الرضا بالبيع والفسخ والابدال» ولعل وجه الفسخ أن المبيع وان كان كلياً الا أنه تشخص بالقبض ، حتى صار كأن المبيع ذلك الشخص فجرى عليه حكمه اذا كان مبيعاً .

واليه أشار في التذكرة حيث احتمل الفسخ معللاً له بأن المطلق يتعين بالتقابض الا أنه جعل الوجه قبل ذلك عدمه الامع تعذر تسليم الصحيح ، قال : «لأن العقد يتناول أمراً كلياً» ونحوه ما في المختلف فانه بعد أن حكى عن الشيخ ما سمعت قال : «ولى فيه نظر فان لقائل أن يقول ليس له الفسخ كما لودفع المسلم فيه مبيعاً ، فان له المطالبة بالصحيح دون الفسخ الامع تعذر التسليم ، فكذلك اذا المعقود عليه غير معين ، ولا يتعين المعيب بالقبض ، ولا يتحقق الفسخ» وأشكله في الدروس بأنهما تفرقا قبل قبض البدل وفيه أن البحث على فرض جواز الابدال بعد التفرق كما هو صريح ما سمعته عن المبسوط

والوسيلة ، والا فلاريب أن المتجه على تقدير عدم جواز الفسخ ، لكن على معنى أن له رد المبيع فيفسخ العقد حينئذ ، لعدم التقابض قبل التفرق ، وحينئذ يكون من قبيل تعذر تسليم الصحيح .

و من هنا جعل في التحرير عدم الفسخ لازماً للقول بالاببدال ، فقال : « ولو وجد القابض عيباً فله المطالبة بالبدل قبل التفرق ، سواء كان العيب من جنسه أو من غيره ، ولو كان العيب من جنسه ورضيه جاز ، ولو طلب الارش لم يجزمع اتحاد العوضين ويجوز مع عدمه ، ولو اختلفا بعد القبض ثم وجد العيب من جنسه قال الشيخ : له الابدال ، ولو كان من غير الجنس بطل الصرف ، ولو كان في البعض صح في السليم ولو طلب واجد العيب الفسخ فعلى قول الشيخ ينبغي أنه ليس له مع الابدال ؛ ولعل مراده أن المتجه على قول الشيخ عدم جواز الفسخ وان كان هو قد صرح به كما سمعت ، و يؤيد ذلك كله ما تسمعه انشاء الله في باب السلم من الحكم بالاببدال وعدم فسخ العقد ؛ ولعله لذا اقتصر في اللعة هنا فيما نحن فيه على أن له الابدال مضافاً الى أصالة لزوم العقد وغيرها فالمتجه حينئذ حمل الرد في كلام المصنف على ارادة رد المبيع لافسخ العقد ، ويكون الحاصل أن له الرد على كل حال ، وان أدى ذلك لو كان بعد التفرق ؛ وقلنا بعدم الابدال فيه الى بطلان العقد .

والمناقشة في أصل جواز الفسخ بأنه قد تشخص الكلى في المقبوض ، اذا فرض أنه فرد له ، ولادليل على أن العيب يسقط على فسخ مقتضى القبض ، والاصل براءة ذمة الدافع وبقاء ملك المدفوع اليه - يدفعها الاتفاق منهم ظاهر أعلى ذلك في المقام والسلم وغيرهما ، مؤيداً باطلاق ما دل على رد المبيع الشامل للمقام ، و ان اختلف هو مع الشخصى بكون رده مقتضياً لفسخ العقد ، بخلاف رده هنا باعتبار أن العقد قد وقع على ما هو اعم منه ، فأقصى ما يفيد رده ابطال التشخيص السابق لاصل العقد كما هو واضح .

﴿و﴾ حينئذ ففي المقام ان رد في المجلس كان ﴿له المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً﴾

لعدم المانع من التفرق ﴿و﴾ نحوه أما ﴿فيمابعد التفرق﴾ ففي الابدال ﴿تردد﴾ وخلاف فالمشهور بين من تعرض له من الشيخ وابن حمزة والفاضل والمحقق الثاني والشهيد الثاني أن لذلك، وفي الدروس «لا يجوز على الاقرب» وهو ظاهر للمعة أيضاً وعن أبي علي أنه يجوز الابدال ما لم يتجاوز يومين فيدخل في بيع النسيئة، لكنه لم يقيد بالتعيين و عدمه، وكأن وجه العدم أن الابدال يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق، وأن المبيع حقيقة انما هو البديل، وقد حصل التفرق قبل قبضه، فيكون الصرف باطلاً، فلا يجوز له أخذ البديل، ويدفعه أن التقابض تحقق في العوضين قبل التفرق، لان المقبوض و ان كان معيباً، الآن عيبه لم يخرج عن حقيقة الجنسية، ولاجل ذلك ملكه المشتري، وكان نماؤه له من حين العقد الى حين الرد، والفسخ بالرد طار على الملك بسبب ظهور العيب، فيكون البيع صحيحاً، وله طلب البديل بعد التفرق، اذا في الذمة وان كان أمراً كلياً الا أنه اذا عين في شيء وقبضه المستحق عين وثبت ملكه له فاذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته تدار كالأفائت حقه، فاذا فسخ رجع الحق الى الذمة فتعين حينئذ عوضاً صحيحاً، وبهذا ظهر أن الاول كان عوضاً في المعاوضة، وقد قبضه قبل التفرق، فتحقق شرط الصحة، فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارى على العوض، المقتضي لعوده الى الذمة، وكون البديل عوضاً لا يقتضي نفى عوضية غيره، فلا يقتضي التفرق قبل قبضه العوض في المعاوضة.

واما ما عن الايضاح من أن جواز الابدال يستلزم عدمه، لانرده هو رفع تعيين البيع فيه، وهو يستلزم انتفاء كون المردود المبيع في الماضي والمستقبل، لأن المبيع واحد، فلا يكون قد قبض المبيع قبل التفرق فيبطل الصرف، اذ يمكن منعه عليه بالتزام عدم وحدة ما يتحقق به المبيع حتى في الزمان، فقد ظهر أن الأقوى جواز الابدال كما أن الأقوى عدم اعتبار التقابض في مجلس الرد وفاقاً للشهيد في الحواشي والمسالك والمحقق الثاني في جامعه، للأصل السالم عن المعارض؛ اذ القبض الاول اما أن يؤثر في صحة البيع أولاً، والثاني يستلزم بطلان البيع من رأس والمفروض خلافه؛ والاول

يستلزم عدم اشتراط قبض البدل ، وبالجمله أدلة التقابض انما يظهر منها اعتباره في مجلس العقد وقد حصل ، فغيره على الأصل، فما عن الايضاح من الا اشتراط ضعيف كالا شكال في القواعد، وان كان وجهه أنه قبض عوض الصرف ، لأن القبض الأول قد ارتفع، وفيه ما عرفت ، فقد بان أن الأقوى عدم الاشتراط كما أنه مما ذكرنا سابقا ظهر مستند القول بالاببدال وعدمه ، وأما ما عن أبي على ففي خبر اسحق (١) عن الكاظم عليه السلام إشارة اليه قال : « سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يبيعنى الورق بالدنانير وأترن منه فأزله حتى أفرغ ، فلم يكن بينى وبينه عمل الآن في ورقه نفاية وزيوفا وما لا يجوز ، فيقول : انتقدها ورد نفايتها ، فقال : ليس به بأس، ولكن لا يؤخر ذلك اكثر من يوم أو يومين ؛ فانما هو الصرف ، قلت : فان وجدت في ورقه فضلا مقدارا فيها من النفاية قال : هذا احتياط هذا أحب الى » وهى كما ترى ولو كان العيب فى البعض ، فحكمه حكم الكل فى جميع ذلك، الآن فى رده وحده أو رد الجميع لثلاثتبع بعض الصفقة على البايع ما عرفت سابقا ، كما أن الحكم كذلك أيضاً فى مختلف الجنس وان زاد عليه بجواز أخذ الأرش فى المجلس وبعده على البحث السابق ، لكن صرح فى المختلف هنا « بأن له الارش مع التفرق » بل لعله المفهوم من عبارة القواعد أيضاً وهو موافق لما قدمناه من عدم منافاته للصرف .

نعم قد أطلق هنا فى المحكى عن المبسوط والخلاف والوسيلة الامساك مجاناً مع عدم تقييد الأول والثالث باتحاد الجنس وفرضه فى الثانى مع اختلافه ، ولعله لأن الأرش انما يثبت فى أحد العوضين اذا تعين أن غير المعين ماهية كلية فى الذمة ، وانما يحمل اللفظ على الصحيح ، فاذا دفع اليه بعض جزئيات الكلى معيبا كان له ابداله ؛ فلا يتعين كونه معيبا كى يستحق جبره بالأرش ؛ ولذا حكى عن شرح الارشاد للفخر الجزم بعدم الأرش أيضاً ، بل هو ظاهر الشهيد أو صريحه فى الحواشى، بل يؤيده ما سمعته منهم فيما اذا خرج المسلم فيه معيباً من التصريح بعدم الأرش بل ظاهر المسالك هنا أنه من المسلمات ؛ وهو متجه بناء على أن له الابدال هنا، إذ لا فرق حيثئذ بينه وبين المسلم فيه .

نعم يمكن القول بثبوت الارش فيهما معاً باعتبار تشخصه بالقبض فيشمله ما دل عليه في المبيع المعيب ، ولا ينافيه جواز المطالبة بالاببدال، أللهم الا أن يقال ان الارش انما ثبت عوضاً عن وصف الصحة الذي لا يمكن تداركه الا به لو كان المبيع شخصياً أما اذا كان كلياً فهو ممكن بالاببدال ، فلا يلزم به البايع ومن ذلك كانت المسألة محل تردد ، وان كان الاول أقوى ان لم يكن اجماع على خلافه ، والله أعلم.

ثم انه حيث يثبت الرد لا يمنعه نقص السعر عندنا ولا زيادته ، للاصل و اطلاق الادلة خلافاً لبعض العامة فجعل النقص كحدوث العيب فيه ، وهو قياس ومع الفارق، ولو تلف أحد العوضين المعينين في الصرف بعد التقابض ، ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بان بطلان الصرف ، وكان العوض الآخر لصاحبه ، و يضمن التالف بالمثل ان كان نحو الذهب والفضة والدرهم والدينار و بالقيمة في الحلى ونحوها و لو كان العيب من الجنس لم يكن له الارش مع اتحاد الجنس ، بناء على ثبوت الربابه. نعم قيل ان له الفسخ ويرد مثل التالف أو قيمته ان لم يكن له مثل وفيه نظر، أما مع اختلافه فله الارش على البحث السابق ، ولو كانا غير معينين وكان التالف معيباً من غير الجنس لم يبطل الصرف قبل التفرق .

نعم هو كذلك بعده ولو كان معيباً بالجنس كان له أخذ الارش مع اختلاف الجنس قبل التفرق وبعده ، على البحث السابق وليس له فسخ العقد على القول به هناك، لان التلف مانع له ، والظاهر أن المطالبة بالبدل كذلك، أما متحد الجنس فليس له الارش، بناء على ثبوت الربابه ، و له الرد في وجه بل قول قد تقدم ، لتوقف تحصيل حقه عليه ، والظاهر أن الابدال كذلك ، ومن ذلك كله يعلم من في اطلاق القواعد ، قال : « لو تلف أحدهما بعد التقابض ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل الصرف، و يرد الباقي و يضمن التالف بالمثل أو القيمة ، ولو كان من الجنس كان له أخذ الارش مع اختلاف الجنس والا فلا » ويمكن أن يريد المطلقين فيحتاج الى قيد التفرق ، للبطلان والامر سهل.

ولعل اضطراب كلامهم فى المقام يشهد للمختار سابقا، ضرورة كون المقام خيار العيب فى غيره ، وليس له أدلة مخصوصة تخصه ؛ وقد عرفت سابقا سقوطه بالتلف والتصرف ؛ فبناء على المختار من ثبوت الارش فى متحد الجنس ولاربا ، وعلى ثبوته أيضاً فى مختلف الجنس بعد التفرق ، ولأينا فى الصرف ، وعلى ثبوته فى الكلى أيضاً يتجه حينئذ القول بسقوط الرد المقتضى للفسخ أو الابدال بالتلف ويتعين الارش أما على غيره فيشكل مع التزامهم بسقوط الرد والارش من حيث الربا أو الصرف أو الهبة ؛ بأنها معاملة ضرورية لا جبر لها ، وبمنافاته لاطلاق أدلة العيب ، ومع التزامهم برد المثل أو القيمة عوض رد العين كى يترتب عليه الفسخ أو الابدال ؛ بأنه مناف لمادل هنا من اعتبار قيام العين فى الرد خصوصاً الرد الموجب للابدال .

ومن ذلك يظهر لك قوة المختار المطرد على جميع الاطوار ويجوز اخلاذاً أحد المتعاقدين الى الآخر فى قدر عوضه فيصح البيع فيما يشترط فيه القبض فى المجلس قبل اعتباره ، فلو أخبر بوزن المعين فاشتراه بجنسه ثم وجد نقصا تبين بطلان الصرف قبل التفرق وبعده ؛ لاشتمال أحد العوضين على زيادة عينية يتحقق بها الربا كما صرح به الفاضل وغيره وكذا لو كان الزايد معيناً والمطلق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه ، بل وكذا لو كانا مطلقين وكان أحدهما ينقص عن الآخر بحسب نوعه .

نعم قد يناقش فى أصل تحقق الربا بذلك كما استسمع فى صورة الزيادة التى يعجز مثله فى صورة النقيصة ، لكن بالنسبة الى الثمن ، والاصل فى المسألة ان نقصان المبيع الشخصى وزيادته فى متساوى الاجزاء يقتضى بقاء الزيادة فى الثمن والمثمن على ملك مالكهما وعقد البيع لم يؤثر نقلهما عن المالك ؛ وان كلامهما ملك للبائع والمشتري ، وان ثبت الخيار فعلى الاول لاربا فى الفرض بخلاف الثانى ، والمسألة من المشكلات كما تقدم الكلام فيها ، فى أحكام العقود ، وكلمات الاصحاب ، فيها فى غاية الاضطراب ؛ وفيها خبر (١) فى مختلف الاجزاء يوافق الاول ، اللهم الا أن يراد منه ومن الفتاوى اثبات فرد آخر للخيار وهو الاخذ بالحصصة فى مختلف الاجزاء و أولى منه المتساوى من

غير فرق بين الثمن والمثمن ، ولعله لا يخلو من قوة ، وحينئذ يتجه الربا مطلقاً فتأمل جيداً ، فانه دقيق جداً .

ولو اشتراه أى المعين بغير جنسه كذلك فظهر النقص تخيير بين الرد والاخذ بالحصصة ان كان متساوى الاجزاء ، والاتخير بين الامساك بجميع الثمن والرد على ما تقدم سابقاً فى أحكام العقود فلاحظ وتأمل ، وكذا المطلق والمعين ، والمطلقين ولو كان قد وجد هذا زيادة أو هـى .

المسألة (الرابعة) التى ذكرها المصنف فقال : ﴿ اذا اشترى ديناراً بدينار ودفعه فزاد زيادة لا تكون الا غلطاً أو تعمداً كانت الزيادة فى يد البائع أمانة وكانت للمشتري فى الدينار مشاعة ﴾ كما صرح به الفاضل والمحقق الثانى هنا وغيرهما .

نعم فى المسالك « المراد أنه اذا اشترى ديناراً مثلاً فى الذمة بدينار كذلك ، وان كان قوله ودفعه قديومهم التعيين ، اذ لو كانا معينين لبطل الصرف من حيث اشتغال أحد العوضين على زيادة عينية ، وكذا لو كان الزائد معيناً والمطلق مخصوصاً بقدر ينقص بحسب نوعه .

قلت : قد يناقش فيه بأن الزيادة بناء على أنها غير داخلية فى المبيع ، للحكم بأنها للدافع كما تقدم سابقاً فى أحكام العقود فى متساوى الأجزاء ، فكيف يلزم الربا ، وبأن الربا قد يتصور أيضاً فى المطلقين اذا كان أحدهما ناقصاً عن الآخر بحسب نوعه .

وكيف كان فلا أجد خلافاً فى صحة الصرف حيث لا يستلزم الربا ، بأن كان الزائد مثلاً ليس أحد عوضى المعاملة ، وانما دفع عوضاً عما فى الذمة ، فانفق أنه كان زائداً عن وزن ما جعل عوضاً ، ولا يخرج بهذه الزيادة عن كونه فرداً للكلية التى فى الذمة وان كان مقدراً بالوزن الناقص ، الا أنه لم يؤخذ ذلك وصفاً مشخصاً له على وجه يخرج الزائد عن كونه فرداً .

ولو فرض كونه كذلك ؛ فلا ريب فى بطلان الصرف اذا كان قد بان بعد التفرق وقبله يطالب بالبدل ، الا أن ذلك غير مانح فيه ، والزيادة فى الفرض للبائع قطعاً ،

كالقطع بانها أمانة مالكية مع التعمد ؛ بل في المسالك «أنه محل وفاق» أما مع غيره كالغلط أو شك فيها فالأقوى كونها كذلك أيضاً ، أى بالنسبة الى عدم الضمان وفاقاً لأول الشهيدين وثانيهما ومحكى المبسوط ، للاصل بعد أن كان وقوعها في يده من غير تعدمه ، بل باذن مالكيها ، وليست من المقبوض بالسوم قطعاً ، ولأولى منه بالضمان لو قلنا به ؛ والاقدام على قبضها من العوض لم يصلح تسببه للضمان .

وعوموم «على اليد» (١) بحيث يشمل النزاع محل منع ، خصوصاً بعد عدم الجابر له فيه ، بل في المسالك «أن الثابت على الأخذ في الخبر غير مبين ، ولعله للحفظ أو نحوه كما يرشد اليه الامانات المقبوضة باليد ؛ مع عدم الحكم بضمانها ؛ والقدر المتفق عليه وجوب حفظها .

و ان كان قد يناقش فيه بمعلومية استدلال الاصحاب به في سائر المقامات على الضمان ، فلا أقل من أن يكون ذلك مرجحاً له على تقدير الحفظ ، فضلاً عن فهم العرف له من لفظ على ، مع أن ارادة الامرين منه ممكن ، بل ربما قيل : انه أنسب باطلاقه ، فتقييده باحدهما سيما الحفظ من غير داع لاوجه له ، فالأولى حينئذ في رد الاستدلال به ما عرفت ، أو أن المنساق منه الأخذ عدواناً ، أو من غير اذن المالك كما يؤول الى استدلال الاصحاب به في نحو هذه المقامات ، فتأمل فماعن فخر المحققين وتبعه الكركي والسيد في الرياض من أن الاصح الضمان ضعيف .

انما الكلام في أنها أمانة شرعية - لعدم علم المالك بها فضلاً عن قصده الامانة ، فهي كالمتاع في الصندوق والمستعار ولم يعلم به المالك - أو مالكية نظراً الى استناد دفعها اليه وصدق تعريفها المشهور الذي هو الاستناد الى المالك و من في حكمه عليها وجهان ، أصحهما الأول ضرورة ارادة تأمين المالك لها من الأمانة المالكية ، لا مجرد أخذها من يده أو دفعه اياها ، ولو على وجه الامانة كما هو واضح ؛ بل ما ذكر من حكم الامانة المالكية والشرعية من عدم وجوب رد الأولى على الفور ، وعدم اعلام المالك بها ،

بخلاف الثانية ظاهر فيما ذكرنا ، اذلاوجه لذلك فيما نحن فيه، هذا.

وفى القواعد «ان لآخذ الزيادة الفسخ للتعيب بالشركة ان منعنا الابدال مع التفرق، وكذا لدفعها اذ لا يجب عليه أخذ العوض، نعم لو لم يفترقا رد الزايد وطالب بالبدل، واليه يرجع ما فى المسالك قال :و«على تقدير الغلط اما أن يتبين الحال قبل التفرق أو بعده، فان كان قبله فلكل منهما استرداد الزايد و ابداله ، و ليس للاخر الامتناع تحرزا من الشركة ، وان كان بعد التفرق فان جوزنا الابدال للمعيب من الجنس كما تقدم، فكذلك ، والاثبت الخيار لكل واحد منهما لعيب الشركة» .

ونحوه فى جامع المقاصد ؛ ومقتضى الجميع عدم جواز الفسخ مع جواز الابدال، و به صرح فى جامع المقاصد قال : «لانه طريق الى التخلص من العيب فلا يثبت فسخ المعاوضة اللازمة ، وفيه أن مثله جار فى المسألة السابقة مع أنهم حكموا بالرد والامساك والمطالبة بالبدل ؛ اللهم الا أن يدعى الفرق بين عيب الشركة وغيره ، فيتمسك فى الثانى باطلاق دليل الرد به الشامل للابدال والفسخ، بخلاف الاول الذى دليله لاضرر، المرتفع بمشروعية الابدال والله أعلم.

المسألة ﴿الخامسة: روى﴾ أبو الصباح الكنانى (١) عن الصادق عليه السلام فى القوى جداً أن لم يكن الصحيح ما يستفاد منه ﴿جواز ابتياح درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم﴾ قال : «سألته عن الرجل يقول للصايغ صغ لى هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجياً بدرهم غلة ، قال : لا بأس ، وعمل بها الشيخ فى النهاية ، فقال : «لا بأس أن يبيع درهماً بدرهم ويشترط صياغة خاتم أو غير ذلك من الأشياء» بل عن كشف الرموز أن الرواية مقبولة غير مطعون فيها ، وأن المشايخ اعتمدوا عليها وأن المخالف صاحب الوسيلة ، وان العجلى متردد وأن العمل بها أظهر بين الأصحاب مستثنى من الآبة وعموم الرواية ، وظاهره انحصار المخالف فى ابن حمزة كالمحكى عن ايضاح النافع .

و ظاهر المصنف هنا العمل بها أيضاً ، بل هو صريحه فى النافع كالفاضل

في التحرير ومحكي التلخيص ، بل قيل انه ظاهره في التذكرة ، وأما ابن ادريس فانه بعد أن ذكر ما في النهاية وجه الفتوى بذلك أن الربا هو الزيادة في العين اذا كان الجنس واحداً ، وهنا لا زيادة في العين ، ويكون ذلك على وجه الصلح في العمل ؛ فهذا وجه الاعتذار له اذا سلم العمل به ، ويمكن أن يحتج لصحته بقوله تعالى (١) (أحل الله البيع وحرم الربا) وهذا بيع ، والربا المنهي عنه غير موجود ، لاحقية لغوية ولا شرعية ولا عرفية . وفيه ما قد عرفت سابقاً من تحقق الربا بمطلق الزيادة في المتجانسين ، ضرورة عدم صدق المثل بالمثل معها ، وفي صحيح عبد الرحمن (٢) ان الناس لم يختلفوا في النسيء أنه الربا ، كما في خبره الآخر (٣) « جاء الربا من قبل الشروط ، وانما تفسده الشروط » بل يمكن دعوى اتفاق الاصحاب على ذلك ، لا يقال اذا كان وصف الخاتمية مثلاً لا يتحقق به الربا ، ولذا جاز بيعه بمثله فضة غير خاتم ، فاشتراطها غير قادح أيضاً ، لاننا نقول ان الشرط هنا العمل وهو صياغتها خاتماً لا وصف الخاتمية ، ولا ريب في تحقق الربا بمثله .

نعم لو كان الشرط مثلاً بيعه بفضة مصوغة خاتماً ، أمكن عدم تحقق الربا ، لعدم اشتراط العمل ، فهو كبيع الفضة بالفضة من الدراهم مثلاً ، أو بفضة من جنس المصوغ على وجه خاص ، ونحو ذلك بما هو أفراد للمبيع ، وبالأوصاف والشرط يتعين بعض أفرادها ، ومثله لا يتحقق به الربا قطعاً ، اذ ليس مطلق الاشتراط في أحد العوضين يتحقق به ذلك ؛ ولعل من ذلك اشتراط الخيار لأحدهما ، فانه لا يتحقق به الربا أيضاً اذ أقصاه صيرورة البيع بالنسبة إلى أحدهما جازياً ، بل قد يقال بعدم تحقق الربا باشتراط غير موضع العقد للتسليم ؛ نحو ما قيل في الفرض ، بل لأجد خلافاً فيه بين من تعرض لذلك ، كالفاضلين

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٤

(٢) الوسائل الباب ١٥ - من أبواب الصرف الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب الصرف الحديث ١ لكنه عن خالد بن الحجاج

والشهيد و المحقق الثاني وغيرهم والظاهر أن ذلك منهم فيه ، للاصل و العمومات مع فقد المانع من نص واجماع ، لاختصاصهما بالمنع عن القرض بشرط النفع ، وليس الانقاد في بلد آخر منه ، ولعل مانحن فيه كذلك ، اذ ليس هو الاشتراط موضع خاص من مواضع التسليم غير ما انصرف اليه العقد ، وحينئذ فيكون ما ورد من الصحيح (١) «في الرجل يسلف الرجل الورق على من ينقدها بأرض أخرى ؛ و يشترط عليه ذلك ، قال لا بأس» ونحوه الخبر مؤكدا لما عرفته من القاعدة .

لكن في التحرير «يجوز ان يعطى عشرة دراهم أو دنانير و يشترط عليه أن ينقدها اياه بأرض أخرى مثلها في العدد و الوزن من غير تفاضل قرصاً لبيعاً» و ظاهره الفرق بين القرض و البيع في ذلك ، وفيه نظر ان لم يرد من جهة الصرفية .

نعم لو اشترط عليه حمل المبيع مثلاً الى بلد آخر تحقق الربا ، لاما اذا كان كلياً و اشترط خصوص موضع للتسليم ، بل قد يظهر من خبر محمد الحلبي (٢) جواز اشتراط بيع الربوي بمثله في عقد ربوي آخر ، قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستبدل الكوفية بالشامية و زنا بوزن ؛ فيقول الصير في لأبد لك حتى تبدل لي يوسفية «ببغلية» (٣) و زنا بوزن فقال لا بأس به ، فقلنا له : أن الصير في يطلب فضل اليوسفية على «البغلية» (٤) فقال : لا بأس به : فتأمل جيداً .

وكيف كان فلا ريب في أن مانحن فيه ليس شيئاً من ذلك ، بل متى اشترطه او نظيره من باقى الاعمال تحقق الربا ، فانحصر الطريق حينئذ في الخروج عن ذلك بالخبر المزبور

١- الوسائل الباب ١٤ من ابواب الصرف الحديث ١-٣-٤-٥

٢- الوسائل الباب ٧ من ابواب الصرف الحديث ١ مع اختلاف يسير

٣- ٤- هكذا في النسخ المصححة ، والصحيح (بغلة) بكسر الغين المعجمة كما في الوسائل و التهذيب و الكافي و ياتى عن المصنف نقل تفسيرها بالمغشوش عن الفقهاء و بعض أرباب اللغة .

لكن قد يناقش فيه بعد تسليم اعتبار سنده ، بانه لدلالة فيه على ذلك اذ مورده اشتراط الابدال فى الصياغة لا العكس ، ومع فرض صحة وقوع هذا الابدال عوضاً عن الاجارة او الجمالة يرتفع الاشكال ، اذ لربا فى نفس عقدي بيع الدرهم بالدرهم ، والمحرم منه الزيادة فى عقد بيعه فيكون ذلك حيلة للتخلص من الربا .

ودعوى أنه يؤول الى كون الثمن للطازجى الغلة والعمل ، يدفعها منع تحقق الربا بنحو هذا الأول ، ومع تسليمه فليست المسألة من البيع بشرط ذلك ، و يمكن أن يكون من المقابلة التى لا يترتب عليه التزام ، ولكنه لا بأس به مع التراضى من غير اشتراط ؛ كما يمكن أن يكون ذلك من الابدال الذى هو من الاعمال ؛ لخصوص البيع منه .

وبما فى الروضة والمسالك من أن الصياغة وقعت من جانب الغلة ، وقد حكى عن بعض أهل اللغة وجماعة من الفقهاء أنها المنغشوش ، والطازج الخالص ، فيكون الغش حينئذ والصياغة فى مقابلة ما زاد عليه من الطازج ؛ وهذا مانع منه فى البيع و غيره ، وفى شرط صياغة خاتم وغيره من الصنایع و الاعيان ، فتكون الرواية حينئذ موافقة للصواب ، ولا يقتصر على مضمونها .

وباحتمال كون المراد بالصياغة بأجرتها والابدال ، وعدو بغير ذلك من الاحتمالات التى تسقط الخبر عن الدلالة على ذلك الذى هو مبنى على مساواة درهم الغلة و الطازج بالوزن ، وأنهما مختلفان بالجودة والرداية لا غير أو بالصحة والكسر ، أو أن الاول العتيق والثانى الجديد ؛ ونحو ذلك مما لا يجوز التفاضل فيهما ، ومنه بيع أحدهما بالآخر مع اشتراط الصياغة ، والخبر ان لم يكن ظاهراً فيما ذكرناه فلا ظهور فيه فى ذلك قطعاً ، ولا جابر له ، اذ المشهور بين المتأخرين عدم العمل به على هذا الوجه ، بل صرح الفاضل فى المختلف والشهيدان والمحقق الثانى والمقداد وغيرهم بعدم العمل به بالنسبة الى ذلك

واغرب منه التعدية منه إلى مطلق الشرط وان كان عيناً، وإذا كان زيادة حكمية من غير فرق بين الثمن والمثمن، وقد سمعت عبارة النهاية ونحوها عن التذكرة، مع أنه لا إشعار في الخبر بالتعدية المزبورة ولا منقح من اجماع أو عقل .

ولذا قال المصنف : ﴿ وهل يتعدى الحكم ؟ لا يشبهه لا ﴾ وهو كذلك كما عرفت ، ولقد أجاد في الدروس في اصل تحرير المسألة حيث قال : « روى أبو الصباح جواز جعل بدل درهم طازج ، بدرهم غلة ، عوضاً لصياغة خاتم ، وحكم جماعة - بجواز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغة خاتم قال ابن ادريس : لان الزيادة ليست عيناً وورد بأن الربا يحصل بالزيادة الحكمية ، وظاهرهم جواز التعدية الى غير ذلك فان اعتمدوا على الرواية فلا دلالة لهم فيها ، والوجه المنع مطلقاً ، والرواية في الاجارة لا غير ، و كان العمل يجبر تفاوت ما بين الدرهمين اذا الطازج الخالص ؛ والغلة غيره » ولا ريب في أنه أولى من تعبير المصنف وغيره عن مضمون الرواية بأنه جواز بيع درهم بدرهم ، مع اشتراط صياغة خاتم ، لما عرفت من عدم كونه كذلك والله اعلم .

المسألة السادسة ﴿ قد عرفت من القواعد السابقة أن ﴾ الاواني المصنوعة من الذهب والفضة ﴿ يجوز بيعها بغير جنسها مطلقاً وبمجموع النقدين كذلك لانصراف كل الى ما يخالفه ، وبوزنها أو أزيد من أحد الجنسين ، لانصراف الزيادة حينئذ الى المخالف ، وعن فخر المحققين هنا الاجماع عليه ؛ وبالاقتصار مع العلم بزيادته على ما فيها منه ، زيادة تصلح للانصراف الى الجنس الآخر ، وعن الفخر الاجماع عليه هنا أيضاً ، من غير فرق في ذلك كله بين امكان تخليص أحدهما عن الآخر بحيث لا يتلف منه شيء و عدمه ، وبين العلم بقدر كل واحد منهما وعدمه ، للاكتفاء في المعلوماتية بوزن المجموع ، وبين غلبة أحدهما على الآخر وعدمه .

لكن في نهاية الشيخ الاواني المصاغة من الذهب والفضة معاً ان كان مما يمكن

تخليص أحدهما من صاحبه، فلا يجوز بيعها بالذهب أو بالفضة وان لم يكن ذلك فان كان الغالب الذهب لم تبع الا بالفضة، وان كان الغالب فيها الفضة لم تبع الا بالذهب، وان تساوى النقدان بيعت بالذهب والفضة معاً، ونحوها مافي التافع والارشاد والتحرير ومحكي السرائر، وقال قبل ذلك: «ولا يجوز بيع الفضة اذا كان فيها شيء من المس أو الرصاص أو الذهب أو غير ذلك الا بالدنانير اذا كان الغالب الفضة، فان كان الغالب الذهب، و الفضة الاقل، فلا يجوز بيعه الا بالفضة، ولا يجوز بيعه بالذهب نقداً، هذا اذا لم يحصل العلم بمقدار كل واحد منهما على التحقيق، وان تحقق ذلك جاز بيع كل واحد منهما بجنسه، مثلاً بمثل من غير تفاضل.

ولذا قال المصنف هنا في بيان حكمها، أي الاواني المزبورة ﴿ان كان كل واحد منهما معلوماً، جاز بيعه بجنسه من غير زيادة، وبغير الجنس وان زاد، وان لم يعلم وأمكن تخليصهما لم يبيع بالذهب ولا بالفضة، و بيعت بهما أو بغيرهما، وان لم يمكن و كان أحدهما أغلب بيعت بالاقل، وان تساوى تغليباً بيعت بهما﴾ وهو محصل كلام الشيخ.

كما أنه وافقه في الجملة في القواعد ومحكي التذكرة فقال «والمصاغ من النقدين ان جهل قدر كل واحد بيع بهما، أو بغيرهما، أو بالاقل ان تفاوت، وان علم بيع بأيهما شاء مع زيادة الثمن على جنسه، ولو بيع بهما أو بغيرهما جاز مطلقاً».

وقال في الوسيلة: «والمخلوط من الذهب بالفضة ضربان فان أمكن تخليص أحدهما من الآخر لم يعلم مقدار مافيه من الذهب والفضة، لم يجز بيعه بالذهب ولا بالفضة ولا بالمخلوط، فان أراد ذلك نواهاً وان علم مقدارهما جاز، وان لم يمكن التخليص وعلم مقدار كل واحد منهما جاز أن يباع بالذهب أو بالفضة أو بكليهما و بمخلوط مثله، وان لم يعلم المقدار وعلم الغالب يبيع بغير الغالب فان اشتبه يبيع بكليهما، وان ضم جنس آخر معه كان أحوط، وان كان كلا البديلين مخلوط كذلك لم يصح بيع

أحدهما بالآخر» وقال ابن الجنيّد كما في المختلف: «وإذا اختلط الذهب بالفضة لم يجز أن يشتري المختلط بواحد منهما وإن كان أحدهما مختلطاً بنحاس أو رصاص، فإن كان معلوماً جاز أن يباع الفضة بمثلها، واسقط الغش، وإن ابتاع المختلط منهما بشيء منهما بأن يجعل الذهب في الثمن ثمن الفضة من السلعة، والفضة من الثمن ثمن الذهب من السلعة جاز، وقول النبي ﷺ (١) «بيعوا الذهب بالفضة يدأيد كيف شئتم» مبيح لذلك في الاختلاط والانفراد والزيادة والنقصان، فإن كان العين المختلط في أحدهما لا يحكم له في نفس الاسم كالاسرب الذي فيه فضة، لا يحكم لها جازاً شراءً بفضة دون وزنه، ولو كان هذا حكم الذهب والفضة، فغلب أحدهما كان شراء ذلك بعروض غيرهما أحب اليّ» والجميع كما ترى مخالف لتلك القواعد، أو فيه ما هو كذلك كما لا يخفى على من تأملها وتأمّله.

وقد ذكر الشهيد في المسالك جملة من مواضع المخالفة التي تظهر بأدنى التفات هذا مع أنه لم نقف لهم على ما يشهد لهم من النصوص، سوى خبر إبراهيم بن هلال (٢) قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام جام فيه ذهب وفضة اشتريته بذهب أو فضة فقال إن كان تقدر على تخليصه فلا، وإن لم تقدر على تخليصه فلا بأس» وخبر أبي عبد الله مولى عبدربه (٣) قال: «سألت الصادق عليه السلام عن الجوهر الذي يخرج من المعدن وفيه ذهب وفضة وصفر جميعاً، كيف تشتريه، فقال: تشتريه بالذهب والفضة جميعاً» وخبر عبد الله بن سنان (٤) قال: «سألت الصادق عليه السلام عن شراء الذهب فيه الفضة بالذهب قال: لا يصلح إلا بالدنانير والوزق» وغير ذلك من النصوص (٥) التي تسمعها في تراب الصباغة لكن

١- سنن البيهقي ج ٥ ص ٢٨٢

٢- الوسائل- الباب ١٥- من أبواب الصرف الحديث- ٥

٣- ٤ الوسائل الباب ١١- من أبواب الصرف الحديث- ٥- ٣

(٥) الوسائل الباب ١٦- من أبواب الصرف

لادلالة فيها على تمام ما ذكره ، مع أن في سند الاول منها الذي لم يتضمن التفصيل بالتخلص وعدمه وغيره ، ما يمنع من العمل به ، مضافاً الى عدم القول باطلاقه منهم ؛ كاطلاق غيره من النصوص السابقة المحمول قطعاً على الغالب من عدم العلم بالمساواة في شراء الممتزج بأحدهما فلا تكون مخالفة حينئذ للقواعد السابقة ، وقد يحمل كلام الاصحاب أو بعضهم على ذلك أيضاً خصوصاً بعد معلومية عدم التغاين عادة ، الا أن ما ذكره من البيع بالاقل على تقدير الغلبة لا محمل له ، واعتذر عنه الشهيد بارادة المحافظة على طلب الزيادة قال في الدروس : «والاناء المصوغ من الجوهرين أو الحلي منهما يباع بغيرهما أو بهما مع علم وزن المبيع ، وان لم يعلم وزن كل واحد منهما ، اذا لم يمكن التخلص ؛ ولو بيع بالجنس الواحد لم يجز ، الا أن يقطع بزيادة الثمن» وقال الشيخ وجماعة « يباع بالاقل محافظة على طلب الزيادة » وفيه أن الزيادة المعتبرة في الثمن غير جنسه ، يمكن تحققها مع الاقل والاكثر ، أو مع ذلك فالارشاد الى الزيادة غير كاف في التخصيص الموجب لتوهم المنع عن غيره .

لكن قد يظهر منه عدم خلاف الشيخ الا في ذلك الذي حملة على ما عرفت ، كما عساه يظهر من المحكي عن شرح الارشاد للفخر قال : «ان المصوغ من النعدين يجوز بيعه بأحدهما بوزن المجموع أو أزيد ، اجماعاً الى أن قال وان لم يبيع بوزن المجموع فلا يخلو اما أن يعلم زيادته على جنسه أولاً ، و الاول يصح اجماعاً ثم قال ان لم يمكن التخلص فالاصح عندي أنه لا يصلح بيعه به ، وقيل يصح بيعه بالانقص ، وهو مشهور عند الاصحاب ؛ وهذا خلاف قاعدتهم لانهم مع امكان الربا حرموا عليه الزيادة لكن بنوا ذلك على أن العاقل لا يقع في معاملاته التغاين وهذا ليست امارة حسية ولا عقلية بل زعموا أنها شرعية بنص الاصحاب .

قلت يمكن أن يريدوا انه اذا بيع بالاقل كان هناك طريق للتخلص من الربا

لو اريد بيعه بأحدهما بأنقص من وزن مجموعته، بأن يشتريه مثلاً بوزن نصفه من جنس الأقل للقطع حينئذ بالزيادة، لأن الفرض غلبة الجنس الآخر، بخلاف ما لو بيع بالجنس الآخر فلا يعلم زيادة الثمن حتى يباع بوزن مجموعته، والغالب في معاملات الناس عدم شراء المركب منهما بوزن أحدهما، ولذا اطلق في كلامهم عدم جواز بيعه بالذهب أو الفضة كالنصوص، ونحوها تقدم في عبارة المصنف في المغشوش، كما أن قول المصنف بجواز بيع كل واحد منهما بجنسه مع العلم بقدره من غير زيادة متجه، ضرورة تحقق الربا بالزيادة، ولا يدفعها تعدد الجنس، بعد أن عين الثمن لكل منهما من جنسه، إذا انصرف الى المخالف انما هو اذا بيع بالمجموع من غير تعيين.

وكيف كان ان أمكن ارجاع كلام الجماعة جميعه أو بعضه الى مقتضى القواعد السابقة فمرحباً بالوفاق، والا كان محلاً للمنع، لعدم دليل صالح للخروج به عنها، كما هو واضح.

ثم ان مقتضى الأدلة السابقة الصريحة في اشتراط المماثلة ببيع المتجانسين، وحرمة التفاضل و المبالغة في شدة حرمة الربا اعتبار القطع هنا بزيادة الثمن على المجانس اذا اريد البيع بجنس أحدهما، ليتخلص من الربا، بصيرورة الزيادة في مقابلة الجنس الآخر كما صرح به في الدروس و استجوده في الروضة، وتعدر العلم أو تعسره بالابتخلص الموجب ضرراً بتلف البعض، لا يجوز الاكتفاء بغيره، ولو كان ظناً غالباً، خلافاً لللمعة فاكفى به لعسر العلم اليقيني بالقدر غالباً، ومشقة التخليص الموجب له، وفيه منع، ولو سلم فليبيعه بغير الجنس أو بضمه اليه، نعم فديقال حيث لا يمكن التخلص من ضرر عدم العلم الابيه بالاكتفاء مع أنه لا يخلو من نظراًيضاً فتأمل. والمراد بإمكان التخلص أن يتخلص من دون أن يتلف شيء أو ينقص قدره أو وصفه والله أعلم.

المسألة ﴿السابعة﴾ : - قد عرفت مما تقدم من القواعد السابقة كيفية بيع المراكب والسيوف وغيرها المحلاة بأحد النقدين ﴿ان علم﴾ قدر ما فيها بيعت بجنس الحلية بشرط أن يزيد الثمن عما فيها ليتخلص من الربا بمقابلة الزيادة لذي الحلية ﴿أو توهب﴾ بعد البيع أو قبله ، فتكون الحلية حينئذ مبيعة منفردة فلا يحتاج الى الزيادة بل لا يجوز معها لتحقيق الربا .

نعم يجب أن يكون الانتهاب ﴿من غير شرط﴾ في بيع الحلية بمساويها ، والا كان ربا كما عرفته فيما تقدم ، ولو وهبه قبل البيع صح ، ولو اشترط في عقد الهبة بيع الحلية بالمساوي خلافاً للمسالك فلم يجوزه أيضاً وكأنه لانه يؤل الى البيع بشرط الهبة ، وفيه منع ، هذا اذا أريد البيع بجنس الحلية ﴿و﴾ أما لو باعه بغير جنسها فلا اشكال في الجواز ﴿مطلقا﴾ سواء زادت قيمته عليها أولا وسواء اشترط الهبة لو كان البيع للحلية خاصة أولا ﴿و﴾ أما ان جهل المقدار فالظاهر عدم الاشكال في أصل البيع ، لعدم اشتراطه هنا بالوزن ، للاصل المعتضد بالسيرة ، واطلاق النصوص سواء تمكن من النزاع بلا ضرر أولا ، لكن قديهم قوله في المتن ﴿ولم يمكن نزاعها الامع الضرر﴾ بيعت بغير جنس حليتها عدم الجواز مع التمكن ، ونحوه الدروس ، بل عن حواشي الشهيد التصريح بأنه لا يجوز بيع المحلى المجهول الا بعد تخليص الحلية ، الا ان يحصل نقص أو ضرر ، فيجوز مجهولا بالآخر ، وفيه منع واضح .

نعم لا يرتفع حكم الربا بذلك للاكتفاء فيه بوزن جنسه ، وليس هذا كالغزل الذي خرج بالصفة عن كونه موزوناً الذي قد صرح في النصوص (١) بجواز بيعه متفاضلا بل هو كثير الموزون لكبر أو صغر بل هو أولى منهما عند التأمل ، ضرورة موزونية الحلية لو كانت منفردة لأنها بالوضع على المحلى ، وصعوبة النزاع والتضرر به بيعت

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب الربا الحديث - ١٢ و باب - ١٩ - منه أيضاً

بلا وزن ، تبعاً للمحلى .

نعم يمكن التوقف فى بيعها منفردة مجهولة، بل لعل الاقوى فيه العدم ؛ وكيف كان فما ذكره المصنف من البيع بغير جنس الحلية لاشكال فيه ولا خلاف ﴿و﴾ أما ﴿ان بيعت بجنس الحلية﴾ فمقتضى القواعد السابقة بل حكى الاجماع عليه هنا ونفى الخلاف فيه آخر ، مضافاً الى ما سمعت من النصوص (١) جوازه اذا كان الثمن زائداً عليها، حتى يكون فى مقابلة ذى الحلية، أما اذا كان أقل فلا يجوز اجماعاً محكياً عن الخلاف، معتضداً بنفى الخلاف من غيره ، بل ومحصلاً لتحقيق الربا، وقد سأل منصور الصيقل (٢) أبا عبد الله عليه السلام عن السيف المفوض يباع بالدرهم فقال: ان كانت فضته أقل من النقد فلا بأس وان كان أكثر فلا يصلح» ونحوه مضمراً أبى بصير (٣) وهو قرينة على وهم الراوى عنه فى خبره الآخر (٤) قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: السيف أشتريه وفيه الفضة تكون الفضة أكثر أو أقل، قال: لا بأس» أو على أن المراد به فى فضته قلة أو كثرة على اختلاف أفراده فيقيد حينئذ بخبره الاول أي اذا كان ثمنه أكثر فلا بأس، أو كان مع الضميمة أو غير ذلك، جمعا بينه وبين ما عرفت من القواعد السابقة وغيرها .

لكن ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ فى النهاية ﴿يجعل معها شئ من المتاع ، وتباع بزيادة عما فيها تقريباً دفعاً لضرر النزاع﴾ قال فيها : « ومتى كانت محلاة بالفضة و أرادوا بيعها بالفضة وليس لهم طريق الى معرفة مقدار ما فيها ليجعل معها شيئاً آخرو يبيع حينئذ بالفضة اذا كان أكثر مما فيها تقريباً ، ولم يكن به بأس» ولم أجده لغيرها ، نعم نسبه فى التنقيح الى المبسوط والخلاف؛ وفى مفتاح الكرامة، لم أجده تعرض لذلك فى الكتابين بعد فضل التتبع، ويؤيده اقتصار جماعة على نسبته اليها .

١- الوسائل الباب ١٥- من ابواب الصرف

٢- ٣- ٤- الوسائل الباب ١٥- من ابواب الصرف الحديث ٨٧ و ٨٨ و ٨٩

وعلى كل حال فظاهرها كما قيل اعتبار الضميمة مع الحلية، بل عن حواشي الشهيد نسبتها الى محققهم، ولاوجه له، ضرورة عدم الفائدة لها بعد ان كان المحلى مضموما اليها، بل تستدعي زيادة في الثمن في بعض الاحوال. نعم لو ضمت الى الثمن المجانس افادت عدم اعتبار كثرته على المقابل؛ لاشتمال كل من العوضين حينئذ على جنسين، وقد عرفت انتفاء الربا فيه فتوى ونصاً، وحمل عبارة النهاية والتمن على ذلك ممكن، الا انه عليه لا ينبغي اعتبار كثرة الثمن لانحقيقاً ولا تقريباً، اللهم الا ان يريد انه يعتبر الضميمة اى الثمن اذا كان مجانساً الى الحلية، ولم تكن كثرته محققة بل تقريبية، فاذا اريد بيعه على هذا الحال اعتبر الضميمة الى الثمن، لكن الجميع كما ترى تكلف في تكلف.

ونحوه ما قيل من الاعتذار له على تقدير ارادة الضميمة الى الحلية بأنه لعله يريد أن يبيعه منفردة لا يجوز مع الجهل بقدرها وجهل المقابل لها، فيضم اليها المحلى أو شيء آخر حتى يكون سبباً لكثير الثمن على وجه يقطع بزيادته عليها، اذ هو أبعد مما ذكرنا، ومن هنا قيل ان الشيخ قد تبع في ذلك رواية حملت على سهو الراوى، قلت : هي خبر عبد الرحمن، (١) وقد رواه في المحكى عن كشف الرموز «سألته عن السيوف المحلاة فيها الفضة، نبيعهما بدراهم بنقد قال : كان أبى يقول يكون معها عروض أحب الى «وعود الضمير فيه الى الدراهم ممكن، بل هي أقرب من السيوف، والموجود في محكي التهذيب والكافي (٢) «سألته عن السيوف المحلاة فيها الفضة تباع بالذهب الى أجل مسمى فقال : ان الناس لم يختلفوا في النسيء انه الربا، وانما اختلفوا في اليد باليد، فقلت له : فنيعه بدراهم بنقد، فقال : كان أبى عليه السلام يقول : يكون معه عرض أحب الى؛ فقلت : اذا كانت الدراهم التي تعطى أكثر من الفضة التي فيها، فقال : فكيف لهم بالاحتياط بذلك، قلت له : فانهم يزعمون أنهم

(١) الاستدرك ج ٢ ص ٨٣ وهى قطعة من الروايات لها صدر وذي

(٢) الوسائل الباب - ١٥ من ابواب الصرف الحديث - ١ مع اختلاف يسير

يعرفون ذلك، فقال : اذا كانوا يعرفون ذلك فلا بأس يجعلون معه العرض أحب الى .
وتدكير ضمير معه وان كان كتذكير الضمير فى نبيه المعطوف ارادة المحلى منه؛ و
لكن قد يشهد لرجوعه الى النقد أو الى الثمن المفهوم من المقام؛ بل لو أنث أمكن رجوعه الى
الدراهم لا السيوف ، بل قد يشهد لذلك أيضاً قول السائل فقلت الى آخره، ضرورة
ظهوره فى أن السائل قد فهم ارادة العروض مع الدراهم، فسأله عن الاحتياج اليه مع فرض
كثرة الدراهم، فأجابه بأنه لا سبيل غالباً الى معرفة ذلك؛ فقال له: انهم يزعمون المعرفة
فقال له: لأبأس على هذا الفرض، إلا أنه ومع ذلك « فالعروض أحب » لعدم كون المعرفة
على جهة اليقين من المتعاملين، وأمر الربا شديد ينبغي شدة الاحتياط فى التحرز، على أن
الموجود فيما حضرني من نسخ التهذيب والكافى المعتمدة؛ والى جعلون الى آخره ،
على معنى أنهم ان لم يعرفوا ذلك يجعلون، ويكون المراد من قوله أحب حينئذ الوجوب،
نحو ما سمعته فى صدره.

وعلى كل حال فقد اتضح المراد بالخبر ويمكن حمل عبارة الشيخ عليه، والا كان
سهواً من قلمه الشريف ، كما أن ما فى ظاهر الارشاد من تعيين البيع بغير الجنس مع الجهل؛
بل والقواعد يجب حملها على ما هو الغالب من عدم القطع بالزيادة.

ثم ان ظاهر الخبر المزبور ان منع النسبة فى بيع الاثمان بعضها ببعض من جهة
الربا ولو مع اختلاف الجنس ، والمعروف أن المنع فى الاخير لا اعتبار التقابض فى
الصرف، اللهم إلا أن يكون اعتباره من جهة لزوم الربا غالباً على تقدير عدمه فى أحدهما
على وجه النسبة، كما هو صريح بعض العبارات المحكية عن المبسوط، ولا بعد فيه، اذ
غايته تحقق الربا فى الاثمان بذلك مضافاً الى التفاضل فى الجنس؛ والامر سهل ، إلا أن
قوله وانما اختلفوا الى آخره، ظاهر فى وقوع الخلاف باعتبار التقابض فيه، لان المراد به
اختلافهم فى اعتباره فيه وعدمه بعد اتفاقهم على منع النسبة، مع أنه لم نعرف خلافاً فى

اعتباره في بيع النقدين، اللهم الآن يكون ذلك اشارة الى ما ذكره محي السنة من العامة على ما قيل : من أن ذلك الى التفاضل في الجنسین يدأبید كان قدیما فی عصره عليه السلام ، و نسخ، وبقي عليه أقوام لم يصل اليه النسخ.

وعلى كل حال فهو صريح في عدم جواز البيع نسيئة وقال أبو بصير (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع السيف المحلى بالنقد، فقال : لا بأس به، قال : وسألته عن بيعه بالنسيئة، فقال : اذا نقد مثل ما في فضته فلا بأس، أو ليعط الطعام » وقال أيضاً في خبر ابن سنان (٢) : « لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بنساء اذا نقد ثمن فضته والا فاجعل ثمن فضته طعاماً ولنسيئته ان شاء ».

فما في مرسل اسحاق بن عمار (٣) ظاناً أن الراوى عبد الله بن جذاعة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السيف المحلى بالفضة يباع بنسيئة قال : ليس به بأس، لان فيه الحديد والسير يجب تقييده بما اذا نقد مثل ما فيه من الفضة، أو أن البيع كان بعرض أو غير ذلك، كما انه يجب حمل خبر محمد (٤) قال : وسأل عن السيف المحلى والسيف الحديد المموه بالفضة نبيعه بالدرهم قال : نعم وبالذهب وقال : انه يكره أن تبيعه نسيئة؛ وقال : اذا كان الثمن أكثر من الفضة فلا بأس، على ارادة الحرمة من الكراهة لو كان البيع بالنقد؛ وفي التهذيب بع بالذهب، مكان نعم وبالذهب، ولعله أولى؛ ويكون قوله أخيراً اذا كان الى آخره تقييداً للجواز بالدرهم.

وعلى كل حال فمقتضى اطلاق النصوص المزبورة وما شابها من الفتاوى المتضمنة لوجوب نقد ما يقابل الحلية لو كان الثمن نقداً في المجلس وتأجيل ماعداه؛ جريان حكم الصرف عليه اذا بيع بالائتمان، ولو ضم اليها غير ثمن فيقبض ما يقابل الحلية

منها وبؤخر الباقي ان شاء؛ بل صرح به في الدروس فقال: «لو جمع بين الربوي وغيره في عقد جاز، فان كان مشتملاً على أحد التقدين، اشترط قبض ما يوازيه في المجلس» وهو مؤيد لما ذكرنا سابقاً من أن المراد بانصراف كل جنس الى ما يخالفه عدم الربا خاصة، لا أن ذلك جار في غيره من الاحكام التي منها الصرف، فلا يجب التقابض؛ لانصراف كل الي ما يخالفه؛ فلا يكون من الصرف الذي هو بيع الاثمان بعضها ببعض، والله أعلم هذا.

وقد عرفت فيما تقدم أنه يجب العلم بكثرة الثمن اذا كان من جنس الحلية عليها؛ وفاقاً للدروس والروضة وغيرهما؛ وظاهر الباقي، ولا يكفي الظن احتياطاً من الربا؛ و للشك في شرط الجواز هنا، ولغير ذلك، لكن في اللمعة هنا «وحلية السيف والمركب يعتبر فيهما العلم ان أريد بيعها بجنسها فان تعذر كفي الظن الغالب» وفيه ما عرفت سابقاً فلاحظ وتأمل.

المسألة (الثامنة) لو باع ثوباً بعشرين درهماً * مثلاً * من صرف العشرين دينار لم يصح لجهالته * كما عن المبسوط التصريح به أيضاً قال: «اذا اشترى ثوباً بمائة درهم من صرف عشرين درهماً دينار لم يصح الشراء، لان الثمن غير معين ولا موصوف بصفة تصيره معلوماً» وفيه ان المتجه الصحة مع عدم الجهالة؛ ودعوى لزومها له ممنوعة، ومن هنا قيد البطلان في القواعد بتعدد الصرف بالسعر المذكور أو جهله، وقال في الدروس: «صح مع العلم لامع الجهل» وفي المختلف «اطلاق الشيخ ليس بجيد» لان مع وجود دراهم صرفها ذلك يصح البيع» وقد يستفاد من تحليل المتن التقييد أيضاً، لكن في المسالك «ان تعليله المنع بالجهالة يقتضى اثباتها وان وجد في المعاملة نوع صرفه ذلك وعلم به»

قلت: بهذا التعميم صرح في التذكرة، حتى قال: «لو كان نقد البلد صرف العشرين بدينار لم يصح أيضاً لأن السعر يختلف، ولا يختص ذلك بنقد البلد» وفيه إن المانع من الصحة إنما هو جهل الدراهم، وهي على هذا التقدير معلومة، والاطلاق منزل على نقد البلد أو الغالب إن تعدد، فمتى كان نقد البلد معيناً لذلك الصرف؛ أو الغالب وعين نوعاً بذلك صح، كما أنه يصح مع فرض العلم في غيرهما أيضاً، وتعدد أفراد العشرين بالصرف المزبور إذا لم يختلف الغرض باختلافها غير قاذح، اذ هو كافر ادكلى الدرهم مثلاً، والحاصل هذه المسألة جزئية من مسائل الجهل والعلم، فيدور الحكم في الصحة والفساد عليهما، ولعله مراد الشيخ من إطلاقه؛ كما أن إطلاق بعض من انتقد عليه كذلك، والامر سهل بعد وضوح الحال.

المسألة ﴿التاسعة لو باع ماء درهم بدينار الدرهما﴾ منه ﴿لم يصح﴾ بخلاف أجده ﴿للجهالة﴾ بالدينار أو الدرهم أو نسبة الدرهم إلى الدينار، لعدم تحققها باعتبار عدم ضرب السلطان قيمة للدينار؛ أو لعدم علم المتعاقدين بها، بل لو علم أن الدرهم يساوي ربع مثقال من الدينار؛ لأنهم لم يعلم نسبتة إليه لعدم العلم بوزن الدينار، يمكن البطلان أيضاً للجهالة، وفيه وجه بالصحة مع عدم علم الاستغراق، بل وفي سابقه وإن كان ضعيفاً، أما لو علم ذلك وعلم وزن مجموع الدينار لأنه لم يستحضر النسبة، أنه ربع أو أكثر أو أقل فالأقوى الصحة فيه.

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو كان ذلك ثمنًا لماربأ فيه﴾ ضرورة بناء المسألة على العلم والجهل الذين يعلمان كل بيع، وقدروى السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «في رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل، قال: فاسد؛ ففعل الدرهم

يصير ديناراً» ومقتضى التعليل فيه بل والقواعد أنه لو اشتراه مستثنياً منه الدرهم، في وقت العقد كان معلوم النسبة عندهما صحيح، ولو كان نسيئة، بل هذا هو مراد الاسكافي فيما حكى عنه، لو باع ثوباً بمائة درهم غير دينار نقد اجاز؛ فان باعه نسيئة لم يصح البيع. لانه لا يعلم قدر الدينار من الدرهم وقت الوجوب، وكذا كل ما اختلف جنسها.

كما أن ما عن الشيخ في المبسوط يجب حمله على عدم علم المتعاقدين حال العقد؛ قال: «إذا اشترى ثوباً بمائة درهم الا ديناراً، أو بمائة دينار الا درهماً لم يصح، لان الثمن مجهول، لانه لا يدري كم حصة الدرهم من الدينار، ولاحصة الدينار من الدرهم الا بالتقويم والرجوع الى أهل الخبرة، ونحوه عن ابن البراج والكراهة في خبر حماد بن ميسر (١)» عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم» يراد بها الحرمة أو أنه لا يعلم خصوص الثلث والربع مثلاً، نحو خبر وهب (٢) عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنه كره أن يشتري الرجل بدينار الا درهماً أو الا درهماين نسيئة، ولكن يجعل ذلك بدينار الاثلثا، والاربعة والاسدساً، أو شيئاً يكون جزءاً من الدينار» ومنه ﴿و﴾ من غيره يعلم أنه ﴿لو قدر قيمة الدرهم من الدينار﴾ بجزء مشاع فاستثناه ﴿جاز لارتفاع الجهالة﴾ بل لو قال استثنى الدرهم مع العلم منهما بما يخصه من الدينار. فهو كناية عن ارادة استثناء ذلك الجزء صحيح، بل لو لم يستحضرا النسبة الا أنهما يعلمانها بأدنى التفات لم يبعد الجواز لارتفاع الجهالة والله أعلم.

المسألة العاشرة: لو باع خمسة دراهم ﴿مثلاً﴾ بنصف دينار ﴿مثلاً﴾ قيل ﴿: والقائل الشيخ وغيره بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً﴾ كان له شق دينار ﴿بمقتضى الحقيقة اللغوية﴾ ولا يلزم المشتري ﴿شق﴾ صحيح ﴿لعدم كونه شق دينار حقيقة﴾ وانما هو نصف مثقال يساوي شق دينار ﴿الا ان﴾ يشترط أو ﴿يريد بذلك﴾ الصحيح من ﴿نصف المثقال عرفاً﴾ فان لم يكن عرفاً أو شرطاً أو قرينة حمل على الحقيقة

كما هو الضابط، لكن عن التذكرة البطلان مع عدم التعيين اذا اختلفت العرف، للجهالة، وفيه منع اذا لم يصل على حد الاشتراك ﴿وكذا الحكم فى غير الصرف﴾ ضرورة ابتناء المسألة على ما لا يخصه.

وعلى كل حال فلو اشترى منه مبيعاً آخر بنصف دينار فعليه شقان؛ فان بذل له ديناراً صحيحاً زاده خيراً ولو شرط عليه فى العقد الثانى اعطاء صحيح عنهما صح؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (١) السالم عن معارضة مقتضى البطلان من الجهالة وغيره، سواء لزم العقد الاول أولاً، خلافاً للمحكي فى المختلف عن مبسوط الشيخ فأبطل الثانى خاصة اذا كان الاول قد لزم وانقطع الخيار بينهما فيه، معلاله بأنه لم يرض بأن يكون ثمن الثوب الثانى نصف دينار حتى يزيد فى ثمن الثوب الاول، فيجعل المكسور من دينار صحيحاً، وهذه الزيادة لا تلحق بالاول لابرامه، ولان الزيادة مجهولة، فيكون الثمن فى الثوب الثانى مجهولاً فيبطل، وان كان العقد الاول لم يلزم لبقاء الخيار فيه بينهما فسد امعاً، لان زيادة الصفة منفردة عن العين مجهولة، فلا يصح إلحاقها بالثمن فلم تثبت فلم يرض بكون النصف دينار ثمناً حتى يكون معه هذه الزيادة فى ثمن الثوب الاخر فصار الثمن مجهولاً، وفيه بعد تجشم توجيه استدلاله، خصوصاً الثانى، بارادة الفسخ حيث لم يرض الا بذلك المتعذر، منع الجهالة، ومنع عدم صحة لحوقها الاول، وان كان قد أبرم، اذ حاصله تعيين فردين أفراد الدفع بالشرط، ولا مانع منه كما هو واضح، هذا وقد وقع فيما حضرنى من نسخة الدروس خلل فى النقل عن الشيخ حيث حكى عنه عكس ما ذكرنا فلاحظ وتأمل.

﴿و﴾ أما حكم ﴿تراب الصياغة﴾ المجتمع فيه غالباً من الذهب و الفضة

والرصاص وغيرها، فقد مر ما يستفاد منه حكمه فى تراب المعدن وفى الاوانى وغيرها،

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ٢ و باب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤

اذلا فرق بين الجميع في ذلك ف ﴿بياع﴾ حيثنذ ﴿بالذهب والفضة﴾ مثلاً ﴿معا أو بعوض غيرهما﴾ وباحدهما مع القطع بزيادته على مجانيته، أو بضم جنس آخر من نحاس أو غيره عليه؛ والامر ببيعه بالطعام في الخبرين الاتيين (١) دفعا لكلفة مشقة تحصيل العلم بالزيادة لو أريد بيعه بأحد الجوهرين لأنه يتعين ذلك فيه للاجماع على خلافه.

انما الكلام في حكمه باعتبار أنه مجتمع من مال الناس غالباً - وظاهر المتن وغيره بل قيل انه لا خلاف فيه أنه مجهول المالك فيتصدق به أو يباع ﴿ثم يتصدق به﴾ لأن أربابه لا يتميزون ﴿غالباً﴾ ولو في محصور قال علي بن ميمون الصايغ (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكتس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به؛ فمالك وإمالة، فقلت له: فان كان فيه ذهب وفضة وحديد فبأى شيء أبيعه؟ قال: بعه بطعام، قلت: فان كان لى قرابة محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم» وفي خبره الآخر (٣) «سألته عن تراب الصواغين وانا ببيعه، قال: أما تستطيع ان تستحله من صاحبه قال: قلت لا، اذا أخبرته اتهمنى، قال: بعه، قلت: فبأى شيء نبيعه؟ قال: بطعام، قلت: فأى شيء أصنع به، قال: تصدق به، إما لك، وإمالة، قلت: ان كان ذا قرابة محتاجاً فأصله قال: نعم».

الآن الأخير منهما منافي لما صرحوا به، من غير خلاف يعرف بينهم فيه، من أنه ان علم صاحبه ولو في محصور وجب التخلص منه، وخوف التهمة لا تبيح التصرف في مال الغير، سيما مع امكان اصال حقه اليه؛ أو الاستحلال منه، بوجه لا يوجب التهمة، فميل بعض المحدثين الى العمل بالخبر المزبور - الذي يمكن دعوى الاجماع على خلافه - في غير محله، فلا بد من طرحه، أو يقال ان السيرة المستقيمة المعلوم كشفها على اعراض المالك عن ذلك في الصياغة والخياطة والحدادة وغيرها، والا فلا ينكر أن الغالب معرفة صاحب جميعهم أو كثير منهم ولا أقل عند الفراغ من العمل، فيتجه وجوب الاستحلال منه عنده

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الصرف ٣

(٢) (٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الصرف الحديث ٢٠١

كما اعترف به في الروضة، مع أنه لم يعرف من أحد منهم وفيهم الثقات والابرار استحلال نحو ذلك أو اخباره به، وليس في الخبرين المزبورين اشارة اليه، فيمكن بناء ذلك على ظهور الاعراض؛ لأنه لما كان يمكن أن لا يكون معرضاً استفهم الامام عليه السلام عن ذلك، لارادة كمال الاحتياط، وحيث أن السائل أجابه بخوف التهمة رجح الأخذ بالظاهر المزبور والاعراض عن الاحتياط المستحب، بل لعل قوله عليه السلام فيها «مالك أو لاهله» يؤمى الى ذلك، أيضاً بناء على أن المراد به هو لك ان كان ظهور الاعراض كذلك في الواقع، والافهولاهله، لعدم الاعراض في الواقع، وان كان هو الظاهر من حال المالك، لأن المراد به لك ان ظهر المالك ولم يرض بالصدقة، والافهولاهله، كما صرح به بعضهم، بل جعلوه مؤيداً للقول بالضمان لو تصدق بمجهول المالك، ثم ظهر صاحبه ولم يرض بالصدقة الذي منشأه عموم ما دل على ضمان ما أخذت اليد خرج منه ما اذ ارضى الصاحب، أو استمر الاشتباه، بالاجماع فيبقى الباقي.

وفيه منع تناول العموم لمثل المقام المأمور شرعاً بالتصدق به، الظاهر في وقوع الصدقة عن المالك؛ وأنهما طريق الايصال الى المالك بعد تعذر غيرها، لحصول اليأس منه فلو سلم أن المراد بأخذ اليد ما هو أعم من العدوان وأن الأذن الشرعية لاتنا في الضمان، أمكن دعوى خروج المقام من الاول وظهور عدم الضمان من الامر بالتصدق به الظاهر فيما عرفت،

ومن هنا قيل بعدم ترتب الضمان في التصديق بمجهول المالك، وهو لا يخلو من قوة، وحيث قد حمل الخبر عليه كما ترى، خصوصاً بعدم نفاة ذلك للقواعد المعتمدة التي لا يصلح الخروج عنها بمثل ذلك، على أن الغالب كما عرفت عدم جهل الصاحب، بل اعترف السائل بمعرفته؛ لأنه لم يستحله لخوف التهمة؛ وحمله على ارادة التقصير بذلك من أول الامر ثم جهله تهجس بأباه الظاهر، فالاولى القول بأن مخرج الخبرين ما قلنا.

وحيث قد لا ينبغي استفادة بعض أحكام مجهول المالك منهما، وكما عساه يظهر من

بعضهم؛ فخير بين الصدقة بعين المجهول كما هو مقتضى الامر بها في نصوصه، أو بقيمته للخبرين السابقين؛ اذ فيه ما عرفت، والمناقشة فيه بان الاعراض مالم يعلم لايجوزية التملك بالمعرض عنه، واذ علم لم يبق احتمال البقاء على الملك، يدفعها منع اعتبار العلم بمعنى اليقين فيه، بل يكفي فيه ظهور ذلك من المالك ولو من فعله؛ كترك المسافر خطبه وعلف دابته ونحو ذلك، بل عن الكفاية نفى البعد عن الاكتفاء فيه بالظن، مع عدم قضاء العادة على خلافه، ولعله يريد ما ذكرنا؛ فحينئذ يتجه استحباب الاحتياط بالصدقة به، اماله أولا له، ان لم يكن اجماع على الوجوب.

وكذا المناقشة في أصل التملك بالاعراض وان علم، كما في الرياض قال: « ان كان اجماع والا فللنظر فيه مجال، حيث لم تنهض حجة على انتقال الملك، وجواز التصرف بمجرد نية الاعراض، مضافا الى اطلاق الخبرين بالتصدق؛ اذ يكفي في دفعها السيرة القطعية المؤيدة برجوع الاعراض الى اباحة التملك لمن يريد تملكه، فتأمل هذا. وربما يقال- في خصوص المقام من جهة النص و الفتوى المشتملين على الامر بالصدقة به، مع عدم كونه مجهول المالك بالنسبة الى اغلب افراده، ولو في جملة ولا اعراض محقق، وكون المتعارف في الصاغة أنه يصوغ لنفسه ولغيره، وتقع أجزاء منها - أن هذا موضوع خاص أمر بالصدقة فيه ممن هو له سواء كان الصائغ أو غيره، وحينئذ فلا يستفاد منه حكم مجهول المالك، ولا يجري عليه حكم الاعراض .

ثم انه بناء على أن المقام من مجهول المالك ذكر بعضهم أن مصرف هذه الصدقة مصرف الصدقات الواجبة، ومقتضاه المنع من اعطائه الغنى والهاشمي، ومن وجبت نفقته، بناء على منعها منها، وغير ذلك من أحكامها. وفيه أنها غير واجبة على المالك، بل هي مندوبة بالنسبة اليه؛ وان وجبت على من في يده فالمتجه جريان أحكام المندوبة عليها. نعم قد يقال بانصراف الاطلاق الى ارادة الفقراء والمساكين هنا، وقد سمعت ما في الخبرين من اعطائها القرابة المحتاج، بل في الرياض « لاختلاف بين الاصحاب فيه وفي

جواز الاعطاء للعيال اذا كانوا بصفة الاستحقاق» ولعله للاطلاق، ولفحوى الجواز في دفع الزكاة ليفرقها؛ ويستفاد منه جواز أخذه منه لنفسه مع الشرط المذكور ان قلنا بذلك ثمة؛ لودعت اليه للصرف للفقراء وأهل المسكنة وهو بصفتهم، ولا ريب أن الاحوط الصدقة به على غيره، بل لا يخلو القول به اذا كان هو المتصدق من نظر، أما لودفعه الى الحاكم فتصدق به عليه أمكن الجواز؛ ولتحقيق الحال في حكم مجهول المالك مقام آخر والله أعلم.

المسألة الحادية عشر يجوز التصارف بما في الذمم اذا كان حلاً ومختلف الجنس، بناء على أنه ليس من بيع الدين بالدين الممنوع منه، وأنه يختص ببيع الكالي بالكالي أي المؤجل بالمؤجل، فلو كان لواحد على الآخر ذهب مثلاً، وللآخر عليه دراهم فنصار قاً بما في ذمهما صح؛ ولا يحتاج الى تقابض فعلي، لما عرفت من أن ما في الذمة مقبوض، قال عبيد بن زرارة (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الصير في مائة دينار؛ ويكون للصير في عنده ألف درهم فيقاطعه عليها؛ قال: لا بأس» لكن استشكل فيه في القواعد بل عنه في التحرير وولده في الايضاح الجزم بالعدم كالدروس لانه يبيع دين بدين.

نعم قال في الاخير «ولو تها ترا احتمال الجواز» قلت: بل هو قوي لعدم دليل على كون الوفاء من البيع، بل ظاهر الأدلة خلافه، مؤيداً بعدم قصد البيع والشراء؛ وعدم المحافظة على أحكامه، اذ قد يقبض وفاء ما لا يعرف قيمته وقت القبض، فما عساه يظهر من المحكي عن الشيخ في بحث المكاتبه من أن الوفاء يبيع يمكن منعه، وحيث يمكن حمل خبر عبيد عليه، فلا يكون إلا على جواز التصارف.

اللهم الا أن يستدل باطلاق نفى البأس فيه مع عدم الاستفصال فيه، ولو كان ما في الذمم متحد الجنس والصفة حصل التها تر قهر أمن غير حاجة الى صرف ولا الى تراض بالتها تر بلا خلاف أجده فيه، سوى ما عن التذكرة فجعله كمختلف الجنس، ومقتضاه عدم

التهاترقهرأ؛ وفيه أن اعتبار تشخيص الدافع وقبض المدفوع متجه إذا لم يكن المدفوع نفس مملكه المدفوع اليه؛ أما إذا كان كذلك فلا يحتاج الى تراض، لانه يكون كوصول عين ماله اليه؛ إذا لفرض أن المديون قدم لك على الديان مملكه عليه أو لامن كلي العشرة في ذمته مثلاً، فالاولى اختصاص فرض المصارفة في المختلف، هذا.

وفي القواعد وغيرها ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة، قلت: لأبأس به إذا وقع بصيغة البيع، وقبض العوض في مجلس العقد؛ أما إذا دفعه وفاء فقد تقدم أنه ليس بصرف، لان الوفاء ليس بيعاً وخبري الحلبي (١) لادلالة فيهما على ذلك، قال في أولهما : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون عليه دنانير فقال : لأبأس أن يأخذ قيمتها دراهم» وقال في ثانيهما (٢) «سألته أيضاً عن الرجل يكون له الدين دراهم معلومة الى أجل، فجاء الاجل وليس عند الرجل الذي عليه الدراهم، فقال: خذ مني دنانير بصرف اليوم؟ قال لأبأس به».

ونحوهما خبر أبي عتاب (٣) بل النصوص المعتمدة - التي أفتى بمضمونها غير واحد من الاصحاب، المتضمنة لاحتساب السعريوم القبض - ظاهرة أو صريحة في كون الوفاء ليس بيعاً؛ قال اسحق بن عمار (٤) «سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه المال في ضيئي دنانير وبعضاً دراهم، فإذا جاء يحاسبني ليوفيني قد تغير سعر الدنانير، أي السعريين أحسب له الذي كان يوم اعطاني الدنانير، أو سعريوم الذي أحاسبه؟ فقال: سعر يوم أعطاك الدنانير، لانك حبست منفعتها عنه».

وقال أيضاً (٥) «قلت لأبي ابراهيم عليه السلام : «الرجل يكون له على الرجل الدنانير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر قال: فهي له على السعر الذي أخذها منه يومئذ، وان أخذ

(٢١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الصرف الحديث ١ ٢

(٣) الوسائل الباب ٣ من ابواب الصرف الحديث ٥ لكن عن زياد بن أبي غياث

(٥١) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصرف الحديث ٢ ٣

دنانير فليس له» (وفي الفقيه) (١) «وليس له دراهم عنده فدنانيره عليه يأخذها برؤوسها متى شاء» يعنى وقع الفضل بينهما بأخذه أو لا مكان دنانيره، ثم أخذ دنانير ثانياً بعد ذلك، فليس للمعطي أن يجعلها في مقابلة دنانيره التي كانت له عليه أولاً، ويطلب منه دراهمه، إذا دراهم له عليه حيثئذ، بل ليس له إلا دنانيره التي أعطاها ثانياً يأخذها متى شاء، وروى ابراهيم بن ميمون (٢) «عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون له على رجل دراهم، فيعطيه دنانير ولا يصارفه، فيصير الدنانير بزيادة أو نقصان، قال: له سعر يوم أعطاه» وقال عبد الملك بن عتبة الهاشمي (٣): «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل يكون عنده دنانير لبعض خلطائه، فيأخذ مكانها ورقاً في حوائجه، وهي يوم قبضت سبعة، وسبعة ونصف بدینار، وقد يطلب صاحب المال بعض الورق وليست حاضرة فيبتاعها له من الصيرفي بهذا السعر ونحوه، ثم يتغير السعر قبل أن يحسباً حتى صار الورق اثني عشر درهماً بدینار فهل يصلح ذلك له، وانما هي بالسعر الاول من يوم قبضت كانت سبعة، وسبعة ونصف بدینار؟ قال: اذا دفع اليه الورق بقدر الدينار فلا يضره كيف الصروف ولا بأس».

ونحوه خبر ابراهيم بن عبد الحميد (٤) المراد أنه اذا كان دفع اليه الورق بقدر الدينار ثم تغير السعر فلا يضره تغير السعر، ولا عدم المحاسبة، فانه يحاسب على السعر الاول، وعلى كل حال فهي صريحة في أعمية الدفع وفاء من البيع» نعم لو دفع اليه ذلك لا على جهة الوفاء بل كان قرصاً أو أمانة أو نحو ذلك احتسبت له سعر يوم المحاسبة وفاء كما هو واضح والله اعلم.

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٨٤ الحديث ٨٢٩ الطبع الحديث

(٢) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصرف الحديث ٥ لكن عن يوسف ابن ايوب شريك

ابراهيم بن ميمون .

(٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصرف الحديث ١-٣

(الفصل الثامن في بيع الثمار)

﴿و﴾ تمام الكلام فيها يتوقف على ﴿النظر في ثمرة النخل والفواكه والخضر والواحق﴾
 ﴿أما النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً﴾ اجماعاً بقسميه، بل المحكي
 منهما متواتراً كالنصوص ولذا نسب به بعضهم، إلى الضرورة، فمن الغريب ما في الحقائق
 من الجزم بالصحة، تمسكاً بصحيح ربيعى والحلبى الاتيين (١) الذين لا صراحة فيهما في
 ذلك، لاحتمال ارادة بيع السنتين بعد الظهور، قبل البدو، وصحيح يريد بن معاوية (٢)
 الا اني الذي لا بد من طرحه أو تأويله، بارادة البدو من الطلوع فيه، أو بحمل العام فيه على ما
 كان في ضمن العامين .

وأغرب منه حمل نصوص المنع - الموافقة - لاصول السليمة، ضرورة كون
 الثمرة معدومة لاتصلح للنقل قبل وجودها؛ اذ المبيع لا بد أن يكون موجوداً - على
 التقية أو الكراهة، ثم قال : والى هذا يميل كلام جملة من محققي المتأخرين كالمحقق
 الاردبيلي والفاضل الخراساني؛ لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله غير قادح في تحصيل
 الاجماع؛ بعد أن علم أن صدور ذلك منهم من اختلال الطريقة، نسأل الله تعالى العفو والعافية
 عن ذلك وغيره، وما صدر عن الشيخ في المحكي عن كتابي الاخبار من الجمع بالكراهة،
 انما هو مجرد جمع لا فتوى، وعلى تقديرها فهي شاذة أيضاً مع أن عبارته محتملة لصورة
 ما بعد الظهور قبل البدو، بل قيل: انه الذي تشعر به عبارته بعد ضم بعضها الى بعض، ﴿و﴾ لذا
 نسب جماعة القول بالكراهة اليه في المسألة الآتية دون هذه المسألة.

نعم ﴿في جواز بيعها كذلك عامين فصا عدات رد﴾ وخلاف، فالمشهور نقلاً وبين
 المتأخرين تحصيلاً، العدم أيضاً، للانعدام، فضلاً عن الفرور والجهالة، وللاجماع في
 السرائر بل قال فيها : «وقد اشتبه على كثير من أصحابنا ذلك، ويظنون أنه يجوز بيعها

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٢ ٤

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ١

سنتين وان كانت فارغة لم تطلع بعد وقت العقد، وهذا خلاف ما يجدونه في تصانيف أصحابنا وخلاف إجماعهم وأخبار أئمتهم وفناوهم» ولمفهوم خبر أبي بصير (١) وخبر أبي الربيع (٢) وإطلاق موثق سماعة (٣) أو عمومته وصحيح الحلبي (٤) وغيرهما من النصوص التي تسمعهما فيما ياتي ومنهما النصوص التي علقت الجواز على الإطعام والبلوغ والادراك وبدوا الصلاح خلافاً للصدوق .

وربما أشعر قول المصنف رحمته والمروي رحمته فيما ياتي من صحيح يعقوب (٥) وصحيح سليمان (٦) وخبر أبي بصير الآخر (٧) وصحيح الحلبي (٨) وصحيح ربعي (٩) وصحيح علي بن جعفر (١٠) كما في الحقائق رحمته الجواز رحمته، بل في صحاح يعقوب والحلي وعلي بن جعفر تعليقه بأنه ان لم يخرج هذه السنة خرج من القابل، وبها تقطع الأصول والعمومات ويخص الإطلاق في الأخبار المقابلة، والاطرحت لرجحانها عليها بالصحة في السند والكثرة في العدد، والصراحة في الدلالة، والاشتغال على التعليل؛ وغير ذلك، وإجماع ابن ادریس مردود عليه بما عن غاية المراد للشهيد، من أن الأصحاب لم يذكروه صريحاً ولا تعرض للمنع الإجماعية منهم، ونحو ذلك في المختلف، وفي مفتاح الكرامة ليس في المقنعة والنهاية والمبسوط والمراسم والوسيلة والغنية وكشف الرموز ذكر ولا تصريح بجواز ولا مننع، ولم ينقل أحد ذلك عن الحسن وأبي علي والقاضي والتهامي، بل لم أجد من صرح بالمنع قبل الفاضل .

قلت: هو كذلك في جملة من كتبه لكن ظاهره أو صريحه في التذكرة الجواز وان احتمل المنع قوياً فيها، وفي الحقائق أنه حكاه بعض عن الشيخ أيضاً، بل قد سمعت اعترافه في السرائر بأن القائل به كثير، لكن ادعى عليهم الاشتباه، ومن هنا مال جماعة من متأخري

(٢٠١) الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث - ١٠-٧

(٢٠٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب الثمار الحديث ٢-٤

(٥-٦-٧-٨-٩-١٠) الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٨-٩-١٠-٢

المتأخرين الى الجواز، بل هو ظاهر الشهيد الثاني، وفي جامع المقاصد انه لا يخلو من قوة؛ لكن قد يناقش باحتمال الطلوع في صحيح يعقوب بدو الصلاح ويكون المراد من قوله ان «لم يحمل الى» آخره ان خاست، وهو وان بعد؛ الا أنه أولى من ارتكاب التأويل في النصوص المقابلة المعتصدة بالشهرة؛ ومحكي الاجماع الذي لا يقدح فيه ما سمعت عند التحقيق، وقاعدتي المعدوم والغرر والجهالة، مع أنه قد يستأنس لحمل الطلوع فيه على البلوغ، ملاحظة الصحيح الآخر (١) حيث اشترط فيه نفى البأس عن الشراء ثلاث سنين بوقوعه قبل البلوغ، وجعله المعيار له دون غيره، مع تضمنه التعليل المزبور في صدره، ولو كان المعيار الظهور لكان تبديل البلوغ به أولى كما لا يخفى.

ومنه يظهر الجواب عن غيره الذي جعل غاية الجواز فيه الاطعام الذي هو عبارة عن الادراك؛ وعن الصحاح: أطعمت النخلة إذا أدرك ثمرها، وأطعمت البسرة أي صار لها طعم». كل ذلك مضافا الى ما تسمعه في صحيح سليمان بن خالد (٢) منها، بل التعارض بين كثير منها وبين غيرها بالعموم من وجه. ضرورة شمولها لصورتني عدم الطلوع وعدم الصلاح، كما أن غيرها شامل للعموم والعامين وقد سمعت رجحانها عليها بالشهرة وغيرها، لكن الانصاف بعد ذلك كله أن الجواز لا يخلو من قوة وان كان الاحوط خلافه، ثم على تقدير عدم الظاهر مساواة غير البيع من النواقل له في عدم الجواز؛ لعدم صلاحية المعدوم للنقل.

نعم يتجه جوازه بالشرط، قال في التنقيح: «كل موضع قلنا لا يصح البيع فيه؛ يصح ان يجعل من شروط التملك في عقد آخر» قلت: لعموم أدلة الشروط التي لا تستدعي ملكاً فعلياً للمشتري، ومنه ينقدح قوة الجواز في الصلح أيضاً، وربما تسمع في بابه زيادة تأييد انشا الله تعالى، لكن قد يشكل في خصوص الشرط، لاقتضائه الغرر المنافي لعقد البيع، ولو في شرطه؛ كما حققناه في محله.

وأما الجواز مع الضميمة حتى فى العام الواحد فهو وإن دلت عليه موثقة سماعة (١) قال « سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤه قبل أن يخرج طلوعها ؟ قال: لا إلا أن يشتري معها شيئاً غيرهما رطبة أو بقلًا فيقول: أشتري هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم يخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقلة » لأنها مقطوعة ومعارضة باطلاق الأدلة ومعاهد الاجتماعات وغيرها، بل فى المسالك « ان المشهور المنع مع الضميمة، حيث لا تكون هي المقصودة بالبيع، لانه غرر.

ومن هنا حمل بعضهم الموثق المزبور عن المقصودة، وفاقا للتذكرة، وربما اشعر به ما في ذيل الرواية من التعليل، بناء على الغالب من عدم دفع الثمن في مثل هذه الصورة الا بعد أن تكون الضميمة المقصودة، وكان ذلك منه ارجاع منه للمقام الى قاعدة ضم المعلوم الى المجهول، ولو سلمت لهم فيه أمكن منعها هنا، باعتبار انعدام المنضم، الآن يكون على جهة الشرطية، وربما تسمع لذلك تنمة انشا الله تعالى.

﴿ ويجوز ﴾ بيعها ﴿ بعد ظهورها وبدو صلاحها ﴾ اجماعاً أو ضرورة ﴿ عاماً ﴾ واحداً ﴿ أو عامين بشرط القطع وبغيره منفردة ومنظمة ﴾ الى المقصود بالبيع وغيره، ﴿ ولا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاماً إلا أن يضم اليها ما يجوز بيعه ﴾ عند الأكثر نقلاً ﴿ أو بشرط القطع أو عامين فصاعداً ﴾ أو يبعث على مالك الأصل عند الفاضل ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو بيعت عاماً من دون الشروط الثلاثة ﴾ أو الأربعة ﴿ قيل ﴾ والقائل الاسكافي والصدوق في المقنع والتقي والمفيد على ما عن بعض نسخ المقنعة والطوسى والقاضى وابن حمزة والفاضل في كتبه على ما حكى عن بعضهم ﴿ لا يصح ﴾ بل عن صريح المبسوط والمخلاف وأظهرهما والغنية الاجماع عليه.

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ فى التهذيب والحلى والابى والفاضل فى جملة من كتبه وولده والشهيدان والكركي والقطفى والمبسى على ما حكى عن بعضهم أيضاً

يصح ، ولكن صرح كثير منهم بأنه ﴿يكرهه، وقيل﴾ والقائل المفيد وسلاروالابي على ما عن الاخيرين، أنه ﴿يراعى﴾ في الصحة وعدمها ﴿السلامة﴾ وعدمها و الظاهر أن مرجعه الى القول الثاني اذ فيما حضرني من نسخة المقنعة « يكرهه بيع الثمار سنة واحدة قبل أن يبدو صلاحها: الى أن قال في آخر المبحث: واذا خاست الثمرة المبتاعة قبل ظهورها كان للبايع قدر ما غلت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن»، ومراده بالظهور قبل بدو الصلاح، كما هو المحكي عنها أيضاً وعلى كل حال فهو حكم آخر مبني على أنه مبيع تلف قبل قبضه، كما تسمع البحث فيه عند تعرض المصنف له، ولعله لذا جعل في المختلف المسألة ذات قولين، ناصاً على أن المفيد وسلارومن قال بالجواز.

﴿و﴾ على كل حال ﴿الاول أظهر﴾، لصحيح سليمان بن خالد (١) عن الصادق عليه السلام «لا تشتري النخل حولا واحداً حتى يطعم، وان كان يطعم ان شئت أن تبتاعه سنتين فافعل» وفي الوافي بعد أن رواه عن التهذيب قال: «الظاهر سقوط لفظ لم» وربما ايد بأن الموجود في الاستبصار «وان شئت أن تبتاعه» كموثق أبي بصير (٢) قلت يمكن صحته على ذلك أيضاً، وعن بعض النسخ المعتمدة بغير واو وفي حواشي المجلسي كان المراد منه ان كان يعلم عادة أنه يطعم بعد ذلك، وعلى نسخة عدم الواو، فالمراد ان كان النخل من شأنه أن يطعم بأن يكون مضي من زمان غرسه خمس سنين مثلاً، ويمكن ان يكون المراد اذا كان من نيتهم أن يطعم، أى لم يشتره بشرط القطع.

وخبر أبي الربيع عنه (٣) أيضاً «كان أبو جعفر عليه السلام يقول اذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته، واذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة» وخبر على بن أبي حمزة (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر، فقال: لا حتى يزهر، قلت: وما الزهو، قال: حتى يتلون» وحسن الوشاء (٥) «سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع النخل

(١) التهذيب ج ٧ ص ٨٨ الحديث ٣٧٤ الاستبصار ج ٣ ص ٨٥.

(٢) و (٣) الوسائل الباب ١ - من أبواب بيع الثمار الحديث ١٠ و ٧

(٤) و (٥) الوسائل الباب ١ - من أبواب بيع الثمار الحديث ٥ - ٣.

اذا حمل؟ قال: لا يجوز بيعه حتى يزهر، قلت: وما الزهو جعلت فداك؟ قال: يحمر ويصفر وشبه ذلك «وخبر محمد بن شريح (١)» سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثمرة نخل سنتين أو ثلاثاً وليس في الأرض غير ذلك النخل، قال: لا يصلح الاسنة ولا تشتره حتى يبدو صلاحه .

وصحيح عالى بن جعفر (٢) المروي عن كتابه «سأل أخاه عن شراء النخل سنة واحدة أو يصلح؟ قال: لا يشتري حتى يبلغ، قال: وسألته عن شراء النخل سنتين أو يحل. قال: لا بأس، ان لم يخرج العام خرج القابل،» وفي خبر المناهى (٣) نهى عليه السلام أن تباع الثمار حتى تزهر يعنى تصفر أو تحمر «وموثق عمار (٤) عن الصادق عليه السلام » سئل عن الفاكهة متى يحل بيعها؟ فقال: اذا كانت فاكهة في موضع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهة كلها. واذا كان نوعاً واحداً فلا يحل بيعه حتى يطعم، فان كان أنواعاً متفرقة فلا يباع منها شيء حتى يطعم كل نوع منها وحده، ثم يباع تلك الأنواع .

ومرسل اسماعيل بن الفضل (٥) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الثمرة قبل أن تدرك، فقال: اذا كان له في تلك الأرض بيع له غلة فدادركت، فبيع ذلك كله حلال» وموثق أبى بصير (٦) عن الصادق عليه السلام أيضاً «سئل عن النخل والتمريتنا عهما الرجل عاماً واحداً قبل أن تثمر قال: لا حتى تثمر وتأمين ثمرتها من الافة فاذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل» الى غير ذلك .

لكن لا يخفى عليك ما في دلالة بعضها من ثبوت البأس في المفهوم، وهو أعم من الكراهة، واضطراب موثق عمار منها، واشتماله على ما لا يقول به أحد من الاصحاب

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب بيع الثمار الحديث - ١٣ - ٢٢ - ١٤ .

(٤) (٥) الوسائل الباب ٢ - من ابواب بيع الثمار الحديث - ٥ - ٢ .

(٦) الوسائل الباب ١ - من ابواب بيع الثمار الحديث ١٢

كما ستعرفه ، واحتمال ارادة الكراهة من نفى الحل فى مفهومه ؛ كاحتمال ارادة التفسير من قوله «و تأمن» فى الاخير منها ؛ كما يؤمى اليه تعليق الحكم فيه على الاثمار وذيل صحيح يعقوب بن شعيب (١) قال : «سالت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل ؟ فقال كان أبى يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمرته السنة ، ولكن الستين والثلاث كان يقول ان لم يحمل فى هذه السنة حمل فى السنة الاخرى ، وسألته عن الرجل يتاع النخل والغا كهة قبل أن يطلع ، فيشتري سنتين او ثلاث سنين أو أربعاً ؟ قال : لا بأس ، انما يكره شراؤه سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الافة حتى يستين » بل هو صريح فى المطلوب بناء على ارادة بدو الصلاح من الطلوع فيه ؛ لقراين متعددة ، والمعنى المصطلح من الكراهة كما هو الظاهر من وجوه أيضاً ، ومنه يظهر قوة ارادتها من النهى فى النصوص السابقة ، سيما بعد اتفاق الفقهاء الاربعة على المنع ، كما فى التذكرة ؛ فلا يبعدان اشتهاى التعبير به للجمع بين بيان الواقع ؛ ودفع التقية ؛ خصوصاً بعد أن أشاروا عليهم السلام الى ارادة ذلك منه .

فقى صحيح الحلبي (٢) «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين ؟ فقال : لا بأس تقول ان لم تخرج فى هذه السنة تخرج مسن قابل ؛ وان اشتريته فى سنة واحدة ، فلا تشتره حتى يبلغ ؛ وان اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من ارض فتهلك ثمرة تلك الارض كلها ؟ فقال قد اختصموا فى ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فكانوا يذكرون ذلك فلما رآهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه ، ولكن فعل ذلك من أجل خصوصتهم » فهو كالصريح فى أن نهيه السابق عن شراء سنة واحدة حتى تبلغ ، للكراهة ، اذ هو كعبارة النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، وشمول الخبر لما قبل الطلوع بعد

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٨

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمرة الحديث ٢

امكان منعه بظهور الغاية في وجود الثمرة، لا ينافي الاستدلال به على المطلوب؛ إذا قصاه التقيد بالأدلة السابقة.

وفي صحيح (١) ربعي «قلت لأبي عبد الله عليه السلام ان لي نخلا بالبصرة فأبيعه و أسمى الثمن واستئني الكرمن التمر أو أكثر أو العدد من النخل؟ قال: لا بأس، قلت: جعلت فداك بيع السنتين؟ قال: لا بأس قلت: جعلت فداك ان ذاعندنا عظيم قال: أما انك ان قلت ذلك لقد كان رسول الله ﷺ أحل ذلك فتظالموا فقال عليه السلام: لا تباع الثمرة حتي يبدو صلاحها» ومراده بقريئة الخبر الاول أن نهى النبي ﷺ لاجل قطع الخصومة، لا الحرمة، وهو بعينه النهى الوارد عنهم عليهم السلام، و المناقشة فيه - بظهوره في أن نهيه عليه السلام الذي هو للكرامة انما هو في بيع السنتين قبل بدو الصلاح وهو الذي يأبى عنه العامة كماعن السرائر والتذكرة التصريح به، بل تشعر به عبارة الغنية أيضا والظاهر ان قضية النظم الذي تعقبها النهى الذي ليس للحرمة، هي القضية التي تضمنها الخبر السابق، فيسقط الاستدلال به حينئذ أيضا - يدفعها أن الذي حكاها في التذكرة عن الفقهاء الاربعة المنع في مفروض المسألة أيضا ولا ينافيه قولهم به أيضا في السنتين كما أن ما حكاها عن النبي ﷺ رد لهم في المقامين فتأمل جيدا.

و في خبر تغلبة بن بريد وحسنة بريد بن معاوية (٢) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعتين أو ثلاث قطعات؟ فقال: لا بأس، قال: و أكثر السؤل عن أشباه هذا فجعل يقول لا بأس، فقلت: أصلحك الله استحياء من كثرة ما سألته، و قوله: لا بأس به ان من بيننا يفسدون هذا كله، فقال: أظنهم سمعوا حديث رسول الله ﷺ في النخل ثم حال بيني وبينه رجل فسكت، وأمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله ﷺ في النخل فقال أبو جعفر عليه السلام خرج رسول الله ﷺ فسمع ضوضاء فقال: ما هذا؟ فقيل له: تباع الناس النخل، فقعد النخل العام، فقال عليه السلام: أما ذا فعلوا فلا تشتروا النخل العام حتى يطلع فيه الشيء، ولم يحرمه» وهو مع كونه مورد السنة

صريح في الإنكار ، على توهم الحرمة من النهي المزبور الذي بعينه وقع في كلامهم عليهم السلام ، ورواه العامة بهذا اللفظ وما يقرب منه ؛ واشتماله على ما لا نقول به - بعد إمكان إرادة بدو الصلاح من الطلوع فيه ، أو بالنسبة إلى السنة الثانية المنظمة إلى السنة التي ظهرت فيها الثمرة - غير قادح في الاستدلال على المطلوب .

هذا كله مضافاً إلى الأصول والعمومات العظيمة الدالة على الجواز أيضاً مضافاً إلى صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام « تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر ، وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجره » بناءً على إرادة الشراء من التقبل فيه ، وإلى ما يؤمى إليه تعدد التعبير عن الغاية المزبورة ، فتارة بدو الصلاح ، والآخرى بالطعام ، وثالثة بالبلوغ ، ورابعة بالادراك ؛ وخامسة بالتبين ، من إرادة الكراهة قبل ذلك وأنه بها ترتفع الخصومة على اختلاف مراتبها .

بل في خبر على بن جعفر المروي عن قرب الأسناد (٢) الذي « سأل فيه أخاه عن بيع النخل أيحل إذا كان زهواً ؟ فقال له : إن استبان البسر من الشيص حل بيعه وشراؤه » و الظاهر تحقق ذلك قبل الاحمرار والاصفرار ، ودعوى إمكان رجوع الجميع إلى الأول واضحة المنع خصوصاً بالنسبة إلى الشجر الذي ستعرف أن بدو الصلاح فيها عندهم الانعقاد وهو لا يتحقق به البلوغ مثلاً قطعاً ، بل ولا في النخل إذ كثير منه لا يبلغ باحمراره واصفراره كما هو واضح .

وقد ظهر من ذلك كله أن القول بالجواز لكن على الكراهة هو الأقوى ، بل قديو يده أيضاً أنه لا خلاف عندهم في الجواز مع اشتراط القطع ؛ حيث لا تكون المعاملة معه سفهاً بل حكماً عليه الإجماع مستفيضاً أو متواتراً ، مع أنه لا أثر له في النصوص فليس ذلك إلا لأن اشتراط القطع يعين كون مراد المتبايعين هذا الموجود في هذا الحال ولا ريب في أنه مال مملوك يجوز بيعه ، ولا يعتبر في الصحة تحقق القطع ، بل لو رضى المالك بعد ذلك بالبقاء مجاناً أو بأجرة جازاً جماعاً في التذكرة ؛ خلافاً لأحمد فأبطل البيع

لوعصى المشتري فلم يقطع ومنع البايع منه أيضاً صح، وكانت الثمرة له عندنا؛ وإن ثبت عليه الاجرة فلو باعه الموجد من الثمرة مصرحاً له بأن المبيع هذا الموجد؛ بحيث يستحق عليه القطع كان المتجه الجواز وإن لم يشترطه؛ ولعله عند الاصحاب بمعنى اشتراط القطع، وقد ينقدح هنا شيء وإن نافاه جملة من عبارات الاصحاب، وهو جواز البيع والشراء إذا كان القصد الموجد على النخل والاشجار في تلك الحال، و العدم إذا كان المقصود شراؤه ثمرة أي بالغاً، أما الاول فللاصل والعمومات؛ بعد انسياق نصوص المنع إلى غيره مما يراد صلاحه وإطعامه وإدراكه وبلوغه، ولذا جعل غاية للجواز في النصوص السابقة، بل قد يدعى أن اطلاق الثمرة عليه قبل ذلك مجاز، لعلاقة الاول.

ومنه يظهر وجه المنع في الثاني مضافاً إلى أنه غير مقدور للبائع؛ اذ ليس هو من أفعاله، وإنما هو من فعل الله تعالى، ولعل مبنى المنع في كلام الاصحاب مع اشتراط التبقية، حتى حكى عن المبسوط والغنية وظاهر الخلاف الاجماع على عدم جوازه معه، بل عن بعضهم جعل الخلاف فيما إذا أطلق دونه.

وإن كان يدفعه ما عن السرائر من أن الخلاف فيه وفي الاطلاق، بل صرح في التذكرة بالجوازه معه، لعدم اشتراطه بدو الصلاح فيها ظهور اشتراط التبقية في إرادة بيعه ثمرة، وأنه أولى من الاطلاق المنصرف إلى ذلك؛ حتى أن من جواز البيع بالظهور أوجب معه على البايع الاجابة إلى البقاء إلى أوان القطع؛ خلافاً لابي حنيفة إذا ظاهر إرادة الثمرة منه لا هذا الموجد، فإذا أطلق صح عند من لم يعتبر البدو، وبطل عند من اعتبره، ولا يحمل على القطع وإن توقفت صحة العقد عليه، كما صرح به في الدروس، وحينئذ فيكون في الحقيقة اشتراط التبقية كالاطلاق في الاندراج تحت اطلاق أدلة المنع،

أما لو أريد من اشتراط التبقية الذي لولاه لاستحق البايع على المشتري القطع، باعتبار كون المبيع هذا الموجد على الشجرة، فيجوز للاصل والعمومات وبعض

النصوص السابقة، وأنه كمشروط القطع في كون المبيع المشخص الموجود، واشترط
تبقية لا يصير المبيع غيره؛ ولعله لذا استدل في التذكرة على الجواز في المقام بأنه يجوز
بيعه بشرط القطع إجماعاً، فجاز بشرط التبقية كما لو باعه بعد بدو الصلاح بشرط التبقية، و
قديو بذلك كله نصوص الزرع المتضمنة لجوازيه بشرط التبقية والقصيل والاطلاق،
وإن كان لا يجوز بيع السنبل منه قبل ظهوره فيه .

وقديوى دوران الحكم على القصد المذكور في بيع الثمرة على مالك الأصل
الذي حكم العلامة بجوازه بمجرد الظهور من دون شرط ، مدعياً عليه الإجماع في القواعد،
وأنه خارج عن محل النزاع، وإن رده من تأخر عنه بعدم الدليل، إذ ما قيل في الاستدلال له
بأنه لمكان تبيعه للأصل، كان كالجمع بينهما في عقد؛ واضح الضعف، لعدم العقد هنا على
الجميع، بل حكي عن الخلاف والمبسوط التصريح بالمنع فيه، فيتجه الجواز إذا
كان القصد شراء ذلك الموجود، واشترط القطع هنا كعدمه - ضرورة عدم استحقاقه ذلك،
على مالك الأصل؛ والعدم إذا كان القصد بيعه ثمرة ، مع أنه قديقال بالصحة فيه هنا،
باعتبار رجوع ذلك إلى إرادة الأبقاء إلى بلوغ هذا الحال ضرورة عدم قدرته على صيرورته
ثمرة . وحيث كان البيع على المالك لم يكن للمشتري استحقاق في الأبقاء فليس حينئذ
الإرادة بيعه في هذا الحال وهو لا إشكال في صحته، فيتجه للفاضل حينئذ دعوى
الإجماع عليه .

ومن هذا الأخير يظهر لك أنك إن أبييت عن تنزيل كلمات الأصحاب على ما ذكرنا،
باعتبار صراحة بعضها في خلافه كان المتجه الجواز، في بيع الثمار قبل بدو الصلاح كما قلناه
سابقاً، إذ ليس مرجعه حينئذ إلى إرادة الأبقاء إلى أو ان صيرورته ثمراً؛ خصوصاً مع التصريح
بذلك، وهو لا بأس به، بعدما عرفت من تنزيل نصوصه على الكراهة أو التيقية للوجوه المتقدمة.
بل ربما يظهر لك وجه ما ذكره الأصحاب هنا من غير خلاف يعرف بينهم فيه من
الجواز مع الضميمة، بل في التذكرة والتنقيح ومحكي المذهب الإجماع عليه، مع أنه

لم أجده فيما وصل إلى من النصوص على جهة الاطلاق وموثق سماعة (١) المتقدم سابقا قبل الطلوع، أللهم إلا أن يحمل على إرادة بدو الصلاح من الطلوع فيه، فيكون شاهدا للمقام ؛ وأما النصوص الآتية التي (٢) منها ضم ما بدا صلاحه مثلاً إلى غيره، فهي في موارد خاصة لا ينبغي التعدية منها إلى غيرها .

نعم قال بعض متأخري المتأخرين إطلاق النص مشيراً إلى ما تسمعه من النصوص في المسألة الآتية، وكلام الاصحاب يقتضى عدم الفرق في الضميمة بين أن تكون متبوعة أو تابعة. ولا ريب في الأولى للقاعدة المطردة من صحة المعاملة مع الضميمة التي تكون بالذات مقصودة؛ مخرجة لها عن الغرر والمجازفة، وقد تقدم إلى ذكرها مراراً الإشارة، وكذا في الثانية بعد ما عرفت من إطلاق النص والفتوى المخرجة لها عماداً على فساد المعاملة، ولو انضم ضميمة ليست بالذات مقصودة إذا اشتملت على الغرر والجهالة .

ومن هنا انقذ وجه القدح في استدلال جماعة بقاعدة الضميمة المزبورة لصحة هذه المعاملة مطلقاً ولو في صورة الثانية، فإنها لم تنهض باثباتها الأفي الصورة الأولى خاصة، ولعل الوجه أن الضميمة هنا ليست لدفع الغرر والجهالة حتى يأتي فيها التفصيل المتقدم إليه الإشارة، لاختصاص مثلها بما يتصور فيه الأمر أن لو خلا عنها، وليس منه مفروض المسألة، بناء على أن المنع عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إنما هو تعبد محض، نهض باثباتها الأخبار المانعة، لولاها لتعين المصير إلى الجواز، نظراً إلى الأصل والعمومات السليمة عن معارضة الغرر والمجازفة، لاندفاعها؛ ولذا صار إليه جماعة بعد حملهم تلك الأخبار على الكراهة بشهادة بعضها، بل ضمها هنا ليس بالالذب والفرار عن الدخول تحت إطلاق تلك الأخبار، بناء على اختصاصها بحكم التبادر بغير المضمار.

قلت : قد يناقش فيه أولاً - بإمكان منع القاعدة التي أشار إليها، إنما المسلم منها التابع

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب بيع الثمار الحديث - ١.

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب بيع الثمار

في نفسه ، كأس الجدران وزخارف الدور وحمل الدابة ، ونحو ذلك ، لا التابع في القصد ضرورة ؛ تناول أدلة الغرور والجهالة له ، ودعوى أنه بذلك تكون الشرط الذي لا يعتبر فيه شيء من ذلك على التحقيق ؛ يدفعها عدم صدق إسم الشرط عليها ، بل هي بعض المبيع ، - وثانياً بمنع إخراج الضميمة هنا للمفروض عن إطلاق الأدلة ، إذ دعوى اختصاصها ببعض الثمرة خاصة وواضحة الفساد ، فالمتجه حينئذ الاستناد في الضميمة سواء كانت تابعة أو متبوعة إلى إطلاق معاهد الإجماعات التي يمكن التنقيح بها للموارد الخاصة في النصوص اللاحقة ، فيتعدي منها حينئذ إلى غيرها ، وربما يقال أن الضميمة هنا كالضميمة مع الأبق باعتبار أن مانحن فيه كغير المقدور على تسليمه ، لعدم البلوغ حال البيع ، فلا يشترط فيها حينئذ كونها متبوعة ، بناء على عدم اشتراط ذلك فيها في الأبق ، بل إنما ضمت حتى لا يصير الثمن بلا ثمن لو اتفق عدم حصول المنضم إليه والامر سهل عندنا بناء على ما عرفت من عدم اشتراطها في الصحة ؛ وأنه يجوز البيع بدونها .

﴿و﴾ على كل حال فمنها كما في المسالك ما ﴿لو بيعت﴾ الثمرة ﴿مع أصولها﴾ ولذا قال المصنف : ﴿جاز﴾ البيع ﴿مطلقاً﴾ قبل بدو الصلاح وبعده ، بل في التذكرة والتنقيح الإجماع عليه بالخصوص ؛ وربما يقال أن الصحة هنا لكون الثمرة تابعة ، كحل الدابة ، بل لا يندرج نحوه في إطلاق أدلة المنع الظاهر في غير ذلك للضميمة ، ولذا جعله غير واحد شيئاً آخر غيرها .

واما الجواز في الزيادة عن عام فلا خلاف فيه ، كما عن كشف الرموز بل عن ظاهر المبسوط والخلاف والسرائر ، وصريح التذكرة والمهذب والتنقيح الإجماع عليه ، مضافاً إلى ما سمعته من النصوص السابقة ، وقد ظهر من ذلك كله أنه لا خلاف ولا إشكال في جواز البيع بعد الظهور قبل البدو إذا حصل أحد الأمور الثلاثة أو الأربعة ، بناء على أن بيعها مع الأصول ليس من الضميمة ، وعن الفاضل زيادة البيع على مالك الأصل ، وقد عرفت الحال فيه ، وبيع الأصل واستثناء المالك للثمره .

وفيه أنه - وإن كان لا يشترط البدو فيه عندنا خلافاً لأحد وجهي الشافعية فاعتبروا

في الصحة شرط القطع ، ولأرب في ضعفه ، لانه استدامة ملك لا ابتداءه - ليس مما نحن فيه من بيع الثمرة ، وما يقال - من أن بيع الأصل سبب في زوال الملك ، واستثناؤه سبب في التدارك ، فهو كالحادث - يدفعه أن السبب في الزوال البيع المطلق ، لا مطلق البيع ، و ليس المشرف على الزوال ولم يزل ، كالزائل العائد ، لانه تقدير لما لا وجود له من الزوال فعلا ، بمنزلة الموجود كما هو واضح .

ثم إن الظاهر كون الخلاف في المقام إنما هو في المبيع خاصة ، أما الصلح فيجوز مطلقا وبشرط التبقية للأصل ، بعد اختصاص النصوص والفتاوى في البيع خاصة ، بل وكذا غيره من النواقل ؛ سيما الشروط والله أعلم هذا . والضميمة على تقدير اعتبارها في الصحة ينبغي الاقتصار فيها على المتيقن ، من كونها مما يجوز بيعها منفردة كما تؤمى إليه عبارة المتن ، وكونها مملوكة للمالك ، وكون الثمن لها وللمنضم على الاشاعة ونحو ذلك ، و إن كان للنظر في هذا كله مجال ، كالنظر أيضا في الصحة فيما لو تلفت قبل القبض وغيره ، إلا أنافي غنية عن إطالة البحث فيه بعد عدم اعتبارها في الصحة عندنا ، وهل من الضميمة ما لو باع الثمرة مشرطا قطع بعضها ، المتجه العدم بناء على اعتبار صحة بيعها بغير عقد الانضمام ؛ والامر سهل .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ بدو الصلاح ﴿ الذي هو شرط للصحة أو الكراهة في اللغة كما عن المقداد والصيمري ﴾ أن تصفر ﴿ البسر ﴾ أو تحمر ﴿ على المشهورين الاصحاب نقلا وتحصيلا شهرة عظيمة ، بل في محكي السرائر نسبتة إلى أصحابنا ، والمبسوط إلى روايتهم لخبري الوشا (١) وعلى بن أبي حمزة (٢) المتقدمين المنجبرين بالشهرة المزبورة ؛ والمعتضدين بخبر المناهي ، (٣) الذي فسر الزهو بهما فيه أيضاً ، بناء على أنه منه النبوى أيضاً المروي عن معاني الاخبار (٤) « نهى ^{عن} ^{عن} ^{عن} عن المخاصرة ، وهي أن تباع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وهي خضر بعد ؛ إلى أن قال : ونهى عن بيع الثمر قبل أن يزهر ، وزهوه أن يحمر أو يصفر » وقال فيه وفي حديث آخر (٥) « نهى عن بيعه قبل أن

(٢٠١) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٣-٥

(٥٣٥) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ١٢-١٥-١٦

يشقح ويقال يشقح؛ والتشقيح هو الزهو أيضاً» وقيل لا ينافي ذلك التعليق على الاطعام في بعض النصوص السابقة، والادراك في آخر، والبلوغ في ثالث، بعد انكان رجوع الجميع إليهما، وفيه أن المشاهد خلافه بل اختلاف ذلك دليل على ماقلناه سابقا من الكراهة قبل بدو الصلاح؛ ولعلها تختلف باختلاف مراتبه شدة وضعفا.

وعلى كل حال فقد عرفت أن المعروف تحقق بدو الصلاح بذلك، لكن زاد المصنف هنا والفاضل في الارشاد فقالا : بدو الصلاح ذلك ﴿أو أن يبلغ مبلغا يؤمن عليها العاهة﴾ ولم نجده لغيرهما، وإن حكى تفسير بدو الصلاح به بلفظ القيل، مع أنه على فرض وجوده غير ما فيهما، ولعله للجمع بين ما عرفت وبين خبر أبي بصير (١) السابق المؤيد في الجملة بخبر علي بن جعفر (٢) عن أخيه عليه السلام «سألته عن بيع النخل أيحل إذا كان زهوا قال : إذا استبان البسر من الشيص حل بيعه وشراؤه» وبالنبويين العاميين (٣) «أحدهما لا يتبعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها، قيل وما بدو الصلاح ؟ قال: تذهب عاهتها ويخلص رطبها» والآخر (٤) «نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة» لأنه لم يحصل شرط الجمع من المقاومة المفقودة هنا من وجوه، والشاهد المعتبر، مضافاً إلى قوة احتمال كون الاحمرار والاصفر إر بهما يحصل الامان، واحتمال إرادة الظهور من أمن الافة فلا ينافي حينئذ اشتراط ذلك بعد بدو الصلاح المفسر بما عرفت؛ وإلى إجمال المراد به، اللهم إلا أن يقال : بأن المرجع فيه العادة، وربما حد في اننبوية العامة (٥) بطولوع الثريا الذي نفى الاعتبار به في محكي الخلاف، والله أعلم .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿إذا أدرك بعض ثمرة البستان﴾ المتحدة وبد اصلاحه ولم يدرك الآخر بعد أن كان ظاهراً ﴿جازييع ثمرة أجمع﴾ بناء على اعتبار بدو الصلاح في الجواز بلا خلاف أجده فيه، بل عليه الاجماع، منقولاً مستفيضاً إن لم يكن محصلاً، سواء كان متحد النوع أو مختلفة، للاصل السالم عن المعارض، بعد تنزيل ما دل على المنع

(٢٠١) الوسائل الباب ١ - من ابواب بيع الثمار الحديث ١٢ - ١٧

(٢٠٣) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٠٠ جامع الصغير ج ٢ ص ١٩٢ طبع عبد الحميد احمد حنفي

(٥) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٠٢

على غير المفروض، سيما إذا كان البعض المدرك مما يصدق معه بدو صلاح الثمرة؛ المعلوم عدم إرادة الجميع منه، ولصحيح يعقوب ابن شعيب (١) عن الصادق عليه السلام «إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة، فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها أجمع» وصحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر، وإن لم يتبين لك حملها فلا تستأجره» وخبر البطائني (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشتري بستاناً فيه نخل وشجر، منه ما قد أطمع، ومنه ما لم يطمع؟ قال : لا بأس إذا كان فيه ما قد أطمع» بناء على إرادة ثمرة البستان منه، والمرسل (٤) كالمتوقع «المستول فيه عن بيع الثمرة قبل أن تدرك فقال : إذا كان في تلك الأرض بيع له غلة قد أدركت؛ فبيع كله حلال» إلى غير ذلك، من ذيل خبر أبي الربيع (٥) ونحوه، مضافاً إلى ما قيل من أنه لا إشكال في بيع ما بدو صلاحه، لحصول الشرط، أو غيره أيضاً لضمه إليه، وقد عرفت عدم الاشكال والخلاف في جواز بيع الثمرة الظاهرة مع الضميمة، فيندرج حينئذ مفروض المسألة فيها، خصوصاً بعدما عرفت من عدم اعتبار المتبوعية في هذه الضميمة، وأنها ليست كضميمة المجهول .

لكن قد يناقش في تناول دليل الضميمة لمثل المقام على وجه يخرج عن إطلاق أدلة المنع على فرض شموله، وحينئذ ينبغي الاقتصار في الاستدلال على ما ذكرناه أولاً.

لكن لا ينبغي التأمل في صدق الضميمة لو ضمها إلى بستان أخرى لم يبدو صلاحها إلا أن المصنف : قال ﴿ولو أدركت ثمرة بستان لم يعز بيع ثمرة البستان الآخر ولو ضم إليه﴾ وفاقاً لحكي الخلاف والمبسوط، بل عن الأول الإجماع عليه، ومقتضاه حينئذ عدم تناول الضميمة لمثل ذلك، وعدم تناول نصوص الصحة المتقدمة آنفاً أيضاً،

(١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب ٢ - من أبواب بيع الثمار الحديث ١ - ٢ - ٣ - ٤

(٥) الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٧

فيبقى مندرجا في إطلاق دليل المنع، وفيه - بعد تسليم الدعوى الاولى له الواضح منعها عليه، وتسليم تناول إطلاق دليل المنع لذلك، - منع عدم تناول المرسل المتقدم (١) المنع جبرهنا بعمل الاصحاب كافة عدان عرفت كما قيل .

ومنه يعلم ما في دعواه الاجماع عليه، ولعله لذا قال بعد ذلك ﴿ وفيه تردد ﴾ بل كان الاولى الجزم بالصحة؛ لما عرفت، واماموثق عمار (٢) «عن ابي عبد الله عليه السلام سئل؛ عن الفاكهة متى يحل بيعها؟ قال : إذا كانت فاكهة كثيرة في موضوع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهة كلها، فإذا كان نوعا واحدا فلا يحل بيعه حتى يطعم، فان كان أنواعا متفرقة فلا يباع منها شيء حتى يطعم كل نوع منها؛ ثم يباع تلك الانواع» فمع اشتماله على ما لا يقول به أحد من الطائفة، من اشتراط إتحاد النوع بأدراك البعض في صحة بيع الجميع، وتشويش متنه، إنما يدل بالمفهوم؛ وهو قاصر عن معارضة الأدلة من وجوه، فلا ريب حينئذ في أن الاصح الجواز هذا كله في ضم الثمرة الظاهرة ولم يبدو صلاحها إلى ما بدا بناء على اشتراطه، وإلا فيجوز بدونه .

أما المتجددة ففي الغنية «يجوز بيع الثمرة الموجودة بعضها المتوقع وجود باقيها عندنا وعند مالك» وفي القواعد ولو ظهر بعض الثمرة فباعه مع المتجددة في تلك السنة، صح سواء اتحدت الشجر أو تكثرت؛ وسواء اختلف الجنس أو اتحد « وفي التذكرة «يجوز عندنا بيع الثمار بعد بدو صلاحها مع ما يحدث بعدها في تلك السنة، أو سنة أخرى، وبه ؛ قال مالك» وفي الدروس « ويجوز اشتراط المتجددة من الثمرة في تلك السنة و غيرها؛ مع حصر السنين، سواء كان المشترط من جنس البارز أو غيره، ولو شرط ضم ما يتجدد من بستان آخر عاما أو عامين احتمل الجواز» وظاهر للمعة كونه من المسلمات، لانه قال : « ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطة ولقطات ؛ كما يجوز بيع الثمرة الظاهرة وما يتجدد في تلك السنة وفي غيرها» أي مع ضبطه السنين، وفي الروضة «لان الظاهر منها بمنزلة الضميمة إلى المعدوم، سواء كانت متجددة من جنس الخارجة

أم غيره .

وفيه أن الاصح عدم الاكتفاء في صحة بيع المعلوم بالضميمة إليه، فينبغي التعليل في المتجدد من ثمرة الشجر الذي فرض ظهور ثمرة، بأنه لا ينقص عن بيع ثمرة في السنة الأخرى مثلاً، فلا يقدح حينئذ انعدامها، وبظهور بعض النصوص السابقة فيه، بل وفي غيره مما لم يخرج بعد ثمرة، فالتوقف فيه حينئذ بأنه معدوم ولا تجدى فيه الضميمة في غير محله، بعدما سمعت من صحيح الحلبي السابق (١) بل والمرسل (٢) وذيل خبر أبي الربيع (٣) مضافاً إلى نصوص الخضر (٤) إلا أنه ينبغي الاقتصاد في ذلك على المتيقن، وهو البستان الواحدة، أما المتعدة فالأحوط إن لم يكن الأقوى عدمه، للأصل وغيره، ولذا جعل في الدروس الجواز احتمالاً، فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ واما الاشجار ﴾ فظاهر النصوص والفتاوى اتحاد حكمها مع النخل، بالنسبة إلى البيع قبل الظهور وغيره، ومن هنا جعل في التحرير وظاهر الدروس كما عن غيره موضوع الاحكام السابقة، الثمرة، لخصوص ثمرة النخل، بل صرح أولهما بأن النخل والشجر في الحكم سواء، بل صرح في التذكرة وجامع المقاصد ومحكي الايضاح بأن الخلاف في بيع ثمر الشجر قبل الظهور أزيد من عام كما في النخل؛ بل صرح في الاول بالاجماع على عدم جواز بيعها عاماً واحداً قبل الظهور كالنخل .

وبالجملة لا يخفى على من تأمل نصوص المقام وفتاوى الاصحاب ظهور اتحاد الحكم فيها؛ لكن ربما نقل عن العلامة الفرق بين ثمرة النخل وثمرة غيره، فجوز بيع الاولى بعد ظهورها قبل بدو المصالح عامين، ومنعه في الثانية، وفيه أن الذي وقفنا عليه من كلامه صريح في خلافه .

وكيف كان فمقتضى ما ذكرنا أنه لا خلاف في عدم جواز بيعها قبل الظهور عاماً،

(١ و ٢) الوسائل الباب ٢ - من ابواب بيع الثمار الحديث ٢-٤

(٣) الوسائل الباب ١ - من ابواب بيع الثمار الحديث ٧

(٤) الوسائل الباب ١١ - من ابواب بيع الثمار

وفي التذكرة «الاجماع عليه» وفي العامين والضميمة ما عرفت، ولا خلاف أيضا في بيعها بعد الظهور قبل البدو بناء على انفكاكهما فيها بشرط القطع، أو الضميمة أو عامين، أما بدون ذلك ففيه البحث السابق، وحيث يتجه للمصنف أن يقول لا يجوز بيعها حتى يبدو صلاحها * بعد تقييده في صورة الظهور بما تقدم: لما سمعته من كلامه في غير اشتراط القطع، بناء على ما عرفت من اختياره * وحده * أي بدو الصلاح فيها * ان ينعقد الحب ولا يشترط زيادة عن ذلك على الاشبه * .

بل عن الكفاية أنه أشهر، لكن في معقد شهرة التنقيح إضافة تناثر الورد إليه، و ظاهره أو صريحه أنه مراد من لم يصفه إليه، ولذا جعل في المسألة قولين، هذا أحدهما، والثاني ما سمعته من عبارة المبسوط؛ ونحوه ما في غاية المرام ومحكي إيضاح النافع، إلا أنه خص الشهرة بالمتأخرين في أولهما، ويؤيده أنا لم نجد في النصوص ما يشهد للاطلاق، إذ ليس إلا خبر ابن شريح (١) «وبلغني أنه قال في ثمر الشجر: لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته، فقيل: وما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط ورده» وموثق عمار (٢) «سألته عن الكرم متى يحل بيعه؟ قال: إذا عقد وصار عقودا، والعقود، اسم الحصرم بالبطية، كما قيل: والثاني في خصوص الكرم، والاول قد اعتبر فيه تناثر الورد، فيقوى حيثئذ اتحاد القولين، خلافا للمسالك وغيرها، ولعل الانعقاد إنما يكون بعد تناثر الورد كما هو ظاهر الخبر .

وحيثئذ ينحصر الخلاف فيما عن المبسوط والمهذب، قال في أولهما «بدو الصلاح يختلف، فإن كانت الثمرة مما تحمر أو تسود أو تصفر فبدو الصلاح فيها حصول هذه الألوان، وإن كانت مما تبيض، فبأن تنموه، وهو أن يتموه فيها الماء الحلو ويصفو لونها، وإن كانت مما لا تلون مثل التفاح؛ فبأن يحلو ويطيب أكله؛ وإن كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج، قال: وقدرى أصحابنا أن التلون يعتبر في ثمرة النخل خاصة، فأما ما يتورد فبدو صلاحه أن ينتثر الورد وينعقد؛ وفي الكرم أن ينعقد الحصرم، وإن كان مثل القثا

والخيار الذي لا يتغير طعمه، ولالونه، فان ذلك يؤكل صغاراً، فبدو صلاحه أن يتناهى عظم بعضه» .

وهو إن كان قد يشهد له نصوص الاطعام والبلوغ والادراك، إلا أنه - بعد اعترافه بكون رواية أصحابنا خلافه، وقد عرفت أيضاً أن عملهم على ذلك، - لا ينبغي الالتفات إليه؛ سيما بعد أن حكاها في التذكرة عن الشافعي الذي قد جعل الله الرشد في خلافه، وليس المراد من نصوص الاطعام والادراك والبلوغ، (١) بيان أول مرتبة بدو الصلاح، بل يقوى في النفس ما ذكرناه سابقاً من أن هذه غايات لرفع كراهة البيع قبلها، المختلف شدة و ضعفا باختلافها كاختلاف الخصومة التي قد عرفت سابقاً أنها سبب النهي عن البيع قبل بدو الصلاح .

ومن ذلك يعرف مافي المحكي عن السرائر أيضاً، قال : « بدو الصلاح في ثمرة النخل الحمرة والصفرة، وما عداها فحين يتموه فيها الماء الحلو؛ ويصفرونها قال : ولا يعتبر اللون والتموه والحلاوة عند أصحابنا، إلا في ثمرة النخل خاصة، وإن كانت الثمرة مما تتورد، فبدو صلاحها أن ينتثر الورد وينعقد، وفي الكرم أن ينعقد الحصرم، وإن كان غير ذلك فحين يحلو ويشاهد؛ وقال بعض المخالفين : إن كان مثل القثا والخيار لا يتغير طعمه ولا لونه، فبدو صلاحه أن يتناهى عظم بعضه، قال : وقد قلنا إن أصحابنا لم يعتبروا بدو الصلاح إلا فيما اعتبروه من النخل والكرم، وانتثار الورد فيما يتورد ويمكن ارجاعه إلى المشهور، بل يمكن إرجاع كلام الشيخ إليه على إرادة أن ماذكره لغيرنا، فتأمل .

وعلى كل حال فقد عرفت أن الموجود في النص الانعقاد من دون ذكر الحب، وبه عبر في اللمعة، بل وما سمعت من عبارتي المبسوط والسرائر، والظاهر إرادة انعقاد الثمرة، فإن كانا متلازمين وإلا فالتعبير به أولى وأعم، لعدم الحب في بعض الثمار هذا وفي المسالك وغيرها أنه على ما اختاره المصنف من تفسير بدو الصلاح يتحدوقت الظهور

وبدو الصلاح، إذ ليس بينهما واسطة، أي فلا تظهر فائدة حينئذ للقولين السابقين في النخل، وإنما تظهر فائدتهما لو قلنا بتأخر بدو الصلاح عن الظهور.

قلت : قد يمنع اتحادهما على تفسير المصنف أيضاً، خصوصاً بعد أن عرفت أنه هو المراد من القول الثاني، فلاحظ وتأمل، ويؤيده أن الفاضل في التذكرة مع قوله فيها بأن بدو الصلاح في ثمرة الأشجار الانعقاد، قال : «يجوز بيعها بعد الظهور قبل البدو سنة وستين مع الضميمة إلى الأصول وغيرها» وقد سمعت سابقاً دعواه الإجماع على عدم جواز بيعها قبل الظهور سنة .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿هل يجوز بيعها سنتين فصاعداً قبل ظهورها قيل : ﴿و القائل الصدوق وبعض متأخري المتأخرين ﴿نعم﴾ بناء على اتحاد الحكم فيها مع النخل ﴿والأولى المنع﴾ بل هو الأصح ﴿لتحقيق الجهالة﴾ كما عرفت البحث فيه في النخل سابقاً مفصلاً، وربما استشعر من قوله هنا الأولى الجواز كقوله المروي هناك؛ و التحقيق ما سمعت .

﴿وكذا﴾ الخلاف فيما ﴿لوضم إليها شيئاً﴾ وباعه معها عاماً من ﴿قبل انعقادها﴾ بناء على إرادة الظهور منه فالبحث في صحته حينئذ نحو ما سمعته في النخل إلا أن المصنف لم يذكره هناك، فيستفاد منه حينئذ أولوية المنع في المقامين على تقدير عدم الفرق بينهما، واحتمال إرادته بعد الظهور قبل الانعقاد الذي هو بدو الصلاح بناء على تأخره عنه يدفعه أن مقتضاه حينئذ الفرق بين النخل والشجر، إذ خلاف في جواز بيع الثمرة الأولى قبل بدو الصلاح مع الضميمة كما سمعت، وقد عرفت اتحاد الحكم فيهما فتوى ونصاً .

ومن الغريب ما في المسالك هنا من أن الأجود المنع، وموضعه ما لو كانت الضميمة غير مقصودة بالبيع، بحيث تكون تابعة أوهما مقصودان، أما لو كانت الضميمة مقصودة والثمرة تابعة صح كما مر، إذ فيه أن المفروض قبل الانعقاد الذي هو الظهور، وبدو الصلاح عنده والضميمة لا تجدى في جواز بيع المعدوم وقياس هذا الضميمة إلى المجهول قد

عرفت أنه مع الفارق : نعم يتجه الجواز هنا بالضميمة؛ بناء على اختلاف حالي الظهور والانعقاد على نحو ما سمعته في ثمرة النخل اذا ظهرت ولم يبدو صلاحها والله أعلم.

﴿ وكيف كان في ﴾ اذا انعقد ﴿ ثمر الشجر ﴾ جازيعة مع أصوله ﴿ بلاخلاف ﴾ ومنفردا ﴿ كذلك بناء على أنه هو بد والصلاح ﴾ سواء كان ﴿ الثمر ﴾ بارزا ﴿ مشاهدا ﴾ كالتفاح والمشمش والعنب. أو في قشر يحتاج إليه لا دخاره كالجوز في القشر الاسفل، وكذا اللوز، أو في قشر لا يحتاج إليه كالقشر الاعلى للجوز والبقلا الاخضر والهرطمان والعيس ﴿ بلاخلاف أجده في شيء من ذلك بل ولا اشكال، وفي التذكرة الاجماع عليه اعتمادا في ذلك كله على أصل السلامة، خلافا للشافعي فلم يجوز بيع ذى القشر الاعلى كالجوز واللوز الا بعد نزع القشر الاعلى سواء كان ذلك على الشجر أو وجه الارض ولا ريب في ضعفه .

﴿ وكذا ﴾ البحث في ﴿ السنبل ﴾ أي لا يجوز شراؤه قبل الظهور وانعقاده الذي هو بدو صلاحه ويجوز بعده ﴿ سواء كان بارزا كالشعير أو مستترا كالحنطة ، منفردا أو مع أصوله، قائما وحصيذا ﴾ للاصل السالم عن المعارض، وأما شراء الزرع قبل أن يسنبل، فلا اشكال بل ولا خلاف معتد به في جوازه شرآ مع اشتراط التبقية، أو القصل أو بدونهما للاصل والنصوص المستفيضة المعتبرة (١) خلافا لما عن الصدوق في باب المزارعة ، فلم يجوز بيع الزرع قبل السنبل الا مع القصل يعلفه للدواب ، وتسمع البحث فيه انشاء الله عند تعرض المصنف له، والله أعلم.

﴿ وأما الخضر ﴾ كالقثا والباذنجان والبطيخ والخيار ﴿ فلا يجوز بيعها قبل ظهورها ﴾ اجماعا على الظاهر كما قيل، وفي الحدائق « الظاهر أنه لا خلاف فيه لأنها معدومة، وللجهالة والغرر، فحوى نصوص النخل والاشجار (٢) مضافا الى ما في موثق

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب بيع الثمار

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار

سماعة (١) سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات ؟ فقال : إذا رأيت الورق في شجره فاشتر منه ماشئت منه من خرطة وبه يقيد خبر معاوية بن ميسرة (٢) قال : سألته عن بيع النخل سنتين قال : لا بأس به ، قلت : فالرطبة يبيعها هذه الجزة وكذا وكذا جزة بعدها ؟ قال : لا بأس به ، قال : ثم قال : كان أبي عليه السلام يبيع الحنا كذا وكذا خرطة بل بناء على إرادة بيع النخل الظاهرة ثمرته في السنة الأولى ، لعدم الجواز بدونه يقوى إرادة ذلك أيضا في الرطبة ، وكذا يقيد ما في صحيح بريد السابق (٣) لما سأل أبا جعفر عليه السلام « عن الرطبة تباع قطعة أو قطعتين أو ثلاث قطعات ؟ فقال : لا بأس » الحديث و منه وما تقدمه يعلم أنه ﴿يجوز﴾ بيع الخضر ﴿بعد انعقادها﴾ وإن لم يتناهى عظم بعضها ؛ بخلاف أجده فيه ، بناء على أنه مبداً إصلاحها دونه ، وأنه به يتحقق الظهور ، ولم نشترط الجواز بالبدو ومشاهدتها ، فلو كانت مستورة في الأرض كالجزر والثوم ونحوهما لم يجوز للجهالة كما صرح به الفاضل في جملة من كتبه ، بل نسبته في الدروس إلى جماعة ؛ لكنه حكى فيها عن أبي علي جوازه ، واختاره هو تحكيماً للعرف ، قال : وأولى بالجواز الصلح ؛ وفيه منع تحكيم العرف في ذلك بعد أن لم يكن مراثياً ولا موصوفاً ، كما اعترف به في جامع المقاصد ، بل قال : لا يجوز بيعه بال ولا صلحاً ، وهو متجه بناء على عدم اغتفار مثل هذه الجهالة في الصلح .

نعم يمكن القول بالصحة لو ضم ما ظهر من ورقه مثلاً إليه ، بناء على جواز بيع المجهول إذا ضم معلوم إليه إلا أن المتجه التفصيل بالقصد وعدمه ؛ بناء عليه في الضميمة ، وبالجمله يجري عليه حكمها ، ولكن المسألة لا يخلو بعد من اشكال ، أما إذا كانت الخضرة ظاهرة ومنعقدة ، فلا اشكال في جواز بيعها ﴿لقطعة واحدة ولقطات﴾

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢

(٢) ذكره صدره في الوسائل الباب ١ - من أبواب بيع الثمار الحديث ١١ - وذيله في

الباب ٤ الحديث ٣

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ١

معلومة والمرجع في اللقطة إلى العرف ، ومع فرض الشك فيه يبقى على ملك المالك ؛ ﴿ وكذا ﴾ يجوز بيع ﴿ ما يقطع فيستخلف كالرطبة والبقول جزءة وجزات وكذا ما يخترط كالحناء والتوت ﴾ بالتائين المثنتين خرطة وخرطات ؛ بل قيل : على الأول تنزل عبارتا النهاية والسرائر ، « لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها ؛ لأن مختارهما في الكتائب أن بدو الصلاح الانعقاد وتناثر الورد ، وأما ما عن المبسوط من نحو ذلك ، فينبغي تنزيله على مختاره فيه الذي قد سمعته ، بل حكى عنه التصريح هنا بأنه إذا باع حمل البطيخ والقثا والحناء بعد ظهوره قبل بدو صلاحه بشرط القطع جاز ، وإن شرط التبقية أو مطلقا لم يجز ؛ ونحوه عن القاضي .

نعم ما في الوسيلة من نحو ذلك أيضا يمكن أن يكون موافقا للمشهور ، لاحتمال أن مختاره في بدو الصلاح مختارهم ، وما في المقنعة ومحكي المراسم من أنه يكره بيع الخضروات قبل أن يبدو صلاحها ، يمكن أن يكونا موافقين للشيخ في الموضوع دون الحكم الذي قد عرفت في النخل والشجر صحته ، وأنه لا يشترط بعد الظهور بدو الصلاح ، وما نحن فيه مثله على الظاهر ، فيجوز فيه ما تقدم سابقا فلا حظ وتأمل .

وعلى كل حال فلا يقدح انعدام ما عدا الأولى بعد ضمها إليها كالمتمجد من الثمرة في السنة أو في القابل إلى الثمرة الظاهرة ، ولا إشعار في عبارة المتن باشتراط الوجود في جميع اللقطات ، وإن خص الجواز بالانعقاد ، الآن مراده ولو بالأولى نحو قوله في ثمرة النخل وغيره نعم لا يجوز بيع الثانية والثالثة مستقلة ، إذ هي كالأولى قبل ظهورها ، لكن عن أبي حمزة يجوز بيع الرطبة وأمثالها الجزء أو الثانية أو الثالثة أو جميعها ، ولا ريب في ضعفه إن أراد ذلك . نعم قد يقال : يجوز بيع ذلك قبل ظهوره إذا انضم إلى ما ظهر من الخضراوات نحو ما قلناه في الشجر ، بل المرسل السابق (١) الذي هو كالموثق شامل للمقام ، فلا حظه ، بل يمكن الاكتفاء فيه بضمه إلى ما ظهر من ثمر النخل أو الشجر ، لا إطلاق المرسل السابق ؛ كما أنه يكتفى بظهور الخضروات في البستان عن ظهور ثمرات أشجارها

ف تكون هي حينئذ كثرة الشجرة بل لعله المراد من ذيل خبر أبي الربيع السابق (١) بل يمكن إرادة ذلك من الرطبة والبقل في موثق سماعة (٢) المتقدم آنفاً لئلا لمطلق الجواز مع الضميمة، إلا أنه ينبغي الاختصار في ذلك على ما في الحائط الواحد أخذاً بالمتيقن .

﴿و﴾ كيف كان فحيث ﴿يجوز بيعها﴾ يجوز ﴿منفردة ومع أصولها﴾ بل لا يعتبر في الثاني بدو الصلاح عند القائل به، بناء على أنه غير الظهور، اذ هي حينئذ كثر النخل والشجر، وكذا ضم غير الأصل ﴿ولو باع الأصول﴾ قبل ظهور الثمرة جاز مع الإطلاق وبشرط التبقية والقطع، اذ هو كالزراع وكأصول الأشجار ولا فرق في ذلك بين ظهور الورد فيها وعدمه، بل الظاهر جواز بيع الورد الذي تتولد منه الثمرة مطلقاً أو بشرط التبقية بناء على جوازه في ثمرة النخل والشجر لعدم الفرق بينهما أما مع شرط القطع أو الضميمة فلا ينبغي التأمل في الجواز كالثمرة أيضاً، ولو باعها في الأصول في الخضر وغيرها عدا النخل ﴿بعد انعقاد الثمرة لم تدخل في البيع إلا بالشرط﴾ ونحوه بلا خلاف للأصل .

نعم نظر في الدروس في تبعية ورق التوت والحنا والاس، قال : « وكذا قضيب ما اعتيد قضيبه (قضبانه خ) كالخلاف، مع أن الأقوى عدم التبعية أيضاً إذا فرض كونه ثمرة معتداً به، ولم يكن هناك عرف يقتضي التبعية كما هو كذلك في ورق التوت في بلداننا بحسب هذه الازمنة .

﴿و﴾ على كل حال حيث لا تدخل ﴿وجب على المشتري إبقاؤها﴾ مجاناً ﴿إلى أوان بلوغها﴾ إن كان المعتاد قطعها عنده والاقبله، وهو مختلف اذ منه ما يؤخذ بسراً مثلاً ومنه رطباً ومنه تمر ومنه عنباً، ولا يقدح عدم ضبطه بما لا يقبل الزيادة والنقصان بعد أن لم يكن أجلاً مضروباً في العقد وإنما هو كالحكم الشرعي الثابت من إطلاق الأدلة الذي لا ريب في ظهوره في بقاء الثمرة إلى أوان صيرورتها كذلك، وخصوصاً

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٧

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب بيع الثمار الحديث ١ -

ج ٢٤ (في أنه لو باع الأصول بعد انعقاد الثمرة وجب على المشتري إبقاؤها إلى أن يبلوغها) ٨١

نصوص الزرع (١) بل ترك الاستفصال في غيرها مع معلومية كون المراد من السؤال شراؤها حال كونها بالغة مدركة كالصريح في ذلك، ومرجه حينئذ إلى اغتفار عدم الضبط هنا وإن كان مقصودا للمتعاملين، لأنه لم يقصده أصلاً وهو حكم شرعي تعبدى محض، لعدم الدليل عليه على هذا الوجه، ومن ذلك وغيره يعلم أنه لا وجه للمناقشة في الرياض، «بأنه لا دليل على وجوب التبقية المخالفة لاصالة حرمة التصرف في مال الغير واستناد البعض إلى استلزام كون الثمرة للبائع ذلك غيرين، وحديث نفى الضرر بالمثل معارض، فإن كان إجماع أو قضاء عادة بذلك؛ وإلا فلا امر ملتبس» وقد عرفت أنه لا التباس فيه سيما بعد شهرة الأصحاب، بل لم يعرف فيه خلاف باعتراف المناقش، ومن غريب ما اتفق له أنه هنا توقف في الحكم أشد توقف؛ حتى جعل الأمر عليه ملتبساً، وقد تقدم له في باب الشروط أنه لإشكال في الحكم المزبور.

وكيف كان فلو اختلفت العادة فالأغلب إذا كان بحيث ينصرف الإطلاق إليه، و مع التساوي احتمل وجوب التعيين، للغرر، والتنزيل على الأدنى اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على حرمة التصرف في مال الغير على المتيقن، والأعلى استصحاباً للجواز، وكذا لو استثنى البائع أو اشتراها خاصة من دون الأصول مشتر، وربما ظهر من بعض نصوص الزرع (٢) أن الخيار بيد من له الثمرة فإن تم وإلا كان القول بالتعيين متجهاً، لعدم معلومية قصدهما الذي قد عرفت مدخلته، ولذا كان الحكم فيما لو اعتاد قوم على قطع الثمرة قبل أن يبلوغها تنزيل الإطلاق عليه، كما صرح به الفاضل وغيره، وكذا لو تعارف عندهم بقاءها إلى ما بعد ذلك نزل عليه أيضاً، لأن الاعتقاد المفروض كالقربة على إرادتهما ذلك، اذ هو ظاهر في أن الحكم بالبقاء ليس تعبد يامحضاً، بل للقصد فيه مدخلية نعم الغنى الشارع هنا اعتبار التعيين؛ فتأمل جيداً.

ولكل من يشتري الثمرة وصاحب الأصل سقى الشجرة؛ مع المصلحة له، وانتفاء

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الثمار

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٩٠ - ١٠٠

الضرر عن الآخر، ولا يجب على البائع السقي، وإن وجب عليه التبقية المنصرف الاطلاق إليها، وما عداها إنماء لا يجب عليه؛ نعم يجب عليه التمكين منه مع الحاجة وعدم ضرورة، فلو تلفت بترك السقي فإن لم يكن قد منع فلا ضمان عليه، وإن منع ضمن، وكذا لو تعيب، ولو تضررا بالسقي معاً منعه منه، ولو كان يضر أحدهما وينفع الآخر فقد تقدم للمصنف فيما يندرج في المبيع ترجيح مصلحة المشتري؛ إلا أنه فرض المسألة في بيع الاصول وبقاء الثمرة للمالك، والظاهر أنه لا فرق بين المقامين، فالتحقيق حينئذ ما تقدم هناك؛ كما أنه تقدم أيضاً تحقيق الحال فيما لو استلزمت التبقية ضرراً كثيراً على الاصول فلاحظ وتأمل.

فإن منه يعلم الحال أيضاً فيما ذكره الفاضل هنا في القواعد «من أنه لو انقطع الماء لم يجب قطع الثمرة على مشتريها، وإن تضرر الاصل بمص الرطوبة» إذا ذكرناه سابقاً وإن كان مفروضاً في بيع الاصول وبقاء الثمرة للمالك كما هو المفروض؛ في كثير من كلمات الاصحاب، إلا أنك قد عرفت عدم الفرق بينهما عند التأمل، إذ ما وجه به البقاء. هـنا من أن المشتري قد دفع ثمنه عن الثمرة وبقائها، وإطلاق العقد المنصرف إليه كالتصريح به؛ - والعلم بعدم انصراف الاطلاق إلى صورة الضرر الكثير ونحو ذلك - بعينه جار في صورة العكس كما هو واضح والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان ففي مفروض مسألة المتن جميع ﴿ما يحدث بعد﴾ تلك الثمرة الموجودة عند ﴿الابتياح للمشتري﴾ بلا خلاف ولا إشكال، لأنها إنماء ملكه؛ كما أنه لو باع الثمرة الموجودة خاصة كان جميع ما يحدث بعد للبائع لذلك، إلا أن الفرق بينهما أنه لو امتزجا في الصورة الاولى لم يتجه إلا الشركة؛ ولافسخ لاحدهما ولاإنفساخ، للاصل السالم عما يقتضى أحدهما، أما الثانية ففي اللمة «تخير المشتري بين الفسخ والشركة، ولو اختار الامضاء فهل للبائع الفسخ بعيب الشركة؟ نظراً؛ أقرب ذلك، إذا لم يكن تأخر القطع بسببه، وحينئذ لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع وقبض المشتري؛ أمكن عدم الخيار، ولو قيل: بأن الاختلاط إن كان قبل القبض

تخير المشتري؛ وإن كان بعده فلا خيار لأحدهما كان قوياً».

قلت : هو الذي ذكره الفاضل في المختلف والتذكرة، إلا أنه قال في أولهما : «يفسخه الحاكم لتعذر التسليم» بل لم يذكر في الدروس غيره جازماً به، واستحسنه في الروضة إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري، وإلا فعدم الخيار له أحسن، لأن العيب من جهته فلا يكون مضموناً على البائع، ولعله مراد غيره ولا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت كغيره من خيار الغبن ونحوه؛ بل لو بذل البائع الجميع لم يجب القبول، للأصل والمنة، بل لو قبله أمكن عدم سقوط الخيار وان زالت الشركة، اكتفاء بحصول السبب أولاً، خلافاً للمحكي عن الشيخ وابن البراج من أنه يقال للبائع : إما أن تسلم الجميع فإذا فعل أجبر المشتري وإن لم يسلم يفسخ الحاكم البيع، وهو أحد قولي الشافعي؛ و الآخر الانفساخ من أول الأمر لتعذر التسليم، وضعفهما معاً واضح، خصوصاً الثاني الذي لا يتم إلا قبل القبض، مع أن تعذر التسليم ممنوع، ضرورة إمكانه ولو بدفع الجميع، كغيره من بيع المشترك.

ومنه يعلم أن المتجه الصحة حتى لو علما الاختلاط من أول الأمر؛ ولا يحتاج إلى اشتراط القطع، بل احتمال في التذكرة هنا الصحة على تقدير البطلان في الامتزاج، قال : «لأن الثمرة الآن لا موجب للبطلان فيها، والامتزاج مترقب الحصول، فلا يؤثر في صحة البيع السابق» ومراده صحة العقد قبل الاختلاط، وإن بطل حينئذ بعد حصوله، بناء عليه فيه؛ وقد عرفت ضعفه، فلا ريب في أولوية التفصيل السابق منهما، مقيداً بما سمعته من الروضة.

نعم يمكن المناقشة في دعوى ضمان البائع مثل ذلك قبل القبض، إذ هو من قبيل فوات صفات الكمال، والأصل في العقد لزوم خصوصاً إذا لم يكن من قبله، وأما ذكره أولاً في اللعة فهو مع اضطرابه واضح الضعف، إذ حاصله بعد تقييد أول كلامه بآخره أن الخيار لهما معاً قبل القبض وبعده إذا لم يكن بتفريطهما، وإلا اختص به غير المفروط.

وفيه أنه لا وجه معتدبه لخيار البائع المنافي لاصالة اللزوم بجناية المشتري أو غيره على ماله؛ كما أنه لا وجه لخيار المشتري بعد القبض بذلك من البائع وغيره كما هو واضح ومنه يعلم اطلاق ما في القواعد « من أن الأقرب مع محاكمة البائع ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ والشركة، ولأخيار لو وهبه البائع على إشكال » بل في كلامه نظر من وجوه آخر تظهر بأدنى تأمل، كظهوره فيما سمعته من المختلف من فسخ الحاكم، وكذا المبسوط؛ ونحوهما ما في الوسيلة من أنه إن اختلط ولم يتميز ولم يسلم البائع جميعه فسخ العقد بينهما؛ ثم على الاشتراك يجب أخذ قدر المال لكل منهما من الثمرة إن علماه وإن جهلا عينه؛ فإن لم يعلما تخلصا بالصلح ولو تنازعا في القدر فالقول قول صاحب اليد منهما، إلا أن تشخيصه في الثمار مشكل، وللشافعية وجهان مبنيان على أن الجائحة من ضمان البائع أو المشتري، وثالث أنها في يدهما جميعاً وضعف الجميع واضح، وفي التذكرة « أن الوجه كون اليد للمشتري إن كان البائع سلمه الثمرة بتسليم الأصل، وإن كان الأصول في يد البائع والثمره في يد المشتري فهما صاحبان. قلت: اليد على الأصول لا تجدي فيما نحن فيه، مع أن الأصل أيضاً موافق لصاحب الثمرة، لاصالة عدم زيادة المتجدد والله أعلم .

﴿واما﴾ البحث في ﴿اللوأحق فمسائل﴾

﴿الاولى : يجوز﴾ لبائع الثمرة ﴿أن يستثنى ثمره شجرات ؛ أو نخلات بعينها﴾ بلا خلاف ولا إشكال بل الإجماع بقسميه عليه، وكذا استثناء عذق معين ونحوه نعم لو أبهم في شيء من ذلك بطل بلا خلاف بل في التذكرة الإجماع عليه للجهالة في المبيع حينئذ، ومنه الاجود أو الاردى إذا لم يكن معلوماً بينهما على وجه يكون مشخصاً؛ ويجوز له أيضاً بلا خلاف ﴿و﴾ لا إشكال ﴿ان يستثنى حصه مشاعة﴾ كالثالث ﴿أو﴾ الربع، بل الإجماع بقسميه عليه أيضاً، بل المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة أنه يجوز له أيضاً ان يستثنى ﴿ارطالاً﴾ مثلاً ﴿معلومة﴾ بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا، بل عن

الخلافاً لاجماع عليه ، للأصل وصحيح ربيعي (١) المتقدم سابقا وخبره الآخر (٢) «في الرجل يبيع الثمرة؛ ثم يستثنى كيلا وتمراً؟ قال: لا بأس به قال: وكان مولى له عنده جالسا فقال المولى : إنه ليبيع ويستثنى أو ساقاً يعني أبا عبد الله عليه السلام ، قال : فنظر إليه ولم ينكر ذلك من قوله » خلافاً لأبي الصلاح منا ، والشافعي وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل من غيرنا ، فلم يجوزوه ، لادائه إلى جهالة مقدار المبيع من المشاهد الذي طريق معرفته المشاهدة ، كما لو استثنى مشاهداً من الموزون الذي طريق اعتباره الوزن ، بأن باعه الموزون مستثنياً منه مشاهداً غير موزون ، وهو اجتهد في مقابلة النص ، المعتضد بما سمعت ، وبعدم تحقق الجهالة في مثله عرفاً؛ سيما بعد أن كان مرجع هذا الاستثناء إلى حصة مشاعة نسبتها إلى المجموع نسبة الأبطال المعلومة اليه ، وجهالة مقدارها في ذلك الوقت بعد أن كانت مضبوطة بما لا يقبل الزيادة والنقصان غير قادح ، كما لو باعه صاعاً من الصبرة على هذا الوجه ، بل الظاهر الصحة لو باع مختلف الأجزاء كالارض و نحوها مستثنيا منها أذرعاً مخصوصة على إرادة النسبة المزبورة ، فتأمل جيداً .

ومنه يعلم وجه ما ذكره المصنف (و) غيره من أنه (و) لو خاست الثمرة سقطت من الثنيا (و) إذا كانت حصة مشاعة أو أطراً للمعلومة (و) بحسابه (و) بل لأجد فيه خلافاً بينهم نعم لهم بحث سابق في بيع الصاع من الصبرة؛ وقد اعترف في الدروس هنا بأنه قد يفهم من هذا التوزيع ، تنزيل شراء صاع من الصبرة على الاشاعة ، لكن في الروضة «أنه قد تقدم ما يرجع عدمه ففيه سؤال الفرق » قلت : قد مر لنا خلاف ذلك؛ وأن الراجح تنزيله على الاشاعة؛ بل قلنا : هناك لو صرح بعدم إرادة الاشاعة ، أمكن بطلان البيع ، لأن بيع الكلي ما لم يكن في الذمة أو منزلاً على الاشاعة؛ يتحقق به الجهالة .

وقد يؤيده ما في التذكرة هنا من أنه لو صرح بإرادة الاستثناء مما يسلم من الثمرة

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ١٥ من أبواب بيع الثمار الحديث ١

أمكن بطلان البيع، أللهم إلا أن يستند في مسألة الصاع إلى خبر الاطنان (١) أو غيره مما مر تحقيقه هناك، فلاحظ وتأمل ما أسلفناه هناك، فانه نافع في المقام بالنسبة إلى غير ذلك أيضاً، حتى بالنسبة إلى اشتراط صحة بيع الصاع من الصبرة، بالعلم باشتغالها عليه وعدمه، وإن كان الظاهر عدم الصحة في المقام، مع عدم العلم؛ للشك في أصل وجود المبيع، لاحتمال الاستغراق، تنزيلاً لاطلاق النص والفتوى على المعهود ما يعلم فيه عدم الاستغراق مع احتماله هنا، وتكون الصحة مراعاة كما أن النقص هناك يجبر بالخيار، إلا أنه ضعيف جداً، خصوصاً بناء على أن مدرك الصحة النص السابق، وأنه لولا له لكان باطلاً للجهالة، فتأمل .

والظاهر أنه لافرق في استثناء الارطال بين وجود الثمرة وبين عدمها كما لو باعه ثمرة سنتين مستثنياً الارطال، للاطلاق ولا ينزل إشاعة السنة الثانية على نسبة السنة الاولى لاختلافها ، بل كل منهما على نسبتها، ولولم يخرج في السنة الثانية الامقدار المستثنى فمادون، ففي الصحة والبطلان وجهان ينشآن من تنزيل ذلك منزلة ما لو خاست الثمرة وعدمه؛ وعلى الاول يقدر لها حينئذ ثمرة العادة وينسب لها الارطال الموجودة، فيستحق المشتري على حسب تلك النسبة، لكنه كما ترى لا يخلو من بعد، بل ينقدح منه احتمال صحة استثناء الارطال في الثمرة المشاهدة دون غيرها .

ثم انه قد صرح غير واحد بأن طريق معرفة الاشاعة في مسألة الارطال تخمين الفائت بالثلث والرابع مثلثم تنسب الارطال إلى المجموع، ويسقط منها بالنسبة ، لكن قد يقال : إن التخمين إن صح الاعتماد عليه باعتبار إنحصار الطريق فيه، فهو بالنسبة إلى الفائت، أما نسبة الارطال فيمكن معرفتها على التحقيق، فلا ينبغي الاكتفاء فيها بالتخمين بل الاولى الرجوع إلى الصلح بعد معرفتها أيضاً لعدم الدليل على الاكتفاء بالتخمين الذي يمكن أن يكون محلاً للنزاع ، وربما يتعسر معرفته في بعض الاحوال أو يتعذر هذا .

وقد قيد ثاني المحققين والشهيدين وغيرهما نحو إطلاق المتن بما إذا كان التلف بغير تفريط، قيل : والمراد إنه إذا كان بتفريط المشتري مثلاً اختص التالف به، قلت : الظاهر إرادة اختصاص الضمان به؛ وإلا فلاريب في أن التالف على كل تقدير يكون منهما، بناء على الاشاعة المزبورة؛ لعدم ما يقتضى اختصاص التالف أو الباقي بأحدهما؛ فلا فرق حينئذ في ذلك بين كون التلف منهما أو من أجنبي أو من آفة سماوية، فيكون الإطلاق حينئذ صحيحاً، اللهم إلا أن يدعى عدم جريان حكم الاشاعة لو كان التلف من أحدهما وخصوص المشتري وهو كما ترى :

المسألة (١) الثانية: إذا باع ما بدا صلاحه ﴿مثلاً﴾ فأصيب ﴿الكل﴾ بآفة من الله سماوية أو أرضية ﴿قبل قبضه﴾ الذي هو التخلية ﴿كان من مال بايعه﴾ كغيره من أفراد المبيع للعموم وغيره مما تقدم في محله ، و الظاهر الحاق النهب والسرقة ونحوهما مما لا يكون المتلف فيه شخصاً معيناً ، بها لا بتلف الاجنبى الذي ستعرف أنه مسلط على الخيار، دون الانفساخ، لصدق التلف بها وقد سمعت ما في خبر عقبة (١) من السرقة، و في التذكرة هنا «لا فرق بين أن يكون التلف بأمر سماوي كالريح والثلج والبرد أو بغير سماوي كالسرقة والحرق» إلا أن الظاهر إرادة التعريض به على خلاف أحمد، من أنها ان تلفت بأمر سماوي كان من ضمان البايع، وإن تلفت بنهب أو سرقة كان من ضمان المشتري فتأمل جيداً .

﴿وكذا لو تلفه البايع﴾ مباشرة أو تسبباً لاوليته من التلف بالآفة ؛ لكن ظاهره الانفساخ فهراً به كالأفة، ولم أعرفه إلا للمحكي عن الشيخ في مبسوطه ومحمّل الايضاح، لصدق التلف وهو جيد؛ إلا أن الفرق بينه وبين تلف الاجنبى غير واضح ، ومن هنا كان المعروف بين المتأخرين الحاقه به، فيتمخير المشتري بين الفسخ ومطالبة البايع بالمثل أو القيمة .

﴿وإن أصيب البعض﴾ انفسخ العقد فيه بلا خلاف فيه بيننا ، و﴿أخذ السليم بحصته من الثمن﴾ وكان له خيار التبعض ، بل في التحرير « إن اختار الماسك فالأقرب تخير البايع » وهو لا يخلو من نظر ﴿ولو أتلغه أجنبي كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع، وبين مطالبة المتلف﴾ بلا خلاف أجده، فيه، جمعاً بين ما دل على ضمان البايع، وعلى ضمان من أتلغ مال غيره، ولا ينحصر المراد بضمان البايع في الانفساخ قهراً الذي على تقديره هنا تلغو قاعدة ضمان المتلف، فلا بد حينئذ من إرادة الفسخ الاختياري هنا، من ضمان البايع ولو لوجوب التسليم عليه، وقد تعذر؛ ومن ذلك يظهر لك قوة الخيار في اتلاف البايع، لا الانفساخ فتأمل جيداً، لما تقدم سابقاً من التوقف في اقتضاء مثل هذا التعذر الموجب ضماناً على الغير الخيار .

﴿ولو كان﴾ التلف للكل أو البعض بآفة أو من أجنبي ﴿بعد القبض وهو التخلية﴾ مطلقاً أو في نحو الثمرة التي هي حال كونها على الشجر من غير المنقول، ﴿لم يرجع على البايع بشيء على الأ شبه﴾ بأصول المذهب وقواعده، لخروجه عن ضمانه بالقبض، فلا انفساخ حينئذ ولا فسخ، لكن في المحكي عن المبسوط وإن قلنا أنه ينفسخ في مقدار التلف أي بالآفة كان قوياً .

وفي المسالك « ذهب بعض الأصحاب إلى أن الثمرة على الشجرة مضمونة على البايع، وإن قبضها بالتخلية نظراً إلى أن بيعها بعد بدو الصلاح بغير كيل ولا وزن على خلاف الأصل، لأن شأنها بعده النقل، والاعتبار بالوزن أو الكيل، وإنما أجزى بيعها كذلك للضرورة، فیراعى فيها السلامة؟ » قلت: لم نعرف القائل بذلك منافع حكاه في التذكرة عن الشافعي في القديم معللاًه بأن التخلية ليست بقبض صحيح، ولهذا وعطشت الثمرة كان من ضمان البايع إذا تلقت وهو كما ترى، تعليلان عليلان، فلا ريب في أن المتجه ما ذكرنا، بل لو أتلغه البايع أيضاً لم يثبت للمشتري فسخ ولا انفساخ، لعدم الدليل وإن رجع عليه بالمثل أو القيمة كالأجنبي .

﴿ولو أتلغه﴾ أي المبيع ﴿المشتري في يد البايع استقر العقد، وكان الاتلاف

كالقبض، وكذا لو اشترى جارية وأعتقها قبل القبض ﴿﴾ فإنه بمنزلة القبض منه، ضرورة ظهور ما دل على ضمان البائع فى كونه ارفاقاً بحال المشتري؛ فلا يشمل ما إذا كان هو المتلف، وفى المسالك «إن إتلاف المشتري للمبيع فى يد البائع أعم من كونه باذن البائع وعدمه، فإن كان باذنه فهو قبض تترتب عليه أحكامه مطلقاً، وإن كان بغير إذنه كما هو الظاهر فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشتري، وإن تخلف عنه باقى الأحكام والفرض هنا انتقال الضمان، وإنما شبه الاتلاف بالقبض ولم يجعله قبضاً لأن الاتلاف قد يكون بالتسبب، فىكون فى حكم القبض خاصة، وقد يكون بمباشرة المتلف فىكون قبضاً حقيقة» قلت: مقتضى التفصيل الآخر: عدم مراعاة الاذن فى تحقق القبض وعدمه، ومقتضى التفصيل الاول عدم مراعاة المباشرة وعدمها، على أن قد سمعت فى المباحث السابقة ما فى التذكرة من عدم تحقق القبض بالاتلاف لو كان جاهلاً ولو مع المباشرة، فلاحظ ما أسلفناه سابقاً وتأمل.

وكيف كان ففي حواشي الشهيدنا «أن الأقسام أربعة عشر، لأن التلف إما من البائع والمشتري أو من غيرهما، أو من البائع خاصة؛ أو المشتري خاصة، أو من البائع وأجنبى، أو من المشتري وأجنبى، أو منهما وأجنبى، فالأقسام سبعة وحينئذ إما أن يكون قبل القبض، أو بعده، فتبلغ أربعة عشر وجهاً، فالسبعة التى قبل القبض دركها على البائع إن لم يشاركه المشتري، وإن شاركه المشتري فالدرك على المشتري، والسبعة التى بعد القبض دركها على المشتري، ففي الاول ما أتلّفه المشتري فهو قبض، وما أتلّفه البائع فالمشتري بالخيار بين المطالبة بالمثل أو القيمة إن لم يكن مثلياً؛ أو يفسخ ويغرم ما أتلّف، وفى الثانى يتخير بين مطالبة المتلف مع الاجازة؛ أو يفسخ ويرجع بالثمن على البائع، وفى الثالث هو بالخيار أيضاً؛ وفى الرابع قبض منه، وفى الخامس يتخير، وفى السادس التلف منه ويرجع على الاجنبى بمقدار ما اتلف. وفى السابع أيضاً كذلك يسقط ما أتلّفه بفعله ويرجع عليهما بما قابل فعلهما».

قلت: لا يخفى عليك زيادة الأقسام مع ضم الافة إليها كما أنه لا يخفى عليك ما فى إطلاق قوله إن الدرك على المشتري مع المشاركة، بل ظاهر كلامه عدم الخيار فى السادس.

والسابع، والفرق بينه وبين الاول غير واضح، فالمتجه ثبوت الخيار في الجميع، مع كسوف المراد بالشركة إختصاص كل بتلف البعض على جهة الاستقلال، أما إذا كان الاشتراك على وجه يكون كل منهم بعض العلة بحيث استند التلف إلى المجموع فلا يبعد عدم الخيار في الجميع؛ أي جميع الصور التي يدخل فيها المشتري؛ لعدم الارفاق فيه حينئذ؛ والاصل للزوم، بل لو فرض الاشتراك على هذا الوجه بين المشتري والافة أو البائع، بناء على أنه كالافة لم يكن إنفساخ؛ لعدم صدق المتلف على كل منهم، بل هو بعض المتلف، وفرق واضح بين متلف البعض وبعض المتلف والتنصيف بالضمان مثلاً، لأن كلا منهما قد أتلف نصفاً بل لكون المجموع مصداق من أتلف، فضمان الكل عليه، لا على كل واحد منهما فينصرف إلى الاشتراك.

أما في نحو المقام فالاصول تقتضي لزوم العقد، فمع فرض تعليق الانفساخ مثلاً على التلف بالافة، لم يصدق مع كونه جزء سبب؛ وكذلك مقتضى الخيار لو فرض كونه كذلك نعم لو اشترك ما يقتضي الانفساخ وما يقتضي الخيار كالافة والاجنبي، أمكن ثبوت الخيار في المقام لانه مقتضى كونه مضموناً على البائع مع احتمال عدمه، كما أن الظاهر ثبوت الخيار مع شركة البائع والاجنبي كذلك أيضاً، ولو اشترك البائع والافة؛ وقلنا إن إتلاف البائع مثلها في الانفساخ، فالمتجه حصولها معها إلا أن يفرض كون العنوان في كل منهما على جهة الاستقلال على وجه لا يندرج فيه حال الاشتراك، وحينئذ يتجه الخيار بناء على أن مقتضيه تعذر التسليم والفرض حصوله، فقد ظهر من ذلك أنه حيث يدخل المشتري يرتفع الانفساخ والخيار، ويكون جزئيته في الاتلاف بمنزلة القبض، ويرجع على من شاركه على حسب شركته في السببية فتأمل جيداً، فان المسألة محتاجة مع ذلك إلى التحرير، بل فيه احتمالات آخر هذا.

والظاهر جريان حكم التلف قبل القبض وبعده بالنسبة إلى ثمرة السنة الثانية لو كانت بعض المعقود عليه ولا يقوم القبض في السنة الاولى عنه فيها، كما أنه لا ينافي ذلك

استقرار الثمن على المشتري لو لم تظهر ثمرة أصلاً ، كما يشهد لهم قوله عليه السلام (١) «ان لم تخرج في هذه السنة تخرج في قابل» لان ذلك مقتضى العقد على المعدوم الذي صيره الشارع بحكم الموجود في صحة البيع ، بل هو غير مندرج في المبيع التالف قبل القبض ، لعدم وجوده ، بخلاف ما لو ظهرت فتلفت قبل التخلية مثلاً ، إذ لا ريب في الاندراج ، كما أن جميع ما تقدم بالنسبة إلى الثمرة الأولى مما يقتضى الخيار أو الانقاسخ جار فيها .

وبذلك ظهر لك الفرق بين ظهور عدم الثمرة وبين تلفها قبل القبض ، فلا ضمان على البائع في الأول ، بخلاف الثاني وتحقيقه أن المبيع في الأول الثمرة الحاصلة منضمماً إليها الثمرة المتجددة في السنين - نحو انضمام المعدوم إلى الموجود في الوقف على معنى مشاركته للموجود إن حصل ؛ وإلا فلا بطلان للوقف ، - وقلنا إن تجددت ثمرة كانت مبيعاً ، وإلا كان المبيع الموجودة ، ومرجعه بيع ثمرة هذا النخل سنيين كائنة ما كانت ، لأن المبيع ثمرة كل سنة على وجه يكون ملاحظة مستقلة ، وإنما هو ما عرفت وإن لم يعلم مصداقه ، فيحتمل كونه الموجود خاصة ، ويحتمل حصول غيره معه ؛ نحو ثمرة الشجرة الواحدة ، إذا ظهر بعض ثمرها ولم يظهر الباقي ، وأريد بيع ثمرها أجمع ، وبما كان في قوله عليه السلام إن لم تخرج هذه ، إلى آخره إيماء إليه ، وإن كان مورده التعدد من السنين قبل الظهور ، ولكن يفيد أن المبيع ثمرة كلية لا يعلم مصداقه ولا زمان وجودها ، فهو ينفع فيما نحن فيه وشبهه من الصور الصحيحة .

بل لعل ضم البقلة والرطبة في موثق سماعة السابق (٢) من هذا القبيل بناء على ما ذكرناه من إرادة خصوص البقلة والرطبة في البستان ، فيكون المبيع أحدهما مع ثمرة البستان المحتمل حصولها ، فإن خرجت كانت من المبيع ، وإلا كان المبيع البقلة أو الرطبة ، وحينئذ تكون من مسألة جواز بيع ثمرة البستان التي ظهر بعضها ولم يظهر الآخر ، من غير

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب بيع الثمار الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ٣ - من أبواب بيع الثمار الحديث ١

فرق بين اتحاد النوع واختلافه، وبين الخضرة والغلة وغيرهما كما سمعته .

وبالجملة إذا كان المبيع كلياً متعدد مصاديقه في الخارج، والمفروض مشروعيته في بيع الثمار، يتجه عدم ضمان البايع لو لم يحصل المصداق الآخر، ضرورة وجود مصداق آخر له وهو الموجود، نعم لو فرض كون المبيع ثمرة كل سنة على وجه يكون كل منهما مبيعاً مستقلاً، وقلنا بصحته في الثمار، ولو لاطلاق الأدلة، يتجه حينئذ ضمانه على وجه يقتضى توزيع الثمن، ضرورة عدم حصول بعض المبيع المفروض إرادة مقابلته بالثمن .

ولعل من ذلك البيع خرطتين مثلامع فرض عدم حصول الخرطة الثانية، ولذا صرح بعضهم بتوزيع الثمن فيه، لأن الخرطة الأولى لا تكون مصداقاً للخرطتين اللتين هما متعلق البيع، بخلاف نحو بيع ثمرة النخل إلى سنتين مثلاً؛ فالمتجه حينئذ التفصيل ومع الإطلاق لا يبعد تنزيله على الأول، ولا يقدح زيادة الثمن في مقابلته، فانه أعم من ملاحظة كونه مبيعاً مستقلاً بل كملاحظة الأوصاف وحمل الدابة المحتمل إذا بيعت على ما هي عليه؛ بل هنا أقوى، للعادة، وربما يؤيده السيرة المستمرة على عدم رجوع المشتري بما يخص بعض النخل الذي لم يظهر حملاه في بعض السنين، أللهم إلا أن يكون وجه التسامح فتأمل جيداً فإن المسألة غير محررة في كلامهم، وإن كان يلوح منهم الأول، والله العالم. ثم إن الضمان هنا حيث يتحقق على البايع أو الاجنبي فهو بأمثل؛ حيث يكون مثلياً، كما لو كان تمراً ونحوه، أما لو كان من قبيل الطلع ونحوه فضمنانه بالقيمة؛ فيقوم حينئذ على حاله، باقياً إلى أن يبلوغه محتملاً للعوارض، ويدفع له قيمته فتأمل جيداً والله أعلم .

المسألة الثالثة ❦ لا خلاف ولا إشكال في أنه ❦ يجوز بيع الثمرة ❦ للنخل وغيره ❦ في أصولها بالاثمان أو العروض ❦ أو بهما معاً، أو بغيرهما من المنافع والأعمال ونحوها؛ كغيرها من أفراد المبيع؛ للأصل ❦ (و) ❦ إطلاق الأدلة نعم ❦ لا يجوز بيع ثمرة النخل ❦ منها بمائة كرم مثلاً ❦ من ثمرتها ❦ إجمالاً بقسميه، بل المحكي منها مستفيض أو متواتر؛ لعدم جواز اتحاد الثمن والمثمن، ❦ (و) ❦ لأن هذه المعاملة ❦ هي ❦

المتيقن من تحريم ﴿المزبنة﴾ التي علم بالنص (١) ﴿و﴾ الاجماع حرمتها ، بل قيل ﴿انها﴾ هي بيع الثمرة في النخل بتمر ولو كان موضوعاً على الارض ، وهو الاظهر ﴿فيكون المجموع محرماً كما هو أشهر القولين ، بل هو المشهور بين المتقدمين والمتأخرين نقلاً وتحصيلاً ، بل عن ظاهر الغنية كالسروضة الاجماع عليه ، لصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٢) عن الصادق عليه السلام « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزبنة قلت : وما هو ؟ قال : أن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة » والظاهر إرادة اللف والنشر المشوش ، لكن في موثقة الاخر عنه (٣) ايضاً « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزبنة فقال : المحاقلة بيع النخل بالتمر ، والمزبنة بيع السنبل بالحنطة » ومال اليه الكاشاني والمحدث البحراني إلا أن الاولى حملة على ضرب من المجاز ، كالمحكى عن سلالر المحاقلة محرمة . وهي أن يبيع التمري في رؤس النخل بالتمر ، والزرع بالحنطة كيلاً وجزافاً ، وكأنه اومه ما في المقنعة « لا يجوز بيع التمر في رؤس النخل بالتمر كيلاً ولا جزافاً ، ولا يجوز بيع الزرع بالحنطة أيضاً كيلاً ولا جزافاً ، وهذه هي المحاقلة » .

إلا أن الظاهر إرادة الاخير من الإشارة ، أو يحمل على وهم الراوي ، لمخالفته المنصوص عليه عند الأصحاب وأهل اللغة ، ولما في خبر أبي القاسم ابن السلام (٤) المروي عن معاني الاخبار مسنداً عن النبي ﷺ « أنه نهى عن بيع المحاقلة والمزبنة ، والمحاقلة بيع الزرع وهو في سنبله بالبر ، والمزبنة بيع التمري في رؤس النخل بالتمر » والامر سهل بعد حرمتها معاً وإنما تظهر الثمرة في العهد واليمين ونحوهما .

وعلى كل حال فهما دالان على حرمة البيع بالتمر مطلقاً ، مؤيداً ذلك بظاهر خبر ابن سلام المتقدم حيث خص الرخصة في بيع الثمرة بالتمر بالعريّة ، وبخبر السكوني (٥)

(١) (٢) الوسائل الباب ١٣ - من ابواب بيع الثمار الحديث ١ -

(٣) (٤) الوسائل الباب ١٣ من ابواب بيع الثمار الحديث ٢ - ٥ -

(٥) الوسائل الباب ١٤ - من ابواب بيع الثمار الحديث ١ -

عن الصادق عليه السلام «رخص رسول الله ﷺ في العرايا أن تشتري بخرصها تمرا» قال : والعرايا جمع عرية وهي النخلة يكون للرجل في دار رجل آخر ، فيجوز أن يبيعها بخرصها تمرا ، ولا يجوز ذلك في غيره» بناء على ما قيل : من أن دلالة ظاهرة ان جوازنا بيع ثمرة العرية بتمر من نفسها ؛ وإلا فهي صريحة لاختصاص الرخصة حينئذ ببيعها بتمر من غيرها ، ومقتضاه رجوع الإشارة في لفظ ذلك إليه ؛ وهو صريح في المنع كما لا يخفى .

بل قيل أن به يضعف احتمال العهدية في اللام في الخبرين السابقين ، و رجوعها إلى ثمرة نفس النخلة المذكورة سابقا ، فان أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض ، مع بعده في الخبرين الاولين ، إذ لم يتقدم لتمرها ذكر فيهما سابقا ، والحمل في أحدهما والنخل في آخر أعم من الثمر فكيف يمكن جعل اللام للعهد ؛ ولا إشارة إليهما كل ذلك مضافا إلى اقتضاء إختصاص المزابنة بالاول عدم الخصوصية لها هنا ، فان عدم جواز البيع ببعضه معلوم فيها وفي غيرها ، بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين جعل الثمن حصة مقدرة بالمقدار المعلوم منها ، وبين جعله كليا مشروطا كونه منها ، ضرورة رجوعه إلى الاول بل لو جعل مشروطا تأديته منها ، كان كذلك أيضا ، وإن كان في اقتضاء القواعد بطلانه نظر ، إلا أنه يكفي في عدم جوازه هنا إطلاق معاهد الاجماع ، ومضافا إلى التعليل بعدم الامن من الربا ، وإن كان فيه منع واضح هنا ، باعتبار عدم كون الثمرة على النخل مقدرة بالكيل والوزن ، وستسمع التصريح فسي الخبر هنا بعدم الربا فيه ؛ وقد عرفت اشتراطه في ذلك ، وأنه لا يجدي صيرورته بعد ذلك مقدرا ، كما لا يجدي موزونية جنسه ، إذ لم يكن على الاصول .

أللهم الآن يستند في ذلك إلى موثق سماعة (١) الامر بشراء الزرع فيه بالورق معللا بأن أصله طعام ، مؤيدا بما يظهر منهم في العرية من جريان حكم الربا فيها في الجملة إلا أن الاعتماد على ذلك ونحوه في الخروج عما يقتضي الجواز واضح المنع ؛ كوضوح

منع تعدية علة النقصان عند الجفاف، ضرورة ظهور دليلها في الربا بين المقدرين بهما، مع أنها غير عامة لسائر أفراد المقام التي منها البيع للباس بالباس، و الرطب بالرطب .

فالاولى الاقتصار في الاستدلال للعدم بما عرفت، خلافا للشيخ في النهاية قال : « لا يجوز بيع الثمرة في رؤوس النخل بالتمر كيلا ولا جزافا؛ وهي المزابنة التي نهى النبي ﷺ عنها (١) وكذلك لا يجوز بيع الزرع بالحنطة من تلك الارض ، لا كيلا ولا جزافا، وهذه المحاقلة، فان باعه بحنطة من غير تلك الارض لم يكن به بأس، وكذلك إن باع التمر بالتمر من غير ذلك النخل لم يكن أيضا به بأس» قيل: والخلاف لكن المحكي عنه في المختلف «لا يجوز المحاقلة وهو بيع السنبل التي انعقد فيها الحب، واشتد بحب من جنسه، أو من ذلك السنبل؛ وروى أصحابنا أنه إن باع بحب من جنسه من غير ذلك السنبل فانه يجوز وقال الشافعي: لا يجوز بيعها بحب من جنسها على كل حال؛ وإليه ذهب قوم من أصحابنا والمزابنة بيع الثمرة على رؤوس النخل بتمر موضوع على الارض ومن أصحابنا من قال : المحرم أن يبيع على رؤوس النخل بتمر منه، فأما بتمر آخر فلا بأس؛ وهو كما ترى ظاهر مع المشهور .

نعم حكى فيه عن المبسوط، أنه قال : « بيع المحاقلة والمزابنة حرام بالاجماع، وإن اختلفوا في تأويله، فعندنا أن المحاقلة بيع السنابل التي انعقد فيها الحب واشتد، بحب من ذلك السنبل، ويجوز بيعه بحب من جنسه على ما روي في بعض الاخبار، والاحوط أن لا يجوز بيعه بحب من جنسه على كل حال، لانه لا يؤمن أن يؤدي إلى الربا، والمزابنة هي بيع التمر على رؤوس الشجر بتمر منه، فأما بتمر موضوع على الارض فلا بأس به، و الاحوط أن لا يجوز ذلك لمثل ما قلناه في السنابل سواء» وظاهره الجواز بناء على عدم وجوب هذا الاحتياط عنده، وهو المنقول عن كامل ابن البراج، وإن وافق المشهور في مذهب : وعن أبي الصلاح في ظاهر المحكي عنه في المختلف، وربما حكى عن قطب

الدين؛ وهو ظاهر تذكرة الفاضل أوصريجها للاصل والعمومات .

وصحيح الحلبي (١) « قال أبو عبد الله عليه السلام : في رجل قال للآخر بعني ثمرتك في نخلك هذه التي فيها؛ بفقيزين من تمر أو أقل أو أكثر ، يسمى ماشاء فباعه ؟ قال : لا بأس به ، وقال : البسر والتمر من نخلة واحدة لا بأس به فامأن يخلط التمر العتيق والبسر فلا يصلح ، والزبيب والعنب مثل ذلك » .

وموثق الكنانى (٢) « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إن رجلا كان له على رجل خمسة عشر وسقا من تمر ، وكان له نخل فقال له : خذما في نخلي بتمرك فأبى أن يقبل فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إن لفلان علي خمسة عشر وسقا من تمر فكلمه يأخذما في نخلي بتمره ، فبعث النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يا فلان خذما في نخله بتمرك ، فقال : يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يفي وأبى أن يفعل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لصاحب النخل : جذ نخلك فجذوه كاله خمسة عشر وسقا ، فأخبرني بعض أصحابنا عن ابن رباط ولا أعلم إلا أنى قد سمعته منه ، قال إن أبا عبد الله عليه السلام قال : إن ربيعة الرأى لم يبلغه هذا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : هذا ربا ، قلت أشهد بالله ؛ إنه لمن الكاذبين ، قال : صدقت » .

وخبر يعقوب ابن شعيب (٣) عن الصادق عليه السلام « سأله عن الرجلين يكون بينهما النخل ، فيقول أحدهما لصاحبه اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلا مسمى و تعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص ؛ وإما أن آخذه أنا بذلك ، وأرده عليك قال : لا بأس بذلك » وخبره الآخر (٤) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يكون له على الآخر مائة كرم من تمر ، وله نخل فيأتيه فيقول : اعطني نخلك هذا بما عليك فكأنه كرهه » وفيه أن الأصل والعموم مقطوعات بما عرفت ، وصحيح الحلبي - بعد رجحان ما مر عليه بالشهرة وغيرها - يمكن حمله على العربية ، على أن إطلاقه مخالف للمجمع على خلافه من البيع بمقدار منها ،

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب بيع الثمار الحديث ١-٣ باختلاف يسير

(٢) الوسائل الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار الحديث ١-

(٣) الوسائل الباب ٦ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢- الجواهر ٦

بل قوله فيه البسر والتمر إلى آخره مما لا يظهر له وجه معتد به، بل رواه المحدث الحر في الوسائل (١) في باب جواز بيع المختلفين متفاضلا من الربا «قفيزين من بر» وموثق الكنانى (٢) لدلالة فيه على البيع، بل هو إماموفا، أو أن المراد منه إرضاءه بذلك؛ ثم تفعل الصورة التي يسلم معها من المزابنة بالصلح، أو بالهبة والابراء، و نحو ذلك يجرى في الخبرين الآخرين بعده، مضافا إلى عدم الجابر للمحتاج إليه منهما، فلا ريب في أن ما تقدم حينئذ أقوى، لكن ظاهرا لدلالة اختصاص المنع لو كان الثمن التمر خاصة، فلو مزج معه غيره خرج عن إطلاق النص، وإن لم نقل أن المانع الربا كما يخرج لو مزج مع المبيع ذلك، بل الظاهر خروجه أيضا لو بيع حمل النخل بغير التمر من الطلع ونحوه، لاعتبار التمر في ثمن المزابنة، أما لبواع الطلع ونحوه بالتمر كان مزابنة لأن الموجود في الخبرين السابقين الحمل وما في النخل.

نعم لا فرق على الظاهر بين كون التمر ثمنًا أو ثمنًا مع احتماله؛ إقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن؛ بل قد يحتمل اعتبار التمرية فيما كان على رؤوس النخل أيضا، جمعا بين الخبرين؛ ﴿و﴾ خبر ابن سلام الذي يمكن دعوى التنافي بينها من جهة التفسير ثم إنه ﴿هل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه﴾ كما صرح به جماعة، بل هو ظاهر آخرين، لاختصاص المزابنة كما عرفت بالنخل، فيبقى غيره على القواعد ﴿قيل﴾ والقائل المشهور كما في الروضة وإن كنا لم نتحققه ﴿لا، لأنه لا يؤمن الربا﴾ وقد عرفت ما فيه كما عرفت ما في الاستناد إلى علة النقصان بعد الجفاف، فلا معارض حينئذ لمقتضي الجواز من الإطلاقات وغيرها.

نعم المنع متجه، فيما لو كان بمقدار منها؛ بناء على ما عرفت من إقتضاء القواعد العدم فيه، إلا في صورة اشتراط التأديب منها على إشكال فيها أيضا، و من الغريب

(١) الوسائل الباب ١٣ - من أبواب الربا الحديث ٨

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب بيع الثمار الحديث ٣

ما في الرياض «من أن الأصل يقتضي الجواز مطلقاً ولو بالمجانس منها أو من غيرها ،
ناسباً له إلى تصريح جماعة ؛ ولم أجده لغير الفاضل في التذكرة ممن يعتد بقوله : نعم ربما
يتوهم ذلك من بعض العبارات خصوصاً المتضمنة منها لعدم الحاقها بالمزانية ، الظاهرة
في عدم جريان حكمها بالتفسيرين السابقين ، ولأريب في أنه وهم واضح ضرورة إقتضاء
عدم الحاق البقاء على القواعد التي لأريب في اقتضاها البطلان ، إذا كان الثمن منها
للاتحاد ، وستعرف أن المشهور المنع من ذلك في العربية ، المستثناة بالخصوص من حكم
المزانية فضلاً عما نحن فيه ، والله اعلم .

﴿ وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه إجماعاً ﴾ بقسميه بل المحكى منه مستفيض
أو متواتر ؛ ولاتحاد الثمن والمثمن فيه نحو ما تقدم في المزانية ﴿ و ﴾ هذه المعاملة
﴿ هي ﴾ المتيقن من ﴿ المحاكمة ﴾ المعلوم حرمتها نصاً وإجماعاً ، إذا كان الحب
الذي هو الثمن حنطة لسنبلها كما ستعرف ، وإن كان التحريم هنا للتعليل الأخير عاماً
لسائر أفراد السنبل ﴿ وقيل : ﴾ والقائل المشهور نقلوا تحصيلاً ﴿ بل ﴾ عن ظاهر الغنية
الاجماع عليه أيضاً ﴿ هي بيع السنبل بحب من جنسه كيف كان ، ولو كان موضوعاً
على الأرض وهو الاظهر ﴾ .

للتصوص المتقدمة (١) سابقاً المعتزدة هنا لخصوص الموثق (٢) «الامر بشراء
الزرع بالورق المعلل بأن أصله طعام الظاهر في المنع عن بيعه بالطعام ، خلافاً لمن
تقدم في المزانية فخصها بالاول ، وجوز الثاني للعمومات ، وصحيح الحلبي (٣) عن
الصادق عليه السلام « في حديث لأبأس ان تشتري زرعاً قد سنبل وبلغ بحنطة » و صحيح
اسماعيل بن الفضل الهاشمي (٤) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع حصائد الحنطة

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب بيع الثمار

(٢) (٣) الوسائل الباب ١٢ من ابواب بيع الثمار الحديث ٤٣-٤٢

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٧ باب بيع المراعي في ذيل حديث ٤ الطبع الحديث

والشعير وسائر الحصاد؟ قال حلال فليبيعه بما شاء» وحسن الوشا (١) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من رجل جربانا معلومة ؛ بمائة كر على أن يعطيه من الأرض؟ قال : حرام فقلت : جعلت فداك فاني أشتري منه الأرض بكيل معلوم وحنطة من غيرها ، قال : لا بأس بذلك .

وفيه أن العموم مخصوص بما عرفت ، وصحيح الحلبي قاصر عن معارضة الأدلة السابقة المعتقدة بالشهرة وغيرها ، مع أن إطلاقه شامل للمجمع على خلافه من البيع بحنطة منه ، فلا بأس بحمله على الصلح ونحوه ، بل في الرياض احتمال اختصاصه بصورة عدم التجانس بينهما وبين السنبل ، كما إذا كان أرزاً أريد بيعه بها ، ولا كلام في الجواز حينئذ ، وصحيح اسماعيل - مع أنه ظاهر في الحصاد وليس الكلام فيها ، بل فيما لم يحصد وشامل لما لا نقول به ؛ من البيع بحب منها - ليس فيه إلا العموم المخصوص بالأدلة السابقة ، بل عن التهذيب أنه رواه إن شاء بدل بما شاء ؛ فلا عموم فيه حينئذ وحسن الوشا إنما هو في بيع نفس الأرض بحاصلها وغيره ، أو في إجارتها بذلك ، لا في بيع السنبل فيها ، وتأويله إليه باضمار أو تجويز لاداعي إليه على أن أقصاه الاحتمال الذي لا يتم به الاستدلال ، فظهر حينئذ من ذلك كله أن الأقوى التحريم ؛ بل الظاهر أنه من المحاقلة ، إنما الكلام في تنقيح المراد بها ، وفي الرياض « إن الموجود في أكثر النصوص والفتاوى السنبل » بل في المبسوط والمسالك الاتفاق عليه ، وفي مفتاح الكرامة « إن في أكثر العبارات السنبل ».

قلت الموجود في المسالك « انه اختلف عبارات النصوص و الفقهاء في اسم المبيع فيها ، فبعضهم عبر عنه بالزرع ، ومنه الرواية السابقة ، ومنهم من عبر بالسنبل كعبارة المصنف ، ويظهر من كلامهم الاتفاق على أن المراد به السنبل ؛ وإن عبروا بالاعم » وقد سمعت عبارة المبسوط ، بل قد سمعت غيرها أيضاً وفي الغنية والوسيلة والنافع وغيرها السنبل ، كما أن في القواعد وغيرها الزرع إلا أن الذي يقتضيه النظر

في الجمع بين النصوص السابقة إرادة السنبل من الزرع ، حملا للمطلق على المقيد الوارد في التفسير الذي بذلك ينافيه ، مؤيداً بأصالة الجواز في غيره .

قال في التذكرة « لوباع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس ؛ لانه حشيش وهو غير مطعوم ولا مكيل ، سواء تساويا جنساً أو اختلافا ؛ مع أنه لا مخالف صريح ، إذ يحتمل إرادة من عبر بالزرع السنبل أيضاً ، فاحتماله حينئذ للموثق السابق الامر بشرائه بالورق في غير محله ، بل لابد من حمل الموثق على إرادة السنبل أو غير ذلك ، هذا ، ولكن أطلق أكثرها السنبل والزرع في المبيع ، كما أنه قيد فيه الثمن بالحنطة و فهم في التذكرة إرادة سنبل الحنطة بالحنطة ؛ فقال في أكثر تفاسير المحاقلة أنها بيع الحنطة في السنبل بحنطة ثم احتمل فيها دخول الشعير في جنس الحنطة بل احتمل فيها صدق المحاقلة على كل زرع بيع بحب من جنسه كالدخن ونحوه ، لما في بعض ألفاظ علمائنا من تفسيرها ببيع الزرع بالحب من جنسه » قلت قد عرفت سابقاً من فسرهما بذلك ، بل هو فسرهما في القواعد ببيع الزرع بالحب ، وفي اللمعة بيع السنبل بحب منه أو من غيره من جنسه ؛ لكن في الدروس هي بيع السنبل من الحنطة والشعير بالحب من جنسه وإن لم يكن منه .

والذي يظهر لي من تتبع النصوص في المقام وغيره أن إطلاق الزرع و السنبل فيهما منصرف إلى الشعير والحنطة ؛ ولعله لانه المتعارف في ذلك الزمان و المكان . فالخبران المشتملان على تفسيرها ببيع الزرع أو السنبل بالحنطة لا ريب في شمول لفظ الزرع و السنبل فيهما لهما ، فيستفاد منهما حينئذ أن بيع سنبل الشعير بالحنطة محاقلة ، وما ذاك إلا لاتحاد الجنس هنا كما في الربا ، بل يستفاد منه حينئذ أيضاً بيع سنبل الحنطة بالشعير بل والشعير بالشعير فتتم دلالة الخبرين على الصور الأربعة ، كما أنه بناء على عدم الفرق هنا بين جعل الحنطة ثمناً أو مثنياً نحو ما قلناه في المزبنة فتكون صور المنع ثمانية فتأمل جيداً ، فإنه دقيق نافع وقد تلخص من ذلك أن الاحتمالات في المحاقلة

ثلاثة أحدها بيع الزرع بحب من جنسه، الثاني بيع السنبل بحب من جنسه، الثالث بيع سنبل الحنطة والشعير بحب منهما، و الأول لا دليل له إلا الموثق المنزل على ما عرفت ولو بملاحظة الخبرين الآخرين المنافيين له من حيث التفسير؛ بناء على أن الحرمة فيه من جهة المحاقلة لا تعبداً؛ للإجماع على كون المنع هنا لذلك، والتعليل فيه إن أمكن إرادة الإشارة به إليها فذاك؛ وإلا فلا وجه له ظاهر ضرورة إنتفاء الربا هنا بعد انتفاء شرطية الكيل والوزن، وأما الثاني فلا دليل له إلا الموثق أيضاً المنزل على الخبرين لما عرفت، فتعين حينئذ المختار. وفي التحرير «بيع المحاقلة حرام وهي بيع الزرع بحنطة أو شعير» وهو عين ما قلناه، بل لعله يرجع إليه غيره وعن ابن المتوج التصريح به أما غير الحنطة والشعير فلا محاقلة فيه حينئذ كما لا تحريم سواء يبيع بالجنس أو بغيره وبالرطب وغيره، لما عرفت من عدم جريان الربا فيه، ولا تعليل النقصان بعد الجفاف كما مضى البحث فيه سابقاً.

المسألة (الرابعة) ❦ لاختلاف بيننا بل وبين ساير المسلمين عدا أبي حنيفة في أنه ❦ يجوز بيع العرايا بخرصها تمراً ❦ بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منه في أعلى مراتب الاستفاضة إن لم يكن متواتراً، بل في المسالك «انه أجمع أهل العلم عدا أبي حنيفة على أنه مستثنى من تحريم المزبنة» وهو شاهد على أن المزبنة ما ذكرنا لما ستعرف من عدم جواز بيع العرية بخرصها تمرأمنها، لانه إن لم تكن المزبنة ذلك لم يكن للاستثناء وجه معتبر ضرورة اتحاد الجميع في المنع إذا كان منها، والجواز إذا لم يكن. فمن الغريب ما في الحقائق من أنه لا وجه لهذا الاستثناء إلا إشتهار المنع، وإلا فالحكم في الجميع متحد، وفيه مضافاً إلي ما سمعت ظهور نصوص العرية في الاستثناء. ففي خبر السكوني (١) عن الصادق (عليه السلام) «رخص رسول الله ﷺ في العرايا أن تشتري بخرصها تمراً، قال: والعرايا جمع عرية وهي النخلة تكون للرجل في دار آخر فيجوز له بيعها بخرصها تمرأولا يجوز ذلك في غيره» وفي خبر أبي القاسم بن سلام (٢) المروي عن كتاب معاني الأخبار باسناد متصل إلى النبي ﷺ «أنه رخص ﷺ في العرايا واحدها عرية وهي النخلة التي يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً، والاعراء أن يبتاع

تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته ، قال وكان النبي ﷺ إذا بعث الخراص قال : خففوا الخرص فإن في المال العرية والوصية .

وفي مفتاح الكرامة إن الذي وجدته في الكتاب المزبور ذلك إلى قوله والاعراة أن يجعل له ثمرة عامها ، يقول رخص لرب النخل أن يتاع تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته وعلي كل حال فهماد الان على ما ذكرنا ؛ ومن أولهما سواء قلنا أن التفسير من النبي ﷺ أو الراوي يظهر ما ذكره المصنف ﴿و﴾ غيره من أن ﴿العرية هي النخلة تكون في دار الإنسان﴾ بل لا نجد فيه خلافاً بينهم إلا من المحكى عن المبسوط ومهذب ابن البراج من أنها النخلة لرجل في بستان غيره ، يشق عليه الدخول إليها ، مع أن المحكى عن خلاف أولهما أنها النخلة تكون في بستان الإنسان أو غيره ، وكامل ثانيهما نخلة تكون في دار الإنسان لغيره فلا ينبغي التأمل في صدق العرية عليها سيما بعد كونها معقد إجماع جماعة .

بل صرح الفاضل والشهيد ﴿و﴾ غيرهما بأنه ﴿قال، أهل اللغة: أو بستانه وهو حسن﴾ خصوصاً بعدما سمعت من خبر ابن سلام ، الظاهر في ذلك ، فالجمع بين الخبرين يقتضي الجمع بينهما ، كما هو المحكى عن أهل اللغة وفي الغنية « و رخص ﷺ في بيع العرايا ، وهو جمع عرية وهي النخلة تكون لا إنسان في بستان غيره أو في داره يشق عليه دخوله إليها ، فيتاعها منه بخرصها تمرراً ، بدليل الإجماع من الطائفة على هذا التفسير ، وقد فسر أبو عبيدة العرية بما قلناه ، بل عن المهذب البارع تعدية الحكم إلى المعصرة والخان والبزارة والدباسة ، وتبعه في الرياض ، قال : « و ظاهر إطلاق خبر ابن سلام مضافاً إلى التعليل فيه بنادى بالعموم للبستان وغيره أيضاً كالخان ونحوه ؛ و السند وإن قصر إلا أنه بالشهرة منجبر » .

وفيه أنه لا شهرة على التعميم ؛ بل هي على العكس متحققة ، والظاهر أن المذكور

منه ليس علة حقيقة ؛ وإلا لدار الحكم معها حيث دارت ، فلا يجوز مع عدم الحاجة ، و يجوز معها وإن كانت في داره ، ومن المعلوم خلافه ، والظاهر إرادة حاجة المعرا بالفتح باعتبار حاجته إلى التمر لا المعري بالكسر ؛ فإنه لا حاجة تدعوه إلى شرائها بالتمر ضرورة اندفاع الهجوم على داره وبستانه بشراء ثمرتها ولو بغير التمر ، اللهم إلا أن يكون المراد أنه لمكان حاجته في عدم الهجوم على داره شرع له شرائها بتمر إذ قد يتمتع صاحبها من بيعها إلا بذلك ، وفي جملة من العبارات ما يظهر منه أن المشقة على البائع الدخول إلى ملك غيره .

وعلى كل حال فليست هي علة يدور الحكم مدارها ؛ ومنه يظهر النظر فيما ذكره أيضاً من الاستناد إلى التعليل المزبور في التعدية إلى مستعير الدارو مستأجرها ، المصرح به في كلام الفاضل والشهيدين وغيرهما ؛ قال : « وليس في الرواية الأولى كبعض العبارات من حيث التقييد فيها بصاحب الدار ، منسافة لذلك ، لصدق الاضافة بأدنى ملابسة » لما عرفت من أن ذلك حكمة لاعلة والاضافة بأدنى ملابسة من المجاز الذي لا يحمل عليه إطلاق اللفظ .

وفي التذكرة « ظاهر كلام الأصحاب يقتضي المنع من بيع العربية على غير مالك الدار والبستان أو مستأجرهما أو مشتري ثمرة البستان على إشكال » ونحوه في القواعد ، وعن الأيضاح أن وجهي الإشكال التضرر بتطرق الغير في ملكه ، والعموم ، وفي جامع المقاصد « إن ظاهر الشارحين كون الإشكال في مشتري الثمرة ، والتحقيق أن القول في شرح العربية غير منضبط ، لأن كلام أهل اللغة فيه مختلف ، فينبغي أن يقال : ما ثبت القول بجوازه عند الأصحاب يجوز فيه ، اعتضاداً بعمومات صحة البيع ، ونظراً إلى مشاركة العلة ، ولصدق إضافة الدار والبستان إلى المالك والمستأجر ومشتري الثمرة وفي الدروس ذهب إلى إلحاق المستعير بالمالك ؛ وللنظر في هذا البحث مجال . فإن الاضافة فيما ذكر إنما هو على وجه المجاز ، إلا أن يقال المشقة معتبرة في مفهوم العربية

حيث قال الشيخ «العرابا جمع عرية و هي النخلة لرجل في بستان غيره يشق عليه الدخول إليها فيكون المناط فيها المشقة على الغير في الدخول الى بستانه إما لمكان أهله أو لغير ذلك ، فحينئذ يجوز البيع لدفع هذه المشقة فعلى هذا حيث تثبت هذه المشقة في النخلة الواحدة على الغير تثبت الرخصة .

قلت : لم يعد هذا التحقيق إلى حاصل يعول عليه كما أن ما ذكره أخيراً مقطوع بعدمها في كلمات الاصحاب إذ لم يذكر أحد منهم المشقة في مفهوم العرية ولا في شرائط صحة البيع لكن قال بعض مشايخنا : ظاهر المبسوط والخلاف والغنية والتذكرة والمختلف والمهذب البارع و التنقيح أن المشقة معتبرة في مفهومها ، وأنها مناسط الحكم إلى أن قال : وبذلك صرح في التحرير والمسالك وغيرهما ، وظاهر الغنية بل صريحها الاجماع عليه ؛ نعم أنكره في كشف الرموز فقال : وشرط الشيخ أن يشق على البائع الدخول ، وشرط التقابض وتابعه المتأخر وصاحب الوسيلة ، وليس في الرواية ذلك .

قلت : الذي يظهر بعد إمعان النظر في كلمات الاصحاب حتى من حكي عنهم ظاهراً وصريحاً أن مرادهم من ذلك بيان وجه المشروعية ، وربما يذكرونه بصورة الدليل تأييداً للتعدى المدعى ، ولو باعتبار حصول الظن منه بذلك ، كما في المختلف في ترجيح تعميم العرية للدار والبستان بنص أهل اللغة ، وباشتراك الموضعين في الحاجة الداعية إلى المشروعية ونحوه غيره ، ولذلك اختلفت كلماتهم في وجهها فربما قررت بالمشقة على صاحب الدار والبستان وربما قررت بالمشقة على مالك النخلة ، وربما قررت بغيرهما ، والحاصل لا يخفى على من تأمل عدم ارادة العلية المصطلحة من ذلك ، والالاختل كثير من الاحكام المسلمة عندهم فالمرجع حينئذ فيها على المستفاد من اللغة والدليل ، ولو بمعونة شهرة الاصحاب ونحوها ، وما شك فيه يبقى على عموم التحريم والله اعلم .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ هل يجوز بيعها بخرصها ﴿ تمرأ ﴾ من تمرها الاظهر ﴿

بل الأشهر كما عن إِبْصَاحِ النَّافِعِ وَ الْكَثْرِ كَمَا فِي الرِّيَاضِ ﴿ لَا ﴾ بل هو المشهور المحكي عن ظاهر المبسوط وغيره وصريح الوسيلة والكتاب وماتأخر عنهما؛ بل لم أجد مصرحاً به ممن يعتقد بقوله، نعم احتمله في المختلف لإطلاق الرخصة المنصرف إلى غير ذلك الذي من الواضح اقتضاء قاعدة تغاير الثمن والمثمن هنا في الملك خلافاً، بل في التنقيح أن الدليل عقلي على مغايرة الثمن للمثمن و به يقيد إطلاق الرخصة، وقوله في صحيح الحلبي (١). السابق البسر والتمر من نخلة واحدة لأبأس به، «إلى أن قال»: وكذا العنب والزبيب «قد عرفت عدم القائل به في غير العريّة ولذا نسبه في الدروس إلى الندرّة، اللهم إلا أن يكون القول به هنا لازماً لتفسير المزابنة ببيع ثمرة النخل بتمر منه، باعتبار معلومية استثناء العريّة من ذلك، فيقتضى جوازه فيها، لكن لم ينقله أحد عنهم، وليس في عبارة النهاية التي هي أصل الخلاف في ذلك إشارة إليه.

لكن في الدروس والرياض وغيرهما قيل بالجواز، وزاد في الثاني أنه فصل بعض بين صورتين اشتراط كون التمر منها، فالأول والا فالثاني أن صبر عليه حتى يصير تمراً والا فالعقد يجب أن يكون حالاً للزوم بيع الكالي بالكالي بدونه جداً وفيه - مع ما سمعت من عدم معروفية القائل بذلك صريحاً - أن التفصيل خارج عما نحن فيه، إذا ظاهر ارادته ما عن المذهب قال في المحكي عنه: «أنه إذا شرطه أي كون الثمن منها في العقد لم يجز، وإن أطلق جاز أن يدفع إليه من ثمرتها إن صبر عليه حتى يصير تمراً وإلا فالعقد يجب أن يكون حالاً» وأقصاه جواز الدفع منها إن لم يشترط، وهو ما لا خلاف فيه على الظاهر، ومراده بوجوب حلول العقد ما سمعته من اشتراط التعجيل في ثمن العريّة وأنه لا يجوز أن يكون مؤجلاً فتعليقه بلزوم بيع الكالي بالكالي بدونه مما لا وجه له هنا.

فمن الغريب وقوعها منه زيادة في كلام المذهب وكأنه نظر إلى أنه لو أجل ثمن العريّة والفرض أنها حال البيع غير تمر كان من بيع الكالي بالكالي، وهو كما ترى، وإلا لاقتضى البطلان في بيع ثمرة النخل قبل صيرورته تمراً بثمن مؤجل

ولو كان دراهم، وهو واضح الفساد .

﴿و﴾ على كل حال فلا يجوز بيع ما زاد على الواحدة نعم لو كان له في كل دار واحدة جاز ﴿كما في القواعد قال: «ولا يجوز ما زاد على الواحدة اتحاد مع المكان ، ويجوز مع تعدده ، بل قال بعض شراحها: أنى لم أجد مخالفاً منا في هذين الحكمين، وبه صرح في المبسوط والسرائر، التذكرة وشرح الارشاد للفخر والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك ، و هو قضية كلام الباين حيث حيث يقيدون النخلة بكونها واحدة ويطلقون البستان والدار ، وهو مقتضى الاصل والمتبادر من النص .

وفي المسالك «انه يشترط في بيعها أمور منها الوحدة، فلا يجوز في دار أو بستان أزيد من واحدة فلو كان لمالك اثنتان لم يجز بيع ثمرتها ولا ثمرة إحداهما ، لانقضاء العرية فيهما، نعم لو تعدد البستان والدار جاز تعددهما من الواحد ، وجعل ما في المتن إشارة إلى ذلك، نحو ما في جامع المقاصد، بل في التنقيح لم ينسب الخلاف في ذلك إلا للشافعي وظاهره عدم الخلاف فيه منا.

وفي التحرير ولا يجوز أن يبيع جميع تمر حائطه عرايا من رجل واحد، و من رجال في عقود متكررة ، نعم لو كان له عدة نخلات في عدة مواضع جاز بيعها عرايا من رجل واحد أو رجال في عقود متكررة ، إلى غير ذلك من عباراتهم، وتنقيح المقام يتوقف على أمرين، الاول أن الوحدة في الدار أو البستان مثلاً مأخوذة في مفهوم العرية فمتى تعددت فيه لأعرية في شيء منها ظاهر المسالك أو صريحها ذلك بل ربما كان ظاهر كل من أخذ الوحدة في تفسيرها، بناء على عدم إرادة وحدة الاخراد التي لم يتعارف التصريح بها في تفسيره ، فمع انتفاؤها حينئذ ينتفي مفهوم العرية .

لكن فيه أولاً أنه ينبغي تقييده مع ذلك باتحاد المالك، أما مع تعدده فالظاهر صدق العرية على كل منهما كما انه ينبغي تقييده أيضاً بحصول الثمرة فيهما، أما لو فرض

حصولها في احديهما دون الاخرى، فالظاهر صدق العرية فيها دونها، ولو فرض كون التخلتين مثلاً مشتركين بين اثنين أمكن صدق العرية عليهما باعتبار أن لكل واحد منهما نخلة؛ إلى غير ذلك مما يتصور تفريعه على هذا التقدير، وثانياً أن النص وجمله من عبارات الاصحاب خلت عن ذكر الوحدة في تفسير العرية، بل اقتضت على أنها واحدة عراياً وأنها هي النخلة في دار الغير مثلاً، و مقتضاه صدق العرايا على المتعددة وان اتحاد المكان كما هو مقتضى الجمع، لأن مصداقه النخلات في الامكنة المتعددة أو مع تعدد المالك .

ومن الغريب ما في الدروس من أن العرية نخلة واحدة في دار الغير في رواية السكوني (١) وقال الجمهور واللغويون أو بستانه ، إذ قد عرفت خلو خبر السكوني عن قيد الوحدة ، ويمكن أن يريد بما في خبر السكوني الدار بقريته مانقله عن الجمهور ، أو لا يريد الوحدة الداخلة في المفهوم بل هي وحدة الافراد ، بل يمكن أن يريد غيره ، ممن ذكر الوحدة ذلك أيضاً وبالجملة دعوى اعتبار الوحدة المزبورة على حسب ما سمعت في غاية الصعوبة إثباتها من اللغة و كلمات الفقهاء التي منها ما سمعت ومنها ما في السرائر « ويجوز بيع العرايا وهي جمع عرية بفتح العين و كسر - الراء وتشديد الياء ، وهو أن يكون لرجل في بستان غيره نخلة يشق عليه الدخول إليها أو في داره ، إلى أن قال : وإن كان له نخل متفرق في كل بستان نخلة جاز أن يبيع كل ذلك واحدة واحدة بخرصها تمرأ ببيع العرايا ، إلى أن قال: وقد قيل في تفسير العرايا أقوال كثيرة، فقال قوم : «العرايا النخلات يستثنى الرجل من حائطه إذا باع ثمرته ولا يدخلها في البيع ، ولكنه يبيعها لنفسه ، فتلك الثنيا لا تخرص عليه ، لانه قد عفي لهم عما ياكلون ، وسميت عرايا؛ لأنها أعريت من أن تباع أو تخرص في الصدقة ، فرخص النبي ﷺ

لاهل الحاجة والمسكنة الذين لا ورق لهم ولا ذهب وهم يقدرون على التمر أن يبتاعوا بتمرهم من أثمار هذه العرايا بخرصها ؛ ففعل ذلك بهم رفقاً بأهل الحاجة الذين لا يقدرون على الرطبة ؛ ولم يرخص لهم أن يبتاعوا منه ما يكون للتجارة والذخائر .

وقال آخرون : « هي النخلة يهب الرجل تمرتها للمحتاج ويعريها إياه ؛ فيأتي المعرا وهو الموهوب له إلى نخلته تلك ليحتجها فيشق ذلك على المعري الذي هو الواهب لمكان أهله في النخل ، فرخص للواهب خاصة أن يشتري ثمرة تلك النخلة من الموهوب له بخرصها . »

وقال آخرون : « شكى رجل إلى رسول الله ﷺ أنهم محتاجون إلى الرطب يأتي ولا يكون بأيديهم ما يبتاعون به ، فيأكلونه مع الناس وعندهم التمر ، فرخص ﷺ لهم أن يبتاعوا لهم العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم . »

وقال آخرون : « الأعراء أن يهب له ثمرة نخلة أو نخلتين أو نخلات ، ومنه الحديث أنه رخص ﷺ في بيع العرايا بخرصها تمراً ، وذلك أن يمنح الرجل النخلة فيبيع تمرها بالتمر ، وهذا لا يجوز في غير العرايا . وإنما سميت عريّة لأن من جعلت له يعريها من حملها ، وأنشد الفراء :

ليست بسنهاء ولا رغبة ولكن عرايا في السنين الجوائح

معنى سنهاء أي مرت عليها السنون المجدة ، وقوله رغبة نخلة مرغبة وهي التي يبني حولها البناء لئلا تسقط وهو كالتكريم لها . »

وقال الهروي صاحب الغريبين : العرايا : هي أن من لآنخل له من ذوى اللحمه والحاجة ؛ ويفضل له من قوته التمر ويدرك الرطب ولا نقد بيده يشتري الرطب ليعاله ولا يحتل له ، فيجيء إلى صاحب النخل فيقول : بعني ثمرة نخلة أو نخلتين بخرصها من التمر ، فيعطيه ذلك الفضل من التمر بتمر تلك النخلات ليصيب من أرطابها مع الناس ، فرخص النبي ﷺ من جملة ما حرم من المزابنة « ثم قال هذا ما وقفت عليه في - التفسير العرايا ، وأشدّه تحقيقاً قول الهروي . »

قلت قد حكى جملة مما ذكر ابن فارس في المجلد فقال : النخلة العرية وهى التى إذا عرض النخل على بيع ثمرة عريت منه نخلة : أى عزلت عن المساومة ، والجمع العرايا ، وقال قوم : العرية النخلة يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً ، فيجعل له ثمرة عامها رخص لرب النخل أن يبتاع تمر تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته ، هذا تفسير الذى جاء في الحديث من الرخصة فيه ، وقال آخرون : العرية النخلة تكون لرجل وسط نخل كثير لرجل آخر فيتأذى صاحب النخل الكثير بدخول صاحب النخلة الواحدة فرخص له أن يشتري ثمرة نخلته بتمر . و أبو عبيدة يختار الاول لقول الشاعر ، وأنشد البيت السابق » واقتصر ابن الاثير فى نهايته بعد أن ذكر أنه اختلف في تفسير العرية على ما ذكره الهروى الذى ظهر من ابن ادریس اختياره ؛ وهو الذى حكاه عنه فى الدروس ، فانه بعد أن ذكر جواز بيع العرية ، وأنها النخلة فى دار الغير أو بستانه : قال : « ولو أعرى محتاجاً نخلة : أى جعل لها تمرها عامها ، ثم اشترى المعرا تمرها منه بتمر جاز على الأقرب ، ولو فضل مع الفقير تمر فاشترى به ثمرة نخلة ليأكله رطباً فالأقرب جوازه ، ولو اشترى أزيد من نخلة ، فالأجود المنع ، ويظهر من ابن ادریس جوازه » ولعله إليه أشار فى التحريض بقوله أيضاً بشرط فى بيع العرية أن تكون موهوبة لباعها ؛ وتمنع اشتقاقها من الاعراء ؛ وهو أن يجعل الرجل لغيره ثمرة نخلته عامها ذلك ، بل سميت عرية لتعريضها من غيرها ، وإفرادها بالبيع ، وتبعه الشهيد فى حواشيه فى أن وجه التسمية ذلك ؛ لكن قد سمعت خبر ابن سلام (١) الذى أفتى الشهيد فى الدروس به ، بل قد سمعت ما ذكره أخيراً الذى لم نعثر على نص من طرقنا به .

نعم روى العامة ذلك بعدة طرق ، منها (٢) « أن محمود بن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالاً محتاجين من الانصار : شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأبى ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس ، وعندهم فضول من

(١) لو سائل الباب - ١٢ - من ابواب بيع الثمار الحديث ٢

(٢) المغنى للشرينى ج ٢ ص ٩٤

قوتهم من التمر فرخص أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر في أيديهم يأكلونه رطباً
لكن القول به لا يخلو من قوة ؛ جمعاً بين ما قيل في تفسير العرية .

وعلى كل حال فدعوى اعتبار الوحدة في المكان في مفهوم العرية مما يظهر إنطباق
كثير من الكلمات عليه ؛ كدعوى اشتراط صحة البيع به وإن لم يكن ذلك في مفهومها ،
وهو الأمر الثاني اقتصاراً في الرخصة على المتيقن ، ولأن قوله كَلِمَاتٍ في خبر السكوني
« فيجوز بيعها » (١) إلى آخره ظاهر في أن المرخص به ذلك ، إذ يدفعها إطلاق رخصته كَلِمَاتٍ
في العرايا ؛ وذيل خبر السكوني لو سلم ظهوره في ذلك إنما يفيد جواز بيع الواحدة من
العرايا لو تعددت ؛ لأن التعدد مانع من أصل البيع ، وربما كان المراد من عبارة المتن
والقواعد السابقة ذلك ، إن لم نقل أنه الظاهر منها .

وأظهر منها ما في التذكرة « لا يجوز بيع أكثر من النخلة الواحدة عرية ؛ لعموم
المنع من المزبنة خرج عنه العرية في النخلة الواحدة ، وبه قال أحمد للحاجة ، فيبقى
الباقى على المنع ، سواء اتحد العقد أو تعدد ، أما لو تعدد المشتري فالوجه الجواز ،
ثم قال : فروع لوباع في صفقة واحدة من رجلين ، كل واحد منهما نخلة معينة جاز ؛ وكذا
لوباعها نخلتين مشاعيتين ، ولوباع رجلان من واحد صفقة واحدة نخلتين عرية جاز
وهو أحد وجهي الشافعية ، لأن تعدد الصفقتين بتعدد البايع أظهر من تعددها بتعدد
المشتري ، ولوباع رجلان من رجلين صفقة واحدة ، احتمل جواز أربع نخلات ، و
تنزيل ذلك كله منه على المتحدة ، ولو في المكان المتعدد » - كما ترى خصوصاً أول
المسألة بل مقتضاه حينئذ عدم جواز بيع العرايا في الأماكن المتعددة بعقد واحد ، وهو
مع أنه لم يعرف خلافه فيه لم تساعد عليه الأدلة .

ودعوى ظهور ذيل خبر السكوني فيه ممنوعة ، فالظاهر إرادته ما ذكرناه أولاً ولا
ينافيه قوله سابقاً : العرايا جمع عرية ، والعرية النخلة في دار الإنسان أو بستانه ، فيبتاع
ثمرتها رطباً بخرصها تمر أكلاً ، فلا يجوز العرايا في أكثر من نخلة واحدة في عقد واحد

إلى أن قال : فإذا تقرر هذا فإن العرية عندنا إنما تكون في النخلة الواحدة تكون في دار الإنسان فلا يجوز فيما زاد على النخلة الواحدة ؛ عملاً بالعموم واقتصاراً في الرخصة على موردها ، ثم قال : قد بينا أن الضابط في التسويغ إنما هو النخلة الواحدة في الدار الواحدة والبستان الواحد ، ولو كان له عدة دور في كل واحدة نخلة جاز بيعها عرايا ، اذ يمكن حمل الجميع على إرادة بيع نخلة واحدة وإن كان لا يخلو من بعد

نعم يتجه البحث معهم على هذا التقدير بأنه لا دليل على اعتبار الوعدة في البيع بل ما ذكره في وجه المشروعية من المشقة ونحوها يقتضي التعميم ، كإقتضاء إطلاق رخصته عليه السلام في بيع العرايا الذي عبر بمضمونه غير واحد ، منهم ابن زهرة وحمزة وغيرهما ؛ والدليل المنساق لبيان حكم الواحدة ليعرف حكم الجمع لدلالة فيه على تقييد ذلك كما هو واضح هذا كله ، إلا أن الوقوف على ما سمعته أولاً هو الموافق للاحتياط والله أعلم بحقيقة الحال .

ولا يشترط في بيعها ❦ أي العرايا ❦ بالتمر التقابض قبل التفريق ❦ خلافاً - للوسيلة ومحكى المبسوط ، بل في الدروس « أنه طرد الحكم ثانيهما بوجوب التقابض في المجلس في الرويات تخلصاً من الربا ، وفيه منع واضح ولذا أطبق المتأخرون على خلافه في المقام وغيره ، عدا الصرف منه فأوجبوه فيه مع اختلاف الجنس ، لظهور أدلة فيه ، لا للتخلص من الربا ، ضرورة صدق بيع المثل بالمثل في الربوى وإن لم يتقابضا في المجلس ، وما في بعض النصوص من إيجاب البيع يدأيد على اتفاق الجنس ، يراد منه منع النسيئة في أحد المتجانسين ، للزوم الربا حينئذ معه .

ومن هنا قال المصنف بعد نفى اعتبار التقابض هنا ❦ بل يشترط التعجيل ❦ فيهما ❦ حتى لا يجوز إسلاف أحدهما في الآخر ❦ بل لم يعرف فيه خلاف بينهم إلا أنه قد يناقش في اعتبار حلول الثمن بما سمعته سابقاً من أن الثمرة على النخل لا يجري فيها الربا الانتفاء الموزونة فيها ، كما أنه لا ظهور في دليل الرخصة بذلك أيضاً . أللهم إلا أن يكون وجهه الاقتصار على المتيقن ، سيما بعد ما سمعت من عدم الخلاف فيه بين الأصحاب ؛ فيشكل التمسك بالإطلاق المزبور المحتاج إلى جابر في العمل به ، لضعف سنده خصوصاً

بعد معارضة مادل على حرمة المزابنة لكن ومع ذلك فالانصاف أن إتفاقهم هنا على اشتراط الحلول يؤيد القول بجريان حكم الربا على الثمرة وإن كانت على الاشجار ، اكتفاء بالوزن التقديرى عن الفعلى ، كقولهم هنا أيضاً بعدم جواز التفاضل حال العقد بين ثمنها وبين الثمرة المخروصة تمراً ، بل حكى الاتفاق عليه بعضهم ﴿و﴾ إن كان ﴿لا﴾ يجب أن يتمثل فى الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمرتها عملاً بظاهر الخبر ﴿المعتضد بالفتوى﴾ إذ مبنى الخرص على الزيادة والنقص ، فلا يقدح حينئذ لو ظهر بعد ذلك زيادة الثمن أو نقصته .

لكن يمكن أن يكون مستند الاول ظهور قوله ﴿فإن﴾ «بخرصها تمراً» فى وجوب المطابقة بين الثمن المبذول وبين الثمرة المخروصة ، معتضداً بالانقضاء على المتيقن مما خرج عن حرمة المزابنة ، وهو المراد بالمماثلة من طريق الخرص المشترطة فى الوسيلة ومحكي المبسوط وغيره ، لأن مستنده حرمة الربا ، فيكون الحاصل حينئذ إنه يجب خرص الثمرة على النخلة بتقدير حال كونها تمراً فتباع بتمر على حسب ذلك الخرص ، فلو لم يطابق الخرص الواقع بأن كانت حال التمرية المقدرة أزيد أو انقص لم يكن ذلك قادحاً ، لا إطلاق الخبر السابق المعتضد بعدم الخلاف فيما أجد إلا ما حكاه فى المسالك عن بعضهم وإن كنت لسم اتحققه ، من اعتبار المطابقة فلو اختلفا تبين بطلان البيع .

وهو مع ظهور ضعفه مقتضى لعدم جواز التصرف فيها قبل صيرورتها تمرأ حتى يتمكن من اعتبارها ، مع أن الاصل وإطلاق الدليل وظاهر الفتاوى ، يقتضى عدم وجوب إبقائها إلى حال التمر ؛ وعدم اعتبارها لو أبقاها ، مضافاً إلى ما عرفت من عدم تحقق القائل بذلك ؛ وربما توهم ذلك من عبارة المبسوط والوسيلة التى قد سمعت المراد منها فيتجه حينئذ دعوى الاتفاق على ما ذكرنا إلا ما عساه يظهر من التذكرة ، من وجوب اعتبار التماثل بين التمر المدفوع ثمناً وبين الثمرة حال كونها رطباً - الجواهر ٧

قال : « إذا تبايعا العربية وجب أن ينظر إلى الثمرة على النخلة وبحرز ذلك رطباً في تبايعاه بمثله تمر أو لا يشترط التماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمرتها، ولا يجوز التفاضل عند العقد ، ولا يكفي مشاهدة الثمن على الأرض ولا الحرز فيه بل لابد من معرفة مقداره بالكيل أو الوزن (الي أن قال) وإن كنا قد منعنا من بيع الرطب بالتمر إلا أن هذا مستثنى للرخصة » وفيه أولاً أن ظاهر دليل الرخصة المعتبر بقوى الأصحاب مذكرونا من اعتبار خرصها تمرأثم شراؤها بمقدار ذلك المخروص ، بل لا يمكن عند التأمل تنزيل الخبر على ما ذكره ؛ وثانياً ما عرفت سابقاً من أن منع بيع الرطب بالتمر لعلته النقصان بعد الجفاف إنما هو في المقدر بسأحد الأمرين لا في مثل الثمرة على أصلها .

نعم ما ذكره من وجوب علم مقدار الثمن وعدم الاكتفاء بمشاهدته متجه ، بل لا أجده فيه خلافاً في المقام ، لظهور قوله يُجْزَى « بخرصها تمرأ » فيه ، بل مقتضاه أنه لا يجزي جعل الثمن تمرأ على رأس نخلة أخرى ، وإن كان قد خرص بما يساوي المثلثين ، لعدم صدق البيع بخرصها تمرأ ، وبذلك افرقت عن غيرها ، فما في المسالك من أن العربية كغيرها بالنسبة إلى هذا الشرط في غير محله ، ضرورة أنه ليس المانع الجهالة حتى تكون كغيرها ؛ بل هو ظاهر دليل الرخصة فيما ذكرنا فلا يجزي مشاهدة الثمن فيها وإن أجزى في غيرها إذا كان مما تكفي فيه المشاهدة كما هو واضح .

لكن في حواشي الشهيد « أنه لو كان لرجلين عريتان في مكانين وخرصا هما فبلغت كل واحدة مثلاً خمسمائة رطل ؛ جاز بيع كل واحدة بخرص الأخرى » وكأنه أخذ من مافي التذكرة ، وقد صرح في التحرير بعدم جوازها قال فيها : « لو باع الرطب على رؤوس النخل بالرطب على رؤوس النخل خرصاً ؛ أو باع الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الأرض كيلاً فالأقوى الجواز ، للأصل السالم عن معارضة الربا ، لانقائه بانتفاء شرطه » وفيه أنه في غير العربية مزبنة بناء على تحققها بالرطب ، بل وفيها لعدم معلومية الثمن إذا كان على رأس النخلة كما عرفت ، أما إذا كان على الأرض وقد علم بالكيل ؛ فقد يمنع أيضاً باعتبار ظهور دليل الرخصة في كون الثمن تمرأ ، فلا

يجزى الرطب ولا البسر ولا غيرهما فتأمل جيداً ؛ فإنه يمكن أن يكون الجواز لانتفاء المزبنة ، باعتبار عدم كون الثمن تمراً كما ذكرنا سابقاً .

نعم لولا الاتفاق ظاهراً لا يمكن القول بعدم وجوب اعتبار المساواة بين ثمرتها وبين الثمن لعدم الربا ، وما في الخبر من البيع بخرصها تمراً منزلاً على الغالب ، لكن كفاً مؤنة ذلك ما عرفت معتضداً بعموم دليل حرمة المزبنة ، ولو كانت الثمرة مما تقطع بسراً أو رطباً ففي الاكتفاء بخرصها كذلك وجه ، مع احتمال عدم اقتضاراً على المتيقن ؛ بل قد يحتمل وإن كان ضعيفاً عدم ثبوت العرية في ذلك خصوصاً إذا فرض عدم حالة تمرلها فتأمل جيداً .

ثم إنه قد تحصل من ذلك كله أنه لا بد من خرصها ، إما من البائع والمشتري أو من غيرهما بحيث يغلب على ظنهما المقدار الحاصل منها تمراً عند الجفاف ، وهل يشترط لو كان الخارص غيرهما أن يكون عدلاً ؟ في جامع المقاصد « لا أعلم في ذلك كلاماً للأصحاب ، وامتناع الرجوع إلي خبر الفاسق قد يقتضي الاشتراط » وفيه إن الرجوع إلى ظنه غير الرجوع إلى خبره . نعم لو فرض الشك في الأخبار بظنه ، أمكن ذلك ، وهو غير ما نحن فيه ، ومن هنا قال : الظاهر عدم لكن يشترط كونه من أهل المعرفة وهو جيد .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لا عرية في غير النخل﴾ لغة وشرعاً سواء قلنا بحرمة المزبنة ، فيه أولاً أعلى الأول فواضح ، وأما على الثاني فالجواز شامل لها ولغيرها فلا يحتاج إلى شروط العرية وأحكامها كما هو واضح ، هذا و الظاهر عدم اعتبار اتحاد المالك للنخلة في العرية ولا الدار ، لكن هل يجوز بيع استحقاق أحدهما خاصة عرية إشكال كالاشكال مع اتحاد المالك في بيع البعض ، وطريق الاحتياط غير خفي وإن كان الذي يقوى الجواز بناء على عدم اعتبار المشقة .

فرع

﴿لو قال : بعتك هذه الصبرة من التمر أو الغلة بهذه الصبرة من جنسها سواء بسواء لم يصح ؛ ولو تساويا عند الاعتبار﴾ بالكيل والوزن ﴿إلا أن يكونا عارفين بقدرهما وقت الابتياح﴾ لحصول الجهالة المانعة من صحة البيع عندنا حال العقد ﴿وقبل﴾ والقاتل الشيخ في المبسوط ﴿يجوز وإن لم يعلما فإن تساويا عندنا لا اعتبار صححو وإلا بطل﴾ للربا ﴿ولو كانا من جنسين جاز إن تساويا أو تفاوتا ولم يتمانعا ؛ بأن بذل صاحب الزيادة ، أو قنع صاحب النقيصة وإلفسخ البيع﴾ قال في المحكى عن مبسوطه «إذ باع صبرة من طعام بصبرة ، فإن كانا من جنس واحد نظر، فإن كانا اكتالا وعرفاتساويهما في المقدار جاز البيع ، وإن جهلا مقدارهما ولم يشترطا التساوى لم يجز ، لأن ما يجري فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض جزافاً ، وإن قال : بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة كيلا بكيل سواء بسواء فقال : إشتريت فإنهما يكالان فإن خرجتا سواء جاز البيع ، وإن كانت إحداهما أكثر من الأخرى ، فإن البيع باطل ، لأنه ربا؛ وأما إذا كانتا من جنسين مختلفين، فإن لم يشترطا كيلا بكيل سواء بسواء فإن البيع صحيح ، لأن التفاضل جائز في الجنسين ، فإن اشترطا أن تكونا كيلا بكيل سواء بسواء فإن خرجتا متساويتين في الكيل جاز البيع ، وإن خرجتا متفاضلتين فإن تبرع صاحب الصبرة الزائدة بالزيادة جاز البيع ، وإن امتنع من ذلك ورضي صاحب الصبرة الناقصة بأن يأخذ بقدرهما من الصبرة الزائدة جاز البيع ، وإن تمانعا ففسخ البيع بينهما ، لا لاجل الربا ، لكن لأن كل واحد منهما باع جميع صبرته بجميع صبرة صاحبه ، و على أنهما سواء في المقدار ، فإذا تفاضلا و تمانعا وجب فسخ البيع بينهما .

وجعل في الدروس ذلك منه من باب الاكتفاء بالمشاهدة ﴿و﴾ حيث قد علم في محله عدم الاكتفاء في مثل ذلك كان ﴿الاشبه﴾ باصول المذهب ﴿أنه لا يجوز﴾ مطلقاً ﴿على تقدير الجهالة وقت الابتاع﴾ نعم يمكن جريان ما يقرب من ذلك على مذهبننا فيما لو فرض مكيل وموزون في زمن الشرع تجدد وتعارف ببيعه جزافاً بناء على صحته، فان المتجه حينئذ فيه صحة ببيعه بصيرة بصيرة، الا أنه يجب اختباره بعد ذلك تخلصاً من الربا، فان تساوى أو بيع الجنسان وزناً صح البيع، لعدم ثبوت اشتراط سبق معلومية التساوي في الصحة، والامر ببيعه مثلاً بمثل لا يقتضي أزيد من التساوى واقعاً بل الظاهر ذلك في أكثر شرائط المعاملة.

لكن مقتضى ذلك عدم الحكم بالبطلان فيما لو باع السيوف المحلاة ونحوها بأحد النقيدين بجنس أحدهما إذا لم يعلم زيادته، بل لا بد حينئذ من الاختبار، وينافيه ظاهر كلامهم، ويمكن حمله على ما إذا لم يمكن الاعتبار وحينئذ يتجه البطلان ظاهراً لا لترك الاحتياط الواجب، إذ هو لا يقضى بالبطلان قطعاً، بل لان الشك في الشرط شك في المشروط والاصل عدم النقل والانتقال، فلو فرض العلم بالمساواة بعد ذلك انكشف الصحة من أول الامر لحصول الشرط واقعاً، ونحوه لو أقدم على الربا فبانة المساواة، كما أن المتجه الفساد لو أقدم على المساواة جهلاً منهما ثم بان التفاوت لانتهائه واقعاً حينئذ فتأمل جيداً؛ فانه قد تقدم لنا بعض الكلام في ذلك في الحواشي فلاحظ، وأما اشتراط المساواة في مختلف الجنس إذا فرض الاكتفاء فيه بالمشاهدة فالمتجه صحته عملاً بعموم «المؤمنون» (١) فاذا بان عدمه تسلط على الخيار والزيادة بل والنقيصة في بعض الاحوال والله اعلم.

المسألة ﴿الخامسة﴾: يجوز بيع الزرع قصيلاً ﴿أى﴾ مشروطاً قطعه بلاخلاف أجدّه فيه؛ للعمومات وغيرها، سواء كان قد بلغ أو ان قصله أولم يبلغ، وعين مدة لبقائه ثم قطعه بعدها أو أطلق فله الإبقاء حتى يصل إلى أو ان قصله، وخبر معلى بن

خنيس (١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أشتري الزرع قال : إذا كان قدر شبر » محمول على الندب أو غيره مما لا يخالف المجمع عليه ظاهراً في الجواز بعد ظهوره ببلغ أو أن القصل أو لم يبلغ » نعم ليس له شراؤه بذراً للغرر وفي الصلح وجه كالوجه لو شراه تبعاً للأرض .

﴿و﴾ كيف كان ؟ ﴿إن لم يقطعه﴾ الذي شرط القطع عليه ففي المتن وغيره بل لا أجد فيه خلافاً معتداً به بينهم أن ﴿للبايع قطعه﴾ بعد استيذان الحاكم أو بدونه على اختلاف القولين ، لانه لاحق لعرق ظالم ، ولنفي الضرر و الضرار وغير ذلك ﴿و له تركه والمطالبة باجرة ارضه﴾ مدة بقائه وعدم قطع البايع له مع التمكن منه لا يقضى بسقوط الاجرة التي يكفى فيها بقاء ارض المالك مشغولة بها ؛ بل لا يرتفع بذلك الغصيبة التي تسلطه على أرش النقصان لو حصل بسبب البقاء الذي يستحق أخذ أجرته منه ، اذ ليس ذلك رضاً منه بالبقاء بالاجرة كما هو واضح .

لكن في السرائر « إنه إن لم يقطعه كان البايع بالخيار إن شاء قطعه ، فان لم يقطعه وبلغ ، كانت الزكاة إن بلغ النصاب على المشتري ، وعليه أيضاً اجرة مثل تلك ، هذا إذا كانت الأرض عشرية ، فان كانت خراجية كان على المبتاع خراجه » ثم إنه حكى عن نهاية الشيخ أنه قال : « لأبأس بأن يبيع الزرع قصيلاً على المبتاع قطعه قبل أن يسنبل ، فان لم يقطعه كان البايع بالخيار ؛ إن شاء قطعه وإن شاء تركه ، وكان على المبتاع خراجه » ثم قال ومراده بالخراج طسوق الأرض قد قبل به السلطان دون الزكاة ، لان الأرض خراجية ، وهي المفتحة عنوة دون أن تكون عشرية ، لأنها إن كانت عشرية كانت عليه الزكاة فحسب والخراجية عليها الخراج الذي هو السهم الذي قد قبلها به ، فان فضل بعده ما فيه الزكاة ، يجب عليه الزكاة ، وإن لم يفضل ما يجب فيه ذلك لازكاة عليه فيه .

قلت : قد ذكر الخراج في المقنعة ومحكي المراسم بل في الوسيلة كان عليه خراجه وأجرته ، ومراد الجميع على الظاهر ما صرح به المتأخرون من أجرة الأرض

لعدم الدليل على ثبوت غيرها ، والمتجه - في موثق سماعة (١) «سألته عن شراء القصيل يشتريه الرجل فلا يقصله و يبدوله في تركه حتى يخرج سنبله شعيراً أو حنطة وقد اشتراه من أصله على أن ما يلقاه من خراج فهو على العليج ؛ فقال : إن كان اشترط عليه حين اشتراه ، إنشاء قطعه قصيلاً ، وإن شاء تركه كما هو حتى يكون سنبلًا ، وإلا فلا ينبغي أن يتركه حتى يكون سنبلًا ، فإن فعل فإن عليه طسقه ونفقته وله ما خرج منه » - حمل لا ينبغي فيه على الكراهة ، لما هو معلوم من النص والفتوى أن له الإبقاء إذا لم يكن قد اشترط عليه القطع ، ولا كان عادة أو نحوه مما يقوم مقام الشرط ، قال زرارة للمصادق عليه السلام : (٢) «أيحل شراء الزرع الأخضر ، قال: نعم لأبأس به و قال : لأبأس بأن تشتري الزرع والقصيل أخضر ثم تتركه إن شئت يسنبل ثم تحصده ، وإن شئت تلفت دابتك قصيلاً فلا بأس به قبل أن يسنبل » الحديث ونحوه غيره وحينئذ لا وجه لكون الطسق عليه مع فرض اشتراطه على العليج الذي هو عبارة عن الزرع بل لا يقوله الخصم ، فلا بد من حمله على ضرب من النذب أيضاً .

وكيف كان فقد أشار بقوله فيه « من أصله إلى أنه إذا لم يكن قد اشتراه كذلك » يمكن منع كون الحاصل للمشتري إذا فرض أنه يتولد مما بقي في الأرض للبائع ، أو كان منه كذلك ، أو كان الحاصل يتولد منهما معاً ، ولعله لذا قال في التذكرة : « لو اشترى الزرع قصيلاً من أصوله صح ، فإن قطعه فنبت فهو له ، فإن شرط صاحب الأرض قطعه فلم يقطعه كان عليه أجره الأرض ولو لم يشترط المشتري الأصل فهو لصاحبه ، فإذا قصله المشتري ونبت كان للبائع ولو لم يقصله كان شريكاً للبائع ويحكم بالصلح .

قلت : ولا ينافي ذلك إطلاق الأصحاب أن على مشتري القصيل الأجرة لو أبقاء وله الحاصل لانه يمكن حمله على ما إذا كان مشترياً للزرع من أصله وأن اشترط عليه القصيل

كل ما يخرج فتأمل جيداً . وعلى كل حال فظاهر الأصحاب هنا أن ليس للبائع الفسخ لعدم الوفاء بالشرط ، ولعله لأنه متمكن من استيفاء شرطه ، وفيه أنه قد يتعذر عليه ذلك وقد يحتاج إلى مؤنة ، مع أنه قد يمنع توقف ثبوت الخيار على عدم التمكن من الاستيفاء كما عرفت البحث فيه مفصلاً سابقاً . نعم يمكن أن يكون مستند المقام ظاهر بعض النصوص كما أنه يمكن أن يكون ترك الأصحاب ذكر الخيار في المقام مبنياً على ما تقدم سابقاً ولا ينافيه نصهم هنا على الأجرة والقلع .

﴿ وكذا لو اشترى نخلاً بشرط القطع ﴾ أجذاً فتركه المشتري فإنه يأتي فيه جميع ما تقدم نعم لا ريب هنا في أن الحمل للمشتري ؛ لأنه نماء ملكه روى هارون بن حمزة الغنوي (١) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجدوع فيغيب الرجل فيدع النخل كهيشته لم يقطع ، فيقدم الرجل وقد حمل النخل فقال : له الحمل يصنع به ما شاء إلا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه » ونحوه غيره والظاهر إرادة استحقاق أجرة المثل من الاستثناء المزبور إلا أنه ينبغي تقييده كما في السرائر وغيرها بما إذا كان بائناً مالك النخل ، وإن أطلق في النهاية والمحكي عن الصدوق وابني الجنيد والبراج كالنص ، اللهم إلا أن يدعى عدم الحاجة هنا إلى الأذن ، باعتبار احتياج صاحب الأرض السقي لبستانه والفرض تضرره بشرب النخل المزبور الماء فتأمل جيداً ، والأم سهل ، هذا كله في شراء الزرع قصيلاً .

أما شرائه بشرط التبقية إلى أوان بلوغه أو مطلقاً فلا إشكال أيضاً في جوازه ، الأصل والعمومات وخصوص المعبرة المستقبضة (٢) في المقام التي مر بعضها ، بل ولا خلاف إلا ما يحكي عن المزارعة المقنع من منع بيع الزرع إلا بشرط القصل لعدم الأمن من الآفة ولخبر أبي بصير (٣) « سألت الصادق عليه السلام عن الحنطة والشعير اشترى زرع قبل أن يسنبل وهو حشيش قال : لا إلا أن تشتريه لقصيل تغلفه الدواب ثم تتركه حتى يسنبل » و موثق ابن عمار (٤) « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لا تشتري

(١) الوسائل الباب ٩ - من أبواب بيع الثمار الحديث ١

(٢) (٣) (٤) الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٣ - ١٠ - ٥

الزرع مالم يستنبل فإن كنت تشتري أصله فلا بأس» وفيه أن عدم الامن من الآفة لا يؤثر منعاً لجواز بيع الموجود و خبر ابي بصير- مع ضعفه لاجابر بل موهن بفتوى الاصحاب بخلافه- يمكن حمله على النذب أو على إرادة شراء الحاصل منه الذي قد عرفت منعه فيما تقدم ، كالموثق الظاهر في ذلك ، وفي عدم البأس مع شراء الاصل، على كل إنهما قاصران عن معارضة غيرهما من وجوه كما هو واضح ، وحينئذ قد ظهر أنه لا بأس بشراء نفس الزرع في جميع أحواله حتى اذا كان محصوداً اكتفاء بالمشاهدة في مثله والله أعلم .

المسألة (السادسة يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عما ابتاعه) به
 ﴿أو نقصان﴾ قبل قبضه أو بعده ﴿بلا خلاف ولا إشكال للاصل، وصحيح الحلبي (١)﴾
 سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها؟ قال : لا بأس به ، إذا وجد ربحاً فليبع « وصحيح محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام «أنه قال في رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال : لا بأس» مضافاً الى العمومات ومحكي الاجماع إن لم يكن محصله فلا يتوهم جريان ما تقدم سابقاً من منع البيع قبل القبض في المقام ؛ ضرورة اختصاصه في المكيل والموزون ، أو خصوص الطعام منهما ، لكن في النافع هنا الجواز على كراهة ، ولا وجه له إلا إطلاق بعض الاخبار والفتاوى منع بيع المبيع قبل قبضه ، وهو سابقاً لم يجعل ذلك سبباً للكراهية مطلقاً بل خصها بالمقدر بأحدهما ، كما في كثير من النصوص والفتوى، لكن أمر الكراهة سهل.

المسألة (السابعة : إذا كان بين اثنين ﴿مثلاً﴾ نخل أو شجر ﴿أوزرع﴾ فتقبل أحدهما بحصة صاحبه ﴿بعد خرص المجموع﴾ بشيء معلوم ﴿على حسب الخرص المزبور﴾ كان جائزاً ﴿لصحيح يعقوب بن شعيب (٣) الذي رواه المشايخ الثلاثة﴾
 «سألت الصادق عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه : اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمى ، و تعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص ، وإما أن آخذه أنا بذلك وأرده عليك ؟ قال لا بأس بذلك» وصحيح الحلبي (٤)

(١) (٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب بيع الثمار الحديث ٢-٣

(٣) (٤) الوسائل الباب ١٠ من ابواب بيع الثمار الحديث ١-٢

قال : « أخبرني أبو عبد الله عليه السلام أن أباه حدثه أن رسول الله ﷺ ، أعطى خبيراً بالنصف أرضها ونخلها ، فلما ادركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة فقوم عليهم قيمة ؛ وقال لهم إما أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمن ، وإما أن اعطيكم نصف الثمن وآخذه فقالوا بهذا قامت السماوات والأرض » وفي التهذيب (١) عوض الثمن في الموضعين الثمرة ؛ وهو لا ينسب بالخرص الاتي ، وإن كان الثمن أنسب بالتقويم .

وصحيح أبي الصباح الكناني (٢) « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : أن النبي ﷺ لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف ، فلما بلغت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة إليهم فخرصها عليهم ، فجاءوا إلى النبي ﷺ وقالوا إنه قد زاد علينا ، فأرسل إلى عبد الله بن رواحة فقال ما يقول هؤلاء ؟ فقال : خرصت عليهم بشيء ، فإن شاؤا أخذوا بما خرصنا ، وإن شاؤا أخذنا ، فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السماوات والأرض . وصحيح يعقوب بن شعيب (٣) الآخر عن الصادق عليه السلام أيضاً « قال فيه : فلما بلغ الثمرة أمر عبد الله بن رواحة فخرص عليهم النخل ، فلما فرغ منه خبرهم فقال قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعاً ، فإن شئتم فخذوه ، وردوا علينا نصف ذلك ؛ وإن شئتم أخذناه وأعطيناكم نصف ذلك ، فقال اليهود : بهذا قامت السماوات والأرض » ومرسل محمد بن عيسى (٤) « قلت لأبي الحسن عليه السلام ان لنا أكرة فنزارعهم فيقولون قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا فاعطونا ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصة على هذا الحرز قال : وقد بلغ ؟ قلت : نعم قال : لا بأس بهذا ، قلت : فإنه يجيء بعد ذلك فيقول لنا الحرز لم يجيء كما حرزت قد نقص ، قال : فإذا زاد يرد عليكم : قلت : لا قال : فلکم أن تأخذوه بتمام الحرز ؛ كما أنه إذا زاد كان له ؛ كذلك إذا نقص كان عليه » .

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ باب المزارعة الحديث - ١

(٢) - (٣) - (٤) الوسائل الباب ١٠ من ابواب بيع الثمار الحديث - ٣ - ٥ - ٤

وخبر سهل (١) سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران و يضمن له على أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً ، فربما نقص وغرم وربما استفضل وزاد ، قال : لا بأس به إذا تراضيا و خبر عبدالله بن بكير (٢) عن الصادق عليه السلام سأله عن الرجل يزرع له الزعفران فيضمن له الحراث علي أن يدفع له من كل أربعين منا زعفرانا رطباً مناو يصالحه علي اليابس واليابس إذا جفف ينقص ثلاثة أرباع ، ويبقى ربعه وقد جرب قال : لا يصلح ، قلت : وإن كان عليه أمين يحفظه لم يستطع حفظه ، لانه يعالج بالليل ولا يطاق حفظه ، قال : يقبله الأرض أولاً علي أن له في كل أربعين منامنا « إلى غير ذلك من النصوص التي لأجد خلافاً بين الأصحاب في العمل بمضمونها في النخل و الثمار و الزرع ، فهو إن كان بيعاً فمستثنى من المحاقلة و المزابنة ، ومن قاعدة مغايرة الثمن للثمن ؛ ونحوهما مما يخالف قواعد البيع ، مع أنك ستعرف كون التحقيق أنها ليست بيعاً .

لكن في السرائر وإن زارع أرضاً أو ساقاها عليه السلام على ثلث ، أو ربع أو غير ذلك وبلغت الغلة جاز لصاحب الأرض أن يخرص عليه الغلة والثمرة ، فإن رضي المزارع أو المساقى بما خرص أخذها وكان عليه حصصة صاحب الأرض ، سواء نقص الخرص أو زاد وكان له ، كما فعل عامل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بأهل خيبر . وهو عبدالله بن رواحة الانصاري الخزرجي ، فإن هلكت الغلة والثمرة قبل جذاذها وحصاها بأفة سماوية لم يلتزم العامل الذي هو إلا كاربشء لصاحب الأرض ؛ والذي ينبغي تحصيله في هذا الخبر والسؤال أنه لا يخلو إما أن يكون قد باعه حصته من الغلة والثمرة بمقدار في ذمته من الغلة والثمرة ، أو باعه الحصصة بغلة من هذه الأرض فعلى الوجهين معاً البيع باطل ، لانه داخل في المزابنة والمحاقلة ، وكلاهما باطلان ، وإن كان ذلك صلحاً لا بيعاً فإن كان ذلك بغلة وثمره في ذمة الإكرار الذي هو المزارع فإنه لازم له ؛ سواء هلكت الغلة بالافات السماوية أو الأرضية ، وإن كان ذلك الصلح بغلة من تلك الأرض ، فهو صلح باطل ، لدخوله في باب الغرر ، لانه غير مضمون ، فإن كان ذلك فالغلة بينهما سواء زاد الخرص أو نقص

تلفت منهما أو سلمت لهما ، فليلاحظ ذلك ، فهو الذي يقتضيه أصول مذهبنا و تشهد به الأدلة ، فلا يرجع عنها بأخبار الاحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً ؛ و إن كررت ففى الكتب .

قلت : قد لاحظناه فوجدناه كالاجتهاد فى مقابلة النص المعمول به بين الاصحاب بل الظاهر إن الاشكال فى لزومها كما فى التذكرة بل فى التنقيح و محكي إيضاح النافع والميسرة ، الجزم بعدمه من ذلك أيضاً ، ضرورة صراحة بعض النصوص السابقة فيه ، و ظهور آخر كالفناوى التي لا يقدح ما فى بعضها كالمتن وغيره من التعبير بالجواز المراد به رفع الحظر ، لانفى اللزوم الذى هو مقتضى الامر بالوفاء بالعقود ؛ فما فى مزارعة القواعد من أن الزايد إباحة على إشكال ، فى غير محله قطعاً ، بل هو ملك للمتقبل كما كاد يكون صريح المرسل السابق ، و ظاهر غيره ، والربا لو قلنا بعمومه معفو عنه فى المقام ، على أنه إن كان هو منشاء الاشكال ، فلا يخص الزيادة ، بل آت فى النقيصة أيضاً .

ثم إن المنساق من النصوص السابقة ما هو صريح جماعة ، بل المشهور بسل ظاهر جامع المقاصد نسبته إلى تصريح الاصحاب من كون كيفية التقبيل المزبور اعتبار العوض من الثمرة المخروصة ، ولا يقدح فى ذلك اتحاد الثمن و المثمن بعد ظهور النصوص المعمول بها بين الاصحاب فيه ، سواء قلنا أنها بيع كما احتمله فى التذكرة ، وإن كان بعيداً لشدة مخالفته لقواعد البيع مع عدم ظهور شىء من النصوص فى أنه منه ؛ وذكر الاصحاب له فى بيع الثمار أعم من ذلك ، أو معاملة برأسها ، أو صلح سيما بعد عدم الاتحاد حقيقة هنا ، لكون المعوض عنه الحصة المشاعة ، و العوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين بل لا يبعد جواز مثل ذلك فى الصلح مع قطع النظر عن نصوص المقام لعموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ الصلح جائز بين المسلمين «(١)» الذى استفيد منه قيامه مقام الهبة وغيرها ، فجوزوا الصلح عن المال ببيعه وإن انحل

إلى الهبة .

ولعله هنا كذلك من طرف القابل والمقبل و حينئذ فبناء على أن القبالة نوع من الصلح كما هو صريح بعض وظاهر آخر لا تكون مخالفة للقواعد أصلاً إذ لا مخالفة ولا مزبنة فيه ولا ربا أيضاً وإن قلنا باختصاصه بالبيع ، بل وعلى التعميم لما عرفت من أن الثمرة والزرع ليست من المكمل والموزون ، ولا منع من مثل هذا الاتحاد فيه ؛ وكذا لو قلنا بأنها معاملة برأسها كما هو مقتضى جوازها بلفظ التقبيل ؛ بل في المسالك ظاهر الأصحاب أن الصيغة تكون بلفظ التقبيل ، وإن كان قد يشكّل إن أريد الاختصاص ، بخلو أكثر النصوص السابقة عن اللفظ المزبور ، بل ظاهرها خصوصاً الأول الاكتفاء بغيره ، وفي جامع المقاصد هل يحتاج ذلك أي التقبيل إلى صيغة عقد الظاهر نعم ، لأنها صلح في المعنى ؛ ولأن الأفعال لما لم تكن له دلالة بنفسها على المعاني تعين المصير إلى الألفاظ حينئذ ، فيحمل على العقد لانه الموظف شرعاً لنقل الملك ؛ ولأن الأصل بقاء الملك لما لکه حتى يقطع بسببه ، فإن قلت : عبارة الصحيح الأول دالة على خلاف ذلك ، قلت : ليس فيها دلالة على أن المسئول عنه فيها هو الجاري في المعاوضة ، فيجوز أن يكون المسئول عنه هو صحة إيقاع ما اراده .

قلت : لا ريب في اعتبار الصيغة في لزومها وخلو نصوصها عنها كخلو أكثر نصوص العقود عن ذلك ، إنما الكلام في أن صيغتها صيغة الصلح لعدم تعارف غير العقود المعهودة المفردة بالتبويب ، ولعدم ظهور في نصوص المقام بالاستقلال ، إذ ليس فيها إلا الجواز الذي يمكن أن يكون بناؤه على أنها من الصلح ، بل ربما كان في بعضها إيماء إلى ذلك ، أو أن صيغتها خصوص لفظ التقبيل المعبر به في الفتاوى وبعض النصوص ، لعدم ذكرهم ذلك في باب الصلح ؛ بل لإشارة في شيء من كلامهم إلى أنه منه وما في المختلف كالذي سمعته من جامع المقاصد يراد منه أنها كالصلح في المعنى ، لأنها تنعقد بصيغته .

نعم صرح في الدروس بأنها نوع منه ، ويمكن إرادته ذلك أيضاً على إشكال وتردد ؛

نعم بناء على جواز الاتحاد المزبور لا ينبغي التأمل حينئذ ؛ في صحة وقوعها ، بصيغة الصلح ، وإن لم تنم قبالة ، كما أنها كذلك لو وقع العوض من غيرها أو مطلقاً بعقد الصلح ، بل قد يستشكل من وقوع العوض من غيرها والصيغة لفظ التقبيل ، لما عرفت من أن وضعها على كون الثمن منها ، كما يشهد له ما ذكره الشيخ وابنا حمزة وادريس والفاضل والشهيد والمقداد وغيرهم من عدم الضمان لو تلفت الثمرة بأفة سماوية بل في مزارعة جامع المقاصد نسبتة إليهم مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، ضرورة توقف صحته على كون الثمن منها ، حتى يكون التلف حينئذ للعوض ، ولادليل على الانتقال إلى بدله بعد عدم الدليل على ضمانه في يده ، ولإينافي ذلك صحته العقد ، إذ ليس هو بغير عوض ، بل عوضه من المعوض ، فمع فرض التلف بالاقفة يتحقق تلف العوضين معاً من غير ضمان ، فمافي التذكرة من التردفيه - كالمحكى عن تعليق الارشاد ، بل في المسالك أن دليله غير واضح - في غير محله ؛ بل لا يحتاج ذلك إلى تنزيل العوض على الاشاعة ، إذ يمكن أن لا يكون كذلك ، وإن كان كلياً مضموناً في العين بشرط السلامة ، للدليل نحو ما سمعته في خبر الاطنان (١) في الجملة.

وعلى كل حال فليس مثل هذا إنفساخاً لامن الاصل ولامن الحين ، لكن في الدروس أن قرار ذلك مشروط بالسلامة ، والمراد كما في جامع المقاصد أنه إن هلك لأصلح ، وإن سلمت ثبت ووجب العوض ، وربما أشكل بأنه لو هلك بعضها يجب القول بعدم بقاء الصلح ، فلا يلزمه مابقى من العوض ، ويدفع بأن سلامة الجميع شرط للصلح في الجميع ، وسلامة الأبعاض شرط للصلح فيها ، نعم قد يشكك بأنه قد صرح في الدروس بالجواز لو قبلها بعوض غير مشروط فيها ، ولادليل على اشتراط مثله بالسلامة ؛ لان المعوض إذا قبض بعوض وجب أن يكون مضموناً ؛ فإذا تلف يجب أن يكون عوضه في الذمة ؛ ويمكن تنزيل مافي الدروس على ما إذا كان العوض منها بالسلامة لا مطلقاً بل قد سمعت سابقاً أن ذلك وإن جاز ؛ إلا أنه ليس قبالة على

الظاهر ، لكن في جامع المقاصد « إن كلام القولين لا يخلو من اشكال ، أما اشتراط كون القبالة من الثمرة المتقبلة فيه إشكالان ، الاول أن اشتراط العوض من المعوض بنا في صحة المعاوضة عند الجميع ، وليس في النصوص ما يدل على الجواز هنا ، الثاني لو نقصت الثمرة بغير آفة بل كان من جهة الخرص يجب على تقدير كون العوض منها أن لا يجب الناقص علي المتقبل مع أنهم حكموا بعدم وجوبه عليه ، و أما على الجواز مطلقا فإشكالان مع ثالث ، وهو عدم إمكان اشتراط السلامة في قرار القبالة حيث يكون في الذمة لما قلناه من ، امتناع كون محل العوض الذمة ويسذهب بتلف الثمرة .

وفيه ما عرفت سابقا من ظهور النصوص و الفتاوى في كون العوض منها ، وحينئذ وجه عدم الضمان بالآفة واضح ، بل هو قد اعترف في باب المزارعة بأن هذه المعاوضة لا تخرج باشتراط السلامة عن نهج المعاوضات ، فإن المبيع في زمان الخيار من ضمان البائع وإن تلف في يد المشتري ، لكن بغير تفريط ؛ إذا كان الخيار للمشتري ؛ وهي لا تزيد علي ذلك ، ومنه يعلم وجه إندفاع الآخر . نعم يبقى المطالبة بالدليل على ذلك ، فيما لو كان العوض من غيرها ، وإقامته عليه - سيما مع عدم تصريح الاصحاب بأن القبالة تكون من غير الثمرة - لا تخلو من صعوبة

وإن كان الظاهر بناء هذه المعاوضة على الزيادة و النقصان من حيث الخرص لا غير ، وربما كان من قوله عنه (١) « إذا كانت الزيادة له فالنقيصة عليه » إيماء إلى ذلك في الجملة ، فيرجع حاصلها أن المتقبل ضامن للمقدار المعلوم مع سلامة الثمرة وعدم تلفها ، بل يمكن دعوى براءته لو كان المتلف غير الآفة من غاصب وشبهه ، وإن استبعد في جامع المقاصد قال : « والظاهر أن المراد بالآفة السماوية والارضية ما يكون ممن لا يعقل تضمينه ، فلو ألتفها فتلف فالظاهر أن القبالة بحالها ، عملا بالآفة استصحاب ويطالب المتقبل المتلف ، ويحتمل أن يراد بالارضية ما يعم هذا ، فيسقط القبالة أيضاً

بإتلاف المتلف ، وهو بعيد » وأما ما ذكره من عدم وجوب النقص على المتقبل لو كان النقصان من حيث الخرص ، فيدفعه صريح بعض النصوص السابقة ، وظهور آخره كون الثمن منها لا ينافي ذلك ، إذ يلزم بالتادية من حصته .

نعم لو فرض نقصان المجموع من المقدار اتجه ذلك ، إلا أنه نادر لا يحمل عليه إطلاق النصوص و الفتاوى ، فتأمل جيداً ، ثم إنه لا يخفى ظهور النص السابق في اعتبار البلوغ كما أنه صرح غير واحد بعدم وجوب القبول على الشريك ، للأصل وغيره لكن قد يظهر من النصوص السابقة الالتزام بإحدى فردي التخيير ؛ مؤيداً بوجه مشروعية التقبيل من خوف الخيانة ونحوها ، والظاهر أنه لا يعتبر في القبالة ما تقدم في العرية من وجوب الأخذ بمقدار الخرص من غير زيادة ولا نقص ، بعدما سمعت من عدم الربا في المقام « والناس مسلطون على أموالهم » كما أنه قد ظهر لك مما قدمنا إمكان جريان التقبيل بالنسبة إلى غير الشريك بل في غير الثمار ، بناء على أن القبالة نوع من الصلح ؛ وإن ذلك كله جائز فيه ، لعموم قوله ﷺ (١) « الصلح جائز بين المسلمين » لكن ظاهر الأصحاب الإقتصار وهو مؤيد لكون القبالة قسمًا مستقلاً برأسها ، فيقتصر في مورد ها على المتيقن . والله أعلم .

المسألة الثامنة: إذا مر الإنسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع أو قريب منها ، بحيث لا يعد قاصداً عرفاً بل كان ذلك منه ﷺ اتفاقاً جاز أن يأكل من غير إفساد ﷺ مع عدم العلم والظن بالكراهة على المشهور بين الأصحاب نقلًا وتحصيلًا بل في المختلف « عن السرائر إذا مر الإنسان بالثمر جازله أن يأكل منها قدر كفايته ، ولا يحمل منها شيئاً على حال ، من غير قصد إلى المضي إلى الثمرة للأكـل ، بل كان الإنسان مجتازاً في حاجة ثم مر بالثمار ، سواء كان أكله منها لأجل الضرورة ، أو غير ذلك ، على ما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه لان الأخبار في ذلك متواترة ، والإجماع منعقد منهم ، ولا يعتد بخبر شاذ أو خلاف من يعرف باسمه ونسبه ، لان الحق مع غيره

وعن الخلاف الإجماع أيضاً في النخل و الفواكه؛ وفي الرياض لم نقف على مخالف فيه من قدمائهم إلا ما يحكي عن المرتضى في بعض كتبه ، بل في شرح الاستاد أنه قيل بإضافة الزرع و الخضر ؛ و نقلت عليه الشهرة ، و نسب إلى بعض نقل- الإجماع فيه .

وكيف كان فيدل عليه مضافاً إلى ذلك قول الصادق عليه السلام في خبر عبدالله بن سنان (١) لا بأس بالرجل يمر بالثمرة و ياكل منها ولا يفسد ؛ قد نهى رسول الله ﷺ أن تبني الحيطان في المدينة ، لمكان المارة ، قال : وكان إذا بلغ نخله أمر بالحيطان فخرقت لمكان المارة « ونحوه خبر أبي الربيع (٢) عنه أيضاً ، إلا أنه قال : « ولا يفسد ولا يحمل » كمرسل الفقيه (٣) عنه أيضاً من مريساتين فلا بأس أن ياكل من ثمارها ، ولا يحمل شيئاً » .

وقد قال محمد بن مروان للصادق عليه السلام في المرسل (٤) المروى بطرق ثلاثة « أمر بالثمرة فأكل منها ؟ قال : كل ولا تحمل » وزاد في أحد طرقه « قلت : جعلت فداك إن التجار قد اشتروها و نقدوا أموالهم ، قال : اشتروا ما ليس لهم » و سأله أيضاً يونس (٥) عن الرجل يمر بالبستان ، وقد حيط عليه أولم يحط عليه ، هل يجوز أن يأكل من ثمره ، ليس يحمله على الأكل من ثمرة الا الشهوة له ، وله ما يغنيه عن الأكل من ثمرة ، وهل له أن يأكل من جوع ؟ قال : لا بأس أن ياكل ولا يحمله ، و لا يفسده « و سأله ابن أبي عمير (٦) « عن الرجل يمر بالنخل أو السنبل أو الثمرة ، فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضرورة أو غير ضرورة ؟ قال : لا بأس » و خبر علي بن جعفر (٧) عن أخيه المروى عن كتاب مسائله لأخيه قال : « سأله عن الرجل يمر على ثمرة فيأكل منها ، قال : نعم قد نهى رسول الله ﷺ أن تستر الحيطان برفع بنيانها »

إلى غير ذلك من النصوص التي لا يبعد تواترها كما سمعته من ابن ادريس ؛ ولذا عمل بها هو كغيره ممن لا يرى العمل إلا بالقطعيات .

فمن الغريب بعد ذلك التوقف في الحكم المزبور فضلا عن الجزم بعدمه لقاعدة قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه ؛ المعلومة بالعقل والنقل ، كمعلومية حرمة الظلم و الجور و الخيانة والسرقة ، وتحريم أكل أموال الناس بالباطل ، و صحيح علي بن يقطين (١) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر أيحله أن يتناول منه شيئا ويأكل من غير إذن صاحبه وكيف حاله إن نهاه صاحب الثمرة ، وأمره القيم ، وليس له وكم الحد الذي يسعه أن يتناول منه ؟ قال : لا يحل له أن يأخذ منه شيئا » ومرسل مروان بن عبيد (٢) قلت للصادق عليه السلام : « الرجل يمر على فراخ الزرع يأخذ منه السنبله ؟ قال : لا قلت : أي شيء السنبله ، قال : لو كان كل من يمر به يأخذ منه سنبله لا يبقى منه شيء » وخبر مسعدة بن زياد المروي عن قرب الاسناد (٣) « عن جعفر بن محمد عليهما السلام أنه سئل عما يأكل الناس من الفاكهة والرطب مما هو حلال لهم ؟ فقال لا يأكل أحد إلا من ضرورة ولا يفسد ؛ إذا كان عليها بناء يحاط ومن أجل الضرورة نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يبنى على حدائق النخل والثمار ، بناء لكي لا يأكل منها أحد ، مؤيدا ذلك كله بنصوص التقييل والخرص في الزكاة والخراج ، بل و بمسادل على إخراج النخلة ونحوها لأجل المارة ، الظاهر في التساهل بأمر المارة وباستمرار السيرة على بناء الجدران ووضع الابواب ومنع الناس وامتناعهم ، مع أنه لو كان مثل ذلك جائزا للشاع ، حتى بلغ التواتر ، لأنه تعارف خلافه وبأن فتح هذا الباب يقضى بأن تضمحل أموال الناس كما أوما إليه خبر السنبله ، سيما مع كثرة الثمار على الطرق المسلوكة ، بل يبعث على التجري على الحرام ، حتى أن كل من يجيء يقول لم أكن قاصدا له ، ومن كان له عداوة مع أحد يتقصد إضراره

وله عذرو واضح ؛ بل يلزم منه أيضاً استباحة الاغنياء زكاة الفقراء غير السادات ، وخمس السادات مع القول بالتعلق بالعين .

ومن ذلك يظهر أن أدلة الجواز لا تقوى على تخصيص هذه الأدلة ، سيما مع اختلاف نقل الإجماع ؛ وعدم خلو كثير من النصوص السابقة عن البحث في السند أو الدلالة ، وإمكان حمل جملة منها على شهادة القرينة بالأذن ، كما يرشد إليه خبر الجدران ، وأعلى أن لذلك العصر خصوصية على شهادة القرينة بالأذن أو على حال الضرورة أو على تعليم أهل الثمار الرخصة ، وأنه ينبغي لهم ذلك نحو ما وقع من النبي ﷺ ، وفي المروي عن صاحب الزمان عجل الله فرجه (١) في جواب مسائل العمري ، «أما ما سألت من أمر الثمار من أموالنا يمر به المار فيتناول منه ويأكل هل يحل له ذلك ؟ فإنه يحل له أكله ، ويحرم عليه حمله » ولا أقل من أن يفيد ذلك كله الشك والاصل الحرمة .

هذا أقصى ما يقال في ترجيح القول بالعدم الذي هو مختار المرتضى في المحكي عنه في المسائل الصيد اوية ، و الفاضل في مكاسب المختلف ، وإن توقف في الاطعمة ، و المحقق الثاني و غيرهم من المتأخرين و متأخريهم ، واختاره الاستاد الأكبر ، إلا أن الجميع كما ترى ، بل يشبه أن يكون إجتهدا في مقابلة النص ، إذ القاعدة بعد تسليم حكم العقل باقعاها حال عدم العلم بالكراهة يجب الخروج عنها ببعض ما عرفت ، فضلا عن جميعه كغيرها من القواعد ، إذ مرجعه إلى الإذن الشرعية التي هي أقوى من المالكية ، وبها مع فرض كون موضوع البحث عدم العلم بالكراهة ، يخرج مانحن فيه عن موضوع الظلم والخيانة والسرقة والجور والأكل بالباطل ونحو ذلك .

والصحيح مع معارضته بغيره محتمل للحمل منها وللكراهة ، ولا إرادة بيان حكم تناول مع نهى المالك وأمر القيم ، ولغير ذلك ؛ والمرسل مع عدم الجابر

و معارضته بما سمعت محتمل أو ظاهر أو صريح في غير تناول للاكل ، ضرورة استبعاده في السنبلة الواحدة لعدم تعارفه بل ظاهر السائل الإقدام على ذلك باعتبار قلة الأكرات بالسنبلة ، فأجابه بإيجاز بالحكمة المزبورة .

وفي الحقائق « الظاهر أن هذا الخبر لا يدخل في سياق هذه الاخبار ، فلامعنى لإجرائه في هذا المضمار ، فإن موضوع المسألة الأكل من الثمار في مكانه من غير أن يحمله ، و الظاهر أن السنبلة ليس من المأكول على تلك الحال ، فالظاهر إرادة حمله ، والمنع فيه مما لا خلاف فيه وهو حسن .

لكن قيل يتعارف أكله مقلا و نحوه ، و خبر قرب الاسناد محتمل للكرهية ، خصوصاً مع استثنائه الضرورة ، و عدم بيان حدها ، بل الظاهر منها عدم الوصول إلى حد الخوف على النفس ؛ أو أن المراد منه المنع منه مع قيام شاهد الحال على عدم كالحائط و نحوه ، والحرص و التقييل مع كونه في الغالب عند البلوغ ، يمكن اعتبار أمر المارة فيه و إخراج النخلة لإرادة المارة بصاحب البستان ، فإن من المتعارف بذل شيء من الثمرة لمن يمر به ، والمسلم من قيام السيرة على ما يفسد وبناء الجدران و وضع الابواب للخوف من ذلك ، على أنه إذا كان قد تعارف المنع خرج عن موضوع المسألة الذي هو الأكل مع عدم العلم بالمنع ، وعدم البلوغ إلى حد التواتر لا يقضى بالمنع كما في غيره من الأحكام التي هي أهم منه ، مع أنك قد سمعت دعواه ودعوى الإجماع و غيرهما ، و ليس في الأكل مع عدم الإفساد إضمحلال لاموال الناس ، بل ربما أدى إلى البركة فيها ، ومثل هذه الباعثية لا تصلح دليلاً للمنع ، كوضوح العذر له ، ولو أن نحو ذلك صالح لامتنع كثير من الأحكام الشرعية ، وإباحة الشارع الثمرة للمارين أغنياء كانوا أو فقراء تجري على الجميع كما اعترف هو به في آخر كلامه ؛ لأنه المالك الحقيقي ، وليس مثل هذا الاختلاف في نقل الإجماع قادحاً ، كما أن عدم خلو النصوص عن البحث في السند أو الدلالة بعد الإعتضاد بمعارف غير قادح أيضاً .

ومن ذلك كله ظهر لك قوة القول بالجواز . نعم ليس في شيء من نصوصه تعرض لغير الثمرة و النخل ، واقتصار بعضهم على الثاني ، كما عن الشيخ في المسائل الحاثرية في غير محله إن أراد عدم الجواز في غيره ، أما الخضر فقد عرفت عن بعضهم دعوى الشهرة عليه ، وآخر نقل الإجماع ، وقد يدعى تناول لفظ الثمرة له كما يشهد به صحيح ابن يقطين (١) السابق وغيره ، كتناول لفظ البستان المراد منه ما فيه ، بل قد يدعى تناولهما لمطلق الزرع خصوصاً الثاني متمماً حينئذ بعدم القول بالفصل مضافاً إلى مرسل ابن أبي عمير (٢) السابق لكن تردد فيهما المصنف في النافع و أطعمة الكتاب ، لاختصاص كثير من الأدلة السابقة بغيرهما ، وللصحيح (٣) والمرسل (٤) السابقين في دليل المنع مضافاً إلى الإقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن ، وفي الرياض - « لا ريب أن الترك هنا بل وسابقاً أيضاً أحوط وأولى ، بل ربما كان متعيناً ، ولا وجه لتخصيص التردد بالحكم هنا مع جريانه في غيرهما إلا لوجود القائل بالمنع هنا زائداً على المرتضى و عدم حكاية إجماع هنا مع اختصاص كثير من الفتاوى المجوزة المحكية في المختلف بالحكم سابقاً ».

قلت : قد عرفت عن بعضهم نقل الإجماع ، كما أنك عرفت وجه الاختصاص بالتردد ، وعلى كل حال فلا ريب أن الاحوط الترك فيهما ، بل وفي غيرهما وإن اختلف شدة وضعفها ؛ ثم إن ظاهر المتن كغيره اشتراط الجواز بأمور ثلاثة ، أحدها - كون المرور اتفاقياً ، فلو كان مقصوداً لم يعجز له ، إقتصاراً على المتيقن ؛ وقد يظهر من الرياض دعوى الإجماع عليه ؛ كما في الحدائق نسبه إلى الأصحاب ، وفي شرح الاستاد « اعتبار عدم قصد المرور منه ولا من وليه لخصوص تلك الثمرة ونحوه ، لا في مبدء المسافة ؛ ولا في أثنائها ، ليتحقق صدق اسم المرور ؛ وللإجماع عليه ، ولو عينها بالاشارة واختلف الاسم كان قاصداً ؛ بخلاف العكس ، والعمدة ما عرفت من الإقتصار على المتيقن وخبر عبد الله بن سنان (٥) السابق مع قصور سنده وعدم الجابر له ، يمكن

(١) (٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث ٧-٣

(٣) (٤) (٥) الوسائل الباب ٨ - من أبواب بيع الثمار الحديث ٧ - ٦ - ١٢

أن يكون نفي الباس فيه عن الأكل ، فكانه قال : لأبأس بالاكل بعد المرور اتفاقاً .
 لكن قد يقال : أن ظاهر النصوص الجواز بتحقيق اسم المرور وإن كان مقصوداً .
 نعم إذا كان المقصود المجيء إلى البستان مثلاً لم يصدق عليه اسم المرور بها ، وهذا لا يقتضى اعتبار الاتفاق في المرور ، ضرورة أعمية مفاد النصوص من ذلك ، فالتحقيق دوران الحكم مداره ، فيرجع هذا الشرط إلى تحقيق مسماه لأمرزايد ؛ وقاعدة الاقتصاد على المتيقن لواقع لها مع فرض ظهور الأدلة الذي عليه المدار في جميع الأحكام كما هو واضح .

الثاني : عدم الفساد بخلاف أجده فيه بل ادعى بعضهم عليه الإجماع ، وهو الحجة بعد الاقتصاد المزبور ، وانصراف ارادة الشرطية من النهي في المقام في النصوص السابقة عنه وعن الحمل ، ومنه يظهر وجه الشرط الثالث الذي أشار إليه المصنف بقوله ﴿ ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً ﴾ بل في الرياض بعد نسبة الحكم به إلى القطع به بين الطائفة - لعله إجماع ، لكن قال بعد ذلك : « ان إثبات شرطية و سابقه من الأصل والنصوص مشكل ، لاندفاع الاول باطلاق الرخصة ، ولعدم نهوض الثاني إلا بالنهي عنهما ، وغايته الحرمة ، وهي أعم من الشرطية ؛ فاثباتها بذلك في كلام جماعة لا تخلو من مناقشة . نعم الظاهر التلازم بينهما في النهي عن الإفساد ، إذا فسر بامر ؛ وهو عدم الأكل كثيراً بحيث يؤثر فيها أثرأبيناً ، و يصدق معه مسماه عرفاً ويختلف ذلك بكثرة الثمرة والمارة و قلتها جدا ، لأن فسر بالمعنى الآخر وهو هدم الحائط أو كسر الغصن أو نحو ذلك »

قلت : قد عرفت ظهور النهي المزبور في الشرطية هنا كغيره من المقامات سيما بعد الاعتضاد بظاهر كلام الأصحاب ، وإن كان في ظهور العبارة ونحوها بالشرطية نوع مناقشة ، ولكن مع الالتفات إلى كلام الأصحاب - واستبعاد اقترانها بالاباحة على معنى إرادة الحرمة الخارجية منها على حسب غيرها من المحرمات - تندفع المناقشة المزبورة .

وأما ما ذكره من التلازم المزبور فلا يخلو من مناقشة مع فرض تحقق الفساد بالآخر ، فإنه لا مانع حينئذ من القول باختصاصه بالحرمة دون الأول . نعم لو قلنا بالآخر يتحقق الفساد في الجميع على وجه يكون تمام ما أكله مندرجاً في النهي إتجه ذلك ، ولكنه خلاف المضاف من قوله كل ولا تفسد . ثم إن الظاهر من هذا الشرط و سابقه كونه من الشرائط الكاشفة ، لو فرض تأخيرهما عن الأكل المباح ، و قلنا بالشرطية في هذا الحال ؛ لا إطلاق الأدلة ، ولكن الكشف بالنسبة إلى الضمان متجه ، أما بالنسبة إلى الإباحة فلا يخلو من منع ، ودعوى أن الشرط فيهما قصد الحمل و قصد الإفساد يدفعها ظهور الأدلة في خلافها ؛ بل لا إشعار في شيء بالقصد . نعم قد يقال : بتصوير الكشف فيها على بعد ؛ بل يمكن القطع بفساده بملاحظة الأدلة فتأمل .

وكيف كان فظاهر الاستاد الأكبر ثبوت الحرمة بقصد الإفساد بلغ حده أولاً قال : « ومع عدم القصد ينتفى الجواز عند خوفه ، ولا فرق بين حصول الفساد من واحد أو من جماعة ، فلو أكلت المارة حتى قرب الفساد حرم على الآخر ، وإذا علم ترتب الفساد على المجموع ، اقترعوا على التناول ، فيجوز لكل من طلعت له القرعة (ثم قال) : والمنع مع الفساد في الجملة مما يقضى به الأصل والعقل والكتاب والسنة والاجماع محصله ومنقوله ، وبعض أخبار الباب .

والظاهر أنه لا فرق بين الفساد في الشجر والثمر ، وفي الجدران والسواقي و المساقى ، وبمثل ذلك يظهر قوة التحريم ، لأن المار لا يعلم قدر الثمرة ابتداء حتى يعرف الفساد ، فربما أكل من صاع هو بقية الف صاع من حيث لا يعلم ، و الظاهر ثبوت الضمان عليه مع العمد في الإفساد بدونه ، و أجره المثل لو مكث زائداً على مقدار ما يحتاج إليه في التناول ، إلى أن قال : ، ولا بد أن يقتصر في الأكل على أكله المعتاد على وفق المعتاد ، فإن زاد ضمن الجميع ، وله الخيار في اختيار أقسام الثمرة ، ولو عين المالك شيئاً تعين « وفيه مواضع للنظر ، كما أن ما فيه أيضاً من أن الظاهر إعتبار كون الثمرة على الشجر ، إقتصاراً على المتيقن ، و كون المار مسلماً حيث

يكون المالك كذلك، إذ لا سبيل عليه لغيره، واعتبار الايمان من المؤمن لا يخلو من وجه، واشتراط أن لا يكون له ثمر متصل بشمر الغير، وأن لا يكون حاملاً من جنسه لا يخلو من قوة، واشتراط عدم علم الكراهة أو ظنها، وعدم السور والباب ينافيه ما في بعض روايات الباب، ولا محيص عن القول به كذلك « فيه مواضع للنظر أيضاً .

نعم ما فيه « من أنه لا يجوز أن يهب ماراً ولا غيره أو يجعله نائباً وما أكلته المارة حين تعلق الزكاة أو الخمس جار على الجميع، فلا شيء للفقراء على المالك، وليس حق المارة مما يجوز نقله، ولو استناب أحد أفي التناول له جاز على إشكال » جيد بل الاشكال في الاخير ضعيف، ثم إن ظاهر خبر ابن سنان السابق (١) اعتبار البلوغ في الثمرة فلا تباح حينئذ للمارة قبل بلوغها، كما هو مقتضى الاقتصار على المتيقن نعم لا يبعد أن يكون المراد من ذلك الوصول إلى حد إعتياد التناول، وربما ظهر من بعض مشائخنا تعميم الحكم للثمرة وإن لم تبلغ حد اعتياد الاكل، وهو وإن كان قد يشهد له إطلاق كثير من النصوص؛ لكن ما ذكرنا أقوى وأحوط؛ ولا فرق بين الثمرة المعتادة وغيرها من سائر الشجر والله أعلم .

(الفصل التاسع)

﴿فى﴾ البحث عن ﴿بيع﴾ الاناسى من ﴿الحيوان﴾ تمام القول فيه يتوقف على ﴿النظر فيمن يصح تملكه وأحكام الإبتىاع ولو احقه﴾ .

﴿أما الاول﴾ فلا خلاف فى أن ﴿الكفر الاصلى﴾ بأحد أسبابه ﴿سبب لجواز استرقاق﴾ الكافر ﴿المحارب﴾ الخارج عن طاعة الله ورسوله ، ولم يكن معتصماً بذمة أو عهد أو نحوهما ﴿و﴾ يلحقه فى هذا الحكم ﴿ذرايه﴾ وإن لم يتصفوا بوصفه ﴿ويسرى الرق فى أعقابه وإنزال﴾ وصف ﴿الكفر﴾ عنه ، لانهم نماء الملك الذى قد فرض حصوله بحصول سبب التملك حال الإسترقاق ، ﴿مالم يعرض الاسباب المحررة﴾ فيتبعه حينئذ أعقابه بعد الحرية فيها ، لخروجه عن الملك المقتضى لملكية النماء حينئذ ، وخرج بالاصلى المنتحل للإسلام المتحصن به عن الإسترقاق إجماعاً ، والمرتد الذى خرج كفره المتجدد بتخلل الإسلام أو ما فى حكمه عن كونه أصلياً؛ لا صالة الحرية السالمة عن المعارض بعد اختصاص الفتاوى والنصوص ولو بحكم التبادر فى غيره ، باختلاف أجده فى ذلك هذا .

وفى الحقائق « المرتد وإن كان بحكم الكافر فى جملة من الأحكام إلا أنه لا يجوز سببه ، وفى جواز بيع المرتد الملى قول قواه فى الدروس وأما الفطري ، فلا ، قولاً واحداً فيما أعلم » قلت : الموجود فى الدروس هنا « وبصح بيع المرتد عن ملة

لاعن فطرة على الاقوى» والظاهر كون المراد بيع المالك للعبد المرتد عن ملة لاعن فطرة ، وغير الاقوى جواز بيعهما معاً ، قال في التذكرة : « المرتد إن كان عن فطرة ففى صحة بيعه نظر ، ينشأ من تضاد الحكمين ، ومن بقاء الملك ، فان كسبه لمولاه ؛ وأما عن غير الفطرة فالوجه صحة بيعه ، لعدم تحتم قتله لاحتمال رجوعه إلى الاسلام. »

وعلى كل حال فهذا غير مانحن فيه ، ثم إن مقتضى إطلاق المتن وغيره ما هو صريح الفاضل وغيره من عدم الفرق فى سبب الملك بين الكافر و المسلم ؛ بل فى شرح الاستاد أن الاجماع بقسميه عليه ، وقال رفاة فى الصحيح (١) « لابی الحسن عليه السلام : إن القوم يغزون على الصقالبة والروم (٢) فيسترقون أولادهم من الجوارى والغلمان ، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار فما ترى فى شرائهم ونحن نعلم أنهم قد سرقوا وإنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم فقال لأبأس بشرائهم ، إنما أخرجوا من الشرك إلى دار الاسلام. »

وفى خبر ابراهيم بن عبد الحميد (٣) عن أبي الحسن عليه السلام أيضاً « فى شراء الروميات فقال : اشترهن وبعهن » ، وسأل عبد الله اللحام (٤) أبا عبد الله عليه السلام « عن رجل يشتري من أهل الشرك ابنته فيتخذها قال : لأبأس » وسأله أيضاً « عن الرجل يشتري امرأة رجل من أهل الشرك يتخذها قال : فقال : لأبأس » بل ظاهر خبر اللحام الاول ملكه من يعتق عليه ، وقد استشكل فيه الفاضل من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض ، ودوام القرابة الرافعة للملك بالقهر ؛ قال : « و التحقيق صرف الشراء إلى

(١) الوسائل الباب ٢ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ١ -

(٢) هكذا كان فى النسخ المصححة ، وفى الكافر ، « ان الروم يغيرون على الصقالبة ،

الى آخر الحديث

(٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٢ -

(٤) الوسائل الباب ٣ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ٢ -

الاستنقاذ ، وثبوت الملك للمشتري بالتسلط » قلت : المتجه على هذا عدم لحوق أحكام البيع من الخيار والارش ونحوهما ، لكن مع ذلك توقف فيه الفاضل ، و هو في غير محله قطعاً .

نعم قد يقال ببقاء الملك لانه إن قلنا بتوقف العتق على تقدمه زماناً ، فمن الواضح حينئذ عدم وقوعه مع المقارنة ؛ لأن كل حين من أحيان العتق يقارنه سبب الملك ؛ فلم يزل مملوكاً عتيقاً ، وإن قلنا بتوقفه على التقدم الذاتي فكذلك أيضاً ، إذ السببان كفرسي رهان ، وقاعدة سلطان الملك « وتسلط الناس على أموالهم » أصل لا يخرج عنه في محل الشك ، أو يقال إن عدم جواز التملك عندنا ، مع الجواز عندهم غير قادح في جواز الأخذ منهم ، الزاما لهم بمذهبهم ، ولو قلنا بعدم الجواز فالظاهر جواز أخذ الثمن منهم ، لو وقع البيع بينهم ، وإن كان الدافع ذمياً أو معاهداً هذا .

و لكن الانصاف عدم خلو أصل المسألة من إشكال إن لم يكن إجماع على كون الاستيلاء من بعضهم على بعض مملوكاً ، كاستيلاء المسلم ، خصوصاً بعد أصالة الحرية وعدم ملك الناس بعضهم لبعض ، والنصوص المزبورة محتملة لإرادة التسلط العرفي من الشراء فيها خصوصاً في الرواية الأولى المقتضى خصي الغلمان فيها العتق ، لكونه تنكيلاً ، بل من المحتمل إرادة المخالفين من ملوك أهل الجور من القوم فيها ، ومن الغريب الجزم من بعض الناس بالملكية في السبب بالتقرير الذي سمعته ، مع أنه يمكن منع كون السببين فيه على ما ذكره ؛ باعتبار تقدم القرابة المتحققة بانعقاد النطفة ، ولاريب في أنها قبل القهر والله اعلم .

﴿و يملك اللقيط من دار الحرب﴾ التي ليس فيها مسلم يمكن تولده منه بالاستيلاء عليه ، بلاخلاف أجده فيه ، إلحاقاً له بأهل الدار الذين قد عرفت كون حكمهم ذلك ، ولا يملك إذا كان فيها مسلم يمكن تولده منه بلاخلاف أجده فيه ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه لأصالة الحرية ، لكن قد يناقش فيها بظهور الوجدان

في الدار في كونه منهم ؛ وهو كاف في قطع الأصل ، وإلا لم يترتب الملك على -
الالتقاط إلا نادرا ، لندرة عدم الاحتمال ؛ ولو جرى الحكم في الأسر أيضا لو وحدة
المدرک ؛ لقل ما يحكم بترتب الملك فيه أيضا ؛ ولو جب في الغالب الفحص والسؤال
إذ قل ما ينتفي الاحتمال ، قلت : يمكن أن يكون المستند في ذلك إطلاق النصوص
لا الأصل المزبور ، كقول الصادق عليه السلام في خبر زرارة (١) « اللقيط لا يشتري ولا
يباع » ، وفي خبر المدائني (٢) « المنبوذ حر ، فإن أحب أن يوالي غير الذي رباه
والا فإن طلب منه الذي رباه النفقة ، وكان مؤسرا رد عليه ، وإن كان معسرا كان
ما أنفق عليه صدقة » :

وفي خبر عبدالرحمن العزرمي (٣) عن أبيه عن الباقر عليه السلام « المنبوذ حر فأذا
كبر فإن شاء يوالي الذي التقطه ، وإلا فليرد عليه النفقة ، وليذهب فليوال من يشاء »
وسأله محمد بن مسلم (٤) في الصحيح « عن اللقيطة فقال : حرة لا تباع ولا تشتري ولا
توهب » اللهم إلا أن يدعى أن الاخبار لا يفهم منها إلا ما في دار الاسلام ، كما يفهم
من أخبار لقطة المال والحيوان ويدفع بمنع إختصاصها في ذلك ؛ ولو بمعونة فهم
الاصحاب .

نعم لا ريب في خروج ما كان منه في دار الحرب على الوجه السابق منها ، ترجيحاً
لما دل على جواز تملك مثله عليها إن قلنا بشمول إطلاقها لمثله ، كما أنه لا ريب
في إختصاص الحكم المزبور بالالتقاط ؛ لما عرفت من إطلاق النصوص الحرية ،
أما الأخذ ونحوه مما لا يعد النقاط فيترتب عليه أحكام الملك ، بظاهر الدار ؛ ولا يلتفت
إلى الاحتمال المذكور ، بل قد يمنع الحاق المعتصم بالمسلم في الالتفات إلى
الاحتمال المذكور ، لعدم إيجاب الإطلاق بالفتوى ، بل ظاهر الفتوى القطع بوجود
المسلم الممكن التولد منه « فلا يجزى الظن بوجوده ؛ فضلاً عن الاحتمال لأصالة عدمه

السالمة هنا عن المعارض ، بخلاف أصالة عدم التولد منه .

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر أنه ﴿لا يملك﴾ اللقيط ﴿من دار الاسلام﴾
بلاخلاف ، فتوى نصاً ، إلا إذا علم إنتفاؤه عن المسلم ومن في حكمه بالنسبة إلى ذلك
﴿فلو بلغ وأقر﴾ جامعاً لشرائط صحة الإقرار بالرق ، أو ببعض علله أو نحو ذلك
مما يقتضيه ﴿قيل﴾ والقائل ابن ادريس ناسباً له إلى محصلى الاصحاب ﴿لا يقبل﴾
لان الشارع حكم عليه بالحرية ، ﴿وقيل﴾ والقائل غيره ، بل قيل إنه إجماع ﴿يقبل﴾
وهو أشبه بعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم ، وبما سمعه ابن سنان (١) عن
الصادق عليه السلام « إن علياً عليه السلام كان يقول الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه -
بالعبودية وهو مدرك ؛ من عبد أو أمة ، ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً »
وسأله الفضل (٢) « عن رجل أقر أنه عبد قال : يؤخذ بما أقر به » ولا ينافيه الحكم الشرعي
ظاهراً بالحرية كما في غيره مما يعترف الخصم به .

ودعوى ظهور نصوص اللقيط في التحرير شرعاً لا الحكم بها ؛ ظاهر ينفيها
إتفاق الاصحاب على خلافها ظاهراً ، بل يمكن دعوى انسياق ذلك منها ؛ مع قطع
النظر عنها ، خصوصاً بعد معلومية خروج المعلوم انتسابه إلى أهل الحرب منها ، ثم إنه قد يظهر
من إطلاق المتن وغيره في باب اللقطة عدم اعتبار الرشد في صحة الإقرار المزبور
لانه ليس إقراراً بالمال ؛ وإن ترتب عليه ، كما يسمع إقراره بما يوجب القصاص ؛
وإن أمكن رجوعه إلى المال بوجه وأشكل بما لو كان في يده مال ، فإن إقراره على
نفسه بالرقية يقتضى كون المال له ، إلا أن يقال بثبوته تبعاً لثبوت الرقية ، لا أنها
إقرار بالمال ؛ وفيه بحث ، ومن هنا مال بعضهم إلى اشتراطه ، بل جزم به شيخنا في
شرحه بذلك ، لماعرفت ، ولانه نفسه مال ، فلا يقبل إقراره ، وفيه أنه لا دليل معتبر
صالح لتقييد أدلة جواز الإقرار التي يجب الاقتصار في الخروج عنها على المتيقن
الذى هو غير مفروض البحث قطعاً ، كما هو واضح بأدنى تأمل ، وتفسير المدرك

بالرشد فى الخبر المزبور لا شاهد له بل ظاهره إرادة كونه بالغاً عاقلاً، هذا و تسمع تمام البحث فى أطراف المقام إنشاء الله تعالى .

﴿ و يصح أن يملك الرجل كل أحد ﴾ لعموم الأدلة أو إطلاقها ﴿ عدا أحد عشر ﴾ فلا يستقر ملك الرجل عليهم ، بل يعتقون عليه قهراً ﴿ وهم الآباء والأمهات والأجداد والجندات ﴾ لهما أو لأحدهما ﴿ وإن علواً والأولاد وأولادهم ذكوراً وأناثاً ﴾ وخناثاً ﴿ وإن سفلاً والأخوات والعمات والخالات ﴾ وإن علماً ، لأمة العمة ولا خالة الخالة ولأمة الخالة ولا خالة العمة إذالم تكن عمّة وخالة ﴿ و بنات الأخ و بنات الأخت ﴾ بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى ، إذ اقتصر البعض على ذكر البعض ليس خلافاً فى المقام قطعاً كما لا يخفى على من لا حظ بل الإجماع بقسميه على ذلك .

نعم قيل بل نسبه بعضهم إلى ظاهر الأكثر أن المراد من نحو ما فى المتن عدم استقرار الملك ؛ فيدخل فى الملك آنأما بعد الشراء مثلاً ؛ ثم يعتق ولعله للجمع بين قاعدة « لاعتق إلا فى ملك » وقاعدة « ترتب الملك على أسبابه » و بين ما دل على الاعتناق هنا قهراً ، مضافاً إلى ظهور بعض نصوص المقام فى حصول الملك بالشراء ثم العتق ، كقوله « إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو عمته عتقوا » وقوله « إذا ملكهن عتقهن » ونحو ذلك ، فالجمع بين ذلك وبين التبعض الآخر الدال على عدم الملك بارادة المستقر من الثانى وغيره من الأول هذا .

وقد يقال أن ظاهر جملة من النصوص ترتب العتق على نفس الشراء مثلاً، فيمكن أن يكون تقدم الملك على العتق تقدماً ذاتياً لازماً ، ومثله كاف فى مثل « لاعتق إلا فى ملك » ضرورة أنه على تقدير إرادة الزمان يستلزم تخلف المعلول عن العلة ، وهو ممتنع عقلاً من غير فرق بين قصر الزمان وطوله ، فالشراء مثلاً سبب لحصول الملك والعتق معاً ، إلا أنه لما كان الأول سبباً فى الثانى كان متقدماً عليه فى الذات لا الزمان كتقدم الشراء على الملك وغيره من العلل والمعلولات، وحينئذ فيمكن الجمع بين-

النصوص بذلك ، بل هو أقرب من الاول إلي الضوابط ، فتأمل جيداً ، والله اعلم هذا .
وستسمع الحكم في الصبي والصبية والخنثى المشكل .

﴿و﴾ على كل حال ﴿هل يملك﴾ الرجل ﴿هؤلاء﴾ من الرضاع قيل : ﴿و القائل القديمان والمفيد والديلمى و ابن إدريس ، بل نسبه الاخير إلى المحصلين من الاصحاب﴾ نعم ؛ وقيل ﴿و القائل الشيخ وابنا البراج وحمزة وغيرهم﴾ لا ؛ وهو الاشهر ﴿بل المشهور بين المتأخرين ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه ؛ لقول الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير وأبى العباس وعبيد (١) الذي رواه الصدوق بأسانيد متعددة ، « ولا يملك (أي الرجل) أمه من الرضاع ولا ابنته ولا عمته ولا خالته ، فانهم إذا ملكن عتقن ، و قال : ما يحرم من النسب فانه يحرم من الرضاع مثل ذلك ، و قال : يملك الذكور ما خلا والداً وولداً ، ولا يملك من النساء ذات رحم محرم ، قلت : يجرى في الرضاع مثل ذلك ؟ قال : نعم يجرى في الرضاع مثل ذلك » ونحوه خبر أبى بصير الاخر (٢) وزاد يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

و صحيح الحلبي و ابن سنان (٣) في امرأة أرضعت ابن جاريته ؟ فقال : « تعتقه » وعن المقنع أنه رواه مرسلاً ، وفي صحيح عبيد (٤) « ولا يملك أمه من الرضاعة وسأله ابن سنان (٥) أيضاً عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتي تفضمه ؛ يحل لها بيعه ؟ قال : لا ، حرم عليها ثمنه ، ثم قال : أليس قد قال رسول الله ﷺ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، قد صار ابنها ، فذهبت أكتبه فقال أبو عبد الله عليه السلام : ليس مثل هذا يكتب » ونحوه صحيحه الآخر (٦) إلا أن فيه أنه سئل وأنا حاضر ،

(١) الوسائل الباب ٤ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ١

(٢) (٣) الوسائل الباب ٤ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ٢ - ٣

(٤) الوسائل الباب ٧ من ابواب العتق الحديث ٧

(٥) الوسائل الباب ٨ من ابواب العتق الحديث ٣

(٦) الوسائل الباب ١٧ - من ابواب ما يحرم بالرضاع الحديث ١ -

وعن المقنع (١) أنه «روي في مملوكة أرضعتها مولاتها بلبنها أنه لا يحل بيعها»، وخبر على بن جعفر المروى عن كتابه (٢) «سأل أخاه عن امرأة أرضعت مملوكها ما حاله؟ قال: إذا أرضعته عتق».

وصحيح عبد الرحمن (٣) عن الصادق عليه السلام أيضاً قال «سألته عن المرأة ترضع عبداً، أتتخذه عبداً، قال: تعتقه وهي كارهة» قيل ورواه الشيخ بسند آخر مثله، إلا أن فيه «ويعتقونه وهم له كارهون» والظاهر إرادة الانعتاق قهراً، ومنه يعلم المراد من صحيح الحلبي وابن سنان السابق، كما أن الظاهر عدم إرادة الإقتصار على الام من صحيح عبيد؛ للاجماع المركب على خلافه، ولظهور النصوص في أن العلة علة الرضاع، فهذه النصوص مع صحة السند وكثرة العدد وشهرة العمل والمخالفة للعامة لا محيص عن العمل وقطع الأصول بها، بل ربما ظهر من بعضهم تأييدها بدعوى اندراج ذي العلة الرضاعية في اسم الأسماء فتزداد حينئذ النصوص الدالة على المطلوب.

لكن لا يخفى ما فيه إلا أنا في غنية عنه بما عرفت مما لا يصلح لمعارضته خبر ابن سنان (٤) عن الصادق عليه السلام «إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر إلا ما كان من قبل الرضاع» وصحيح الحلبي (٥) عنه أيضاً، في بيع الام من الرضاع؟ قال: لا بأس بذلك إذا احتاج.

وخبر أبي عبيدة (٦) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: غلام بيني وبينه رضاع، يحل لي بيعه، قال إنما هو مملوك، إن شئت بعتة، وإن شئت أمسكته، ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حران» مع أن الأخير منهما ظاهر في الأخ، وقد عرفت صحة ملكه

(٢٠١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ٢- ٢

(٣) الوسائل الباب ٨- من أبواب العتق الحديث ٢

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥ الحديث ١١٨-١١٩ الطبع الحديث

(٥) الوسائل الباب ٢ من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢

في النسب فضلاً عن الرضاع ، بل الاستدراك فيه ظاهر في إرداة الابوين من الرضاع فهو شاهد على المطلوب حينئذ .

ويمكن إرداة بيع الام من الرضاع لابی الغلام من الثاني الذي قيد البيع فيه بالاحتياج ؛ والمعروف بين المخالف عدمه ؛ أو يحتمل الرضاع فيه على غير المحرم أو نحو ذلك كالاول المشتمل على ما يخالف الاجماع و باقي النصوص من عدم حرية الاخ ، بل ربما احتمل كون (أو) فيه بمعنى الواو ، إلا أنه لا يخفى عليك بعده ، لكن لأبأس به جمعاً بعد ظهور المرجوحية في السند والعدد والعمل ، وإن كان الاولى الحمل على التقية فيما عليه اتفاق العامة كما قيل ، وربما كان في صحيح ابن سنان (١) السابق إشارة إليه إن لم يحتمل الإنكار فيه على إرداة الظهور والوضوح والله اعلم

وكيف كان فلا خلاف في ملك الرجل غير من عرفت من الذكور ، وقد سمعت قول الصادق عليه السلام في الصحيح الاول (٢) وفيه أيضاً ، «ويملك ابن أخيه وعمه وخاله» كقوله في صحيح عبيد (٣) بعد ذكر العمودين والاثاث المحارم ، «ويملك ماسوى ذلك من الرجال من ذوي قرابته» وقول أبي جعفر عليه السلام في خبر محمد بن مسلم «ويملك أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرجال» وسأل عبد الرحمن (٤) أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتخذ أباه وأمه وأخاه وأخته عبيداً ؟ فقال : أما الاخت فقد عتقت حين يملكها وأما الاخ فيسترقه ؛ وأما الابوان فقد عتقا حين يملكهما ، وقال أيضاً في خبر كليب الاسدي (٥) : «إذا ملك الابوين ، فقد عتقا ، وقد يملك إخوته فيكونون ممالك ولا ينعقون» . لكن في خبر عبيد (٦) لا يملك الرجل أخاه من النسب و يملك ابن أخيه « وفي موثق سماعة (٧) » عن الصادق عليه السلام في رجل يملك ذارحمه ؛ هل يصلح له أن

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب العتق الحديث ٣

(٢) (٣) الوسائل الباب ٧ من ابواب العتق الحديث ١-٢

(٤) (٥) (٦) الوسائل الباب ٧ من ابواب العتق الحديث ٥-٨-٦

(٧) الوسائل الباب ٤ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٦ - الجواهر ٩

يبيعه أو يستعبده قال : لا يصلح بيعه ولا يتخذ عبداً ، وهو مولاه وأخوه فى الدين ، وإيهامات ورث صاحبه إلا أن يكون له وارث أقرب منه « وسأله أيضاً فى موثقه الآخر (١) عن ذلك » فقال : لا يصلح له أن يبيعه وهو مولاه وأخوه فى الدين ، فإذا مات ورثه دون ولده ؛ وليس له أن يبيعه ولا يستعبده « وحملها على الكراهة متجه ، ولذا قال : المصنف :

﴿ ويكره أن يملك ما عدا هؤلاء من ذوى قرابته ، كالأخ والعم والخال وأولادهم ﴾ وإن كان فى استفادة تمام ذلك من النصوص السابقة إشكال ، إذ حاصله كراهة ما يملكه مختاراً ، و كراهة الإبقاء على الملك فى القهرى ، لكن أمر الكراهة سهل ، ويكفى فيها الفتوى مع قوله « لا يملك الرجل أخاه » وعدم القول بالفصل والظاهر حمل الفرق فيه بين الأخ وولده على الشدة والضعف ، كل ذلك مع المناقاة لصلة الأرحام والإخلال بالاحترام فلا ينبغى البيع ولا غيره من النواقل ولا الاستعباد ؛ بل قيل أنه لا ينبغى ذلك فى المحترم شرعاً لفضيلة علم أو صلاح أو شيخوخة أو علة بنسب شريف كالهاشمي على اختلاف مراتبها ، وكذا من كان له حق لصداقة أو إحسان أو تأديب أو تعليم ونحو ذلك .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ تملك المرأة كل أحد عدا الآباء وإن علواً والأولاد وإن نزلوا نسباً ﴿ بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى فى المستثنى ، وقد سأل أبو حمزة الثمالى (٢) الصادق عليه السلام « عن المرأة ما تملك من قرابتها ، قال : كل أحد إلا خمسة ، أباه وأمه وابنها وابنتها وزوجها » وأما المستثنى منه ، فلاصل والعمومات السالمة عن المعارض ، لكن فى المقنعة لا يصح استرقاق المرأة أو بيوها ولا أولادها ، ولا أخاها ولا عمها ولا خالها من جهة النسب وتملكهم من جهة الرضاع ، ولتمام البحث معه محل آخر .

١- الوسائل الباب ١٣ من أبواب العتق الحديث ١

٢- الوسائل الباب ٩ من أبواب العتق الحديث ١

﴿و في العمودين والاولاد لها من الرضاع تردد﴾ يظهر وجهه مما عرفت ﴿و المنع﴾ أشبهه ﴿و أشهر﴾ لما تقدم من أنه يحرم منه ما يحرم بالنسب ، وقرابة الشبهة في المرأة والرجل بحكم الصحيح ، بخلاف قرابة الزنا على إشكال ، أقواه عند الشهيدين ذلك ، لان الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة ؛ وفيه ما لا يخفى ، بعد عدم ثبوت الحقيقة الشرعية فيه ، وعدم قرينة على المراد الشرعي ، اللهم إلا أن يقال : باستفادة عدم النسب شرعاً بالزنا من غير المقام ، كقول أمير المؤمنين عليه السلام في خطبة (١) في النهج التي تعرض فيها لانتفاء زياد عن أبي سفيان ، بل لعل قول النبي صلى الله عليه وآله (٢) «الولد للفراس وللعاهر الحجر» دال عليه ، بناءً على كون المراد من الاول أنه لا ولد شرعاً إلا للفراس ، لأنه خاص في التعارض بينه وبين الزنا ؛ بل قد يستفاد ذلك من مقامات كثيرة ، بل كانه من المعلوم في مقامات متفرقة ، وحينئذ ثبوت أحكام النسب فيه كحرمة نكاح البنت منه مثلاً ، للدليل الخاص ولو الاجماع إن لم تكن الضرورة هذا .

وفي الروضة قد يفهم من إطلاق المصنف كغيره الرجل والمرأة ، أن الصبي والصبية لا يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا . والاحبار مطلقة في الرجل والمرأة كذلك ، ويعضده اصالة البراءة ، وفيه أن ظاهر النصوص والفتاوى كون ذلك من خطاب الوضع الذي لا يخص المكلف ، وقد سمعت مافى صحيح أبى بصير (٣) السابق من ظهور كون السبب الملك خصوصاً بعد ملاحظة التعليل في بعض النسخ بل في نصوص أم الولد (٤) وانعتاقها من نصيب ولدها ، إيماء إلى ذلك أيضاً ؛ فلا ريب في أن الأقوى عدم الفرق ، بل في شرح الاستاد الاجماع على ذلك ، أما الخنثى

(١) النهج الجزء الثالث طبعة مصر ص ٧٦ الكتب ٤٢ من كتاب له عليه السلام الى زياد

(٢) الوسائل الباب ٨- من ابواب ميراث ولد الملائنة وما اشبهه الحديث ١-

(٣) الوسائل الباب ٤- من ابواب الحيوان الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ٦- من ابواب الاستيلاء

المشكل ففي إلحاقها إذا كانت مالكة بالرجل أو المرأة نظر، من الشك في الذكورية التي هي سبب عتق غير العمودين و الأولاد ، فيوجب الشك في عتقهم ، والتمسك بأصالة بقاء الملك ، ومن امكانها ؛ فيعتقدون لبنائه على التغليب، وكذا الاشكال لو كان مملوكا ، ولعل الافوى إلحاقها بالانثى في الاول ، والذكر في الثاني ، تمسكا بالاصل فيهما ، وتوقف في الدروس في الثاني منهما ، واستقر في الاول ما ذكرنا ثم لافرق في جميع ما ذكرنا بين الملك القهرى و الاختيارى ولا بين الكل والبعض ؛ فيقوم عليه باقية ان كان مختارا . والله أعلم .

﴿وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه﴾ بשרاء أو اتها ب أو نحوهما ﴿استقر الملك﴾ كما هو مقتضى العمومات ﴿و لم تستقر الزوجية﴾ المنافية للملك فلا تجتمع معه بل تبطل اجماعا بقسميه ، لظهور التفصيل في قطع الشركة بين الاسباب المسوغة للوطىء ، بل قيل إنه اجماع فضلا عن ظهور الكتاب و السنة ؛ ولعله لاختلاف اللوازم والتوابع لكل من الاسباب ، لكن قضية الاستصحاب بطلان اللاحق وبقاء السابق ، و هو كذلك فيما عدا لحقوق النكاح للتحليل فإن الظاهر بطلانه به ، لقوته عليه نحو ما نحن فيه من بطلان النكاح بالملك لمثل ذلك ؛ ولا يترجح بقاء الزوجية على ما يقتضى الملك من العمومات وغيرها .

قال أبو جعفر عليه السلام في صحيح محمد بن قيس (١) «فضى أمير المؤمنين عليه السلام في سرية رجل ولدت لسيدها ثم اعتزل عنها فأنكحها عبده ثم توفي سيدها وأعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه ، ثم توفي ولدها فورثت زوجها من ولدها فجاء مختلفين ، يقول الرجل لا أطلقها ، وتقول المرأة عبدى لا بجامعني ، فقالت المرأة: يا أمير المؤمنين إن سيدي شرانى ، فأولدني ولدا ثم اعتزلني ، فأنكحني من عبده هذا ، فلما حضرت سيدي الوفاة أعتقني عند موته ، وأما زوجي هذا فإنه صار مملوكا

لولدى الذى ولدته من سيدى ، وإن ولدى مات فورثته ، فهل يصلح له أن يطأنى ؟ فقال لها : هل جامعك منذ صار عبدك وأنت طائعة ؟ قالت : لا يا امير المؤمنين ، قال : لو كنت فعلت ارجمتك إذهبي ، فانه عبدك ليس له عليك سبيل ، إن شئت أن تبيعه وإن شئت أن تعتقيه».

وسمع عبدالله سنان (١) أبا عبدالله في الصحيح « يقول في رجل زوج أم - ولد له مملوكا ثم مات الرجل فورثه ابنه ، فصار له نصيب من زوج أمه ، ثم مات الولد أثرته أمه فقال : نعم ، قال : فاذ اورثته كيف تصنع وهو زوجها ؟ قال: تفارقه وليس له عليها سبيل وهو عبد » وقال أيضا في موثق إسحاق بن عمار (٢) « في امرأة لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته ؟ قال : ليس بينهما نكاح ».

و سألته أيضاً سعيد بن يسار (٣) « عن امرأة تكون تحت المملوك فتشتريه ، هل يبطل نكاحه ؟ قال : نعم لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء » وهذه النصوص و .. ان كانت خاصة في احدى الصورتين إلا أني لم أجد قائلا با لفصل بينهما .

مضافاً إلى ما عرفت وعلل مع ذلك ؛ بأن بقاء الزوجية يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصي ، وفيه أن علل الشرع معرفات ، و بأن اختلاف الاسباب يقتضي اختلاف المسببات ، وفيه بعد تسليم عدم الاختلاف هنا ، منع اعتبار ذلك فيها بعد كونها معرفات ، ولو فرض أن لكل منها لازماً يناقض الآخر ، فاقصاه التعارض بين اللوازم بعد الاتفاق على الحل ، فيرجع فيه إلى الترجيح إن كان ؛ وإلا فالتخير ، أو غير ذلك مما يقتضيه الضوابط .

هذا بعد فرض ذلك ، وإلا فالمقام لا تناقض بين أحكامه غالباً ، فإن عدم القسم للمملوكة مثلاً من حيث الملك ، لا من حيث الزوجية وهكذا ؛ فالأولى الاستدلال بما عرفت ، والظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين ملك الكل والبعض ،

إذا البضع لا يتبعض ، وقد عرفت انقطاع الشركة بالتفصيل ؛ كما أنك سمعت ما يستفاد منه حكم ملك البعض من النصوص ، بل قيل إنه اجماع.

و كذا لا فرق بين الدائم و المنقطع و التحليل ، لانحداد المدرك ، ولو ملك فزال الملك لفسخ بخيار ونحوه ، لم يعد النكاح ، و الحكم في المعاطات و زمن الخيار وقبل القبض يتبع الملك وعدمه ، ولا فسخ في الفصولي قبل الاجازة على القول بالنقل ، ولا يمنع عن الوطء ، وعلى الكشف ففي شرح الاستاد يمنع عنه إن كانت الزوجة هي المشتري و يتوقف العلم بحصول الفسخ من حين العقد عليها.

وفيه أن أصالة عدم حصول الاجازة تكفي في ذلك ، اللهم إلا أن يفرق بين الوطء وغيره ، والموقوف عليه خاصاً مالك دون العام ، فلا يفسخ به النكاح على الأقوى ، كما صرح به شيخنا في شرحه ، قال: وكذا الحال في المشتري من مال الزكاة ونحوها مما يملكه الفقراء أو مما يدخل في ملك المسلمين ؛ مع دخول الآخر في المالكين وهو جيد ؛ ولو أريد العقد على الجارية المفروض كونها من ذلك ابتداء تولاه الحاكم القائم مقام المسلمين ، فتأمل جيداً . والله اعلم.

﴿ولو أسلم﴾ العبد ﴿الكافر﴾ وهو ﴿في ملك مثله﴾ في الكفر ﴿أجبر﴾ المولى ﴿على بيعه من مسلم و لمولاه ثمنه﴾ كما تقدم سابقاً لعدم السبيل ، و قال الصادق عليه السلام في المرفوع إلى حماد بن عيسى (١) « أن أمير المؤمنين عليه السلام أتني بعبد لذي قد أسلم ، فقال : إذهبوا فبيعوه من المسلمين ، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ؛ ولا تقروه عنده » وهو ظاهر في بيع غيره له ، وإن لم يتعذر جبره على البيع ولا بأس به ولتحقيق البحث في ذلك كله وفروعه مقام آخر ، ومنها أن بحكم إسلامه إسلام أحد أبويه صغيراً أو أحد أجداده بناء على ثبوت حكم الإسلام له ، فينتفي سبيل الكافر عليه ، والله اعلم.

﴿و يحكم برق من أقر على نفسه بالعبودية إذا كان مكلفاً﴾ رشيداً ﴿غير مشهور بالحرية﴾ ولا معلوم الانتساب ولو شرعاً إلى ما يستلزمها ، بلا خلاف أجده ، لعموم

« إقرار العقلاء » (١) ولصحيح عبدالله بن سلام (٢) قال : « سمعت أبا عبدالله يقول : كان علي بن ابي طالب عليه السلام يقول : الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة » وفي خبر زكريا بن آدم (٣) « إني سألت الرضا عليه السلام عن سبى الديلم ؟ ويسرق بعضهم من بعض ، ويغير المسلمون عليهم بلا إمام ، أيحل شراؤهم ؟ قال : إذا أقر بالعبودية فلا بأس بشرائهم » إلى غير ذلك .

وخلاف ابن ادريس في اللقيط خاصة للنصوص السابقة ؛ و أصالة الحرية لا تعارض الإقرار الذي هو بمنزلة البيئة بالنسبة إلى ذلك ، بل قد يظهر من المصنف وغيره عدم اعتبار الرشد في ذلك ، وفيه البحث السابق ، ودعوى توقف صحة الإقرار على الحرية حتى لا يكون إقرارا في حق الغير واضحة الفساد بالنسبة إلى الإقرار على النفس . نعم إنما يمضي الإقرار في حق المقر ، فأقرار المرأة تحت الزوج لا يسمع في حقه ، وكذا إقرار من عقد عقداً لازماً أو عمل متبرعاً أو أباح شيئاً فتلغى إلى غير ذلك مما يمضي على تقدير الحرية ، إلا إذا كان الغير مصدقاً ولو استلزم رفع حد أو تخفيفه أو رفع وجوب نفقة أو نحوها فيما له ، لا فيما عليه إلا في خصوص الحد وشبهه ، للشبهة .

❦ و ❦ كيف كان ف❦ لا يلتفت إلى رجوعه ❦ عن الإقرار السابق الذي لم يذكر له تأويلاً محتملاً وإن أقام بينة على ما رجع إليه من دعوى الحرية ، لأنه كذبها باقراره السابق فلم يثبت حجيتها في هذا الحال ، أمالو ذكر تأويلاً محتملاً كان يقول كنت أرى أن رقية أحد الوالدين تقتضي برقية الولد ، أو لم أعلم بانعتاق أحد أبوي حال الانعتاق ، أو نحو ذلك ، أمكن قبول البينة ، كما صرح به جماعة في المقام وغيره ، لعموم دليل حجيتها ، و ارتفاع معارضة الإقرار لها بذكر الاحتمال المزبور الذي به

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الإقرار الحديث - ٢ -

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب العتق الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٢ - من أبواب بيع الحيوان الحديث - ٢ -

ترجح قبولها عليه، كما أنه أرجح منها إذا لم يذكر ، ومجرد الاحتمال إن لم يذكر غير مجد على الظاهر مع احتمال ، كاحتمال عدم قبول البيئة كما هو مقتضى إطلاق المصنف وغيره ، وإن ذكر الاحتمال المزبور ، لأنه مجرد دعوى لا يرتفع بها ظهور تكذيب البيئة المسقط لها عن القبول ، والمسألة محتاجة إلى التأمل التام ، وربما ياتي لها مزيد تحقيق انشاء الله تعالى .

ولو كان اقراره لمعين فأنكره وجب عليه ايصال نفسه إليه ، بادخاله في ماله سرا و بنحو الهدية وغير ذلك ، لان الإقرار حجة ، وافقه المقر له أولا ، على أصح القولين والوجهين ؛ عملا بعموم ما دل على صحة الشامل للصورتين ، ودعوى اعتبار الموافقة في مفهومه أو في حجتيه واضحة المنع ، ولو علم الحاكم بالحال ، ففي شرح الاستاد «أخذه قهراً مع تجويز صدقهما وأجرى عليه حكم مجهول المالك ، كما كان الإقرار بمبهم ، وامتنع عن التصريح » ولعله لما عرفت من حجية الإقرار ؛ فهو به حيث نصار مالا ، وقد امتنع عن المقر له شرعاً بانكاره ، فيبقى بلا مالك ظاهراً فيجرب عليه حكم مجهول المالك ، ومثله المال المقرب لشخص فأنكره ، وفيه مناقشة بعد علم المقر بالمالك وكان تكليفه الدس ونحوه ، اللهم إلا أن يدعى أن للحاكم إجراء الحكم ظاهراً وإن كان للمقر امضاء ما هو مكلف فيه ، وقد ذكر المصنف في باب الافرار في نحو ذلك أن للحاكم الانتزاع من يد المقر ، وله الإبقاء فلاحظ وتأمل .

ولورجع المقر له إلى التصديق قوى قبوله إن لم يسنده إلى مالك آخر ، لعدم المعارض ، وانكاره السابق غير صالح لمعارضة ما دل على قبول دعوى المسلم التي لا معارض لها ، مع احتمال عدم ، لان إنكاره يؤل إلى إقراره في حقه فلا يسمع ؛ وفرق واضح بين المقام ؛ وبين إنكار كون المال الذي في يده مثلاً لزيد ، ثم الإقرار به الذي لا إشكال في سماع الإقرار به حيث نقتأمل .

ولورجع المقر بعد إنكار المقر له إلى دعوى الحرية أمكن قبولها أيضاً ، كما صرح به بعضهم لعدم المعارض ، والافرار السابق إنما يفيد التزامه به بالنسبة إلى المقر له

و مثله لو أقر بالرقية لغير معين ثم ادعى الحرية ، مع احتمال طلب الحاكم اليمين منه ، بل قد يحتمل عدم قبوله مطلقا ، لأنه قد صار مالا ينبغي للحاكم إيصاله إلى صاحبه ولو بالصدقة ، لكن ضعفه واضح .

وكذا البحث في المال المقربه لشخص معين فانكره ؛ ثم ادعاه المقر أو أقر به لشخص ما ، ثم ادعاه ، ولعل وجه قبول دعواه فيه أن إقراره إنما هو رفع حكم يده الظاهرة في الملك عنه ، فيبقى هو حينئذ كغيره مما إذا ادعى حكم بكونه له ؛ لعدم المعارض ، لأن الإقرار أخرجه عن صلاحية الدخول ولو بالدعوى المستأنفة ، وإن كان هو كما ترى ، مع عدم احتمال تجديد الملك ؛ وقد اشبعنا الكلام في المسألة في كتاب الإقرار فلا حظ .

ولو رجع المقر له إلى التصديق بعد رجوع المقر إلى الدعوى الحرية أو إلى دعوى المملوكية لشخص آخر قد صدقه لم يؤثر رجوعه ، كما لم يؤثر رجوع المقر بعد رجوع المقر له إلى التصديق ، للإقرار المفروض استمراره إليه ، ولو اقترن رجوع كل منهما ، أمكن اعتبار رجوع المقر دون المقر له فتأمل جيدا ، ولو فرض تعدد الإقرار بالرقية لشخصين أمكن العمل بكل منهما لكن لأعلى وجه الفردية ؛ بل على معنى أنه إذا اتفق تحريره ممن هوله في الظاهر استرقه الآخر ؛ عملا بإقراره كما أوضحنا نظير ذلك في كتاب الإقرار فلا حظ وتأمل .

وكيف كان يقبل إقراره بالرقية ﴿ ولو كان المقر له كافرا ﴾ لأنه إخبار عن ملك لا تملك مبتداء ، فيخبر حينئذ على بيعه لو كان مسلما كما هو واضح ﴿ وكذا ﴾ في الحكم بالرقية ﴿ لو اشترى عبدا ﴾ مثلا صغيرا أو ساكتا حين الشراء و التعريض للبيع ﴿ فادعى الحرية ﴾ بعد ذلك لأصالة صحة فعل المسلم ﴿ لكن هذا يقبل دعواه مع البيئة ﴾ لعدم تكذيبه إياها بالسابق ، بل لا يقبل دعواه بدونها إذا كان معرضا في الأسواق مشهورا في الرقية أولا صغيرا أو كبيرا مجنونا أو عاقلا ساكتا أو مقرا حملا للتعريض الذي هو فعل مسلم على الصحة ، فلا تقبل دعوى الحرية منه ولو كان قبل

الشراء ، وعليه يحمل خبر حمزة بن حمران (١) «قلت لابی عبد الله عليه السلام : أدخل السوق فأريد أن اشتري الجارية فتقول : انى حرة ؟ فقال : اشتريها ، إلا أن يكون لها بينة» أو على الجارية المعلوم سبق مملوكيتها إلا انها تدعى حصول التحرير لها بعد ذلك .

وبالجملة متى كان للمسلم على آخر يد وتصرف ملك اخذ به حتى تقوم البينة على خلافه ، و اصاله الحرية لانعارض بدالمسلم وتصرفه ؛ لكن فى التذكرة « العبد الذى يوجد فى الاسواق يباع ويشترى يجوز شراؤه وإن ادعى الحرية لم يقبل منه ذلك الا بالبينة ، وكذا الجارية ، إلى أن قال ، أما لو وجد فى يده وادعى رقبته ولم يشاهد شراؤه له ولا بيعه إياه ، فإن صدقه حكم عليه بمقتضى اقراره ؛ وإن كذبه لم تقبل دعواه الرقية إلا بالبينة ، عملاً بأصاله الحرية ، وإن سكت من غير تصديق ولا تكذيب ، فالوجه أن حكمه حكم التكذيب إذ قد يكون لامر غير الرضا ، وإن كان صغيراً إشكال ؛ أقرب به الحرية فيه .

وهو كما ترى يقتضى عدم جواز شراء الاطفال من ذوى الابدى عليهم الذى من المعلوم ضرورة خلافه ، بل صرح غير واحد أنه لا تقبل دعوى الكبير الحرية مع شهرة الرقية إلا بالبينة ، وإن لم تجر عليه أحكام الرقية من قبل ولا حصل عليه يد ظاهرة فى الملك ، بل فى شرح الاستاد « سواء بلغت الشهرة حد الشباع و عدمه على أصح الوجهين » وإن كان لا يخلو الاخير من البحث . نعم قد يقال : إن مدعى رقية الصغير لا تسقط دعوى الصغير الحرية بعد البلوغ ، بل الظاهر كون القول قوله ؛ حتى يقيم المدعى البينة وإن كان قد أثبت يده وتصرف فيه بتلك الدعوى على معنى أنه قد علم استنادهما إلى الدعوى المزبورة ، إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك عن الاشكال أيضاً والله العالم .

وأما **الثانى** وهو النظر **فى أحكام الاتباع**

فقد تقدم فى المباحث السابقة جملة منها ، كالببحث فيما **إذا حدث فى الحيوان**

عيب بعد العقد وقبل القبض ﴿وقد قلنا هناك أنه إذا كان﴾ ذلك في المشتري بالخيار بين رده وإمساكه ، وفي الارش تردد ﴿عند المصنف تقدم وجهه ، و الترجيح فيه﴾ كذا تقدم البحث فيما ﴿لو قبضه ثم تلف أو أحدث فيه حدث في الثلاثة﴾ وقد قلنا هناك أنه إذا كان ذلك فهو ﴿من مال البائع مالم يحدث فيه المشتري حدثا و كذا تقدم البحث فيما﴾ لو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري ﴿وأنه﴾ لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد بأصل الخيار ، وهل يلزم البائع أرشه ؟ فيه تردد عند المصنف ، كالتردد فيما تقدم ﴿و﴾ لكن قال هنا : ﴿الظاهر لاو﴾ أما ﴿لو حدث العيب بعد الثلاثة ، منع الرد بالعيب السابق كما عرفت الكلام فيه مفصلاً فلاحظ وتأمل والله أعلم.

﴿و إذا باع الحامل﴾ من الإنسان أو الحيوان و لم يكن عرف بالتبعية ﴿فالولد للبائع﴾ وإن لم يشترطه ﴿على الأظهر﴾ الأشهر بل المشهور ، بل ربما ادعي عدم الخلاف فيه ؛ بل في السرائر الإجماع عليه. للأصل بعدم دخول الحمل في متعلق البيع ، إذ دعوى الجزئية الحقيقية التي هي بعض المبيع واضحة المنع ، سيما بعد ثبوت الأحكام الشرعية له مستقلاً ، كالتهريب و التدبير و الوصية و العتق و الارث وغيرها و خبر السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «في رجل أعتق أمة وهي حبلى ، فاستثنى مافي بطنها ، قال : الأمة حرة وما في بطنها حر ، لأن مافي بطنها منها» مع ضعف سنده وإعراض المشهور عنه في ذلك الباب أيضاً معارض بغيره كالموثق (٢) «سألت أبا الحسن الأول ع : عن امرأة دبرت جارية لها ، فولدت الجارية ، جارية نفيسة فلم تدبر المرأة حال المولودة هي مدبرة أم غير مدبرة ؛ فقال متى كان الحمل بالمدبرة ؟ أقبل ما دبرت ، أم بعدما دبرت ؟ فقلت : لست أدري ، ولكن أجبني فيهما جميعاً ، فقال : إن كانت المرأة دبرت وبها حبل ولم تذكر مافي بطنها ، فالجارية مدبرة و الولد رق ، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير ، فالولد مدبر في تدبير أمه» ورواه الصدوق مرسل (٣) وزاد «لأن الحمل إنما حدث بعد التدبير»

(١) الوسائل الباب ٩٠ من أبواب العتق الحديث ١

(٢) (٣) الوسائل الباب ٥ من أبواب التدبير الحديث ٢

ولو حدث الحمل عند المشتري كان له بلا خلاف أجده هنا ، لانه نماء ملكه ، بل لو شك فى زمان حدوثه كان له أيضاً ، وقال بعض مشايخنا : إلا أن يعلم تاريخ الحمل ويجهل تاريخ العقد ففيه إشكال ، قلت : منشأ أصالة تأخر المجهول عن المعلوم ، وفيها بحث ذكرناه فى محله ، وحينئذ يكون كمجهولي التاريخ الذى ينفى الاقتران فيه الأصل ، والظاهر كونه هنا للمشتري ؛ لكونه نماء ملكه فى الظاهر ، فلا يخرج عنه إلا بالعلم بسبقه على ملك المشتري فتأمل جيداً .

فانه قد يمنع الظهور المزبور ، بعد عدم الدليل عليه ، لامن أصل ولا قاعدة ، فيتجه حينئذ الرجوع إلى القرعة أو القسمة بينهما مع فرض دعوى كل منهما ، اللهم إلا أن يكون دليله ما تسمعه انشا الله تعالى فيما يأتى من الحكم بالملكية لما يوجد فى الصندوق مثلاً إذا لم يكن عليه بدغيره ، ولما يوجد فى داره ونحو ذلك ، وإن لم يكن صاحب الدار و الصندوق عالماً أنه له ، فانه يمكن أن يقال هنا بعد أن صار ذو النماء ملكاً له ؛ يملكه لما يوجد من النماء تبعاً لأصله ؛ ما لم يعلم سبقه ، ولو حدث بين العقد و الاجازة ، كان للناقل على النقل ، لعدم حصول الملك قبلها ؛ ونحوه غيره مما حصل قبل تمام شروط الملك ، أما على الكشف فهو للآخر ، كما هو واضح ، ولو حدث بعد العقد ، ثم فسخ المشتري ببعض أسباب الخيار كان له كغيره من النماء ، والمرجع فى تحقق الحمل العرف ؛ وفى شرح الاستاد « أنه يتحقق بالتكون علقه فما بعدها ، وفى انعقاد النطفة بحث » .

وكيف كان فهو للبائع مع الشرط ، أو الاطلاق ~~إلا أن يشترطه المشتري~~ فانه يكون له بلا خلاف ، للأصل و العمومات ، بل قد ظهر لك ضعف الخلاف فى الاولين ، وإن حكى عن المبسوط و القاضى فى المذهب و الجواهر ؛ فقالا إنه للمشتري مع الاطلاق للجزئية ، بل مقتضاه عدم جواز استثناء البائع له بناء على عدم جواز استثنائه ؛ كما تسمعه فى الجلد والرأس .

بل فى السرائر « عن المبسوط والجواهر التصريح بأنه لا يجوز له أن يشترط

الحمل ، لانه كعضو من اعضاء الحامل ؛ ثم قال : وبيناً أن هذا مذهب الشافعي ، لا اعتقاد شيخنا أبي جعفر ، لانه يذكر في كتابه المشار إليه مذهبنا و مذهب غيرنا ، فابن البراج ظن أنه اعتقاد شيخنا أبي جعفر و مذهبه ، فقلده و نقله وضمنه كتابه جواهر الفقه ، وإنما قلنا ذلك ، لان اجماع أصحابنا بغير خلاف بينهم منعقد على أنه بمجرد العقد يكون الحمل للبايع ، إلا أن يشترطه المبتاع ؛ و هذا مذهب شيخنا أبي جعفر في جميع تصنيفاته و كتبه ، عدا ما ذكرناه و اعتدنا له به من ذكره مذهب المخالف لنا « وهو إن كان جيداً موافقاً للمختار ، إلا أنه لا يخلو بعض ما ذكره من منع .

وعلى كل حال فالتحقيق ما عرفت من عدم دخوله في ملك المشتري حتى يشترطه فيثبت له معه حينئذ ؛ بل قيل على حسب شرطه وحدة ، وتعدداً ، ذكورة و ضدها ، كما أنه قيل أيضاً في جواز اشتراطه مع جهلهما أو جهل احدهما بوجوده ؛ أو في سنة منفصلة عن العقد أو حمل سوى الموجود - وجهان ، وفيهما معاً بحث وإن اقتضاهما عموم (١) « المؤمنون عند شروطهم » ولا تقدر جهالة المشتري بعد أن لم تكن راجعة إلى الثمن والمثمن ، وعدم الاكتراث فيهما عرفاً للتبعية ، بل الظاهر لها جواز الضم على جعل الحمل بعض المبيع ، كان يقول بعثك الدابة وحملها بكذا ، خلافاً للتذكرة فلم يجز لجهالة بعض المبيع ، وفيه منع فدها هنا مع إرادة الضم ، للسيرة المستمرة وغيرها ، بل في شرح الأستاذ أن القول بجواز بيعه معها بدون قصد الضم قوي .

نعم لو بيع الحمل منفرداً فلا بد من اعتبار الشرائط في البيع المستقل ؛ ومثله لو جعل له ثمن مستقل في ذلك العقد ، إذا لم يتيقن من السيرة بيع الحمل مع الحامل بثن واحد بقصد الانضمام أو بدونه ، لأمع قصد عدم الانضمام ؛ والفرق بين أخذه شرطاً و شطراً في عموم ظهور عدم ، فإن له الأبقاء مجاناً والرد على الاول ، ويضاف إليها على الثاني استرداد ما قابل الحمل من الثمن مع الأبقاء ، ولو انكشف موته حين العقد ، تبعضت الصفقة على الثاني ، وعلى الاول وجهان .

ولعل قول المصنف ﴿ولو اشتراها فسقط الولد﴾ بأفة سماوية مثلاً ﴿قبل القبض رجع المشتري بحصة الولد من الثمن﴾ يوافق التبجىض، لعدم ذكره الدخول فى غير صورة الشرط ﴿و﴾ كيف كان فى ﴿طريق ذلك أن تقوم الامة﴾ مثلاً ﴿حاملًا﴾ ومجهضاً ﴿لا حائلاً ويرجع بنسبة النفاوت من الثمن﴾ ولو جنى عليه أعبته أخذ منه أرش يوم الجنابة إن شاء مع اختيار البقاء ؛ ولو لوحظ نفس الحمل لصفة الحاملية اعتبرت قيمته لاتفاوت الصفتين فى وجه ؛ ولو اختلفا ففي شرح الاستاد قدم قول مدعى اعتبار الصفة دون عين الحمل ، قال : « وفى الشرطية وعدمها يقدم قول الثانى وفيها وفى الشرطية يقدم مدعى الشرطية ، ويحتمل التداعى ، وفى اتحاد الحمل وتعدد قدم قول مدعى الاتحاد فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿وبجوز ابتىاع بعض الحيوان﴾ الحى مأكول اللحم أو غيره ﴿مشاعاً﴾ إذا كان معيناً على وجه يعلم نسبته إلى الجملة ﴿كالنصف والربع﴾ ونحوهما بدلاً خلاف ولا إشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً إلى العمومات وغيرها أما المذبوح فقد جزم بعض مشايخنا بعدم جواز بيع البعض المشاع منه ، وأولى منه المسلوخ ، وهو مبنى على أنه بالذبح يكون موزوناً وفيه بحث ، و أما بيع جزء معين من الحى كيدته ورجله ، أو نصفه الذى فيه رأسه ، أو الآخر الذى فيه ذنبه ، أو نحوهما فغير جائز إجماعاً بقسميه على ما فى شرح الاستاد ، وظاهر المختلف وغيره أنه من المسلمات ، بل فى الاول « أنه فيما لا يؤكل لحمه أو إذا لم يكن المراد منه اللحم ، بل الركوب والحمل نحوهما من الواضحات التى لاتحتاج إلى شاهد .

وهو جيد ، إلا أنه قد يشكل الفرق بين الاول : أى ما أريد ذبحه للاكل ، وبين ما تسمعه من الخلاف فى استثناء الرؤوس والجلد ، بل الصحيح الغنوى (١) أو حسنه الذى ستعرف عمل الاصحاب به صريح فى بيع الرأس والجلد ، واحتمال اختصاصهما بالحكم المزبور بيعاً أو استثناء ؛ مناف لتصريح البعض بعدم الفرق بينهما وبين غيرهما فى حكم الاستثناء ، ولما تعرفه من الاتحاد فى المدرك ، والجهالة الناشئة من عدم تعيين موضع القطع كالتشاجر إذا اختلفا فى إرادة بقاء الحى - وان وذبحه ،

المرتب على كل منهما تعطيل مال شخص وضرر الآخر - مشترك بين الجميع.

فالعدة في الفرق حيثئذ ليس إلا الإجماع إن تم، وفي التحرير «إن في استثناء الشحم إشكالا» ثم جزم بالبطلان في التذكرة «في الحي والمذبوح» وأما بيع مقدار معين منه بالوزن، فلا ريب في بطلانه مع الجهالة للاختلاف؛ بل ظاهر شرح الاستاد أن الإجماع بقسميه عليه، ولعله كذلك، أللهم الآن يدعى انسحاب خلاف سلا في جواز استثناء ذلك إليه قال كما في المختلف: «وكل شرط شرطه البائع على المبتاع من رأس ذبيحة يبيعها وحدها أو بعضها بالوزن جائز» ولا ريب في ضعفه.

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو باع واستثنى﴾ البائع لما كول اللحم كما في التحرير وظاهر النهاية، أو ما تقع عليه التذكية كما في حواشي الشهيد، وعلى كل حال فظاهرهم أن محل الخلاف في ذلك، ولعل الأول أوفق بخبري الباب، وإن أمكن بالتنقيح التعدي إلى ما تقع عليه التذكية، فلو كان الاستثناء من غيرهما بطل، بل الظاهر أن محل النزاع في صحة الاستثناء من الحيوان المراد ذبحه، فليس له الاستثناء من الحيوان المراد بقاؤه، لما عرفت سابقاً؛ ولأنه لم يعهد ملكية الحيوان المزبور كذلك.

أما إذا كان ما كول اللحم وأريد ذبحه فباعه واستثنى ﴿الرأس والجلد﴾ أو - أحدهما ﴿صح﴾.

﴿و﴾ لكن ﴿يكون شريكاً﴾ مع المشتري في الحيوان ﴿بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني﴾ (١) عن الصادق عليه السلام: «قال: اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى أحدهما من الآخر بغير واستثنى البيع الرأس والجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه؟ فقال: للمشتري هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد» وما رواه الصدوق (٢) في المحكي العين بسنده إلى الرضا عن آبائه عن الحسين بن علي - عليهم السلام «أنه قال: اختصم إلى علي عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بغير واستثنى

الرأس و الجلد ، ثم بداله أن ينحره ، قال : هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد» بناء على أن المراد البداية له في أن لا ينحره ؛ بقرينة الخبر السابق وبهما أفنى في النهاية والارشاد ، ومحكي الخلاف والمبسوط والقاضي ، و تعجب منه الشهيد في حواشيه حيث أنه منع من بيع الحامل مستثنى حملها ، لانه كالجزة ؛ وجوز استثناء الرأس والجلد ، مع أنه جزء حقيقة.

وفيه أنه يمكن دعوى خصوصيتهما للنص الذي يصلح فارقابين المقامين، ومنه اتجه الحكم بالشركة المزبورة ، وإلا كان المتجه على تقدير الصحة اعتبار خصوص ما استثناه ، ولذا أنكر غير واحد على الشيخ بأن ما اختاره منافي لتبعية العقد للقصد في حق كلا المتعاقدين ، وقاعدة تسلط الناس على أموالهم (١) وأنه لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه (٢) وتوقف الاكل حلالا على التجارة بالتراض (٣) ودعوى أن المراد من الاستثناء المزبور الشركة المذكورة أوضح فساداً كل ذامع عدم الجابر للخبرين بل الشهرة بسيطة أو مركبة على خلافهما ، قلت : لكن لا يخفى أنه لا يسع الفقيه المنتقد طرح الخبرين المزبورين المعمول بهما في الجملة ، المؤيدين بما تسمعه من صحيح الشركة الاتي (٤) المخالفين للعامة .

نعم تحقيق الحال هو أن الحاصل من التأمل في أخبار المقام صحة الاستثناء بل البيع للرأس والجلد من الحيوان المشتري للذبح ، لانه حينئذ بمنزلة شرائهما منفصلين فان حصل الذبح كان للبايع ما استثناه ، وإن بدالهما أو للمشتري خاصة ببعه مثلاً وعدم الذبح فليس الا الشركة في الحيوان بمقدار قيمة الرأس والجلد ، ضرورة أنهما بالاستثناء المزبور على الفرض المذكور ملك للبايع ، فيبيع الحيوان جملة ببيع لمملوكين لما لكين بضمن واحد إلا أن زيادة القيمة الحاصلة للحيوان بالبقاء تلحقها

٣٢ (١) الجادج ٢ ص ٢٧٢ المطبع الحديث

(٢) الوسائل الباب ٣ - من ابواب مكان المصلى الحديث - ١ - ٣

(٣) سورة النساء الآية ٢٩

(٤) الوسائل الباب ٢٢ - من ابواب بيع الحيوان الحديث - ١

أيضاً لتوقف حياة الحيوان أوبقائه عليهما، فما حصل من الاجتماع ملك لهما، وهذا هو المراد بالشركة في الحيوان بمقدار قيمة الرأس والجلد وحيثئذ فلا مخالفة للقواعد في هذه الشركة، ولا يتجه الرد على مضمون النصوص، بأنه مخالف لقاعدة تبعية العقد للقصد إذ الم تكن الشركة مقصودة لكل من المتعاقدين، ضرورة أنك قد عرفت كون المراد بالشركة ما سمعت الذي لا يرد عليه نحو ذلك، ويؤيده أيضاً في الجملة ما قيل أيضاً من أن تعذر أخذ العين يوجب الشركة بحسب القيمة إذ « لا يسقط الميسور بالمعسور » (١) و « ما لا يدرك كله لا يترك كله » (٢) « وإذا أمرتكم » (٣) ولعله إلى ذلك كله أو بعضه أومى في الدروس بقوله : « ولو استثنى الرأس والجلد فالمروى الصحة، فإن ذبحه فذاك وإلا كان البايع شريكاً بنسبة القيمة »، إذ مرجه بعد التأمل إلى ما ذكرنا، كما أن قوله أيضاً « ولو شرط ذبحه فالأقرب جواز الشرط إذا كان مما يقصد بالذبح، فإن امتنع فالأقرب تخير البايع بين الفسخ وبين الشركة بالقيمة » منطبق عليه أيضاً إذ الفسخ لعدم الشرط، والشركة لما عرفت، فإن أراد من أفتى بمضمون النصوص ما ذكرناه، فذاك، وإلا كان في غاية الاشكال؛ ضرورة عدم ظهور النصوص في أن الاستثناء المزبور يوجب الشركة المذكورة في الحيوان على كل حال، سواء ذبح أولاً، بل لو سلم ظهورها في ذلك لم يكن ليحجبها على هذا الحكم المخالف للقواعد العظيمة أي مخالفة، بل لانظير له في الشريعة كما هـ - وواضح .

وأما القول بالصحة كما عن المرتضى والاسكافي والتقي والعللي، بل نسبة بعض إلى جميع من المتقدمين والمتأخرين؛ بل في الانتصار أنه مما انعقد عليه اجماع الامامية، فإن أريد بها على الوجه الذي ذكرنا فمرحّباً بالوافق، وإن أريد بها مطلقاً أي سواء كان القصد ذبح الحيوان أولاً، وسواء ذبح أولاً، فهو في غاية الاشكال، بل يمكن دعوى ضرورة الشرع على خلافه فيها هو أوسع دائرة من العقود المملكة كالصلح

(٢٠١) غوالي الثالي عن امير المؤمنين عليه السلام

والوصية ، فضلاً عن البيع ، والاستناد إلى الأصل - المستفاد من العموم في جنس العقود وأنواعها ، واندفاع الغرر بتميز الثنيا ومعرفة الحدود - كما ترى ؛ خصوصاً مع وضوح رجوع هذا الاستثناء إلى بيع الأجزاء المعينة من الحيوان الذي قد ادعى الإجماع على بطلانه ، بل يمكن تحصيله في الحيوان الذي لم يقصد به الذبح بل كان المقصود منه البقاء للركوب ونحوه .

وأما القول بالتفصيل بين المذبح وغيره كما في القواعد ، فيصح الاستثناء في الأول دون الثاني ، فهو متحد مع ما قلناه في الأول ، وما في شرح الأستاذ من إشكاله - بعدم ارتفاع الغرر بالذبح حتى بعد اتمام السلخ قبل الوزن مع اتصالهما وانفصالهما ، أو فصل أحدهما - يدفعه ما عرفت سابقاً من منع اعتبار الوزن في المذبح قبل السلخ ، بل يمكن منعه أيضاً في المسلوخ قبل التفريق كما جرت به السيرة في زماننا ، على أن المانع حينئذ على هذا التقدير الجهالة التي يمكن الاحتياط في رفعها ، لا كون المستثنى جزء معيناً كما هو واضح ، وأما منعه في غير المذبح فهو متجه في الذي لم يرد ذبحه .

وأما ما أريد ذبحه ، فهو على مقتضى الأصل والعمومات وخصوص الروايات ومحكي الإجماع وغيره ، ومن هنا جزم بالصحة فيهما ثاني الشهيدين ، بل والفاضل في المختلف ، لأنه ينبغي اعتبار ما سمعت فيما لو عدل من إرادة الذبح وأريد البيع مثلاً ، كما عرفت مفصلاً .

وأما ما حكاه في التنقيح - عن بعض فضلاء المتأخرين « من أنه إن كان المستثنى الجلد أو ما منه الجلد فهو باطل لجهالته ، لأن الجلد يتفاوت ثمنه بتفاوته في الثخن والرق ، لكن لا يبطل البيع لأن جهالة المستثنى في هذه الصورة لا يستلزم جهالة المبيع ، فيكون البايع شريكاً بنسبة قيمة المستثنى كما دلت عليه الرواية ؛ وإن كان المستثنى هو الرأس والقوائم فهو صحيح ، لأنه استثناء معلوم من معلوم ، والضرر في ذلك معارض باستثناء الجزء المشاع ، فانه جائز اتفاقاً ، مع أن الضرر المدعى حاصل فيه » - فهو

من غرائب الكلام ، وكالاتجاه في مقابل النص، بل اجتهد من غيوجه وجهه ، ومن الغريب حكمه بجهالة المستثنى لجهالة قيمته مع حكمه بالشركة بمقدارها وقياسه الجزء المشاع على المعين .

ومن هنا احتمل بعض مشايخنا عكس ما ذكره، فأبطل استثناء الرأس لجهالة حده فلا يؤل إلى علم بخلاف الجلد، والتحقيق خلافهما معا كغيرهما من الاحتمالات المذكورة في المقام، منها - الجمود على مدلول الروايتين، اقتصارا على المتيقن فيما خالف الأصل، ومنها - تخصيص المنع بالمذبوح لدخوله تحت الموزون الذي لا يدفع غرر جهالته وزنه مع الجلد والرأس ، ومنها الاقتصار في المنع على المسلوخ مع بقاء الرأس، ومع عدمه بشرط عدم الوزن، لدخوله تحت الموزون ، ومنها - قصر المنع على ما لا يؤكل لحمة ، إذ الجميع كما ترى، بل قيل أن مرجع الأخير منها على الظاهر إلى القول بالجواز المطلق، لأنه إنما يعقل في المأكول .

قلت قد عرفت في أول البحث أن النزاع فيما يقبل التذكية، بل يظهر من بعضهم ذلك في المأكول منه خاصة بل قد يقال أن محل النزاع في الذي يريد ذبحه للأكل منه وإن اطلق الاصحاب، وتحقيق الحال ما عرفت، والله أعلم .

بل يزيد ذلك تأكيداً ما ذكره المصنف وغيره من قوله ﴿ وكذا لو اشترك اثنان أو جماعة ﴾ حيواناً ﴿ وشرط أحدهما لنفسه الرأس والجلد، كان شريكاً بنسبة ماله ﴾ لصحيح الغنوي (١) عن الصادق عليه السلام « في رجل شهد بغيراً مريضاً وهوياع ، فاشتراه رجل بعشرة دراهم، وأشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس والجلد ، فقضى أن البعير برىء ، فبلغ ثمنه ثمانية دنانير قال : فقال : لصاحب الدرهمين خمس مابلغ ، فان قال : أريد الرأس والجلد، فليس له ذلك، هذا الضرر ، وقد أعطى حقه إذا أعطى الخمس » وقد أفتى بمضمونه من أبطل الاستثناء المزبور في المسألة السابقة كالفاضل وغيره .

وأشكله بذلك في جامع المقاصد وقال : « لاجواب له إلا بأحد أمرين ، إيمان يكون الحكم في مسألة الشريك مجمعا عليه ، فعمله بالاجماع في موضعه ، أو أن رواية هارون صحيحة . بخلاف رواية السكوني ، والذي يقتضيه النظر بالطلان مطلقا إن لم يلزم من ذلك مخالفة الاجماع » و في الرياض بعد ان ذكر الصحيح المذكور قال : « ويأتي فيه ما مر مع ظهوره كما سبق فيما يقصد ذبحه لا مطلقا ، فلا وجه للتعميم على تقدير العمل بهما بعد القول بالفصل بين مورده ، فالجواز وغيره فالمنع كما مضى ؛ إلا أنني لم أقف على مخالف هنا عدا شيخنا الشهيد الثاني ومن تبعه من بعض أصحابنا ، حيث جعلوا الحكم فيه وفيما سبق واحدا ، وهو كذلك إن لم يكن انعقد الاجماع على خلافه ، وربما احتمله في شرح القواعد المحقق الثاني ؛ ولعله وجه الفرق بينهما في العبارة وغيرهما من التردد في الاول والجزم بالحكم هنا وهو حسن إن تم ، وإلا فمجرد صحة السند على تقديرها غير كاف في الخروج عن مقتضى القواعد المتقدمة مع امكان تأويلها إلي ما يلائمها . »

قلت : لا يخفى عدم الفرق في الحكم بين مورد الصحيح وغيره ، بل مورد الاول بيع الرأس والمجلد فضلا عن استثنائهما ؛ ولكن المراد من الجميع ما ذكرناه سابقا من الحيوان المقصود بالذبح للاكل كما اعترف به هنا الفاضل المزبور فيصح استثنائهما ، وما تضمنه الصحيح المزبور من بيعهما على الوجه المذكور ؛ و أنه ينتقل إلى الشركة إذا بدالهما أو للمشتري منهما بقاؤه ، لا إذا ذبح كما يقتضيه اطلاق الجماعة الذي يمكن تنزيله عليه ، ووجه الشركة ما عرفت الذي منه يظهر أن المراد الشركة على حسب قيمة الرأس والمجلد ، ولا ينافيه ملاحظة الثمن في الصحيح المزبور فانه يمكن رجوعها إليه كما هو واضح .

فقد ظهر أن الصحيح المزبور المفتى به من الجماعة حتى احتمل أنه اجماع ؛ بل لعله الظاهر مؤيد لما ذكرناه سابقاً ، كما أنه ظهر أن عبارات الاصحاب ليست منطبقة على المراد من الصحيح المذكور الذي هو المستند لها على الظاهر ، و تحقيق الحال

ما عرفت؛ والمراد بالمال في المتن و غيره قيمة الرأس والجلد كما هو صريح التحرير والارشاد و غيرهما لا الثمن كائنا ما كان على أن يكون المراد لغو الشرط والرجوع الى الشركة بمقدار الثمن، ضرورة عدم استفادة ذلك من الصحيح وعدم انطباقه على ما تقدم من اقتضاء فساد الشرط فساد العقد المشتراط فيه .

وما في الدروس هنا « من أنه لو اشتركوا في الحيوان بالاجزاء المعينة لغى الشرط، وكان بينهم على نسبة الثمن » غير ما فرضه الاصحاب من المسألة التي مستندها الصحيح المزبور، ويمكن أن يكون مراده من الشرط التواطى في غير العقد على وجه لا يلتزم به شرعاً مع كون الشراء على جهة الشركة بسبب مزج الثمن ونحوه، ولعله اليه يرجع ما في حواشيه على قوله في القواعد ولو اشتركوا في الشراء واشترط أحدهما الرأس والجلد لم يصح، وكان له مقدار ماله « قال : « أي تصح الشركة و يبطل الشرط، وإن كان في بيع بطل، لتوقف العقد على الشرط الفاسد » هذا .

ولكن في النهاية التي هي متون أخبار قال : « وإذا اشتركا نفسان في شراء إبل أو بقراً أو غنم ، ووزنا المال، وقال أحدهما أن لي الرأس والجلد بمالي من الثمن كان ذلك باطلاً، ويقسم ما اشترياه على أصل المال بالسوية » وظاهره أن المراد بالصحيح ذلك، وفيه - مضافاً إلى ما عرفت وإلى أنه خلاف فهم الاصحاب - أن الصحيح خال عن ذكر الاشتراط، وإنما هو ظاهر في شراء الرأس والجلد من البائع، وشراء الآخر ماعدهما، أو أن المشتري باع الرأس والجلد من الآخر الذي اراد شركته ؛ اللهم إلا أن يدعى أن المراد منه أنهما اشتركا في الدراهم المجعلولة ثمناً للبعير على أن يكون الرأس والجلد لواحد منهما عوض حصته في الثمن، لكنه كما ترى.

والحاصل أن عبارات جملة من الاصحاب غير منطبقة على ما في الصحيح ، اذا اشترط المذكور فيها إما أن يكون على البائع ، ومرجه حينئذ إلى شراء أحدهما مستثنى منه نصفهما و شراء الآخر ، النصف الآخر مع تمامهما ؛ و يكون حينئذ شبه شراء الكل مع استثنائهما، وإما أن يكون الشراء لاحدهما ثم باع النصف الآخر

مستثيان منه الرأس و الجلد ، فيكون من قبيل استثناء الكل منهما فى بيع الكل ، أو بالعكس بأن يشترطهما للمشتري ، فيكون من بيع الاعضاء ، لانه باعه النصف المشتمل على تمام الرأس و الجلد .

وعلى كل حال هو خلاف ظاهر الصحيح ، على أن مقتضى ما ذكره الفاضل وغيره من بطلان الشرط بطلان العقد، بل لو بني على القول بعدم التلازم بينهما لا وجه للشركة المزبورة، ودعوى - أنه لما امتنع تنزيله على الصحة مع البقاء على ظاهره نزل على الاشاعة ، ويكون الصحيح مستندا لذلك - واضحة الفساد، لاقتضاء مخالفة الاصول الشرعية والقواعد المرعية بالغاء ظاهر العقد، وعدم تبعيته للقصد، وحصول الضرر التام غالباً إما على البايع أو المشتري .

بل لا يبعد أن يكون العمل بالرواية على هذا الوجه تهجماً على الشرع ، وخروجاً عن مذاق الفقه، فلامحيص عن تنزيلها على ما ذكرنا، بل هو الظاهر منها عند التأمل، والمناقشة فيها - باحتمال إرادة الاشتراك بنسبة الدرهمين ثم طلب منه الرأس و الجلد ، أو إنما اشترك لاجل الرأس و الجلد ، معللاً لامشترطاً كما عساه يؤمى إليه قوله ، « وقد أعطاه حقه » إلى آخره أو أنه سبق الوعد باعطائه ومطالبته من جهته، لامن جهة الاستحقاق و نحو ذلك - كما ترى ، وكل ذلك ناش عن عدم الوصول إلى ما ذكرنا ببركة الله ومحمد وأهل بيته عليهم السلام نعم الانصاف أن الاصحاب لم يحسنوا التادية بمضمون الخبر وأحسن ما وقفت عليه من كلماتهم في أصل المسألة ما سمعته من الدروس والله أعلم .

﴿ ولو قال شخص لآخر ﴾ اشتر حيواناً ﴿ مثلاً ﴾ بشر كتى صح و ثبت البيع لهما، وعلى كل واحد منهما نصف الثمن ﴿ بلا خلاف ولا إشكال لانه توكيل في شراء النصف المنساق من لفظ الشركة ؛ إلا إذا أراد الأقل أو الاكثر، فانه يتبع حيثئذ مع التصريح؛ ولو تنازعا في القدر ففي الدروس أنه إن كان فى الارادة حلف الأمر وإن كان فى نية الوكيل حلف الوكيل إن نقص عما يدعيه الموكل، وإن زعم الموكل

أنه اشترى له الثلث فقال : النصف ، إحتمل ذلك ، لانه أعرف ، وتقديم الموكل ، لان الوكيل يدعي زيادة ، والاصل عدمها ، وفيه مع كون الواقع من الامر العبارة المزبورة ما لا يخفى ، بل فيه منافاة لقاعدة تصديق الوكيل ، كما هو واضح .

﴿ ولو أذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه ﴾ ما عليه من الثمن ﴿ صح ﴾ قطعاً ﴿ ولوتلف ﴾ الحيوان الذي اشترى على وجه المزبور ﴿ كان بينهما ﴾ لماعرفت من كونه مشتركاً بينهما ﴿ و ﴾ كان ﴿ له الرجوع على الأمر بما نقد عنه ﴾ باذنه الظاهر في إرادة الدفع عنه ، والرجوع به عليه ، فهو كالوكيل عنه في القرض ، و احتمال أن الامر بالدفع عنه أعم من ذلك واضح الفساد ؛ إنما البحث في الدفع عنه بمجرد الامر بالشراء على الشركة ، والاقوى عدم الرجوع إذا لم يكن قرينة تقتضي الدفع عنه ، كالشراء من مكان بعيد ، لا يدفع المبيع حتى يدفع الثمن ، وظاهر ابن إدريس أن قضية الامر الاذن في النقد، وإلا لم تتحقق الشركة ، وفيه منع ظاهر، وإن أطال فيه في المختلف.

نعم قد يشهد له موثق إسحاق (١) « قلت لابي إبراهيم عليه السلام الرجل يدل الرجل على السلعة ، فيقول : اشتراها ولي نصفها ، فيشتريها الرجل ، وينقد من ماله ، قال : له نصف الربح ، قلت : فإن وضع يلحقه من الوضعية شيء ؟ قال : نعم عليه من الوضعية كما أخذ من الربح » لكن مع أنه لم يذكر فيه الرجوع عليه بما نقد ؛ يمكن وجود قرائن حالية تدل على الاذن بالنقد عنه فتأمل جيداً .

﴿ ولو قال له : اشتر حيواناً مثلاً بالشركة ﴾ الربح لنا ﴿ جمعياً ولا خسران عليك ﴾ لو خسر ف ﴿ فيه تردد ﴾ ينشأ من عموم « المؤمنون » (٢) وتجارة عن تراض « (٣) وصحيح رفاة (٤) » سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر في جارية

(١) الوسائل-الباب-١- من ابواب احكام الشركة الحديث-٤

(٢) أولو سائل الباب-٢٠- من ابواب المهور الحديث-٤

(٣) سورة النساء الآية ٢٩

(٤) الوسائل الباب-١٤- من ابواب بيع الحيوان الحديث-١

له ، وقال : إن ربحتنا فيها فلك نصف الربح وإن كانت وضیعة فليس عليك شيء ؟ فقال : لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية « وخبر أبی الربیع (١) » عن الصادق عليه السلام في رجل شارك رجلاً آخر في جارية له فقال له : إن ربحت فلك نصفه ، وإن وضعت فليس عليك شيء فقال : لا بأس بذلك إذا كانت الجارية للقائل .

و إلى ذلك أشار المصنف بقوله ﴿ والمروى الجواز ﴾ وظاهره الميل إليه ؛ بل إليه ذهب جماعة كالشيخ والفاضل في المختلف والشهيد في الدروس ، ومن أنه مخالف لمادل على تبعية الربح والخسران لرأس المال ، فيكون مخالفاً للسنة التي بمخالفتها يكون مخالفاً للكتاب أيضاً ، وبه جزم الحلبي في السرائر ، قال بعد أن حكى ذلك عن الشيخ « أنه غير واضح ولا مستقيم ، لأنه مخالف لأصول المذهب ؛ لان الخسران على رؤس الأحوال بغير خلاف ، فإذا اشترطه أحد هما على الآخر كان مخالفاً للكتاب و السنة ؟ ورده في الدروس بأنه لا نسلم لزوم تبعية المال لمطلق الشركة ، بل للشركة المطلقة ، ومن هنا قال : إن الأقرب تعدي الحكم إلى غير الجارية من المبيعات ، ضرورة عدم كون المستند خصوص الخبرين ، بل هما مؤكدان لمقتضى العموم .

و فيه - مضافاً إلى ما في التنقيح من الإجماع على عدم إطراد الحكم في غيره هذه الصورة - منع شمول العمومات لمثل ذلك ، الذي لم يعلم شرعيته في نفسه ، كي يكون الشرط ملزماً له ، وأما الخبران فغير صريحين في المطلوب ، مع أن موردهما الجارية ، وكون المشارك هو المالك ، واحتمال الصحيح منهما طيب النفس بعد ظهور الخسران من باب الإحسان ، ولذا قال في التنقيح : « إننا نقول بموجب الأول منهما » إذ معناه أنه إذا شرط عدم الخسران عليه جازله أن يفي بقوله ، وهو صحيح ، إذ « الناس مسلطون على أموالهم » ، فإذا ترك ماله فلا حرج عليه ، وأما لزوم الشرط

فلادلالة للرواية عليه، ولذلك أردف نفى البأس بقوله «إذ أطاب نفس صاحب الجارية» ولعل قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في ذيل الخبر الآخر «إذا كانت الجارية للقائل» مشعر بنحو ذلك .
و يقوى في النفس أن ذلك كانت مقولة بين المالك وغيره ؛ ليساعده على البيع ، أونحو ذلك ، لأنها شركة حقيقة ، و بالجملة هما غير صالحين لإثبات الحكم المزبور ؛ مع فرض مخالفته ، و عدم اقتضاء العمومات صحته ، كما هو الأقوى ، وفاقاً لجماعة منهم الفاضل في القواعد وغيره في بطلان العقد الذي وقع عليه هذا الشرط في ضمنه ، كما لو باع أحدهما صاحبه بهذا الشرط البحث السابق .

وتسمع إنشاء الله في كتاب الصلح البحث فيما لو صالح أحد الشريكين الآخر على أن يكون له رأس ماله ، والباقي لشريكه ، زاد أو نقص ، وفي كتاب الشركة البحث في شرط التفاوت في الربح في عقد الشركة مع تساوى المالكين ، والتساوي فيه مع تفاوت المالكين ، مع زيادة العمل من أحدهما وبدونه ؛ فلاحظ ، فإن له دخلاً في المقام ، ومنه يعلم التنافي بين ما في الدروس في المقامين .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ يجوز النظر ﴾ من دون إذن المولى ﴿ إلى وجهه المملوكة و محاسنها ﴾ التي هي محال الزينة منها كالكفين والرجلين و نحوهما ﴿ إذا أراد شراءها ﴾ لنفسه أو لغيره بلا خلاف أجده فيه ، بل في المسالك في باب النكاح أن جواز النظر إلى الوجه والكفين والمحاسن والشعر موضع وفاق ؛ وإن لم يكن بإذن المولى صريحاً ، لأن عرضها للبيع قرينة الإذن في ذلك ، ولأن أبابصير (١) « سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الامة ليشتريها ؟ فقال : لا بأس أن ينظر إلى محاسنها ويمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي له النظر إليه » وقال له أيضاً حبيب بن المعلى الخثعمي (٢) « إنني اعترضت جوارى المدينة فأمدت ؛ فقال : أما لمن يريد الشراء فليس به بأس ، وأما من لا يريد أن يشتري فاني أكرهه » وقال هو أيضاً لعمران

(١) و (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب بيع الحيوان الحديث -

بن حارث الجعفرى (١) «لا أحب للرجل أن يقلب جارية إلاجارية يريد شراءها». وفي المروى عن قرب الاسناد (٢) «مسنداً إلى جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه كان إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر إليها» بل قد يستفاد من هذه النصوص ما في تذكرة الفاضل من جواز النظر إلى مادون العورة، ومال إليه في الحقائق وإن استبعده كثير ممن تاخر عنه، وتردد فيه في الدروس، بل وفي العورة ثم استقرب مراعات التحليل من المولى، بل قد يستفاد من خبر حبيب جوازه مع التلذذ، بل قد يدعى لزومه للإباحة غالباً إذا كانت المنظورة من الجوار الحسن.

لكن صرح في السرائر وغيرها بالحرمة حينئذ، ومقتضى إطلاق النص والفتوى عدم الفرق في جواز النظر بين المزوجة وغيرها، وفي إلحاق نظر المرأة إلى المملوك إذا أرادت شراءه بالرجل المريد شراء الأمة وجه قوي، خصوصاً مع ملاحظة ما ورد في باب النكاح في التعليل جواز النظر لشعر المرأة التي يريد تزويجها (٣) «بأنه إنما يريد أن يشتريها بأعلى الثمن» وفي آخر (٤) «تعليل النظر إلى المحاسن بأنه مستام» الظاهر في أن الوجه في النظر رفع الغرر والضرر الناشئ من عدم الرؤية هذا.

والأحوط الإقتصار في جواز النظر على إرادة الشراء لا أن المراد النظر أولاً، ثم الشراء هذا وقد سمعت اشتغال بعض النصوص السابقة على جواز اللمس، واستحسنه في نكاح المسالك مع توقف الغرض عليه، ولا ريب أن تركه أحوط؛ ثم إن الحكم مختص بالمشتري، فلا يجوز للأمة النظر إليه زيادة على ما يجوز للجنبى، وفي نكاح المسالك بخلاف الزوجة، والفرق أن في الشراء لا اختيار لها؛ بخلاف الزويج.

٢٠١- الوسائل الباب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان الحديث ٣-٢

٣ و ٢ الوسائل الباب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث ١ و ٧ و ٨ و ١٢

﴿ ويستحب لمن اشترى مملوكاً أن يغير اسمه ﴾ عند الشراء قال : زرارة (١) « كنت جالساً عند أبي عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل ومعه ابن له فقال : أبو عبد الله عليه السلام ما تجارة ابنك ؟ فقال التمنخس فقال : له أبو عبد الله عليه السلام لا تشتريه ولا عيباً فإذا اشتريت رأساً فلا تزين ثمنه في كفة الميزان ؛ فممن رأس يرى ثمنه في كفة الميزان فأفلح ، فإذا اشتريت رأساً فغير اسمه وأطعمه شيئاً حلوا إذا ملكته ؛ وتصدق عنه بأربعة دراهم .

﴿ و ﴾ منه يعلم استحباب ﴿ أن يطعمه شيئاً من الحلاوة وأن يتصدق عنه بشيء ﴾ و ان لم يكن المقدار المعلوم ، لظهور عدم ارادة الاشتراط فيه ، وفي الدروس أن الأقرب استحباب تغيير الاسم في الملك الحادث ، قال : « وروي كراهة التسمية بمبارك وميمون وشبهه » وفي شرح الاستاد استحباب الثلاثة في كل تملك ؛ واختيار الاسماء الشريفة كعبد الله و عبد النبي و عبد علي ، وبما يسمى به عبيدهم كقنبر و بلال و فضة ونحوها ، وأما التسمية بأسماء الانبياء والائمة فالاولى تركه ، لخوف إهانة الاسم باستخدامه ، والامر سهل .

﴿ ويكره وطىء من ولدت من الزنا ﴾ من الابوين ، وأحدهما في وجه ﴿ بالملك والعقد ﴾ ولو تحليلًا ﴿ على الاظهر ﴾ للفضاضة وفوات النجاة ولخوف العار وللنصوص كحسنة الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام « قال : سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زناً هل عليه جناح أن يطأها قال : لا وإن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي » وهي وغيرها الحجة على ابن ادريس المحرم ذلك بناء منه على كفر ولد الزنا ؛ وتحريم الكافرة ، وفي المتقدمين منع ؛ وفي الدروس أن العقد أشد كراهية من الملك ، وفي شرح الاستاد إنه تشتد الكراهة بطلب النسل ، لترتب معظم الفساد عليه ، قلت : ولعله لذا قال : في القواعد إنه إن فعل فلا يطلب الولد منها ، أي إن وطىء غير مبال بالكراهة فلا يطلب النسل منها بأن يترك الإماء أو يعزل أو يطأ في غير القبل أو اليأس

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١-

(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ٣

أو الصغيرة أو نحو ذلك .»

و في الدروس أيضاً « و يكره الحج و التزويج من ثمن الزانية » و عن أبي خديجة لا يطلب ولد من امرأة أمهرت مالا حراما أو اشترت به إلى سبعة آباء ، و الامر في ذلك كله سهل ﴿ و ﴾ قد ظهر لك من خبر زرارة السابق كراهة ﴿ أن يرى المملوك ثمنه في ﴾ كفة ﴿ الميزان ﴾ و في خبر قيس (١) « عن الصادق عليه السلام من نظر إلى ثمنه وهو يوزن لم يفلح » و ربما قيل بهما مطلقا و لولم يكن في الميزان حملا للنص على المتعارف من وضع الثمن في كفة الميزان عند الشراء ، و في الرياض أنه حسن لو قام دليل على الكراهة مطلقا وهو غير واضح ؛ قلت : قد يقال يكفي فيها خروج القيد عن ارادة التقييد نعم في تعدية الحكم إلى مطلق العوض و الى اللبس اشكال سيما الاخير و الامر سهل والله العالم .

((الثالث : في لزوم هذا الباب))

((وهي مسائل))

﴿ الاولى ﴾ الامة و ﴿ العبد ﴾ قنأ أو مدبراً أو أم ولد إلى غير ذلك من أحواله التي لا تخرجه عن الرقبة عدا المكاتب الذي ستمسح الكلام فيه في محله ، و ظاهرهم هناك الملك كما ستعرف انشا الله ﴿ لا يملك ﴾ عبنا و لا منفعة مستقرا و لا متزلزلا من غير فرق بين ما ملكه المولى ، و فاضل الضريبة و أرش الجنابة و بين غيرها عند اكثر علمائنا كما في التذكرة بل في السرائر عندنا مشعرا بالاجماع عليه ، كالمحكى عن الانتصار و كفارات المبسوط ، بل في زكاة الخلاف و نهج الحق الاجماع عليه بل الاول منهما صريح في نفى الملك لمالكة مولاه ؛ بل في شرح الاستاد أنه المشهور غاية الاشتهار

بين المتقدمين والمتأخرين المدعى عليه الاجماع، معبراً عنه بلفظه الصريح من جماعة وبما يفيد بظاهرة عباراته مختلفة من نقلة متعددين، كمذهب الامامية ومذهب اصحابنا وعندنا .

وفي الرياض أنه الاشهر بين اصحابنا كما حكاه جماعة منا، وهو الظاهر من تتبع كلماتهم جداً حيث لم أقف على مخالف لهم في ذلك الانداراً للاصل في كثير من الموارد مؤيداً بأنه مملوك، فلا يكون مالكا، لان مالكيته لغيره فرع مالكيته لنفسه وبأن ما يكتسبه العبد من فوائد ملك المولى، فيكون تابعاً له بل قيل أنه لا يعقل ملك المملوك على وجه يختص به دون مولاه، لان نفسه وبدنه وصفاته التي من جملتها سلطانه مملوكة فسلطان السلطان غالب عليه؛ وإليه يرجع ما عن المختلف من أنه لو ملك لما جاز للمولى أخذه منه قهراً، والتالي باطل اجماعاً ولما رواه محمد بن اسماعيل في الصحيح (١) عن الرضا عليه السلام « سألت عن رجل يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم أو متاع أيجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كانت أم ولده ».

وفي شرح الاستاد « أنه يجوز للسيد أن يأخذ ما في يد العبد قهراً بالاجماع محصلاً ومنقولاً » بل ظاهره في مقام آخر أن المراد بالأخذ ما يشمل التملك، فضلاً عن التصرف، وبغير ذلك ولقوله تعالى (٢) « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ومن رزقناه منارزقاً حسناً فهو ينفق منه سرّاً وجهراً هل يستوون » فإن وصف العبد بعدم القدرة بمنزلة الحكم عليه بذلك، لان الصفة كاشفة بقرينة السياق والمقام، وإن كان الأصل فيها التخصيص؛ بل قيل أن قصد التقييد لا يبقى للمملوكية خصوصية؛ على أن الانقضاء الذاتي أدخل في ضرب المثل، وأوفق بإرادة البرهان على عدم القدرة .

هذا كله مضافاً إلى صحيح زرارة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام المستفاد منه المراد

(١) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب الاستبلااد الحديث ٢ -

(٢) سورة النحل الآية ٧٥

(٣) (٣) الوسائل الباب ٤٥ - من ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث ١ -

من الآية « قال : المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بأذن سيده ، قلت فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد » ضرب الله مثلا عبدا مملوكا « إلى آخره أفشيء الطلاق » و موثق شعيب (١) سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن طلاق العبد ؟ فقال : ليس له طلاق ولا نكاح أما تسمع قوله عبدا مملوكا « الحديث إلى آخره .

وحينئذ فالحكم على العبد بعدم القدرة على شيء يقتضي نفى القدرة له على الملك الحاصل بواسطة الأسباب الاختيارية ، لأن الشيء نكرة في سياق النفي فيكون للعموم ، ولدلالة الأخبار على إرادته منه ، فيتناول ما ذكرناه ، ومتى ثبت امتناع الملك الاختيارى للعبد ثبت امتناع الملك القهري له أيضا للاجماع كما في مصابيح العلامة الطباطبائي على نفى التفصيل بهذا الوجه ، ولقوله تعالى (٢) « ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم ، فأنتم فيه سواء » فإن الاستفهام فيه إنكار يقتضي امتناع الشركة بين الأحرار والمماليك بوجه ، ولو صح ملك العبد لأمكن ذلك قطعاً ، والمراد من الموصول في قوله فيما رزقناكم جنس الأموال التي رزق عباده لخصوص الأعيان التي رزقها الأحرار ، اذ دلالة في ذلك حينئذ على رفعة شأن المولى ووضعة المماليك ونقصهم لأن التساوى بهذا الوجه منفي في حق الأحرار أيضاً .

وعلى كل حال ففي الآيتين إشارة إلى تقرير الامتناع العقلي في تملك المماليك وللنصوص التي تسمعهما في المسألة الثانية الدالة على أن العبد إذا بيع كان مافي يده قبل البيع لسيده ؛ إلا أن يدخل في المبيع أو يشترطه المشتري ، ولو كان العبد مالكا لاستمر ملكه له بعد البيع ، ولم يكن شيء من ذلك للبائع ولا للمشتري لانقضاء الناقل

(١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب نكاح العبد و الاماء الحديث - ٢ -

عنه، ولا كان للسيد بيع المال معه، لعدم ملكيته له وهو ظاهر.

ومن ذلك يعلم وجه دلالة النصوص المتضمنة أن العبد إذا اعتق كان ما في يده قبل العتق لمولاه، إلا إذا أقره في يده، فهي دليل آخر على المطلوب أيضاً، ولأن العبد إذا مات وترك ما لا كان في يده، فإنه لملكه بالاجماع والنصوص المستفيضة، ولو صح ملك العبد لزم أن يكون المال ميراثاً للمولى، لانه مال انتقل اليه بموت مالكة؛ ولا نعني بالميراث إلا ذلك والتالي باطل للاجماع كما في المصابيح على أن الحر لا يرث عبداً وفي الصحيح المروي (١) عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام بطرق متعددة «أنه لا يوارث الحر والعبد» فالمقدم اعني ملكية العبد مثله، ولا يلزم ذلك على القول بانتفاء الملك، لأن ما في يد العبد ملك للمولى قبل موته فلا يكون منتقلاً إليه بعده حتى يكون ميراثاً.

وللصحيح (٢) عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام «أنه قال: في المملوك مادام عبداً فإنه وماله لاهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية إلا أن يشاء سيده» بل عن المصابيح أنه صريح في المطلوب، وقوله «الا أن يشاء سيده» إنما يدل على جواز تصرف العبد بأذن مولاه، ولا دلالة فيه على الملك بوجه والمراد من الوصية أن يوصي بماله لغيره، فإنه جائز مع إذن المولى؛ لأن يوصى له، حتى يدل على الملك، مع أن في دلالة عليه نظر فتأمل.

ولصحيح محمد بن مسلم (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أيفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء فليس للعبد شيء من الأمر» فإن قوله

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب موانع الإلحاق الحديث ١ إلى ٥

(٢) الوسائل الباب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٦٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٨

فليس للعبد شيء من الأمر بعمومه يشمل التصرف والملك ؛ فيدل على عدم الملك
ولصحيح عبد الله بن سنان (١) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : مملوك في يده مال أعليه زكاة ؟
قال : لا قلت : ولا على سيده قال : لا لانه لم يصل إليه ، وليس هو للمملوك » .

إذ حكمه بنفى الملك عن العبد لما في يده يدل على استحالة ملكه ، وإلا يمكن أن
يكون له قطعا ، فلا يصح الحكم بأنه ليس له مطلقا ، ولا يتم التعليل بانتفاء الملك في
عدم الزكاة ، وللتصوص الواردة في الوصية وغيرها على اختلاف في الدلالة في
الظهور ، كالصحيح (٢) « في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية
فقال : أهل الميراث لا تجوز وصيتها أنه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى أنه يرث
بحساب ما اعتق منه ؛ ويجوز له الوصية بحساب ما اعتق منه ، وقضى في مكاتب أوصى
له بوصية وقد قضى نصف ما عليه ، فأجاز نصف الوصية » الحديث الدال على المطلوب
من وجوه .

أقواها تعليل الورثة عدم الاجازة بأنه عبد مملوك لم يعتق ، ضرورة ظهوره في
اشتهار عدم ملكه للوصية بالعبودية في تلك الأزمنة ؛ وكالاتخبار المتواترة (٣) المجموع
عليها الدالة على نفي الميراث بالرقية ، بل جعل بعضهم ذلك دليلا مستقلا ، فقال :
إنه لو ملك لدخل المال في ملكه ، بالاسباب الموجبة للدخول من غير اختيار ،
كال ميراث وشبهه ، والتالي باطل إجماعاً فكذا المقدم ، وإن كان قد يناقش في الملازمة
بعدم الدليل عليها ، فيحتمل المنع تعبداً ، كالقاتل المعلوم صلاحيته للملك إجماعاً ،
و كالتصوص (٤) الواردة في وصية المولى لمملوكه بثلث ماله ، وأنه يعتق بحسابه ،
ومن هنا قيل : إن تتبع المقامات المتفرقة في الفقه ، المسلمة بين الجميع ، كعدم وجوب

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب من تجب عليه الزكاة الحديث ٤

(٢) الوسائل الباب ٨٠ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب موانع الإرث

(٤) الوسائل الباب ٨٢ من أبواب أحكام الوصايا

الزكاة بل إستحبابها؛ مع ثبوتها في مال الطفل والخمس والحج والكفارات ونفقة القريب ، ومن في يده من العبيد، ومنه من التصرفات وإن لم يكن مولاه قابلا للولاية، وعدم ابقاء ما في يده مع بيعه واعتاقه، وعدم ضمانه لمتلفاته إلا بعد عتقه ، وعدم استحقاقه للارث إلا بعد عتقه ؛ وانتقال ماله بموته للمولى ، وعدم جواز الوصية له ، والوقف عليه، وعدم حرمة التصرف بضروبه حتى التملك على مولاه، مع حرمة التصرف بأموال الناس، وتملك المولى ما كان من فوائد البدن كالحمل واللبن وعوض البضع ونحوه مما لا ريب في أولوية الخارج منه ، وصرف الوصية له من المالك إلى عتقه ، كصرف الوصية لام الولد إلى عتقها من الثلث ثم اعطاء الوصية وغير ذلك - مما يورث الفقيه القطع بعدم قابليته للملك ، فلا تقدر المناقشة في كل واحد منها .

مضافا إلى أن القول بملكه يستلزم جواز تملك كل من العبدین صاحبه في بعض الصور ؛ أللهم إلا أن يمنع الملازمة؛ فإن القابلية للملك أعم من اقتضاها ذلك كيف كان، إذ الحر يملك ولا يملك أبويه، وقد يناقش بأن الحر يملك إلا انهما يعتقان عليه قهرا ، فالملك حاصل زمانا قبل العتق ، أو متقدم عليه ذاتا كتقدم العلة على المعلول فتأمل جيدا والله أعلم .

هذا كله في القول بعدم الملك ﴿ وقيل يملك فاضل الضريبة ﴾ خاصة التي يضربها عليه مولاه ، الا اني لم أعرف القائل به بالخصوص . وان نسب الى الشيخ في النهاية والقاضي الا ان الذي عثرت عليه في الاول مع عدم اختصاصه بفاضل الضريبة ، صريح في ارادة ملك التصرف كما حكاه عنه في الدروس لالرقبة ، قال « المملوك لا يملك شيئا من الاموال مادام رقا ، فان ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع ما يريده ، وكذلك اذا فرض عليه ضريبة يؤديها اليه ، وما يفضل بعد ذلك يكون له جاز ذلك ، فاذا أدى الى مولاه ضريبة كان له التصرف فيما بقي من المال، وكذلك إذا أصيب العبد في نفسه بما يستحق به الارش كان له ذلك ، وحل له التصرف فيه ، وليس له رقة المال على وجه من الوجوه .

ونحوه عن القاضي ولذا نسب اليهما في المحكي عن المذهب نعم قيل إن القول بذلك محكي عن الصدوق والاسكافي حيث قال : يملك العين لكن لا مستقراً ؛ وفيه أنه أيضاً غير خاص بفاضل الضريبة .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ هو المروي ﴾ صحيحاً قال عمر بن يزيد (١) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له ، وقد كان مولاه يأخذ ضريبة ضربها عليه في كل سنة ورضي بذلك المولى ، فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يأخذ مولاه من الضريبة قال : فقال : إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه ، فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : أليس قد فرض الله تعالى على العباد فرائض ، فإذا أدوها إليه لم يسألهم عما سواها ، قلت : للملوك أن يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها إلى سيده ؟ قال : نعم وأجر ذلك له ، قلت : فإن اعتق مملوكاً مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولأه العتق ؟ قال : فقال : يذهب فيتولى إلى من أحب ، فإذا ضمن جريته وعقله كان مولاه ووارثه ، قلت : أليس قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الولاء لمن اعتق ؟ قال : فقال : هذا سائبة لا يكون ولاؤه لعبد مثله ، قلت فإن ضمن العبد الذي اعتقه جريته وحدثه أيلزمه ذلك ويكون مولاه ويرثه ؟ قال : فقال : لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حرأ »

مضافاً إلى ما في كشف الاستاد من أن عقد الكتابة يقتضى عدم استحقاق المولى سوى ما فرضه لنفسه ، فالولم يكن الفاضل للعبد ، بقي بلامالك ؛ ونوقش في الأول بأنه - مع قصوره عن معارضة غيره مما عرفت من وجوه ولو كان بالاطلاق أو العموم ومناقاته لمادل على الحجر عن التصرف على تقدير الملك - قابل للحمل على إرادة اباحة التصرف له باذن المالك لا لاجل الملك ، لعدم اختصاص اللام به لغة ، والحكم فيها بصحة العتق والتصدق عن العبد يمكن أن يكون كذلك أيضاً ، لان توقفهما على الملك ليس بمعنى عدم صحتهما من غير المالك مطلقاً ، بل مع عدم الاذن منه في التصرف

والأذن هنا متحقق بالفرض ، وأما اختصاص الأجر به فلأن العبد هو المباشر للعتق والسبب التام فيه ، لأن المالك لم يقصد شيئاً منها بعينه ، بل لم يطلب من العبد التصرف بما فيه الأجر فضلاً عن خصوص العتق والتصدق ، ولذا أجاز أنواع التصرفات بأسرها ، وإن لم يكن فيها أجر ، وفي الثاني بأنه لا منافاة بين كونه مالاً للمولى وكونه محجوراً عليه . يملكه بعد تمام عتقه أو بعد وفاء بعضه فتأمل جيداً . فإنك تسمع انشاء الله في كتاب المكاتب المفروغية من ملك العبد فلاحظ وتأمل .

﴿ ويملك أرش الجناية ﴾ خاصة أومع فاضل الضريبة خاصة ﴿ على قول آخر ﴾ لم أعرف القائل بكل منهما ، كالقول بأنه يملك ما ملكه مولاه خاصة ، أومع أرش الجناية خاصة أومع فاضل الضريبة فقط ، أو الثلاثة وإن حكى جميع ذلك شيخنا في شرحه ، بل وغيرها ، فإنه قال بعد أن اختار عدم الملك ، واستدل عليه : « فلا وجه للقول بأنه يملك مطلقاً ، ونسب إلى الأكر في رواية ، وإلى ظاهر الأكر في أخرى ، أو يملك فاضل الضريبة فقط ، أو أرش الجناية كذلك ونسب إلى الشيخ وأتباعه ، أو ما ملكه مولاه وربما عدمه فاضل الضريبة ، وما أذن له في ملكه أو المركب منها على اختلاف أقسامه ، أو يملك ملكاً غير تام أو التصرف خاصة » ويمكن أن يكون المراد من ذلك الأعم من القول والاحتمال .

وعلى كل حال فلم أجد ما يشهد للقول بملك أرش الجناية سوى ما قيل من أن المولى إنما يملك خدمته والانتفاع به ، وأما النفس فنفسه ، وأما البدن فبدنه ، وأرشهما له ، ولم تتعلق التكاليف بهما ، وفيه ما لا يخفى .

وسوى موثق اسحاق بن عمار (١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم ؛ أو أقل أو أكثر فيقول : حللني من ضربي إياك ، ومن كل ما كان مني إليك ، ومما أخفنتك وأرهبتك ، ويحلله ويجعله في حل رغبة فيما أعطاه ، ثم إن

(١) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب بيع الحيوان الحديث - ٣ - مع

اختلاف يسير

المولى بعد أن أصاب الدراهم التي أعطاه في موضع وضعها فيه العبد فأخذها السيد المولى أحلال هي له؟ قال : فقال : لا تحل له ، لأنه افتدى بها نفسه من العبد ، مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة ، قال : فقلت له : فعلى العبد أن يزكّيها إذا حال عليها الحول ؟ قال : لا إلا أن يعمل له فيها ؛ ولا يعطي من الزكاة شيئاً »

وفيه - مع أنه ليس من أرض الجنانية ، أللهم الآن يدعى أولوته مما الذي هو ليس عوض جنانية ، مع أنه من المولى ، فالجنانية من الغير حيثئذ أولى ، ويناقش بمنع الأولوية ، ومنع القول بما في مضمونه ، حتى تكون الأولوية معتبرة .

- أنه قاصر عن معارضة غيره سنداً بل وممتناً ، خصوصاً مع اشتماله على ما حكى الإجماع على خلافه ، من منع المولى انتزاع ما في يد العبد ، وثبوت الزكاة على العبد وخصوصاً مع ظهور ذيله في موافقة العامة هذا . وتسمع انشاء الله في كتاب القصاص والديات المفروغة من ملك السيد أرض جنانية العبد الذي هو مملوك له ، والأرض جبر تفاوت ماضى من ملكه .

وعلى كل حال فقد ظهر لك ضعف القول بملك ذلك خاصة ، وقوة القول بعدم ملكه ، ولكن مع ذلك مال المصنف إلى القول بالملك مطلقاً ، فقال : ﴿ ولو قيل يملك مطلقاً لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن له المولى ﴾ للآية (١) والإجماع بقسميه كالإجماع الذي سمعته سابقاً على أن للمولى إنتزاع ما في يد العبد قهراً عليه ﴿ كان حسناً ﴾ بل ظاهر الشهيد في الحواشي اختياره ، وقد سمعت أن الاستاد حكى نسبته إلى الأكثر في رواية ، وإلى ظاهر الأكثر في أخرى ، لكن الذي عثرت عليه من ذلك ما في الدروس والمسالك ؛ ففي الأول « اختلف في كون العبد يملك ، فظاهر الأكثر ذلك » وفي النهاية « يملك ما ملكه مولاه » إلى آخره وفي المسالك « القول بالملك في الجملة للأكثر » وهما معاليس في الملك مطلقاً .

وكيف كان فيدل على ذلك - مضافاً إلى أنه يحصل به الجمع بين ما يقتضى

الملك ، وبين ما يقتضي عدمه ، بحمل الثاني على الحجر وجواز الانتزاع ، فكان ملكه غير ملك ، لانتهاء هذين اللازمين اللذين هما كالركن في الملكية - إطلاق مادل على حصول الملك بتحقيق أسبابه ، فإنه يشمل الحرو المملوك ودعوى الانصراف إلى الاول - ولو بسبب معلومية حجر العبد ، وعدم جواز تصرفه ، - ممنوعة خصوصاً في فحواحيات للمباحات ، إذ دعوى عدم ملكه لها - وإن وقع منه الحيابة كدعوى ملك المولى لها ، بمجرد حيابة العبد لها بغير إذنه - لا تخلو من نظراً اللهم إلا أن يدعى أن مثل ذلك نماء الملك فيتبعه فيه ، لان نماء كل شيء بحسب حاله ، فتأمل جيداً .

وما يستفاد من تضاعيف الأدلة من قابلية العبد للملك في الجملة ، منها ماسبق ، ومنها ما تسمعه ، فلان حينئذ لان يعمل السبب مقتضاه ، وليس في الأدلة ما يصلح للتقييد والتخصيص ، كما أنه ليس فيها ما هو صريح في نفي قابلية الملك ، إذ المنساق من الآية الاولى (١) إرادة الحجر في التصرفات ، خصوصاً بعد قوله « ومن رزقناه » إلى آخره ، لا أن المراد عدم قابلية الملك أصلاً حتى مع إذن المولى .

والنصوص المتضمنة لتفسير الآية - مع أنه يجب تقييدها بما إذا كان متزوجاً أمة المولى بما تعرفه في باب النكاح من أن المشهور كما قيل كون طلاق غيرها بيده - كالصريحة في إرادة عدم القدرة بدون الإذن خصوصاً مثل صحيح العقر فوقى (٢) عن ابي عبد الله عليه السلام « قال : سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد ؟ قال : ليس له طلاق ولا نكاح ، أما تسمع الله يقول (عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) ، قال : لا يقدر على نكاح ولا طلاق إلا بأذن مولاه » .

هذا كله بعد الإغضاء عن دعوى كون الوصف كاشفاً غير مخصص ، ومن الآية الثانية (٣) إرادة عدم الاشتراك من حيث العبودية ، لا ما يحصل بالاسباب الاخر التي منها

(١) سورة النحل الآية - ٧٥

(٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من ابواب نكاح العبد و الاماء الحديث - ٢ -

(٣) سورة الروم الآية - ٢٨ -

تمليك السيد ، خصوصاً بعد المروي في دعائم الإسلام (١) عن علي وأبي جعفر وأبي عبد الله عليهم السلام « أنهم قالوا العبد لا يملك شيئاً إلا ما ملكه مولاه ، ولا يجوز له أن يعتق ولا يتصدق مما في يده إلا أن يكون المولى أباح له ذلك أو أقطعه ما لمن ماله أباح له فعله أو جعل عليه ضريبة يؤديها إليه وأباح له ما أصاب بعد ذلك ، هذا معنى ما رويناه عنهم عليهم السلام وإن اختلف لفظهم فيه ، بل هو من أدلة المسألة كالمروي فيها أيضاً عنه (٢) عن جعفر بن محمد عليه السلام « أنه سئل عن رجل باع عبداً فوجد المشتري مع العبد ما لاقال : المال رد على البائع إلا أن يكون قد اشترطه المشتري ؛ لأنه باع نفسه : ولم يبيع ماله » الحديث .

وصحيح زرارة (٣) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبداً وللعبد مال ؛ لمن المال ؟ فقال : إن كان يعلم أن له ما لاتبه ماله ، وإلا فهو له » وصحيحه الآخر (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام « إذا كاتب الرجل مملوكه أو أعتقه وهو يعلم أن له مالا ولم يكن السيد استثنى المال حين أعتقه ؛ فهو للعبد » ونحوهما صحيح عبد الرحمن (٥)

والنصوص جميعها يمكن الجواب عنها بالتزام ما في بعضها ، وإن كان مخالفاً لقواعد الملك كما قلناه في الحجر ، وجواز الانتزاع وتخير الأمة بعد العتق بالبقاء على التزويج وعدمه ، وغير ذلك مما قيل به للدلالة ، وبحمل الآخر على إرادة الحجر وجواز الانتزاع ، فملكه في الحقيقة ليس ملكاً ، أما قابليته للملك كقابليته لسائر التصرفات إذ هو إنسان عاقل ، وربما فاق الكثير من الأحرار ، فلا يقاس على البهائم فلا دلالة فيها على نفيه .

نعم سلطان المولى عليه ؛ وعلى ما في يده كسلطان الله على العباد وما في أيديهم

(١) المستدرك ج ٢ ص ٢٨٥

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٢٨٥

٣- الوسائل الباب ٢٢ من أبواب العتق الحديث ٢-

(٥٢٤) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب العتق الحديث ١-٦

على وجه لا ينافي الملك الذي أناطه الله تعالى بأسبابه لا جراً بعض الأحكام عليه، ولعل في الآية الثانية (١) إشعاراً بذلك، ضرورة كون المراد نفي شركة العبد مع المولى كنفي شركة العباد مع الله تعالى شأنه .

ويؤيد ذلك كله إضافة المال إلى العبد في النصوص الكثيرة المتفرقة في الأبواب الذي لا يسع الفقيه حصرها، على وجه يقطع بعدم إرادة الأدنى ملازمة منها الذي هو ضرب من المجاز فيها، ولا يناسبه هذه الكثرة المجردة عن القرينة، وما تقدم في باب الربا من نفيه بين السيد والعبد؛ كالولد والوالد الظاهر في ثبوت الملك له أيضاً .

وقوله تعالى (٢) « وأنكحوا الأيامى منكم » الآية بناء على أن الضمير في قوله يكونوا راجع إلى المذكورين سابقاً ومن جملة هم العبيد والاماء، فيدل الجزاء على توقع الغناء وإمكانه في حقهم؛ وهويدل على الملك إذ لا غناء بمال مملوك، ودعوى أن المراد من الغناء رغبة العيش وسعته ولو بالاباحة، فلا ينافي ثبوته للعبيد، فإن حالهم في ذلك تابع لحال الموالى غالباً واضحة المنع .

نعم قد يقال أن المراد من الضمير غير العبيد، إذ لو أريد الأعم لم يكن عدمه في حق الممالك مانعاً لهم من التزويج، لثبوت المهر والنفقة على المولى إذا كان النكاح بائناً، ولا وجوده مرغبا، لتحقق الحجر المانع من التصرف وإن حصل الملك، وهو خلاف ما يقتضيه سياق الآية، والصحيح عن أبي جريّر (٣) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوك له : أنت حر ولي مالك، قال : لا يبدء بالحرية قبل المال، يقول لي : مالك وأنت حر برضاء المملوك » .

والمناقشة في سنده - باشتراك أبي جريّر، وبالاضطراب، لأن ثاني الشهيدين

(١) سورة الروم الآية - ٢٨

(٢) سورة النور الآية ٣٢

(٣) الوسائل الباب ٢٤ - من أبواب العتق الحديث - ٥

رواها فى موضعين عن جرير أحدهما عن أبي الحسن عليه السلام ، والاخر عن الصادق عليه السلام . مع أن عن بعضهم نفى روايته عن الاول بلا واسطة ، وفي روايته عن الثاني كذلك الكلام المشهور ؛ وعن النجاشي عن يونس أنه لم يسمع من الصادق عليه السلام الا حديثين - لا تقدر بعد الانجبار والاعتضاد بما عرفت ، كالمنافسة في متنه - بأن الإضافة على التوسع ، واعتبار رضا المملوك على النذب ، كما يشهد له وقوع الامر باعتباره في حيز النهي عن تقديم العتق على ذكر المال ، المعلوم أنه ليس على التحريم ، - إذ هي كما ترى تكلف بلا داع ولا شاهد .

والصحيح عن الفضيل بن يسار (١) قال : « قال : لي عبد مسلم عارف أعتقه رجل فدخل به على أبي عبد الله عليه السلام فقال له : من هذا السندي فقال : رجل عارف وأعتقه فلان فقال أبو عبد الله عليه السلام : ليت إنى كنت أعتقته ، فقال السندي لابي عبد الله عليه السلام : إني قلت لمولاي : بعني بسبع مائة درهم ، وأنا أعطيك ثلاثمائة درهم ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : إن كان يوم اشترطت لك مال فعليك أن تعطيه ، وإن لم يكن لك يومئذ مال فليس عليك شيء » .

و المناقشة في سنده - بأن الراوى فيها العبد الذى لم يظهر من الرواية إلا كونه مسلماً عارفاً ، ولا يكفي ذلك في التوثيق ، وفي المتن بأن الإضافة بأدنى ملابس ، وإيجاب الدفع عليه بكون المال ملكاً للبائع ، وإنما جوزه له بتعيينه المقدار تصرفه فيما عداه فيبقى المنع فيه ثابتاً ، فلا يكون دالاً على الملك - كما ترى خصوصاً الثانية ، وموثق اسحاق بن عمار (٢) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام ، « أن علياً عليه السلام أعتق عبداً له فقال إن ملكك لي ولك وقد تركته لك » .

و المناقشة فيه - بأنه ؛ غير دال على ملك العبد بوجه ، لان الخلاف في ملك العبد للمال ، ومقتضى الرواية ملك الرقبة مجازاً بناء على أن له في نفسه حقاً وليس ذلك

(١) الوسائل الباب ٥١ من ابواب العتق الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٢٤ - من ابواب العتق الحديث - ٧ -

من محل النزاع في شيء ، وحمل الملك هنا على ملك المال مع مخالفته اظاهر اللفظ لوجه له ، لانتهاء الشركة فيه على القولين ، فإن ما يكتسبه العبد لنفسه إما أن يكون له بأسره ، أو ينتفى عنه بأسره ؛ فالنفصيل خلاف الاجماع ، وحمل الشركة على المجاز يقتضي سقوط الاستدلال - يدفعها انسياق ارادة الاخير منها على أن للمولى انتزاع ما في يد العبد وتملكه فهو له حينئذ من هذه الجهة ، وللعبد باعتبار ملكيته لنفس المال على الوجه المزبور بل لا ريب في صلاحية ذلك وجها للجمع بين ما يقتضي ملك السيد وما يقتضي ملك العبد متما نفيه عنه بارادة الحجر عليه فيه ، بل هو اولى من الجمع بحمل الاول على الحقيقة ؛ والثاني على إباحة التصرف باذن المولى ، وأن الاضافة لادنى ملاسبة ، ونحو ذلك مما لا يخفى على المتأمل عدم قابلية مجموع الادلة ، فظهر من ذلك كله قوة ما استحسسه المصنف ، وما يقال - من منع المكافاة لمادل على نفي الملك لكثرتة ، ووضوح سند أكثره ؛ واعتضاده بالشهرة ، كما عن التذكرة ووافقة ظاهر اليتين المتقدمتين ، ومطابقة الاصول والقواعد ، ومناسبة الاحكام الكثيرة المتفرقة في مسائل الفقه وأبواب الحديث ، كما سبقت إليه الإشارة ، فيجب تأويل مادل على الملك ، أو حمله على النقية ، لموافقة لمذهب كثير من العامة ، فقد نقلوا القول بالملك عن مالك والشافعي في القديم وأهل الظاهر وأحمد بن حنبل .

- قد عرفت اندفاع كثير منه وربما كان حمل مادل على نفي الملك على النقية أولى ، لانه مذهب أبي حنيفة المعلوم شدة النقية منه ، والثوري واسحاق وأحمد في إحدى الروايتين ، والشافعي في الجديد ، وأيضا قد يقال ، إن المراد من النصوص الدالة على أن ماله لمولاه إذا بيع أو أعتق أو مات هو بقاء سلطنة البائع عليه التي ثبتت على المال حال العبودية ، ولادليل على زوالها بزوال الملك ، بل ظاهر قوله إني باع إنما باع نفسه ولم يبيع ماله « خلافة ، ودعوى الاجماع على الانتقال إلى ملك المولى ممنوعة أشد المنع ، ولو سلمت ثبت المطلوب ، ضرورة إقتضاء الانتقال كون المال ملكا للعبد حتى يتجه انتقاله .

نعم المسلم منه ومن النصوص بقاء السلطنة التي كانت للمولى قبل البيع والعق والموت، فلا يبعد التزام كون الرقية باقية على حكم مال العبد؛ وإن كان سلطان التصرف للمولى ولا يعارضه سلطان المولى الثاني أو حرية العبد نفسه، بعد تعلق حق المولى الأول على وجه لا شركة معه، وبذلك ينكشف الإشكال عن الحكم في النصوص المزبورة، كما أنه يظهر منه عدم كون ذلك من الإرث في حال الموت؛ بل هو شيء ثابت للسيد حال الحياة هذا .

ومن مجموع ما ذكرنا يظهر لك وجوه المركبات ، ولعل القول السادس الذي هو ملك غير تام يرجع إلى ما قلناه كما يؤمى إليه ما ذكر مستنداً له ، من أنه مقتضى الجمع بين ما دل على سلطان المولى على منعه من التصرف، بل عدم جواز تصرفه إلا بإذنه، وبين ما دل على ملك العبد، بالحمل على الملك الغير التام؛ وأما السابع فقد قيل : إن مستنده قيام الإجماع وشهادة الأخبار بأن المولى إذا أذن لعبده في التصرف جاز للعبد ذلك ، وهو ملك التصرف، ففيه أن الفرق بين ملك التصرف وإباحته غير واضح ، والقياس على النكاح والتحليل يدفعه أن للبضع حكماً آخر ؛ ولذلك لا يدخله صلح ولا معاوضة بوجه من الوجوه والله أعلم .

و على كل حال فلو كان في يد العبد المسلم عبد مسلم ، و مولاه كافر فني شرح الأستاذ بيع على جميع الأقوال، ولو انعكس بأن كان المولى مسلماً والعبد كافراً ، وكان في يده عبد يبيع على القول بملكية العبد، أو تملكه المولى بناء على أن له الانتزاع الشامل للملك، دون القول بعدم ملكيته، ولو وطىء العبد جاريته من دون إذنه، حد على القول بعدم ملكه حد الزاني، وعزر على القول بالملك ؛ ولا يجوز للمولى وطىء من تحت يد مملوكه من دون إذنه على القول بملكه إلا أن يقصد الملك .

وفي شرح الأستاذ لا يبعد جعل التصرف مملوكاً، وفيه بحث، ولا يصح له نكاحها إلا على القول بملكية العبد، ولو وهب كل من السيدين عبده لعبده الآخر دفعة بطل على القول بالملك ؛ إذ لا يكون السيد ملكاً لعبده؛ وكذا مع جهل التاريخ ، ومع

العلم به يملك السابق اللاحق دون العكس ، ولو علم تاريخ أحدهما ففي الحكم بتأخير المجهول عنه إشكال ذكرناه غير مرة ، إلى غير ذلك من الأحكام المتفرعة على القولين من الاستطاعة ووجوب وفاء الدين ، وإلا نفاق ونحو ذلك كما هو واضح وليس منه على الظاهر .

المسألة ﴿ الثانية ﴾ التي هي ﴿ من اشترى عبداً له مال كان ماله لمولاه ، إلا أن يشترطه المشتري ﴾ أو تكون قرينة على التبعية لثبوت الحكم المزبور على القولين ، أما على القول بأن الملك للسيد فواضح ؛ ضرورة عدم اندراج المال في اسم العبد ؛ بل إضافته إليه إنما هي لادنى ملازمة ؛ وأما على القول بأن الملك للعبد ، فلا ننقله عنه بالبيع إجماعاً محكياً في شرح الاستاد بل فيه الاستدلال عليه به ، وبظاهر الاخبار على تقدير الملك ، لكن ستمسح في المسألة الثالثة عبارة عن المبسوط تنافي ذلك ، للحكم فيها بالبقاء على ملك العبد .

وعلى كل حال فهما إن تم أولهما الحجة في ذلك ، كما أن الاخبار الحجة على انتقاله إلى البائع دون المشتري ، قال محمد بن مسلم (١) « سألت أحدهما عنه عن رجل باع مملوكاً فوجد له مال ، فقال : المال للبائع ، إنما باع نفسه ؛ إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من متاع فهو له ، وفي خبر يحيى وأبي العلاء (٢) « عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام أن علياً عليه السلام قال : من باع عبداً وكان للعبد مال فالمال للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، أمر رسول الله ﷺ بذلك » إلى غير ذلك من النصوص ، ولا استبعاد في ذلك ، لجواز اشتراط ملكه ببقائه في يد مولاه ، ويكون خروجه بمنزلة موته الناقل لماله إليه ، أي على حسب انتقال مال الوصية إلى الموصى له ؛ لا انتقال ارث ، لما عرفت من عدم التوارث بين العبد والحر ، وتغير الحكم بالانتقال غير عزيز ،

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٧ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٤ - لكن عن يحيى

بن أبي العلام اختلاف يسير

كما في رجوع أمر نكاح العبد إلى مشتريه وإلى زوجته إذا اعتقت .

ومن ذلك يظهر لك مافي المسالك من إشكال الحكم بكونه للبايع على تقدير الملكية ، بأن ملك مالك لا ينتقل عنه إلا برضاه ، والحال أن العبد لا مدخل له في هذا النقل ، ثم انه بعد أن اعترف بأن هذه المسألة ذكرها من ملكه ومن أحاله ؛ قال : « ولا يندفع الإشكال إلا إذا قلنا بأن المراد بملكية العبد تسلطه على الانتفاع بما قيل تملكه له ، لا ملك الرقبة كما نقله في الدروس عن بعض القائلين بالملك ، فيكون الملك على هذا الوجه غير مناف لملك البايع ، لرقبته على وجه يتوجه به نقله إلى المشتري أو بقاؤه على ملكه ، وفيه ما عرفت مضافاً إلى ما تقدم سابقاً من عدم وضوح الفرق بين ملك التصرف وإباحته فتأمل جيداً .

على أنه لا يتم على ظاهر المصنف فإنه مال إلى ملك العبد مطلقاً مع حكمه بذلك ، وهو صريح في إرادة ملك الرقبة كما اعترف هو به بعد ذلك ، وقال أللهم إلا أن يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم ، فيرد حينئذ بأنه دال على عدم ملك العبد لثلا يناقض الحكم المتفق عليه من عدم ملكية شخص مال غيره إلا برضاه ، وهو كما ترى لا يخلو من تناقض ، وما ذكره من الاتفاق بحيث يشمل ملك العبد المخالف لحوال الملك بالحجر ويجوز ألا تنزاع وبغيرهما واضح المنع ، فتأمل .

وكذا يظهر ما في المصباح من الاستدلال بهذه النصوص على عدم الملكية ، قال : « لانه لو كان مافي يد العبد له ، لاستمر ملكه له عليه بعد البيع ، ولم يكن شيء من ذلك للمشتري ، ولا البايع ، لانتهاء الناقل عنه ، ولا كان للسيد بيع المال معه ، لعدم ملكيته له ، وهو ظاهر ، بل تعجب من الأصحاب حيث استدلوا بهذه على ملكية العبد ، استناداً إلى إضافة المال إليه فيها ؛ والظاهر منها الملك وهو ضعيف جداً لان الإضافة يكفي فيها أدنى ملابسة وظهورها في الملك مع تسليمه مدفوع بقيام القرينة الصارفة » .

قلت : قد عرفت عدم صرفها وأنه لا مانع عن القول بملكه ثم الانتقال عنه بالبيع للبايع كالموت ، على أنه لو سلم كون مثل ذلك قرينة صارفة أمكن حمل هذه النصوص

على أن المراد من مال العبد فيها ما كان للمولى ، وأضيف إليه ككسوته وفراشه ونحوهما ، لأن العبد لا يصلح للملك أصلاً ، فلا يستدل بها عليه كما هو واضح ولولا الإجماع المدعى على الانتقال عن العبد على القول بملكه ؛ لكان وجهها جيداً لهذه النصوص .

وربما يقال استثناء الاشتراط في هذه النصوص إنما يتجه على القول بالملكية ، إذ معناه حيثئذ أن مال العبد إذا بيع للبايع ، إلا إذا اشترط المشتري بقاءه للعبد ، لعدم قوله عليه السلام (١) « المؤمنون عند شروطهم » أما على القول بأنه ملك للبايع فقد يشكل اشتراطه للعبد بعدم قابليته للملك فلا يصح الاشتراط ، وحمله على إرادة إبقاء الإباحة خلاف الظاهر بل معلوم البطلان لظهور النصوص في خروجه بذلك عن كونه ملكاً للبايع ، وأما اشتراطه للمشتري ؛ فيشكل أيضاً بأن المعلوم من الشرط في الأعيان تمليكها بأسبابها من بيع أو هبة أو نحوه ذلك ؛ لا أنه هو بنفسه مملوكاً لها ، بل أقصاه الإلزام بما يقتضي تمليكها من الأسباب ، ولو سلم أهمية الشرط من ذلك ؛ أمكن منع جريان حكم المبيع عليه من القبض في المجلس لو كان صرفاً ، وعدم جواز التفاضل لو كان ربوياً ، والجهل وغيرها ، مع أن ظاهر الأصحاب جريان جميع ذلك عليه لو اشترط .

ألهمم إلا أن يلتزم الحاق ذلك بالمبيع ، أو يراد بالشرط المذكور في كلامهم الذي أجروا عليه الأحكام المزبورة بشرط التبعية في البيع للعبد ، على معنى كونه مع ماله مبيعاً فهو حيثئذ ولو كان بالشرط كالمسألة الآتية التي ليست بصورة الشرط ؛ بل قديوجه الشرطية للمشتري على القول بالملكية أيضاً على وجه يكون مبيعاً أيضاً ، بأن للمولى التصرف بمال عبده قهراً عليه ، ومنه حيثئذ يبيعه فله اشتراطه حيثئذ على وجه يكون مبيعاً وإن لم يكن مالاً ، وعدم البيع إلا في ملك مخصوص بذلك حيثئذ ،

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث - ٢ و باب ٢٠ من أبواب المهور

أوبقال إن هذا التصرف بنفسه مملكا ، نحو ما سمعته في وطيء المولى جارية عبده ، وان كان فيه ما لا يخفى .

نعم قد يشكل على الاول جريان أحكام الربا ونحوه على مثل هذا البيع لامكان دعوى ظهور أدلته في البيع للمالك ، لالنحو المقام الذي فرضنا المالك فيه العبد ، والبيع للمولى ، لكن ظاهر الاصحاب هنا جريان أحكام البيع بأسرها على تقدير الملك وعدمه كما يوضحه ما ذكره في المسألة الثانية ولعله لا طلاق الأدلة أو عمومها .

نعم في شرح الاستاذ أنه هل يلحق مال العبد بالتوايع كالشرب والطريق والحريم ونحوهما ، فيسوغ فيه ما لا يسوغ فيما يدخل في المبيع إصالة أو لا ؟ بل يجري فيه حكم الإصالة وجهان ، قلت : لا ريب في قوة الثاني منهما ، لعدم التبعية المحققة في المقام ، فليس هو إلا بيعا أصليا ، بل لا فرق في المشهور هنا بين جعله شطرا أو شرطا لما عرفت من رجوع الثاني هنا عند التأمل إلى الاول ، لكن في شرح الاستاذ الأقوى أنه يجري في الثاني من المسامحة ما لا يجري في سابقه ؛ فتأمل جيدا ، هذا .

وفي المختلف بعد أن حكى عن ابن حمزة صحة البيع بغير جنس ما عند البيع إذا لم يعرف مقدار ما معه ، وفساده إذا باع بالجنس لجواز طرق الربا ، قال : « لكن يبقى فيه إشكال من حيث أنه باع مجهولا ، إلا أن يقال إن المال تابع فجها لته لا تمنع صحة البيع ، وهو مؤيد لما احتمله الاستاذ في شرحه ، ولا ريب في ضعفه إذا كان المراد كل ما كان للعبد ، لا مثل ثيابه ونحوها ؛ والله أعلم .

﴿ و ﴾ على كل حال فما ﴿ قيل : ﴾ في أصل المسألة كما عن ابن البراج من التفصيل بأنه ﴿ إن لم يعلم به البائع ﴾ أى بمال العبد ﴿ فهو له ﴾ وإن علم فهو للمشتري ﴿ لحسن زراة (١) ﴾ قلت : لا بى عبد الله ﷺ الرجل يشتري المملوك

وله مال ؛ لمن ماله ؟ قال : إن كان علم البايع أن له مالا فهو للمشتري ؛ وإن لم يكن علم فهو للبائع » فواضح الضعف إذ الملك لا ينتقل إلى المشتري بمجرد العلم من دون صيغة ؛ والخبر المزبور قاصر عن مقاومة ما تقدم ، المعتضد بما سمعت ، وبأصالة بقاء ملك المولى بناء على ملكه ، وبقاء سلطانه بناء على عدمه ، وحيث سمعت الاجماع على الخروج عن العبيد بقى سلطان مولاه بلامعارض ، إذ لا دليل يدل على دخوله في ملك المشتري بعد فرض خروجه عن ملك العبد الذى ثبت سلطنة مولاه على ما هو مملوك له كما هـ . وواضح ﴿ ﴾ ولذا كان ﴿ الاول ﴾ مع كونه اظهر ﴿ أشهر ﴾ فيمكن حل الخبر المزبور حينئذ على اشتراط البايع للمشتري ذلك ، أو على أن ذلك قرينة عليه والله أعلم .

﴿ ولوقال ﴾ المملوك ﴿ للمشتري ﴾ مثلاً ﴿ اشترني ولك علي كذا لم ﴾ يصح فلا ﴿ يلزمه ﴾ ما جعل له ، ﴿ وإن اشتراه ﴾ أما على عدم الملك فواضح ، وأما على الملك فللحجر عليه ؛ فيتوقف على إجازة المولى كما في المسالك وغيرها ، لكن في شرح الاستاد « لا يصح ولا تشتغل ذمة العبد له بشئ لو أتى بالعمل ، سواء كان للعبد مال أو لا ، ملكناه أولاً ، أذن السيد أولاً إلا أن يعود إلى السيد فتشتغل ذمته دون العبد كما هو المشهور بين الاصحاب شهرة تفيد الاجماع ، لان كل من ذكر هذا الفرع حكم بذلك ، والساكت بعد أن مهد قاعدة لأهلية له لتملك عين ولا منفعة ، يستفاد منه امتناع أن يملك في ذمة المجمعول له عملاً ، لا بعد العمل ولا قبله ، وأنه لا قابلية له في المعاملة الشاغلة للذمة ، وعموم نفي قدرته في الكتاب أبين شاهد في هذا الباب » .

وفيه أنه لا وجه للمنع على القول بالملك مع الإذن من المولى في التصرف له فيما عنده من المال ، سواء كان الجعل عيناً أو في الذمة ، ودعوى الشهرة التي يستفاد منها الاجماع على ذلك ممنوعة أشد المنع ، كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم ،

خصوصاً ما ذكره فيما لو جعل للمولى ذلك على بيعه ، الذي رواه الفضيل (١) عن الغلام السندی عن الصادق عليه السلام ، المتقدم سابقاً فانهم قد صرحوا بالصحة حينئذ لحصول الإذن من المولى بسبب كون المعاملة معه ؛ قال في الدروس : « وروى فضيل » أنه لو قال لمولاه : بعني بسبعة مائة ولك علي ثلثمائة لزمه إن كان له مال « وأطلق في صحيح الحلبي (٢) » لزوم الجعالة البايعة » وقال الشيخ وأتباعه : « ولو قال لاجنبي اشترني ولك على كذا لزمه إن كان له مال حينئذ » وهذا غير المروى ، وأنكر ابن ادریس ومن تبعه اللزوم وإن كان له مال ، بناء على أن العبد لا يملك ، والأقرب ذلك في صورة الفرض ، لتحقق الحجر عليه من السيد ، فلا يجوز جعله لاجنبي ، أما صورة الرواية فلا مانع منها على القولين ، أما على أنه يملك فظاهر ، وأما على عدمه فأظهر ، ونحوه غيره وهو جيد جداً .

ومنه يعلم النظر فيما ذكره الاستاد أيضاً بعد ذلك « من أنه لو قال العبد لسيده : بعني أو ملكني من معين أو مطلقاً ولك علي كذا ؛ فكما إذا قال للمشتري لماذا كرهناك ، ولأنه لا يكون لصاحب المال على ماله مال ، وما في بعض الأخبار مما يتنا فيه مطرح أو مأول بارادة الوعد ونحوه ، لقوة المعارض ، ولأنه في الصورتين يلزم على القول بالصحة أما اشتغال ذمته بالدفع قبل انتقاله ، فذلك استحقاق قبل العمل ؛ مع أنه لا تصرف له بشيء ملكناه أولاً وإن كان بعده كان ما في يده للبائع أو للمشتري فلا شيء له في الحالين حتى على القول بملكه ، لزواله بانتقاله ، فالاستحقاق عليه بعد انتقاله الملزوم لذهاب ماله واستحقاق المطالبة بعد العتق لا تصحح معاملته ، لأن الأقدام عليه سفه ، ولو جاز ذلك لصحت إجارته وجعالاته ، وباقى معاملاته » .

وهو كما ترى فيه نظر من وجوه حتى في نفي الذمة للعبد على وجه المزبور ، وقاعدة عدم استحقاق المال على المال يمنع شمولها لنحو المقام ، وأقصى ما يسلم

منهافي جناية العبد على المولى مثلاً ، فتأمل جيداً ﴿ وقيل ﴾ في مفروض المتن والقائل الشيخ وأتباعه كما سمعته من الدروس ﴿ إن كان له مال حين قال له لزوم وإلا فلا وهو ﴾ غير ﴿ المروي ﴾ لماعرفت من مضمون خبري الفضيل (١) والحلي (٢) في الجعل للمولى ، فلا ريب حينئذ في ضعفه على القول بالملك وعدمه لما سمعت والله أعلم .

و لو قال للمولى اعتقني فلك علي كذا ففي شرح الاستاد « توقف شغل ذمة المولى بالاعتاق على شغل ذمة العبد الموقوف على الملك للعمل في ذمة المولى الموقوف على الاعتاق وأما الكتابة فحكم خاص » وفيه نظري عرف مما تقدم أيضاً والله اعلم .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ : قد تقدم ما يدل على أن مولى المملوك مثلاً ﴿ إذا ابتاعه وماله ﴾ بناء على أنهما معا ملك له ، ﴿ فإن كان الثمن من غير جنسه جاز مطلقاً وكذا يجوز بجنسه إذا لم يكن ربوياً ﴾ أو كان الربا بينهما منفياً ، ﴿ ولو كان ربوياً وبيع بجنسه ﴾ على من يثبت الربا معه ﴿ فلا بد من زيادة عن ماله تقابل المملوك ﴾ تخلصاً من الربا كما هو واضح ، وفي الدعائم (٣) عن جعفر بن محمد عليه السلام « فإن باعه بماله وكان المال عروضاً وباعه بعين فالبيع جائز كان المال ما كان ، وكذلك إن كان المال عيناً وباعه بعروض ، وإن كان المال عيناً وباعه بعين مثله لم يجز إلا أن يكون الثمن أكثر من المال ، فيكون رقبة العبد بالفاضل ، إلا أن يكون المال ورقاً والبيع بتبر أو المال تبراً والبيع بورق فلا بأس بالتفاضل ، لأنه من نوعين » أما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط في الثمن ما ذكر لأن ماله حينئذ ليس جزء من المبيع ، فلا يقابل بالثمن .

قلت : قد عرفت فيما تقدم أنه كذلك لو اشترط المشتري إبقاء مال العبد له ،

أما لو كان الشرط كون المال للمشتري ، فقد سمعت قوة جريان الربا فيه أيضا ، بناء على جواز هذا التصرف للسيد ، فلاحظ و تأمل جيدا هذا . ولكن فى الدروس « ولو اشتراه و ماله صحح و لم يشترط علمه ولا النفصى من الربا إن قلنا يملك و إن أحلناه اشترطناه ، ورواية زرارة مصرحة باطلاق جواز زيادة ماله على ثمنه » .

قلت : هي قول زرارة فى الصحيح (١) لابی عبد الله عليه السلام « الرجل يشتري المملوك و ماله فقال : لأبأس به ؛ قلت : فيكون مال المملوك أكثر مما اشتراه به قال : لأبأس به » و ظاهر الشيخين فى المقنعة والنهاية والمحكي عن سلال الفتوى بمضمونه بل هو مقتضى اطلاق المحكي عن ابن البراج و أبي الصلاح ، ومقتضاه حينئذ عدم الربا فى ذلك للصحيح المزبور .

والقدح فى سنده فى المختلف إنما يتم على طريق الشيخ ؛ أما على طريق الصدوق فهو صحيح كما ذكرنا ، ويكون حينئذ مستثنى من حكم الربا أو يكون ذلك بعنوان الشرط الخارج عن اسم البيع ، بناء على اختصاصه فيما لا يشمل ذلك ، أو يكون هذا الصحيح مؤيدا للقول بالملك ، فإنه لا ربا عليه إذا كان المراد بقاء المال على الملك العبد ؛ قال : فى المحكي عن المبسوط إذا باع عبدا فملكه ألفا بخمسائة صحح البيع على قول من يقول أنه يملك ، ولو باع ألفا بخمسائة لم يصح . لانه ربا ، والفرق بينهما أنه إذا باع العبد فإنما يبيع رقبته مع بقاء مملكه عليه ؛ فصح ذلك ، ولم يصح بيع الألف بخمسائة أو يكون ذلك مؤيدا لما قلناه من أنه على تقدير الملك ، وأن للسيد البيع ، و إن كان ملكا للعبد يمكن نفى الربا لما قد عرفت سابقا أو غير ذلك فلاحظ و تأمل جيدا والله أعلم .

المسألة (الرابعة) ❦ لا خلاف أجده كما اعترف به بعضهم فى أنه ❦ يجب ❦

على المالك أو وكيله أو وليه ❦ أن يستبرأ الأمة قبل بيعها ❦ مثلا على الأصح فى لحوق غير البيع به كما ستعرف ، ❦ إن كان وطأها ❦ أي ❦ المالك ❦ وما فى المقنعة من التعبير عن ذلك بلفظ ينبغى مما يشعر بالخلاف ؛ يصرفه ما فى باب لحوق

الاولاد منها من التعبير عنه بلا يجوز، وصحيح على بن جعفر عن أخيه المروي عن قرب الاسناد (١) « سألته عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها أ يصلح بيعها من الغد، قال: لا بأس » محمول على إرادة صحة البيع منه، أو على التي يسقط استبائها بالأس ونحوه، أو غير ذلك لمخالفته الفتوى، بل النصوص .

قال الصادق عليه السلام في صحيح حفص (٢) في حديث « في رجل يبيع الامه من رجل، عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع » وسأله أيضاً ربيع بن القاسم (٣) « عن الجارية التي لم تبلغ المحيض ويخاف عليها الحبل ؟ قال : يستبرئ رحمها الذي يبيعها بخمسة وأربعين ليلة، والذي يشتريها بخمسة وأربعين ليلة » وقال أيضاً في الموثق (٤) « الاستبراء واجب على الذي يريد أن يبيع الجارية ان كان يطأها، وعلى الذي يشتريها الاستبراء أيضاً » الى غير ذلك، ولعله لذا وغير نسب الوجوب المزبور إلى ظاهر روايات أصحابنا .

نعم صرح غير واحد بأنه لو باعها من غير استبراء أثم وصح البيع، لرجوع النهي إلى أمر خارج ولا بأس به، وإن كان لا يخلو من بحث إن لم ينعقد الاجماع على خلافه، وعليه فالمتجه حينئذ تعين تسليمها إلى المشتري إذا طلبها، لأنها قد صارت ملكاً من أملاكه .

نعم في المسالك احتمال بقاء وجوب الاستبراء قبله، ولو بالوضع على يد عدل لوجوبه قبل البيع فيستصحب، قال : « وأما بقاؤها عند البائع فلا يجب قطعاً؛ لأنها صارت أجنبية منه » بل في جامع المقاصد « أنه لا وجه لسقوط الاستبراء عنه؛ فان قيل بعد وقوع البيع صارت حقاً للمشتري، فلا يجوز منعه منها، قلنا : قد ثبت وجوب الاستبراء سابقاً على البائع فلا يسقط، غاية ما في الباب أن للمشتري إذا جهل الحال الفسخ، فان قيل : الاستبراء حق لله، والمبيع حق للادمي، وحق الله لا يعارض حق

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٠ - من ابواب بيع الحيوان الحديث

٧ - ٢ - ٣ - (٤) الوسائل الباب ١٨ - من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ٥

ج ٢٤ (في ان الاستبراء ترك الوطى خمسة وأربعين يوماً، أو انتظار حيضتها المتعقب) ١٩٥

الادمي ، قلنا : الاستبراء حق للبايع فلا يكون حقاً لله محضاً الى أن قال : و التحقيق أن يقال : إنه لو باع قبل الاستبراء يكون البيع مراعى ، فان ظهر حمل تبين بطلانه ، لانه من المولى حيث كانت فراشاً له ، وإلا ثبتت الصحة ، فلا يكون ملكاً للمشتري ، فلا يتعين التسليم إليه ، بل ولا يجوز استصحاباً لبقاء وجوب الاستبراء .

وهذا واضح لاشبهة فيه ، وقد يشكل بأن الحكم في الظاهر كونها ملكاً للمشتري لوجود مقتضى و عدم المانع ولو بالاصل ، فلا ريب في جريان حكم الملك عليه ، ومنه وجوب التسليم إليه مع الطلب ، إلا أن الظاهر عدم سقوط الاستبراء عنه ، للاصل ووجود حكمة الاستبراء وعدم إرادة الوصف المفوت للمأمور به من قوله « يُطَوِّقُ » قبل البيع » وإنما هو لتمكين البايع من الاستبراء .

ومنه ينقدح أنه مع البيع ترتفع سلطنته على العين ، فليس له حبسها للاستبراء بدون رضا المشتري ، فإن كان عامداً في البيع قبله ولم يتمكن من إرضاء المشتري بالاستبراء ، كان آثماً وإن تعذر عليه إلا أنه بسوء اختياره ، وإن لم يكن عامداً وجب عليه الاستبراء مما يحصل به رضا المشتري ؛ فإن لم يتمكن سقط عنه ولا إثم عليه ، كما هو مقتضى الضوابط ، ومن ذلك يعلم أنه لا يجب الوضع عند عدل أو الإبقاء في يد البايع في استبراء المشتري قطعا ، للاصل وظاهر الأدلة ، سواء كانت جميلة أو قبيحة ، خلافاً لما لك فلم يوجب تسليم الجميلة ؛ وإنما توضع على يد عدل إلى تمام مدة الاستبراء للحقوق التهمة فيها ، ولا ريب في فساده لمخالفته لأصول المذهب وقواعده ، ولو جامعها المالك بعد العقد قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض ، فعليه الاستبراء قبل الاقباض ؛ وكذا لو عادت إليه بفسخ بعد الوطى ، أو كان قد وطأها قبل تملكها والله أعلم . هذا

والمراد باستبراء البايع من الوطى في ذلك الطهر ﴿﴾ بحيضة أو خمسة وأربعين يوماً إن كانت مثله ؛ تحيض ولم تحض - هو انتظار حيضتها المتعقب لذلك الطهر إن كانت ممن تحيض ؛ وترك الوطى قبل أو دبر خمسة وأربعين يوماً إن كان مثلها تحيض ولم تحض ، ولا يجب عليه ترك الوطى فضلاً عن باقي الاستمناعات في الأول ؛ إذ لا ثمرة له بعد اشتراط تعقب الحيض . نعم لو وطأها بعد تمام الحيض احتاج في جواز البيع إلى انتظار حيض آخر ؛

للاستبراء من الوطى المتجدد كما هو واضح ، فمافي الرياض وشرح الاستاد من اعتبار ترك الوطى دون باقي الاستمتاع في استبراء البايع لوجه له ، نعم هو كذلك في استبراء المشتري ، بل عن المبسوط اعتبار ترك باقي الاستمتاع فيه أيضا ، بل في التحرير ما يوافقه - : « من اشترى جارية حرم عليه وطؤها قبلها وغيره ، وتقبلها ولمسها بشهوة حتي يستبرئها » وعن حواشي الشهيد أنه حرم في الدروس القبلة خاصة ، وإن كانت النصوص المعتضدة بالفتاوى والاصل وانتفاء وجه الحكمة والمحكي عن الخلاف من اجماع الفرق وأخبارهم على خلافهما ، ففي صحيح محمد بن اسماعيل (١) « قلت أيحل للمشتري ملامستها؟ قال : نعم ، ولا يقرب فرجها » والموثق (٢) « فيحل له أن يأتيها فيمادون فرجها؟ قال : نعم قبل أن يستبرئها » وخبر « محمد عن أبي عبد الله » (٣) « لأبأس بالنفخيد لها حتى تستبرئها وإن صبرت فهو خير لك » مع أنه لم نقف على معارض لذلك ؛ سوى ما قيل من قياس الاستبراء على العدة الذي هو مع كونه مع الفارق لا يجوز العمل به في مذهبنا ، ومافي الموثق (٤) « عن الرجل يشتري الجارية وهي حبلى أبطأها قال : لا قلت : فدون الفرج؟ قال : لا يقربها » وهو مع أنه في الحبلى التي لا يستبرأ فيها يتجه حملها على الكراهة كما أومى إليه الخبر الأخير ، فظهر من ذلك الفرق بين استبراء البايع والمشتري في ذات الحيض ، بل ظني أن الخلاف المزبور في ضم باقي الاستمتاع إلى الوطى إنما هو في استبراء المشتري دون البايع ؛ وإن كان يوهمه عبارة التحرير .

نعم قد يتوقف في اعتبار ترك الوطى دبراً في الاستبراء ، بل وفي الاستبراء منه ، للاصل بعد اختصاص النص بحكم التبادر وإن كان فيه لفظ الفرج بمحل

(١) الوسائل الباب ٥ - من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ٥

(٢) الوسائل الباب ١٨ - من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ٥

(٣) الوسائل الباب ٥ - من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ١ لكن عن عبد الله

بن محمد

(٤) الوسائل الباب ٥ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ٥

الفرض فلا يجوز التعدي إلى الغير، بل مال إليه في الرياض، فإنه بعد أن حكى عن بعض المحققين الخلاف في تعميم الوطى للدبر، فخصه بالقبل، وأنه هو الظاهر من الحلبي حيث أوجب الاستبراء بتركه خاصة للمشتري، قال: «ولا يخلو من قرب إن لم يحصل بوطى الدبر خوف سبق الماء في القبل، الموجب لخشية الحبل، بل حصل القطع بعدمه بالعزل نحوه.

ومنه يظهر وجه الاشكال في التعميم الوطى له مع العزل الموجب للقطع بعدم الحبل من هذا الوطى، ولا فرق فيه بين القبل والدبر، قلت: لأجد خلافاً في اعتبار ترك الوطى في القبل من الاستبراء، ولو مع العزل كما لأجده في اعتبار الاستبراء منه، إذا كان كذلك أيضاً، لا إطلاق النص والفتوى، ولعله لعدم القطع بعدم الحبل منه، ولذا يلحق به الولد معه، ضرورة إمكان سبق الماء من غير شعور، وغير ذلك.

ومنه يتجه حينئذ ما عند الأصحاب من إعتبار ترك الوطى فيهما خصوصاً بناء على إمكان تحقق الحبل بالوطى في الدبر لوجود المسلك منه إلى الفرج فلا يجدي حينئذ العزل كما لا يجدي لو كان في الفرج، وفرض حصول القطع بعدم الحبل من الوطى نادر، لا تنزل عليه النصوص والفتاوى، مضافاً إلى أن ذلك هو الموافق للاحتياط المؤكد طلبه في الانساب.

هذا كله مع ما في الصحيح (١) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام «قال: سألت عن رجل يبيع جارية كان يعزل عنها، هل عليه منها استبراء قال: نعم» وأيضاً ظاهر النهي في النصوص وغيرها التعبد إذ ليس في شيء منها ما يقتضي كون ذلك من جهة الحبل على وجه يكون عليه المدارو دعوى أن المنساق منها ذلك، واضحة المنع، خصوصاً صحيح العزل الذي لا حمل معه غالباً، ثم إنه لا خلاف أيضاً في حصول الاستبراء بحيضه، بل عن ظاهر الغنية الإجماع عليه؛ وبه نطقت النصوص أيضاً، فما في الصحيح (٢) «عن

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث ١-

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث ٥

جارية تشتري من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أيجزي ذلك أم لا بد من استبرائها ؟ قال: يستبرئها بحيضتين « والصحيح (!) عن الرضا عليه السلام » قال : سألته عن أدنى ما يجزي من الاستبراء للمشتري والبايع قال : أهل المدينة يقولون حيضة ، وكان جعفر عليه السلام يقول حيضتان ، فشاذا مردود بصريح النصوص والفتاوى ، وفحوى ما دل على الاكتفاء بتام الحيضة أو محمول على الندب ، كما يؤمى إليه في الجملة موثق سماعة (٢) « سألته عن رجل اشترى جارية وهي طامث أبستريء رحمها بحيضة أخرى أو يكفيه هذه الحيضة ، قال لا بل تكفيه هذه الحيضة ، فإن استبرأها بأخرى فلا بأس هي بمنزلة فضل » ولعل العامة في المدينة كانوا ينكرون استحباب الحيضتين ، وأما المدة فلا خلاف نصاً وفتوى في الاكتفاء بها ، إلا أن المفيد في المقنعة في المقام فجعلها ثلاثة أشهر ، وهو مع أنه مخالف لأصالة عدم الزائد في وجهه ، - ولا مستند له سوى القياس على الحرية المطلقة ، المردود بأن مقتضاه القياس على الأمانة المطلقة ؛ وعدتها إذا لم تكن مستقيمة الحيض خمسة وأربعون يوماً بالاجماع والاختار - قد وافق الأصحاب في باب لحوق الأولاد من المقنعة ، ولو شك في انتهاء المدة وعدمه ، فالأصل مع الثاني وهو غير أصالة عدم الزائد المتقدمة ومن خبر عبد الله بن سنان (٣) سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية ولم تحض فقال : يعتزلها شهراً إن كانت قد مست « المحمول في الوسائل على الغالب من حصول الحيضة في الشهر وإن كان بعيداً ، ويمكن حمله على مجهولة البلوغ بإرادة الندب من الاعتزال المزبور احتياطاً هذا .

وقد اتفق ما عثرنا عليه من الفتاوى على التعبير باليوم كبعض النصوص لكن في آخر ليلة ، ويمكن إرادته منها ، والظاهر دخول المنكسر بعد التلقيق ، كما في غيره ، وفي شرح الاستاد أنه تدخل في الخمسة وأربعين الليالي المتوسطة دون الأولى ، والآخر

(٢-١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ١-٢

(٣) الوسائل الباب - ١٠ من ابواب بيع الحيوان الحديث - ٤

والمنكسر لا يحسب يوماً مستقلاً، ويقوى احتسابه بالاكمال، وهو جيد والله أعلم .
 ﴿ وكذلك يجب على المشتري ﴾ استبراء الأمة بما عرفت ﴿ إذا جهل حالها ﴾
 بالنسبة الى وطىء المالك الذي لم يستبرئها منه وعدمه ، فضلاً عما إذا علم حالها أنها
 كذلك ، من غير خلاف يعرف فيه ؛ بل الاجماع بقسميه عليه ، كما أن النصوص كادت
 تكون متواترة فيه ، بل في بعضها (١) « إن الذين يشترون الاماء ثم يأتونهن قبل أن
 يستبرؤوهن فأولئك الزناة بأموالهم » أما إذا علم العدم ففي الرياض « لا يجب إتفاقا
 نصاً وفتوى » والمراد العلم بعدم وطىء خصوص المالك ؛ وإن قام احتمال وطىء
 غيره ، وهو كذلك ، للاصل السالم عن المعارض بعد الاقتصار في النصوص
 على المتيقن .

نعم قد يشكل الحال فيما إذا علم وطىء غير المالك لها بغير زنا، فان سقوط
 الاستبراء فيه والعدة كما يقتضية ظاهر بعض الفتاوى هنا في غاية الاشكال، بل جزم الاستاد
 في شرحه بوجوب الاستبراء فيه، وهو ظاهر كلامهم في باب النكاح، بل هو مقتضى كونه
 وطئاً محرماً ، وقد علم من وضع العدد والاستبراء ونحوهما عدم إرادة الشارع اختلاط
 الانساب، بل يمكن دعوى كون ذلك مجمعاً عليه بينهم ؛ على أن ذلك هو مقتضى إطلاق
 أدلة الاستبراء ، وفي صحيح الحلبي (٢) عن الصادق (ع) في رجل اشترى جارية لم يكن
 صاحبها يطأها أيستبرئ رحمها ؟ قال : نعم « اللهم إلا أن يحمل على اخبار
 صاحبها بذلك ولم يكن ثقة مأمونا .

نعم قد يتوقف في أن الواجب العدة أو الاستبراء، وهو مبني على تحقيق كون أيهما
 الاصل في الاماء ومع فرض عدم ثبوت ذلك يتجه مراعات الاصول في مقتضى كل منهما ؛
 فلا يجوز الوطىء حتى تمضي مدة العدة، للاصل ، ولكن لا يجري حكم العقد في العدة

(١) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ٥ -

(٢) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ١ -

وهكذا ، ومقتضى خبر الحسن بن صالح (١) الاكتفاء بالحیضة وإن سبق النكاح ، وقد ذكرنا في كتاب نكاح الاماء ماله مدخلية في المقام فلاحظوا تأمل .

ولا يجب على البایع الاستبراء من إحتمال وطىء غيره ، للاصل ، أما مع العلم بالمحترم منه فقد یحتمل القول بالاستبراء فيه ، لكن مقتضى الاصل وظاهر المتن وغيره بل صريح بعضهم خلافه ؛ فصار الفرق بین البایع والمشتري أن الاول إنما یجب الاستبراء علیه من وطئه خاصة إذا أراد البیع دون وطىء غيره المعلوم ، فضلا عن المحتمل ؛ وأما المشتري فيجب علیه من وطىء المالك المعلوم أو المحتمل ، ومن وطىء الغير إذا كان معلوماً محترماً دون المحتمل ، لكن تحصيل تمام هذا التفصيل من النصوص لا یخلو من إشكال ، وإن كان الحكم في البایع موافقا للاصل ، كموافقة عدم وجوب الاستبراء على المشتري من إحتمال وطىء الغير ؛ لكن إطلاق النصوص لا ینطبق على ذلك ، اللهم إلا أن تنزل علیه بمعونة الفتاوى فتأمل .

ثم إن المشهور نقلوا تحصيلا عدم إختصاص الاستبراء بالبیع ، بل كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك من بیع أو هبة أو ارث أو صلح أو استرقاق أو غير ذلك وجب علیه قبل وطئها الاستبراء ، وعن الخلاف الإجماع علیه ، بل قیل : إنه أي الإجماع قد یظهر من الغتية أيضاً ، خلافا للمحكي عن ابن ادريس فخصه بالبائع والمشتري ، للاصل ، لكن المحكي عنه في باب السراى موافقة الاصحاح ، فتكون المسألة حينئذ إجماعية ، وبذلك یتأید فهم التعدية من النصوص وأن ذکر البیع فیها مثال .

خصوصاً في نحو صحيح الحلبي (٢) وخبر عبد الله بن عمر (٣) وغيرهما مضافاً إلى خبر الحسن بن صالح (٤) عن الصادق عليه السلام « نادى منادى رسول الله ﷺ يوم

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٣ - من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ١ - ٨

(١) (٤) الوسائل الباب ١٧ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ١ -

أوطاس استبرأ سبأياكم بحیضة متمماً بعدم القول بالفصل وكذا بالنسبة إلى البائع فيلحق به حينئذ الواهب والمصالح وغيرهما ، ولو كان العقد موقوفاً على الإجازة تعلق الحكم بها فينوقف إيقاعها عليه ، قيل : ويختلف حال الكشف والنقل هنا ، في بعض الأحوال .

وعلى كل حال فلو وطأها قبل الاستبراء عامداً أو غافلاً لحق به الولد على ما صرح به غير واحد ، لأنها فراشه حينئذ ، وقد يحتمل بقاء فراش الأول تمام مدة الاستبراء كما يؤول إليه الحكم بكون المالك زانياً فيما سمعته سابقاً من النص ، وعليه ينتجه عدم سقوط وجوب الاستبراء عنه بعد الوطء بل احتمال وجوبه على الأول ، لاطلاق الأدلة ، وفيه أنه لا فائدة له حينئذ ، ويمكن منع شمول الإطلاق له ، فتأمل .

وفي شرح الاستاد « أنه يقوى عدم السقوط مع العزل وعدم الامتاء أو الوطء قبل البلوغ فبلغ قبل انقضاء المدة » وهو جيد ، وفيه أيضاً « أنه لو وطئ أحد الشريكين لم يبعد سقوط الاستبراء في منقوص الوطء لو اشترى حصه شريكه ، ولعله للحقوق الولد به ؛ فلا استبراء عليه من احتمال وطئ الشريك ؛ ولو أراد الشريك شراء حصه الواطئ فقد يقال : إن التجه عدم الاستبراء إذا كان زناً ، وإن لحق به الولد ، وإلا توجه الاستبراء لكن التصريح في النص بعدم جواز الشراء حتى يحصل الاستبراء فلا حظ وتأمل هذا .

وقد ينزل على ما سمعته في أصل المسألة خبر الصيقل (١) قال : « سمعت الصادق عليه السلام يقول : وقد سئل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها قال : بشئ ما صنع يستغفر الله ولا يعود ، قلت : فإن باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها ثم باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ، ولا يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث ؟ فقال : أبو عبد الله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر » فإن أرادته الأخير هذا ، والذي يقتضيه أصول المذهب وقواعده عدم الفرق بين

الجارية مدة الاستبراء وغيرها ، في كون التلف من البائع إذالم يقبضها المشتري وإلا كان منه إذا لم يكن مختصاً بالخيار، فما عن المفيد و النهاية من اطلاق كون التلف من البائع إذا تلفت معزولة عندانسان للاستبراء في غير محله ، إلا أن ينزل على عدم وكالة الإنسان عن المشتري في القبض ، و كذا ما عنهما و ابن حمزة والفاضل في بعض كتبه من أن النفقة مدة الاستبراء على البائع ، إذ المعهود منها تبعيتها للملك ، فالمتجه كونها على المشتري حتى لو وضعت على يد عدل ؛ خلافا للمحكي عن الفاضل فجعلها على البائع معه والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يسقط إستبرأؤها ﴾ بالعلم ببراءة الرحم، بل لا موضوع له حيثنذ و﴿ إذا أخبر الثقة أنه استبرأها ﴾ أو لم يطأها على المشهور، بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه ، للمعتبرة المستفيضة المحمول مطلقها- كقول العبد الصالح عليه السلام في خبر محمد بن حكيم (١) « إذا اشتريت جارية فضمن لك مولاهما أنها على طهر فلا بأس أن تقع عليها » - على مقيدته بالوثاقة ، كحسن حفص البخري (٢) عن الصادق عليه السلام « في الرجل يشتري الامة من رجل فيقول إني لم أطأها ؟ فقال : إن وثقه فلا بأس أن ياتيها » وكصحيح أبي بصير (٣) « قلت للصادق عليه السلام الرجل يشتري الجارية و هي طاهرو يزعم صاحبها أنه لم يمسه منذ حاضت ؟ فقال : إن ائتمنه فليمسهها »

كقوله عليه السلام في خبر ابن سنان (٤) « إن كان عندك أميناً فمسهها » و في المقنعقروي (٥) « أنه لا بأس للإنسان أن يطأ الجارية من غير استبراء لها إذا كان بايعها قد أخبره باستبرائها و كان صادقاً في ظاهره مأموناً » لكن قال : ابن سنان (٦) للصادق عليه السلام « أفرايت ان ابتاع الجارية وهى طاهرو زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت ؟ فقال : إن كان عدلاً أميناً فمسهها ، وقال : إن ذا الأمر شديد

(٢٠١ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب ٦ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث

فإن كنت لا بد فاعلا فتحفظ لا تنزل عليها ، وعن بعضهم أنه حملة على كونه أميناً بحسب الظاهر ، لا المعاشرة ، ولعل حملة على الذنب أولى .

وعلى كل حال فظاهر النص والفتوى اعتبار كون المخبر ، البائع مع ذلك ، لكن في شرح الاستاد أنه يسقط الاستبراء بشهادة عدلين وبإخبار ولي المشتري أو وكيله وإن لم يكونا ثقتين ، وكذا لو أخبر الثقة ذكر أركان أولاً ، مالئاً كان أولاً ، بالاستبراء كما ينسب إلى الأكثر ، ويظهر نقل الأجماع فيه للأصل الجاري على بعض الوجوه وللأخبار وهو كما ترى ، وعليه فرع أنه لو تعارض خبر الثقتين وأحدهما مالك احتمل ترجيحه ، وترجيح خبر الميثب أو النافي ، ثم قال : ولو اختلف الشركاء فيها اخذنا بالترجيح ، كما لو اختلف الخارجون ومع التساوي يلزم الاستبراء هذا .

وفي أكثر العبارات الثقة كالمتمن ، وفي بعض منها العدل ، وفي جامع المقاصد أنه المراد من الثقة . لان غير العدل لا يعد ثقة ، وفي الأخبار اعتبار وثوق المشتري ، ولاريب أنه لا يتحقق الوثوق غالباً بدون العدالة ، واحتمل ثاني الشهيدين الاكتفاء بمن تسكن إليه النفس ، وثق بخبره ، بل جزم به بعض متأخري المتأخرين لخلو النصوص عن اعتبار الثقة بمعنى العدل ، سوى ما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (١) الذي لم تثبت حجته ، قال : « إن كان البائع ثقة وذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقته ، وإن لم يكن ثقة استبرأها المشتري بحبيضة » .

وفيه أنه يمكن أن يكون ما في النصوص من الموثوق والامانة إشارة إليه ، مضافاً إلى ما سمعته من خبر ابن سنان ، وظاهر الاستاد في شرحه الفرق بين الوثاقة والعدالة فقال : « وفي الاكتفاء بمجرد الوثاقة كما في ظاهر الأكثر ويظهر من أكثر الأخبار للتعبير بلفظها في بعضها ، وبالامانة منفردة أو مع قيد الصدق في بعض آخر منها وجه قريب ، واعتبارها بشرط العدالة كما صرح به بعض ، لان الظاهر

من إطلاق الوثيقة دخول العدالة فيها أقرب ، وأما الاكتفاء بمجرد العدالة كما يظهر من إطلاق آخرين فبعيد ، ويمكن إرادة الوثيقة منها والاحتزاء بذكرها عنها ، وفيه ما قد عرفت من أن ظاهر الفتاوى اتحاد المراد منهما ؛ وأما النصوص فتحتمل ذلك ؛ وتحتمل إرادة من تسكن إليه النفس ، والاول أولى فاحتمال إرادة أمرزائد على العدالة بعيد عن النص والفتوى .

وعلى كل حال ففيه أيضاً أنه لو أخبر عدل وفسق قبل الوطىء عول عليه ، بخلاف العكس ، إلا أن يعيد الخبر ، ولو وطىء اعتماداً على الخبر فعدل أو خرج عن العدالة فلا إستبراء ، ولو كذب في دعوى الاستبراء ثم ظهر الحمل منه ردت إليه ورجع المشتري بالثمن وكل غرامة غرمها ، أما لو علم بكذبه فأقدم رجوع بالثمن مع بقاءه ، وفي الرجوع به مع التلف والغرامة وجهان ، ومع العلم بفسقه وعدم المعذورية شرعاً يضعف احتمال عدم الرجوع وإن عصى في وطئه ، وفي اعتبار خبر الامة مع الوثيقة وجهان ، أقواهما القبول ، وهو جيد في البعض ، لا يخلو من نظري في الآخر .

وكيف كان فقد ظهر لك من ذلك ضعف ما عن ابن ادريس وفخر الدين من وجوب الاستبراء وإن أخبر الثقة ، لنصوص ما بين قاصرة السند أضعيفة الدلالة ، أو مخالفة للمجمع عليه في الظاهر ، كصحيح الحيفتين (١) المتقدم سابقا وكصحيح الحلبي (٢) المحمول كما عرفت على عدم أمانة المخبر أو على الاستبراء من وطىء غير المالك ، وأما الخبر (٣) « أشترى الجارية من الرجل المأمون فيخبر في أنه لم يمسه منذ طمشت عنده وظهرت ؟ فقال : ليس بجائز أن تأتيها حتى تستبرأها بحيضة » فيجب حمله على النذب الذي أشعرت به بعض النصوص السابقة به أو يطرح لقصوره

(١) الوسائل الباب - ع - من ابواب نكاح العيود الاماء الحديث ٥

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١١ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ٥

عن المعارضة من وجوه لا تخفى ، كما أنه قد ظهر لك أيضاً مما ذكرنا من النصوص أنه لا فرق في الاخبار بين كونه بعدم الوطىء الموافق للاصل وبالاستبراء المخالف له ، لانها تضمنت الاول خاصة ، والحق الثاني به ، حتى يتجه ما يقال من وضوح الفرق بينهما ، والله أعلم .

﴿ وكذا ﴾ يسقط استبراؤها عن المشتري ﴿ لو كانت ﴾ الجارية ﴿ لامرأة ﴾ على المشهور بين الاصحاب نقلاً و تحصيلاً شهرة عظيمة ، للاصل والمعتبرة المستفيضة منها الصحيح (١) « عن الامة تكون لامرأة فتبيعها ؟ قال : لا بأس أن يطأها من قبل أن يستبرأها » ونحوه الموثق كالصحيح بل قيل أنه صحيح ، وفي صحيح زرارة (٢) « اشتريت جارية بالبصرة من امرأة فخرتني أنه لم يطأها أحد فوقعت عليها ولم استبرئها ، فسالت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال : هوذا ، أنا قد فعلت ذالك وما أريد أن أعود » .

نعم في الرياض أنه ربما يستشعر منه اشتراط الحكم هنا بعدم معلومية وطىء في ملك المرأة بتحليل ونحوه ، بل مطلقاً ، ومقتضاه وجوب الاستبراء عند عدم الشرط ، ولعله كذلك ويعضده انسحاب وجه الحكمة هنا أيضاً إلا أن مقتضاه الاكتفاء باحتمال الوطىء لا اشتراط العلم به ، ولاريب أنه أحوط إذا لم تخير بعدم الوطىء بل مطلقاً كما عمن الحلبي وفخر المحققين ، وإن كان في تعيينه نظر لاطلاق الصحيحين الاولين المعتضدين بالاصلين ، و باطلاق الفتاوى فيقيد بهما الحكمة إن عمت ، مع أن عمومها محل نظر ، لاحتمال الخوف الذي هو الاصل فيها الغالب في الشراء من الرجل ، لا مطلقه ، وينبغي القطع باشتراط عدم المعلومية التقاتا إلى الحكمة ، وعليه ينزل الاطلاقات ويفرق حيثئذ بين الشراء منها ومن الرجل بوجوب الاستبراء في الثاني مطلقاً لإمعان العلم ، أو ما في حكمه بعدم الوطىء أصلاً ، وعدمه

في الاول كذلك إلامع العلم بدخول المحترم أو المطلق، وهو الأقوى .

قلت لأبأس بتنزيل إطلاق النص والفتوى على ذلك ، لخوف لزوم الفساد باختلاط الانساب الذي هو الحكمة في وضع العدد والاستبراء ؛ كما استفيد من تتبع الاخبار وكلام الاصحاب في تضاعيف الابواب ، لكن قد يقال أن المتيقن من تقيدهما إذا علم حصول وطىء محترم لم يتعقبه حيض ، وإلا فالعلم بالتزويج أو التحليل أو نحو ذلك أعم منه ، والاصل براءة الذمة من الاستبراء ، مضافاً إلى إطلاق النص وليس في صحيح وزارة ما يصلح للتقييد .

نعم قد يقال بملاحظة كلامهم في باب النكاح أنه من المعلوم وجوب العدة أو الاستبراء لكل سبب مزيل للنكاح ، وإن كان باختيار المشتري الفسخ فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال فيلحق بها كل من لا قابلية له للوطىء لصغراً أو كبراً أو وجب أو عنى أو عروض مرض ، لا للقياس الباطل في مذهبنا ، بل لما عرفت من اشتراط الاستبراء بالعلم بوطىء المالك ، أو احتمال له أو العلم بوطىء محترم من غيره لم يتعقبه حيض مثلاً ولو بالاستصحاب ، فما في المسالك « من أن المناسب للاصول الشرعية عدم اللاحاق » في غير محل ، خصوصاً بعد قوله فيها : « وليس من مواضع الاشكال ما لوباعتها المرأة لرجل في المجلس فباعها حينئذ ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعاً ، للعلم بعدم وطىء البائع ثم قال : وقد يحتال لسقوط الاستبراء ببيعها لامرأة ثم شراؤها منها ، لاندراجها حينئذ في أمة المرأة نظراً إلى إطلاق النص من غير تعليل ، وكذا لوباعها لرجل ثم اشتراها منه قبل وطئها لها ، حيث يجوز ذلك » .

وقد تبع في بعض ذلك الكركي في جامعه فإنه قال : « وقد يحتال لاسقاط وجوب الاستبراء بأمور منها - إعتاقها ثم العقد عليها ، فقد ورد جواز الوطىء معه من غير استبراء في غير حديث ، ومنها - بيعها من امرأة ثم شراؤها منها - لاندراجها في أمة المرأة ، ولو ألحقنا بالمرأة غيرها كالطفل أمكن ذلك . ولو باعها لرجل ثم اشتراها

منه حيث يجوز، أمكن الحكم بالسقوط أيضاً ، ومنها - ما لو زوجها فطلقها الزوج قبل الدخول فإنها مطلقة غير مدخول بها، فلا عدة ولا إستبراء عليها ، وما كان واجبا قبل ذلك فقد سقط بالعقد عليها ، مع احتمال بقاء الوجوب هنا ، نعم لو باعها لغيره ثم تزوجها منه أو أحله وطأها فإنه لا استبراء هنا ، لان النكاح لا يجب الاستبراء قبله، إلا أن يعلم الوطىء ، ولهذا لو أعتقها جاز أن يتزوجها في الحال، فلو شراها حينئذ فلا استبراء ، لما عرفت من أن السابق قد سقط ، واللاحق لا يقتضي وجوب الاستبراء حينئذ ، وهذا وجه قوي ، ويكون هذا من المواضع التي يسقط فيها الاستبراء »

قلت : ولكن ينبغي أن يعلم أولاً أن ذلك كله إذا لم يعلم بالوطىء المحترم الذي يجب الاستبراء منه ، وإلا فلا حيلة لاسقاطه على الظاهر ، كما أومى إليه الفاضل المزبور في حيلة التزويج ، وإن كان مقتضى بعض إطلاقات الحيل المزبورة سقوطه ، إلا أنه لا بد من تقييده ، لما عرفت من اختلاط الانساب ، كما أنه ينبغي أن يعلم أن الاستبراء الواجب على المشتري ولو باحتساب ووطىء المالك إنما هو للوطىء ، أما البيع ونحوه فلا يجب الاستبراء له عليه ، فيجوز له حينئذ بيعها قبله ، فإذا باعها من المرأة أو الرجل ثم شراها منه في المجلس مثلاً سقط الاستبراء الاحتمالي عنه ، لاحتياج عود وجوبه عليه إلى دليل .

لكن ومع ذلك ففي النفس منه شيء خصوصاً في أمر الفروج المأمور بشدة الاحتياط فيها ، مخافة اختلاط الانساب ، بل قد يقال : إن السقوط من جهة صدق كونها جارية امرأة لا ينافي الثبوت من حيثة أخرى ، وهي أنها جارية قد اشتربت ممن يجب استبرائها منه لاحتمال الوطىء ، بل نحو ذلك يجري أيضاً في باقى الحيل ، وإن اختلف قوة وضعفها ، بل ربما كان في بعضها من تعارض العموم من وجه فتأمل جيداً . وطريق الاحتياط الذي هو ساحل بحر الهلكة غير خفي ، وتسمع انشاء الله في كتاب النكاح جملة من الكلام في ذلك ، والله أعلم .

وبالجملة يسقط استبرائها بذلك ﴿أو﴾ كانت ﴿في سن من لا تحيض لصغر﴾

فلم تبلغ التسع ﴿أو﴾ لـ ﴿كبر﴾ بلغت حد اليأس، بلا خلاف أجده في شيء منهما ،
وقد سأل عبدالرحمان (١) أبا عبد الله عليه السلام « عن الرجل يشتري الجارية التي لم تبلغ
حد الحيض أو لم تحض؟ فقال : لأعدة عليها » الحديث ، وقال له أيضاً عبد الله بن عمر (٢)
« الجارية الصغيرة يشتريها الرجل وهي لم تدرك ، أو قد يشت من المحيض ؟
فقال : لا بأس بها أن لا يستبرأها » ونحوه رواه الصدوق (٣) مرسلًا عن الباقر عليه السلام ؛
وقال الصادق عليه السلام أيضا في صحيح الحلبي : (٤) « في رجل ابتاع جارية لم تطمث
إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحمل فليس عليها عدة فليطأها ؛ إن شاء »
وقال أيضا في خبر ابن أبي يعفور : (٥) « في الجارية التي لم تطمث و لم تبلغ
الحمل ان اشتراها الرجل ليس عليها عدة يقع عليها » والمراد من التي لم تبلغ الحيض
ويخاف عليها في خبري ربيع ابن القاسم (٦) ومنصور بن حازم (٧) « الذي أمر
فيهما بالاستبراء بالمدة من بلغت تسعا ، ولكن لم تبلغ المعتاد من زمن الحيض ، فان
مثلهما تستبرأ بالمدة » كما في الخبرين المزبورين ، إذ المراد بالصغيرة عندنا من لم
تبلغ ذلك ، خلافا لبعض متأخري المتأخرين فمن لم تبلغ الحيض عادة ، والنص
والفتوى بخلافه ، كما تسمعه في باب العدد وغيره من محاله ، كما أن المراد ممن لم تخص
أوقعت عن الحيض في خبر عبدالرحمان بن أبي عبد الله (٨) عن الصادق عليه السلام ، من كانت
في سن من تحيض ولم تحض ، قال : فيه « في الرجل يشتري الجارية ولم تحض أو
قعدت عن المحيض كم عدتها قال : خمس وأربعون ليلة ، وإن كان المراد في
خبره السابق الصغيرة والياسة ، فلا تنافي حينئذ بين النصوص ، بناء
على ما ذكرنا .

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب نكاح العبد والاماء الجواهر - ١٣

الحديث - ٤ - ٨

(٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث - ١٠ - ١

(٥ و ٦) الوسائل الباب ٣ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ٣ - ٧

(٧ و ٨) الوسائل الباب ٣ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث - ٢ - ٦ الجواهر ١٣

نعم قد يستشكل في النصوص السابقة بظهورها في جواز وطىء الصغيرة وهو معلوم البطلان ، بناء على تفسير الصغيرة بما ذكرنا ، ويدفع بمنع ظهورها في ذلك ، بل يمكن حملها على إرادة أنها صغيرة عند البائع ثم بلغت عند المشتري ، ولأمانع من حيث الاستبراء ، أو يراد لاستبراء عليها ، وإن وطأها البائع محرماً أو غير ذلك ، مما يمكن تنزيلها عليه ، كما أنه قد يستشكل في خصوص مضمّر سماعة (١) الذي هو ما في صحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «في جارية لم تحض قال أمرها شديد ، غير أنه إن أتاه فلا ينزل عليها حتى تستبين له إن كان بها حمل ، قلت : وفي كم تستبين له حمل ؟ قال : في خمسة وأربعين ليلة ؛ لأن قوله فيهما «لم تحض» إما أن يراد به الكتابة عن الصغيرة ، أو البالغة ولكن لم تحض فعلا ، والأولى لا يجوز وطؤها ولو مع عدم الانزال ، كالثانية قبل الاستبراء بالمدة .

ويمكن دفعه بأن المراد عدم الوطىء في الفرج من عدم الانزال ، وشدة الامر حينئذ باعتبار عسر الصبر في هذه المدة ، أو بما في الحقائق من أن المراد أنه اشترى الجارية بعد افتضاضها وزوال بكارتها ولكن في ظنه أنها لم تبلغ سيما مع عدم طمئنها فقال عليه السلام : «إن هذه باعتبار عدم معلومية البلوغ وعدمه محل إشكال ، وأمرها شديد» سيما إذا كانت مثلها ومن هي في قدر جثتها وصورتها يحصل له الحمل ، فالواجب الاستبراء كما أومى إليه في خبر منصور وغيره في النوى لم تبلغ الحيض ولكن يخاف عليها إذا كانت بهذه الكيفية ؛ فيكون المراد من قوله لم تحض عدم العلم بالبلوغ بالحيض ، وإن كانت للبلوغ بالسن محتملة ، وشدة الامر حينئذ من حيث أصالة عدم البلوغ ، ومن حيث خوف الحمل فالذى ينبغي حينئذ استبراؤها ، فإن أتاه فالذى ينبغي له العزل عنها ، لكنه كما ترى فيه مافيه ، ويمكن أن يراد ممن لم تحض فيه البالغة عدداً لكنها لم تبلغ الحيض ؛ وشدة أمرها باعتبار عدم الحيض ؛ وهذه وإن كان الواجب استبراؤها بالمدة ، إلا أنه لو أتم وأتاهما ينبغي أن يعزل عنها مخافة اختلاط الأنساب فتأمل جيداً والله أعلم

﴿أو﴾ كانت الامة المشتراة مثلاً ﴿حائضاً﴾ فإنه يسقط استبرأؤها فيجوز له وطؤها ﴿إلا زمان حيضها﴾ على المشهور بين الاصحاب قديماً وحديثاً شهرة عظيمة فيكتفى في جواز وطئها باتمام حيضها ؛ كما عن الخلاف الاجماع عليه ، لالان ذلك استبرأؤها ، بل لعدم جواز الوطء حال الحيض ؛ و في موثق سماعة (١) «سئلته عن رجل اشترى جارية وهي طامث أيستبرئ رحمها بحيضة أخرى أو تكفيه هذه الحيضة فقال : بل تكفيه هذه الحيضة ، فإن استبرأها بحيضة أخرى فلا بأس هي بمنزلة فضل» وفي صحيح الحلبي (٢) «سألت الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية وهي حائض فقال إذا طهرت فليمسها إن شاء» .

خلاف لابن ادریس فلم يكتف باتمام الحيضة ، و كأنه اجتهد في مقابلة النص بل و الاعتبار ، ضرورة أنه إذا كان الاستبراء يحصل بالحيضة فمع فرض أنه اشتراها حائضاً قد علم بذلك براءة رحمها ، فهي كالجارية التي علم أن البائع قد استبرأها أولم يطأها كما هو واضح ، هذا . وفي النافع يجب على البائع استبراء الامة قبل بيعها بحيضة ومزجها في الرياض فقال واحدة إن لم تبع في أثنائها وإلا فيكفي تمامها على الأشهر الأقوى . وفيه أن خلاف ابن ادریس في المشتري على الظاهر ، ولعل قوله على الأشهر الأقوى راجع الى الاتحاد ، فان المحكي عنه اعتبار التعدد ، فلاحظ وتأمل .

نعم قد يستشكل في الاكتفاء باتمام الحيضة إذا وقع الوطء من المالك في أثناء الحيض عصياناً ، ألهم إلا أن يقال : إن إطلاق مادل على الاكتفاء و إن كان منصرفاً إلى غير الفرض ، لكن قد يمنع شمول مادل على الاستبراء لنحوه أيضاً ، فيبقى على أصل البراءة فتأمل والاحتياط لا ينبغي تركه .

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث-٢

(٢) الوسائل الباب-٣ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث-١

﴿أو حاملاً﴾ أي و كذا يسقط استبرائها إذا كانت حاملاً ، ضرورة معلومة مشغوليتها بالحمل ، ولا فائدة للاستبراء المفسر بترك الوطىء حتى يتبين حالها. نعم لو فسر بترك الوطىء حتى يبرء رحمها مما اشتغل به من ماء أو حمل ، أمكن القول بأن ترك الوطىء للحامل حينئذ حتى تضع أو إلى مضي المدة كما ستعرف الخلاف فيه للاستبراء بهذا المعنى ، ولعل مراد المصنف وغيره ممن أسقطه عنها بالاستبراء ما ذكرناه أو لا ولذلك قال :

﴿نعم لا يجوز وطىء﴾ الجارية ﴿الحامل قبل﴾ بما يسمى وطياً فيه عرفاً ، إلا أن يكون من الأفراد النادرة التي لا ينصرف إليها الإطلاق ، بل لولا ظهور الفتاوى في الإطلاق لا يمكن دعوى إرادة المشتمل منه على الإيماء من النصوص ، ولا فرق في الحامل بين أن يكون حملها بحرأو مملوك أو مبعوض ، ﴿قبل أن يمضي لحملها أربعة أشهر وعشرة أيام﴾ وفاقاً للمقنعة والنهاية والوسيلة والكافي والنافع و المفاتيح والغنية لإبشرط العزل ، والارشاد والتحرير والايضاح وإيضاح النافع والمسالك في الجملة على ما حكى عن بعضها ، وإن اختلفت في التقييد في القبل وعدمه.

فترك في الستة الاول، ولعله مراد لها ، وفي زيادة العشرة وعدمها ، فترك في الاول والرابع والخامس والسابع ، بل في الدروس المشهور أنه يستبرئها بأربعة أشهر وعشرة أيام وجوبا عن القبل لا غير ، وفي ظاهر الغنية لاجماع على ما فيها، وفي الرياض لأرباب في الحرمة قبل انقضاء هذه المدة ، للمعتبرة المستفيضة التي كادت تكون متواترة المعتمدة بالشهرة العظيمة ، بل ظاهر المصنف والاكثر، بل نسبه غير واحد إلى الاصحاب عدم الفرق في ذلك بين الزنا وغيره ، بل لأجد خلافاً في التحريم فيها إلا من الشيخ في الخلاف وكتابي الاخبار ؛ وابن ادريس ، فالجواز. نعم نص الاول منهما على الكراهة مدعياً لاجماع عليها، ومن الفاضل وثاني الشهيدين وغيرهما في خصوص الحمل من الزنا، فالكراهة فيها أيضاً، وربما الحق المجهول به ، لكن ليس في شيء مما وصل

الينا من نصوص المسألة إشارة إلى الفرق بين الزنا وغيره، فضلاً عن المجهول، بل ربما كان ظاهرها خلافه، خصوصاً ترك الاستفصال مع انصراف الحمل إلى النكاح الصحيح كما في سائر أفعال المسلمين، وعدم الحرمة لما هو بالما هو بالنسبة إلى إلحاق الولد وعدمه، لا بالنسبة إلى وطئ من علم حملها منه، المعلن بتغذية الولد ونحوه، ودعوى أن المعهود من الشرع الغاء اعتبار الزنا في العدة والاستبراء، يمكن تسليمها في غير المقام الذي يمكن أن يكون عدم الوطئ فيه تعدياً وليس لعدة ولا استبراء، بل هو ظاهر المصنف وغيره ممن نفى الاستبراء عن الحامل بل منع في الحقائق عدم العدة والاستبراء للزنا محتجاً بخبر حريز (١) قال لا بى عبد الله عليه السلام : « الرجل يفجر بالامراة ثم يبدوله في تزويجها هل يحل له ذلك ؟ قال : نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور، فله أن يتزوجها وانما يجوز له تزويجها بعد الوقوف على توبتها » وما رواه الحسن بن على بن شعبة في كتاب تحف العقول (٢) عن أبى جعفر الجواد عليه السلام : « أنه سئل عن رجل نكح امرأة على زنا يحل له أن يتزوجها ؟ فقال : بدعها حتى يستبرئها من نطفته و نطفة غيره إن لا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت معه ، ثم يتزوج بها إذا أراد ، فإن مثلها مثل نخلة أكل رجل منها حراماً ثم اشتراها فأكل منها حلالاً » وإطلاق ما دل على وجوب العدة والغسل والمهر والرجم بالدخول ، وأن العدة من الماء وإن كان هو كما ترى ، بل ينبغي الجزم بإرادة النذب من الخبر الأول ؛ إذ لا استبراء عليه من مائه بل والخبر الثاني خصوصاً بعد استفادة النصوص بإطلاق جواز تزويج الزانية .

نعم قديقال في خصوص المقام بحرمة الوطئ وإن كان الحمل من زنا، لا للعدة والاستبراء، بل لا طلاق النصوص، وعدم إشعار شيء منها به، كما أنه قد يقال إن ظاهرها مجهولة حال الحمل على وجه لم يعلم كونها من ذات العدة بالوضع، كالمطلقة ونحوها،

١- الوسائل الباب ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث ٣

٢- تحف العقول ص ٣٣٨ المطبوع بالنجف الاشرف سنة ١٣٨٥

أو من غيرها كالحامل من زنا ؛ بناء على عدم العدة له بذلك ، والمسا حقة ونحوها ، إذ المعلوم عدم كونها من ذوات العدد بالوضع وإنما هي من ذوات الاستبراء المفروض سقوطه بالحمل ، بل لعل ذلك هو الغالب في الاماء ، و حينئذ يتجه جريان الاقوال المزبورة للنصوص ، وأما إذا علم حال حملها وكونه عن وطىء صحيح تعقبه طلاق أو فسخ أو نحو ذلك ، أو غير صحيح كالزنا مثلاً وقلنا بعدم الحرمة لمائه ، فهو على حكمه بالنسبة إلى كل فرد ، لأن المراد من النصوص الاطلاق الشامل للمطلقة مثلاً ونحوها مما كان عدتها الوضع ، ضرورة إمكان تحصيل الاجماع على خلاف ذلك ، كما يظهر لك الحال بأدنى ملاحظة لكلامهم في العدد ، مضافاً إلى إطلاق الآية و النصوص فلا حظ وتأمل جيداً ، فإن هذا هو التحقيق في المسألة .

وهذا الحكم مختص - بالامة المشتراة التي كان حكمها الاستبراء ، وسقط بالحمل ، كما عساه الظاهر من المصنف وغيره مع إلحاق غير الشراة من أسباب الملك الاختيارية والقهرية ، كما هو مقتضى كلامهم في أصل موضوع المسألة ، وعدمه جموداً على مقتضى النص المفصل - أو أنه شامل لكل جارية حامل مجهولة الحال أو معلوم أنها من غير ذوات العدة بالوضع ، فيندرج فيه أمة السيد لو حملت كذلك ، كما عساه يظهر من إطلاق العنوان في بعض العبارات وجهان ، من أصالة الجواز بعدم معلومية سبب التحريم ، ومن إطلاق النهي عن وطىء الجبلى حتى تضع ، لا يخلو أولهما من قوة ، فحمل صحيح رفاءة - (١) المقيد فيه بالأربعة أشهر وعشرة أيام عليه مراداً من النهي فيه في المدة الكراهة ، وبعدها لا كراهة ، أو مراداً منه الحرمة وبعدها لا حرمة ، بخلاف الحمل من غيره فإنه محرم إلى حال الوضع - لاشاهد له سوى دعوى معلومية عدم احترام ماء الزانى .

وفيه أن المقام يمكن أن لا يكون من الاحترام ، على أن مثله يرد بناء على إرادة الحرمة من النهي في الصحيح المزبور ، فلا ريب حينئذ في ضعف القولين معاً كضعف القول بحرمة الوطىء إلى حال الوضع مطلقاً ، تمسكاً باطلاق النصوص كموثق

اسحاق بن عمار (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية يشتريها الرجل وهي حبلى أيقع عليها؟ قال: لا» وقوله عليه السلام أيضا في موثق مسعدة (٢) «يحرم من الاماء عشر، لاتجمع بين الام والبنت، ولا بين الاختين، ولا أمتك وهي حبلى من غيرك حتى تضع» كقوله أيضا في خبر مسمع بن كردبن (٣) «قال أمير المؤمنين عليه السلام : عشر لا يحل نكاحهن ولا غشيانهن، أمتك وأماها، إلى أن قال، و أمتك ان وطئت حتى تستبريء بحيضة، وأمتك وهي حبلى من غيرك» الحديث .

وفى المروى عن العيون مسندا إلى الرضا عن آبائه عليهم السلام (٤) «قال : نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن وطئ الحبل حتى يضعن» وعن قرب الاسناد عن ابراهيم بن عبد الحميد (٥) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية وهي حبلى أيطأها قال : لا، قلت : من دون الفرج؟ قال : لا يقربها ، وفى خبر محمد بن فيس (٦) «عن أبي جعفر عليه السلام في الوليدة يشتريها الرجل وهي حبلى؟ قال : لا يقربها حتى تضع ولدها» وخبر ابي بصير (٧) «قلت لأبي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية وهي حامل ما يحل له منها؟ قال : مادون الفرج» إلى غير ذلك من النص ص المطلق والمقيدة بالوضع. مضافاً إلى آية (٨) «أولى الاحمال» المرجحة على آية الملك (٩) في صحيح رفاة (١٠) عن أبي عبد الله عليه السلام «في الامة الحبلى يشتريها الرجل فقال : سئل أبي عن ذلك فقال : أحلتها آية وحرمتها آية أخرى ، فأنا ناه عنها نفسي وولدي، فقال الرجل : أنا أرجو أن أنتهي إذ أنهيت نفسك ولذلك» إذ أنهى حقيقة في التحريم، وكان الذى دعاه إلى هذا التعبير والنسبة إلى أبيه النقية كما قيل ؛ فإنهم كانوا يرون الجواز ، فلم يمكنه

(١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب ٨ - من ابواب نكاح العبد و الاماء

الحديث ٤ - ٥ - ٦ - ٧ - ٨ - ١

(٧) الوسائل الباب ١٢ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ٣

(٨) سورة الطلاق الآية ٣-

(٩) سورة المؤمنون الآية ٣-

(١٠) الوسائل الباب ٨ من ابواب نكاح العبد و الاماء الحديث ٢

التعبير عنه صريحاً .

و إلى الاجماع المحكي عن شرح الارشاد للفخر على ذلك فى غير الزنا ، بل ظاهر غيره أن ذلك من المفروغ منه ، وأنه من المسلمات التي لا يعترىها الشك ، وأنه لذلك حمل صحيح المدة (١) على الزنا ، لعدم إمكان الحمل في غيره ، وإلى معلومية حرمة وطىء الحامل في غير المقام ، في طلاق و وفاة وغيرهما مما يكشف أن لذي الحمل تعلقاً بالرحم مادام مشغولاً بالحمل ، ومن هنا لم يجعل أجلاً دونه إلى غير ذلك .

إذ فيه أنه مستلزم لطرح صحيح رفاة المعمول به بين الاصحاب في الجملة كما اعترف به فخر المحققين وغيره بلامقتضى ، أو تأويله من دون شاهد ، قال على مارواه في التهذيب (٢) « سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت : أشتري الجارية فتمكث عندي الاشهر لا تنطمث ، وليس ذلك عن كبر فأريها النساء فيقلن ليس بها حمل ، فلي أن أنكحها في فرجها ؟ فقال : إن الطمث قد يحبس الریح من غير حمل ، فلا بأس أن تمسها في الفرج قلت : فان كانت حبلى فما لي منها ؟ فقال : لك مادون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر وعشرة أيام ، فإذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج . قلت : إن المغيرة وأصحابه يقولون لا ينبغي للرجل أن ينكح امرأته وهي حامل وقد استبان حملها حتى تضع فتغذو ولده قال : فقال : هذا من أفعال اليهود » فلا بأس بتأييد الاطلاق المتقدم به ؛ كما أنه لا بأس بالجمع بينه وبين نصوص الوضع ، بجعل الغاية أحدهما ، كما هو مقتضى الأمر بهما . واعتضاد نصوص الوضع بالأصل واطلاق النهي السابق ، وبظاهر صحيح رفاة السابق (٣) من حيث دلالة على انحصار الأمر بين الاباحة المطلقة ؛ كما دلت عليه الآية الاولى ، أي آية الملك ، (٤) أو الحرمة

(١) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب نكاح العيود والاماء الحديث - ٣

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٨ الحديث ١٨٧٨

(٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب نكاح العيود والاماء الحديث - ٢ -

(٤) سورة المؤمنون الآية ٤

كذلك، كما صرحت به الثانية (١) .

وحيث ظهر لنا الحرمة في الجملة بالأدلة السابقة تعين ترجيح الآية وهي في الحرمة إلى الوضع صريحة ، ولا آية هنا تدل على التفصيل بين المدين ، بالبديهة لا يمنع من الجمع المزبور بعد الاغضاء عن جريان الاصل المعلوم قطعه بآية الملك ؛ والصحيح ظاهر في ترجيح آية الملك ، وأن المراد من النهي الكراهة ، بل يمكن دعوى ظهور آية الحمل في غير المقام من ذوات العدد، فلاريب حينئذ في أن مقتضى أصول المذهب الجمع بين النصوص بما عرفت، وأن المطلق منها يقيد بذلك .

وما يقال - من أن التقييد فرع المقاومة ، وليس لقصوره عددا عن ذلك، مع بعد التقييد فإن أظهر أفراد الحبلى من استبان حملها ، وليس إلا بعد انقضاء المدة المزبورة - مدفوع بأن كثرة عدد المطلق لا تنافي تقييده بالمتحد المعمول به بين الاصحاب ، وبمنع كون الاظهر ذلك بحيث ينصرف إليه الاطلاق ، وخلو الصحيح - عن زيادة التقييد بالاربعة وعشر - في الكافي - غير قادح ، كما أن اختلاف عبارات الاصحاب من حيث التقييد بالعشر وعدمه كذلك ، ضرورة كون الصحيح المزبور حجة على تارك التقييد فلاريب في رجحان هذا القول على غيره .

نعم لولا الشهرة العظيمة والاجماع المحكي لكان القول بالكراهة كما سمعته من الشيخ وابن ادريس في غاية القوة لظهور صحيح رفاعه (٢) السابق فيها والخبر (٣) « ما أحب للرجل المسلم أن يأتي الجارية الحبلى قد حبلت من غيره » إلى آخره وترك النهي عنه في خبر السكوني (٤) عن الصادق عليه السلام « أن رسول الله ﷺ دخل على رجل من الانصار وإذا وليدة عظيمة البطن تختلف فسأل عنها ، فقال : اشتريتها يا رسول الله

(١) سورة الطلاق الآية ٢

(٢) الوسائل الباب ٨ - من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ٥ - من ابواب نكاح العبد والاماء في ذيل الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ٩ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ٣

وبها هذا الحبل، قال : أقربتها ؟ قال : نعم قال : اعتق ما في بطنها ، قال : يا رسول الله وبما استحق العتق ؟ قال : لان نطفتك أغذت سمعه وبصره ولحمه ودمه « بل التعليل فيه ظاهر في الكراهة ، وأن المراد من النهي في غيره للإرشاد ، لانه بالوطئ يرجح له أويتعين عليه عتق الولد ، بل قول الصادق عليه السلام في خبر غياث (١) « من جامع أمة حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولدها ولا يسترق ، لانه شارك فيه الماء تمام الولد » لا يخلو من إشعار بجواز الجماع ، إلى غير ذلك مما يشهد للجواز من إطلاق أدلة الملك وغيره ، فلو لا ما عرفت لكان القول به في غاية القوة ، فحيث انتفى لذلك كان القول بما في المتن أقوى من غيره قطعاً ، لما عرفته من دليل الحرمة في المدة وغيرها ، للأصل والصحيح أيضاً ، وجواز التصرف في ملك اليمين والامن من اختلاط الانساب في غيرها .

ومن ذلك كله بان لك الوجه في جميع الأقوال على اختلافها في الوطئ بعد مضي المدة وقبله وأن الأقوى منها قبله الحرمة ﴿ ويكره بعده ﴾ الذي في الدروس وغيرها أنه المشهور ، ولعل حكم المصنف بكرهاته لقوله عليه السلام « لا أحب » وتنزيل صحيح رفاة المشتمل على نهيه عليه السلام لنفسه وولده عليه ، وللتخلص من شبهة الخلاف ومن احتمال ارادة النهي من المطلقات إلى حال الوضع ؛ ومن نحو ذلك مما يصلح دليلاً للكراهة ، فتأمل جيداً .

فان المسألة من المشكلات وقد اضطرب فيها كلام الاساطين ، حتى ان العلامة منهم قال هنا في القواعد : « ويحرم وطئ الحامل قبلاً قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام ، ويكره بعده إن كان عن زنا وفي غيره إشكال » وقال في النكاح منها : « ولو اشترها حاملاً كره له وطؤها قبلاً قبل الوضع أو مضي أربعة أشهر وعشرة أيام إن جهل حال الحمل ، لاصالة عدم إذن المولى ، وإن علم إباحته بعقد أو تحليل حرم حتى تضع ، وإن علم كونه عن زنا فلا بأس » وقال في الطلاق منها « كل من ملك جارية موطوءة ببيع أو غيره من إستغنام أو صلح أو ميراث أو أي سبب كان لم يجزله وطؤها إلا بعد الاستبراء ، فان كانت حبلى من مولى أو زوج أو وطئ شبهة لم ينقض الاستبراء إلا بوضعه ، أو مضي

أربعة أشهر وعشرة أيام، فلا يحل له وطؤها قبل قبل ذلك؛ ويجوز في غير القبل، ويكره بعدها، وهو كما ترى غير الأولين، هذا كله في الوطء في القبل.

أما الدبر فقد يمنع الحرمة فيه تنزيلاً لا إطلاقاً للنصوص بل والفتاوى على المتعارف حتى قوله عَلَيْهِ السَّلَام «لا يقربها» خصوصاً بعدما في النصوص من أنه «يعتق الولد مع الوطء» لانه غذاه بنطفته، وفرضه في الدبر بعيد جداً، خلافاً للكركي ومن تبعه فحرمه أيضاً لصدق اسم الفرج، ولقوله عَلَيْهِ السَّلَام «لا تقربها» الذي لا ينافي فيه خروج ماعدا الوطء منه بالدليل، وفيه ما عرفت؛ بل الظاهر عدم استحباب العزل عن الوطء فيه.

﴿و﴾ كيف كان في ﴿لموطأها﴾ مثلاً حيث يجوز على ما عرفت من الخلاف فيه عزل عنها استحباباً ﴿بلا خلاف أوجه بين من تعرض له، إلا من ظاهر المحكي عن النبي وابن زهرة فأوجباه في الوطء بالاربعة بناء على جوازه، ولاريب في ضعفه، ضرورة عدم وجوبه مطلقاً حيث يجوز، للاصل السالم عن المعارض، بل لولا التسامح في السنن لتمكن الاشكال في ثبوت استحبابه، اللهم إلا أن يدعى اشعار الموثق به (١) قال: «سألت أبا الحسن عَلَيْهِ السَّلَام عن رجل اشترى جارية حاملاً وقد استبان حملها؟ فقال: بشئ ما صنع، قلت: فمات قول فيه قال: أعزل عنها أم لا؟ فقلت: أجبني على الوجهين، قال: إن كان عزل عنها فليتيق الله ولا يعود، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ولا يورثه، ولكن يعتقه ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به، لانه غذاه بنطفته» وهو كما ترى ضرورة أنه لو تم اشعاره لاقتضى ثبوت الاستحباب حيث يحرم الوطء وهو بعيد.

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لمولم يعزل كره له بيع ولدها﴾ وفاقاً للجماعة، تنزيلاً للنهي عنه في الموثق المزبور عليها، لكن فيه أنه لا قرينة على ذلك، اللهم إلا أن يدعى ظهور التعليل فيها ضرورة كون المنصرف منه أنه يكون بذلك كالولد فلا يملكه،

لكن قد يمنع بل ظاهر المحكي عن الشيخين والحليين والطوسي والديلمي حرمة البيع ، بل ظاهر ابن زهرة منهم أو صريحه الإجماع عليه ، ومن هنا جزم به بعض متأخري المتأخرين بل جزم بوجود عتقه ، وجعل شيء له من ماله يعيش به ، للامر بهما فيما سمعته من النصوص ، بل هو ظاهر النهاية والوسيلة والغنية مدعيا عليه الإجماع فى الأخير هذا .

﴿ و ﴾ لكن فى المتن وغيره أنه ﴿ استحبه له أن يعزل له من ميراثه قسطا ﴾ وإن كنت لم أجده فى شيء مما وصل إلي من نصوص المسألة بل الموجود فيها عتقه ، وجعل شيء له من المال يعيش به ، فبناء على إرادة النذب من هذا الامر كان المتجه جعل المستحب ذلك . نعم بقي شيء وهو أنه لافرق فى ثبوت ذلك بين الوطىء فى المدة وبعدها أو هو مختص به بعدها ، ظاهر المقنعة الاول ، قال : « فان وطأها قبل مضي الاربعة أشهر أو بعد ذلك ولم يعزل عنها لم يحل بيع الولد ، لانه غذاه وأنماه بنطقته ، وينبغى أن يجعل له من ماله بعد وفاته قسطا يعزله فى حياته ، ولا ينسب إليه بالبنوة » وفى الوسيلة « فان مر عليها أربعة أشهر وعشرة أيام جازله وطؤها ولم يعزله وطؤها قبل ذلك ، فان وطأها لم يعزله بيع ولدها ، لانه غذاه بنطقته ؛ وعليه أن يعتقه ويعطيه شيئا من ماله » وفى الغنية « فان كانت حاملا لم يعزله رطؤها فى الفرج حتى يمضي لها أربعة أشهر إلا بشرط عزل الماء ، فان لم يعزل لم يعزله بيع الولد ، ولأن يعترف به ولدا ؛ بل يجعل له قسطا من ماله لانه غذاه بنطقته ، بدليل إجماع الطائفة وعن النقي « لا يحل وطىء الحامل من غيره حتى يمضي لها أربعة أشهر إلا دون الفرج ، وفيه بشرط عزل الماء ؛ واجتنابها حتى تضع أولى ، وإذا وطأ الحامل لم يحل له بيع ولدها ، ولا الاعتراف به ولدا » وفرق فى النهاية فقال : « إذا اشترى جارية حبلى فوطأها قبل أن يمضي عليها أربعة أشهر وعشرة ، فلا يبيع ذلك الولد لانه غذاه بنطقته ، وكان عليه أن يعزل له من ماله شيئا ويعتقه ؛ وإن كان وطؤه لها بعد انقضاء الاربعة أشهر وعشرة أيام ، جازله بيع الولد على كل حال ، وكذلك إذا كان الوطىء قبل انقضاء الاربعة أشهر وعشرة أيام ، إلا أن يكون قد عزل ، جازله

بيع ولدها على كل حال ، وأما النصوص فليس فيها تصريح بالفرق بالنسبة إلى ذلك. نعم قيل إن ظاهر الموثق المزبور كون الوطىء بعد الشراء وبعد المدة المذكورة لأن استبانة الحمل لا تكون إلا بعد المدة المذكورة ، والامر سهل بناء على المختار والله أعلم .

المسألة ﴿ الخامسة التفرقة بين الاطفال ﴾ الممالك وان لم يكونوا رشدة ﴿ وأمهاتهم ﴾ كذلك ﴿ قبل استغنائهم عنهن ﴾ محرمة ﴿ عند الكاتب و الشيخين والتقي والقاضي وابن حمزة والفاضل في النذكرة و ظاهر القواعد والمقداد في التنقيح والعليين وثاني الشهيدين وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل هو المشهور بل عن الخلاف الاجماع عليه ﴿ وقيل ﴾ : والقائل الشيخ في باب العتق من النهاية والحلي والفاضل في جملة من كتبه ، و أول الشهيدين و ابن فهد في المختصر ﴿ مكروهة وهو الاظهر ﴾ .

جمعاً بين ما دل على الجواز من الاصل ، وعموم تسلط الناس على أموالهم (١) وعلى خصوص العقود عليها وغيرهما ؛ وما دل على المنع كصحيح معاوية بن عمار في الصحيح (٢) « قال : سمعت الصادق عليه السلام يقول أتى رسول الله صلى الله عليه وآله بسبي من اليمن فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جارية من السبي كانت أمهم معهم ، فلما قدموا على النبي صلى الله عليه وآله سمع بكاءها فقال : ما هذا البكاء فقالوا يا رسول الله احتجنا نفقة فبعنا ابنتها ؛ فبعث بثمانها فأتى بها ، وقال : بيعوهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً » وموثق سماعة المرسل في الفقيه (٣) « عنه عن الصادق عليه السلام عن أخوين مملوكين هل يفرق بينهما ؟ وعن المرأة و ولدها هل يفرق بينهما ؟ فقال : لا هو حرام إلا أن يريدوا ذلك » وصحيح هشام ابن الحكم (٤) « قال : اشتريت للصادق عليه السلام جارية من الكوفة

(١) البحار ج ٢ ر ٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) (٤٣٥٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٢-٣-٤

قال : فذهبت تقوم في بعض حوائجها ، فقالت : يا أمه فقال لها أبو عبد الله عليه السلام : ألك أم ؟ قالت : نعم فأمر بها فردت ، فقال : ماأمنت لوحبستها أن أرى في ولدي ماأكره » وخبر عمرو بن أبي نصر (١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية الصغيرة يشتريها الرجل فقال : ان كانت قد استغنت عن أبوها فلا بأس » وصحيح ابن سنان (٢) « عن الصادق عليه السلام في الرجل يشتري الغلام والجارية وله أخ أو اخت أو أم بمصر من الامصار ؟ قال : لا يخرجها إلى مصر آخر إن كان صغيرا ولا تشتره ، وإن كان له أم فطابت نفسها ونفسه فاشتره إن شئت » والنبوى (٣) « من فرق بين والدته وولدها ، فرق بينه وبين أحبته » .

ضرورة أنه لا يخفى على الفقيه العارف بلسانهم عليهم السلام ، إرادة الكراهة من أمثال هذه الخطابات ، خصوصا مع عدم تقييد الموثق بالاستغناء ، واشتماله على الاخوين ؛ ولم أجد من أفتى به عدا بعض المتأخرين كثنائي المحققين والشهيدين ؛ وما سمعته من المحكي عن الاسكافي ، بل الفاضل في التذكرة مع قوله بالتحريم في الطفل والام صرح بالكراهة فيهما ، بل غيره صرح بالجواز فيهما من غير تعرض لها ، بل قد يستفاد ذلك أيضا من اقتصار الاكثر على الطفل وأمه .

فما في الرياض - من أن الاصح التعدية لغير الام من الارحام المشاركة لها في الاستيناس كالأب والاخت والعمة والخالة ، وفاقا لالاسكافي وجماعة ، لتصريح الصحيح والموثق بمن عدا الاخيرين ، وظهور الحكم فيهما بعدم القائل بالفرق - في غير محله بناء على الحرمة ، خصوصا بعد المحكي عن المبسوط من التصريح بجواز التفرقة بين الولد والوالد ، بل عن السرائر نفى الخلاف فيه ، وفي جهاد التحرير قال الشيخ : « يجوز التفرقة بين الولد والوالد ، وبينه وبين الجدة أم الام ، وبين الاخوين والاختين ، وبين من خرج من عمود الابوين من فوق وأسفل مثل الاخوة وأولادهم والاعمام وأولادهم

وساير الاقارب ولاخلاف في جواز التفريق بينه ، وبين الرحم غير المحرم ، وبينه وبين الام من الرضاغة والاخت منها ، وفي جواز التفرقة بينهما في العتق ؛ بل في باب البيع منه الوجه عدم كراهية التفريق بين الولد والاب ، أو بين غيره من ذوي الارحام وبينه سواء قرب أو بعد ، ذكر اركان أو أنثى .

والمحكي عن أبي علي أنه طرد الحكم فيمن يقوم مقام الام في الشفقة ، وتبعه عليه غيره ، فلعله لا يريد الاخوين ، على أنه يمكن أن يكون بناء على ما ذهب إليه من حجية العلة المستنبطة المعلوم بطلانها عندنا ، كل ذلك مع إطلاق التفريق فيه الشامل للبيع وغيره ، مع أنك قد عرفت نفى الخلاف في التحريم عنه في العتق ، وعن التذكرة النص على نفى البأس عنه في السفر ، بل وفي الوصية معللاً له بما كان كون الموت بعد انقضاء زمان التحريم ، لكن قال : فان اتفق قبله فاشكال ، ونص أيضاً على أنه لو كانت الام مملوكة والولد حراً أو بالعكس لم يمتنع بيع الرقيق ، على أن القول بضم من سمعت من الارحام إلى الام يقتضي عدم جواز بيع الطفل ولو مع أمه إذا كان له استيناس ببعض أرحامها ، فلا يجوز للمالك إلا بيع الجميع وإن كثر العدد ، وهو مما لا يلتزمه فقيه ، خصوصاً إذا قلنا بعدم اعتبار اتحاد المالك كما يقتضيه إطلاق بعض النصوص ، فيعتبر حينئذ في صحة البيع اتفاق المالك أجمع ، وإلا فلا يجوز لكل واحد منهم منفرداً إلى غير ذلك مما هو منكر في مذاق الشرع ، و أما الصحيح فظاهر في استغناء البنت التي قامت في بعض حوائجها ؛ فلا بد من حملها على الكراهة خصوصاً بعد كون المشتري مثل هشام الذي يبعد عدم معرفته بهذا الحكم ، بل التعليل فيه وتصديقها بمجرد دعواها كالصريح في ذلك ، وخبر عمرو إنما يدل على ثبوت البأس الذي هو أعم من الحرمة ، وصحيح ابن سنان قد اشتمل على غير الام ولدها ممن عرفت الحال فيه ، والنبوى لا يخلو من إشعار بالكراهة كما لا يخفى على من مارس كثيراً من خطاباتنا .

ولكن مع ذلك فلا احتياط لا ينبغي تركه في التفرقة بالبيع ، بل وغيره من النواقل

كالهبة وغيرها ، المصرح بمساواتها للبيع ، كما قيل فى التحرير و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة وغيرها ، و إن كان ينبغي تقييده بالاختيارية و الا فلا ، ومنه ما لو ظهر استحقاق أحدهما بوجه شرعي فانتزعه المستحق ، فإن الظاهر عدم المنع ، أما الرد بالعيب مثلا ففى التذكرة إشكال أقربه المنع .

وعلى كل حال فالظاهر عدم المنع مع الرضا منهما بالتفرقة ، للموثق المزبور ، بل يمكن القول بعدم الكراهة معه أيضا . نعم فى التحرير لانزول الكراهية برضا الام ، ولعله لمراعات حق الولد خصوصا بعد التعليق فى الموثق على إرادتهما ، وفى آخر على طيب نفسيهما ، فينبغي مراعاتهما معا لا الام خاصة ، مع فرض كون الولد ممن يتاذى بفراقها هذا ، وفى المحكي عن التذكرة أنه إن لم تحصل التفرقة الحسية فالاقوى جواز البيع كمن يبيع الولد ويشترط استخدامه مدة البيع ، وهو جيد إقتصارا على المتيقن .

ثم إن الظاهر بناء على المنع فساد البيع كما صرح به جماعة ، بل فى التذكرة ما يشعر بدعوى الاجماع عليه لظاهر النصوص السابقة المشتملة على غير النهى من رد الثمن ونحوه ، لكن عن جهاد المبسوط أنه جاز على الظاهر من المذهب ، بل عنه فى الخلاف أنه قواه كالسائر ، إلا أنك قد عرفت أنه ممن يقول بالكراهة هذا ، وصرح جماعة أن الخلاف فى الحرمة والكراهة بعد سقى اللبا ، أما قبله فلا يجوز لانه سبب لهلاك الولد ، وهو جيد إن كان كذلك ، لكن فى الحقائق أنه رأى كثيرا من الاطفال قد عاش بدون ذلك ، بأن يشرب من لبن غير أمه بعد الولادة ، وربما تعذرو وجود اللبن من أمه لمرض ونحوه بعد الولادة مدة ، بل قيل إنه قد لا يوجد اللبا فى كثير من النساء .

نعم محل الخلاف كما عرفت قبل الاستغناء أما بعده فلا إشكال فى الجواز نصا وفتوى ، بل فى التنقيح نفى الخلاف عنه ، بل عن إيضاح النافع الاجماع عليه . نعم فى الاول فى فرع ذكره قال : ظاهر الاصحاب أن التفرقة بعد الاستغناء مباحة ، وقيل يكره ،

ويقرب التفصيل وهو أنه مع التمييز وإصلاح القيام بالضروريات لأكراهة، وإلّا لأكراهة، وهو ليس خلافاً في أصل الجواز وأمر الكراهة سهل .

﴿ و ﴾ على كل حال فالمشهور كما في التذكرة أن ﴿ الاستغناء يحصل ببلوغ سبع ﴾ من غير فرق بين الذكر والانثى ، ﴿ وقيل : يكفي استغناؤه عن الرضاع ﴾ ولعل ذلك مقتضى إطلاق المحكي عن المقنعة والنهاية والمراسم الاستغناء ، بل قيل إن الشيخ والجماعة كذلك في باب الجهاد ﴿ والاول أظهر ﴾ عند المصنف استصحاباً للحكم ، ولغلبة الأدية قبلها ، إلا أن الأظهر منه جعل المدار على تحقق الاستغناء عرفاً، وهو مختلف باختلاف الاطفال والامهات ، لا إطلاق الدليل السالم عما يقتضي تقييده بالسبع أو غيره ، واحتمال نظر الاصحاب في المقام إلى الحضانة يدفعه ما عرفت من شهرة السبع هناك من غير فرق بين الذكر والانثى ، والمعروف فيها هناك كذلك .

ومن ذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد وإن تبعه عليه في الروضة والمسالك والرياض ومحكي الميسية . قال : « 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 ؛ ولأن الناس مسلطون على أموالهم ، خرج منه ما دل الدليل على منع التفرقة بين مطلق الامهات والاولاد ، فيبقى الباقي على الاصل ولأن الاخبار الدالة على عدم جواز التفرقة لاحد فيها ، فيحمل إطلاقها على المدة المحرمة ، بمقتضى الحضانة ، لأن ذلك هو الحق المقرر للام ، وكون الولد معها في نظر الشارع وإطلاق الاصحاب يحتمل أمرين ، إما الحوالة على ما هناك ، أو عدم الظفر بما يعين المراد ، وقد صرح بعض الاصحاب وهو الشيخ أحمد بن فهد بأن المسألة هنا مبنية على الأقوال في الحضانة فكان شاهداً بما قلناه ، وهذا هو الصواب السني ينبغي المصير إليه » .

وفيه أن ملاحظة كلامهم في المقامين تقضي بالقطع بعدم بناء هذه المسألة عندهم على تلك المسألة التي فصل المشهور فيها بين الذكرو الانثى ، بخلاف هذه ، كما أن الاولوية واضحة المنع ، لان المراد هنا التفرقة بالبيع ونحوه ، بخلافه في الحرية. وقد عرفت تصريح الفاضل بجواز التفريق بينهما ببيع الرقيق منهما لو كان أحدهما حرا من غير ملاحظة للحضانة ، بل قد عرفت غير ذلك مما لا ينطبق عليها ، فأحسن شيء حمل كلام المشهور هنا على إرادة حصول الاستغناء غالبا بالسبع ، وإلا فالمدار ما قلناه خصوصا بعدما عن التذكرة من تعليل كون الغاية السبع بكونها سن التمييز ، فيستغنى عن التعهد والحضانة .

وأقرب منه إرادة من أطلق التحديد بالاستغناء كالمقنعة والنهاية و المراسم ما ذكرنا من الايكال الى العرف ، ومن ذلك يعلم جودة ما عن ايضاح النافع حيث أنه بعد أن حكى عن ابن فهد ما عرفت ، قال : إنه ليس بشيء إذ هو كذلك ، وليس في شيء من كلام الاصحاب ما يشعر بذلك ، سوى ما عن مبسوط الشيخ من تعليله الحاق الجدة بالام ، بأنها بمنزلتها في الحضانة ، ويمكن عدم ارادة دوران الحكم على ذلك والله أعلم. هذا كله في الاناس ، أما البهائم فقد صرح غير واحد بجواز التفرقة فيها بينها قبل الاستغناء عن اللبن وبعده ، نعم قيده بما إذا كان مما يقع عليه الذكاة أو كان له ما ينمو به من غير لبن أمه ، ولعله لعدم جواز إتلاف المال أو خصوص الحيوان منه بغير الطريق - الشرعي كالذبح ، ولتحقيق ذلك محل آخر والله اعلم .

المسألة السادسة من أولد جارية ﴿ قد اشترها مثلا جاهلا ﴾ ثم ظهر أنها مستحقة ﴿ للغير بينة شرعية أو نحوها ﴾ انتزاعها المالك ﴿ منه بلا خلاف ولا إشكال ﴾ ﴿ والمشهور نقلوا تحصيلها شهرة عظيمة ، بل عن المخلاف الاجماع ، أنه يجب ﴾ على الواطيء عشر قيمتها ﴿ بدخول أرش الجناية على الأقوى ﴾ ﴿ إن كانت بكرًا ﴾ أي لم يمسه رجل ولم تذهب عذرتها ، وقد يقوى الإكتفاء بالثاني وفي شرح الاستاد أن الاكتفاء بالاول

أقوى ﴿ونصف العشر إن كانت ثيباً﴾ لصحيح الوليد بن صبيح (١) عن أبي عبد الله عليه السلام
 «في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها؟ فقال : إن كان الذي زوجه
 إياها من غير مواليها فالتكاح فاسد، قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ فقال :
 إن وجد مما أعطاه شيثافلياً أخذه وإن لم يجد شيثافلاشي له عليها وإن كان الذي
 زوجه إياها ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ، ولمواليها عليه عشر قيمتها إن
 كانت بكراً ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها ، وتعتد منه
 عدة الامة، قلت : وإن جاءت منه بولد قال : اولادها منه احرار إذا كان التكاح بغير إذن
 المولى » والصحيح الآخر (٢) «أرأيت إن أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضاها
 فقال لا ينبغي له ذلك : قلت : فإن فعل يكون زانيا؟ قال : لاو يكون خائناً ، ويغرم
 لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها » وغيرهما ، و
 مغايرة المورد للمقام يدفعه اتحاد طريق المسألتين ، واشعار الاول بالعموم بالتعقيب
 بما هو كالتعليل من استحلال الفرج المحقق هنا بل عن بعض اصحابنا الاستدلال به
 بالفحوى ، كل ذلك مع أن عبارة المصنف كما سمعت غير خاصة بالبيع ؛ و نحوها
 عبارة القواعد ، بل في شرح الاستاد جعل موضوع المسألة ظهور إستحقاق الامة
 الموطوءة بزنا أو غيره من نكاح أو تحليل أو ملك أو شبهة بأحدها ، لعدم مالكية المالك
 أو ظهور فساد العقد له ﴿و﴾ لعله كذلك .

﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي من غضب المبسوط وابن ادريس ﴿يجب
 مهر أمثالها﴾ الذي هو عوض منفعة البضع شرعاً مع عدم التسمية من غير فرق بين الحرة
 والامة ، بل عن بعضهم إتمام ذلك بأن الرواية (٣) إنما وردت فيمن اشترى جارية و
 وطأها وكانت حاملاً من سحق أو غيره ، وأراد ردها فلا يقاس عليه ، ﴿و﴾ لكن قد

(١) الوسائل الباب - ٦٧ - من ابواب نكاح العيود والاماء الحديث ١ -

(٢) الوسائل الباب ٣٥ من ابواب نكاح العيود والاماء الحديث - ١

(٣) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب الحديث - ٢

عرفت أن ﴿الاول﴾ مع كونه مشهوراً شهرة عظيمة بل قد سمعت دعوى الإجماع عليه ﴿مروي﴾ في الصحيحين وغيرهما مضافاً إلى المرسل المزبور المتمم على تقديره بعدم القول بالفصل ؛ فلانما ص حيثئذ عن القول الاول بل في شرح الاستاد أن الأقوى التوزيع في المبعضة ، فضلا عن مفروض المقام ، لا الرجوع إلى مهر المثل .

وكيف كان فالظاهر عدم الفرق بين علم الأمة بالحال وعدمه على القولين ، بل صحيح صبيح ظاهر في الاول ونفى المهر للبني إنما هو في الحرية كما يشعر به اللام الظاهرة في الاستحقاق ، بل لعل لفظ المهر كذلك ، ولذا يطلق على الحرية المهيبة فما في الدروس هنا من نفي المهر لها مع العلم وعدم الإكراه واضح الضعف ؛ وإن حكى عن جماعة المحقق الثاني وغيره اختياره في باب الغصب .

ولو اختلفا في البكارة وعدمها قدم قول الواطيء ، و يحتمل تقديم قول المالك عملاً بالأصل ، وفي الممسوسة في القبل من دون فض البكارة أو في الدبر وجهان أقواهما عند الاستاد إجراء حكم البكارة فيها ، والأظهر خلافه ؛ كما أن الظاهر إجراء حكم الواحد على تكرار الوطء في الوقت الواحد قبل الغرامة ، أما إذا كان بعد الغرامة فالظاهر التعدد بل قيل إن مثله إختلاف الوقت ، وفيه منع ، ضرورة ظهور النص والفتوى في أن المغرم ذلك ولو استمر الاشتباه إلى الولادة ؛ والغالب التعدد مع ذلك .

﴿و﴾ على كل حال في الولد حر ﴿للاصل و التبعية لا شرف الابوين وصحيح الوليد (١) السابق وغيره ، ومحكى الإجماع عن المبسوط والخلاف وغيرهما ، بل لأجد فيه خلافاً لإماعن المقنعة من رقية الولد إلا أن يرضيه الأب عنه بشيء ؛ بل قيل : إن مثلها النهاية إلا أنه قال : «وقبض ولدها» إلى آخره ، ولعله لما في موثق سماعة (٢)

« من أن ولده مملوك إلا أن يقيم البينة ، أنه شهد له شاهدان أنها حرة ، فلا يملك ولده ويكونون أحراراً » وخبر زرارة (١) « إلا أنهما مع عدم شهادتهما بتتمام المدعى . و إمكان حملهما على صورة الزنا و غير ذلك ، معارضان بما هو أقوى سنداً و أكثر عدداً من النصوص المعمول بها بين الاصحاب ، ﴿ و ﴾ حيثئذ فلا ريب في ضعف القول المزبور .

نعم ﴿ على أبيه قيمته يوم ولد حياً ﴾ لقول الصادق عليه السلام في مرسل جميل (٢) « ويأخذ الرجل ولده بقيمته » وفي موثقة (٣) « ويدفع المبتاع قيمة الولد : ويرجع على من باعه بثمان الجارية ، وقيمة الولد التي أخذت منه » إلى غير ذلك من النصوص المراد منها وجوب القيمة تعبدلاً لشرطية الحرية بها ، ﴿ و ﴾ قد عرفت تصريح الموثق أنه ﴿ يرجع ﴾ المشتري ﴿ على البائع ﴾ بالثمان ، و ﴿ بما اغترمه من قيمة الولد ﴾ لمكان الغرور ، وتعرف إنشاء الله في المسألة العاشرة تمام الكلام في كثير مما له تعلق في المقام كقيمة الولد وغيرها .

﴿ وهل يرجع ﴾ المشتري على البائع ﴿ بما اغترمه من مهر وأجرة ﴾ ونحوهما ﴿ قيل : نعم لان البائع أباحه من غير عوض ﴾ فهو مغرور متضرر يرجوع المالك عليه بذلك ، ونحوه الذي صرح به في خبر زرارة (٤) « قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ؛ ثم إنه أتاها من يزعم أنها له ، وأقام على ذلك البينة ، قال : يقبض ولده ، ويدفع إليه الجارية ؛ ويعوضه قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها » وربما كان في الرجوع بقيمة الولد إشارة إليه في الجملة ، ﴿ وقيل لا الحصول عوض في مقابلته ﴾ وقد تقدم تحقيق ذلك في بحث

(١) الوسائل الباب ٦٧ من ابواب نكاح العبد و الاماء الحديث ٣

(٢-٣) الوسائل الباب ٨٨ - من ابواب نكاح العبد و الاماء الحديث ٣ - ٥ .

(٤) الوسائل الباب ٨٨ من ابواب نكاح العبد و الاماء الحديث ٤

الفضولى والبيع الفاسد فلاحظ و تأمل .

المسألة السابعة : ما يؤخذ من دار الحرب ﴿ أو من أهلها في غيرها ﴾ بغير إذن النبي ﷺ أو ﴿ الامام ﴾ القائم مقامه ﷺ من أموال و أراض و أراضى وأشجار وسرايا أو نحو ذلك بسرقة أو خيانة أو خدعة أو أسراً أو قهر من غير جيش أو جيش من غير قهر أو غير ذلك ، فهو لآخذه ، كالمأخوذ بآذنه لاطلاق ما دل من كتاب وسنة وإجماع على جواز اغتنام مال الكفار وسبيهم ، بل ظاهرهما كونهم وما في أيديهم من المباحات التى يملكها من بحوزها ، ويستولى عليها ، وإنما يلزم فيه الخمس كسائر الغنائم ، كما أومىء إليه ﷺ فى قوله (١) «خذ مال الناصب حيث وجدته ، وادفع إلينا الخمس» .

فما فى الحدائق - من التوقف فى الحكم من أصله لعدم الوقوف على نص يدل عليه ، وأخبار الناصب لادلالة فيها على التعميم - واضح الضعف ، بل فى شرح الاستاد أن تملك الامام بحيازة الغير هنا مخالف للأصل وللإجماع و الأخبار ، قلت : مضافا إلى خصوص بعض النصوص (٢) الدالة على جواز شراء الكفار بعضهم من بعض ، وقد تقدم سابقاً بعض منها .

نعم ما يؤخذ بغير إذن الامام بقهر جيش أو سرية ، كله للامام ﷺ خاصة ، لا للغانمين ، ولا لغيرهم بلا خلاف أجده فيه ، بل عن بعضهم الإجماع عليه . وفى خبر الوراق (٣) « عن رجل سماه عن الصادق ﷺ إذا غزى قوم بغير إذن الامام فغنموا كانت الغنيمة كلها للامام ﷺ وإن غزوا بآذن الامام فغنموا كان للامام الخمس » و الحسن كالصحيح (٤) « قلت للصادق ﷺ السرية ببعثها الامام ﷺ فيصيبوا غنائم

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب ما يجب فيه الخمس الحديث ٤

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب بيع الحيوان

(٣ و ٤) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ١٦ - ٣

كيف تقسم؟ قال إن قاتلوا عليها مع أمير أمره الإمام أخرج منه الخمس لله تعالى والرسول ﷺ وقسم بينهم ثلاثة أخماس، وإن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركون كان كلما غنموه للإمام ﷺ يجعله حيث أحب» وما فيه من قسمة الخمس ثلاثة أخماس مما هو شاذ لا قائل به، غير قادح في الدلالة على المطلوب.

نعم فقد تقدم في كتاب الخمس أن المصنف توقف في النافع في ذلك، بل في المنتهى «قوة قول الشافعي الذي هو المساواة في الفرض للمأذون فيه» بل في المدارك إنه جيد لاطلاق الأدلة الواجب تقييده بما سمعت مع أنها من خطاب المشافهة ولخصوص حسن الحلبي (١) عن الصادق ﷺ «في الرجل من أصحابنا يكون في لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمة، فقال: يؤدي خمساً ويطيب له» مؤيداً بما في صحيح ابن مهزيار (٢) المشتمل على ذكر ما يجب فيه الخمس إلى أن قال: «و مثل عدو يصطلم فيؤخذ ماله» و لما يظهر من بعض أخبار التحليل (٣) من كون الإباحة لنصيبهم في الفء لا إباحة جميعه، ولا نصيب لهم إلا الخمس.

قال أمير المؤمنين ﷺ في المروى عن العسكري ﷺ (٤) «يا رسول الله ﷺ قد علمت أنه سيكون بعدك ملك عضوض وجبر فيستولى على خمسي من السبي والغنائم ويبيعونه، ولا يحل لمشتريه لأن نصيبى فيه وقد وهبت نصيبى منه لكل من ملك منه شيئاً من شعيتي» إلى آخره، ونحوه غيره، إلا أن ذلك كله يجب الخروج عنه، وحمله على ما لا ينافي المطلوب لما عرفت من المفردية من الحكم، والله العالم.

و الظاهر عدم تأثير الإجازة اللاحقة وإن كان لم يستبعده شيخنا في شرحه الحاقاً له بمسألة الفضولي؛ ولو اختلف الأخذون بالأذن وعدمه لحق كلا حكمه كما أنهم إذا أخذ بعضهم الجيش غيلة وبعض قهر الحق أيضاً كلا حكمه.

(٢٠١) الوسائل الباب ٨ من ابواب ما يجب فيه الخمس الحديث ٨ - ٥

(٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال

(٤) الوسائل الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال الحديث ٢٠

وكيف كان فالأصول والضوابط تقتضى حرمة التصرف فيما كان للامام عليه السلام ضرورة كونه من العدوان وأكل مال بالباطل ؛ و لكن ﴿يجوز﴾ لخصوص الشيعة تملكه في حال الغيبة ﴿رخصة منهم عليهم السلام في ذلك إجماعاً بقسميه والنصوص (١) نعم الاحوط إن لم يكن الأقوى اعتبار قصد التملك أو عقده بل في شرح الأستاذ اعتبار ذلك، وأنه بدونه يبقى أمانة له عليه السلام ويجرى عليه حكم التحجير ؛ ولا استبعاد في خصوص الملك للتملك بعد إذنه عليه السلام في ماله ، أو فيما له الولاية عليه ؛ بل لا استبعاد في دعوى الملك لخصوص الشيعة بمجرد الاستيلاء، وأنهم أباحوا لهم أموالهم بإباحة صيرتها لهم كالمباحات الأصلية ، ضرورة رجوع ذلك كله إلى الشرع الذي لا ينبغي الاستبعاد معه كما هو واضح .

وعلى كل حال متى ملكه الشيعة جاز تملكه لغيره منه ولو كان الغانم غير شيعي جاز الشراء منه والاتهاب ونحوهما من العقود المملكة ، استنقاً لأشراء حقيقياً . ومن هنا ينقدح جواز الأخذ منهم قهراً مع عدم منافاة التقية ، وفي شرح الأستاذ أن جواز ذلك وجه وجيه .

﴿و﴾ على كل حال فله أي الشيعة ﴿وطىء الأمة﴾ المغتنة إذا تملكها باغتنام أو شراء من المغتنم إذالم يكن استنقاً والا فبالاستيلاء أو قصد التملك بعده، أو أحلها له المغتنم أو أنكحها إياه إذا كان ممن له ذلك ، والاقبال استيلاء المزبور ، ومن هنا يظهر لك وجه خبث ولادة غير الشيعة الذين لم يبرخص لهم ، فان وطأهم للاماء المملوكة لغيرهم زنا ، نعم يمكن إجراء حكم الشبهة على أولادهم على أشكال في بعض الافراد .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿يستوى في ذلك﴾ الحكم الذي ذكرناه ﴿ما يسيبه المسلم وغيره﴾ إلا أن الرخصة المزبورة خاصة للشيعة ﴿وان كان فيها حق للامام﴾ مثل

القسم الاول ﴿أو كانت﴾ كلها ﴿للالمام﴾ مثل القسم الثاني إلا أن الظاهر قصر الرخصة في الاول على خصوص المناكح و المساكن والمتاجر ، ويحتمل أن يكون التردد إشارة لما سمعته من القولين في الغنيمة بجيش وأمير من دون إذن الأمام ، من أنهما أجمع للامام ، أو الخمس كما عرفت الكلام فيه ، وقد تقدم في باب الخمس تمام الكلام في ذلك فلا حظ وتأمل ، ومنه تعرف نوع إجمال في عبارة المتن وغيره ، و - الله أعلم .

المسألة ﴿الثامنة : إذادفع إلى مأذون ما لا يشتري به نسمة ويعتقها ، ويحج عنه بالباقي فاشترى أباه ودفع إليه بقية المال فحج به ؛ ثم اختلف مولاة ، وورثة الامرو مولى الأب ، وكل يقول اشترى﴾ بعين ﴿مالي فقبل﴾ والقائل الشيخ في النهاية والقاضي على ما حكى عنه ﴿يرد إلى مولاة رقا ، ثم يحكم به لمن أقام البيعة على رواية ابن أشيم﴾ عن أبي جعفر (١) المشهورة كما في الدروس ، و لعله يريد رواية لا فتوى ، قال : له عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال : اشتري بها نسمة واعتقها عني وحج عني بالباقي ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد فاشترى أباه واعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي ليحج عن الميت فحج عنه ، و بلغ ذلك موالى أبيه ، ومواليه وورثة الميت جميعاً فاقتصموا جميعاً في الالف فقال موالى العبد المعتق إنما اشتريت أباك بما لنا ، وقال الورثة : إنما اشتريت أباك بما لنا ، وقال : موالى العبد إنما اشتريت أباك بما لنا ؟ فقال : أبو جعفر (٢) أما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد ، وأما المعتق فهو رد فسي الرق لموالى أبيه ، وأي الفريقين بعد أقاموا البيعة ، على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا .

﴿وهو﴾ أي القول ﴿ضعيف﴾ كضعف الخبر لجهالة الراوى أو غلوه وسبق بعض أصحاب الاجماع عليه غير مجد على الاصح ؛ ولمخالفة أصول المذهب وقواعده باعتبار اشتماله على الامر برد العبد إلى مولاة مع اعترافه ببيعه ودعواه الفساد التي يقدم

مدعى الصحة عليها، وعلى مضي الحجة، مع أن ظاهر الأمر حجة بنفسه، وعلى مضي الحج مع العود إلى الرق المقضى لوقوع حجه بغير إذن سيده.

بل في شرح الاستاد أن ظاهر الخبر الأذن في التجارة للمولى، فكيف تصح المعاملة حتى يترتب عليها صحة الحج، كما أن ظاهره أيضاً الوكالة عن الدافع فتتفسخ بموت الموكل فيبطل البيع والعق والحج، وبعد تسليم أنها وصاية فليست هي من التجارة فلا تصح، ولا يصح ما تفرع عليهما من الثلاثة بل الاحتجاج لا يدخل في التجارة لسيده ولا لغيره، فكيف يمكن شراء مال شخص بماله منه.

وإن كان قد يناقش بمنع ظهور الخبر في الأول ولو بقرينة عدم دعوى مولى - المأذون بذلك بل والثاني، ضرورة ظهور عبارة الدافع في فعل ذلك بعد موته، الظاهر في كونه وصاية، وعدم انكار مولى المأذون ذلك على العبد قرينة على إرادة الأعم من الأذن في التجارة، فالاحتجاج بعد تسليم أنه ليس من التجارة لغير سيده من المأذون فيه - حينئذ كالعتق والغفلة ونحوها عن شراء مال شخص بماله منه غير مستنكرة، فانحصرت المخالفة حينئذ فيما ذكرناه أولاً، ولها وللضعف مع عدم الجابر طرح الخبر المزبور.

وقيل أنه يرد العبد ﴿إلى مولى المأذون مالم يكن هناك بينه، وهو أشبه﴾ عند المصنف والعجلي وتبعهما الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم، بل نسب إلى الأكثر، لأن يد السيد على العبد ومافي يده، ولا يقبل إقراره عليه وإن كان وكيلاً، بخلاف الحر، كما لا يقبل بعد حدوث يد المأذون دعوى الملكية من - مولى الأب بلاينة، فضلاً عن دعوى الفساد، وكذا دعوى ورثة الدافع، بل قد لا يتصور دعواهم بعد اعترافهم بأمر مورثهم بذلك كله.

نعم إن أنكره كلاً أو بعضاً أتجه لهم الدعوى؛ بل من الواضح أنه على هذا

القول لافرق بين كون العبد الذي اعتقه المأذون أباه، أولا، وإن كانت الرواية تضمنت الاول، لاشتراكهما في المعنى المقتضي لترجيح قول ذي اليد، ولا بين دعوى مولى الاب شراؤه من ماله، بأن يكون قد دفع للمأذون مالا ليتجربه، فاشترى أباه من سيده بماله وعدمه، لانه على التقدير الاول يدعى فساد البيع، ومدعى صحته مقدم، وعلى الثاني إيمان يدعيه أيضاً بأن يدعى سرقة عين الثمن منه مثلاً، أو ينكره فيكون خارجاً لمعارضة يده القديمة يد المأذون الحادثة فتقدم، والرواية تضمنت الاول، كذا في الرياض وفيه نظر، ولا بين استيجاره على حج وعدمه، لعدم مدخلية ذلك في الترجيح، وإن كانت الرواية تضمنت الاول كما هو واضح.

وفيه منع عدم قبول الإقرار من العبد على السيد بعد فرض كونه مأذوناً في - التجارة وغيرها وللسيد وغيره، ضرورة كونه حينئذ كالحر في الامانة فتشمله الأدلة كما أنه ليس لورثة الدافع الدعوى بعد تسليم الوصاية من مورثهم بذلك، وعدم ما يمنع من انفاذها فتتصرف الدعوى حينئذ في مولى الاب الذي هو مدعى الفساد فلا يسمع قوله بلاينة.

ومن هنا قال المصنف في النافع إن الذي يناسب الاصل في المسألة الحكم بامضاء ما فعله المأذون ما لم تقم بينة تنافيه، وقواه في الدروس مع الإقرار بذلك، والذي يقوى في النظر بعد طرح الخبر المزبور ملاحظة موضوع المسألة، إذ المأذون إن قصرت إذنه على التجارة لمولاه فهو عاقد في فعله، باطل عمله، ولا بدله حتى يصدق في قوله، إنما اليد لمولاه، وهو مصدق فيما ادعاه فيبطل العقد ويرجع المال إلى المولى وإن عمت إذنه في التجارة له ولغيره وكان الشراء بالوكالة مع حياة الدافع صح الشراء، وكان القول قول المأذون في أنه للدافع وورثته مع اليمين، وتسقط دعوى مولاه ودعوى مولى الاب بعد الإقرار ببيعته ويحكم بفساد العتق والحج، وإن كانت عامة للتجارة وغيرها له ولغيره كان القول قول المأذون كما عرفت، ولو سلم ورثة الدافع الأذن في الشراء فقط؛ كان الملك ولاعتق،

ولاحج ؛ فيرجع الباقي إليهم ، وإن اعترفوا بالعتق دون الحج ، صح العتق وطولب بما بقي للحج وإن أنكروا الجميع كانت الالف لهم ، إلى غير ذلك مما لا يخفى انطباقه على الضوابط لو فرض .

هذا كله بعد طرح الخبر المزبور ؛ وقد يحتمل العمل وتدفع المخالفة الثانية بأن المراد حصول الحج ولو بغيره ، خصوصاً والخطاب مع المأذون فيتبع فهمه من خطابة والفرض أنه فهم منه ذلك ، والثالثة بأن صحة الحج أمر أخروي لا يجري على الحكم الظاهري فقد يحكم بصحة الحج لعلم الوصي مثلاً ، وإن لم يثبت ظاهراً بل يمكن ابتناء صحته على الإذن لاب المأذون في الحج تبرعاً عن الميت أو مطلقاً - وليس في الرواية ما يفيد استحقاق العبد شيئاً من المال . أو على أنه قد استعمل في ذلك مع عدم العلم بالفساد فحجه حينئذ صحيح ، وإن استحق أجره المثل ، وليس في الرواية ما ينفيها أو على غير ذلك .

وأما المخالفة الأولى ففي القواعد دفعها بأن المراد إنكار مولى الأب البيع من أصله ، وفيه أنه مخالف لصريح الرواية اللهم إلا أن يكون ما قرره ليس ببيعاً لعدم المبادلة فيه ، أو يكون المراد إنكار البيع للآخرين ؛ ولا ينافي دعوى البيع بماله . إذ هي أمر زائد على الإنكار ، وبذلك يخرج عن قاعدة تقديم مدعي الصحة على مدعي الفساد ، إذ هي في الدعوى المتحدة ، لا في مثل الفرض الذي ضم إلى الإنكار دعوى الفساد بشراء عين لا يصح شراؤها كما لو قال : بعثك الدار فأنكر المدعي عليه ثم قال : بعثني خنزيراً ، وتقديم الأصحاب مدعي الصحة في مسألة الخل والخمر . والشاة والخنزير ، إنما هو فيها إذا انفق على تعيين المبيع ، واختلفاً في كونه خلأً أو خمرأً أو شاةً أو خنزيراً لا في نحو الفرض الذي لا دليل على تشخيص أصل الصحة فيه موضوع البيع الذي هو لاثبات الوصف بهادون غيره ، ولعل هذا أولى مما تسمعه من الشهيد ، لما تسمعه من المناقشة ، ولأنه لا يتم مع

مع فرض الدعوى من الورثة أو المولى خاصة ، ضرورة عدم التصادم ، وظاهر النص تقديم دعوى مولى الاب ، وإن لم يكن المدعي الأحدث ، للحكم فيه باحتياج كل منهما إلى البينة ، ثم لا يخفى عليك الداخل والخارج على هذا التقدير ، كما لا يخفى عليك ترجيح أى البينتين بعد الاطاعة بما ذكرناه فى كتاب القضاء فلاحظ وتأمل جيداً ؛ وفى الدروس بأنه قد يقال أن المأذون بيده مال لمولى الاب وغيره ، وبتصادم الدعاوى المتكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على يد مالكة ، ولا يعارض فتوهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد ، لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين فيتساقطان وهذا واضح لا غبار عليه ، وقد يناقش بمنع تكافؤ الدعاوى بعد تسليم أن بيده مالا للجميع لأن من عدم ماله خارج والداخل مقدم فسقط مولى الاب وورثة الامر فلم يتم الرجوع إلى أصل بقاء الملك على مالكة ، وبذلك يظهر فساد دعوى اشتراك الصحة بين متكافئين فان الخارجية لا تكفي الداخلة ، فاذا قدمت لم يبق لرد الدعوى المشتملة على فساد البيع مانع اذ لم ينفذ توجهها إلا بسبب تساقط تلك الدعويين ولم يتم ، وقد تدفع بمنع كون المولى داخلاً بعد فرض استناده الى السبب الخاص وبعد فرض كون العبد مأذوناً مطلقاً وبيده مال للجميع ، نعم المتجه بناء على ما ذكرناه نفوذ اقراره على السيد وغيره ممن وكله فلم تنصامم الدعاوى المتكافئة كما أنه قد يمنع اعتبار عدم تصادم دعوى الصحة فى التقديم على دعوى الفساد ، بل يقدمان عليها ثم ينظر فى الترجيح بينهما ، فان لم يكن فالقسمة أو القرعة أو نحوهما فتأمل جيداً .

هذا كله مع عدم البينة ومعها تقدم إن كانت لواحد ، وإن كانت لاثنتين أو للجميع وقلنا بأن مولى المأذون منهم داخل وما عداه خارج ، وأن بينة الداخل مقدمة على الخارج عند التعارض ، كان الترجيح لبينة مولى المأذون حينئذ بلا يمين حينئذ وإن لم يكن له بينة أو كانت وقلنا بترجيح بينة غيره عليه ؛ لانه خارج تعارض الخارجان حينئذ ؛ ولعل الاقوى وفاقاً لجماعة تقديم بينة الدافع عملاً بمقتضى الصحة ، مع احتمال تقديم بينة

ج ٢٤ (في حكم من اشترى عبدا فدفع اليه البايع عبيدين ليختار أيهما شاء فأبق أحدهما) ٢٣٧

مولى الاب لادعائه ما ينافي في الاصل ، وهو الفساد فمولى الاب بالنسبة إلى ورثة الدافع مدع خارج ، فتقدم بينته لانه مدع بأحد تفاسير المدعي لانه يدعي ما ينافي في الاصل ويضعف بأنه مدع وخارج بالاضافة الى المولى المأذون كما ان الآخر ايضا مدع وخارج بالاضافة إليه ، ولا يلزم من كون دعوى أحدهما توافق الاصل ودعوى الآخر تخالفه أن يكون أحدهما بالاضافة إلى الآخر مدعيا وخارجا فترجح بينته ، وتقديم بينة مدعي الفساد إنما يكون حيث لا يقطع بكون الآخر مدعيا ؛ فأما إذا قطع به وأقاما بينتين ؛ فلا بد من الترجيح وهو ثابت في جانب مدعي الصحة ، ومن ذلك يعلم الحال بناء على خروج مولى المأذون أيضا وأقام بينة فترجح حينئذ على بينة ذي الفساد بأصالة الصحة مع احتمال تقديم مدعي الفساد هنا لكونه مدعيا حينئذ بالنسبة إليهما ، وعلى الاول يبقى الترجيح بين دعوى مولى المأذون وورثة الدافع . والله أعلم .

المسألة التاسعة ﴿ روى ابن مسلم (١) عن الباقر عليه السلام في الضعيف أنه ﴾ إذا اشترى رجل من رجل ﴿ عبدا ﴾ أي موصوفا ﴿ في الذمة ﴾ وكان عنده عبدان فـ ﴿ دفع البايع إليه عبيدين وقال : ﴾ للمشتري اذهب بهما فـ ﴿ اختار أحدهما ﴾ و رد - الآخر ، وقد قبض المال فذهب بهما المشتري ﴿ فأبق أحدهما ﴾ من عنده ، فقال عليه السلام ليرد الذي عنده منهما ويقبض نصف الثمن مما أعطى من المبيع ؛ ويذهب في طلب الغلام ؛ فان وجده اختار أيهما شاء ، ورد النصف الذي أخذ وإن لم يجده كان العبد بينهما ، نصف للبايع ، ونصف للمبتاع ، وقد عمل بها الشيخ في نهايته وابن البراج بل في الروضة نسبة العمل إلى أتباعه ، بل في الدروس نسبته إلى الأكثر وإليه أشار المصنف بقوله : ﴿ قيل يكون التالف بينهما ويرتجع نصف الثمن فان وجده اختار وإلا كان الموجود لهما وهو بناء على انحصار حقه فيهما ﴾ وزاد في الدروس وعلى تساويهما في القيمة ومطابقتها للوصف ؛ وعدم ضمان المشتري هنا ؛ لانه لا يزيد على

المبيع المعين الهالك في مدة الخيار فانه من ضمان البايع ، وقد يشكل الاول بأن المبيع أمر كلي لا يتشخص بتشخيص البايع ، ودفعه الاثنان ليمتخيرا أحدهما ليس تشخيصا وإن حصر الأمر فيهما ، لاصالة بقاء الحق في الذمة ، إلا أن يثبت شرعا كون ذلك كافيا كما لو حصره في عشرة فصاعدا ، وقد يدفع بأنه يكفي فيه دفع البايع ذلك بعنوان كون الحق فيه ورضا المشتري بذلك ، فقبضه على هذا ؛ فهو في الحقيقة كدفع المتحد وقبضه ؛ إلا أنه لما كان التحقيق الذي قدم في مسألة الصاع من الصبرة ؛ أن الأصل عدم ملك الكلي المعين في غير الذمة ، وجب حينئذ تنزيل الكلي فيهما حينئذ على الاشاعة تخلصا من ذلك ، فملك المشتري حينئذ نصفهما من كل منهما ، إلا أن له الخيرة في تعيين النصفين بواحد ، بل للبائع الزامه بذلك ، باعتبار أنه هو الذي وقّع عليه العقد ، فاذا تلف أحدهما قبل التعيين كان مقتضى قاعدة الشركة كونهما منهما ، إلا أنهم حكموا بارتجاع النصف ، لعدم ضمان المشتري هنا ، لانه لا يزيد على المبيع المعين الهالك في مدة الخيار ، فلا أقل من أن يكون هذا الخيار كذلك ، أو ينزل على كون الباقي في الثلاثة ، بناء على الحاق المدفوع مصداقا بما وقع عليه البيع من الحيوان ، أو لانه باعتبار بقاء الخيار فيه كان كالمقبوض بالسوم ، بناء على أنه غير مضمون ، أو أنه وإن قلنا بضمانه الا انه فرق بينه وبين المقام كما ستعرف .

نعم قديقال المتجه بناء على ذلك عدم الفرق بين التساوي في القيمة وعدمه ، وبين التطابق وعدمه ، بعد فرض الرضا منهما جميعا بانحصار الحق في المدفوع ، وإن كان ظاهرا موضوع الخبر ذلك ، لكن الانصاف أن جميع ذلك دعوى مخالفة لأصول المذهب وقواعده بلا شاهد معتبر حتى الخبر المزبور ، لعدم الجابر له ، إذا لا كثرية لم تتحققها ، بل المتحقق خلافها فطرحة خير من تنزيله على ذلك ، أو على تساوي العبدین من كل وجه ليلحق بمتساوي الاجزاء ؛ كما عن المختلف فجوز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من الصبرة ، وينزل على الاشاعة إذ فيه أولا وضوح الفرق بين العبد والصاع

ج ٢٢ (في حكم من اشترى عبد أفدفع اليه البايع عبدين ليختار أبهما شاء فأبق أحدهما) ٢٣٩

لعدم إمكان تساويهما من كل وجه ؛ ولذا كان ضمانه لو تلف بقيمته لأمثله، وثانياً يمنع التنزيل على الاشاعة في الصاع من الصبرة كما عرفت البحث في محله ؛ وثالثاً أنه يحتاج أيضاً في عدم ضمان المشتري فيه على هذا التقدير إلى ما عرفت مما هو محل للنظر بل المنع .

مضافاً إلى إمكان دعوى صراحة الخبر المزبور في عدمه خصوصاً ما في ذيله ، ومن هنا طرح الخبر غير واحد ، بل هو الذي استقر عليه رأى المتأخرين عدا الناصر ؛ لعدم انطباقه على القواعد ، إذ المبيع إن فرض كلياً موصوفاً بوصف يرفع الجهالة منطبقاً على كل من العبدین كما هو الظاهر ، ففي شرح الاستاد أن الحكم فيه بقاء التخيير بين قبول التالف ورد الباقي ، وبين قبول الباقي وغرامة قيمة التالف ، ثم احتمل قويا تارة ولم يستبعده أخرى إلزامه بالتالف ، لحصول التقاص قهراً وقد يناقش بأن الحق فيه مختلف ؛ لأن البايع مستحق عليه المشتري نفس العبد الموصوف ، وهو يستحق عليه قيمة العبد التالف ، فلم يحصل شرط التقاص القهري ، ومنه يتقدح حينئذ أن خياره بين قبول التالف بمعنى رضاه بما للبائع عليه من القيمة عوض ما يستحقه عليه من العبد ، إلا أن المتجه اعتبار رضاهما معاً بذلك ، ضرورة كونها معاملة جديدة فليس للبائع الاستقلال بذلك ولا على المشتري إجابهته إليه بالعكس كما هو واضح ؛ فالموافق للضوابط الذي صرح به غير واحد من الاصحاب ضمان المشتري التالف واستحقاقه المبيع واليه اشار المصنف بقوله .

﴿ولو قيل التالف مضمون بقيمته وله المطالبة بالعبد والثابت في الذمة كان حسناً﴾

نعم قد يناقش في الضمان بأن الاصل البراءة ، إذ الظاهر كونه في يده أمانة ، فلا يستعقب ضمان ، والقياس على المقبوض بالسوم بعد تسليم الحكم في المقيس عليه غير جازم في مذهبنا ، بل قد يفرق بينهما ، بأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوة أو مجازاً بما يؤل إليه وصحيح البيع وفاسده مضمون ، بخلاف صورة الفرض ، لأن المقبوض ليس كذلك

لوقوع البيع سابقا ، وإنما هو محض إستيفاء حق .

وتدفع بمنع كون ذلك قياسا بل اتحاد طريق المسألتين وهو اطلاق قوله **بأنه** (١) «على اليد» المشترك بينهما ، ولا خصوصية له ، على أن المبيع لما كان أمرا كلياً و كان كل من المدفوع صالحا لكونه فردا له كان في قوة المبيع ، بل دفعهما للتخيير حصر له فيهما ، فيكون بمنزلة المبيع ، حيث أنه منحصر فيهما ؛ فالحكم بالضممان هنا أولى كما هو واضح ، وإن فرض انطباقه على أحدهما فقط ، فإن كان الموجود صح له أخذه وغرم قيمة التالف ، إلا مع التراضي مع الدافع بالمعاوضة ودفع الباقي إليه ، وإن كان التالف ضمنه وطالب الدافع بالكلي ، بل قديقال بتعيينه حقا له ، لأنه قد قبضه بعنوان الاستيفاء ، إلا أنه لم يكن متعينا باعتبار وجود الفرد الآخر ، فمع فرض انتفائه تعين هو للمحقق ، فتأمل جيدا .

و في شرح الأستاذ جازل للدافع احتسابه عليه و أخذ الباقي ، بل لا يبعد لزوم ذلك بالنقص القهري ، و للمدفع إليه احتسابه على نفسه لجعل الاختيار إليه ، وفيه ما عرفت ، وإن فرض عدم انطباقهما معاً ضمن قيمة التالف ودفع الباقي ، وطالب بماله الامع التراضي المزبور ، وإن كان المبيع نصفاً من العبدین مشاعاً فيهما فالتالف مضمون نصفه عليه ، وعليه رد نصف الباقي ، فلا ينطبق الخبر حينئذ على شيء من ذلك إلا على ما سمعته من التكاليف السابقة ، التي يرجح الطرح عليها ، وتنزيل الخبر على كون المبيع مجهولاً لترده بين العبدین المدفوعين يقضي بضممان التالف بالقيمة ، أو المسمى ورد الباقي ، لبطان العقد حينئذ كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً ؛ بل هي كذلك ، وإليه أشار المصنف بقوله .

﴿وأما لو اشترى عبداً من عبدین لم يصبح العقد وفيه قول موهوم﴾ وفي السرائر بعد أن حكى ما في النهاية الذي هو مضمون الخبر السابق ، قال : ما ذكره شيخنا في

١ - سخن اليهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٥٢٧

نهايته خبر واحد لا يصلح ولا يجوز العمل به ، لانه مخالف لما عليه الامة بأسرها ، مناف
لاصول مذهب أصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم و إجماعهم لان المبيع إذا كان
مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف ، وقوله يقبض نصف الثمن ، ويكون العبد الا بق
بينهما ، ويرد الباقي من العبدین ؛ فيه اضطراب كثير و خلل كبير ؛ لأنه إن كان الا بق
الذى وقع عليه البيع فهو من مال مشترى ، وال ثمن بكماله لبايعه ، وإن كان الا بق غير
من وقع عليه البيع فالباقي الذى وقع عليه البيع ، فلا شى شى يرد ، وإنما أورد شيخنا
هذا الخبر على ما جاء إيرادا لإعتقادا ؛ لأنه رجح عنه في مسائل خلافه ، فسي كتاب
السلم ، وهو جيد .

وإن كان قد بوهم ظاهرة عدم جواز بيعه كلياً موصوفاً بصفات ترفع الجهالة ،
وهو واضح المنع .

ولعله إليه أو غيره أشار في اللمعة بقوله « ويجوز شراء العبد موصوفاً سلماً ، و
الأقرب جوازه حالاً ، إلا ان ظاهره كون غير الأقرب التفصيل بين السلم وغيره ، وهو
أوضح من الاول فساداً لتساويهما في المعنى المصحح للبيع ، وعلى كل حال فما
أبعد هذا القول من القول بجواز بيع أحد العبدین مطلقاً ؛ كما عساه يظهر في باب
البيع من الخلاف ناسبه إلى رواية الأصحاب و إجماعهم ، أو بشرط تساويهما من كل
وجه حتى يكون كالصاع من الصبرة ، كما سمعته من الفاضل في المختلف ، وإن
كان هو في غاية الضعف ، بل الشيخ كما قيل قد رجح عنه في باب السلم فقال « إذا قال
اشترت منك أحد هذين العبدین بكذا ، أو أحد هذه العبيد الثلاثة بكذا لم يصح الشراء
وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة إذا شرط فيه الخيار ثلاثة أيام جاز لان هذا غرر يسير ،
وأما في الاربعة فما زاد عليها فلا يجوز ، دليلنا أن هذا بيع مجهول فلا يجب أن يصح بيعه

ولانه بيع غرر لاختلاف قيمتى العبدین ، فان قلنا به تبعنا فيه الرواية ، ولم نقس عليها غيرها و الاجماع الذي ادعاه مظنة العكس ، كما سمعته من الحلبي « و لرواية النسي أشار اليها هي الخبر المزبور على الظاهر ، وهو مع عدم تعين تنزيله على ذلك ، قد عرفت مخالفته للاصول و القواعد ، والاستدلال بالاطلاقات و العمومات يدفعه ما دل على المنع من بيع الغرر الذي هذا منعه قطعاً ، كما أنه يدفع الثاني منع التساوى على وجه يلحق بالمثل على أنك قد عرفت ما في تنزيل الخبر عليه .

وكيف كان فلا ريب في ضعف ذلك كله فالأولى الرجوع إلى ما تقتضيه الضوابط وهو ما عرفت وعليه لافرق بين العبدین والاكثر ، ولا بين العبيد والاماء ، بل ولا بين الثياب ونحوها ولا بين اباق العبد وموته ، أما بناء على العمل بالخبر ففي انسحابه في الزيادة على اثنين تردد ؛ من صدق العبدین في الجملة وعدم ظهور تأثير الزيادة مع كون محل التخيير زائداً على الحق ؛ ومن الخروج عن المنصوص المخالف للاصل ، فان سحبنا الحكم وكانوا ثلاثة فأبق واحد فأتى المبيع وارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما سمعت ، وقد يحتمل بقاء التخيير وعدم فوات شيء ، سواء حكمنا بضمان الابق ام لا ، لبقاء محل التخيير الزائد عن الحق ، وكذا التردد لو كان المبيع غير عبد ، كأمة قد دفع اليه أمتين أو أماء و ان قطع في الدروس بثبوت الحكم هنا ، بل في أية عين كانت ؛ كثوب و كتاب من المشاركة في العلة للحكم ، وبطلان القياس ، ولعله أقوى كما أن الأقوى عدم الحاق الهلاك بالاباق ، وإن جعله بعضهم أحد الوجهين لأولويته منه ، لكن قد يفرق بينهما بتنجيز التنصيف معه من غير رجاء لعود التخيير بخلاف الاباق ، والله أعلم .

المسألة ﴿ العاشرة إذا وطئ أحد الشريكين ﴾ أو الشركاء الوطئ الذي تدور عليه الاحكام ﴿ مملوكة بينهما ﴾ أو بينهما ﴿ يسقط الحد مع الشبهة ﴾ ، بخلاف بل الاجماع

بقسميه عليه لدرء الحدود بها، وإن استحق التعزير بالعصيان بترك السؤال ﴿ويثبت مع مع انفائها﴾ إذالم يكن الشريك ولداله إجماعاً أيضاً بقسميه ، ونصوصاً مستفيضة جداً ؛ مضافاً إلى ما قبل من تناول ما دل في الزنا له الشامل للمقام بالصدق من جهة الشريك أو مطلقاً فيلزم تمام الحد ؛ لولا قيام الدليل على خلافه ؛ وبعد خروج الخارج يبقى الباقي على حاله ، وإن كان لا يخلو من نظر ، و﴿لكن يسقط منه﴾ أى الحد ﴿بقدر نصيب الواطئ﴾ للنص والاجماع المحكي، إن لم يكن المحصل ، وما قبل من عدم كونه زانيا من جهته، ولا هاتكا للحرمة كذلك ، ولحصول معنى الشبهة باستحقاقه ولقاعدة تبعض الاحكام بتبعض الاسباب كما يظهر بعد تتبع التام ، ولا سيما في تبعض الممالك وإن كان فيه ما فيه ، وأولى منه تعليله بعد النص عليه أن أمر الحدود مبنى على التخفيف ؛ ولذا سقطت بالشبهة ونحوها ، وإلا فالعمدة النص .

قال عبدالله بن سنان: (١) « سألت الصادق عليه السلام عن رجال اشتركوا في أمة ، فاثمنوا بعضهم على أن تكون الأمة عنده ، فوطأها ؟ فقال : يدرء عنه من الحد بقدر ماله من النقد ، ويضرب بقدر ما ليس له فيها ، وتقوم الأمة عليه بقيمة يلتزمها ، فإن كانت القيمة أقل من الثمن الذي اشترت به الجارية ، ألزم ثمنها الاول ؛ وإن كان قيمتها في ذلك اليوم الذي قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الثمن وهو صاغر ، لأنه استفرشها ، قلت : فإن أراد بعض الشركاء شراؤها دون الرجل قال : ذلك له ، وليس له أن يشتريها حتى تستبرأ ، وليس على غيره أن يشتريها إلا بالقيمة ».

ونحوه آخر (٢) بتفاوت يسير ، قال فيه : « قوم اشتركوا في شراء جارية فاثمنوا

١ - الوسائل الباب ١٧ من ابواب بيع الحيوان الحديث - ١

٢ - الوسائل الباب ٢٢ من ابواب حد الزنا الحديث - ٢

بعضهم وجعلوا الجارية عنده فوطئها قال عليه الحد، ويدرء عنه من الحد بقدر ماله فيها، وتقوم الجارية ويغرم ثمنها للشرقاء؛ فإن كانت القيمة في اليوم الذي وطئها أقل مما اشترت به، فإنه يلزم أكثر الثمن، لأنه قد أفسد على شركائه، وإن كان القيمة في اليوم الذي وطئها أكثر مما اشترت به يلزم ألا أكثر وفي خبر اسماعيل الجعفي (١) عن أبي جعفر عليه السلام «في رجلين اشتركا في جارية فنكحها أحدهما دون صاحبه، فقال: يضرب نصف الحد، ويغرم نصف القيمة إذا حبلت، وفي المرسل (٢) في الفقيه المسند عن عدة أصحابنا في الكافي عن الصادق عليه السلام «سئل عن رجل أصاب جارية من الفئ فوطئها قبل أن تقسم؟ فقال: تقوم الجارية، وتدفع إليه بالقيمة؛ ويحط له منها ما يصيبه من - الفئ، ويجلد الحد، ويدرء عنه من الحد بمقدار ما كان له فيها؛ فقلت: فكيف صارت الجارية تدفع إليه بالقيمة دون غيره، فقال: لانه وطأها ولا يؤمن أن يكون ثمة حبل».

وفي الصحيح (٣) «سمعت عبادا البصري يقول كان جعفر عليه السلام يقول: يدرء عنه من الحد بقدر حصته منها ويضرب ما سوى ذلك، يعني في الرجل اذا وقع على جارية له فيها حصّة، وفي الخبر (٤) «في جارية بين رجلين وطأها أحدهما دون الآخر فأحبلها فقال: يضرب نصف الحد ويغرم نصف القيمة، إلى غير ذلك من النصوص الدالة على المطلوب، حتى الصحيح (٥) «في رجلين أعتق أحدهما نصيبه منها، فلما رأى ذلك شريكه وثب على الجارية فوق عليها؟ قال: فقال: يجلد الذي وقع عليها خمسين جلدة

١- الوسائل الباب ٣ من ابواب احكام الشركة الحديث ١

٢- الوسائل الباب ٢٢ - من ابواب حد الزنا الحديث ٦ - .

٣- ٢- ٥- الوسائل الباب ٢٢ من ابواب حد الزنا الحديث ٣- ٧- ١

ويطرح عنه خمسون جلدة ، ويكون نصفها حرا ، ويطرح عنها من النصف الباقي الذي لم يعتق إن كانت بكرا عشرين قيمتها ، وإن كانت غير بكر نصف عشر قيمتها وتستسعى هي في الباقي ونحوه خبر آخر (١) وكان بعض مشايخنا لم يقف إلا على خبر واحد ، فاستدل به جابراله بالشهرة بل الإجماع .

واغرب منه ما في نكاح المسالك من نفى الحد على الواطئ ، لأنه ليس زانياً وإن كان عاصيا يستحق التعزير ، ويمكن أن يكون مراده نفى حد الزنا ، لأن الظاهر ترتيبه على غير محل الفرض لأقل من الشك . والاصل البراءة ، وحينئذ فمافي النصوص من جلد المقدار المخصوص أمر آخر ليس حداً من حيث الزنا ، وربما يؤيد ذلك إطلاق النصوص في المقام عدا النادر الحكم المزبور من غير فرق بين المحصن وغيره ، وإلحاق الولد به أيضاً فتأمل .

ثم إن الظاهر جريان الحكم المزبور على الأمة أيضاً فيدرء عنها مادراء عن - الواطئ وتضرب قدر ماضرب وكيف كان فالحكم ممالا إشكال فيه ، نعم قد يستشكل فيما إذا كان في استحقاقه كسر بالنسبة إلى كيفية ما يسقط في مقابلته من الحد ، فقيل إنه يعتبر بالسوط فيأخذ بنصفه ، إن كان نصفاً ، وبثلثه إن كان ثلثاً ؛ كما تضمنه (٢) صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : في نصف الجلدة وثلثها يؤخذ بنصف السوط وثلثه » وعن بعض المحققين أنه يحصل باعتبار مقدار السوط ؛ وكيفية الضرب ، وفي الحدائق احتمال رجوعه إلى الأول وفي شرح الاستاد « أنه لو اعتبر التوزيع بالنسبة إلى قوة الضرب وضعفه مع قبض السوط على المعتاد أودقة السوط وغلظه لسم

١ - الوسائل الباب ٢٢ من أبواب حد الزنا الحديث ٢

٢ - الوسائل الباب ٣ من أبواب مقدمات الحدود وأحكامها الحديث ١

يكن بعيدا .

قلت : هو كذلك لولا مخالفته لظاهر النص ، اللهم إلا أن يحمل عليه لكنه كما ترى ، بالنسبة الى الدقة والغلظ .

نعم هو لا يخلو من قوة بالنسبة إلى الاول ضرورة أنه يمكن أن يكون الكسر بحيث لا يمكن تحقق مسمى الجلبه لوقبض على مقداره من السوط المعتاد ، بل يمكن دعوى أن الاقرب إلى الحقيقة ذلك بعد انتفاؤها فتأمل جيدا .

ثم إن ظاهر النصوص والقنارى تعين كون الحد هنا الجلد ، وإن كان الواطىء هنا محصنا لعدم تصور السقوط فى القتل والرجم ، وما فى بعض المعبرة (١) « عن رجل وقع على مكاتبته فقال : إن كان أدت الربع جلد ، وإن كان محصنا رجم ، وإن لم تكن أدت شيئا فليس عليه شىء » بعد الاغضاء عما فيه من التقييد بالربع ، معارض بما سمعت خصوصا ماورد فى المبيعة ، وحمل نصوص التبعض جميعها على ما إذا كان الحد قابلا له ، كما إذا كان الواطىء غير محصن مع عدم مقاومة المعارض ، مخالف لاصول المذهب وقواعده ، كما هو واضح ، بل على ما ذكرنا سابقا لا يحتاج إلى دليل فى عدم ثبوت حد المحصن عليه ، لان التحقيق عدم اندراجة فيما دل عليه فى الزاني فيبقى الاصل حيثئذ سالما عن المعارض ، ولو وطىء الشريك قبل تمام ملكه ، كما لو كان موهوبا ولم يقبض حد تمام الحد مع عدم الشبهة ، وكذا الفضولي على القول بالنقل ، وعلى الكشف فى البدار أو الانتظار أو العدم مطلقا وجوه ؛ أقواها عند الاستاد الاخير ، لكنه يعزى لعصيانه ، وهو جيد مع حصول الاجازة ، ولو ادعى فى حصته الزيادة على شريكه ولم يعلم بكذبه .

بكذبه ولا قامت بينة بصدقه درأ عنه بنسبتها من الحد على الأقوى، لاندراج مثله في الشبهة المسقط للحد .

و كيف كان فلا ريب نصاً وفتوى في لحوق أحكام الولد في الجملة لهذه الجارية لو حملت من الواطيء وإن كان عاصياً بالنسبة إليه بل وإلى شركائه بالنسبة إلى غير الواطيء، فليس لهم بيعها بل ولا نقلها بأحد النواقل إلى غيره، ولكن تقوم عليه إنما البحث في أنها تقوم عليه بنفس الوطيء وإن لم يظهر حملها أو ينتظر الحمل، فعند المصنف تبعاً للحلي ﴿و﴾ عليه إستقر رأى المتأخرين أنها ﴿لا تقوم عليه بنفس الوطيء﴾ لكن قال هنا ﴿على الأصح﴾ مشيراً به إلى ما في النهاية من التقويم بنفس الوطيء قال: «إذا كانت الجارية بين شركاء، فتركوها عند واحد منهم فوطأها فإنه يدرؤه من الحد بقدر ماله من الثمن ويضرب بمقدار ما لغيره، و تقوم الامة قيمة عادلة ويلزمها، فإن كانت القيمة أقل من الثمن الذي اشترت به ألزم ثمنها، وإن كانت قيمتها في ذلك اليوم الذي قومت فيه أكثر من ثمنها ألزم ذلك الأكثر، وإن أراد واحد من الشركاء الجارية كان له أخذها، ولا يلزمه إلا ثمنها الذي يسوى في الحال، الذي هو مضمون ما سمعته من خبر عبد الله بن سنان (١) المتقدم لكن قد عرفت أن فيه و ليس له أي الشريك أن يشتريها حتى تستبرأ .

ومنه ينقذ إشكال في الخبر المزبور، وهو أن الشريك إذا كان ليس له شراؤها إلا بعد الاستبراء فهو والواطيء على حد سواء في عدم الإلزام إلا بالثمن إذا ظهر كونها بريئة من الحمل، إذا احتمال التقويم على الواطيء وإن لم يتعقبه حمل في غاية البعد، وإن توهم من إطلاق النهاية والخبر، بل هو الذي فهمه ابن إدريس وغيره، ممن تأخر عنه منه، حتى أنه فرع عليه بعض مشائخنا فقال: هل يفرق بين الفرج والدبر والتقاء الختانين والانزال وخلافهما أولاً، وجهان، أقواهما عدم الفرق في الطرفين دون الواسطة إلا أنه

في غاية البعد، بل التعليل في خبر العدة الصريح في كون التقويم بالواطىء كالصريح بخلافه، بل التعليل في خبر ابن سنان بنفسه ظاهر في ذلك، ضرورة كون المراد منه أنه صيرها بالواطىء فراشأله بحيث يلحق به الولد، وإلا فلوأريد منه بمجرد الوطىء وإن كانت آيسة مثلاً، لم يكن للتعليل به وجه، كالتعليل بالافساد في الخبر الآخر، إذ لا وجه للافساد بمجرد الوطىء، خصوصاً في الثيب، بل وبالكبر بعد غرامة أرش البكارة، إذ ليس هو حينئذ أسوء حالاً من الاجنبى بالنسبة إلى ذلك، فليس المراد من الانفساد حينئذ إلا احتمال الحمل الذي يلحق به، ويمتنع على الشركاء بسببه نقلها بسائر الموافى، وإن لم تكن أم ولد بالنسبة إليهم، فتتفق حينئذ النصوص الثلاثة على معنى واحد، ويكون المراد حينئذ مما في خبر عبد الله بن سنان أنه للشريك شراؤها بعد الاستبراء والعلم بخلوها عن الحمل ولا يجب عليه التقوم على الواطىء بمجرد وطئه، وكذا المراد أنه ليس على غير الواطىء من الشركاء فضلاً عن غيرهم في سائر الأحوال إلا بالقيمة التي تسوى في الحال بخلاف الواطىء فإن عليه الالتزام بأكثر الأمرين لو اراده الشريك قبل الاستبراء أو بعد ظهور الحمل، أو يحمل على ما إذا نقصت القيمة المساوية للثمن الذي أشتريته بالواطىء فإنه يجب عليه تمام الثمن لحصول النقصان بفعله.

وعلى كل حال فيما ذكرنا يندفع ما في التذكرة من أن هذا الخبر غير دال على وجوب التقويم بنفس الوطىء، لأنه يسوغ لغيره من الشركاء شراؤها فلو وجب التقويم لم يجز ذلك، ونحوه يرد على عبارة الشيخ لأنها كما سمعت مثل الخبر فلا بد حينئذ من حملها على ما ذكرناه أو يدعى أن الشيخ، يوجب التقويم بنفس الوطىء أرفاقاً للشركاء، فإذا أسقطوا حقهم كان لهم شراؤها منه برضاه، إلا أنك قد عرفت أنه ليس للشركاء الشراء من الواطىء إلا بعد الاستبراء بل لا بعد القول بأنه ليس للشريك الذي لم يطأ يبيع نصيبه إلا بعد الاستبراء، وإن قلنا إن البائع لا يجب عليه الاستبراء من وطىء غيره، لكن في المقام قد يقال بوجوبه، باعتبار أن الحمل ولو من

الشريك الواطىء يمنع الآخر من نقلها إلى غيره، فهي حينئذ كمال الولد بالنسبة إليه، وكان واطىء الشريك كواطىء نفسه بالنسبة إلى ذلك، فيتجه حينئذ عدم جواز البيع له إلا بعد الاستبراء فتأمل جيداً، فإنه في غاية الجودة، وبه يتم ما قلناه حينئذ من التقويم عليه بنفس الوطىء الذى يخشى منه الحمل، لانه قد عطل مال الشر كاء عليهم. فإذا لم يقوموها عليه حتى استبرأت وعلم عدم حملها كان حال الواطىء حينئذ كحالهم لا يستحقون عليه تقويماً ولا غيره؛ إلا العقر يعد إسقاط نصيبه.

ومن الغريب ما فى مختلف الفاضل من حمل الخبر، وما فى النهاية على صورة الحمل مع أنه ليس فى شىء عنهما ما يؤمى إليه بل ما فى الذيل من جواز البيع على الشر كاء صريح فى خلافه، لعدم جواز بيعها مع الحمل قطعاً وإجمالاً؛ بل قوله فيه «لا يجوز أن يشتريها حتى تستبرىء صريحاً إضافي عدم كونها حاملاً، و تقييد الصدر بالحامل بخلاف الذيل تفكيك فى الخبر يقطع بفساده وأوضح منه فسادا المناهضة فى خبر العدة بأنه ظاهر فى أن سبب التقويم الحمل فلا يتحقق قبل تحققه، إذ هو كما سمعت صريح فى أنه علة التقويم الوطىء لانه لا يؤمن معه الحمل كما هو واضح.

كل ذلك مع عدم المعارض عدالمفهوم فى خبر الجعفى إذاً الحمل فى غيره فى- السؤال دون الجواب، فلا دلالة فيه؛ وهو مع أنه مفهوم لا يعارض المنطوق، يمكن أن يكون المراد منه نفى الغرم مع عدم الحمل، ونحن لا ننكره، ضرورة أنه إذا تأخر الشريك عن التقويم حال الوطىء فإن عدم حملها لم يكن على الواطىء غرم، كما أنه يغرم قطعاً القيمة بالحمل كما هو واضح والحاصل أن القول بأن للشر كاء التقويم على الشريك الواطىء الذى يخاف من وطئه الحمل وأنه لا يجوز لهم نقل الجارية إلى غيره قبل الاستبراء إذا لم يريدوا التقويم عليه، لعدم وجوبه عليهم للأصل، ولأن مشروعيته للرافاق بهم لا يخلو من قوة، فإذا اشتريت حينئذ كان لهم نقلها من كل أحد؛ كما أنه بناء على التقويم بالحمل إذا أخوا

التقويم فاتفق سقوط الحمل قبله تعود على الحال الاول: ولا يلزم الواطىء بالتقويم، و
يمكن حمل كلام الشيخ وغيره ممن قال بالتقويم بالوطىء على ذلك، لامطلق الوطىء و
إن بان عدم تعقبه للحمل.

﴿و﴾ لكن الذى إستقر عليه رأى المتأخرين أنها لو حملت قومت عليه حصص
الشركاء ﴿و﴾ ولا تقويم عليه قبل الحمل، بل في شرح الاستاد دعوى تحصيل الاجماع
عليه، لان المخالف مسبوق ملحق به، وإن كان فيه مالا يخفى نعم هو مقتضى الاصل
والمفهوم في الخبر السابق المنجبر بالشهرة المتأخرة، بل لعلها إجماع منهم، وأنه به
يتحقق الإفساد الموجب لعدم إمكان التصرف بالامة، إلا أنه مما ذكرنا تعرف مافى
جميع ذلك، ومنه يعلم أن الاحتياط لا ينبغى تركه في المقام.

ثم إنه عليه فهل العبرة بالقيمة وقت الاحبال كما اختاره شيخنا في شرحه، أو من
يوم الوطىء كما في التحرير، وقواه الشهيد في حواشيه، أو وقت التقويم كما عن
بعضهم، أو أكثر الامرين من يوم الوطىء إلى الاحبال كما مال إليه ثاني الشهيدين
في المسالك، أو أكثرهما من حين الاحبال إلى وقت التقويم كما في المختلف، أو أكثر
الامرین من الثمن و القيمة وقت التقويم، كما سمعته في الخبر، أو أكثرهما من يوم
الوطىء كما يقضى به الخبر الآخر، وجوه؛ بل أقوال؛ وزاد في شرح الاستاد احتمال
القيمة زمان الانتقال؛ وأعلى القيم من زمان الحمل إلى زمان الانتقال، و من زمان
التقويم إلى زمان الانتقال، ومن زمان الوطىء إلى زمان الحمل، وإلى زمان التقويم
والأعلى من زمان الانعقاد إلى حين الولادة، وما يختاره المظلوم من الشريكين؛ بل قال:
إن لكل وجهاً، وهو مع أنه مبني على مغايرة زمان التقويم لزمان الانتقال في غاية الضعف
بالنسبة إلى البعض، إن لم يكن الجميع، ولعل الأقوى مراعاة حال التقويم الذي

هو بمعنى الدفع إليه بالقيمة ، لاصالة براءة الذمة من ضمان الزائد؛ ولأنه هو وقت المعاملة ، ووقت دفع الجارية إليه بالقيمة ، سيما إذا كان النقص الداخل على الشريك بالتأخير في التقويم من قبله ، إذ الظاهر أنه لا يجوز للواطىء الامتناع من قبول التقويم عند طلب الشريك له ؛ فإذا امتنع جبره الحاكم بل له القبول عنه ، أما إذا طلبه الواطىء فقد يقوى عدم وجوب الإجابة عليه ما لم يستلزم تعطيلًا للمال .

لكن في شرح الاستاد إن التقويم قهري بالنسبة إلى الواطىء والشركاء فحالها كحال أمهات الأولاد ، وليس فوراً لكن لا يسرغ الإهمال الباعث على التعطيل ، متى طلبه أحدهما أجابه الآخر ، ولو امتنع أحد الطرفين عن التقويم جبره الحاكم عليه ؛ فإن لم يتمكن منه مقام مقامه .

وفيه أن الظاهر من النصوص كون التقويم إرفاقاً بحال الشريك ، فهو حينئذٍ حقه لا يجبر عليه إلا إذا أدى إلى الأضرار بالآخر فتأمل جيداً فإنه يمكن الفرق بين ما ذكرناه سابقاً من التقويم بالواطىء وبين ما هنا من التقويم بالحمل بالنسبة إلى القهرية وعدمها ، ضرورة تحقق كونها أم ولدياً بالاعتقاد بخلاف الأول .

وكيف كان فلا تدخل في ملك الواطىء ابتداء كما صرح به غير واحد ، بل قبل إنه إجماع للأصل بل والنص ، ضرورة إرادة النقل بالقيمة من التقويم عليه ؛ فحق الشريك في المنافع ثابت حينئذٍ ، كما أن الظاهر عدم إغناء التقويم عن الصيغة إذا أريد مارتب الشارع عليهما من الأحكام ، بل الظاهر عدم كون التقويم من النواقل المستقلة وإنما المراد ما عرفت من النقل بالنواقل المعهودة ؛ إلا أنه بالقيمة على الواطىء ، لكن في شرح الاستاد أنه يغنى التقويم عن الصيغة كما هو ظاهر كلام المعظم ، وظاهر الأخبار ويكون كاستحقاق العوض بالتلف إلى أن قال : ولا تجري عليه أحكام البيع ، فلا خيار

مجلس أوحىوان ونحوهما ويتعين عليه أخذ الارش وعوض النقص ونحوه ، ولا يجوز له الرد .

وفيه ما عرفت وخلو النصوص عن الصيغة لتعارف المعاطات في ذلك الزمان كما خلت عنها أكثر النصوص في أكثر المقامات بل التأمل في ذيل خبر ابن سنان (١) يورث القطع بارادة ما ذكرنا من التقويم على الواطىء فلا حظ وتأمل ؛ وكذا فيه أيضاً أنه لو فسخها بخيار من الخيارات كان عليه تقويم الجميع ، وفيه أن جواز الفسخ له محل بحث كالبحث في لزوم التقويم عليه بعد الجواز فتأمل جيداً .

و لو اشترك شريكان في الاحبال أفرع بينهما ، للنصوص التي منها الصحيح (٢) «إذا وطأ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت وادعوه جميعاً أفرع الوالي بينهم ، فمن خرج كان الولد ولده ، ويرد قيمة الولد على صاحب الجارية » . ونحوه غيره ، على أن الاشتراك في الولد بينهم على حسب الغرامة غير معهود بالشرع في غير المماليك .

ثم إن الظاهر لزوم المقر العشر أو نصفه مع القيمة ، لانه عوض الانتفاع بالبضع ، بل لعل ما دل عليه في غير المقام كالامة المدلسة نفسها و غيرها لا يخلو من ظهور في الجميع - خصوصاً خبر الجارية (٣) التي أعنت نصفها المتقدم آنفاً الذي يراد منه إسقاط ما يخصها بنصيب الحرية من العمر من نصيب الواطىء ، فما قبل من الاكتفاء بالقيمة عن ذلك في غير محله ، وخلو النصوص هنا عن التعرض له أعم من عدمه ، بل قيل أنه

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب بيع الحيوان الحديث - ١

(٢) الوسائل الباب ٥٧ من ابواب نكاح المبيد والاماء الحديث - ١

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام حدود الزنا للحديث - ١

يلزم مع ذلك أرش البكارة ؛ لكن فيه ما عرفت سابقا من ظهور النصوص في أن الزيادة في عقر البكر عوض عن أرش البكارة .

نعم الظاهر عدم الفرق بين اتحاد الوطى و تعدده إذا كان منشؤه واحدة ، ولم يتخلل الغرم أما لو وطأها أو لالشركة ، ثم وطأها ثانيا بزعم أنها صارت له خالصة ، وثالثا أنها زوجته ، فقل يحتمل التعدد كما في شرح الاستاد والله أعلم .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ينعقد الولد حرا﴾ لا صلة الحرية والتبعية والنصوص المتقدمة الامرة بالتقويم فيها، لمكان الحمل الذي نصيره أم ولد بالنسبة إليه، بل هي كالصريحة في فرض الوطى فيها بغير الشبهة، لاشتمالها على الحد المعلوم درؤه بها فحينئذ لا فرق في انعقاده حراً بين كون الوطى لشبهة أو لا كما هو صريح جماعة بل لا أجد خلافاً فيه بينهم، ولعل الحكمة انه ليس زنا محضاً بسبب الملك للبعض الموجب لحصول الفرائش، كما أومىء إليه بعض النصوص المتقدمة.

ومنه ينقدح حينئذ أن الوجه في الحرية اعتناق مقدار نصيبه عليه ؛ ثم يسرى إلى غيره؛ لأنه لما كان هو السبب في ذلك أغرمه الشارع قيمة حصص الشركاء منه فهو ما سمعته في غرامته جميع القيمة عن ولده من الأمة التي ظهر استحقاقها للغير الذي اشتملت عليه النصوص السابقة، مضافاً إلى بعض النصوص المتقدمة في المسألة.

بل الظاهر مما دل على التقويم بالحبل عدم توقف الحرية على الولادة وإلا لم يلزم تقويمها بالحبل ، وإلى ذلك أشار المصنف وغيره ؛ بل لم يعرف خلاف فيه بينهم، بل ربما ادعى الإجماع عليه بالتعبير بالانعقاد حراً المتحقق بانعقاد النطفة أو العلقه ، بل ظاهر النصوص والفتاوى عدم الفرق في ذلك بين دفع القيمة وعدمها، وإن كانت هي مستحقة على الوالد فماعساه يتوهم من بعض نصوص الأمة المستحقة

من التوقف على دفع القيمة لآبدمن تأويله وطرحه، مع أنه لا صراحة فيه، بل ولا ظهور في توقف الحرية، بل قد صرح فيه بعدم ملك ولد الحربل إقصاء توقف دفع الولد على دفع القيمة، وهو مع أنه غير مانحن فيه مطرح أو مأول.

وعلى كل حال فاحتمال كونه رفا إلى حين الولادة أو حين التقويم لا يلتفت إليه، وتظهر الثمرة في الوصية به وله في الجناية عليه، وفي عزل نصيبه من الارث فضلا عن نمائه، وفي غير ذلك مما لا يخفى.

﴿و﴾ كيف كان ف﴿على أبيه قيمة حصصهم يوم ولد﴾ وإن تأخر التقويم عنه إن تقوم حاملا وإلا دخلت قيمة الولد معها كما صرح به ثاني الشهيدين، وبعض من تأخر عنه، كفاضل الرياض ويشحن في شرحه نعم ظاهر الأخير إعتبار التراضي منهم بذلك، قال «فان اختلفا فالمدار على حين الولادة، إلا إذا خرج ناسقاً فيتعين إعتبار قيمة الحمل إن زادت على قيمته حين الولادة، مع احتمال تقويمه تاماً و مع الخروج ميتا يفرض حيا سليماً ويقوم، والام باقية على حالها، و يقوى إعتبار أعلى القيم من حين الحمل إلى حين الولادة أو إلى حين التقويم، ثم قال، بعد ذلك ويغنى مجرد التقويم من دون عقد، لظاهر الاطلاق في الاخبار و كلام الاصحاب، ولذلك يصلح تقويمه ميتاً، ولو خرج مريضاً بجنابة قوم صحيحاً».

قلت : لأجد خلافا في النص والفتوى في عدم اعتبار زمان التقويم المتأخر عن زمن الولادة، بل هو صرح قبل ذلك بأنه لو تأخر وقت التقويم عن يوم الولادة لوحظ الحال السابق بل ستسمع نسبة الخلاف إلى أبي حنيفة في نظير المقام من الفاضل، وهو مشعر بالاجماع على أن الاصل براءة ذمة الاب من الزائد لو فرض علو القيمة كما هو الغالب، وبراعة ذمة غيره من وجوب الالتزام بالنافص لو فرض حصوله بالتأخر.

مضافا إلى أن المتيقن من النصوص يوم الولادة ، لانه هو أول يوم تحقق اسم الولد فيه ، بل المعتبر حال الخروج إلى الدنيا ، بل منها مضافا إلى الاصل يستفاد عدم اعتبار أعلى القيم ، خصوصا إذا كان الشريك هو الذى طلب التأخير إلى يوم الولادة ، ضرورة أنه باختيار ذهب الزائد عليه ، بل وإن كان الطالب الواطىء ، لعدم الالتزام بالتقويم حملا إذ النصوص أوجبت قيمة الولد ، على أن الحمل لا طريق إلى تقويمه كما صرح به الفاضل وغيره لكن قديقال إنه يمكن تقويم الحمل على احتمالاته .

نعم لا يقوم ولدا تاما حيا و هو حمل لعدم العلم بحاله ، ولعل ذلك هو المراد بعدم إمكان تقويمه حملا إلا أن يلحظ تبعا فتقوم الحامل حينئذ باعتباره ، فالزيادة التي تفرض على كونها حائلا بسببه بمنزلة القيمة له ، وفيه أنه ربما تنقص قيمته الجارية بحملها ، لقلة الانتفاع بها ، ومخافة الحادث عليها بالطلق و نحوه و من هنا اعتبر فى النصوص الواردة هنا وفي الامة المستحقة للغير وفي المدلسة نفسها وغير ذلك قيمة الولد ، وليس في شيء منها تقويمه حملا ولو بالتبعية للام ؛ كما أن أكثر الفتاوى على غرامة قيمة الولد يوم ولد حيا اللهم الا ان يدعى ظهور بعض نصوص المقام الذى اشتمل على التقويم إذا أحبلها في ذلك وفيه منع .

نعم قديقال : إن المراد بدخوله في قيمة الحامل أنه يضاف إلى قيمتها ما يكون قيمة له ، فتكون القيمة التي لها عوضاً عنه وعنهما ، لأنه قيمة للحمل ، ولذا اعتبر التراضى بينهما على ذلك فليس لاحدهما اقتراحه على الآخر هذا .

وفى الرياض فى شرح عبارة النافس التى هى يجب على الواطىء قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة قال : « والسقوط حيا ان قومت حائلا ،

وإلا دخلت قيمة الولد معها كما ذكره جماعة من الاصحاب والظرف يتعلق بالقيمة، أى القيمة عند الولادة بلاخلاف ، توفية لحق الشركاء من النماء والتفاناً إلى فحوى المعبرة الواردة فى وطى الشركاء للأمة المشتركة ثم ذكر الصحيح المتقدم المشتمل على القرعة ، وربما يتوهم منه اعتبار القيمة المزبورة ولو حال الحمل للتوفية وللنصوص المشتملة على قيمة الولد ، فيكون وقت الضمان وقت انعقاد الحمل باعتبار أنه كوقت التلف ، والمضمون حينئذ قيمة ولد، للنصوص ، ولعله على ذلك بنى شيخنا فيما سمعته من شرحه ضمانه لو خرج ميتاً بأن يفرض حياً، ومريضاً بأن يفرض صحيحاً ، بل قد سمعت احتمال تقديره تاماً لو خرج ناقصاً .

لكن فيه أن المنساق من عبارات الاصحاب اشتراط الحياة فى ضمانه فلو خرج ميتاً لم يكن عليه شيء أصلاً ، حتى قيمته حملاً ، كما يقوم يوم خروجه حياً على أى الأحوال كان من الصحة والمرض والتام والنقصان والذكورة والانوثة والمسخ والخنوثة ، بل هو كصريح الدروس فى الامة المستحقة التى لم يظهر لتأخرق بينها وبين المقام بالنسبة إلى ضمان قيمة الولد فقال : وعليه قيمة الولد إن سقط حياً كما أنه قال : فى المقام وعليه قيمة نصيب الشريك يوم وضع حياً ، بل قال الفاضل فى القواعد فى المقبوض بالبيع الفاسد لفساد الشرط إذا كان جارية ولو وطأها لم يحد أى مع عدم علم الفساد ، وعليه المهر وأرش البكارة والولد حرر على أبيه قيمته يوم سقط حياً ولا شيء لو سقط ميتاً وأرش ما نقص بالولادة .

وفى التحرير فى أحكام البيع الفاسد أيضاً لو كان المبيع أمة ، إنعقد الولد حراً لا ولاء عليه ويلحق به ، ويجب على الواطىء قيمته يوم سقط لا يوم المحاكمة ،

ولانجبر قيمة الولد النقصان وان ساواه فى القيمة ولوسقط ميتاً لم يضمه اما لو ضرب اجنبى بطنها فالقته ميتاً تاما وجب على الضارب مائة دينار و للسيد منها اقل الامر من دية الجنين او قيمته حين سقوطه ، وباقي الدية لورثته ، الى ان قال : ولو كان الضارب الواطىء فالقته ميتاً فعليه دية الجنين يأخذ السيد منها اقل الامر من ، والباقي لورثته غير الواطىء . (و قال) : « فى الامة المستحقة و ينعقد الولد حراً وعلى الاب قيمته يوم ولد ، وفى وطى الشريك يغرم ثمن ولدها يوم سقوطه حياً ، والظاهر عدم الفرق فى الحكم بين الجميع فيكون المراد اضمن بشرط الحياة :

واصرح من الجميع ما فى التذكرة قال فى البيع الفاسد منها : « ويجب على الواطىء قيمة الولد للبائع : لانه نماء ملكه و قد حال بينه وبينه بالحرية فكان عليه ولقول الصادق عليه السلام (١) « فى رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة قال : يأخذ الجارية صاحبها ، و يأخذ الرجل ولده بالقيمة » (الى ان قال) تعتبر قيمة الولد يوم سقوطه حياً ، لانه وقت للحيلولة بينه وبين صاحبه ، ولو سقط ميتاً فلا شيء لانه لا قيمة له حينئذ ، ولا يقوم قبل سقوطه لانه لا قيمة له حينئذ ، فاذا لم يكن له قيمة حين سقط لم يضم ، وهو قبل ذلك لا قيمة له ، لا يقال لو ضرب به اجنبى فسقط ميتاً وجب عليه اضمن وكان للسيد من دية اقل الامر من دية الجنين و من قيمته يوم سقط ، لانا نقول الواطىء يضمه بالحيلولة بينه وبين سيده ، ووقت الحيلولة حين السقوط وكان ميتاً فلم يجب ضمانه ، وضمان الضارب قائم مقام خروجه حياً ، فلهذا ضمنه البائع وانما ضمن الاقل ، لان دية الجنين ان كانت اقل لم يضم اكثر من ذلك ، وان كانت القيمة اقل كان الباقي لورثته ويطالب المالك من شاء من البائع والمشتري ، وقال ابو حنيفة يغرم قيمة الولد يوم المحاكمة الى آخره .

وقال في المقام «وعلى أبيه قيمة حصة الشريك منه يوم الولادة، لانه وقت الحيلولة و أول اوقات التقويم ، وقال في الامة المستحقة الولد حر و على أبيه قيمته لمولاه يوم سقط حياً وبه قال الشافعى لانه ائلف على مولاه رقيقاً باعتقاده أنه ملكه ، ولا يقوم حملاً لعدم امكان تقويم الحمل ، فيقوم في اول حالة انفصاله لانها اول حالة امكان تقويمه ولان ذلك هو وقت الحيلولة بينه وبين سيده» الى آخره والجميع كما ترى ما بين صريح فيما قلنا وظاهر .

بل قال شيخنا في شرحه في ظهور استحاق الامة وعلى الاب قيمته للمولى يوم سقوطه بل حين سقوطه ان سقط حياً مستقراً لحياة على نحو يكون مقوماً لانه اول ازمة التقويم، للاجماع والاختبار بأن يقوم على ما هو عليه من نقص عضو أو صفة ، مع ملاحظة بقاء الرقية دون الاول الى الحرية ، ولو خرج ميتاً لقيمة له فليس على الاب شيء ، وقوى بعضهم تقريمه دية جنين امة، وليس بقوى، ويقوى مراعات التفاوت بين القيمتين، ولو اشتبه الحال، فالاقوى عدم التغريم ويحتمل ثبوته عملاً بالاصل، وهو مناف لما سمعته سابقاً منه هذا .

ولكن في الكتاب في باب الغصب، فيما لو كان المغصوب جارية فوطئها جاهلين بالتحريم قال: «ولو أحبلها لحق به الولد، وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرش ما ينقص من الامة بالولادة، ولو سقط ميتاً قال الشيخ رحمة الله عليه لا يضمه، لعدم العلم بحياته وفيه اشكال ينشأ من تضمين الاجنبى، وفرق الشيخ بين وقوعه بالجنابة ووقوعه بغير جنابة ، ولو ضربها أجنبى فسقط ضمن الضارب للغاصب دية جنين حر وضمن الغاصب للمالك دية جنين امة» ، وظاهره التوقف في عدم الضمان لو خرج ميتاً .

كالفاضل في القواعد في هذا الباب أيضاً حيث قال : « و لو سقط ميتاً فاشكال ينشأ من عدم العلم بحياته و من تضمين الاجنبى ، بل في المسالك في هذا الباب

« ان الوجه ضمان الغاصب دية جنين امة سواء سقط بجناية ام لا ، لكن على تقدير كونه بجناية ، للمالك دية جنين أمة ، وباقي دية جنين الحرة للامام لان الفاسد لا يرث والامة رقيقة لا يرث الى غير ذلك من كلماتهم التي بملاحظتها جميعاً يحصل الشك في المسألة ، ولعل مقتضى الاصل معه عدم الضمان ، لعدم صدق تلف المال بانقضاء الحرية ، بل أقصاه انه لو لم يكن مشتبهاً لكان الولد رقاً ، ومثله ليس سبب ضمان ، والضمان ولداً للنصوص ، واما ضمان الجنين بجناية جان فلانه كالخروج حياً كما سمعته من الفاضل ، فتأمل جيداً ، فان المسألة من المشكلات ، وهذا وقد يفرق بين المقام وبين الغصب والمقبوض بالبيع الفاسد وغيرهما مما تكون للعبد فيه يد ضمان ، باقتضاء عموم «على اليد» (١) الضمان في الثاني دون الاول ، بل ينبغي الجزم به فيما لو طرأ الفساد عليه ضرورة كونه كموت المغصوب في يد الغاصب حتف انفه و لعله لذا جعل الوجه في المسالك الضمان مطلقاً .

نعم قد يقال بعدم الضمان فيما لو علم الفساد باصل النمائية على وجه لم يتحقق نمائيته بحيث يكون مالا متقوماً كما في الفرض فانه مع فرض سقوطه لفساد في اصل تكونه لا يكون مالا ، بخلاف طلع النخل المغصوب مثلاً اذا فرض فساده في يد الغاصب فانه مال متقوم فيضمن على حاله ، لانه يفرض كونه تمراً كل ذا والمسألة بعد محتاجة الى تنقيح .

و اما ضمان اقل الامرين فلان المملوك لا يضمن بازيد من دية الحر و لعل اطلاق المسالك منزل عليه كما ان قوله ينتقل الى الامام مبنى على عدم وارث غير الاب والام ، والا انتقل اليه ، وقد عرفت مما قدمنا ان الاعتبار بالقيمة حين الولادة لاجن

التقويم الذى هو بمعنى المحاكمة كما قال ابو حنيفة والله اعلم .

المسألة ﴿الحادية عشرة المملوك كان المأذون لهما﴾ فى التجارة ﴿اذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه﴾ له بناء على ملك العبد ﴿حكم بعقد السابق﴾ و بطلان اللاحق ، لعدم صحة تملكه سيده ﴿فان اتفقا فى وقت واحد﴾ اى اتحدا زمان للجزء الاخير من قبولهما ﴿بطل العقدان﴾ لعدم صحة ترتيب اثر كل منهما ، و ترجيح احدهما على الاخر ترجيح بالمرجح ، واحتمال الرجحان فى الواقع فيستخرج بالقرعة معارض باحتمال عدمه ، على ان التكليف منوط بالاسباب الظاهرة و الا لزم التكليف بالمحال ، و ليس كالقرعة فى عتق العبيد ، لان الوصية بالعتق ، بل نفس العتق قابل للابهام ، بخلاف البيع و ساير المعاوضات .

و رسالة الكافى الاثنية التى اشار اليها المصنف بقوله ﴿و فى رواية يقرع بينهما﴾ (١) قد عمل بها الشيخ وغيره ، مع انها ليست حجة فى نفسها معارضة . بخبر ابى خديجة الاثني نعم اذا علم السبق ولم يتعين السابق اتجه اخراجه بالقرعة التى هى لكل امر مشكل ، (٢) من موضوعات الاحكام ، وهذا منه ، بل يقوى لذلك ايضاً جريانها فيما لو اشتبه السبق والاقتران ، فلم يعلم أيهما الذى وقع ، وجواز الاقتران مع عدم معلومية السبق المصحح للبيع . فلا يجوز الحكم بالمسبب مع الجهل بالسبب لا يصلح مخصصاً ، ولا فرق بين علم تاريخ احدهما وجهله على الاصح .

نعم قيل يحتاج فى الصورة الاولى الى رقعتين يكتب فى احدهما السابق ، وفى

(١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب بيع الحيوان الحديث - ٢ - ١

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ١١

الآخرى المسبوق ، وفى الثانية الى ثلاث رقع ، يكتب فى الثالثة الاقتران ، ليحكم معه بالبطلان ، واما قول المصنف ﴿ وفى ﴾ رواية ﴿ اخرى يذرع الطريق ﴾ بينهما ﴿ ويحكم للآقرب ﴾ فلم نجدها بل لو وجدت لم يكن لها معنى محصل ، اذا الفرض حصول الاتفاق فى الوقت الواحد ، فلا مدخلة لذرع الطريق ﴿ وفى ﴾ حينئذ فلا ريب فى ان ﴿ الاول ﴾ اى البطلان ﴿ اظهر ﴾ لما عرفت كما انك قد عرفت ان الآقوى القرعة فى غيره .

لكن روى ابو خديجه (١) كما فى الدروس وغيرها وفيما حضرنى من نسخة الوسائل والحداثق أبوسلمة عن أبى عبدالله عليه السلام « فى رجلين مملوكين مفوض اليهما بيعان و يشترىان باموالهما ، كان بينهما كلام فخرج هذا يعد والى مولى هذا وهذا يعد والى مولى هذا ، وهما فى القوة سواء فاشترى هذا من مولى هذا العبد والآخر كذلك وانصرفا الى مكانهما فثبت كل واحد منهما بصاحبه ، وقال له انت عبدى وقد اشتريتك من سيدك قال : يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق فايهما كان آقرب فهو الذى سبق الآبعد وان كانتا سواء فهما ردا على مواليهما جاءا سواء وافترقا سواء الا أن يكون أحدهما سبق صاحبه ، فالسابق هو له ، انشاء باع ، وانشاء أمسك وليس له أن يضربه » قال الكلينى والشيخ وفى رواية أخرى (٢) « ان كانت المسافة سواء أقرع بينهما ، فايهما وقعت القرعة عليه كان عبده ، وهو كما ترى صريح فى ان المسح للاشتباه لا للعلم بالاتفاق الذى هو كالصريح فى البطلان معه ، وان كان ما فيه من الحكم بذلك لتساوى الطريقين

واضح الاشكال ، كالاشكل فيما فيه من الحكم بالسبق لأقربية الطريق اذ هو مع قصوره عن الحجية بالضعف ، واعراض الاكثر بل لم يعمل به الا النادر كالشيخ في النهاية التي هي متون أخبار وبعض أتباعه ، ومخالفته للضوابط الشرعية محتمل لارادة حصول اليقين بذلك .

وعلى كل حال فلا دلالة فيه على المسح مع الاقتران بل هو دال على خلافه ، بل قيل ان مرسل القرعة لادلالة فيه ايضاً ، على أن محله الاقتران وان كان قد يناقش فيه بأن الظاهر ارادة الكليني و الشيخ من قولهما وفي رواية أخرى الى آخره أنها كهذه الرواية في السؤال والجواب الى قوله و ان كانتا سواء اختلفا فالاولى حكم فيها بالبطلان، وفي الاخرى بالقرعة ، ولا ريب أن رواية القرعة اولى لاعتضاها بعموم ما دل على «انها لكل أمر مشكل» (١) ولان استواء الطريق اعم من الاقتران فهي مؤيدة لما ذكرناه من مشروعيتها للاشتباه في السابق او السابق لكن قد يقال ان الخبر صريح في القرعة ليعين احدهما خاصة من دون تعرض لاستخراج الاقتران المقتضى للبطلان. بل ظاهره أو صريحه عدمه .

هذا كله اذا كان الشراء لهما ، اما اذا كان لسيدهما فعقد السابق منهما صحيح ماض ، والاخر محتاج الى الاجازة ، بناء على انقطاع الاذن عنه بزواله عن ملك السيد وان به تفترق الاذن عن الوكالة وان عقده حينئذ للغير فضولى موقوف على اجازة ذلك الغير ، وان اقتربنا ، فالمعروف بين المتأخرين البطلان ، لتوقف انصحه على بقاء الاذن الموقوف على عدمها لكن الظاهر ارادة التوقف على الاجازة من البطلان ، اذ لا وجه له معها فيصحان معاً لو اجيزا ، والا فالمجار منهما ، لعدم استناد الصحة حينئذ الى الاذن بل اليها وفيه

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث - ١١

انه يمكن القول بالصحة من دون توقف على اجازة بل به جزم الكركي لان الاذن مقارنة لتمام العقد، فالانتقال وانقطاع الاذن قد ترتباً معاً على تمام العقد ترتباً ذاتياً، ولا يعتبر في الاذن ازيد من ذلك فتأمل جيداً.

وان علم السبق واشتبه السابق ، وقد حصل الرد من احدهما فالقرعة ، ولو كانا وكيلين صح العقدان على كل حال ، بناء على عدم انقطاعها بالخروج عن الملك ، وفي شرح الاستاد « الا مع قرينة التقييد، فلو عقد على انه عبد مأذون فظهر حراً، او ملكاً لغير الاذن بطل عقده على نحو ما تقدم، ولو كان وكيلاً صح ولو توكل على انه حر فعقد فظهر عبداً لغير موكله، بطل، ومع الاجازة من مولاه تقوى الصحة كما لو ظهر عبداً لموكله.

وفيه سؤال الفرق بين الاذن والوكالة ، ولو اذن له ثم باعه فعاد اليه لم تعد اذنه على الاقوى، كما لو حرر فعاد ملكاً له ، والزوجة والخادم والشريك المأذونون تزول الاذن عنهم بزوال الصفات ولا تعود ، لو عادت، على الاقوى، وهو جيد على الفرق بين الاذن والوكالة ، وفيه بحث ، وعليه فلو كان احد العبدین وكيلاً والآخر مأذوناً صح شراء الوكيل مطلقاً ، و اما المأذون فان تقدم شراؤه صح ، و الا كان موقوفاً على الاجازة والله اعلم.

المسألة ﴿ الثانية عشر من اشترى جارية سرقت من ارض الصلح ﴾ قطعاً أو بمنزلته، والا فلو سرقت من ارض الحرب مع احتمال كونها من اهل الحرب أو منهم ولو في غير أرضهم، فللسارق ، بل في شرح الاستاد انها لو سرقت من كافر في غير تلك الارض، ولا يعلم حاله اوبين العبدین ولا يعلم حاله احتمال عدم العصمة وثبوتها وهو الاقوى، وان كان فيه ان ما ذكره احتمالاً هو الاقوى على الظاهر، ﴿ و ﴾ على كل حال ففي مفروض المسألة ﴿ كان له ردها على

البائع واستعادة الثمن ولومات اخذ من وارثه ولو لم يخلف وارثاً استسعت في ثمنها على ما رواه مسكين السمان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألت عن رجل اشترى جارية سرقته من ارض الصلح فقال فليردها على الذي اشتراها منه ، ولا يقربها ان قدر عليه ، او كان مؤسراً قلت جعلت فداك انه مات ومات عقبه قال : فليستسعها ، واوفيه بمعنى الواو اي لا يقرب الجارية باستسعاء ان قدر على البائع وكان مؤسراً ، ويحتمل ان يكون المراد او كان المشتري مؤسراً اي لا يقربها مع احد الامرين ، الا انه مع قصوره سنداً ولا جابر مخالف للقواعد الشرعية بالرد الى البائع الذي هو ليس مالكا ولا وليه ولا وكيله ، بل ربما كان هو الظالم السارق ، وباستسعاء مال الغير فيما لم يصل اليه وهو ظلم فوق ظلم .

وزاد في شرح الاستاذ مخالفته باطلاق ما دل فيه على رد الثمن ، مع انه لا يتم بناء على عدم الرجوع به مع تلفه وعلم المشتري ، و بترتيب الاستسعاء على موت الوارث وعقبه - من غير اعتبار لفقد باقي الورثة وعدمه ، وبقاء مال للميت وعدمه ، وبان ظاهره انه ان لم يكن قادراً على البائع او الرد عليه وكان البائع معسراً ، أو المشتري على اختلاف الوجهين فلا رد ، ويكون له عوض الثمن ، وان كان يمكن دفع ما ذكره جميعاً ، بل بعضه واضح الدفع . فالعمدة حينئذ الاولان اللذان اقتصر عليهما الاصحاب .

لكن في الدروس «والا قرب المروى تنزيلاً على ان البائع مكلف بردها الى اهلها اما لانه السارق ، اولانه ترتبت يده عليها ، اي فهو اقدم ، وخطابه بالرد الزم خصوصاً مع بعد دار الكفر واستسعاؤها جميعاً بين حق المشتري . وحق صاحبها ، والاصل فيه ان مال الحرى فيء في الحقيقة ، وفيه أن ذلك يصلح ان يكون تقريباً للنص الجامع لشرائط الحجية لانه به يكون موافقاً للقواعد ، ضرورة عدم اقتضاء سرقته ، وترتب

يده ، وخطابه بالرد جواز تمكينه من مال الغير بعد الوصول الى يدغيره الذى صار مخاطباً بالرد ، ومع الاحتياج الى المؤنة يلتزم بها السارق .

نعم قد يحتمل ذلك فى خصوص ما لو كانت فى يد البايع امانة شرعية ، كما انه لامعنى للجمع بين حق المشتري و المالك بذلك ، بعد ان لم يكن حق له عليه ، اذلا تزروازرة و زر اخرى (١) و المحترم بالعارض كالمحترم بالاصل ، كما هو واضح ﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل ﴾ كما عن الحلبي انها ﴿ تكون بمنزلة اللقطة ﴾ والوجود فى السرائر بعد ذكر الخبر السابق « كيف تستسمى هذه الجارية بغير اذن صاحبها ، وكيف تعتق ولاعلى ذلك دليل ، وقد قدمنا انها ملك الغير ، والاولى ان تكون بمنزلة اللقطة ، بل يرفع خبرها الى حاكم المسلمين ويجهتد على ردها على من سرفت منه ، فهو الناظر فى امثال ذلك ، ولعله يريد ما ذكره المصنف بقوله ﴿ ولو قيل تسلم الى الحاكم ولا تستسمى كان اشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده و اختاره جماعة ممن تأخر عنه بل فى الرياض « نسبتة الى كثير من المتأخرين » لكن فى الرياض « ان ذلك بعد تعذر الرد على المالك ووكيله ، وقال يمكن تنزيل الاطلاق عليه ، لغلبة بعددار الكفر ، ووجهه حينئذ واضح » .

قلت : هو كذلك بعد ان تكون من مجهول المالك فى يده ، بل قد يقال : بجواز تسليمها له قبل وصولها حد مجهول المالك كما هو صريح شيخنا فى شرحه ، باعتبار انه ولى الغائب فيبحث حينئذ هو عن صاحبها ويردها اليه والاوضاع فى بيت المال او تصدق بها عن صاحبها من دون شرط الضمان او مع نيته من بيت المال او من البايع او من المشتري

او كليهما ، وان كان قراره على الغار والظالم . وعدم وصول العوض لا ينافي التعبد ومثونة الرد على البائع ، قيل او المشتري ان لم يكن مغرورا ، والا فعلى الغار كسائر الغرامات ، وفيه انه يمكن التشريك بينهما فيهما مع عدم الغرور ، وكذا قيل ان النفقة لو ادخلها في بيت المال من كسبها او منه ونفقة مدة البقاء لو قبضها عن الفقراء من كسبها او منهم ، ولو قبضها لصاحبها فالنفقة عليه ، وفيه انه يقوى كون النفقة في الاخير على الظالم .

وكيف كان فظاهر من قال بالدفع الى الحاكم ان ذلك لانه ولي عن الغائب ، لانه لكون الجارية للامام الذي هو وارث من لا وارث له ، وهو نائب عنه ، كما عن الاردبيلي ، اذ ليس في شيء من النص و القنوى ما يشهد بذلك ، والموت في الرواية لغير المالك قطعاً ، كما هو واضح .

ثم انه على العمل بالخبر المزبور ينبغي الاقتصاد فيه على مضمونه ولا يتعدى منه الى غيره حتى بالنسبة الى خصوص الجارية فلا يتعدى الى غيرها من الاموال الصامئة والناطقية وخصوص أرض الصلح ولا يلحق بهم غيرهم من محترمي المال ، بل لا يبعد الاقتصاد على كون المشتري رجلاً ، وباجملة متى قام احتمال الفرق وجب العمل على مقتضى القواعد والضوابط ، أوجب الله لنا كتابة ذلك في صحائف الحسنات وأقالنا من موبات العثرات بحق خير خلقه محمد وأهل بيته السادة الهداة .

تم المجلد الثاني من العقود بعون الله الرؤف الودود ويتلوه في المجلد

الثالث السلف نرجو من الله التوفيق لاتمامه

والعفو عما سلف والحمد لله

❦ (الفصل العاشر) ❦

من فصول كتاب التجارة ❦ فى السلف والنظر فيه يستدعى مقاصد ❦
❦ (الاول) ❦ فى حقيقة ❦ (السلم) ❦ بفتح السين واللام الذى هو مرادف للفظ السلف
قال فى مختصر النهاية السلف السلم ، وفى المجلد بالعكس ، وزاد والسلم معروف
كما أنه فى الاول عطف القرض عليه ، ولعل اشتراكهما لفظا فيه لاشتراكهما فى أن
كلاهما اثبات مال فى الذمة بمبذول فى الحال والامر سهل ، وعلى كل حال فالظاهر
جريان البحث السابق فى لفظ البيع أنه اسم للعقد أو النقل والانتقال أو غير ذلك من
الاحتمالات السابقة فى افظه أيضا ، فقول المصنف هنا ❦ هو ابتياع مال مضمون الى
أجل معلوم بمال حاضر أو فى حكمه ❦ مما يؤيد كون لفظ البيع عنده للانتقال المراد
من الابتیاع هنا ، لخصوص الشراء .

كما انه فى الدروس عرفهما معاً بالعقد ، وانسباق الكلى فى الذمة من المضمون
خصوصا بعد قوله الى أجل معلوم ، أغنى عن ذكر ما يحترزه عن المبيع المضمون
قبل القبض ، فلا وجه لما فى التنقيح ، كما أن ذكر اشتراط المعلوماتية فى المبيع والتمن
سابقا ولاحقا أغنى عن ذكر ذلك فى التعريف ، وأخرج بقوله بمال حاضر أو فى حكمه
النسيئة لعدم اعتبار ذلك فيها ، اذا المراد بالحاضر الشخص الموجود فى مجلس العقد
والذى فى حكمه المقبوض قبل التفرق وان لم يكن موجودا فى مجلس العقد ، أو يراد
بالحاضر الشخص ، وما فى حكمه الكلى فى الذمة المدفوع قبل التفرق ، أو الدين
الذى فى ذمته بناء على جواز جعله ثمنا للسلم ، أو نحو ذلك مما لم يعتبر فى النسيئة
قطعا ، وأما اعتبار الاجل فيه فهو المشهور على الظاهر ، وقيل بجوازه حالا ، وستعرف
تحقيق الحال فيه ، وكان المناسب ممن يقول بعدم اعتباره فيه كالشهيد فى الدروس

عدم أخذه في التعريف .

وكيف كان فقد أجمع المسلمون على جوازه ، كما أن السنة قد تواترت فيه بل عن ابن عباس أشهد أن السلف المضمون الى اجل مسمى قد أحله الله في كتابه ، اى في قوله (١) «يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه» ﴿و﴾ لعله لعموم اللفظ ، نعم هو نوع من البيع قطعاً فلا بد فيه من ايجاب وقبول ، بل ﴿ينعقد بلفظ أسلمت﴾ اليك ﴿أو أسلفت﴾ لك كذا في كذا الى كذا من المشتري ، فيقول المسلم اليه أى البايع قبلت وشبهه ، بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع عليه ولا يقدح كون الايجاب فيه من المشتري والقبول من البايع اذ ذلك من جملة أحكامه التى اختص بهاعن باقى أفراد البيع وشارك الصلح بها بل الايجاب بهذا اللفظ مختص بالمشتري ، ضرورة عدم تعقل معناه من غيره ، كما صرح به فى جامع المقاصد ﴿و﴾ قد الحق بهما المصنف والفاضل فى القواعد جميع ﴿ما أدى معنى ذلك﴾ وظاهرهما جواز العقد به وان كان مجازاً ، وفيه بحث ليس ذامحله ، والاولى الاقتصار عليهما ، وسلفت فى ايجاب المشتري ، وأما سلم فقد قيل ان الفقهاء لم يستعملوه ومنه ينقدح الشك فى العقد به ، اذ الواجب الاقتصار على المتيقن فيما خالف أصالة عدم النقل وآية (٢) «اوفوا بالعقود» غير مراد منها العموم قطعاً والالكان الخارج أضعاف الداخل ، بل لا يبعد كون المراد منها الامر بالوفاء بعقد البيع ، وعقد الاجارة وغيرهما ، لأن البيع مثلاً ينعقد بكل لفظ ، ولتمام الكلام محل آخر هذا كله فى الايجاب من المسلم أى المشتري .

(١) سورة البقرة آية - ٢٨٢

(٢) المائدة الاية - ١

﴿و﴾ أما الإيجاب من البايع فيقع ﴿بلفظ البيع﴾ فإذا قال المسلم إليه أي البايع بعثك كذا، وصفته كذا إلى أجل كذا، بثمن كذا، وقال المشتري: قبلت ودفع الثمن في المجلس انعقد سلماً، لا بيعاً مجرداً عن كونه سلماً، ولا تجوز فيه على حسب باقي استعمال العام في الخاص، ومنه يعلم حينئذ عدم اعتبار قصد السلمية في صيرورته سلماً. بعد أن كان مورده متشخصاً في نفسه، إذ ظاهر النص والفتوى تحقق مسماه بذلك من دون اعتبار شرط آخر بل قد يقال: أنه لا يقدح قصد غير السلمية في تحقيق كونه سلماً فضلاً عن عدم القصد وإن أقصاه الغلط في القصد بعد أن كان ذلك وظيفة الشارع ضرورة أن مرجعه إلى إثبات أحكام شرعية، كالقبض في المجلس ونحوه على هذا الموضوع الخاص، فقصد عدمها كالمعارضة للشارع ولئن فرض كونه تشرعياً على وجه لا يريد أن النقل والانتقال الأعلى هذا التقدير لم يبعد القول بالبطلان فتأمل جيداً.

وعلى كل حال فماعن بعض الشافعية من أن ذلك بيع لا سلم فلا يجب القبض في المجلس وغيره من أحكامه نظراً إلى كون الإيجاب بلفظ البيع فواضح الفساد، إذ مع كون الأولى النظر إلى المعاني لا تنافي هنا بين اللفظ والمعنى، ضرورة كون السلم نوعاً من البيع، فليس في لفظ البيع ما يقتضي كونه غير سلم، حتى يحتاج إلى ترجيح النظر إلى اللفظ على المعنى، كما سمعته عن بعض الشافعية، أو العكس كما في قواعد الفاضل، فمعنى السلم حينئذ لا معارض له، أقصاه عدم وجود اللفظ المخصوص كما هو واضح، وكذا يقع بلفظ استلفت واستلمت، وتسلفت وتسلمت، بناء على جواز سلم فيقول المسلم: قبلت ونحوه.

﴿و﴾ أما عقده بلفظ ﴿الشراء﴾ الذي ليس بمعنى البيع، فالظاهر كونه من

السلم قال فى التذكرة : « ولو أسلم بلفظ الشراء فقال : اشتريت منك ثوباً أو طعاماً صفته كذا الى كذا بهذه الدراهم ، فقال : بعته منك انعقد » ، قلت : لكن فيه تقديم القبول على الايجاب ، أما لو قال قبلت ونحوه فقد يقال بصحته هنا ، بناء على ما سمعته من اختصاص السلم بجواز كون الايجاب من المشتري ، والقبول من البائع ، فيكون حينئذ هذا منه . ﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ هل ينعقد البيع ﴾ الذى ليس بسلم ﴿ بلفظ السلم كان يقول : أسلمت اليك هذا الدينار فى هذا الكتاب ، الاشبه نعم ﴾ عند المصنف و الفاضل و الكركى و الشهيدين ، بل قال ثانيهما انه مذهب الاكثر ﴿ اعتباراً بقصد المتعاقدين ﴾ وان لم يكن اللفظ حقيقة فيه ، وفى التحرير كما عن الايضاح التوقف فيه .

قلت : تفصيل القول فى ذلك أن النزاع ان كان فى قيام صيغة اسلمت مقام بعث كالعكس فمحله فى صيغة البيع ، ولعل التحقيق عدم الجواز ، لانه مجاز بخلاف العكس ، فانه حقيقة مع عدم قصد الخصوصية ، اذ السلم نوع من البيع ، فاستعمال صيغة البيع فيه استعمال لللفظ فيما وضع له ، أفصاه أن لهذا الفرد من البيع احكاماً خاصة ، أما استعمال صيغة أسلمت مراداً منها معنى بعث المجردة عن السلم ، فان جاز فانما هو مجاز ، والاحتياط فى العقود اللازمة باعتبار الاقتصار فيها على المتيقن من العقود فى النقل الذى مقتضى الاصل خلافه يقتضى عدمه . ومن هنا قال فى المسالك : ان القول بالعدم لا يخلو من قوة .

و دعوى ان البيع يصح بكل ما ادى ذلك المعنى المخصوص ، والسلم نوع منه اعتبره الشارع فى نقل الملك فجاز استعماله فى الجنس مجازاً تابعاً للقصد واضحة المصادر ، كدعوى انه اذا جاز استعماله لما فى الذمة المحتمل للغرر ، كان مع المشاهدة أدخل ، لانه أبعد من الغرر ، اذ مع المشاهدة يحصل العلم اكثر من الوصف

والحلول يتيقن معه امكان التسليم والانتفاع ، بخلاف الاجل فكان اولى بالصحة ، اذ هى اوضح من الاولى بطلانا ، كالقول بأن البيع ينعقد بملكته كذا بكذا ، ولا ريب ان السلم أقرب الى حقيقة البيع من التمليك المستعمل استعمالا لا شايعة فى الهبة ، فاذا انعقد بالبعد لتادية المعنى المراد ، فالاقرب اذا اذاه اولى ، اذ فيه بعد امكان الفرق منع الانعقاد به على تقدير المجازية هذا .

ولتحقيق المسألة مقام آخر الا ان المتجه على تقدير كون المراد من النزاع هنا ذلك أن يكون المقال أسلمت هذا الكتاب فى هذا الدينار حتى يكون النقد ثمنا كما هو الغالب ، وبه مثل فى القواعد ، اللهم ان يكون مراده انعقاد البيع بعقد السلم ، بمعنى ان عقد السلم بكيفية يصح عقد البيع به فيقول المشتري حينئذ أسلمت اليك هذا الدينار فى هذا الكتاب فيقول البايع : قبلت فينعقد بيعا باعتبار ان مورده العين التى لا يصح السلم فيها ، وربما يؤمى اليه ما فى المسالك من تفسير ما فى المتن أى قال ذلك المشتري فيكون ذلك على نهج السلم من كون المسلم الثمن والمسلم فيه هو المبيع وهذا وان كان يناسب وضعه فى هذا الباب الا ان الاصح العدم فيه اذ لا يخلو من أن يكون العاقد قصد فى هذا العقد السلم ولو للمجهول منه بانه (١) **﴿يصح﴾** أن يكون مورده العين ، فيصح حينئذ بيعا قهرا عليه لعدم مدخلية قصد الخصوصية ضرورة أن من قصد الصرف مثلا فى غير مورده لا يبطل كونه بيعا وربما اومى الى ذلك قولهم يشترط كون المسلم فيه دينارا فلا ينعقد فى عين نعم ينعقد بيعا أو يكون قد قصد البيع فى ذلك من الاول الامر .

وعلى كل حال فهو باطل اذ مرجع الاول الى الغلط الذى لا يصلح لان يكون عقدا اذ ليس هو من الحقيقة والمجاز وقصد الصرف فى مورد غيره أمر خارج لا يورث

استعمال اللفظ ، لعدم جعل الشارع اياه قسما مستقلا صيغة تخصه ، ومرجع الثاني الى استعمال عقد السلم في البيع ، ولادليل على صحة عقد غيره به ، سيما اذا كان بكيفية وقوع الايجاب فيه من المشتري والقبول من البائع الذي لا يصح في غير السلم من البيع ، هذا وفي القواعد بعد أن ذكر أن الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم قال : « وكذا لو قال : بعثك بلائمن أو على أن لائمن عليك فقال : قبلت ففي انعقاده هبة نظر ، ينشأ من الالتفات الى المعنى واختلال اللفظ ، وهل يكون مضمونا على القابض فيه اشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا ، ودلالة لفظه على اسقاطه ، ولو قال : بعثك ولم يتعرض للئمن فانه لا يكون تمليكاً ويجب الضمان . »

ونحوه في التذكرة وفيه ان التنافي يندفع اذا عدل باللفظ عن مدلوله الى معنى آخر لا يكون سببه التنافي ، لان هذا غير كاف في الصحة ، والا فلا يبطل شيء من العقود المشتملة على ما ينافيها ، لوجود المندوحة في المعدول به الا ما لا ينافي ، و الاولى جعل منشأ النظر وجود لفظ البيع المقتضى للئمن ، ووجود المنافي لصحته وهو اشتراط عدم اللئمن فيكون بيعا فاسدا ، و من ان التقييد بعدم اللئمن قرينة على اراد الهبة من لفظ البيع لان الهبة هي التملك بغير عوض ، فهو مساو لها في المعنى ، وفيه ان عقد الهبة وان كانت من الجايز الا ان عقدها بمثل ذلك محل نظر او منع .

ومنه يعلم ما في المحكي عن بعضهم من ان المدار في ذلك على القصد ، فان قصد الهبة صح وان قصد البيع . بطل بل وما عن حواشي الشهيد من أن ذلك مبني على ان العقود توقيفية او اصطلاحية ، فعلى الاول لا يصح ، لان البيع لا بد فيه من العوض ، وانقضاء الجهالة ، و ، على الثاني يصح ، اذ من الواضح ان الثاني ليس قولاً لاحد منا ، بل ولا احتمالا ، واما الضمان فهو المتجه بناء على انه بيع فاسد ، ضرورة كون المنع في العبارة على

تقدير صحة هذا العقد فمع عدمها يبقى ما دل عليه من عموم « على اليد » وغيره سالماً اللهم الا ان يقال ان ذلك هبة فاسدة و« ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » وهو لا يخلو من وجه بناء على انه قصد بذلك الهبة فتأمل جيداً والله اعلم .

﴿ و ﴾ على كل حال . ﴿ ويجوز اسلاف الاعراض في الاعراض اذا اختلفت ﴾
 او اتفقت ولم تكن مقدرة باحد الامرين او الثلاثة لاطلاق الادلة وفي خبر وهب (١)
 « لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن » والمناقشة في سنده يدفعها
 الانجبار بالشهرة العظيمة ، بل في المختلف عن المرتضى الاجماع عليه ، وانه قال : يجوز
 عندنا ان يكون رأس المال في السلم غير ثمن من ساير المكيلات والموزونات ويجوز ان
 يسلم المكيل في الموزون ، والموزون في المكيل ليختلف جنسهما ، وما ظن في ذلك
 خلافاً بين الفقهاء ، فماعن ابن ابي عقيل من أنه لا يجوز السلم الا بالعين والورق ولا يجوز
 بالمتاع واضح البطلان ، وكالمحكى عن ابي على من انه لا يسلم في نوع من المأكول
 نوعاً منه اذا اتفق جنسهما في الكيل والوزن والعدد وان اختلفت اسماءها كالسمن
 في الزيت لانه كالصرف نسيئة و ان كان قديومه صحيح عبدالله بن سنان (٢) عن
 الصادق عليه السلام « سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اسلف رجلاً زيتاً على ان يأخذ سمناً
 قال : لا يصلح ، كحسنه (٣) » سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا ينبغي اسلاف السمن
 بالزيت ، والزيت بالسمن ، الا أن الظاهر ارادة الكراهة منهما ، وأوضح من ذلك فسادا
 ما حكى عنه أيضاً لا اختار أن يكون ثمن السلم فرجاً يوطأ ، لانه قد يتطرق الفسخ

(١) الوسائل الباب ٧ - من ابواب السلف - الحديث - ١ -

(٢ - ١) الوسائل الباب ٧ - من ابواب السلف - الحديث ٢ - ٣

الى العقد ، بسبب تعذر المسلم فيه فيصادف الفسخ العجل ، وهو يوجب انتقال المالك الى
اذ هو كما ترى .

﴿و﴾ أما اسلاف الاعراض ﴿في الاثمان﴾ فقد نص عليه غير واحد لاطلاق
الادلة خلافا لابي حنيفة فلا يجوز ، لانها لا تثبت في الذمة الاثمان فلا تكون مضمنة ،
وفيه منع واضح ، اذ لا يرب في جواز بيع الذهب و الفضة بهما ، اللهم الا ان يريد
اذا كان احد المقابلين عرضا ، وفيه منع واضح أيضا ، ﴿و﴾ في خبر غياث (١) عن
جعفر عن أبيه عليه السلام قال : لا بأس بالسلف في الفلوس ، فالحق أنه يجوز كجواز
﴿اسلاف الاثمان في الاعراض﴾ الذي لا خلاف فيه بيننا بل ﴿و﴾ لا بين المسلمين
نعم ﴿لا يجوز اسلاف الاثمان في الاثمان ولو اختلفا﴾ لان التقابض شرط ، اذ يمكن
فرض حصوله بقصر الاجل في المسلم فيه ونحوه ، بل لظهور النصوص (٢) المتقدمة
سابقا في عدم جواز الاجل في النقيدين اذا بيع احدهما في الآخر ، و أنه لا بد من
الحلول في بيعهما والتقابض في المجلس ، كما أوضحناه سابقا ، فتوقف ثانی الشهيدین
فيه هنا في غير محله ، هذا كله بناء على اشتراط الاجل في السلم ، و الا جاز
اسلافها فيها مع التقابض ، و جاز اسلاف الربويات بعضها في بعض كما هو واضح ،
والله اعلم .

المقصد (الثاني في شرائطه) ٥

الزيادة على شرائط البيع ﴿و﴾ قد قيل ﴿هي ستة الاول والثاني . ذكر
الجنس﴾ أي الحقيقة النوعية كما سمعته في الربا ﴿والوصف﴾ المائزين أفراد ذلك

(١) الوسائل الباب ١ - من ابواب السلف في ذيل الحديث - ١٢

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب الصرف

النوع . وقد يستغنى به عن ذكر الجنس ، لكن قد يناقش فى ذلك بأنه غير خاص فى السلم ، ضرورة كون المدرك فى ذلك رفع الجهالة التى لا فرق فى اعتبار رفعها بين السلم وغيره ، ﴿ و ﴾ من هنا قال المصنف وغيره : ﴿ الضابط ﴾ فيه ﴿ أن كلاً ما يختلف لأجله الثمن ﴾ اختلافا لا يتسامح بمثله فى السلم ﴿ فذكره لازم ﴾ والمرجع فى ذلك الى العرف ، ضرورة أنه ربما يكون العامى أعرف من الفقيه فى ذلك ، ولذا كان حظ الفقيه منها الاجمال ، وستمع تعرض جملة من الاصحاب الى جملة منها ، وان أوكلوا الامر فيه أيضا الى ما عرفت ، كما أن المرجع اليه أيضا فى معرفة الوصف الذى يحصل الجهالة بترك التعرض له وغيره ، فان كثيرا من الاوصاف تختلف الثمن بها اختلافا لا يتسامح فيه ، لكن لاجهالة فى عدم التعرض لها ، وانما ينص عليها من له غرض خاص فيها ، والا فلا .

وكان اطلاق المصنف اتكالا على قوله ﴿ و لا يطلب فى الوصف الغاية ، بل يقتصر على ما يتناوله الاسم ﴾ بناء على أن المراد منه عدم وجوب الاستقصاء فى الوصف ، بل يجوز الاقتصار منه على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذى يزيل اختلاف أثمان الافراد الداخلة فى العين ، اذ مرجعه حينئذ الى العرف ، وعلى ذلك فان استقصى كذلك و وجد الموضوع صح السلم ، وان عز وجوده بطل ، فعلى هذا النهى و الامر الواقعان فى العبارة قد يكونان على وجه المنع و اللزوم ، كما اذا استلزم الاستقصاء عزة الوجود ، و قد يكونان على وجه نفي اللزوم والجواز كما اذا لم يستلزم ذلك .

ومن هنا قيل أنها احسن من عبارة القواعد ، حيث يجوز ، فجمع بين الفردين المختلفين فى الصحة وعدمها ، « فقال : ولا يجب فى الاوصاف الاستقصاء لعسر الوجود ، »

إذا التعليل بعسر الوجود لعدم الجواز ، لالعدم الوجوب كما قد عرفت ، ويمكن أن يراد مما في المتن أنه لا يجب أن يطلب في الوصف الغاية ، بل يقتصر على ما يتناوله اسم الوصف ، فيكتفى حينئذ في وصف الحنطة مثلاً بالحمراء ، ولا يطلب الغاية في الأحمرار ، وهو وإن كان الصق بقوله بل يقتصر إلى آخره ، لكنه فيه أولاً أنه لا يجوز الاقتصار على اسم الوصف مع فرض اختلاف أفراده بما لا يتسامح فيه ، ويؤدي تركه إلى الجهالة ، وثانياً لا تكون العبارة عامة ، للمعروف من الأصحاب هنا النص عليه من المبالغة في كثرة الأوصاف ، فلا ريب في أن حمل العبارة على الأول الذي هو اعم من ذلك أولى ، ولا ينافيه الاضراب بناء على ما عرفت .

نعم لولاه لا يمكن حمل النهي في العبارة على حقيقته ، على معنى أنه لا يفعل ذلك بحيث يؤدي إلى عزة الوجود ، لبطلان السلم فيه حينئذ لما ستعرف من اشتراط كون وجوده غالباً ، مع احتمال أن يقال فيه ان المراد من الامر بالاقتصار ، بيان ابتداء الرخصة في جواز ذلك ، حتى ينتهي إلى الوصف المؤدى إلى عزة الوجود ، والامر في ذلك سهل بعد وضوح كون المراد على كل حال بيان جواز السلم في غير عزيز الوجود ، والمنع فيه ، بل قيل انه لا خلاف فيه ، بل ربما ادعى الاجماع عليه بل قيل انه الدليل له ، مضافاً إلى التعليل بأن عقد السلف مبني على الغرر ، لانه بيع ما ليس بمرئى ، فاذا كان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤدياً إلى التنازع والفسخ فكان منافياً للمطلوب من السلف ، وإن كان هو كما ترى .

وعن الايضاح توجيهه بأنه لما جل جناب الحق جل شأنه عن التكليف بما لا يطاق واقتضت حكمته بالغة عدم خرق العادات غالباً بمجرد ما يراد على العبد من متناقض الارادات ابطال السلم فيما يؤدي إلى احدهما قطعاً ، وما تجد أدأؤه تجدد بطلانه ، قال : فظهر من ذلك

أن ما يعز وجوده لا يصح السلم فيه، وبقي ما لا يعز، ولكن وجوده اقل في الاغلب لاستقصاء الصفات والاقرب فيه الصحة . لعدم استلزامه المحال، مع امكانه في نفسه، وجواز ثبوته في الذمة ولو وجود المقتضى وهو عقد البيع، وانتفاء المانع: وهو عزة الوجود، وفي التذكرة «قد بينا ان الاستقصاء في ذكر الاوصاف المخرج الى عزة الوجود وعسر التحصيل مبطل للسلم، لما فيه من تعذر التسليم الذي هو مانع من صحة البيع، (الى أن قال) والضابط عزة الوجود وتعذره يبطل معه، ويصح بدونه»

قلت ومن ذلك يعلم ان المراد بعز الوجود ممتنعه، وبطلان السلم فيه حينئذ واضح. وصحيح عبد الرحمن (١) وغيره دال عليه، مضافا الى معلومية اشتراط القدرة على التسليم، بل الظاهر بطلان غير السلم فيه من المعاوضات، كجعله ثمن مبيع ونحوه، بل لا يبعد الحاق الندرة التي تعد المعاملة معها سفهاً به . نعم لا بأس بها اذا لم تكن كذلك وان حصلت المشقة معها، كما نص عليه في القواعد والدروس وغيرهما، وتسمع تمام الكلام في ذلك في اشتراط غلبة الوجود، بناء على ان المنع في عز الوجود يؤول الى فقدان هذا الشرط، لأنه شرط آخر فتأمل جيداً والله أعلم .

(ويجوز اشتراط الجيدو الردي) بالاخلاف، للاطلاق السالم عن المعارض من عزة الوجود وغيرها، بل قد يقال بكونهما من الاوصاف التي يتوقف رفع الجهالة على ذكرهما، ومن هنا حكى عن المبسوط والتذكرة وجوب التعرض لهما، بل في التحرير الاجماع واقع على ذكر الجودة، وفي الدروس قيل يجب ذكر الجودة والرداءة بالاجماع، وان قال فيه نظر ولعله كذلك ولو بالنسبة الى البعض * و * على كل حال فلا ريب في جواز ذكرهما . نعم * لو شرط الاجود لم يصح لتعذره * *

بلاخلاف أجده ، بل فى التذكرة اجماعاً ، وفى الروضة أنه موضع وفاق ، لعدم تناهى مراتبهما ، وعلى كل تقدير فهو غير معلوم ، لكن فى التذكرة بعد دعوى الوفاق المزبور قال : « فيه اشكال لامكان ضبطه فى بعض الامتعة كالطعام ، فانه قد يتناهى جودته » قلت : لاريب فى جوازه مع هذا القرض وأنه لا يؤدى الى عزة الوجود ، بل ينبغى الجواز أيضاً مع ارادة ما يصدق عليه أنه من الاجود عرفاً ، لا المرتبة التى ليس فوقها أجود منها ، وكأنه الى ذلك نظر الاردبيلي وصاحب الكفاية فيما حكى عنهما من احتمال الجواز ، كما أن نظرا لصحاب لارادة حقيقة اللفظ لغة ، فيتجه المنع حينئذ ❀ و كذا لو شرط الاردى ❀ فانه ما من ردى الا وهناك أردى منه . و يأتى فيه ما سمعت .

بل قال المصنف : ❀ ولو قيل فى هذا بالجواز لكان حسناً لامكان التخلص ❀ بدفع الردى ، لانه ان كان هو الاردى ، فهو عين الحق والازاده خيراً ويجب عليه القبول لانه وفاء وزيادة ، كما يؤمى اليه النصوص فى باب القرض (١) بل عدته من حسن القضاء ، وانه من الفضل الذى قد نهينا عن نسيانه (٢) بل فى التحرير والارشاد الحكم بالصحة ، وحكاه فى التذكرة قولاً لبعض اصحابنا ، وان كنت لم أجده لاحد قبله ، بل هو قد استشكل فى القواعد ، وحكم بالبطلان فى التذكرة ، كالشيخ وفخر المحققين والشهيدين والكركى وغيرهم ، لعدم الضبط ، ووجوب قبض الجيد عنه لو دفع لا يصيره مضبوطاً عند العقد ، لانه ليس من أفراد ، على أنه اذا امتنع من الاداء لم يتمكن الحاكم من اجباره . لعدم ضبط الاردى ، وعدم استحقاق غيره عليه ، ❀ والتحقيق

(١) الوسائل الباب - ١٩ - ٢٠ - من ابواب القرض وباب ١٢ - من ابواب الصرف

(٢) سورة البقرة الاية - ٢٣٧

ما سمعته فى الاجود ، فتأمل جيدا .

ثم انه **﴿ لا بد ﴾** مع ذلك **﴿ أن تكون العبارة الدالة على الوصف معلومة بين المتعاقدين ظاهرة فى ﴾** العرف أو **﴿ اللغة حتى يمكن استعمالها عند اختلافهما ﴾** ، فلو جهلاها أو احدهما بطل ، ولا يكفى الاحالة على المراد لغة أو عرفا . ضرورة عدم صدق ارتفاع الجهالة بذلك ، بعد ظهور ما دل على شرطيته فيما بين المتعاقدين ، و المراد بظهورها فى العرف أو اللغة معروفة اتصاف العين بالوصف المشترط فى أحدهما : كى يحصل به قطع النزاع لو حصل ، ولعله لذا قال فى القواعد « الصفات ان لم تكن مشهورة عند الناس لقلة معرفتها كالادوية والعقاقير ، أو لغرابة لفظها ، فلا بد ان يعرفها المتعاقدان وغيرهما ، وهل تعتبر الاستفاضة ام يكفى معرفة عدلين ؟ الاقرب الثانى » ، كما عن الايضاح ايضا ، بل فى جامع المقاصد ان الاقرب الاول ، لامكان موت احدهما او غيبته ، لكن قال : ان هذا اى ما ذكره المصنف لا يناسب ما بنى عليه الباب من عدم الجواز فيما لا يعم وجوده ، و يعز حصوله ، و فى المسالك « المراد بظهورها فى اللغة كونها على وجه يمكن الرجوع اليها عند اختلافهما كما قيده ، وانما يتم ذلك اذا كان مستفاضا ، أو يشهد به عدلان .

وعلى كل حال فلو ذكر اوصفا لا يمكن معرفته و تحققفه فى احدهما بطل السلم فلا يجوز ، ولعل من ذلك بعض الاوصاف التى يذكرها الاطباء من درجات الحرارة أو البرودة ونحوهما ، وكان المرجع فى ذلك اما الجهالة عرفاً أو ما يساويها فى الاول الى النزاع الذى اراد الشارع حسم مادته بالعقود المعروفة ، لا اثارته ، بان يشرع منها ما يودى اليه مما نحن فيه وغيره ، فتأمل جيدا ، فانه لا دليل واضح على اعتبار ظهور العبارة فى العرف واللغة بعد فرض المعلوماتية بينهما ، واحتمال الاختلاف

يرجع فيه الى قواعد التداعى ، فما فى المتن مجرد اعتبار . نعم لو كان المراد ما يؤدى الى المعلوماتية فى المبيع اتجه حينئذ ، اما الزائد على ذلك فلا دليل عليه و الله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فقد بان لك من ذلك كله انه (اذا كان الشئ مما لا ينضبط بالوصف ﴿على وجه يرتفع جهاته ولا يؤدى الى عزة وجوده﴾ لم يصح السلم فيه ﴿قطعا . نعم قد يشك فى بعض افراده ﴿كاللحم فيه و مشويه و الخبز﴾ و ان نفى الخلاف فى الرياض فيهما ، بل حكى عن الغنية الاجماع عليه ، فانه ربما استشكل فى الاول بانه لا فرق بين الحيوان ولحمه ، وبينه وبين الشحم ، فاذا جاز فيهما جاز فى الآخر ، وفى الثانى بان النصوص (١) قد جوزت قرضه ، وانه لا بأس بالتسامح فيه ، ولو كان مما لا ينضبط وصفه لم يجز قرضه مضمونا بمثله ، وقد يجاب عن الاول بان الشارع قد كشف عن عدم ضبطه بالوصف . ففى خبر جابر (٢) « سألت الباقر عليه السلام عن السلف فى اللحم فقال : لا تقربنه ، فانه يعطيك مرة السمين ، و مرة التاوى ، و مرة المهذولة ، واشتر معاينة يدأيد . (بل قال ايضا) وسألته عن السلف فى روايا الماء فقال : لا تقربنها فانه يعطيك مرة ناقصة ، و مرة كاملة » اللهم الا ان يحمل ذلك منه عليه السلام على الارشاد لعدم الوفاء كما استظهره فى الحقائق حاكيا عن بعض مشايخه . أنه حملة على الكراهة ، لان مراده عدم جواز السلم فيه ، لعدم الانضباط بالوصف ، وعن الثانى بالفرق بين القرض والسلم : فانه قد يتسامح فى الاول بما لا يتسامح فى الثانى ، المبني على رفع الغرر والجهالة ، كما لا يخفى على من لاحظ احكامهما معاً ، وماورد فيهما من النصوص .

(١) الوسائل الباب - ١ - من ابواب السلف و باب ٢١ من ابواب الدين والقرض

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب السلف الحديث ١

و على كل حال فالامر سهل بعد معرفة الضابط فى الجواز والعدم ، وان
 ماشك فيه فالاطلاقات تقتضى جوازه ، لعدم تحقق الجهالة المانعة من الصحة اذا المناقشة
 فى الامثلة ليست من دأب المحصلين ، خصوصا بعد اختلاف حالها فى الامكنة
 و الازمنة ، و خصوصا بعد ملاحظة جواز بيع الشخص الموصوف بالاوصاف الرافعة
 للجهالة عنه، ضرورة امكان فرض ذلك فى الكلى على وجه لا يؤدى الى عزة الوجود
 كما هو واضح والله العالم .

﴿ و ﴾ من ذلك السلم ﴿ فى الجلود ﴾ وان قال المصنف فيه ﴿ تردد ﴾
 ينشأ من عدم امكان ضبطها ومعرفتها على وجه ترتفع جهالتها، ولا يؤدى الى عزة الوجود
 الا بالمشاهدة التى يخرج معها عن السلم ، لشدة اختلاف قيمتها معها ، بحيث لا يقوم
 الوزن مقامها ولا غيره، ومن هنا كان المشهور نقلا و تحصيلا المنع، ﴿ وقيل ﴾ والقائل
 الشيخ والقاضى فيما حكى عنهما : ﴿ يجوز مع المشاهدة التى تدفع المحذور السابق،
 ﴾ و هو ﴿ وان كان كذلك الا انه رده المصنف بانه ﴾ خروج عن السلم ﴿ الذى
 قد عرفت وجوب كونه كليا مضمونا فى الذمة ، و اجاب منه فى المسالك بانه انما
 يخرج مع تعيين المبيع ، و كلام الشيخ اعم منه ، فيمكن حمله على مشاهدة جملة
 كثيرة يكون المسلم فيه داخل فى ضمنها ، وهذا القدر لا يخرج عن السلم كما لو شرط
 الثمرة من بلد معين ، او الغلة من قرية معينة لاتخيس عادة ، الا انه قال بعد ذلك : والاجود
 المنع للاختلاف ، وعدم الانضباط .

وفيه ان الاجود الجواز بناء على ما ذكره ، اذا جعل المسلم فيه كليا معلوما
 مضمونا فى الذمة ، ثم اشترط الاداء من المشاهد ، والافاشراط الاداء من المشاهد
 لا يرفع الجهالة عن المبيع الكلى ، اذ هو ليس من اوصافه ، لا انه جعل المسلم فيه
 واحدا منها ، كما عساه يفهم من كلامه اولا ، اذ هو ان صح كان على سبيل الاشاعة ،

وهو خارج عن السلم ، كخروج الكلى غير المضمون فى الذمة عنه ، اما الاول فلا- اشكال فى صحته ، بل قيل : ان ظاهر الخبرين يقتضى الصحة مطلقا ، قال فى احدهما (١) « انى رجل قصاب ابيع المسوك قبل ان ادبح الغنم ؟ فقال : ليس به بأس ، ولكن انسبها الى غنم ارض كذا وكذا » وفى الاخر (٢) « رجل يشتري الجلود من القصاب ، فيعطيه كل يوم شيئا معلوما ؟ قال : لا بأس به » .

وان كان فيه انهما - مع ضعفهما وعدم الجابر بل الشهرة على خلافهما ، بل الثانى منهما غير دال على المطلوب ، بل لاصراحة فيها بالسلم - يمكن تنزيلهما على الصورة الصحيحة ، او الشراء بصلح ونحوه او غير ذلك ، هذا ، وقديقال : بالصحة لو فرض امكان المعلوماتية بمشاهدة النموذج يرفع الجهالة ، ولا يؤدى الى عزة الوجود ، ولعل مراد الشيخ ذلك من المشاهدة التى حكم بالجواز معها ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فالمشهور كما عن الكفاية انه ﴿ لا يجوز ﴾ السلم ﴿ فى النبل المعمول ﴾ للمانع المزبور ، ضرورة كونها تجمع اخلاطاً مقصودة ، لان فيها خشبا ، وعصبا ، وريشا ، بل قيل : ان الاقرب عدم جوازه فى المنحوت منها لعدم القدرة على معرفة تحتها ، و تنفاضل فى الثمن ، و تتباين فيه ، مع كونها مخروطة خفيفة الاطراف ، ثخينة الوسط ، فلا يمكن ضبطها ، قيل ، وكذا القسى ، و فيه انه يمكن فرض الضبط فى العيدان على وجه يرتفع المانع المزبور ، بل قد يدعى ذلك فى المعمول منها ايضا ، بل والقسى ، واما غير المنحوت منها فلا ريب فى جوازه ، لا مكان الضبط الذى لا يقدح فيه ما لا يتفاوت به الثمن من الاختلاف ، ﴿ و ﴾

(١) الوسائل الباب ٥ - من ابواب السلف الحديث ٤ -

(٢) الوسائل الباب ٣ - من ابواب السلف الحديث ٧ -

﴿و﴾ من هنا قال المصنف : ﴿يجوز في عيدانه قبل نحتها﴾ نعم لا بد من التقدير بالعدد او الوزن والله اعلم .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يجوز ﴿في الجواهر واللالى لتعذر ضبطها﴾ بحيث ترتفع جهالتها ﴿و﴾ لا يؤدي الى عزة الوجود ﴿تفاوت الاثمان مع اختلاف اوصافها﴾ بالحجم والوزن وغيرهما ، لكن ظاهره كغيره ممن اطلق عدم الفرق في ذلك بين الكبار والصغار ، وما يراد منه للدواء وغيره ، وهو لا يخلو من اشكال ، اذ قد صرح بجوازه في الصغار الشهيدين والكركى وغيرهم ، بل في الدروس ان الاقرب جوازه في العقيق وشبهه ، من الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بينا ، قيل : وضابط الصغار من اللالى كلما يباع بالوزن ، فلا يلاحظ فيه الاوصاف الكثيرة عرفاً ، و عن بعضهم تحديدها بما يطلب للتداوى دون التزين ، او ما يكون وزنه سدس دينار ، والاولى اناطة ذلك بالعرف .

﴿ولا﴾ يجوز ايضاً ﴿في العقار والارضين﴾ للمانع المزبور ، والامر في ذلك كله سهل بعد ما عرفت الضابط في الجواز والعدم ، خصوصاً بعد ما سمعت ان العامى ربما يكون اعرف من الفقيه في ذلك ، و ان اكثر الاصحاب في الامثلة للجائز و الممنوع ، كما اكثروا في بيان الاوصاف للموصوفات ، مع انه اطلق في النصوص (١) انه لا بأس بالسلم في المتاع اذا وصفت الطول والعرض ، و لا بأس به في الحيوان اذا وصفت الاسنان ، انكالا على العرف ، فكان الاولى بالاصحاب ذلك ايضاً ، ﴿و﴾ لعل المقصود التنبيه اجمالاً ، فلا بأس بالتأسي بهم والافتداء بأنوارهم .

فنقول قد عرفته **﴿يجوز السلم﴾** في كل ما يمكن ضبطه بالوصف المعلوم بين المتعاقدين وغيرهم ، من غير تأدية الى عزة الوجود ، فلا اشكال حينئذ في جوازه **﴿في الخضر والفواكه﴾** ، وكذا كل ما تنبته الارض ، وفي البيض والجوز واللوز **﴿وغيرهما مما هو كذلك﴾** ، لا مكان ضبطها بالوصف المزبور الذي مرجعه عند التحقيق الى العرف ، لكن في الدروس انه يذكر في الفواكه البلد والنوع ، والطراوة او ضدها واللون ان اختلف ، وفي الزبيب البلد والنوع والكبر والصغر ، واللون ان اختلف نوعه او غيره ، وفي التمر البلد والنوع ، والكبر والصغر ، والحدانة والعناق ، واللون ان اختلف النوع ، وفي الرطب ذلك كله الا العنقة ، ويجب الفارق ولو شرط المنصف والمذهب لزم ، وله الجاف من التمر والزبيب الخالي من الحثالة ، ولا يجب تناهي الجفاف ، وفي الحنطة البلد والحدانة والعنق واللون ، والكبر والصغر ، والصراة وضدها ، ولا يشترط ذكر حصاد عام او عامين ، وان ذكره جاز ، وفي الشعير ذلك كله ، قلت : وكذا غيرهما من الحبوب ، لكن عن المبسوط ان جملة وصف الحنطة ستة ، الا انه ابدل الصراة بالجودة والرداءة ، وزاد المحمولة والمولدة ، وتبعه في التذكرة «يصف الحنطة بامور ستة» البلد فيقول شامية او عراقية ، فان اطلق حمل على ما يقتضيه العرف ان اقتضى شيئاً و الا بطل ، ويقال محمولة او مولدة يعني محمولة من البلد التي تنسب اليه ، او تكون مولدة في غيره ، و يذكر الحدانة والعنق ، والجيد و الردي ، واللون كالحمراء والبيضاء والصفراء ان اختلفت ، و بالحدارة وهي امتلاء الحب ، و الدقة و صفائه ، ويذكر الصراة او ضدها : وينبغي ان يذكر القوى او ضده ، (الى ان قال) وكذا حكم كل صنف من الحبوب من أرز او دخن او شعير او سلت «وفي القواعد» انه يذكر في البر وغيره من الحبوب البلد والحدانة ، والعنق

والصراة أو ضدها، وظاهره الاكتفاء فى رفع الجهالة عرفا بالثلاثة ، واما الرطب فهو وان كان لا يكون عتيقا الا ان له اشتراط اقطه يومه ، او امسه ، بل لعل حدائقه وعتقه بذلك ، بل قد يقال بازوم التعرض لذلك كما عن بعض الشافعية ، لاختلاف الثمن و الرغبة باختلافهما اختلافا يؤدى عرفا الى الجهالة بدونهما والله اعلم

❦ وفى الحيوان كله ❦ غير الاناسى منه ❦ والاناسى ❦ لكن فى الدروس «انه يذكر فى الابل السن و الذكورة او ضدها ، و اللون والصنف ، كالعرايى و البخاتى والنتاج اذا كان معروفا عام الوجود ، وكالعبادى نسبتبه الى عباد بالفتح ، وهم قبائل شتى من بطون العرب اجتمعوا على النصرانية بالحيرة- وفى الخيل الذكورة والسن والنوع ، كالعربى والتركى واللون ، وفى البقر و الحمر ، السن والنوع و الذكورة واللون والبلد ، وفى الطير النوع واللون وكبر الجثة ، لعدم العلم بسنه ، وفى الرقيق الذكورة والنوع واللون والسن والقدر كالطويل و القصير والربعة . ولوقدره بالاشبار احتمال المنع . لافضائه الى عزة الوجود ، ويحتمل وجوب ذكر الكحل والدعج والزجج وتكلمهم الوجه فى الجارية وكونها خميسة رباقة الملمس ، ثقيلة الردف ، او اضداد ذلك ، لتفاوت الثمن به ، وعدم عزته ، والاقرب وجوب تعيين البكارة والنيوبة فى الامة ، فلو اطلق بطل ، ولا يشترط ذكر الملاحظة فلو ذكرها روى العرف ، ويحمل على أقل درجاته ، ويحتمل البطلان لعدم انصباطها فان مرجعها الى الاستحسان والشهوة المختلفين باختلاف الطباع ، ولا يجب التعرض لآحاد الاعضاء لعدم تفاوت الثمن فيه بينا ، وربما أدى الى عزة الوجود ، وفى القواعد «انه يذكر فى الحيوان النوع واللون و الذكورة والانوثة والسن وفى الاناسى زيادة القدر كربع او خماسى ، فيقول عبدزكى اسمه ابن سبع طويل او قصير او ربع ، الى أن قال : ولو اختلف النوع الواحد فى الرقيق وجب ذكر الصنف ، ولو اختلفوا فيه نوعه عنه ، ثم قال : ويذكر فى الابل الذكورة والانوثة

والسن كينت مخاض ، و اللون كالحمرة ، و النوع كنعم بنى فلان او فتاجهم كبختى او عربى ان كثروا وعرف لهم نتاج ، والابطل كنسبة الثمرة الى بستان ، وفى الخيل السن واللون و النوع كعربى او هجين ، ولا يجب التعرض للشيات كالاجر والمحبجل ، وفى الطير والنوع والكبر والصغر من حيث الجسة ، ولانتاج للبغال والحمير ، بل يذكر عوضه النسبة الى البلد ،

ويقرب من ذلك كله ما فى التذكرة لكن لا يخفى عليك ما فى دعوى توقف رفع الجهالة لدعرفا على ذكر بعض ذلك ، او مقتضى غيره ، او دليل بالخصوص ، ولعل عرفهم غير عرفنا الآن فى ذلك ، بل وفى عزة الوجود وعدمه ، فانه يمكن دعوى عدمها فى جملة مما ذكروا أنه مقتضى لها ، والامر سهل بعد ما عرفت من كون المدار على رفع الجهالة عرفاً و عدم عزة الوجود ، و مع الشك فالعمومات تقتضى الجواز والله اعلم .

❖ و ❖ كذا الكلام فى السلف فى ❖ الالبان و السمون و الشحوم و الاطياب والملابس والاشربة والادوية بسيطها ومركبها مالم يشتبه بمقدار عقايرها ❖ وان ذكر فى القواعد والدروس وجوب التعرض فى الاول الى النوع كالمعزو المرعى ، بل فى الاول منهما وان قصد به الجبن او الكشك ، احتمل ذكر الزمان بالصفاء والغم ، فان لهما اثرا بينا فى ذينك عند أهله ، وقالاً معاً ويلزمه مع الاطلاق حلبة يومه ، كما أنهم قالوا ايضا يعتبر فى الثانى ذكر النوع ، كالبقر ، واللون كالاصفر والمرعى و الحدائة أوضدها ، وينبغى أن يذكر فى الثالث النوع واللون والصفاء ونحو ذلك مما يتوقف رفع الجهالة عليه ، وكذا الرابع وأما الملابس ففى الدروس أنه يذكر فى الثياب النوع والبلد والعرض والصفاء والغلظ والنعومة أو اضدادها ، ولا يجوز ذكر الوزن لعسره ، وله الخام عند الاطلاق ، وان ذكر المقصور جاز ، فان اختلف البلد ان ذكر بلد القصرة ، كالبلعكى

والقبطى ، ويجوز اشتراط المصبوغ فيذكر لونه واشباعه أو عدمه ، ولا فرق بين المصبوغ بعد نسجه أو قبله على الاقوى ، ومنعه الشيخ اذا صبغ بعد غزله ، لان الصبغ مجهول ولانه يمنع من معرفة الخشونة و النعومة ، وفي وجوب ذكر عدد الخيوط نظر اقر به ذلك ، لاشتغاره بين اهله وقائمه في الثمن »

ويقرب منه ما في القواعد وان قال « انه يذكر في الثياب ثمانية النوع كالكتان واليلد واللون والطول والعرض والصفافة والرقعة والنعومة أو أضادها » ثم ذكر بعد ذلك أوصاف الغزل و القطن والصوف كما أنه في الدروس كذلك أيضاً وذكر الحرير والكرسف والكتان وغير ذلك ، الا أنه اجاد بعد ما اطنب وتعرض لثلاثة عشر مما تعم به البلوى قال : ومدار الباب على الامور العرفية وربما كان العوام أعرف بهامن الفقهاء وحظ الفقيه البيان الاجمالى وهو جيد جدا

و منه يعرف الحال فيما ذكره المصنف وغيره ، لكن ظاهر المصنف عدم جواز السلم في الادوية المركبة مع اشتباه مقدار عقا قيرها أى أجزائها التى تتركب منها ، بل فى المسالك أنه يعلم من ذلك اشتراط العلم بمقدارها نفسها بطريق أولى ، لترفع الجهالة ، لكن قال : وفى اعتبار ذلك فى المشاهد نظر ، من توقف العلم عليه ، ومن مشاهدة الجملة وهو أجود ، قلت : لا ينبغى التسامل فى عدم وجوب المعرفة مقدار الاجزاء اذا لم يكن له ضابط معين مقصود ، كما انه لا ينبغى التأمل فى وجوب المعرفة معه ، واما الجملة فان كانت من المعترات وجب ، والاضبطت فيه ، ليتمكن من الوفاء ، وتسمع قوة عدم اعتبار الضبط بالوزن و الكيل المتعارف والله اعلم هذا .

❦ و لاريب فى انه يجوز السلف ❦ فى جنسين مختلفين صفقة واحدة ❦ مع جمع كل منهما لشرائط السلم ، اتحدا فى الاجل أو اختلفا ، وكذا الثمن لاطلاق الادلة

بلامعارض ، ﴿و﴾ كذا ﴿يجوز﴾ السلم في شاة لبون ﴿بلا﴾ خلاف أجده لوجود المقتضى وارتفاع المانع ، خلافا للشافعى في احد قوليّه ، فمنعه لمجهولية اللبن وفيه مع أنه من التوابع ان ذلك وصف للنوع لاسلم في اللبن ﴿و﴾ لذا ﴿لا يلزم﴾ عليه ﴿تسليم﴾ ما فيه لبن ﴿من الشاة﴾ بل ﴿يكفيه﴾ شاة من شأنها ذلك ﴿بل لو كان فيها لبن﴾ فعلا كان له حلبيها وتسليمها بل اللبن . نعم المفهوم عرفا من ذلك كونها ذات لبن بالقوة القريبة من الفعل . ومن هنا جزم في المسالك بعدم الاجتزاء بتسليم الحامل وان قرب أو ان ولادتها أما لو كانت حاملا وقد در اللبن امكن وجوب القبول للصدق ، والامر سهل بعد ان كان المدار على العرف كما هو واضح .

﴿و﴾ كذا ﴿يجوز﴾ عندنا كما في التذكرة ﴿في شاة معها ولدها﴾ وفاقا للمشهور كما في المسالك ، لامكان الضبط بالوصف الراجع للجهاالة ، ولا يؤدي الى عزة الوجود ، وكذا الجارية معها ولدها ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه والشهيد في اللمعة ﴿لا يجوز﴾ فيهما معا ﴿لان ذلك مما لا يوجد الا نادرا﴾ وربما ظهر من المتن نوع تردد فيه ، لقوله وكذا الى آخره ، وعلى كل حال ففيه منع واضح . نعم في التذكرة «المنع في الجارية الحسناء معها ولد صفقه كذا وكذا ، واخت او عمة بحيث يتعذر حصوله» وهو كذلك وفي الدروس «المنع من اشتراط الولد مع الام المقصود بها التسري ، قال : «ولو قصد بها الخدمة كالزنجية جاز لقلّة التفاوت» وفيه منع عزة وجود الاولى ايضا كما جزم به ثاني الشهيدين ، ومن القريب انه جزم في الدروس بجوازه ايضا في الجارية الحامل ، سواء كانت حسناء او شوهاء وفي اللمعة بالعدم موافقا للمحكي عن المبسوط .

ومن هنا قال في المتن : ﴿وكذا التردد﴾ في السلم ﴿في جارية حامل لجهاالة﴾

الحمل * وفيه انه تابع * و * لا عزة وجود * فى * الجارية الحامل الموصوفة بما يرتفع معها جهاتها ، فالاجود الجواز فى الجميع بعد ان كان المدار فى المنع على عزة الوجود المعلوم منعها فى المقام كما هو واضح ، كوضوح * جواز الاسلاف فى جوز الفز * لذلك بعد الوصف بالطراوة واليس واللون والبلد ، لكن قال المصنف فيه * تردد * بل عن الشيخ الجزم بالعدم لان فى جوفه دودا يفسده اذا خرج منه حيا ويمتنع بيعه اذامات ، وفيه ان السلم فى غير الدود الذى هو كنوى التمر فى بلد لاقيمة له فيه والله اعلم .

* الشرط الثالث * من الشرائط * قبض رأس المال قبل التفرق شرط فى صحة العقد * .

اجماعا فى الغنية والمسالك * و * حينئذ * لو افترقا قبله بطل * عند علمائنا اجمع فى التذكرة و هو الحجة فيه بعد شهادة التتبع و انحصار الخلاف فى المحكى من قول ابي على : لا اختار تأخير قبضه اكثر من ثلاثة ايام الذى قال فى الدروس وغيرها : «انه متروك» نعم عن صاحب البشرى التوقف فيه كصاحب الحقائق معلاله فى الاخير بعدم النص ، لكنك خبير بان فى الاجماع المحكى المعتضد بما عرفت بلاغا ، مع احتمال القول بأن اصاله عدم النقل والملك قبله محققة و لو للشك فى تسبب العقد هنا للملك ، للاتفاق المزبور ، ولان الامر بالوفاء بالعقد اعم منه ، بل قد يقال : باعتبار تسليم الثمن فى حقيقة السلم ، وانه بدونه منتف حقيقه السلم ، الا ان الانصاف كون العمدى الاجماع المزبور انما الكلام فى المراد من معقده و الظاهر من الاولين توقف الملك عليه كشفا او نقلا ، بل الظاهر الثانى منهما .

وعلى كل حال فقبله لملك وحينئذ فلو كان الثمن فيه كليا لاشيئا معيناً لم تشتغل الذمة به ، فلا تصح الحوالة حقيقة به وعليه ، ولا ضمانه ولا الصلح به وعليه ، ولا يحصل به التقاص قهراً ، ولا غير ذلك مما يعتبر فيه شغل الذمة المتوقف على ملك

الكلى للمستحق ، و الفرض عدم حصوله قبل القبض ، لكن فى القواعد و التذكرة انه لو احواله بالثمن فقبضه البايع من المحال عليه فى المجلس فالاقوى الصحة ، ونحوه ما فى الدروس من انه لو احوال بالثمن فقبضه البايع قبل التفريق صح و الا فلا على الا قرب فيهما ، وزاد او احوال البايع على المشتري اشترط قبض المحتمل فى المجلس على الاصح ، قال : ووجه الجواز ان الاحالة كالقبض ثم قال : ولو صالح البايع عن الثمن على مال فالاقرب الصحة و اشترط قبض مال الصلح ، بل فى التذكرة احتمال الصحة فى الاول ، و ان لم يقبض البايع فى المجلس و ، لعلة المتجه بناء على كونها حوالة حقيقة ، اذ هى كالقبض ، و دعوى انها هنا ليست كذلك كما ترى .

وفى الدروس والمسالك انه يقع التقاض قهرا لو كان للمسلم فى ذمة المسلم اليه مماثل الثمن الكلى جنسا و وصفا قال فى الاخير: والا توقف على التراضى ، وفى التذكرة لو كان الثمن عبدا فأعتقه البايع قبل القبض صح ، و فيها ايضا لو كان رأس المال دراهم فى الذمة فصالح عنها على مال فالاقرب عندى الصحة ، الى غير ذلك مما ينافى ما ذكرنا ، وتجشم دفعه. بأن عقد السلم وان كان تأثيره الملك موقوفا على القبض ، الا انه يوجب الاقباض على المشتري والقبض على البايع للامر بالوفاء بالعقد و حيث يكون الثمن عينا يتصور انفكاك وجوب الدفع عن كونها ملكا للمدفع ، اذ لامانع من وجوب دفعها اليه ، وان لم تكن ملكاله ، اما اذا كان كليا فليس وجوب دفعه الاشغل الذمة به فيترتب عليه ما سمعت .

- يدفعه مع انه لا يتم فى العتق و الصلح - انه يمكن تصورا انفكاكه فى الكلى ايضا ، ضرورة تصور وجوب الدفع تعبدا من غير شغل للذمة ، بحيث لو مات لم يخرج من تركته ، بل لعلة كذلك بناء على ما عرفت فلا تلازم بين وجوب الدفع و بين عدم حصول الملك للكلى على المسلم الذى هو معنى شغل الذمة به ، كما ان تجشم

دفعه - بان المراد كونه شرطاً كاشفاً فيصح الصلح والعق و الحوالة مع تعقب القبض - يبطله اولائه خلاف المنساق من اطلاق الشرطية ، و ثانياً عدم تقييد ما سمعته فى التذكرة من صحة الصلح والعق بالقبض وثالثاً انه لا يتم معه ما سمعته من الشهيدين من المقاصة قهراً . نعم قد يقال : ان المراد من الصحة التى هو شرطها اللزوم فالملك حينئذ يحصل بالعقد ويستقر بالقبض ، فمتى افترقا قبله بطل من حينه ، و لعله يؤمى اليه ما فى التذكرة فانه بعد ان ذكر نحو عبارة الاصحاب من انه يشترط فى السلم قبض الثمن فى المجلس ، وخص معقد اجماعه بالبطلان مع التفرق قبله .

قال : مسألة ولا يشترط استمرار قبض الثمن فلو سلمه المشتري الى البائع ثم رده البائع اليه ودفعه اليه قبل التفرق جاز ، ولورده عليه بدين كان له عليه قبل التفرق صح ، لانه ملكه بالعقد واستقر ملكه بالقبض ، وهو كاصريح فيما قلناه خصوصاً مع ما سمعته سابقاً من الفروع التى لاتتجه الا عليه ، فلا بد حينئذ من التزام ذلك أو رفع اليد عن جميع الفروع السابقة ، والاحتياط لا ينبغي تركه ، هذا . وقد تقدم فى باب الصرف و خيار المجلس ما يغنى عن اعادة كثير من المباحث السابقة المتصورة فى المقام ، كما انه قد تقدم فى باب القبض ما يعلم منه المقدار الذى يجتزى به هنا ، والظاهر صدق تسليم المنفعة لو وقعت ثمناً مثلاً بتسليم العين فى نحو العبد والدار ، اما عمل الحرف لا يكفى تسليم عينه فيه والله اعلم ،

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو قبض بعض الثمن ﴾ قبل التفرق دون بعض ﴿ صح فى المقبوض ﴾ لوجود مقتضى من العقد والقبض ﴿ و بطل فى الباقي ﴾ لحصول الافتراق قبله الذى قد عرفت الاجماع على حصول البطلان به . نعم صرح غير واحد بأن للبايع الخيار فى الفسخ اذا لم يكن بتقصيره للتبعض الذى قد عرفت سابقاً التسلط به على الخيار ، الا ان الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين البائع والمشتري ، و لعل اقتصارهم على الاول هنا لان الغالب كون التفسير فى عدم القبض من المشتري فيسقط

خياره ، أما لو فرض عدمه مع حصول التبعض فلا ريب في تسلطه على الخيار لذلك كما هو واضح .

وعلى كل حال فما نحن فيه ليس كعوض المتلفات ونحوها من الديون في عدم جواز امتناع الديان من قبض البعض ، ضرورة عدم الصفقة فيه ، مضافا الى تطرق الانفساخ ، بل لعل التعيب بالتبعض كاف ، ومن هنا قال في جامع المقاصد : « يجب تقييد ذلك بما اذا لم يكن الدين مبيعا ، أما اذا كان مبيعا جاز للمشتري الامتناع من قبض البعض الى تسليم الجميع ، للتعيب بالتبعض ، وليس لقائل أن يقول : ان المقتضى لعدم وجوب قبض البعض هنا ليس هو التعيب بالتشقيص فقط ، بل هو مع تطرق انفساخ العقد في الباقي للفرق قبل قبضه ، لانا نقول : ان التبعض وحده كاف في ثبوت العيب وان قارنه الامر الاخر ، فيجب ان يثبت الحكم في الموضع الذي ذكرناه ، وقد اقتصر في التذكرة على التعليل به ، و ان كان قد يناقش فيه في المقام فضلا عن غيره بأن تسلّم البعض لا ينافي التسلط على الخيار مع التعيب بعده بالتبعض ، فحينئذ يجب عليه تسليم المدفوع وهو على خياره لو تبعض بعد ذلك ، فتأمل جيدا .

ولو أسلم مائة في حنطة ومثلها في شعير في عقد واحد ، ثم دفعهما قبل التفرق ووجد بعضها زيوفا من غير الجنس وزع بالنسبة ، وبطل من كل جنس بنسبة حصة من الزيوف كما في القواعد وغيرها ، لعدم الاولوية ، و لو كان الثمن كليا فدفع المعيب من غير الجنس أبدله اذا لم يتفرق المجلس والابطال العقد ، وقد تقدم في الصرف تمام البحث في نحو ذلك ، بل تقدم هناك ما يعلم منه حكم ما لو كان العيب من الجنس في المعين وغيره قبل التفرق وبعده ، وجواز أخذ الارش بعده وعدمه فلاحظ وتأمل .

❖ ولو شرط ❖ المسلم اليه ❖ أن يكون الثمن من دين عليه ❖ بمعنى أنه يسلمه ماله في ذمته في كذا حنطة مثلا ❖ قيل ❖ والقائل الاكثر في المسالك والاشهر

في الرياض ، و المشهور في الحقائق * يبطل لانه بيع دين بمثله * فيشمله خبر طلحة بن زيد (١) عن الصادق عليه السلام : قال : قال رسول الله ﷺ : لا يباع الدين بالدين ، مضافا الى الصحيح (٢) على ما في بعض الكتب « عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فأتى الطالب المطلوب يبتاع منه شيئا ؟ فقال : لا يبيعه نسيئا ، وأما نقدا فليبيعه بما شاء » بناء على أن المراد شراء الطالب منه شيئا بما له في ذمته ، فليس النسيء حينئذ هنا الا السلم ، ولكن الموجود في نسخ التهذيب المعتبرة « فأتى الطالب المطلوب » و استدل به في الرياض على المطلوب على هذا التقدير ، و لعله حملة على أن المراد اتيان الطالب المطلوب الطالب ليشتري الطالب منه بماله في ذمته ، فيتحد حينئذ مع الاول ، و لكنه خلاف الظاهر . أو أن المراد الاستدلال بفحواه ، بناء على ظهوره في عكس المسألة وهو مبني على ثبوت الحكم في الاصل وهو ممنوع .

وعلى كل حال فقد يناقش في ذلك كله بمنع تناول النهي عن بيع الدين بمثله لما صار ديننا في العقد ، بل المراد منه ما كان ديننا قبله ، والمسلم فيه من الاول ، لا الثاني الذي هو كبيع ماله في ذمة زيد بمال آخر في ذمة عمرو و نحوه مما كان ديننا قبل العقد ، واطلاق البيع بالدين عرفا على النسيئة محمول على ضرب من التجوز و بمعارضة الصحيح على تقدير دلالة بخبر اسماعيل بن عمر (٣) « قال انه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاما الى أجل مسمى ، فأمر اسماعيل

(١) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب السلف الحديث - ٢

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب احكام المقود الحديث - ٨ وفيه أتى المطلوب

الطالب كما نقله المصنف عن نسخ التهذيب المعتبرة

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب السلف الحديث - ١

من يسأله عن ذلك فقال : لأبأس بذلك ، قال : ثم عاد اليه اسماعيل فسأله عن ذلك و قال انى كنت أمرت فلانا فسألك عنها فقلت : لأبأس ، فقال : ما يقول فيهما من عندكم ، قلت : يقولون فاسد ، قال : لا يفعله فائى أوهمت ، الذى لا يقدر ما فى ذنبه بعد معلومية كون ذلك منه تقية ، بل منه ينقدح الوجه فى حمل الصحيح المزبور على ذلك ، مضافا الى المروى عن قرب الاسناد (١) عن على بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن السلم فى الدين قال : اذا قال اشتريت منك كذا وكذا بكذا وكذا فلا بأس ، بناء على أن المراد بكذا وكذا معاله فى ذمته ، لأن المراد كلئى ثم يحاسبه بعد ذلك على ما فى ذمته .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل ﴾ انه يصح ولكن ﴿ بكرة ﴾ خروجاً عن شبهة الخلاف والنهى فى الصحيح المزبور ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده عند المصنف وتلميذه الابى والفاضل فى التحرير والمقداد وا لقطيفى على ما حكى عن بعضهم ، و لا يحتاج الى قبض ، لان ما فى الذمة مقبوض لمن عليه ، ولكن مع ذلك لا ريب أن الاول أحوط خصوصاً بعد ما قيل من صدق بيع الدين على المؤجل ولو بالعقد ، ولذا منع بيع الكالى بالكالى ، اذ ليس فى نصوصنا هذا اللفظ ، انما الموجود فيها ما عرفت من بيع الدين بالدين ، وقد ادعى غير واحد منهم ثنائى الشهيدان فى المقام الوضوح فى صدق بيع الدين على المسلم فيه وان كان قد صار ديناً بالعقد . واما الثمن فالفرض أنه كان ديناً سابقاً ، وحلوله لا ينافى صدق اسم الدين عليه .

نعم قد يمنع صدقه على الثمن الكلى الحال المقطوع بجواز اسلافه ، و أنه ليس من بيع الدين بالدين ، ومن هنا قالوا فى المقام أنه اذا أراد التخلص من شبهة بيع الدين اسلمه كلياً فى ذمته ، ثم حاسبه به بماله فى ذمته بعد العقد ، فيكون

حينئذ استيفاء لا ثمن سلم ، بل في الدروس والمسالك وغيرهما أنه يحتاج الى المحاسبة اذا اختلفا في الجنس أو الوصف ، والا وقع التقاص قهرا ، وان كان قد يشكل بأنه يلزم منه كون مورد العقد ديناً بدين ، وبانه معاوضة على ثمن السلم قبل قبضه ، فتكون فاسدة ، ويدفع بأن الثمن امر كلي ، وتعينه في شخص لا يقتضى كونه الثمن الذي جرى عليه العقد ، ومثل هذا التقاص والتحاسب استيفاء لمعاوضة .

نعم يشكل أصل اشتغال الذمة بالكلي بمجرد عقد السلم الذي قد عرفت كون القبض شرطاً في صحته ، وقد تقدم البحث فيه سابقاً ، فتأمل جيداً ، فان ذلك كله محل للنظر ، لاحتمال اعتبار سبق الدينية في صدق بيع الدين بالدين ، وصدقه على السلم انما هو بعد تمامه لاقبله ، والمنع من بيع الكالي بالكالي وان لم يكن موجوداً في طريقنا ، وانما هو من طرق العامة (٢) - ولكن قد عمل به الاصحاب ، وقد ذكروا في تفسيره ما يشمل ما كان منه بالعقد فيختص به حينئذ ، أما غيره مما لم يكن سابق الدينية ولا هو من بيع الكالي بالكالي فباق على مقتضى العمومات ، ومنه المسألة وعكسها ، ولكن الانصاف عدم خلوا المسألة عن البحث ، ولعلك تسمع فيما يأتي في مسألة بيع الدين التحقيق انشاء الله تعالى ، والله أعلم .

ولو شرط تأجيل الثمن بطل ، بلا خلاف اجده لان التقابض شرط ، اذ يمكن فرضه فيما لا ينافيه لقصر الاجل ونحوه ، بل لانه من بيع الدين بالدين كما ستعرف تحقيقه في محله ، بل والكالي بالكالي ، وهو مؤيد لما قلناه سابقاً من صدقه على ذلك وان كان ديناً في العقد ، والحاصل ان الحالين أو أحدهما بالعقد لا سابقاً لا يصدق عليه بيع الدين بالدين ، بخلاف المؤجلين ، فانه يصدق عليه ولو بالعقد كالحالين قبل العقد أو أحدهما حال قبله ، والاخر مؤجل كذلك ، فتأمل جيداً .

ولو شرط التأجيل في بعض الثمن بطل فيه قطعا ، و في القواعد و التذكرة والدروس وغيرها بطل في الجميع ، لجهالة ما يوازي المقبوض ، ولعله لان الاجل ليس له قيمة معلومة ، و ليس هذا كبطلان البعض في مئمن النسيئة في بعض الثمن ، ضرورة اقتضائه التوزيع في الحال والمؤجل ، فلا جهالة . نعم قديقال ان اهل العرف كما أنهم علموا التفاوت فيما بين الحال و المؤجل كذلك يعلمون مقداره ، فاذا بان عندهم أن الحال يقابل الثلثين ، والمؤجل ثلثا بطل في الثلث وصح في الثلثين وهكذا ، و من هنا احتمل في الدروس الصحة في المقام و التقسيط فيما بعد ، كبيع سلعتين فيستحق احديهما فتأمل جيدا ، فانه يمكن ان يكون البطلان في الجميع باعتبار ان الشرط في السلم استحقاق القبض في جميع الثمن في المجلس من حين العقد مع فعالية القبض ، والاول لا تبعيض فيه بخلاف الثاني ، فيبطل حينئذ ، ولو في البعض لفوات الشرط الاول والله العالم .

﴿الشرط الرابع﴾ من الشرائط ﴿تقدير المسلم﴾ فيه ﴿بالكيل أو الوزن

العامين﴾

في المقابلة بلا خلاف اجده اذا كان من المكيل و الموزون ، بل ولا اشكال ضرورة توقف المعلوماتية فيهما عليهما في المشاهد ، فضلا عن الغائب ﴿و﴾ حينئذ ﴿لموعولا على صخرة مجهولة﴾ عند العامة ﴿أو مكيال مجهول﴾ كذلك ﴿لم يصح ولو كان﴾ كل منهما ﴿معينا﴾ عندهما لعدم ارتفاع الجهالة شرعا بل وعرفا بذلك ، ولانه قد تهلك الصخرة والمكيل فيتعذر معرفة المسلم فيه ، ولو عينا مكيا لا معينا او صبخة كذلك من العامين ففي القواعد والتذكرة لغى الشرط لعدم الفائدة وصح العقد وفيه انه يمكن فرضه مفيدا .

نعم قديقال ان المانع ما تسمعه من عدم الطمانينة ببقائهما الى وقت الاداء فيحصل النزاع والغرر ، لكن ستعرف المناقشة فيه ، ثم ان المستفاد من النص والفتوى ارادة الكيل

في المكيلات ، والوزن في الموزونات خصوصا ما عبر فيها بأو ، لأن المراد الجمع بينهما بل ربما ادى الجمع بينهما كان تقول مثلاً مائة صاع و زنها كذا أو بالعكس في بعض الموضوعات الى عزة الوجود ، فيبطل كما هو واضح ، وفي قيام كل منهما مقام الآخر وعدمه أو الوزن خاصة البحث السابق ، هذا كله في المكيل والموزون عادة .

أما اذا لم يكن من المكيل أو الموزون في المشاهدة بل كان يباع جزافاً فقد صرح غير واحد بوجوب تقديره في السلم بهما ، لعدم المشاهدة الرافعة للغرر فيه وهو جيد ، لكن قد يناقش في اعتبار الكيل والوزن العامين فيه ، ضرورة كون المدار فيه على ما يقوم مقام المشاهدة في رفع الغرر فيه ، و هو حاصل بهما و بغيرهما مما يتفقان عليه مما لا يتعارف المعاملة بهما ، و اعتبار الكيل و الوزن في المسلم فيه في النصوص مبني على الغالب مما يعتبر فيه ذلك ، او ما لا ينضب الا بهما ، اذ احتمال اعتبار ذلك في السلم تعبداً وان ارتفع الغرر بغيرهما بعيد ، و ان اقتضاه ظاهر اطلاق بعض الفتاوى ، ودعوى ان التقدير بغير العامين لا يؤمن معه تلفهما فيتعذر معرفة المسلم فيه ويحصل النزاع ، بل بذلك يتحقق الغرر والخطر - يدفعها منع صلاحية مثل ذلك مانعاً من الصحة ، مع أنه يمكن فرضه فيما يقطع فيه بعدم التلف . لقصر الاجل ونحوه ، أو لضبطه في صنف يؤمن معه ذلك ، كما هو واضح ، والله اعلم .

﴿ وكذا الكلام في الذراع ﴾ ويجوز الاسلاف في الثوب اذرعاً متعارفة اوليست متعارفة ، اذا كان المسلم فيه تكفى فيه المشاهدة لو كان موجوداً ، وانما المراد بالذرع ضبطه بحيث يقوم مقام المشاهدة ، وحينئذ فلا يختص المعتادل بجوز الاسلاف بالاشبار ونحوها مما يضبط بها ويقوم مقام المشاهدة ، ﴿ وكذا ﴾ الكلام في ﴿ كل مذروع ﴾ بل قد سمعت من الشيخ في الجلود ما يمكن السلم معه من دون ذلك كله اذا كان المسلم فيه من جملة مشاهدة ، و ان كان لم يحك عنه اعتباره في المقام

فلاحظ وتأمل .

﴿وهل يجوز الاسلاف في المعدود عددا الوجه﴾ عند المصنف و الشيخ في المبسوط و ابنى زهرة و ادريس والفاضل في التذكرة أنه ﴿لا﴾ يجوز ، لعدم ارتفاع الغر به لكثرة اختلاف المعدود في الكبير والصغر وغيرهما ، والاكتفاء به في المشاهدة لارتفاع الغرر بها ، لابه ، وعليه بنى المنع في محكي الخلاف في الجوز و البيض الاوزنا ، خلافا لابي حنيفة ، قال : وأما البطيخ فلا يجوز اجماعا ، و عن المبسوط بعد نفى الجواز في المعدود عددا قال : كلما أنبتته الارض لا يجوز السلم فيه الاوزنا ، ثم نص على المنع في اللوز والفستق والبنندق .

قلت : التحقيق الجواز فيما لا يكثرفيه التفاوت بل كان التفاوت فيه يتسامح فيه بالعادة ، وفاقالفاضل في جملة من كتبه و الشهيدين وغيرهما ، لعدم الغرر فتشملة الاطلاقات ، بل الوجه الجواز أيضاً فيما يكثرفيه التفاوت اذا امكن ضبط صنف منه بالوصف الذي لا يؤدي الى عزة الوجود لذلك أيضاً ، ومن هنا قال : في المسالك هنا « الضابط للصحة الانضباط الرافع لاختلاف المثلث ، ولعل فيه ايماء الى ما ذكرناه سابقا ، ودعوى- أن المعدود جميعه متفاوت تفاوتاً لا يتسامح فيه ، ولا يمكن ضبط صنف منه بالوصف الرافع للجهالة ، ولا يؤدي الى عزة الوجود . فليس الا الكيل والوزن العامان الذي لا عبرة بالعدد معهما- واضحة المنع من وجوه .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لا يجوز الاسلاف في القصب أطنانا ولا في الحطب حزمًا ، ولا في المجزور جزاً ولا في الماء قرباً﴾ للاختلاف الذي لا يرفعه العدكما أومى اليه الصحيح السابق في الاخير ، و منه يعلم وجه الصحة اذا فرض امكان الضبط على وجه يرتفع به الاختلاف المزبور ، ويقوم مقام المشاهدة في ذلك ، من غير فرق بين الكيل و الوزن العامين وغيرهما . نعم قد يتوقف كما سمعت في خصوص ما لو كان الضابط شيئاً معيناً لا يؤمن بقاؤه الى حين الوفاء ، فيؤدي الى التنازع ،

والى الفرر الذى هو بمعنى الخطر، أما اذا كان الضابط مما يؤمن عليه ذلك لكثرة صنفه او غير ذلك اتجه الجواز : لا طلاق الادلة ، فتأمل جيدا . ثم انه من المعلوم جواز ضبط ذلك كله بالوزن بل و بالكيل فيما يمكن أن يكال منه على وجه لا يتجافى فى المكيال كما هو واضح . والله اعلم .

❖ وكذا لا بد أن يكون رأس المال مقداراً بالكيل العام أو الوزن ❖ كذلك اذا كان مما يعتبر فيه ذلك ، ❖ ولا يجوز الاقتصار ❖ فى ذلك ❖ على مشاهدته ❖ للفرر المنفى (١) فى البيع الشامل للسلم وغيره ، ❖ و ❖ حينئذ ❖ لا يكفى دفعه مجهولا كقبضة من دراهم وقبة من طعام ❖ و نحو ذلك . خلافا للمرتضى فجوزوه مكتفيا بالمشاهدة ، ولا دليل يعتد به له ، بل ظاهر الادلة خلافه ، خصوصا ما اعتبر المعلوماتية فى الثمن من النصوص التى لا تحصل قطعا فى نحو ذلك الا بهما . نعم يتجه الاكتفاء بالمشاهدة فيما لا يعتبر فى بيعه غيرها ، ضرورة عدم الفرق بين ثمن السلم وغيره فى ذلك ، فاطلاق المصنف حينئذ غير جيد ان لم ينزل عليه ، كما هو واضح .

❖ الشرط الخامس تعيين الاجل ❖ .

اي الاجل المتعين ، ضرورة عدم اختصاص السلم بكون الاجل متعينا ❖ و ❖ انه ❖ او ذكراً جلا مجهولا ❖ فيه او غيره من العقود التى يشترط فيها المعلوماتية ❖ كأن يقول متى أردت أو أجلا يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج ❖ او نحو ذلك مما يؤدى الى الجهالة كالدياس و الحصاد ❖ كان باطلا ❖ بلا خلاف أحده بيننا بل عن نهج الحق و الغنية الا جماع عليه ، و هو الحجة بعد ما دل على نفى الفرر و النبوى (٢) فى المقام كالنصوص المستفيضة (٣) التى لا يقدح فيها أخصية مواردنا

(١) الوسائل الباب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة الحديث ٣ - الدعائم ج ٢ ص ١٩

(٢) الجامع الصغير ج ٢ ص ١٦٤ طبع عبد الحميد احمد حنفى

(٣) الوسائل الباب ٣ - من ابواب السلف

لعدم القائل بالفرق فلا بد حينئذ ان يكون المراد اشتراط أصل الاجل او يكون هو ممن لا يشترط فيه ، وحينئذ فالسلام عنده اعم من المؤجل والحال ، كما عساه يؤمى اليه قوله .

﴿ولو اشتراه﴾ سلماً ﴿حالا﴾ فانه ﴿قيل يبطل﴾ لعدم الشرط المستفاد من اجماع الغنية والمحكى عن الشيخ و ظاهر التذكرة ، والمحكى عن مجمع البرهان والكفاية ، والنسبة الى الامامية فيما عن نهج الحق والنبو (١) ، من اسلف فليسلف فى كيل معلوم الى أجل معلوم ، وخبر سماعة (٢) (سألت عن السلم ، و هو السلف فى الحرير و المتاع الذى يصنع فى البلد الذى انت فيه قال : نعم اذا كان الى اجل معلوم ، وغيره بل قد اشتملت اكثر النصوص على ذكر الاجل وان لم يكن فى سياق اشتراطه الا انه لا ينكر ظهورها فى ان المعروف من السلم المؤجل ، بل لا ينكر انسياق التأخير فيه منه ، خصوصاً بعد ملاحظة أن مشروعيته للارفاق بالمحتاجين ، فيكون حقيقة فى المؤجل مجازاً فى غيره ، كما صرح به فى التذكرة .

﴿وقيل يصح﴾ سلماً للاصل ، بعدم منع اعتبار الاجل فى مفهومه ، كما يؤمى اليه جعله شرطاً عند من اعتبره فيه ، والانسياق المزبور انما هو للغلبة لالمجازية غيره ، والا لم يتم فى الذى أجله يوم أو نصف يوم ونحوهما ما هو سلم حقيقة قطعاً ، اذا التحقيق عندنا عدم اعتبار كون الاجل له وقع فى الثمن ، للاصل والاطلاق وغيرهما ، خلافاً لاهمدا والاوزاعى وأبى على فاعتبروه واقله ثلاثة ولا دليل عليه كما انه لا دليل على تحديده فى الكثرة ، فمنع من الثلاث سنين للنهى (٣) عن بيعه سنين : المحمول على الكراهة عندنا ، وعلى كل حال

(١) الجامع الصغير ج ٢ ص ١٦٤ طبع عبد الحميد احمد حنفى

(٢) (الوسائل الباب ٣- من ابواب السلف - الحديث ٢-

(٣) الجامع الصغير ج ٢ ص ١٩٢ طبع عبد الحميد احمد حنفى

فالمؤجل قليلا ليس بمنسان قطعاً ، ومنه يعلم ما فى الاستناد الى الارفاق الذى هو الحكمة فى مشروعيته ، بل لعل المراد من النبوى وما شابهه ارادة بيان اعتبار المعلومية فى الاجل ، لاعتبار اصل الاجل ، وكان اطلاقه مبنى على غلبة الاجل فى السلف ، بل قلما يقع سلم بدونه ، بل ان أرادوا الحال أوقعوه بيعاً لا سلماً ، كل ذلك مع استبعاد اعتبار الاجل الذى مع اشتماله على الغرر ، يمكن التوافق على اسقاطه فى صحته .

بل هو اذا جاز فى المؤجل فى الحال أولى ، كما أومىء اليه صحيح ابن الحجاج (١) «سالت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا ؟ قال : ليس به بأس ، قلت : انهم يفسدونه عندنا قال : فأى شيء يقولون فى السلم ؟ قلت : لا يرون فيه بأساً يقولون : هذا الى أجل ، فاذا كان الى غير أجل وليس هو عند صاحبه فلا يصلح . فقال : اذا لم يكن أجل كان احق به ، ثم قال : لا بأس أن يشتري الرجل الطعام و ليس هو عند صاحبه الى أجل او حالا لا يسمى له اجلا ، الا ان يكون بيعاً لا يوجد ، مثل العنب والبطيخ فى غير زمانه ، فلا ينبغي شراء ذلك حالا » و نحوه آخر (٢) بل ربما كان اظهر منه .

ولعله اليه اشار المصنف بقوله : وهو المروى لكن بشرط أن يكون عام الوجود فى وقت العقد و ان كان قد يناقش فى ارادة جواز ذلك سلماً منه الذى يمنعه ابو حنيفة ومالك والاوزاعى ، ويتوهم ارادتهم من لفظ الناس فى كلام الراوى بامكان ارادة مطلق الشراء حالا ، بل هو الظاهر ، ويكون المنع فيه لانه ليس عنده فيندرج فيما دل على المنع عنه (٣) بل كان الخبر صريح فى ذلك ، بل ربما كان فى

(١) الوسائل الباب ٧ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٣-١

(٢) الوسائل الباب ٧ - من ابواب احكام العقود الحديث ٣-١

(٣) الوسائل الباب ٧ - من ابواب احكام العقود الحديث ٥٢٥

كلام السائل ايماء الى اعتبار الاجل في السلم ، اللهم الا ان يرجع قوله **فإن** اذا لم يكن اجل الى آخره الى السلم ، كما انه يمكن دعوى ظهور ذيله في التسوية بين الحال و المؤجل في كيفية البيع ، مضافا الى اطلاق جملة من المعتبرة النافية للبأس عن السلم مع الضبط بالمقدار من دون تعرض للاجل ، ولا ينافيها ذكرها في غيرها بعد ان كان المراد من بيانه الفرد المتعارف من السلف ، خصوصا مثل النبوى الوارد (١) بلفظ الا ستسلاف الذى هو حقيقة في المؤجل مثمنه ، لا بيع السلم الذى هو عند الفقهاء الذى يقع من البايع مثلا بلفظ بعث ونحوه ، فتأمل .

و على كل حال فظاهر المصنف الميل اليه كالفاضل فى القواعد حيث انه فى بحث اشتراط الاجل قال : « والا قرب عدم اشتراط الاجل فيصح السلم فى الحال ، لكن يصرح بالحلول » فى التحرير « ولا يشترط فى المسلم فيه كونه مؤجلا و يصرح السلم فى الحال لكن ليصرح بالحلول ، فان اطلق فالوجه البطلان ، سواء ذكر الاجل قبل التفرق اولاً ، وكذا الشهيد فى اللمعة قال : « والا قرب جوازه حالا مع عموم الوجود عند العقد » و اصرح منه ما فى الدروس « الشرط الثالث ان يكون المسلم فيه ديناً لانه موضوع لفظ السلم لغة و شرعا ، فلو اسلم فى عين كانت بيعا ، ولو باع موصوفا كان سلما نظرا الى المعنى فى الموضعين ، و ليس المانع من السلف فى العين اشتراط الاجل الذى لا يحتمله العين ، لان الاصح انه لا يشترط الاجل .

نعم يشترط التصريح بالحلول وعموم الوجود عند العقد ، ولو قصد الحلول و لم يلفظ به صح ايضا ، ولو قصد الاجل اشترط ذكره ، فيبطل العقد بدونه ، ولو اطلقا العقد حمل على الحلول ، و من الغريب بعد ذلك كله ما فى جامع المقاصد حيث فسر عبارة القواعد السابقة ، بارادة وقوع البيع بلفظ السلم ، قال : وجه القرب دلالة

على المراد من البيع ، لا نه يؤدى معنى ايجابه كما سبق ، لان السلم بيع لانه من جملة افراد ، فلا يكون استعمال لفظه فى بيع آخر استعمالا اجنبيا الا انه يجب ان يصرح بالحلول ، لان جزء مفهوم السلم التأجيل فلا بد من صارف يصرفه عن مقتضاه ، وذلك هو التصريح بالحلول .

و تبعه على ذلك ثانى الشهيدين فى تفسير عبارة اللعة ، الا انه اعترف بعد ذلك بأن الظاهر منها و فى الدروس وكثير ان الخلاف مع قصد السلم وان المختار جوازه مؤجلا و حالا مع التصريح بالحلول ، ولو قصداً بل مع الاطلاق ايضاً ، و يحمل على الحلول وكان الذى اوهمهما ذلك حتى انها فسرا العبارة بما يرجع الى النزاع فى الصيغة المذكورة سابقا ما فى المختلف ، فانه اجاب عما ذكره حجة للشيخ وابنى ابي عقيل وادريس على اشتراط الاجل فى السلم ، من النبوى السابق وغيره ، بانا نقول بموجبها ، فانا نسلم وجوب ذكر الاجل مع قصد السلم ، وليس محل النزاع بل البحث فيما لو تبايعا حالا بحال بلفظ السلم ، ضرورة ظهوره فى ان ذلك ليس محلا للنزاع ، بل انما هو فيما يرجع الى الصيغة .

لكنك خير بما فيه بل المحكى عن الشيخ و ابنى ابي عقيل وادريس صريح فى ان المراد اشتراط الاجل ، و انه يبطل كونه سلما ، كما ان العبارات السابقة صريحة فى خلافه ، و ان نظرهم فى تلك العبارات اليه ، فلا داعى الى تأويل الجميع بما هو مقطوع بفساده عند التأمل ، خصوصا بعد ما عرفت من قوة القول بعدم اشتراط الاجل فيه ، و أنه يصح سلما فيعتبر فيه حينئذ القبض فى المجلس وغيره مما يعتبر فيه . و المراد بالتصريح بالحلول ما يشمل اتفاقهما عليه ضرورة عدم مدخلة اللفظ فى ذلك .

بل قد عرفت ما فى الدروس و الروضة من الصحة مع الاطلاق المحمول على

قصد الحلول ، و ان كان قد يناقش فيه بالفرق بين السلم وغيره في ذلك باعتبار غلبة تعارف استعماله في المؤجل ، فيشكل تنزيل اطلاق عقده عليه مع فرض خلوهما عن قصد الحلول ، اللهم الا ان يراد به وقوع الاطلاق المعلوم فيه عدم ارادة التأجيل ولا الحلول فان التنزيل حينئذ على الحلول شرعى باعتبار تسبب العقد الملك حال وقوعه فيستحق عليه حينئذ المطالبة والاداء ، لاعرفى فلامدخلية لغلبة الاستعمال وعدمها فيه ، فتأمل جيدا ، واما اعتبار عموم الوجود فيه فمرجه الى .

﴿الشرط السادس﴾ وهو ﴿ان يكون وجوده﴾ اي المسلم فيه ﴿غالباً﴾ بحسب العادة ﴿وقت الحلول﴾ ، ولو كان معدوماً وقت العقد ﴿لصدق القدرة على التسليم بذلك﴾ ، اذا العاديات بمنزلة الموجودات ، فلا تنقح المعدومية وقت العقد ، وان كان مقتضى الاستصحاب بقاؤها ، بل الظاهر ان ذلك ليس من ملك المعدوم في شيء ، ضرورة ان الحاصل بالعقد انه يملك عليه ذلك ، فهو أشبه شيء بالخطاب التعليقي الذي لا قبح فيه ، ومنه يظهر الفرق بين ملك المعدوم ، والمضمون في الذمة ، كما أنه لا فرق بين السلم وغيره في جواز المعاوضة على المعدوم في وقت العقد الموجود في غيره ، اذا كان موره الذمة ، فلا بأس بوقوع ذلك ثمنا لمبيع ونحوه ، بل الظاهر ان مرجع هذا الشرط الى القدرة على التسليم الذي لا فرق فيها بين السلم وغيره ، ولذا عبر عنه في الدروس به ، فقال : السادس القدرة على التسليم عند الاجل فلا يضر العجز حال العقد ولا فيما بينهما ، ونحوه عن الكفاية ، وفي التذكرة «البحث الرابع امكان وجود المسلم فيه ، مسألة يشترط كون المسلم فيه مسألة يشترط كون المسلم فيه موجودا وقت الاجل ليصح امكان التسليم فيه ، وهذا الشرط ليس من خواص السلم بل هو شرط في كل مبيع ، وليس مراده من الامكان الذي عبر به هنا وفي القواعد مجرد الاحتمال قطعاً ، بل المراد امكان وجوده عادة ، فان الممكن وجوده عادة هو الذي لا يعز وجوده

و من هنا فرع عليه « انه لو أسلم في منقطع عند الحل كالرطب في الشتاء لم يصح ، و كذا لو أسلم فيما يندر وجوده ، و يقل وقت الاجل حصوله ، كالرطب اول وقته ، لتعذر حصول الشرط ، ولو غلب على الظن وجوده وقت الاجل ، لكن لا يحصل الا بمشقة عظيمة كالقدر الكثير من الرطب في الباكورة ، فالأقرب الجواز ، لا يمكن التحصيل عند الاجل ، و قد التزمه المسلم اليه ، خلافاً لأكثر الشافعية ، الى آخره وظاهر الجميع ما قلناه .

و في مفتاح الكرامة « ان الخلاف و السرائر والمبسوط و التذكرة في موضع منهاوالتحرير و نهج الحق عبروا عنه بكونه مأمون الانقطاع ، وزيد فيما عدا الاولين كونه عام الوجود ، و في الخلاف الاجماع على ذلك ، و في التحرير نفى الخلاف عن الاولين ، و في نهج الحق ان ذلك مذهب الامامية .

وفيه ان ما حضرني من هذه الكتب لم يعبروا بذلك في بيان الشرطية لاصل السلم بل ذكروا ذلك في السلف في خصوص المعلوم ، للرد على ابي حنيفة ، وستمع عبارة التحرير و نهج الحق و السرائر وغيرها ، و في التذكرة بعد ان ذكر الشرط بالعبارة التي سمعتها قال : « مسألة يجوز السلم في كل معلوم ان كان مما يوجد غالبا في محله ، ويكون مأمون الانقطاع في أجله » ، ثم ذكر خلاف ابي حنيفة وضعفه . نعم في الوسيلة « انما يصح السلف اذا اشتمل على تسعة شروط ، وصف المبيع ، و بيان النوع ، و المقدار بالشئ » المعلوم ، و بيان الاجل ، و ان يأمن انقطاعه المسلف فيه عند محله ، و عام الوجود ، و تعيين موضع التسليم ان كان لنقله اجرة ، و مشاهدة رأس المال أو وصفه ، و تعيين مقداره و قبضه قبل التفريق ، و يمكن ان يريد بعام الوجود سنته .

وكيف كان فالمراد على تقدير التعبير عنه بذلك ما ذكرناه ايضا ، ضرورة كون المأمون انقطاعه الذي يعتاد وجوده ، بل كان من اردفه بعموم الوجود اراد تفسيره بذلك ، فيرجع الجميع الى معنى واحد ، ولذا قال : في التحرير « يجب كون المسلم فيه عام الوجود عند الحلول

بلاخلاف، وكان الغرض من التعرض الى هذا الشرط الذى لا يختص بالسلم الرد على الثورى والأوزاعى وأبى حنيفة الذين لم يجوزوا السلم فى المعدوم، وأنه يجب أن يكون جنسه موجودا حال العقد الى حال المحل، محتجين بأن كل زمان من ذلك يجوز أن يكون محلا للمسلم فيه، بأن يموت المسلم اليه فيعتبر وجوده فيه كالمحل، وهو واضح البطلان، بل قول الأصحاب وأن كان معدوما وقت العقد كالصريح فى التعريض به، ومن هنا قال فى كشف الحق: «ذهب الامامية الى جواز السلف فى المعدوم اذا كان عام الوجود وقت الحلول. وقال ابو حنيفة: لا يجوز الا ان يكون جنسه موجودا فى حال العقد والحلول وما بينهما» الى آخره وهو كالصريح فى أن المراد ما ذكرنا.

وفى السرائر لم يذكر ذلك فى شرائط السلم، وإنما قال بعد الفراغ من جملة من احكامه: «ويجوز السلف فى المعدوم اذا كان مأموون الانقطاع»، وقال فى المقنعة باب البيع المضمون: «و من ابتاع شيئا معروفا بالصفات كان ذلك ماضيا وان لم يكن الشيء حاضرا وقت الابتاع، فاذا ابتاعه على ما ذكرناه كان فى ضمان البائع حتى يسلمه الى المبتاع، (الى أن قال) ولا يصح بيعه مشروطا من اصله، ولا بأس ببيعه مطلقا بغير اشتراط والمشتراط من اصله بيع الحنطة من أرض مخصوصة، والثمرة من شجرة بعينها، والسخولة من غنم على حيالها والزيت من الزيتون الفلانى، و الدهن من السمسم المعين، والثوب من غزل امرأة مسماة، لان ذلك ربما خالف الصفة، بل هو غير مضمون لجواز فوته، ولا بأس ببيع ذلك مطلقا من غير اضافة الى اصل مخصوص من بين الاصول، بعد ان تميزه بالصفات» الى آخر الباب.

و ليس فى شيء من كلامه تعرض لمعوم الوجود وكذلك الشيخ فى النهاية، بل ظاهر اطلاق كلامهما عدم ذلك، و نصهما على المنع مع اشتراط التعيين فى الارض بعد تعليلهما ذلك بعدم ضمانه ليس مبناه ذلك قطعا كما هو واضح. وكيف كان فمن الغريب تخيل المخالفة من عبارتي القواعد والدروس لما عند الأصحاب حيث اكتفيا بالامكان

والقدرة، وهما أهم من عموم الوجود وغلبته واعتياده .

وفيه ما عرفت من ان المراد بالامكان ذلك - وأما القدرة فهي اوضح في هذا المعنى منه ، ضرورة عدم احرازها في غير العاديات التي لم يعلم حصول القدرة عليها ، للشك في اصل وجودها المقضى للشك في القدرة عليها الذي هو معنى الفرر المنهى عنه، مع انه قد صرح في الدروس بانه لو اسلم فيما يعسر وجوده عند الاجل مع امكانه، كالكثر من الفواكه في البواكير ، فان كان وجوده نادربطل ، وان امكن تحصيله لكن بعدم شقة فالوجه الجواز مع امكانه ، ويحتمل المنع لانه غرر.

وكيف كان فلا ريب في اعتبار هذا الشرط بناء على ذلك اذ صحيح عبد الرحمن (١) والاجماع بقسميه وادلة الفرر (٢) وغيرها حجة عليه أما اذا اريد منه امر زائد على ما في البيع ، وانه لا يجوز السلم فيما يجوز نقله بغيره مما لم يكن عام الوجود وغالبه ، كما عساه يوهمه ظاهر بعض العبارات ، وبعض الفروع المذكورة ، فلا جد دليل عليه بل اطلاق الادلة يقضى بخلافه بل شدة التأكيد المقدس الاردبيلي على اشتراط هذا الشرط ، وادعى ان موثقة عبد الرحمن المتقدمة سابقا دالة على خلافه ، بل وصحيح زرارة (٣) «سألت ابا جعفر عليه السلام عن رجل اشترى طعام قرية بعينها فقال لا بأس ان خرج فهو له ، وان لم يخرج كان ديننا عليه».

و خبر خالد بن الحجاج (٤) عن الصادق عليه السلام أيضا « في الرجل يشتري طعام قرية بعينها و ان لم يسم له طعام قرية بعينها أعطاه حيث شاء » وكان في الخبر سقطا الا انه لا يقدح في الاستدلال ، قلت : بل وخبر الكرخي (٥) ، عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل الباب ٧ - من ابواب احكام العقود - الحديث ٣

(٢) الوسائل الباب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة - الحديث ٣

(٣-٤-٥) الوسائل الباب ١٣ - من ابواب السلف الحديث ١-٣-٢

«كل طعام اشتريته في بيدر أو طسوج (أى ناحية) فأبى الله عليه ، ليس للمشتري الا رأس ماله ، ومن اشترى من طعام موصوف ولم يسم فيه قرية و لا موضعا فعلى صاحبه أن يؤديه ، و الجميع كما ترى منافية للشرط المزبور الذى قد عرفت خلو جملة من العبارات عنه على هذا النحو المذكور في كلام بعض المتأخرين .

و فى الغنية « و أما السلم فشرائطه الزائدة التى تخصه أربعة ، ذكر الاجل المعلوم ، و ذكر موضع التسليم ، و أن يكون رأس المال مشاهدا ، و أن يقبض فى مجلس العقد ، بدليل الاجماع من الطائفة ، ولانه لاخلاف فى صحته مع تكامل هذه الشروط ، ولا دليل على ذلك اذا لم تتكامل ، وهو كما ترى قد نفى الخلاف عن الصحة مع هذه الشروط التى ليس منها عموم الوجود فعلم ان مرجعه الى القدرة على التسليم التى لا فرق فيها بين السلم وغيره .

ومما يؤكد ذلك أنه بناء على هذا الشرط و أنه غير القدرة على التسليم ينبغي بطلان السلم فيما اتفق انحصاره فى بعض الناس من غلة أو قهوة أو ابل أو غنم أو عبيد أو غير ذلك ، وان كان الموجود فعلا عنده كثيرا فليس له أن يبيع شيئا منه مضمونا حالا منه ، أو على أنه سلم أو مؤجلا بساعة مثلا ، لاشتراط عموم الوجود و الفرض انتفاؤه ، و البديهة تقضى بفساد ذلك ، كاقترضائها فساد دعوى بطلان السلم فى غلة بلد بعيدة عن بلد العقد لا يعتاد النقل منها اليه ، مع أنك قد سمعت ما فى الدروس من الصحة مع قصد البلد ، بل الظاهر الصحة و اشرط التسليم فى بلد العقد ، وعدم عموم وجوده فيه غير قادح بعد أن كان عاما فى بلده ، فينقله حينئذ منها مقدمة للتسليم ، ولو صرح باشتراط النقل كان أوضح فى الصحة .

نعم يتجه البطلان فيما لو أسلم فى غلة لا توجد الا فى بلد بعيدة لا يعتاد النقل منها على أن يكون المراد هذه الغلة فى هذا البلد ، ضرورة عدم القدرة على التسليم ولا يكفي وجودها فى تلك البلاد ، و لانصراف عقد السلم عرفاً فى غلة بلد العقد وما

قاربها مما يتعارف النقل منها لامثل ذلك ، ولذا لا يكلف النقل من امثال ذلك فى الآفة مع المشقة والبعد المفرط ، ومن ذلك كله يظهر لك ما تسمعه من الروضة ، بل كان شبه التدافع بين أول كلامه و ذيله ، الا ان يريد بالبلد التى اشترط التسليم فيها ما كانت من بلاد المسلم فيه ، فيتفق حينئذ كلاما ، بل لعله بذلك يرجع الى ما ذكرناه كغيره من كلام الاصحاب ، و ستسمع عبارة التذكرة وغيرها فى آخر البحث فتأمل جيداً .

و من ذلك كله يظهر لك ان ما ذكروه سابقاً من أنه لا يجوز الاستقصاء فى الوصف المؤدى الى عزة الوجود مرجعه الى ذلك عند التأمل ، و ان علموه بأن عقد السلف مبنى على الغرر ، لانه بيع ما ليس بمرئى ، فان كان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤدياً الى التنازع و الفسخ ، فكان منافياً للمطلوب من السلف مع أنه يمكن ارجاعه الى ما قلناه .

وفى المحكى عن الايضاح تعليله بأنه لما جل جناب الحق جل شأنه عن التكليف بما لا يطاق ، و اقتضت حكمته البالغة عدم خرق العادات غالباً بمجرد ما يرد على العبد من تناقض الارادات ، أبطل السلم فيما يؤدى الى أحدهما قطعاً ، و ما تجدد ادائه تجدد بطلانه ، قال : فظهر من ذلك أن ما يعز وجوده لا يصح السلم فيه ، وبقى ما لا يعز ، لكن وجوده أقل فى الاغلب لاستقصاء الصفات و الاقرب فيه الصحة لعدم استلزامه المحال مع امكانه فى نفسه ، و جواز ثبوته فى الذمة ، لوجود المقضى و هو عقد البيع ، وانتفاء المانع وهو عزة الوجود ، ثم احتمل بطلانه .

قلت : لا ريب فى ضعف الاحتمال اذا كانت القلة بحيث لا تعد المعاملة معها سفهاً ، ومنه يعلم ما فى القواعد من أن الاقرب جواز اشتراط ما لا يعز وجوده ، و ان كان استقصاء كاسمى والجودة ، ان كان مراده البطلان بغير الاقرب . ومن هنا قيل أن غير الاقرب الوجوب . و ان كان فيه أنه مساو للاول فى الضعف ، او اضعف اذا فرض

عدم توقف المعلومية عليه كما هو واضح .

وكيف كان فالظاهر ان مرجع المنع في عزة الوجود الى فقد هذا الشرط معها لا انه ، امر آخر زايد على ذلك ، لعدم الدليل الا الاجماع المحكى الظاهر في انه هو الاجماع الذي حكى على هذا الشرط ، وقد عرفت أن مرجعه الى القدرة على التسليم التي لا يطمأن بها الا في معتاد الوجود ، بل لا تخرج المعاملة عن كونها سفهية لا ينحو ذلك نعم قد اعتبر في الروضه غلبة وجوده في البلد الذي اشترط تسليمه فيه او بلد العقد حيث يطلق بناء على انصرافه اليه عند الاطلاق ، او فيما قاربهما بحيث ينقل اليهما عادة ، فلا يكفي الوجود فيما لا يعتاد نقله في غرض المعاملة ، بل ينقل هدية ونحو ذلك ، ثم ذكر أنه لو عين غلة بلد لم يكف وجوده في غيره وان اعتيد نقله اليه ، ولو انعكس بأن عين غلة غيره مع لزوم التسليم شارطاً لنقله اليه فالوجه الصحة ، وان كان يبطل مع الاطلاق ، والفرق ان بلد التسليم حينئذ بمنزلة شرط آخر ، والمعتبر هو بلد المسلم فيه .

وكانه اخذ ذلك مما في الدروس قال : «ولا يكفي وجوده اي المسلم فيه في بلد لا يعتاد نقله اليه الا نادراً كالهديّة ، ولو عين بلداً لم يكف وجوده في غيره وان اعتيد نقله ، الى ان قال : لو شرط نقل الفاكهة من بلد بعيدة الى بلده قبل وجودها في بلده صح ، وان كان يبطل مع الاطلاق ، ولا يجب عليه السعي فيها ، والفرق بينه وبين البواكير أنها مقصودة عند العقد بخلاف تغاير البلدين ، ولو فرض قصد ذلك البلد صح .

و على كل حال فقديتوهم منه امر زائد على القدرة على التسليم المشترطة في البيع ، ضرورة ان المدار فيها على صدقها من غير مدخلية لبلد التسليم وغيره فيجب عليه حينئذ نقله اليه ان لم يكن فيه مقدمة لتسليمه فيه ، لان الوجود فيه مقدمة لوجوب دفعه ، لكن قد عرفت فيما مضى احتمال ارادته ما لا ينافي ما ذكرناه ، مع انه قد

يؤيده ما في التذكرة قال: «يجوز ان يسلم في شيء ببلد لا يوجد ذلك الشيء فيه، بل ينقل اليه من بلد آخر لا مكان التسليم وقت الاجل، وكان سائفا كغيره، ولا فرق بين ان يكون بعيداً أو قريباً، ولا ان يكون مما يعتاد نقله إليه أولاً، ولا يعتبر مسافة القصر هنا، وهو قول بعض الشافعية، وقال بعضهم ان كان قريباً صح وان كان بعيداً لم يصح، وقال: آخرون ان كان مما يعتاد نقله اليه في غرض المعاملة لا في معرض التحف والهدايا والمصادرات صح السلم والاولا، أما لو أسلم في شيء يوجد غالباً في ذلك البلد وقت الحلول، فاتفق انقطاعه فيه وامكن وجوده في غيره من البلاد، فهل يجب على البائع نقله، الاقرب ذلك مع انتفاء المشقة وعدم البعد المفرط، ولا عبرة بمسافة القصر ولا مكان الرجوع من يومه، الا انه لا يخفى منافاته لاول فروع الروضة الامع التاويل.

وفي التنقيح «لو كان يوجد في بلد آخر لم يجب نقله، لامع المشقة ولا مع عدمها اذا كان قد عين البلد، والاوجب فتأمل جيداً، فان المسالة من المشكلات»، وكان منشأ الوهم فيها تلك العبارة التي وقعت للرد على ابي حنيفة في السلف في المعدومات، ولكن ينبغي ان يعلم انه لو ذكر بلد المسلم فيه على وجه يكون من صفاته لم يكف وجوده في غيره، وكذا لو أطلق وكان الاطلاق منصرفاً الى ذلك على هذا الوجه، اما اذا كان استحقاق السلم من حيث الدينية، وكان قد اشترط بلداً مخصوصة، أو كان اطلاق العقد مقتضياً ذلك، فلا يعتبر وجوده في ذلك البلد، بل يكفي الاتيان بالكلية الثابت في الذمة على وصفه من اي بلد كان، من غير فرق بين بلد العقد وغيره، ولعل هذا مراد ثاني الشهيدين اذا لم يكن ثم عرف أو قرينة تقتضي ارادة غلة بلد السلم على وجه الوصفية، ولو لجعل بحالها والله العالم.

❦ كيف كان ❦ لابد ان يكون الاجل ❦ الذي قد عرفت وجوب تعيينه وأنه لا يجوز ان يكون محتملاً للزيادة والنقصان ❦ معلوماً للمتعاقدين ❦ مصداقه فلا يكفي انضباطه في نفسه وان احتمل، الا أنه واضح الضعف، للغرر، وانسياق العلم

عندهما ما اعتبر معلوميته من النص و معقد الاجماع و غيرهما ، فلا يجوز التأجيل بالنيروز بان تقال الشمس الى برج الحمل المسمى بالنيروز ، أو برج الميزان المسمى بالمهرجان ، و بفصح النصارى وهو عيد من أعيادهم كالساعين و الفطير اللذين هما عيدان ، من أعياد أهل الذمة ، و لا بالأشهر الفرسية كثير ما أو مراد ماه ، و الرومية كحزيران و تموز ، أو غير ذلك ، إلا اذا كان يعلمان ذلك مفهوما و مصداقاً حتى ترتفع الجهالة .

ولعل اطلاق الفاضل في التذكرة والقواعد جواز ذلك معقول على صورة علمهما ، وان كان قديوهم بعض عبارات الاول خلاف ذلك ، لكن يقوى ان مراده الرد على بعض من أطلق المنع من العامة كما يؤمى ذكره بعد ذلك اعتبار علم المتعاقدين وعدمه ، وربما ظهر من بعض عباراته التوقف في ذلك ، و التحقيق ما ذكرنا . ولا يرد عليه التأجيل بالشهر الهلالى الذى لم يعلم نقيضه وتماميته ، للتسامح العرفى فى ذلك وعدم عدمه . جهالة عندهم .

﴿ واذا قال : الى جمادى حمل على أقربهما ، وكذا الى ربيع ، وكذا الى الخميس والجمعة ﴾ : بلا خلاف أجده فى الاخيرين ، بل ولا اشكال معتد به فيه فى العرف ، وكان التعريف فيهما واشباههما للمعهديه ، كما ان المجرد منهما من اسماء الاشهر كرمضان وشعبان كذلك ايضا فى الحمل على الاقرب ، أما ربيع وجمادى فظاهر التذكرة عدم حملهما على الاقرب ، ولعله لتخيل الاشتراك اللفظى ، وفيه منع واضح ، ضرورة أنهما من المشترك المعنوى ، اذ معنى الاول كل ثلاثين بين صفر وجمادى فى كل سنة والثانى كل ثلاثين بين ربيع الثانى و رجب فى كل سنة ، فهما حينئذ كخميس و جمعة لليوم المخصوص من كل اسبوع ، ومن هنا ساوى بعضهم بين الجميع فى الصحة والبطالان ، وقد عرفت ان الفهم العرفى على التنزيل على الاقرب فى الجميع وان اختلفا فى مرتبة الظهور ، وهو العمد لا التعليق على الاسم المصادق بحصول الاقرب ، لعدم رجوعه بعد التأمل الى محصل يعتمد عليه .

وتظهر ثمرة الحمل فيما لوماتا ولم يصرحاً بالقصد ، أو فيما اذا اختلفا بعده فيه فانه يقدم مدعى الاقرب ، بل تظهر أيضاً فيما اذا اوقعا العقد غير مستحضرين الاقرب الا انهما من اهل العرف اللذان يحملانه عليه لوسمعهما ، فانه يحكم بصحة العقد ويحمل على الاقرب ، لان عدم الاستحضار ليس جهالة. نعم لو لم يعلموا العرف وأوقعا العقد معتمدين على السؤال عنه بعد ذلك ، اتجه البطلان ، لما عرفت من أن المدار فى رفع الغرر علمهما بذلك ، لامضبوطيته فى الواقع ، كما هو واضح فتأمل جيداً والله أعلم .

❖ ويحمل الشهر عند الاطلاق على عدة بين هلالين ❖ مع الامكان كما اذا وقع العقد فيما يقال عليه عرفاً أنه أول ليلة الهلال بلاخلاف اجده فيه ، بل ظاهرهم انه المعنى الحقيقى للشهر ، بل هو المراد مما فى التذكرة من أن الشهر الشرعى ما بين الهالين ، اذ من المعلوم عدم الحقيقة له شرعاً ، نعم لو تعذر ارادة الهلالى للقريئة ❖ أو ❖ كان العقد فى الاثناء الى شهر والفرض اتصال الاجل بالعقد حمل على ❖ الثلاثين يوماً ❖ لانه المنساق بعد تعذر الحقيقى ، فليس هو من المشترك لفظاً بينهما لاصالة عدمه ، ولا من المشترك معنى ، لعدم القدر المشترك بينهما بحيث يطمئن بوضعه لهما ، والاكتفاء بكل منهما فى نحو من أقام ستة أشهر ، أو اذا قال السيد لعبده أقم فى هذه البلاد شهراً أو غير ذلك يمكن أن يكون لظهور ارادة عموم المجاز كالיום المنكسر فى أقامة عشرة ايام ، المعلوم انه مع التلقيق ليس يوماً حقيقة ، كمعلومية بطلان عدم اعتباره او احتسابه يوماً فليس الا التلقيق ، مع دعوى كون المراد من العبارة ما يشمله ، ولو من عموم المجاز فتأمل جيداً .

نعم قد يناقش فى الفرض بمنع انسياق الثلاثين منه ، ضرورة صدق الشهر على ما اذا اكمله بقدر الفائت من الشهر المقبل نصفاً او ثلثاً او غيرهما كما تسمعه فيما لو كان الاجل شهرين فصاعداً وكان العقد فى اثناء الاول ، ودعوى اختصاص النزاع فيه دونه

كما هو ظاهر الثاني الشهيدين وغيره ، بل لعله ظاهر المتن ايضاً لاستندلها ، كما لا يخفى على من لاحظ ادلة الطرفين في المسألة الآتية فتأمل . اللهم الا ان يقال ان ظاهر الشهرين كونهما على نسق واحد ، فاذا كان أحدهما هلالياً نطقاً لامكانه وجب تليق الثاني كذلك ، بخلاف الشهر الواحد المنكسر .

﴿ ولوقال ﴾ المتعاقدان في بيان الاجل ﴿ الى شهر كذا ﴾ وكان زمان فاصل بينه وبين ما جعله غاية ﴿ حل بأول جزء من ليلة الهلال ﴾ ، نظراً الى العرف ﴿ في خروج الغاية هنا ﴾ ، وان المراد كون غاية التأخير دخول رجب مثلاً اما اذا قال الى شهر وأبهم فالعرف قاض بأن المراد مضي شهر لا الشروع في مسمى الشهر القاضى بعدم الاجل للسلم حينئذ ، ضرورة تحقق ذلك بأول لحظة متصلة بالعقد ، وليس مبنى الفرق في هذا الفهم العرفي أن الشهر المبهم اسم لمجموع المدة ، فلا يتحقق الا بعد مضيها ، بخلاف رجب الذي يتحقق بأول جزء منه ، اذ فيه أن رجب ايضاً مجموع المدة .

نعم قد يقال ان مبناه ما اشرنا اليه من انه لو كان المراد به ما يراد به من المعين كان السلم بلا اجل ، والفرض ارادة المؤجل قطعاً ، ومنه ينقذ وجه الصحة فيما لو فرض التأجيل بالمعين على نحو ذلك ، كما لوقال : الى رجب وهو في اول رجب ، فيحمل حينئذ على ارادة مضي رجب ، وان كان قد يناقش فيه اولا بانه لا مانع فيه من حمله على الحلول ، بناء على وقوع السلم كذلك ، وعلى القول بعدمه يتجه البطلان كما في المسالك بفقد شرط الصحة ، ومخالفة الظاهر لتحصيل حكم شرعي غير لازم ، لان البطلان شرعي ايضاً ، ولوقال محله في شهر كذا اوفى يوم كذا بطل ، وفاقاً للفاضل والكركي وغيرهما ، للجهالة بعدم التعيين ، اللهم الا أن يدعى التسامح في ذلك كالسماح في تمامية الشهر ونقصانه ، أو يدعى الحلول بأول جزء منهما ، كما لو جعل غاية كما هو المحكى عن مبسوط الشيخ وخلافه ، وفيه منع فهم العرف ذلك كمنع المساوات بين التسامحين خصوصاً في الشهر ، ولوقال : الى اول الشهر أو آخره ففي

القواعد احتمل البطلان ، لانه يعبر به عن جميع النصف الاول والنصف الاخر ، وفيه أنه مجاز ، و الحقيقة اول جزء منه وآخره فالوجه الصحة كما اذا لم يذكر الاول والله أعلم .

﴿ ولو قال الى شهرين ﴾ مثلاً ﴿ وكان ﴾ العقد ﴿ فى أول الشهر عد شهرين أهلة ﴾ لما عرفت من أنه المعنى الحقيقى وارادته ممكنة ، ﴿ وان ﴾ كان قد ﴿ أوقع العقد فى اثناء الشهر ﴾ احتسب الثانى هلالياً لامكانه ﴿ أنهم من الثالث بقدر الفائت من شهر العقد ﴾ نصفاً او ثلثاً ونحوهما ، حتى لو كان ناقصاً كفى اكمال ما يتم به تسعة وعشرون يوماً لان النقص جاء فى آخره ، وهو من جملة الاجل ، والثابت من الاول لا يختلف بازياة والنقصان ، وبذلك يكون الشهران هلاليين ، وهو ظاهر اللعنة وعن المبسوط انه قواء ، ولعله للصدق عرفاً بذلك ، ولانه أقرب الى مراعاة الحقيقة فيما بقى وفيما مضى ﴿ وقيل ﴾ والقائل الاكثر كما فى المسالك يعتبر ما عدا الاول هلالياً لامكانه واما هو ﴿ يتمه ﴾ من الثالث ﴿ ثلاثين يوماً ﴾ لانه المنساق بعد تعذر الهلالى حقيقة ، ضرورة اقتضاء مراعاته اطراح المنكسر في تأخر الاجل عن العقد ، فيتعين اعتباره عددياً ، ولا يقدر اتمامه من الشهر المتأخر ، دون الذى يليه محافظة على ابقاء الهلالى حقيقة فيه . ولان الاكمال صادق سواء اكمل من الذى يليه أم من غيره ، لان الاكمال مما يليه مقتضى لاختلال الهلالى فى الآخر مع امكانه ، فيتعين الثانى ولا محذور فيه ، بعد أن كان جميع الاجل بحكم واحد ، فلم يكن المتخلل شىء آخر فتأمل .

ولذلك وغيره قال المصنف : ﴿ وهو أشبه ﴾ وفاقاً للفاضلين والشهيدى والمحكى عن المبسوط وغيره ، لكن زاد فى الاستدلال فى المسالك بأن الاجل اذا كان ثلاثة اشهر مثلاً فبعد مضى شهرين هلاليين وثلاثين يوماً ملفقة من الاول والرابع يصدق انه قد مضى ثلاثة اشهر عرفاً ، فيحل الاجل والا كان ازيد من المشترك وبأنه اذا وقع

العقد في نصف الشهر مثلاً ومضى بعده شهران هلاليان يصدق انه مضى من الاجل شهران ونصف ، وان كانت الثلاثة ناقصة ، وهذا امر ثابت في العرف حقيقة ، فيكفي اكمالها خمسة عشر يوماً لصدق الثلاثة معها ، وفيه انه لم يظهر لنا وجه معتد به لتغيير المثال بالشهرين الى الثلاثة مع انها سواء في الصدق العرفي ، وقوله (والا) الى آخره لا يتم في نفي احتمال اعتبار اتمامه هلالياً ، ضرورة عدم اقتضائه ازيد من المشترك كما هو واضح ، وظاهر القائل باعتباره ثلاثين يوماً عدم اكتفائه بالنصف الناقص ، ومن هنا كان يلزم على هذا القول انه لو جعل الاجل ثلاثة اشهر مثلاً ووقع العقد في صفر بعد مضى ساعتين وجاء ناقصاً ، فانه يكمل من جمادى الاولى يوماً وساعتين فيحصل من ذلك ثلاثة اشهر هلالية زائدة يوماً وساعتين والعرف واضح الصدق بدون ذلك .

واما القول بانكسار الجميع الذي نفى عنه البعد في المختلف بل حكى عن احد قولي المبسوط ، فهو وان احتج له بأن الايام الباقية من الشهر المنكسر اما ان لا تحسب من أحدهما أو من الثاني وكلاهما محال ، فليس الا احتسابها من الاول ، وحينئذ لا يعقل دخول الثاني حتى يتم الاول مما يليه فيمنكسر حينئذ وهكذا ، لكن قد يناقش فيه اولاً بعدم اعتبار الهلالي في الممكن منه ، وقد عرفت ما يعين التلقيق من الاخير ، وأنه لا محذور فيه ، وثانياً بأنه تقتضى بناء على اعتبار الجميع ثلاثين يوماً زيادة ثلاثة ايام مثلاً لو فرض كون الاجل ثلاثة اشهر وافترق نقصانها ، اللهم الا ان يريد انكسارها جميعاً واعتبارها هلالية باتمام كل منها بقدر الفائت منه .

وفيه حينئذ منع صدق تمام الشهر عرفاً لو كان ناقصاً باتمامه اربعة عشر يوماً ونصف من الشهر الاخر ، ومن ذلك ينقدح الضعف في القول الاول ، ولعل القول باتمامه هلالياً بأن يؤخذ نصف الهلالي الثاني مكمل به الشهر الاول وان كان ناقصاً اولى في الصدق العرفي الا انه لما كان الثاني غير معلوم هلاله ناقصاً أو تاماً ، وكان الاصل عدم خروج الهلال والاصل عدم الحلول ، وجب الافتصار في نصفه قبل ان يتبين على الخمسة عشر ، وهكذا

الثلث والرابع ، ونحوه لو كان الاجل نصف الشهر المعين .

ومن ذلك كله يظهر لك ان الاحتمالات خمسة أو أزيد . وبعضها اقوال ، ولعل الاولى من ذلك الاحالة على اقل ما يصدق عليه العرف وربما اختلف فتأمل جيداً والله اعلم ، ﴿ ولو قال الى يوم الخميس ، حل باول خميس واول جزء منه ﴾ لما عرفته سابقاً اذا لفرق بينه وبين الشهر المعين ﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا يشترط ﴾ فى صحة السلم ذكر موضع التسليم على الاشبه ﴿ الاشهر بل المشهور ثمة لان لم يكن تحصيلاً ﴾ ولو كان فى حملة مؤنة ﴿ ولو كان العقد فى مكان من قصدهما او احدهما مفارقتة ، لاطلاق الادلة الواردة فى معرض البيان المؤيدة بعدم ظهور مانع سوى تخيل تفاوت الاغراض بذلك ، تفاوتاً يختلف فيه الثمن فى الجميع او فى بعض الاحوال وهو واضح الفساد ، ضرورة عدم اقتضاء ذلك الاشتراط اذا لم يكن عدمه مؤدياً الى جهالة فى الثمن والمثمن .

ومن هنالم يجب الاستقصاء فى الوصف وان اختلف الثمن به ولا ريب فى عدم الجهالة عرفاً بترك ذكر موضع التسليم ، اذ هو أمر خارج عن المبيع فالمكان حينئذ كالزمان لا يجب التعرض له فى رفع الجهالة ، والا لوجب فى النسيئة ونحوها ، ودعوى الخروج بالاجماع كما ترى ، وله المطالبة به حيث شاء ، الا اذا كان هناك عرف يقتضى الانصراف الى مكان مخصوص فيتبع حينئذ اذ هو حينئذ كالشرط كما هو ظاهر الاصحاب فى المقام ، ونحوه من العقود التى تنصرف الى ارادة التسليم فى بلد العقد وان كان للنظر فيه مجال ، خصوصاً اذا كان قد وقع العقد مؤجلاً ، وفى مكان من قصدهما او قصد أحدهما مفارقتة .

وعلى كل حال فذلك بحث آخر خارج عما نحن فيه ، فلا يقال انه لا يناق فى القول بالاشتراط المبني قطعاً على عدم الانصراف ، ضرورة انه غير متجه بناء على الانصراف ، لارتفاع الجهالة المقتضية للاشتراط بذلك ، اذ الظاهر أن القول بعدم ليس مبناه الانصراف الذى قد يفقد ، كما اذا كانا فى مكان من قصدهما مفارقتة أو غير ذلك ، بل

مبناه ما ذكرنا من عدم قدح مثل هذه الجهالة بعد أن لم تكن في الثمن والمؤمن فتأمل .
وكيف كان فقد ظهر لك ضعف القول باشتراطه مطلقا الذي اختاره في الدروس ،
بل نسبه بعضهم الى الخلاف ، وان كان المحكى من عبارته غير ظاهرة في ذلك قال :
« اذا كان السلم مؤجلا فلا بد من ذكر موضع التسليم ، فان كان في حمله مؤنة فلا بد
من ذكره ، الى ان قال : الصحيح أنه يجب ذكر الموضع والمؤنة . دليلنا طريقة الاحتياط
لانه اذا ذكر الموضع والمؤنة صح السلم بخلاف ، واذا لم يذكرهما لا دليل على صحة
هذه ، وفي التحرير نسب اليه ما عن المبسوط الذي قواه الكركي من التفصيل بين
ما يكون لحمله مؤنة فيجب ، اولا يكون كذلك فلا يجب . ووجهه كسابقه ، وجوابه
يظهر مما ذكرنا ، بل في السرائر انه لم يذهب اليه احد من اصحابنا ، ولا ورد به خبر
عن أئمتنا عليهم السلام ، وانما هو احد قولي الشافعي اختاره شيخنا ، الاثر في استدلاله
لم يتعرض لاجماع الفرق ، ولا اورد خبرا في ذلك .

ومن القريب مناقشته في المختلف بأنهم نصوا على اشراط الوصف وهو يتناول
المكان ، لان الابن من جملة الاوصاف اللاحقة للماهية ، فتكون الاخبار الدالة عليه ،
ضرورة عدم ارادة ذلك من الوصف المعتبر في المسلم فيه الذي قد عرفت أن اعتباره
لرفع الجهالة التي لا فرق بين السلم وغيره ، وفرض احتياج الحمل الى المؤنة
لا يوجب التعيين ، خصوصا مع انصراف العقد بناء عليه ، بل وان لم ينصرف اذا المرجع
حينئذ في ذلك الى الشرع ، ولعل قواعده تقتضي وجوب الحمل الى المسلم ، لانه يستحق
التسليم على المسلم اليه من حيث المعامضة ، فيجب الحمل حينئذ مقدمة الا اذا
استلزمت قبحا يسقط التكليف بهامعه ، ويحتمل عدم الوجوب ، للاصل فيبقى في ذمته
على نحو الامانة .

واما التفصيل بين ما كانا في مكان من قصدهما او احدهما مفارقتة ، برية كان
او غيره ، وعدمه فيجب التعيين في الاول ، دون الثاني وهو القول الرابع فكان مبناه

عدم انصراف العقد حينئذ ، فيتحقق الجهالة ، وفيه ما عرفت . ومنه يظهر ضعف القول بالتفصيل بين ما كان في حمله مؤنة او كانا في مكان من قصدهما مفارقة وعدمهما ، فيجب مع واحد منهما ، ولا يجب مع عدمه ، وحينئذ فالاقوى ما عرفت ، وحينئذ يكون كالحال الذي قطع في المسالك بعدم الاشتراط فيه ، وانه ليس محالاً للخلاف فيكون حينئذ كغيره من البيوع يستحق المطالبة به في محل العقد او في محل المطالبة ان فارقه هذا .

وفي المسالك ان المعتبر في تشخيص المكان ذكر محل لا يختلف الحال في جهالة وأجزائه عرفاً كالبلد المتوسط فمادونه ، والقطعة من الارض كذلك ، بحيث لا يفرق بين أجزائها ولا يحصل كلفة زائدة في جهة منها دون جهة . لا مطلق البلد ، ولا الموضع الشخصي الصغير ، وفيه انه يمكن القول بصحة الاول بناء على عدم اشتراط موضع التسليم ، بل و الاخير اذا كان فيه غرض معتد به ، لعموم المؤمنون عند شروطهم (١) وقد يدفع الاول بأنه وان قلنا بعدم الاشتراط الا انه مع التعرض له تجب المعلومية لانه اذا كان مجهولاً افسد العقد ، باعتبار عود جهالته الى غيره بخلاف ما اذا لم يتعرض له كما انه قديماً دفع الثاني بان الفرض فيه عدم الغرض المعتبر بها والامر سهل .

• (المقصد الثالث في احكامه وفيه مسائل) •

• الاولى : اذا أسلف في شيء لم يجز بيعه قبل حلوله ❀ لالعدم ملكيته قبل الاجل ضرورة عدم مدخلية فيها . ان العقد هو السبب في الملك ، والاجل انما هو للمطالبة ، والعدم القدرة على التسليم اذ من المعلوم انها في المؤجل عند الاجل . ولا لغير ذلك من

الامور المعلوم بطلانها - بل للجماع المحكى فى التنقيح وظاهر الغنية وجامع المقاصد وغيرهما وعن كشف الرموز ان لم يكن محصلا ، بل لعله كذلك ولا يقدح ظاهر ما فى الوسيلة قال : « واذ اراد أن يبيع المسلف ما اسلف فيه من المستسلف عند حلول الاجل أو قبله بجنس ما ابتاعه باكثر مع الثمن الذى ابتاعه لم يجوز ومن باع بجنس غير ذلك جاز » بعد سبقه بالاجماع و لحوقه به فضلا عن خلاف بعض متأخرى المتأخرين فى ذلك لعمومات البيع ونحوها ، مما لا يخفى على اصاغر الطلبة فضلا عن رؤساء الدين والمحامين عن شريعة سيد المرسلين .

﴿ و ﴾ أما انه ﴿ يجوز بعد حلوله ﴾ وقبضه ، فلا خلاف فيه ولا اشكال ، بل الاقوى الجواز ﴿ وان لم يقبضه على من هو عليه وعلى غيره ﴾ بجنس الثمن ومخافه بالمساوى له او بالاقل أو بالاكثير ما لم يستلزم الربا ، سواء كان المسلم فيه طعاماً أو غيره مكبلاً أو موزوناً أو معدوداً أو غيره ، لا طلاق الادلة وعمومها ، وخصوص مرسل أبان (١) عن الصادق عليه السلام « فى رجل يسلف الدراهم فى الطعام الى اجل فيحل الطعام ، فيقول : ليس عندى طعام ، ولكن انظر ما قيمته فخذمنى ثمنه فقال : لا بأس بذلك » وموثق ابن فضال (٢) « كتبت الى ابي الحسن عليه السلام الرجل يسلفنى الطعام فيجىء الوقت وليس عندى طعام ، اعطيه بقيمته دراهم ، قال : نعم »

وخبر على بن محمد (٣) « قال : كتبت اليه رجل له على رجل تمر أو حنطة أو شعير ، فلما تفاضاه قال : خذ بما لك عندى دراهم ، أيجوز ذلك أم لا فكتب عليه السلام : يجوز ذلك عن تراض منهما » وخبر العيص بن القاسم (٤) عن الصادق عليه السلام « قال : سألته عن رجلا أسلف رجلا

(١ - ٢) الوسائل الباب - ١١ - من ابواب السلف - الحديث - ٥ - ٨

(٣ - ٤) الوسائل الباب - ١١ - من ابواب السلف - الحديث - ١١ - ٦

دراهم بحنطة حتى حضر الاجل لم يكن عنده طعام ، ووجد عنده دوا باً ورقيقاً ومتاعاً يجعل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه ؟ قال : نعم يسمى كذا وكذا بكذا وكذا صاعاً ، بناء على ان المراد بذلك كله خصوصاً الاخير البيع لا الوفاء بدونه ، وقصورها سنداً او دلالة منجبر بالشهرة المحكية والمحصلة ، كما أن اختصاص موارد بها بالبيع على من له عليه غير قاذح بعد تميمه بما فى الرياض من انه لا قائل بالفرق بين الطائفة .

و ان كان قد يناقش بما فى التنقيح من الاجماع على صحة بيع السلم بعد حلوله قبل قبضه على من هو عليه ، اما على غيره ففيه خلاف ، قال الشيخ يصح ، ومنعه ابن ادریس وهو كذلك ، لانه فى السرائر فى باب السلم بعد ان حكى عن الشيخ الجواز مطلقاً قال : قد حررنا القول فى بيع الدين وقلنا : انه لا يجوز الاعلى من هو عليه ، وشر حناه واوضحناه فى باب الديون بما لا طائل فى اعادته ، فجعل ما نحن فيه من جزئيات تلك المسألة وكيف كان ففى الرياض انه قد خالف فى ذلك الشيخ فى التهذيب حيث منع من البيع بالدراهم اذا كان الثمن الاول كذلك ، اخبر على بن جعفر (١) قال «سالت عن الرجل له على الاخر تمر أو شعير أو حنطة يأخذ بقيمته دراهم قال : اذا قومه دراهم فسد ، لان الاصل الذى اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم ، قال : وضعف سنده يمنع من العمل به مع احتماله . ككلام التهذيب الحمل على صورة التفاوت بالزيادة والنقص ، كما فهمه الجماعة ، ولذا لم ينسبوا اليه القول الاول بالمرة ، بل نسبوه الى هذا القول وله فيه موافق من الطائفة ، كالاسكا فى و العماني والقاضى وابن حمزة والحلبى وابن زهرة ، وادعى فى الدروس انه مذهب الاكثر ، وعن الحلبي دعوى الاجماع عليه ، وهو ظاهر الغنية . واختاره جمع من تأخر .

قلت : بل هو مال اليه فى الرياض للاجماع المحكى والنصوص المستفيضة

كصحيح محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال : أمير المؤمنين عليه السلام من اشترى طعاماً أو علفاً الى أجل، فان لم يجد شرطه وأخذ ورقاً لا محالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ الرأس ماله لا يظلمون ولا يظلمون ، و صحیحة الاخر (٢) عنه ايضاً قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعطى رجلاً و رقاً في وصيف الى اجل مسمى ، فقال له صاحبه : لا أجلك وصيفاً خذ منى قيمته و صيفك اليوم و رقاً فقال : لا يأخذ الاوصيفه او ورقه الذي أعطاه اول مرة ولا يزداد عليه شيئاً.

وصحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام «انه سئل عن الرجل يسلف في الغنم ثنيان وجذغان وغير ذلك الى أجل مسمى قال : لا بأس ان لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه يأخذ صاحب الغنم نصفها او ثلثها او ثلثيها و يأخذ رأس ماله ما بقى من الغنم دراهم ، وصحيح يعقوب بن شعيب (٤) «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلف في الحنطة و التمر بمائة درهم فيأتى صاحبه حين يحل الذي له فيقول : و الله ما عندى الا نصف الذي لك فخذ منى ان شئت بنصف الذي لك حنطة و بنصفه و رقاً فقال : لا بأس اذا اخذ منه الورق كما اعطاه » .

وفيه ان الاجماع المحكى موهون بمصير اكثر المتأخرين الى خلافه، بر ادعى جماعة كما قيل عليه الشهرة مع ان الوجود في الغنية فاذا حل جازيعة من المسلم اليه بمثل ما نقد فيه و باكثر منه من غير جنسه ، ومن غير المسلم اليه بمثل ذلك . و اكثر منه من جنسه و غيره بدليل اجماع الطائفة ، و ظاهر القرآن ، و دلالة الاصل الا ان يكون المسلم فيه طعاماً فان بيعه قبل قبضه لا يجوز اجماعاً على ما قدمناه

وهو صريح في التفصيل بين بيعه على من هو عليه ، وعلى غيره كظاهر ما سمعته سابقاً من الوسيلة ، والمحكى من عبارة ابي الصلاح في المختلف خال عن الأجماع ،

وظاهر فى غير المنقول عنه ، قال : العقد يقتضى تسليم المعجل و تأخير المؤجل ، وتسليمه عند حلول أجله سواء كان التأخير مشروطا فى البيع او الثمن فاذا حل ولم يكن عنده عين ما عقد عليه ، فعليه احضاره ، ويصح اقامة العروض عنه من غير جنسه ، ولا يجوز له ابتياعه من مستحقه بمثل ما باعه منه فى الجنس ولا بزيادة عليه نقداً ، ولا نسيئة ولا نقله الى سلف آخر ، ويجوز له ابتياعه بغير ما قبضه منه نقداً ، وهو كما ترى ظاهر فى المنع حتى بالمماثل .

نعم حكاه عنه فى المختلف أيضاً أنه قال بعد كلام طويل : ولا يجوز لمن أسلم فى متاع أن يبيعه من مستسلمه ولا غيره قبل أجله ، فاذا حل أجله جاز بيعه منه بمثل مانقده ، وأكثر منه من غير جنسه ، ومن غير المستسلم بمثل ذلك وأكثر منه من جنسه وغيره ، وهو كالغنية والوسيلة ، ولعل حجته على التقدير الاول خبر على بن جعفر (١) السابق قانه قد اعترف فى المختلف بدلالته على ذلك ، فكان نسبة هذا القول اليه أولى مما فى الرياض من نسبته الى تهذيب الشيخ كما سمعت ، مع أن المحكى من عبارة التهذيب فى المختلف صريحة فى خلافه ، ولذا لم ينسبه اليه فيه ، بل جعله من القائلين بالمنع من الزيادة فلاحظ وتأمل جيداً .

نعم قد حكى عن مبسوطه فى المختلف أنه قال اذا حل عليه طعام بعقد السلم فدفع الى المسلم دراهم نظر ، فان قال : خذها بدله الطعام لم يجز ، لان بيع المسلم قبل القبض غير جائز ، سواء باعه من المسلم اليه أو من الاجنبى اجماعاً ، وحكى عنه أيضاً أنه لو كان له طعام من سلف وعليه مثله من سلف آخر فأحاله بما عليه لا يجوز ، لان بيع السلم لا يجوز قبل القبض اجماعاً ، وظاهره عدم الجواز قبل القبض مطلقاً ، وحينئذ تكون الاقوال ستة أوسبعة ، والصحيح منها ما ذكرناه .

والمراد من خبر محمد بن قيس (١) بعد الانعضاء عن الاضطراب في متنه على ما في التهذيب وغيره أن المسلم اذا لم يوجد شرطه لآفة في المسلم فيه أولعدهم مطالبته به الابد انقطاعه ، ولم يرد الانتظار الى زمن حصول شرطه بل اراد الورق ، فليس له أن يأخذ الرأس ماله ، لا يظلم ولا يظلم ، فيفسخ العقد حينئذ ويسترد الثمن ، لأن المراد بيعه عليه برأس ماله وكذا صحيحه الآخر ، ومما يؤيد ذلك أن الخصم لا يعين ذلك عليه في مفروض البحث ، ان يجوز له عنده بيعه بغير الجنس بما يساوي الثمن أضعافاً مضاعفة ، من أن الخبر قد تضمن أنه ليس له الا ذلك كما هو واضح .

وأما صحيح الحلبي (٢) فلا دلالة فيه أصلاً ضرورة عدم البأس فيما تضمنه بعد التراضي منهما ، مع أنه لم يعلم أن رأس مال المسلم فيه دراهم ، ولا تعرض فيه للزيادة والنقص وبالجمله هو غير ظاهر في ارادة البيع وصحيح يعقوب (٣) يمكن حمله على ارادة السؤال عن جواز الفسخ في البعض ولومع التراضي ، فأجابه عليه السلام بأنه لا بأس به اذا أخذ منه كما أعطاه حتى لا يترتب عليه الربا ، لأن المراد أن بيعه عليه بذلك ، اذا يتصور ترتب الربا عليه بعد أن كان في ذمة المسلم اليه الحنطة والتمر أو غير ربوي كالابل ونحوها ، لا الدراهم التي هي ثمنهما .

و منه يعلم أنه لا وجه للإشارة بآية الربا الى ذلك في الخبر الاول ، وأنه لا بد من حمله على ما قلنا ، و بذلك يظهر لك ضعف هذه عن الادلة المعارضة لها من الاصل والعمومات ، وخصوص النصوص السابقة التي قد يناقش فيها بأن ما فيها من الوفاء لا البيع ، فلا تدل على المطلوب فيها أيضاً ، لكن لا يخفى بعد امكان منع هذه المناقشة فيها بظهورها سيما بعضها في غير ذلك أن الاصول والعمومات كافية في الصحة ، فميل الفاضل في الرياض الى القول بعدم الجواز في البيع بالجنس مع الزيادة في غير محله قطعاً .

وأما البيع بغير الجنس زاد أو نقص فلا خلاف فى جوازه ، وفى المختلف أنهم قد أجمعوا عليه ، وفى الرياض « أنه لا ريب فيه وفى البيع بالجنس مع عدم الزيادة فتوى ورواية » قلت : قد سمعت كلام أبى الصلاح وإن كان لا ريب فى ضعفه ، وعلى كل حال فقد ظهر لك قوة القول بالجواز مطلقاً ، كما أنه قد ظهر لك بمقتضى إطلاق الأدلة وخصوص بعضها عدم الفرق فى ذلك بين كون المسلم فيه مكياً وموزوناً وبين غيرهما ، ولابن كونه طعاماً وغيره ، فما سمعته من الغنية هنا من الإجماع على عدم الجواز فى الطعام فى غير محله ، ولعل مبناه ما تقدم سابقاً فى مبحث القبض من قول بعضهم بالمنع عن بيع المبيع إذا كان مكياً أو موزوناً قبل قبضه ، ومن آخرين منهم ابن زهرة فى خصوص الطعام منهما .

لكن قد تقدم لك هناك ضعفهما وضعف غيرهما ، مع أنه يمكن القول به هنا وإن لم نقل به هناك ، للدالة الخاصة الحاكمة على غيرها ، وخصوص مواردنا بمن عليه غير قاذح بعد عدم الدليل الصالح للفرق ، بل لولا التسامح فى دليل الكراهة لا يمكن المناقشة فى ثبوتها فى الطعام ، فضلاً عن المكيل والموزون ، فضلاً عن غيرهما كما هو مقتضى إطلاق قوله فى المتن ❀ على كراهة ❀ لعدم الدليل .

بل لعل ظاهر أدلة المقام عدمها فى المبيع على من هو عليه ، لكن للتسامح فيها يمكن القول بها ، ولو لاحتمال الاندراج فيما تقدم فى ذلك المقام ، وللخروج عن شبهة الخلاف فى الطعام ، والإجماع المدعى عليه هنا ، ولغير ذلك وعلى كل حال فقد اتضح بذلك كله أنه يجوز بيعه قبل قبضه بأزيد من رأس المال أو انقص .

❀ وكذا يجوز بيع بعضه ❀ كذلك ❀ وتوليته وتولية بعضه ❀ والشركة فيه وفى بعضه

لعدم الفرق بين الجميع فى مقتضى الأدلة السابقة ، خلافاً للمحكى عن الشافعى فلم يجوز للمسلم أن يشرك غيره فى السلم . فيقول له شاركنى فى نصفه بنصف الثمن ولا أن يوليه ، فيقول ولنى جميعه بجميع الثمن ، ونصفه بنصف الثمن لأنها معاوضة فى المسلم فيه

قبل قبضه، فلم يجز كما لو كانت بلفظ البيع، وهو كما ترى، لا يقال ان اطلاق الاصحاب هنا الجواز مبني على ما ذكره في باب القبض من منع بيع المبيع قبل قبضه اذا كان مكيلاً أو موزوناً أو اذا كان طعاماً خاصة، أو اذا لم يكن البيع تولية على اختلاف الاقوال السابقة وكان الاطلاق هنا لرفع المنع من حيث كونه ديناً، لا مطلقاً، فيبقى المنع من حيث كونه مبيعاً قبل قبضه على البحث السابق فيه، كما هو صريح الكركي وثاني الشهيدين. لانا نقول: أولاً قد بان لك في ذلك المبحث ضعف الجميع، وإن الأقوى القول بالجواز مع الكراهة هناك، وثانياً أنه يمكن الفرق بين المسألتين باعتبار الأدلة الخاصة هناكما جزم به المحدث البحراني في حدائقه فقال بالمنع هناك والجواز هنا، محتجاً باختلاف موضوع المسألتين في نصوص المقامين لاتفاقها هنا على البيع على من عليه وهناك على البيع على غيره.

قلت وربما يؤيده ملاحظة بعض كلماتهم في المقامين، ولولا خوف الاطناب - وأنه لافائدة مهمة في ذلك، اذ الظاهر الجواز على التقديرين: أي سواء قلنا بكون المسألتين من سنخ واحد من حيث البيع قبل القبض، أو مختلفين في ذلك على معنى اختصاص المنع على القول به في غير السلم دونه - لنقلنا جملة منها فلا حظ وتأمل، والامر سهل ﴿و﴾ كيف كان ﴿فلمو قبضه ثم باعه زالت الكراهة﴾ وهو واضح والله اعلم.

المسألة ﴿الثانية﴾ لا خلاف في أنه ﴿إذا دفع المسلم اليه﴾ المسلم فيه ﴿دون الصفة﴾ أو المقدار المشترطين فيه لا يجب على المسلم قبوله، وإن كان أجود من وجه آخر لأنه ليس نفس حقه مع ضرره به ﴿و﴾ لو ﴿رضى المسلم﴾ به ﴿صح وبرىء﴾ المسلم اليه مما كانت ذمته مشغولة به ﴿سواء شرط﴾ المسلم اليه ﴿ذلك لاجل التعجيل﴾ اذا كان قد دفعه قبل الاجل ﴿أو لم يشترط﴾ بل في الغنية يجوز التراضي على تقديم الحق عن أجله بشرط النقص منه، بدليل الاجماع وقال: أبو بصير (١) سألت

أبا عبد الله عليه السلام عن السلم في الحيوان قال: ليس به بأس قلت: أرايت ان أسلم في أسنان معلومة، أو شيء معلوم من الرقيق فأعطاه دون شرطه أو فوقه بطيبة النفس قال: لا بأس، ومعاقبة (١) سألته أيضاً عن الرجل أسلف في وصفاء اسنان معلومة وغير معلومة، ثم يعطى دون شرطه فقال: اذا كان بطيبة نفس منك ومنه فلا بأس.

والجلبى (٢) سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم في وصفاء باسنان معلومة ولون معلوم ثم يعطى دون شرطه أو فوقه؟ فقال: اذا كان عن طيبة نفس منك ومنه فلا بأس، وسأل يعقوب بن شعيب (٣) ابا جعفر أو أبا عبد الله عليهما السلام عن الرجل يكون لى عليه جلة من بسر فأخذ منه جلة من رطب مكانها: وهى أقل منها قال: لا بأس قال: قلت: فيكون لى عليه جلة من بسر فأخذ مكانها جلة من تمر وهى اكثر منها قال: لا بأس اذا كان معروفاً بينكما « الى غير ذلك من النصوص الدالة على الجواز مع التراضى المؤيدة بأنه لا بأس في اسقاط حقه من الوصف ومن المقدار وغيرهما مما اشترطه.

ومن هنا صرح غير واحد بعدم البأس مع التراضى لو دفع له غير الجنس أيضاً وهو جيد الآن الظاهر كون الفرق تحقق الوفاء بنفس المدفوع الفاقد للوصف الذى اشترط في المسلم فيه، زائداً على ما ارتفع به الجهالة من الوصف، بل وكذا ما ارتفع بها منه، لانه بعد اسقاط الحق من الوصف المشترط يصدق المسلم فيه حينئذ على المدفوع، بخلاف ما اذا كان المدفوع من غير الجنس، فان تحقق الوفاء به كالمعاوضة وقد يحتمل قويا كون الجميع كذلك، خصوصاً اذا كان الوصف مما ارتفع به الجهالة، والاتحاد في الجنس غير كاف، ضرورة عدم صدق المسلم فيه على الجارية السوداء المدفوعة عوض البياض التى هى المسلم فيها، وانما هو تراض على المعاوضة بذلك فتأمل جيداً فانه قد تترتب ثمرات على ذلك.

منها - وجوب الدفع مع رضا صاحب الحق بما هو دون الوصف على الاول ، بخلاف الثانى ، وربما يفرق بين الاوصاف ، فلا يجب فيما كان منوعا منها دون غيره الذى يراد منه ثبوت الاستحقاق لذى الوصف ، ثم على تقدير الوجوب فى الاول الظاهر بقاء استحقاقه المطالبة ايضا بالفرد الاول ، ومجرد رضاه بدون قبض لا يسقط استحقاقه الاول ، اذ هو ليس كحق الخيار والشفعة . وحينئذ فيكون مراد المصنف وغيره بالبراءة مع الرضا فى صورة ما لو قبضه راضيا به عوض الحق ، لا المراد سقوط حقه بمجرد الرضا . وان رجع قبل القبض مع احتمال له وان كان بعيدا ﴿ وان أنى ﴾ المسلم اليه ﴿ - ﴾ المسلم فيه على ﴿ مثل صفته ﴾ التى اشترطت ﴿ وجب ﴾ على المسلم مع عدم العذر ﴿ قبضه أو ابراء المسلم اليه ﴾ مما اشتغلت ذمته كما تقدم الكلام فى ذلك ﴿ و ﴾ فى أنه ﴿ لو أبى ﴾ المسلم عنهما ﴿ قبضه الحاكم اذا سأل المسلم اليه ذلك ﴾ مفصلا فى بحث النقد والنسيئة فلاحظ وتأمل ﴿ و ﴾ أما ﴿ لودفع فوق الصفة ﴾ بمعنى الجامع للاوصاف المشترطة عليه مع زيادة أو الفرد الاعلى من مصداق الصفة ﴿ وجب قبوله ﴾ بلا خلاف معتد به ولا اشكال لتحقيق المسلم فيه بذلك ، ضرورة عدم منافاة الزيادة فهو حينئذ من المسألة السابقة .

واشترط طيب النفس منهما فى النصوص السابقة لدفع دون الشرط أوفوقه ، يراد منه التوزيع لغلبة عدم رضا المسلم اليه بالفوق والمسلم بالدون فبين ﴿ وبين ﴾ أنه لا بأس بكل منهما مع الرضا من كل منهما « نعم لودفع ذا الصفة الحسنة عوض ذى الصفة الردية المشترطة من النوع الواحد ولعله غير المراد هنا من العبارة - اتجه عدم الوجوب ، كما عن الاردبيلي للاصل ولانه قد يتعلق له الغرض بما اشترطه ، وللمنة ان الغرض استحقاق الردى لا غير ، ولغير ذلك ، لكن هذا اذا لم يكن المراد من عبارة الشرط أن المسلم فيه هذا ما فوقه ، لانه هو لا غير ، فانه يجب القبول حينئذ وعليه بنوا وجوب قبول الجيد المدفوع عن الردى كما سمعته فيما تقدم .

﴿و﴾ على كل حال ﴿اودفع﴾ المسلم اليه ﴿اكثر﴾ من المقدار المطلوب منه ﴿لم يجب قبول الزيادة﴾ للاصل وللمنة التى لا يخفى ما فى تحملها من المشقة ، لعدم استحقاق الزيادة ، وبذلك افترق هذا عن السابق الذى هو من أفراد المسلم فيه وان لم يكن للمسلم الالتزام به ، وصحيح الحلبى (١) عن أبى عبدالله عليه السلام وأنه سئل عن الرجل يسلم فى الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك الى اجل مسمى قال : لا بأس ان لم يقدر الذى عليه الغنم على جميع ما عليه ان يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها و يأخذ رأس ما بقى من الغنم دراهم ، و يأخذون دون شرطهم و لا يأخذون فوق شرطهم ، قال : والاكسية أيضاً مثل الحنطة والشعير والزعفران والغنم ، مع احتمال ارادة رأس المال من الشرط فيه الذى لو أخذ الجاهل الفوق منه ربما ضمه الى رأس المال فيقع فى الربا بخلاف الدون ، واضطراب متنه باسقاط الدون فى بعض النسخ ولعله اصوب.

يراد منه انه ليس لهم ما فوق لانه لا يجب عليهم القبول لو كان مما فرضناه ، فما عن ابن الجنيّد من مساواة زيادة الصفة لزيادة العين فى عدم وجوب القبول ومال اليه المحدث البحرينى وتبعه فاضل الرياض واضح الضعف كما عرفت ، هذا كله اذا كان المدفوع من الجنس ﴿اما لودفع من غير جنسه لم يبرأ الا بالتراضى﴾ مع التمكن من الجنس قطعاً ، لانه معاوضة موقوفة عليه كما هو واضح والله أعلم .

المسألة الثالثة ﴿قد تقدم البحث فى أنه﴾ اذا اشترى كراً من طعام ﴿مثلاً مؤجلاً﴾ بمائة درهم واشترط تأجيل خمسين بطل فى الجميع على قول ﴿وانه يحتمل البطالان فيها خاصة﴾ و ﴿كذا﴾ لودفع خمسين و شرط الباقي من دين له على المسلم اليه صح فيما دفع ﴿قطعاً﴾ وبطل فيما قابل الدين ﴿فى

قول ﴿ وفيه تردد أشبهه ﴾ عند المصنف ﴿ الكراهة ﴾ كما عرفت بل و تقدم ما يستفاد منه حكم .

المسألة الرابعة ﴿ وهى ﴾ لو شرطاً موضعاً للتسليم فتراضياً بقبضه فى غيره جاز ﴿ ضرورة انه لهما اسقاط حقهما من الشرط ، ﴾ و ﴿ ان كان الموضع المشترط ما انصرف اليه العقد شرعاً نعم ﴾ ان امتنع احدهما لم يجبر ﴿ عليه لقوله ﷺ (١) ﴾ والمؤمنون عند شروطهم ، بل و تقدم فى باب الصرف ما يستفاد منه حكم ،

المسألة الخامسة ﴿ وهى ﴾ اذا قبضه ﴿ اى المسلم المسلم فيه ﴾ فقد تعين وبرئ المسلم اليه فان وجد به عيبا ﴿ كان له الرد بالعيب ﴾ و ﴿ اذا ﴾ رده زال ملكه عنه ، و عاد الحق الى الذمة سليماً من العيب . ﴿ لكن فى المسالك هنا انه لا ارش له ، لم يتعين للحق بل و وقع عوضاً عن الحق الكلى مملوكا له ملكا مترازلا يتخير معه بين الرضا به مجاناً فيستقر ملكه عليه ، و بين أن يردده فيرجع الحق الى ذمة المسلم اليه سليماً ، بعد أن كان قد خرج عنها خروجاً متزلاً . و به بقوله عاد على ذلك ، حيث ان العود يقتضى الخروج بعد أن لم يكن ، فانه مصير الشيء الى ما كان عليه بعد خروجه ، وتظهر الفائدة فى النماء المنفصل المتردد بين القبض و الرد ، فانه يكون للقباض ، لانه نماء ملكه كمنظائره من النماء المتجدد زمن الخيار ، أما المتصل فيتبع العين ، و يتفرع عليه ايضاً ما لو تجدد عنده عيب قبل الرد ، فانه يمنع من الرد لكونه مضموناً عليه ، ولم يمكنه بعده رد العين كما قبضها .

وبه قطع فى التذكرة و زاد أن له حينئذ أخذ ارش العيب السابق وان لم يكن ثابتاً لولا الطارى ، فان المنع منه انما كان لعدم انحصار الحق فيه ، حيث أنه امر كلى والعيب غير تام فى جملة أفراد الحق . فلما طرأ العيب المانع من الرد تعين قبوله ،

فصار كالمبيع المعين إذا كان معيباً فإنه يجوز أخذاره ، و يتعين عند مانع من رده ،
وربما قيل بجواز رده هنا ، لعدم تعيينه ابتداء و العيب الطارى لم يوجب تعيينه . غاية
ما فى الباب أن يلزم بارشه .

قلت : ونحوه يأتى أيضاً فى التلف فيلزم بالقيمة لو اراد الرجوع بالبذل ، وفيه
أن ذلك مناف لما سمعته منهم فى باب الصرف ، كما انه مناف لمقتضى الحكم بالرد
ضرورة أنه لا دليل على الرد الا الاندراج فيما دل عليه فى المبيع ، بتقريب انه بالدفع
والقبض صار كأنه مورد العقد ، الا انه لا يقتضى رده فسخ العقد ، كما اقتضاه لو كان
المبيع معيناً ، باعتبار توقف عوده الى ملك مالكه الذى هو المراد من الرد على انفساخ
العقد : بخلافه فى الفرض ، اذ عوده الى ملك المالك انما يقتضى فسخ مقتضى القبض
الذى هو السبب فى ملك هذا الشخص فيبقى مقتضى العقد على حاله ، وحيث كان
مبنى الرد الاندراج المزبور اتجه حينئذ ان له الرجوع بالارش ، لاطلاق ما دل عليه
فى المبيع .

اللهم الان يقال انه مخالف لمقتضى الاصل فيقتصر فيه على المتيقن ، وهو اذا
لم يمكن تحصيل المبيع سالماً كما اذا كان معيناً اذا امكن كما فى الفرض لان له الرد
والاببدال فلا يتجه الرجوع بالارش .

نعم لو تعيب عنده أو تلف مثلاً فتعذر الرد على حسب ما اخذه كان له الارش كما
سمعته من التذكرة ، والزامه بالارش للمعيب الحادث ، أو القيمة لو أراد الاببدال ليس
بأولى من الزام البايع بالارش ، بل هو أولى ، ولذا تعين فى المبيع المعين ، لكن فيه
انه مخالف لما سمعته منهم فى باب الصرف ، بل لم يعرف فيه خلاف هناك .

نعم حكى هناك عن الشيخ وغيره أن له فسخ العقد أيضاً ، مضافاً الى الاببدال
والارش ، وناقشه الفاضل فيه كما سمعته هناك مفصلاً ، فلاحظ وتأمل ، حتى تعرف قوة
القول بالخيار هنا بين الرد والاببدال ، وبين الارش ، بل وتعرف أيضاً فساد ما قيل هنا

على العبارة وما شابهها ، من ان زوال الملك عذرده انما يكون بعد ثبوته ، و المعيب ليس من المسلم فيه ، فلا ينتقل عن المسلم اليه وان عود الحق انما يكون بعد زواله ، وهو مستلزم لاحد محذورين .

اما الحكم بالشئ مع وجود نقيضه ، او اثبات الحقيقة من دون لوازمها ، وذلك لان الحكم بالبراءة ان كان صادقاً لزم الاول ، و الا لزم الثاني ، اذ لا بأس بالتزام كون المقبوض المعيب صالحاً للاداء عن الحق اذ ارضى به المستحق ، لانه من جنس الحق ومن افراد المسلم فيه ، وعيبه ينجبر بالخيار ، فيتم الزوال والعود ، ولا بعد في تحقق الملك مترازلا لمكان العيب ، و معلومية ارادة الصحيح لا تقتضى كون المسلم فيه الموصوف بالصحة كما هو واضح ، فبالنماء المتخلل حينئذ بين القبض الى حال الرد للقباض .

ومن ذلك يظهر ما في جواب الشهيد عن ذلك في حواشيه بان الحكم بالزوال والعود مبنى على الظاهر حيث كان المدفوع من جنس الحق ، و صالحاً لان يكون من جملة افراد قبل العلم بالعيب ، فاذا علم بالعيب زال ذلك الملك الذى حصل ظاهراً وان لم يزل في نفس الامر ، فصح اطلاق الزوال والعود بهذا الاعتبار اذ قد عرفت ان الملك حاصل ظاهراً وباطناً ، غاية امره التزلزل وهو غير مانع كمنظاره ، وقد تقدم لنا في باب الصرف ماله نفع تام في المقام بل منه يستفاد كثير من احكام .

المسألة السادسة * وهى * اذا وجد برأس المال * المعين * عيباً فان كان من غير جنسه * بان كان فضة فبان نحاساً مثلاً * بطل العقد * من اصله ان كان الجميع كذلك ، والا فبالنسبة وله حينئذ خيار التبعض ، و لو كان العقد بكلى ابدلت اذالم يتفرق المجلس والابطل ايضاً * وان كان * العيب في المعين * من جنسه * كالخشونة واضطراب السكة * رجع بالارش انشاء * قبل التفرق قطعاً ، وبعده على الاصح ، ويحتمل انفساخ العقد فيما قابله * وان اختار الرد كان له * كما في غيره من الثمن المعيب

وينفسخ العقد، ضرورة توقف الرد الى ملك الاول عليه. وان كان كليا فله الارش بناء على المختار ، وله الرد ولكن لاينفسخ العقد ، لما عرفت من انه انما يقتضى فسخ مقتضى القبض .

نعم قد يقال به في المقام لذلك، بل لاستلزامه عدم قبض الثمن قبل التفرق وفيه ان المقبوض المعيب ثمن ، فيكفى قبضه قبل التفرق في الصحة ، وان تعقبه فسخ مقتضى القبض بعد التفرق ، بل لايبعد لذلك عدم وحب قبض البديل في مجلس الرد ، للاصل بعد ظهور الادلة في غيره ، كما انه لايجب قبض الارش في مجلس اختياره ، باعتباره انه كالجزء من الثمن .

وقد تقدم تحقيق كثير من هذه المطالب في باب الصرف فلاحظ وتامل كي تعرف الحكم في جملة اقسام المسألة ، اذ العيب اما ان يكون من الجنس أو من غيره ، ثم اما ان يكون في جملة الثمن او في بعضه ، ثم اما ان يظهر قبل التفرق او بعده ، ثم اما ان يكون الثمن معيناً او كليا فالاقسام ستة عشر والله اعلم .

المسألة ﴿ السابعة اذا اختلفا ﴾ المسلم والمسلم اليه ﴿ في القبض ﴾ للثمن ﴿ هل كان قبل التفرق او بعده ، فالقول قول من يدعى الصحة ﴾ لاصلتها فيه بعد اعترافهما معاً بحصوله ، اذ هو ايضا مما يقع على وجهين .

فالاصل فيه الصحة كباقي افعال المسلمين وأقوالهم التي تقع على وجهين ، و قد رتب الشارع أثر أعلى أحدهما دون الآخر ، وبذلك يظهر أنه لاجابة ، أو لوجه الى تقرير ذلك بأنه لما تعارض أصالة عدم القبض قبل التفرق مع أصالة عدم التفرق قبل القبض تساقطاً ، فيحكم باستمرار العقد ، وفي الحقيقة لانزاع بينهما في أصل الصحة ، وانما النزاع في طر والمفسد ، والاصل عدمه ، ان لم يرجع الى ما ذكرنا الذي من الواضح الفرق بينه وبين مالو اختلفا في أصل قبض الثمن ، فان القول قول منكر القبض فيه وان تفرقا ، واستلزم بطلان العقد ، لان الاصل عدمه فلايجزى أصل الصحة المتوقف

على ثبوت الموضوع ذى الوجهين ، ويقع الشك فى صحته ، وأصالة صحة العقل لا تقضى بثبوت ما كان مقتضى الأصل عدمه من الشرائط المتأخرة ، وأصالة عدم طرو المفسد معارضة بأصالة عدم وجود المصحح .

و نحو ذلك تجرى فى قبض الصرف ، اذ المسألة من واد واحد ، الا اذا قلنا هنا بأن التفرق قبل القبض مانع ، لأن القبض قبله شرط ، بخلافه فى الصرف فانه يتم حينئذ التمسك باستصحاب أثر العقد مالم يعلم المانع فتأمل جيداً ، ولو اقام كل منهما فى مفروض المتن بينة بنى على تقديم بينة الداخل وهو هنا مدعى الصحة أو الخارج لكن الفاضل هنا قدم الاول لقوة جانبه بأصالة عدم طرو المفسد ، ولان دعواه مثبتة و الاخرى نافية ، وبينة الاثبات مقدمة ، و هو كما ترى ، خصوصاً الاخير ضرورة كون البطلان اثباتاً ايضاً كما هو واضح .

﴿ وكيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا أنه ﴾ لو قال البائع قبضته ﴿ اى الثمن ﴾ ثم رددته اليك قبل التفرق ﴿ وانكر المشتري ذلك بمعنى عدم القبض اصلاً فضلاً عن الرد ﴾ كان القول قوله ﴿ اى المشتري ﴾ مع يمينه ﴿ لا البائع كما فى القواعد والدروس ﴾ مراعاة لجانب الصحة ﴿ انتهى قد عرفت احتياج جريان اصلها الى وجود الموضوع المدعى عدمه ، كما هو مقتضى الأصل ، بل هذا عين المسألة السابقة التى قد ذكرناها ، وقلنا فيها ان القول قول منكر القبض اصلاً ، ولو فرض كون الانكار لما قبل التفرق خاصة ، على معنى الاعتراف بقبضه والرد لكن بعد التفرق ، كان عين المذكور فى المتن سابقاً ، ولا ثمرة معتد بها لاعادته ، كما انه لا وجه لفرض الانكار فيه للرد خاصة ضرورة ان القول قوله فيه لا البائع ، فضلاً عن تعليله بمراعاة الصحة وحينئذ فما فى المسالك فى شرح العبارة لم يظهر لنا وجهه قال : « المراد انها اتفقا الان على كون الثمن فى ذمة المشتري او عنده ، ولكن اختلفا فى كون ذلك على وجه مفسد للعقد بأن لا يكون تقابضاً اصلاً او على وجه مصحح بأن يكون البائع

قبضه ثم رده اليه والمصنف هنا قدم قدم قول البايع ترجيحاً لجانب الصحة ، مع ان الاصل عدم القبض ايضاً ، وتحقق صحة العقد سابقاً كما مروى يمكن ان يقال حينئذ تعارض الاصلان ، فيحصل الشك في طرو المفسد و الاصل عدمه فيتمسك بأصل الصحة لذلك .

وفيه ما عرفت سابقاً من ان ذلك لا يستقيم على فرض كون القبض قبل التفرق شرطاً ، لان اصاله صحة العقد لا تقتضى بوجود ما يقتضى الاصل عدمه من الشرائط المتأخرة كما عرفت. نعم قد يقال : الاختلاف هنا كما لا اختلاف في السابقة في كون القبض قبل التفرق او بعده ، ولكن اعادها لبيان انه لا فرق في حكم هذا الاختلاف بين كون الثمن في يد البايع او يد المشتري ، اذ ظهور اليد في الملك بعد اعترافه هنا بوقوع القبض لكن بعد التفرق غير مجد .

وحينئذ فلا وجه لما في المسالك حيث قال بعد الكلام السابق : « ويبقى في المسألة شيء » ، وهوان دعوى البايع الرد غير مقبولة كمنظائرها ، اذ لا دخل له في الصحة ، وانما قدم قوله في اصل القبض مراعاة لجانبها ، وحينئذ فمع قبول قوله في القبض هل له مطالبة المشتري بالثمن ، يحتمل عدمه لما قلناه من عدم قبول قوله في الرد مع اعترافه بحصول القبض ، ويحتمل جواز المطالبة لاتفاق المتبايعين على بقاء الثمن عند المشتري الآن ، اما على دعوى البايع فظاهر ، واما على دعوى المشتري فلا اعترافه بعدم القبض ، فاذا قدم قول البايع في صحة العقد الزم المشتري بالثمن ، ويشكل بأن المشتري حينئذ لا يعترف باستحقاق الثمن في ذمته لدعواه فساد البيع فلا يبقى الادعوى البايع ، وهي مشتملة على الاعتراف بالقبض ودعوى الرد ، وهي غير مقبولة في الثاني والمسألة موضع اشكال ولعل عدم قبول قوله في الرد اوجه ،

وهو من غرائب الكلام خصوصاً اذا كان الثمن الذي اتفقا عليه معيناً ، ويد المالك بعد استنادها فيه الى بقاء الملك السابق الذي قطعه دعوى البايع الذي فرض

تقديمها على دعواه ، لا تجدى ، ولو كان الاختلاف فى المسلم فيه أنه حنطة مثلاً أو شعير
تحالفاً وفى قدره أو قدر الثمن أو قدر الاجل فالقول قول منكر الزيادة ، أما لو اختلفا فى
الحلول فالقول قول المسلم اليه لانه منكر ، ولو اختلفا فى اشتراطه فالقول قول منكره
بناء على صحته حالا ، وفى القواعد ومحكى التذكرة الأقرب أن القول قول مدعيه ان
كان العقد بلفظ السلم على اشكال ، وعلى قولنا بصحة الحال فالاشكال أقوى ، وقد
أشكل على بعض الشارحين فهم هذه العبارة ، ولعله بناء منهم على عدم صحة السلم
بلاجل وان الفاضل ممن لا يقول بذلك ، وعلى ما قلناه سابقاً من أن النزاع فيه فالمراد
واضح ، والله أعلم .

المسألة الثامنة : اذا حل الاجل ❦ وكان المسلم فيه منقطعاً لآفة ونحوها
❦ وتأخر التسليم لعارض ❦ لا لتقصير من المسلم ❦ ثم طالب ❦ به ❦ بعد انقطاعه كان بالخيار
بين الفسخ والصبر ❦ بلا خلاف أجده فى الاخير ، بل ولا اشكال ، لان مورد العقد
الذمة ، والاجل انما هو للتسليم ، فاحتمال الانفساخ كما عن أحد قولى الشافعى لكونه
كالمبيع التالف قبل قبضه ، فى غاية الضعف ، لمخالفته للاصل والنص والفتاوى كاحتمال
تعين دفع قيمة عوضه ، فيلزم بها المسلم لانها البديل عن كل متعذر ، بل هو أضعف من
الاول لعدم الخطاب الان بالعين كى ينتقل الى القيمة لتعذرها ، بل التعذر مسقط لاصل
خطاب الدفع .

ودعوى أن ذلك من خطاب الوضع لا التكليف واضحة المنع ، فلا ريب حينئذ
فى أن له الصبر الى وجود المسلم فيه ، بل عينه الحلى عليه ، ولم يجوز له الفسخ
لاصالة اللزوم ، الا أن قاعدة عدم الوفاء بالشرط كما فى المختلف والشهرة بقسيمها
على خلافه ، بل ربما أشعر نسبته فى الدروس الى الندرة ، وفى غيرها الى الخطاء

بالاجماع عليه ، بل فى المختلف « أنه لم يوافق عليه احد من علمائنا ، ولا ظن احداً افتى به .

وفيه ايضاً ، ان اقوال الفقهاء متطابقة على تسليط المشتري على الفسخ ، وعموم الكتاب ، لعدم حصول التراضى اذا تعذر المسلم فيه ، والاحاديث متظافرة بذلك .

وحاصل مراده الرد على الحللى بأن الكتاب والسنة والاجماع على ذلك وفى موثق ابن بكير (١) « سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف فى شىء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها ولم يستوف سلفه ، قال : فليأخذ رأس ماله اولينظره ، بل قيل : انه يدل عليه الاخبار المستفيضة المتقدم اكثرها سابقاً فى بيع السلف بعد حلوله فانها وان لم تكن ظاهرة فى انقطاع المسلم فيه ، الا انها اذا جوزت الفسخ مع عدمه ، فمعها بطريق اولى ، وفيه ان الاستفادة منها بعد ملاحظتها جميعاً وارجاع مطلقها الى مقيدتها جواز اخذ رأس المال اذا عجز المسلم اليه خاصة عن الاداء ، وظاهرها كون ذلك مراداً للبائع مسؤولاً له ، وانه كالا حسان من المشتري اليه ، بل قد عرفت ان المحكى عن الاكثر كون المراد منها المعاوضة عن المسلم اليه بقدر رأس المال لا الفسخ .

وعلى كل حال فهى غير مانحة فيه من ان له الفسخ قهراً رضى البائع به أولاً ، والاولوية المزبورة فرع القول بالاصل ، وهو ممنوع ، لاصالة اللزوم ، اذا المسلم اليه ان وصل عجزه الى حد الاعسار شرعاً ، فالحكم الانظار الى الميسرة ، بل الفسخ غير مفيد ، والا فالمتجه أن له الزامه به كغيره من الديون ، ولعله لذلك كله أو بعضه توقف فى الاستناد الى هذه النصوص لاثبات هذا الحكم فى الرياض .

لكن قد يقال : بمنع ظهور بعضها فى كون الفسخ بالتراضى منهما ، خصوصاً نحو

صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام « لا بأس بالسلم في الحيوان اذا سميت الذي تسلم فيه ووصفته ، فان وفيته و الافأنت أحق بدر اهمك » بل الظاهر أن مدار الفسخ فيها على قاعدة الشرائط ، ضرورة كون الاداء في الوقت المخصوص منها ، فالمتجه جعل المدارفيه على ذلك ، وقد تقدم لنا سابقاً أن المتجه اولاجبره على اداء الشرط ، ومع التعذر يتسلط على الفسخ . وقد مضى تحقيق الحال فيه فلاحظ وتأمل جيداً ، فانه قد يمنع استفادة الشرطية من ذلك على الاطلاق ، و الا ثبت مثله في النسبة على ان المراد من اشتراط الاجل هو عدم استحقاق المطالبة اليه . فيعود الاستحقاق الذي هو حاصل من مقتضى العقد .

نعم قد يقع على جهة الشرطية فيترتب عليه الخيار حينئذ من هذه الجهة ، فالعمدة في ثبوت الخيار هنا انما هو من جهة النصوص و الفتاوى ، ثم ان الظاهر عدم الفرق في الخيار المزبورين كون التأخير لتفريط من البايع و بين غيره كما اذا لم يطالب به المشتري حتى انقطع ، نعم قد صرح غير واحد بسقوط الخيار لو كان بتقصير من المشتري بمعنى انه عرض عليه فامتنع عن القبض ، ولعله كذلك لاصالة اللزوم ، وكونه السبب في ادخال الضرر على نفسه فلا يندرج في اطلاق الخبر المزبور .

وكيف كان ففي حواشي الشهيد عن السيد العميد ان له مضافاً الى الفسخ والصبر المطالبة بقيمة المسلم فيه عند الاداء و استحسنة في المسالك ، و محكي الميسية ، بل جزم به في الروضة كما مال اليه في الرياض ، لانها البديل عند تعذر الحق ، فهو كتلف المثلى الذي يتعذر مثله فانه ينتقل الى القيمة ، وفيه اولا انه خلاف ظاهر النص ، بل والاصحاب كما عن القطيفي الاعتراف به ، بل صرح بعدمه الكركي في حاشية الارشاد في شرح قوله فيه ، ولو اخرج التسليم فللمشتري الفسخ أو الالتزام قال : دظاهر العبارة

مشكل . لان تأخر التسليم اما ان يكون مع وجود المسلم فيه وأمكان تسليمه فليس للمشتري فسخ ، بل له الزامه بالتسليم أو مع انقطاعه وتعذر تسليمه ، وحينئذ يتخير بين الفسخ وأخذ الثمن ان كان باقياً أو مثله فى المثلّى والقيمة فى غيره ، وبين الصبر الى قابل ، وليس له الزامه بشيء حينئذ ، ولا فرق فى ذلك بين ان يكون تعذر التسليم بتفريط المسلم اليه بأن أخره حتى انقطع اولاً ، وليس له فى شيء من ذلك الزامه بالقيمة ، لكن يجوز المعاوضة عليه بالتراضى (الى ان قال) ومن حملها على ان المراد اذا أخر البايع التسليم حتى انقطع المسلم فيه بتفريطه ، يتخير المشتري بين الفسخ والالزام بقيمة يؤمّن .

فقد أغرب لبعد الحمل عن العبارة ، و فساد الحكم فى نفسه ، اذ ليس له الزامه بالقيمة فى المذكور الا بالتراضى كما قدمناه .

و كيف كان فالعبارة مشكلة والحكم أشكل ، وهو صريح فيما ذكرنا ، وان كان لا يخلو من نظر اذا كان التأخير بتفريط من البايع كما انه لا يخلو من نظر فى أصل اشكال العبارة ، اذ يمكن حملها على ارادة الصبر من الالزام فيها ، بل هو متعين بملاحظة فتواه فى باقى كتبه .

نعم ما ذكره من عدم الالزام بالقيمة جيد مع عدم التقصير من البايع ، اذا كان عدم الاداء لانقطاع المسلم فيه بآفة سماوية ونحوها ، اذ لا خطاب بالاداء اصلا كى ينتقل الى القيمة ، فأصل وجود المسلم فيه مقدمة لوجوب أدائه فيسقط بعدمها حينئذ ولا دليل على الانتقال الى القيمة فالاصل برائة ذمة المسلم اليه منها ، كما ان الاصل براءة ذمة المسلم من وجوب قبولها عليه لو بذلت له ، بل قيل ان صحيح محمد بن قيس (١) المتقدمين سابقاً فى بيع المسلم اليه بعد حلوله ظاهر ان أوصى ربحان فى عدم الالزام بالقيمة ،

بل قد ينقذ من ذلك محمل آخر للنصوص السابقة التي ادعى دلالتها على عدم جواز الزام المسلم اليه بأزيد من الثمن ، على ان يكون المراد منها عدم الالتزام بالقيمة عوض المسلم فيه فلاحظ وتأمل .

ومما يزيد ذلك كله تأييداً ما ذكره غير واحد من الاصحاب بل لاختلاف أجده فيه بينهم ، من ان فى حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم اليه قبل وجوده وقبل الاجل ، نظراً الى انه دين فيشملة عموم ما دل على حلول ما على الميت من الدين بالموت ، ودعوى ان للمسلم الالتزام بالقيمة فيه مع عدم التقصير فيه بوجه من الوجوه كما ترى .

نعم له المعاضة عليه بأزيد من ثمنه وانقص ومساوى كما عرفت سابقاً ، و هو غير ما نحن فيه من الالتزام بالقيمة ، بل قد يقال : ان ذلك لا يجتمع مع خيار الفسخ والصبر ، ضرورة وجوب القبول على المشتري لو بذلها له فليس له الفسخ ولا الصبر ، وقد عرفت أن مبنى الالتزام بالقيمة أنها عوض مال له قد تعذر ، ففي الحقيقة قدرجع دينه الان الى القيمة ، فمع بذله له يتعين القبول كالمثلّى اذا تعذر مثله وهو كما ترى . وليس هذا الخيار فورياً للأصل واطلاق النص ، بل صرح ثانی الشهيدين بعدم سقوطه لو صرح بالامهال ، وان كان لا يخلو من اشكال ، ولذا توقف فيه فى التذكرة والدروس والتنقيح ، فاحتمل فى الاول بعد أن جعل عنوان المسألة أنه لو أجاز ثم بداله فى الفسخ وجوب الصبر وأنه كاجازة زوجة العنين ، واحتمل أن له الفسخ ، ولا يكون ذلك اسقاط حق ، فكان كزوجة المولى اذا رضيت بالمقام ثم ندمت ، ونحوه ما فى الدروس قال ولو صرح بالامهال ففي بطلان خياره نظر من تجدد الحق حالا فحالا فهو كخيار المولى منها ولانه كتأخير الدين المؤجل ، ومن أن الامهال أحد شقى التخيير وقد أثره وأولى بالابطال ما اذا قال : أبطلت خيارى .

قلت : لا اشكال فى السقوط مع ارادة اختيار الصبر خاصة من الامهال ، ضرورة

كونه حينئذ كالاسقاط ، أما اذا أمهل لابهذا العنوان بل لان له عدم الفسخ ، لم يكن ذلك اسقاطاً والشك كاف فى بقاء الخيار مع الاطلاق والامر سهل . ولو علم الانقطاع قبل الاجل ففى الخيار وجهان ، لم يرجح أحدهما فى القواعد والتذكرة و الدروس وغيرها ، ولكن الاولى عدم ، وفاقاً للرخصة والمساك وغيرهما ، اقتصاراً فيما خالف الاصل الدال على اللزوم على المتيقن ، والتفاتاً الى عدم وجود المقتضى الان ، اذ لم يستحق عليه شيئاً ، ومنه يعلم وجه ترجيح تأخير الحث فى الحالف على أكل الطعام غداً فأثقله قبل الغد ، لتصريح غير واحد بائتمانها عليه فلاحظ وتدبر .

ولو كان المسلم فيه يوجد فى بلد آخر ففى الدروس «لم يجب نقله مع المشقة ولا مع عدمها اذا كان قد عين البلد ، و الاوجب ، لكن فى التذكرة » يحصل الانقطاع بأن لا يوجد المسلم فيه أصلاً بأن يكون ذلك الشيء ينشأ من تلك البلدة ، وقد أصابته جايحة مستأصلة ، وهو انقطاع حقيقى ، وفى معناه ما لو كان يوجد فى غير تلك البلدة ، ولكن اذا نقل اليها فسد ، واذا لم يوجد الا عند قوم مخصوصين و امتنعوا من بيعه فهو انقطاع ، ولو كانوا يبيعونه بثمن غال فليس انقطاعاً ، ووجب تحصيله ما لم يتضرر المشتري به كثيراً ، وان أمكن نقل المسلم فيه من غير تلك البلدة اليها ووجب نقله مع عدم التضرر الكثير ، وهو جيد .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لو قبض﴾ المسلم ﴿بعض﴾ من المسلم فيه و تعذر الباقي ﴿كان له الخيار فى الباقي﴾ بين الفسخ فيه واسترداد ما يخصه من الثمن ، لوجود المقتضى فيه اذ احتمال كونه لتعذر الكل خاصة مقطوع بعدمه نصاً وفتوى ، وبين الصبر الى وجوده كتعذر الكل ، ﴿وله﴾ أيضاً ﴿الفسخ فى الجميع﴾ لتبعض الصفقة عليه . بلا خلاف أجده فى شئ من ذلك ، لكن قد يشكل الاول بما ذكره فى خيار العيب من أنه ليس له تبعض الصفقة اختياراً ، فلا يجوز له الفسخ فى أحد المبيعين صفقة اذا ظهر فيه عيب ، بل ليس لاحد المتبايعين الفسخ لو كان المبيع معيباً دون

الآخر ومثله آت في المقام .

أَللّهُمَّ الآنَ يَمْنَعُ عَلَيْهِمْ كَوْنُ الْمَدْرَكِ فِي الْمَنْعِ هُنَاكَ التَّبْعِيضُ بَلِ الْإِجْمَاعُ أَوْغِيْرُهُ ، كَمَا سَمِعْتَهُ سَابِقاً فَلَا حَظَّ فَتَأْمَلْ ، بَلِ قَدْ يَشْكَلُ أَيْضاً بَأَنَّهُ لَا تَبْعُضُ صَفَقَةً .

وَأَمَّا هُوَ تَأْخِيرُ إِدَاءِ لِبَعْضِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَمَا فِي صَحِيحِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانٍ (١) « عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ أَرَأَيْتَ إِنْ أَوْفَانِي بَعْضاً (أَيْ مِنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ) وَعَجَزَ عَنْ بَعْضٍ أَيْ جُوزَ أَنْ أَخَذَ بِالْبَاقِي رَأْسَ مَالِي ؟ قَالَ : نَعَمْ مَا أَحْسَنَ ذَلِكَ ، وَغَيْرُهُ كَصَحِيحِ الْحَلَبِيِّ (٢) وَنَحْوِهِ ظَاهِرٌ فِي نَفْيِ الْبَأْسِ عَنْ أَخْذِ ذَلِكَ بِالتَّرَاضَى مِنْهُمَا ، مَعَ أَنَّهَا لَا ظَهْرَ فِيهَا فِي انْقِطَاعِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَعَدَمِ امْكِانِ تَحْصِيلِهِ ، وَيُدْفَعُ بِأَنْ تَأْخِيرُ الْإِدَاءَ وَلَوْ فِي الْبَعْضِ كَافٍ فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ فِي الْجَمِيعِ لِلْمُتَضَرِّ ، خُصُوصاً إِذَا قُلْنَا بِأَنْ مَنَشَأَ جَوَازَ الْفَسْخِ عَدَمَ حُصُولِ الشَّرْطِ ، وَعَلَى كُلِّ حَالٍ فَقَدْ صَرَّحَ بَعْضُهُمْ بِأَنْ لِلْبَايِعِ الْخِيَارَ إِذَا اخْتَارَ الْمَشْتَرِي الْفَسْخَ فِي الْبَعْضِ ، لِتَبْعُضِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ أَيْضاً ، وَقَوَاهُ جَمَاعَةٌ وَهُوَ كَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِتَقْرِيطٍ مِنْهُ وَتَقْصِيرٍ ، وَ اللَّهُ أَعْلَمُ .

المسألة (التاسعة) * لا خلاف في أنه * إذا دفع إلى صاحب الدين عروضاً على أنها قضاء * عن الدين * ولم يساعره احتسبت بقيمتها يوم القبض * بل في المسالك الاتفاق عليه ، وقال محمد بن الحسن الصفار (٣) « كتبت إليه في رجل عليه مال فلما حل عليه المال أعطاه به طعاماً أوقفنا أوزعفراناً ولم يقطععه على السعر [الثاني] (٤) بعد شهرين أو ثلاثة ارتفع الطعام والزعفران والقطن أو نقص ، بأي السعرين يحسبه ؟ هل لصاحب الدين سعر يومه الذي أعطاه وحل ماله عليه أو السعر الثاني بعد شهرين أو

(١ - ٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف الحديث - ٢ - ١

(٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب أحكام العقود - الحديث ٥ مع اختلاف يسير

(٤) هكذا كان في النسخ المصححة لكن في الوسائل والتهذيب (فلما كان)

ثلاثة يوم حاسبه فوقع عليه السلام ليس له الأعلى حسب سعر وقت ما دفع إليه الطعام انشاء الله .

ولا ينافيه قوله أيضاً « وكتبت إليه الرجل استأجر أجيراً ليعمل له بناء أو غيره من الأعمال وجعل يعطيه طعاماً أو قطناً و غيرهما ثم تغير الطعام و القطن عن سعره الذى كان أعطاه ، إلى نقصان أو زيادة أي حسب له سعره يوم أعطاه أو سعر يوم حاسبه؟ فوقع عليه السلام يحسب له سعر يوم شرطه فيه » بعد إرادة يوم القبض من يوم الشرط بناء على أنه يوم الشرط أولم يتغير السعر إلا بعد يوم القبض فلا يقدح الفصل بينه وبين يوم الشرط ، خصوصاً بعد أن رواه فى الكافى كذلك .

وبعد وضوح عدم الفرق بينه وبين الدين الذى قد حل فى كون المدفوع ملكاً للقباض الذى هو صاحب الدين ، وحيث كان من غير جنس الدين لو فرض كونه نقداً وجب ملاحظة قيمته فى ذلك الوقت حتى يكون وفاء، بل يكون كدفع المجانس . نعم قديقال : مقتضى ذلك لو كان الدين عرضاً وقد دفع عرضاً آخر وجب ملاحظة ما يساوى العرض المدفوع من العرض الذى هو دين فى يوم القبض فيبرء منه بذلك المقدار ، لأنه يلاحظ القيمة فيهما ، لكن فى المسالك لو كان الدين من غير النقد الغالب احتسب أيضاً به يوم دفع العوض قضاء ، ولعل ذلك لعدم معرفة القيمة بغير النقد الذى هو المرجع فى أمثال ذلك ، وتنصرف إليه الأروش و الجنائيات و غيرها ، ولو كان الدين قسماً خاصاً من النقد فدفع عنه آخر احتسب بما يساويه منه فى يوم القبض ، كما استفاصنت به النصوص ، منها ما رواه إبراهيم بن ميمون (١) عن أبى عبد الله عليه السلام « فى الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنائير ولا يصارفه فتصير

(١) الوسائل الباب ٩ - من أبواب الصرف الحديث ٥ - لكن عن يوسف بن أيوب شريك

إبراهيم بن ميمون .

الدنانير بزيادة أو نقصان قال : له سعي يوم أعطاه ، و فسى بعضها (١) تعليل ذلك « بأنه قد حبس منفعتها عليه » والظاهر أن ذلك كناية عن انتقالها الى القابض ، وزوال ملك الدافع عنها ، وبه يحصل حبس منفعتها عنه ، و اذا انتقلت الى ملك القابض سقط بازائها ما يساويها من ذلك الدين بصرف ذلك اليوم ، لانها لم تنتقل اليه مجانا و انما انتقلت عوضا ، فلا بد من سقوط عوضها ذلك اليوم بصرف ذلك اليوم الذى هو يوم المعاوضة ، و حينئذ فهو اشارة الى ما قدمناه هذا وتقدم ، وبأتى ماله نفع فى المقام اذ المسألة غير خاصة بالسلم وليست هى فى الحقيقة من البيع ، والاوجب معرفة المقدار وغيره من أحكام البيع ، بل هى معاوضة مستقلة كما أن المسألة ﴿ العاشرة ﴾ كذلك لآمد خلية لها فى السلم اذ قدرت الحال فى بيعه قبل الحلول ، ﴿ و ﴾ بعده أما غيره ف ﴿ يجوز الدين بعد حلوله على الذى هو عليه ﴾ بلا خلاف فيه بيننا ولا اشكال بل ﴿ وعلى غيره ﴾ وفاقا للمشهور ، شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا ، بل لعلها كذلك بعد انحصار الخلاف فى الحل ، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع عما يحكى عنه من الاجماع المتبين خطأؤه فى تحصيله ، بعدم موافقة أحد ممن تقدمه أو تأخر عنه له فى ذلك ، بل ليس فيما حضرنى من نسخة السرائر ذلك ، وان أطال فى ترجيح ما ذهب اليه من المنع ، بانه ليس يبيع عين مشاهدة ، ولا مشخصة موصوفة ولا كلية موصوفة اذا لاخير سلم وليس هو منه قطعا ، كما أنه ليس من الاولين كذلك لعدم تعين الدين وتشخصه الا بالقبض ، بل أورد على نفسه أن الاجماع منعقد بغير خلاف على صحة بيع الدين و امضائه وعموم أخبارهم على ذلك ، وأجاب بأننا عاملون بالاجماع و متبعون لظواهر القرآن فى بيع الدين على من هو عليه دون غيره ، وظاهره وجود معقداجماع مطلق .

وعلى كل حال فلا ريب في ضعف قوله، إذ لا مانع من كونه بيع عين موصوفة، وإن لم يكن سلماً ولا مشخصة لعموم أدلة البيع، بل مقتضاها جواز البيع قبل الاجل كما هو صريح التذكرة والروضة، وظاهر المختلف واللمعة وجماعة، ولا معارض لها، إذ الإجماع المدعى إنما هو في السلم خاصة، ودعوى عدم الفرق واضحة المنع، كدعوى عدم الملكية للبائع قبل الاجل في نحو القرض المؤجل، ومهر الزوجة ونحوهما من أفراد الدين، وكذا عدم القدرة على التسليم بعد ما عرفت من عدم اعتبار القدرة فعلاً في صحة البيع، فما في الدروس وظاهر الارشاد ومحتمل النافع أو ظاهره من المنع ضعيف، هذا كله في أصل جواز البيع.

وأما ما يباع به ﴿فإن باعه بما هو حاضر﴾ مشخص ﴿صح﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿و﴾ كذا ﴿ان باعه بمضمون﴾ في العقد ﴿حال صح أيضاً﴾ لعدم صدق الدين عليه، ضرورة عدم كون المراد منه التأخير بل غاية المراد منه الكلي الصادق على أفراد متعددة، أما إذا كان مضموناً قبل العقد بان يكون مؤجلاً ثم يحل الاجل فالمنتج فيه المنع، لأنه يبيع دين بدين كالحال بالمؤجل السابق، واعتبار الاجل في الدين على تقدير تسليمه كما نص عليه بعض أهل اللغة بل نسب إلى ظاهر بعض الاصحاب إنما يراد منه اعتباره حين ثبوته بمعنى ان الدين ما يضرب فيه الاجل اول مرة، ولا ينافيه خلوه عنه في ثاني الحال، ولذا اطلق الاصحاب على الدين بعد حلول أجله لفظه اطلاقاً حقيقياً وهو المتداول عرفاً ولا يصح السلب عنه فيه حينئذ.

لكن في الرياض في شرح عبارة النافع التي هي كعبارة المتن هنا، اطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين ما لو كان مؤجلاً ثم حل الاجل أو كان غير مؤجل في الاصل، كما اذا بيع بدينار كلي غير مستقر في ذمته قبل البيع، ولا إشكال فيه لما مر، مع عدم صدق الدين عليه حقيقة كما ياتى، ويشكل في الاول ان لم يكن إجماع كما هو ظاهر الروضة حيث جعل الجواز أقوى وهو مشعر بل ظاهر في

وقوع الخلاف، ووجهه قوة احتمال صدق الدين عليه، بناء على تضمينه الاجل، ولو في الزمان السابق على العقد، فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين، ووجه الجواز اما الشك في الصدق، أو لزوم الاقتصار في المنع في بيع الدين بالدين المخالف للاصل على محل الوفاق، وليس منه محل الفرض، لوقوع الخلاف، والخبر المانع عنه وان كان عاماً إلا انه قاصر سنداً يشكل الاعتماد عليه فيما عدا الاجماع.

وربما يوجه باختصاص الدين بالمؤجل كما في كلام الاصحاب وجماعة من أهل اللغة، ومحل الفرض بعد انقضاء أجله ليس كذلك الى آخره، وهو من غرائب الكلام، ضرورة ظهوره في أن الجواز بالمضمون السابق مظنة الاجماع، وفيه أن المراد بالمضمون في كلام الاصحاب ما قابل العين، أي الكلى في العقد فلا يشمل المضمون سابقاً، بل ينبغي القطع بذلك، اذ لا خلاف بينهم في أن بيع المضمون المؤجل سابقاً بمضمون سابقاً كذلك من بيع الدين بالدين، سواء كانا حالين أو مؤجلين أو أحدهما حالا والاخر مؤجلاً، انما البحث فيما صار ديناً بالعقد، وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله.

﴿وان اشترط تأجيله﴾ أي الثمن في بيع الدين بعد حلوله ﴿قيل﴾ والقائل المشهور ﴿يبطل لانه بيع دين بدين﴾ فيشمله النص والاجماع ﴿وقيل يكره وهو الاشبه﴾ عند المصنف وجماعة، للاصل والعمومات التي يجب الاقتصار في الخروج عنها على المتيقن، وهو ما كان عوضاً حال كونه ديناً، كما هو مقتضى تعلق الباء به، والمضمون عند العقد ليس بدين، وانما يصير ديناً بعده، فلم يتحقق بيع الدين به والآزم مثله في بيعه بالحال الذي لم يعرف من أحد المنع فيه، والفرق غير واضح. ودعوى اطلاق اسم الدين عليه ان ارادوا به قبل العقد ممنوع، وبعده فمشارك بين الحال والمؤجل، فيلزم أن لا يصح بحال كما عرفت، واطلاق بيع الدين بالدين عليه عرفاً مجاز، على معنى أن الثمن بقى في ذمته ديناً بعد

البيع ، ولو اعتبر مثل هذا الاطلاق جاء مثله فى الحال اذا لم يقبضه ، خصوصاً اذا امهله به من غير تأجيل .

وفيه منع كون المراد من النص ذلك لاغير ، وتعلق الباء أعم ، اذ يمكن كون المراد المنع من بيع الدين بالدين المقابل للعين والحال اى لاتبع الدين بهذا الصنف من البيع فيكون التعريف اشارة الى هذا القسم من البيع المعهود فى الذهن و حينئذ فأنظر الفردين المؤجل فى العقد لاالعكس وقد تقدم فى تأجيل ثمن السلف ما يستفاد منه المفروغية من تناول بيع الدين بالدين للمؤجل ثمنه بالعقد، وأنه من الواضحات فلا ريب حينئذ فى أن الاشبه خلاف ما ذكره المصنف .

وقد تحصل من مجموع ما ذكرنا المنع من بيع الدين السابق بالدين السابق فى الصور الاربعة أى الحالين و المؤجلين و المختلفين ، واما اذا كانا مضمونين بالعقد فالمؤجلان منهما لا ريب فى بطلانه ، بل يمكن اندراجه فى بيع الكالى بالكالى وقد عرفت الحال فيه فى تأجيل ثمن السلف اذ هو هو ، والحالان منهما لا اشكال فى صحتهما للعمومات كالمختلفين ، وأما اذا كان احدهما مضمونا بالعقد و الآخر قبله فإنا كان المضمون سابقاً مسلماً لم يجز بيعه قبل حلوله مطلقاً و جاز بعده اذا كان الثمن حالاً ، وان لم يكن سلماً جاز قبل حلوله بعين حاضرة ، وبكلى مضمون بالعقد حالاً للمؤجل على الاقوى ، ولو جعل المضمون سابقاً ثمناً لعين او كلى حال جاز قطعاً اذا كان حالاً ، من غير فرق بين السلم وغيره وان كان مؤجلاً فوجهان ، اذا كان سلماً أقواهما عدم ، بناء على عدم الفرق فى المنع بين جعله ثمناً او مئناً قبل حلول اجله وان لم يكن سلماً فلاقوى الجواز بل ينبغى انقطع به اذ هو كالعكس فتأمل جيداً .

وقد تلخص مما ذكرنا جواز بيع الحال بالحال مع عدم أجل لهما فى السابق فضلاً عن الحالين بالعقد ، وعن الحال كذلك بالمؤجل السابق أو بالعقد ، لما عرفت من عدم ارادة ما يشمل الكلى المضمون حالاً ، وقيمة المغصوب ونحوها من بيع الدين بالدين

ومدار البحث على اعتبار الاجل فى صدق اسم الدين هنا وصدقه عليه بعد حلوله و على عدم اعتبار سبق الدينية فى صدق بيع الدين بالدين والله العالم .

المسألة ﴿الحادية عشر﴾ لا خلاف فى انه ﴿اذا أسلف فى شىء و شرط مع السلف شيئاً معلوماً صحيحاً﴾ من غير فرق بين الرهن و الضمين و غيرهما وان كانا معقود نفى الخلاف المحكى عن التذكرة ، اذا المدرك فى الجميع وهو عموم الوفاء بالعقود ، و المؤمنون ، و غيرهما مما دل على صحة الشرط متحد ، ونهى النبى صلى الله عليه وآله و سلم (١) « عن السلف و البيع ، و عن البيعين » فى الخبر القاصر سنداً المجمل دلالة غير معارض ، خصوصاً بعد ما قيل من ان المراد منه النهى عن بيع من من طعام مثلاً حالاً بكذا ، و سلفاً بكذا ، و قد تقدم الكلام فيه سابقاً ، فعموم أدلة الشرائط حينئذ بحالها لا معارض لها . نعم يعتبر فى الشرط المعلوماتية و نحوها كما فى غير السلم من انواع البيع ، و ليس الشرط فى عقد السلم سلماً بل ليس هو فى عقد البيع بيعاً بل هو مملك مستقل فى عقد البيع .

﴿و﴾ حينئذ ﴿لو أسلف فى غنم و شرط اصوافاً تعججات معينة﴾ اتجه ما نسبته المصنف الى القيل بقوله ﴿ قيل : يصح ﴾ والقاتل الشيخ والفاضل والشهيدان والمقداد والكركى وغيرهم ﴿ و قيل ﴾ كما عن السرائر ﴿ لا ﴾ يصح ﴿ وهو الاشبه ﴾ عند المصنف والموجود فى السرائر ان جعل فى جملة السلف اصوافاً التعججات المعينة فلا يجوز السلف فى المعين ، وبيع الصوف على ظهر الغنم أيضاً لا يجوز سواء كان سلفاً او بيعاً اعيان وهو غير مانع فيه ، اذ لا ريب فى البطلان اذا جعله من جملة السلف لمعلوماتية اشترط كونه مضموناً فى الذمة ، انما الكلام فى ملكها بالشرط فى عقد السلم و هو ليس سلماً بل ولا بيعاً غير سلم ، فلو قلنا بعدم جواز بيعها لانها من الموزون - مع أن الاصح

الجواز مع المشاهدة لعدم موزونيتها بهذا الحال كالثمرة على النخل - أمكن القول بالجواز من حيث الشرط لعموم أدلته ، اللهم الا ان يدعى رجوع الجهالة الى أحد العوضين ، وفيه منع واضح .

وعلى كل حال فما ذكره من المنع فيما فرضه ليس مما نحن فيه : وبذلك ظهر انفراد المصنف في مختاره نعم حكى عن تلميذه الابى أنه مال اليه أو قال به ، ولا ريب في ضعفه ان أريد البطلان من حيث الاشتراط في عقد السلم ، أما اذا اريد به بطلان هذا الشرط في نفسه من غير فرق بين السلم وغيره فله وجه ، وان كان الوجه خلافه خصوصاً بناء على التحقيق من جواز البيع على الظاهر مع المشاهدة .

كما أنه ظهر بما ذكرنا ما في رد المختلف على ابن ادريس فانه بعد أن حكى كلامه قال : يجوز اذا كان الصوف مشاهداً أن يكون شرطاً في السلم لاجزأ من البيع ثم قال : ولو فرضنا جزأ لم يكن محالاً لانه يجوز السلف حالا فيمكن أن يكون بعضه كذلك ونحوه في المسالك وغيرها اذ فيه أنه ان جاز كونه حالاً فلا بد ان يكون كلياً في الذمة ولا يجوز ان يكون مشخصاً واحتمال ارادته بالجواز حالا انه يباع بلفظ السلم خلاف الظاهر ، هذا . وعن المذهب البارع ان موضوع المسألة أن يكون شرط الاصواف أن تجزأ حالا ، فلو عينها وشرط تأجيل الجز الى أمد السلف أو شرط اصواف نعجات في الذمة غير مشاهدة لم يصح قولاً واحداً ، و كانه نظر الى ظاهر ما وقع فيه الخلاف ، والا فلا جماع ممنوع كما اعترف به في المسالك وغيرها .

وفي حواشي الشهيد « التحقيق » أنه ان كان شرط الصوف الموجود أو ما يتجدد مقيداً بمدة معينة صح ، وان لم يكن موجوداً حال الشرط لم يصح ، بل عن ايضاح النافع انه بعد ان ذكر ما ذكر الشهيد قال : « وان شرط الصوف مؤجلاً ففيه نظر ، ولعل الاقرب الصحة ، لان المشروط لا يشترط معرفته ولا حصوله ، فانه قد يشترط حمل الامة والشجرة فيكون معناه ما تحمل ان حملت » .

وفى المسالك بعد أن قوى الصحة مع شرط الجزّ حالاً والاطلاق قال : «ولو شرط تأجيل الجزّ الى أجل السلم فلا يخلو ما أن يشترط دخول المتجدد اولاً ، وفى الاول يحتمل الصحة ، لانه شرط مضبوط ، وقد صرح جماعة من الاصحاب بجواز مثل ذلك فى الصوف واللبن استقلالاً ، ونحن فيما سلف شرطنا فيه كون المجهول تابعاً ، فحينئذ لا اشكال ايضاً مع الشرط ، وفى الثانى يبنى على امرين ، احدهما ان شرط تأجيل الثمن اذا كان عيناً هل هو جازم لا والحق جوازه . بل ادعى عليه فى التذكرة الاجماع ، ومثله الثمن المعين ، والثانى ان اختلاط مال البايع بالمبيع هل هو مانع من صحة البيع ام لا ولا شبهة فى عدم منعه ، وقد تقدم نظيره فىمن اشترى اقطعة او جزّره وآخر قطعها فامتزجت بمال البايع ، وحينئذ فطريق التخلص الصلح قلت : وبهذا يظهر لك ما فى اجماع المذهب ، بل لا يبعد جواز ما ذكره من الصورة الاخيرة اذا فرض الضبط على وجه ترتفع به الجهالة القادحة فى الشرط ، والله اعلم .

﴿ولو شرط﴾ المسلم اليه ﴿ان يكون الثوب من غزل امرأة معينة ، او الغلة من قراح بعينه لم يضمن﴾ المسلم اليه المسلم فيه اى لم يصح السلم ، فلا ضمان ، اذ هو لازم لها ، وعلمه فى المسالك بامكان ان لا يتفق ذلك للمرأة بأن تمرض او تموت او تترك العمل امكاناً مساوياً لنقيضه ، وكذا القراح يمكن ان يخيس ، ولا يظهر منه ما يطابق الوصف وهو جيد ، واجود منه قوله والضابط اعتبار ما لا يتخلف عنه المسلم فيه عادة ، كالبلد الكبير بالنسبة الى الارض والاهل ، بل ظاهره قبل ذلك عند البحث عن السلم فى الجلود انه لا اشكال فى جوازه مع اشتراط الغلة من قرية معينة لا يخيس عادة ، وهو كذلك ، وعليه يحمل الصحيح (١) «عن رجل اشترى طعام قرية بعينه فقال لا بأس ان خرج فهو له ، وان لم يخرج كان ديناً عليه» وفى الخبر الاخر (٢) «الرجل

يشترى طعام قرية بعينها وان لم يسم له قرية بعينها اعطاه من حيث شاء .
 لكن فى تقييده ذلك بالنسبة الى الارض و الاهل لا يخلو من مناقشة ، الا ان
 يكون المراد منه ارتفاع عزة الوجود بذلك ، لكثرة الاهل والارض فهو ليس كامراًة
 معينة ، و لا كقراح معين ، كما أن تعليل اصل الحكم فى الرياض لا يخلو منها أيضاً
 قال: «المسألة الثانية لا يجوز استناد السلف الى معين ، لانه ابتياع مضمون كلى فى الذمة
 غير مشخص ، الا بقبض المشتري ، و يتفرع عليه أنه لو شرط ثوباً من غزل امرأة
 بعينه ، أو غلة من قراح ، أى مزرعة معينة لم يضمن ولا يصح ، لان تشخيص المسلم فيه
 بأحد الامور المزبورة خروج عن حقيقة السلف ، كما مرت اليه الاشارة .

نعم لو استند الى معين قابل للاشاعة ولا يقضى التعيين فيه الى عسر التسليم عادة
 جاز ، كما لو أسلف على ماء رطل من تمر البصرة ، فان ذلك يجرى مجرى الصفات
 المشترطة فى السلف كالحدارة و الصراية ، وعليه يحمل الخبران ، وفيه أنه لادلالة
 فى الشرط المزبور على التشخيص المذكور ، فالمدار فى المنع فيه ونحوه على عزة
 الوجود و غلبته التى قد عرفت البحث فيها ، و انها ترجع الى القدرة على التسليم أولاً
 فلاحظ وتأمل والله اعلم .

❦ (المقصد الرابع) ❦

من المقاصد التى استدعاها النظر فى السلف ❦ فى الاقالة ❦ وان كانت هى غير
 مختصة ، فيه بل ولا مختصة بالبيع و لذا كان الاولى جعلها بمنزلة الخاتمة لكتاب
 البيع كما فعله بعضهم الا انه لما منع بعض العامة وقوعها فى بعض السلف ناسب جعل
 البحث فيها مقصداً من مقاصده كمنااسبة جعل القرض ودين المملوك كذلك لاشتراك
 الجميع فى تحقق صدق الدين والامر سهل .

وعلى كل حال فلا ريب فى مشروعيتها بل رجحانها للنادم المسلم قال الصادق عليه السلام

في خبر ابن حمزة (١) «أيما عبد أقال مسلماً في بيع أقال الله عشرته يوم القيمة» وأرسله في الفقيه ، لكن قال : «أيما مسلم أقال مسلماً ندامة في البيع وقال أيضاً في خبر سماعة بن مهران (٢) «اربعة ينظر الله عز وجل اليهم يوم القيمة أحدهم من أقال نادماً ، وفي مرسل الجعفرى (٣) «ان رسول الله ﷺ لم يأذن لحكم بن حزام في التجارة حتى ضمن له اقالة النادم» الحديث الى غير ذلك من النصوص .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿هى﴾ عندنا ﴿فسخ في حق المتعاقدين﴾ أو ورثتهما ، بناء على قيامهم مقامهما في ذلك ، كما صرح به في التذكرة ﴿وغيرهما﴾ كالشفيع ، لا بيع سواء كان المبيع عقاراً أو غيره ، وسواء وقعت قبل القبض أو بعده ، وسواء كانت بلفظ الاقالة أو الفسخ ، بل لو وقعت بلفظ البيع بناء على صحتها به اذا كان المقصود به محض الفسخ ، كما في التذكرة ، وظاهر جامع المقاصد ، وان كان لا يخلو من اشكال ، خلافاً لمخالفين مطلق أنها بيع ، ومقيد لها في حق الشفيع ، وآخر بالعقار ، ورابع بما بعد القبض ، وخامس اذا كانت بلفظ الاقالة ، ولا ريب في ضعف الجميع ، لعدم قصد معنى البيع ، بل المقصود خلافه ، ورد الملك ليس تملكاً جديداً فلا يجري عليها شيء من احكام البيع ، بل ولا غيره من المعاوضات الموجبة ملكاً جديداً لما عرفت من انها تفيد رد الملك بفسخ العقد الذى قد اقتضى خلافه .

﴿و﴾ من هنا ﴿لاتجوز الاقالة بزيادة عن الثمن﴾ لعدم ما يصلح مملوكاً للزيادة المفروضة ﴿ولانقصان﴾ لعدم ما يصلح مملوكاً لما بقى من الثمن مثلاً بعد فسخ

(١) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب آداب التجارة الحديث - ٢

(٢-٣) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب آداب التجارة الحديث - ٥-١

العقد فيما قابله تماماً ، بلاخلاف اجده فيهما الا ما حكاه الشهيد في حواشيه عن الاسكافي قال : واواصلح المتبايعان بزيادة او نقيصة صح عند ابن الجنيدي ، والاصحاب على خلافه ، لانها فسخ لا بيع ، قلت : مضافاً الى صحيح الحلبي (١) عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى ان يقبله ابو ضيفة قال : لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول ما زاد .

بناء على ان مبنى ذلك فساد الاقالة وبقاء الثوب على ملك المشتري ، بل الظاهر عدم الصحة حتى لو ذكرت الزيادة والنقيصة بصورة الشرط الذي هو مملك بنفسه وان كان بواسطة العقد ، لبطلان هذا الشرط باعتبار مخالفته لمقتضى الاقالة التي هي بمعنى الفسخ ، ورد كل عوض الى مالكه .

❦ و❦ حينئذ تبطل الاقالة بذلك لفوات الشرط ❦ في صحة عقد الاقالة كالمعلومية في المبيع أو فوات الشرط في ضمن عقدها الذي علق الرضاء بالفسخ عليه ، كما في كل شرط فاسد في العقد ، بناء على فساد العقد بفساده بل ربما ظهر من بعضهم عدم بناء ذلك على الخلاف في اقتضاء فساد الشرط فساد العقد وعدمه اما لخصوص النص المزبور المتمم بعدم القول بالفصل ، بناء على أن المراد منه ما يشمل المعاوضة والشرطية ، وان ذكر لفظ الباء بل لعله الظاهر منه عند التأمل ، أولان بطلان الشرط هنا باعتبار منافاته لمقتضى العقد كما عرفت ، ولا خلاف في اقتضائه فساد العقد لو دونه عليه بالنقض ، انما الخلاف في غيره أو لغير ذلك .

لكن لا يخفى عليك ما في ذلك كله من النظر ان لم يجماع عليه ، كما لعله الظاهر من بعضهم حتى أنه صرح بأنه لا فرق في المنع عن الزيادة و النقيصة بين الحكمية

والعينية، فلو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يأخذ الصحاح عوض المكسر ونحوه لم يصح ولكنك خبير بأن ذلك ان تم فهو في خصوص زيادة الثمن و نقصانه عيناً أو حكماً كانظار الثمن واعطاء الصحيح عوض المكسر كما صرح به في التذكرة وغيرها، أما اذا ام يرجع الى شيء من ذلك بحيث يكون شرطاً خارجاً عن الثمن ، فقد يقال : ان مقتضى عموم «المؤمنون» وغيره صحته ، وليس هذا تمليكا بالاقالة بل هو بالشرط الذي الزمه عقدا الاقاله ، ودعوى رجوع كل شرط الى زيادة الثمن و نقصانه واضحة المنع، اللهم الآن يقال : ان فائدة الشرط التسلط على فسخ العقد الذي قد اشترط فيه ان لم يوف بالشرط ، ولذا قيل ان الشرائط في العقود اللازمة انما هي للزومها ، بل قيل ان فائدتها قلب اللازم جائز آمن اول الامر وان كان التحقيق خلافه .

وعلى كل حال فهو غير صحيح في الاقالة لعدم معهودية تزلزل الفسخ، فلا يصح فسخ الاقالة حينئذ بعدم الوفاء بالشرط، ويعود العقد على ما كان ، فلا يصح أصل الشرط، وفيه منع انحصار فائدة الشرط في ذلك ، اذ لا مانع من كونه حينئذ كالشرط في العتق والوقف ونحوهما مما لا يتسلط المشتري به على الفسخ ، وأن المراد به مجرد الانزام وانسلاخ الشرطية التي هي بمعنى التعليق منه غير قاذح ، لكن ومع ذلك كلفه المسألة لا تخلو من اشكال . وان كان مقتضى ذلك عدم جواز اشترط الخيار في الاقالة ، بل لا يتسلط على فسخها بعيب ونحوه اما عرفت ، بل مقتضاه ايضا عدم الجواز في معاطاتها ، بناء على صحتها فيها للسيرة المستمرة ، و أنها تفيد فائدة عقدها كمعاطاة البيع في افادة الملك ، لصدق اسمها عليها ، لما عرفت من أن الفسخ منى تحقق لزم ، لعدم معهودية تزلزله ، فلا يكون فرق حينئذ في ذلك بين المعاطاة والعقد ، بخلافه في البيع ونحوه ، فان المعاطاة فيه وان افاده الملك الا انه يصح الرجوع فيه قبل التلف والتصرف ، بخلاف العقد .

نعم قديم منع كون الاقالة من العقود المصطلحة، ولذا لم يصح الاكثر ان لم يكن

الجميع بكونها عقداً ، بل اقتصروا على أنها فسخ ، بل أطلق في الدروس وقوعها بقول
تقاييلنا ونفاسخنا ومقتضاه ولو مع الاقتران ، بل صرح بذلك في الروضة ولو أنها منها
لوجب فيها تقديم الايجاب على القبول ، بل احتمل في الدروس قيام الالتماس مقام
قبولها ، فيجري حينئذ الالتماس عليها من أحدهما فبقول الآخر أقلتلك ، بل احتمل
الاكتفاء بالقبول الفعلي لو قال أحدهما ابتداء من دون سبق التماس أقلتلك ، ومن المعلوم
عدم الاجتزاء بنحو ذلك في العقود اللازمة ، فرجع حاصل المسألة الى ان الأقالة كفسخ
الخيار ، وان افتراق توقفها على تراضيهما به فيها - بخلافه ، فكل لفظ دل عليه يكتفى
به ، وأما الأفعال المقصود ارادة الفسخ بها الدالة عليه فقديقال : بالاجتزاء بها ، لكون
المدار على ما يدل على طيب النفس بالفسخ ، كما عساه يشعر به خبر هذيل بن صدقة
الطحان (١) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب فينطلق
به الى منزله ولم ينفذ شيئاً فيبدو له فيرده هل ينبغي ذلك له ؟ قال : لا الا أن تطيب نفس
صاحبه » ويحتمل عدم اقتصاراً على المتيقن ، وكذا الكلام في المركب من القول والفعل
على اختلاف الاحتمالين قوة وضعفاً في الايجاب والقبول .

وعلى كل حال فذلك على تقدير الفسخ به ليس من المعاطاة التي ذكر وهافي عقود
المعاوضات ، وكان منشأ نوههم عقديتها حتى انقذ منه البحث في جريان المعاطاة
فيها وجود صورة العقد في بعض عباراتها ، وهو أقلتلك وقبلت ومراعاة الاتصال بينهما ،
ونحو ذلك من احكام العقد ، لكنك خبير بأعمية ذلك من العقد الذي يذكر فيه
حكم المعاطاة فتأمل جيداً ومن ذلك ينقذ ان المراد بالبطلان مع اشتراط الزيادة
والنقصان من حيث كون ذلك شرطاً في صحتها ، كالمعلومية في المبيع لامن حيث
الاشتراط فيها ، وانه شرط باطل ، بل لعل ذلك اولى مما ذكرناه سابقاً فسي شرح

العبارة ، والله أعلم .

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ تصح الاقالة في ﴾ جميع ما وقع عليه ﴿ العقد و في بعضه
 سلماً كان ﴾ العقد ﴿ او غيره ﴾ لاطلاق ادلة الاقالة معتمدا بعدم الخلاف فيه عدا ما
 حكاه الشهيد في حواشيه عن ابن المتوج اذا اتحد البائع و المشتري و العقد فان
 الاقالة لا تصح الا في الكل دون البعض رادا عليه بان المنقول خلافه ، بل ضعفه واضح
 ودعوى عدم معقولية الفسخ في البعض دون البعض غير مسموعة كدعوى ان الاقالة في
 بعض السلم مطلقا او اذا لم يكن يسيراً مستلزم ما دنهى النبي ﷺ عنه من البيع والسلف
 في بيع واحد (١) لانه اذا اقاله في بعض ورد بعض رأس المال يصير في معنى القرض لانه رد
 مثله و يصير الباقي بيعاً .

وفيه مع أن السلف حينئذ بمعنى القرض لا المصطلح أنه منقوض بارش العيب
 وباليسير بناء على جوازها فيه ، ورد المثل لا يوجب كونه قرضاً . والازم كون البيع
 اذا قيل ولم يكن العوض موجوداً كذلك ، على أنه قد يمنع الاجتماع ، لانه انما يكون
 اذا شرط في البيع ذلك ، واما لو أسلفه شيئاً و باعه شيئاً آخر و لم يشترط أحدهما
 في الآخر جازعندهم ، ويمكن ارادة المستدل بناء على أن الاقالة بيع ، وقد عرفت بطلانه
 كل ذلك بعد التسليم الخبر المزبور و تسليم كون المراد منه ذلك ، فلا ريب
 حينئذ في جواز الاقالة في الكل و البعض في السلم وغيره ، و ينقسط الثمن حينئذ
 على النسبة ، و الجهالة في مثله غير قاذحة قطعاً : نعم في التذكرة لو اقاله في بعض
 السلم ليعجل له الباقي ، أو عجل المسلم اليه البعض ليقيله في الباقي فهي فاسدة ، أما
 لو قال للمسلم اليه عجل لي حقي وأخذ دون ما استحققه بطيبة من نفسه كان جائزاً ، لانه نوع
 صلح وتراض والله أعلم .

• (فروع ثلاثة) •

• الاول • قد ظهر لك أنه • لا تثبت الشفعة بالاقالة • ولا خيار مجلس ولا صرف ولا غيره من أحكام البيع ، • لأنها تابعة للبيع • وهى فسخ ليست بيعاً ، عندنا ، لا فى حق الشفيع ولا غيره ، بل ولا عقد معاوضة فلا يجرى عليها شىء من احكام عقود المعاوضة .

الفرع • الثانى • من الواضح أنه • لا تسقط أجرة الدلال • والوزان والناقل و نحوه بالتقابل ، لسبق الاستحقاق الذى لا ينافى ثبوته القابل الطارى الذى هو فسخ من حينه .

الفرع • الثالث : اذا تقايل ارجع كل عوض الى مالكة • لانفساخ العقد الذى نقلهما عنهما • حينئذ • فان كان موجوداً • عندهما على مقتضى العقد الذى تقايل فيه • أخذه • وان كان مفقوداً • مثلاً • ضمن بمثله ان كان مثلياً • والابقيمته • يوم التلف كما صرح به جماعة كنظائره ، لان الضمان متعلق بالعين مادامت ، فاذا تلفت تعلق بقيمتها يؤمنذ ، وليس المراد من الضمان اشتغال الذمة بالقيمة يوم التلف ، اذ لا يعقل اشتغال ذمة المالك بقيمة ماله ، بل المراد قيام القيمة يوم التلف مقام العين فى صحة تعلق الاقالة ، لمعلومية بدلية المثل و القيمة عن العين فى كل ما يتعلق بها ، وربما احتتمل القيمة يوم القبض لانه ابتداء الضمان ، وضعفه واضح ، كوضوح ضعف احتمال الاعلى من يوم القبض الى يوم التلف أو الاقالة .

نعم قد يقال : بضمان القيمة يوم الاقالة ، لانه يوم التعلق ، و فيه ان الاقالة لا تشغل ذمة ، بل ليست الافسحا للعقد ، فلا بد من قيام بدل العين قبلها ، اللهم الا ان يقال ان القيمة يوم التلف قامت مقام العين ، فمع فرض تغيرها الى يوم الاقالة تقوم كل

قيمة مقام الاخرى الى قيمة يوم الاقالة ، اذ ليس قيام القيمة يوم التلف مقام العين بأولى من قيام كل من افراد القيمة عن الاخر ، بل هو اولى ، بل الظاهر الذى قام مقام العين كلى القيمة ، وان قارنت تلك الخصوصية فى يوم التلف ، ولا تشغل ذمة بها حتى يتشخص ، فيبقى كل فرد من افرادها قائماً مقام الاخر الى يوم الاقالة ، فيتعين ذلك الفرد ، لانه هو الذى قارن الاستحقاق ، فنأمل جيداً فانه دقيق ، ومنه يظهر الفرق بين القيمة فى الاقالة وبين الاقالة فى تلف المقصوب .

وعلى كل حال فالتلف غير مانع من صحة الاقالة كما انه غير مانع من الفسخ بالخيار ، للاطلاق الادلة . نعم ينافيها التلف بناء على أنها بيع لعدم معقولية بيع المعدوم . نعم احتمال فى التذكرة فيما لو اشترى عبيدين فتلف أحدهما صححتها على هذا التقدير ، لانها تصارف القائم فيستتبع التالف ، مع ان الاقوى خلافه ، ولو تقابلا والمبيع فى يد المشتري ، نفذ تصرف البائع فيه ، لانها فسخ ، ولا يصح بناء على أنها بيع ، وأنه لا يجوز التصرف فى المبيع قبل قبضه ، ولو تلف فى يده انفسخت الاقالة بناء على أنها بيع ، لان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ، وصحيحة عندنا الا ان الظاهر كونه مضموناً على المشتري لانه مقبوض على حكم العوض كالمأخوذ قرضاً و سوماً ، لكن فى التذكرة ان الواجب فيه ان كان متقوما ، أقل القيمتين من يوم العقد و القبض ، وفيه بحث ، و كذا لو تعيب فى يده فانه ياخذ الارش منه عندنا ، أما على أنها بيع تخير بين اجازة الاقالة مجاناً و بين فسخها وأخذ الثمن ، بناء على أن حكم البيع كذلك ، ولو كان العيب فى يد المشتري قبل الاقالة اقتصر عندنا على أخذ الارش ، لانه كتلف الكل ، أما على البيع و الجهل به يتجه جواز الرد ، الى غير ذلك مما لا يخفى عليك جريانه على القولين . نعم ينبغي أن يعلم أن الاقالة تسبب رد كل من العوضين الى المالك اذا كان باقياً على مقتضى العقد الاول أما اذا فرض أن المشتري مثلاً باعه ثم استوهبه ، أو اشتراه أو ورثه أو نحوه ذلك ، فقد يقال : بعدم اقتضاء الاقالة رد العين

ضرورة عدم اقتضاء فسخ العقد الاول ذلك ، لان الفرض انتقاله اليه بعقد آخر ، مع احتمال القول بأنه بالاقالة يخاطب برد العين مع التمكن منها كيف ما كان ، وفيه منع واضح ، ولذا لا يجب عليه شراؤها وان كان متمكناً منه ، بل قديقال : بعدم وجوب الفسخ عليه لو فرض انتقالها عنه بعقد جائز اللهم الا أن يدعى ان الاقالة منه فسخ له ، وفيه منع بل قديقال : بعدم وجوب دفع العين لو كان قد فسخ العقد بعد الاقالة ، لانه دخول جديد في ملكه بعد تعلق حق المقال بالقيمة ، وان كان لا يخلو من نظر ، فتأمل جيداً والله اعلم .

وعلى كل حال فقول المصنف ﴿ وفيه وجه آخر ﴾ فسر في المسالك بأن القيمي يضمن بمثله ، ثم ضعفه وهو كذلك ، بل لم يعرف نقل هذا الوجه عن أحد في نظائر المسألة ، وربما فسر بعدم صحة الاقالة مع التلف ، وهو أضعف من السابق ، اذ لا خلاف بيننا في صحتها معه نعم في التحرير بعد أن صرح برد الثمن مع الاقالة ان كان باقياً ، ومثله ان كان تالفاً أو قيمته ان لم يكن مثلياً قال : « لو تقايلا بالثمن رجع كل عوض الى مالكة ، فلو كان المعوض تالفاً فالوجه صحتها ، وكان الحكم كما قلناه في الثمن » وظاهره الفرق بين الثمن والمثمن حيث جزم في الاول وجعله الوجه في الثاني ، لكن ضعفه واضح والله أعلم .

الى هنا تم الجزء الرابع والعشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله ومنه وقد بذلنا غاية جهدنا في تصحيحه ومقابلته للنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الاصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه وقد خرج بعون الله تبارك و تعالی خاليامن الاغلاط الانزرا زهيدا زاغ عنه البصر ويتلوه الجزء الخامس والعشرون في أحكام القرض انشاء الله تعالى .

فهرس الجزء الرابع والعشرون من كتاب جواهر الكلام

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
فى بيع الصرف وأحكامه	٣	مع جهالة الغش اذا كانت معلومة	
اشترائط التقابض فى المجلس فى بيع		المصرف بين الناس	١٧
الصرف	٥	تعين الدراهم والدنانير بالتعيين فى	
لوفارقا المجلس مصطحبين لم يبطل	٩	العقد	١٨
فى صحة وكالة أحدهما عن الآخر		بطلان البيع اذا اشترى دراهم بمثلها	
فى القبض	٩	معينة فوجدتها من غير جنسه واذا	
فى عدم اشترائط التقابض لو كان عليه		كان البعض من غير الجنس بطل	
دراهم فاشترى بهادنانير	١١	فيه حسب	١٩
فى عدم جواز التفاضل فى الجنس		اذا اشترى دينارا بدينار ودفعه زائدا	
الواحد ولو تقابضا	١٢	كانت الزيادة فى يد البائع امانة	٣٠
جواز التفاضل فى الجنس	١٤	جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشترائط	
عدم جواز بيع تراب معدن الفضة		صياغة خاتم	٣٢
بالفضة	١٥	حكم الاوانى المصوغة من الذهب	
جواز بيع جوهر الرصاص والصفير		والفضة	٣٦
بالذهب والفضة وان كان فيه يسير		بيع المراكب والسيوف المحلاة	
من الذهب والفضة	١٦	بالنقدين	٤١
جواز الشراء بالدراهم المغشوشة		بيع الثوب بعشرين درهما من صرف	

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
العشرين بدينار	٤٦	بعد انعقاد الثمرة	٨٠
بيع مائة درهم بدينار الا درهم	٤٧	ان ما يحدث من الثمرة بعد الابتياح	
بيع خمسة دراهم بنصف دينار	٤٨	للمشتري	٨٢
بيع تراب الصياغة	٤٩	جواز استثناء البايع ثمرة شجرات	
التصارف بما فى الذمم	٥٣	بعينها	٨٤
احكام بيع الثمار	٥٦	اذا باع ما بدا صلاحه فاصيب قبل قبضه	
بيع ثمرة النخل قبل ظهورها عاماً	٥٧	كان من مال بايعه	٨٧
بيع الثمرة بعد ظهورها وبدو صلاحها		حكم اطلاق المشتري المبيع فى	
عاماً	٥٩	يد البايع	٨٩
بيع ثمرة النخل قبل بدو الصلاح		فى أن حكم التلف قبل القبض وبعده	
عامين او اكثر	٦٣	جار بالنسبة الى ثمرة السنة الثانية	٩١
بيع الثمرة قبل ان يدرك اذا كان		جواز بيع الثمرة فى أصولها بالائتمان	
المقصود الموجود	٦٥	أو العروض	٩٢
معنى المراد من بدو الصلاح	٦٩	حرمة بيع المحاقلة والمزابنة	٩٥
بيع ثمرة البستان اجمع اذا ادرك		جواز بيع العرايا بخرصها تمراً	١٠١
بعضها	٧٠	تفسير ومعنى العرية	١٠٣
اتحاد حكم الاشجار مع حكم النخل	٧٣	احكام بيع العرايا	١١١
بيع ثمر الشجر مع اصوله اذا انعقد	٧٧	جواز بيع الزرع قصيلاً	١١٦
بيع ما يقطع جزءه وجزات	٧٩	أحكام شراء النخل بشرط القطع	١١٩
وجوب ابقاء الثمرة على المشتري		جواز بيع ما ابتاعه من الثمرة بأزيد	
الى اوان بلوغها اذا اشترى الاصل		عما ابتاعه	١٢٠

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
جواز التقبل بحصة شريكه اذا كان		حكم رجل شارك رجلا في المتاع	
بين اثنين نخل وشجر وكيفية تقبله	١٢١	وقال الربيع لنا ولا خسران عليك	١٦٧
جواز أكل المادة من الفواكه من		جواز النظر الى وجه المملوكة اذا	
غير افساد	١٢٧	اراد شراءها	١٦٨
أحكام بيع الحيوان	١٣٦	في أنه يستحب لمن اشترى مملوكا	
حكم اللقيط من دار الحرب ومن		أن بغير اسمه	١٧٠
دار الاسلام	١٣٩	كراهة وطء من ولدت من الزنا	١٧٠
في أن الرجل يملك كل أحد عدا		في أن العبد يملك عينا ولا منفعة	١٧١
أحد عشر	١٤١	هل العبد يملك فاضل الضريبة	١٧٧
في ان المرأة تملك كل احد عدا		هل العبد يملك ارش الجناية	١٧٩
الاباء والاولاد	١٤٥	العبد يملك الاملكه مولاه	١٨١
حكم تملك أحد الزوجين صاحبه	١٤٧	من اشترى عبدا له مال كان ماله لمولاه	١٨٦
حكم عبد أسلم وكان مولاه كافراً	١٤٩	لوقال المملوك اشترى نى ولك على	
حكم من أفر بالعبودية	١٤٩	كذا لم يلزمه	١٩٠
حكم حدوث العيب قبل القبض	١٥٤	جواز ابتياع المملوك وماله بجنسه	١٩٢
اذا بويع الحامل الولد للبائع	١٥٤	و جوب استبراء الامة قبل بيعها	١٩٤
جواز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً	١٥٧	الاستبراء ترك الوطى خمسة وأربعين يوما	
صحة الشركة لوقال شخص لآخر		او انتظار حيضتها المتعقب	١٩٥
اشتر حيوانا بشركتى	١٦٥	و جوب الاستبراء على المشتري وتعميم	
حكم اذن أحد الشريكين لصاحبه أن		الوطء للقبل والدبر	١٩٧
يتقد عنه	١٦٦	عدم اختصاص الاستبراء بالبيع	٢٠١

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
عدم وجوب الاستبراء على المشتري	٢٠٢	صاحبه	٢٦٠
إذا أخبر الثقة بان المالك استبرئها	٢٠٥	من اشترى جارية سرقته من ارض الصالح	٢٦٣
عدم وجوب الاستبراء لو كانت لامرأة	٢٠٧	بيان حقيقة السلم	٢٦٧
عدم وجوب الاستبراء لو كانت	٢١١	أحكام السلم	٢٦٩
سن من لا تحيض	٢١٨	اسلاف الاعراض في الاعراض	٢٧٣
حكم وطى الحامل قبل ان يمضى	٢٢٠	شروط السلم	٢٧٤
لحملها اربعة اشهر وعشرة ايام	٢٢٥	عدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبطه	
كرامة بيع الولد الجارية التي	٢٢٩	بالوصف وجوازه فيما يمكن	٢٨٣
اشترها حامله ولم يعزل عنها	٢٣٢	من شرائط السلم قبض الثمن قبل التفريق	٢٨٩
حكم التفريق بين الاطفال وأمهاتهم	٢٣٧	لو قبض بعض الثمن صح في المقبوض	٢٩١
في البيع	٢٣٩	حكم السلم في الدين	٢٩٢
حكم من أولد جارية ثم ظهر انها	٢٣٧	من شرائط السلم تقدير المسلم فيه	٢٩٦
مستحقه	٢٣٩	هل يجوز الاسلاف في المعدود عددا	٢٩٨
حكم ما يؤخذ من دار الحرب بغير	٢٣٩	عدم جواز الاسلاف في القصب اطلاقا	٢٩٨
اذن الامام عليه السلام	٢٣٩	اشترط تعيين الاجل في السلم	٢٩٩
حكم ما اذا دفع الى مأذون مالا	٢٣٩	اشترط وجود المسلم فيه غالب الوقت	
ليشترى به نسمة فاشترى أباه	٢٣٩	الحلول في السلم	٣٠٤
من اشترى عبد افدفع اليه البايع	٢٣٧	اشترط معلومية الاجل للمتعاقدين في	
عبدین ليختارا بينهما شاء فأبق أحدهما	٢٣٧	السلم	٣١١
اذا وطى أحد الشريكين مملوكة بينهما	٢٣٧	في ان الشهر يحمل عند الاطلاق على	
المملوك ان اذ ابتاع كل واحد منهما	٢٣٧	عدة بين هلالين	٣١٣

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
عدم اشتراط ذكر موضع التسليم في السلم	٣١٧	اذا حل الاجل وتأخر التسليم لعارض	
عدم جواز بيع السلم قبل حلوله	٣١٩	ثم طالب بعد انقطاع كان بالخيار	٣٣٦
جواز بيع السلم بعد حلوله قبل قبضه ٣٢٠		لوانه قبض البعض له الخيار في الباقي ٣٤١	
صحة دفع المسلم اليه دون الصفة		اذا دفع الى صاحب الدين عروضا	
مع رضى المسلم به	٣٢٦	عن الدين احتسبت بقيمتها يوم القبض	٣٤٢
اذا دفع المسلم اليه فوق الصفة		جواز بيع الدين بعد حلوله على الذى هو عليه	٣٤٣
وجوب قبوله	٣٢٨	عدم جواز بيع الدين بالدين	٣٤٦
لو دفع المسلم اليه اكثر لم يجب قبول الزيادة	٣٢٩	جواز اشتراط شيء معلوم مع السلف ٣٤٧	
من اشترى كرامن طعام مؤجلا بمائة واشترى تأجيل خمسين	٣٢٩	بطلان السلم اذا اشترط ان يكون الثوب من غزل امرأة معينة او الغلة من قراح بعينه	٣٥٠
لو شرطاموضع التسليم فتراضيا بقبضه فى غيره	٣٣٠	فى الاقالة	٣٥١
اذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبا ورده	٣٣٠	استحباب الاقالة	٣٥٢
اختلاف المسلم والمسلم اليه فى القبض هل كان قبل التفريق أو بعده ٣٣٣		لا يجوز الاقالة بزيادة عن الثمن ولا نقصان	٣٥٣
		اذا نقيا لا يرجع كل عوض الى مالكه	٣٥٧

جدول الخطاء والصواب

الصحيحة السطر الخطاء		الصواب	
١٢	٥	بالدنائير	بالدنائير
٨	١١	بديع	بدين
١٦	١١	الدارهم	الدرهم
٣	١٣	فالتحقيق	فالتحقيق
١٣	١٨	جميع	جميع
٢	٤٥	الى التفاضل	اى التفاضل
١	٤٩	اختلفت	اختلف
٦	٧٠	الارشاد	الارشاد
٢	٧٥	بعظه	بعضه
٣	١٠٦	اتحادمع	مع اتحاد
١٩	١٠٦	الاخراد	الافراد
١٠	١٢٢	للتمن	للمتمن
١٩	١٢٥	لوتقبلها	لوتقبلها
٤	١٣٤	المضاف	المنساق
ع	١٥٣	الحيوان	الحيوان حدث
١١	١٦٧	الاحوال	الاموال
ع	١٦٩	ومحاسبا	ومحاسنها
١١	١٦٩	التعليل	تعليل
ع	١٧٣	البعد	العبد
١٤	١٧٧	جريته	جريته
ع	١٨١	مامكه	مالكه
٨	١٥٤	السابق	السابق
٢٠	١٥٨	مملوكه	مملوكه
١٨	١٦٦	ولو قال له	ولو قال له
١٨	١٦٦	ولا خسران	ولا خسران
٥	٢١٤	الجبلى	الجبالى
٩	٢٥٤	ويشخنا	وشيخنا
١٧	٢٦٤	جميعا	جمعاً
٨	٢٧١	اللهم	اللهم الا
٤	٣٠٥	فالاقرب	فالاقرب
١٢	٣١٨	القريب	الغريب
٢	٣١٩	مفارقة	مفارقته
١٠	٣٣٠	لم يتعين	لانه لم يتعين
١٣	٣٥٦	اذا شرط	اذا شرط

بسمه تعالى

كلمة شكر وتقدير

بحمد الله والمنة تم الجزء الرابع والعشرون من كتاب جواهر الكلام وقد قابلنا
بالنسختين المصححتين على النسخة الاصلية المصححة .

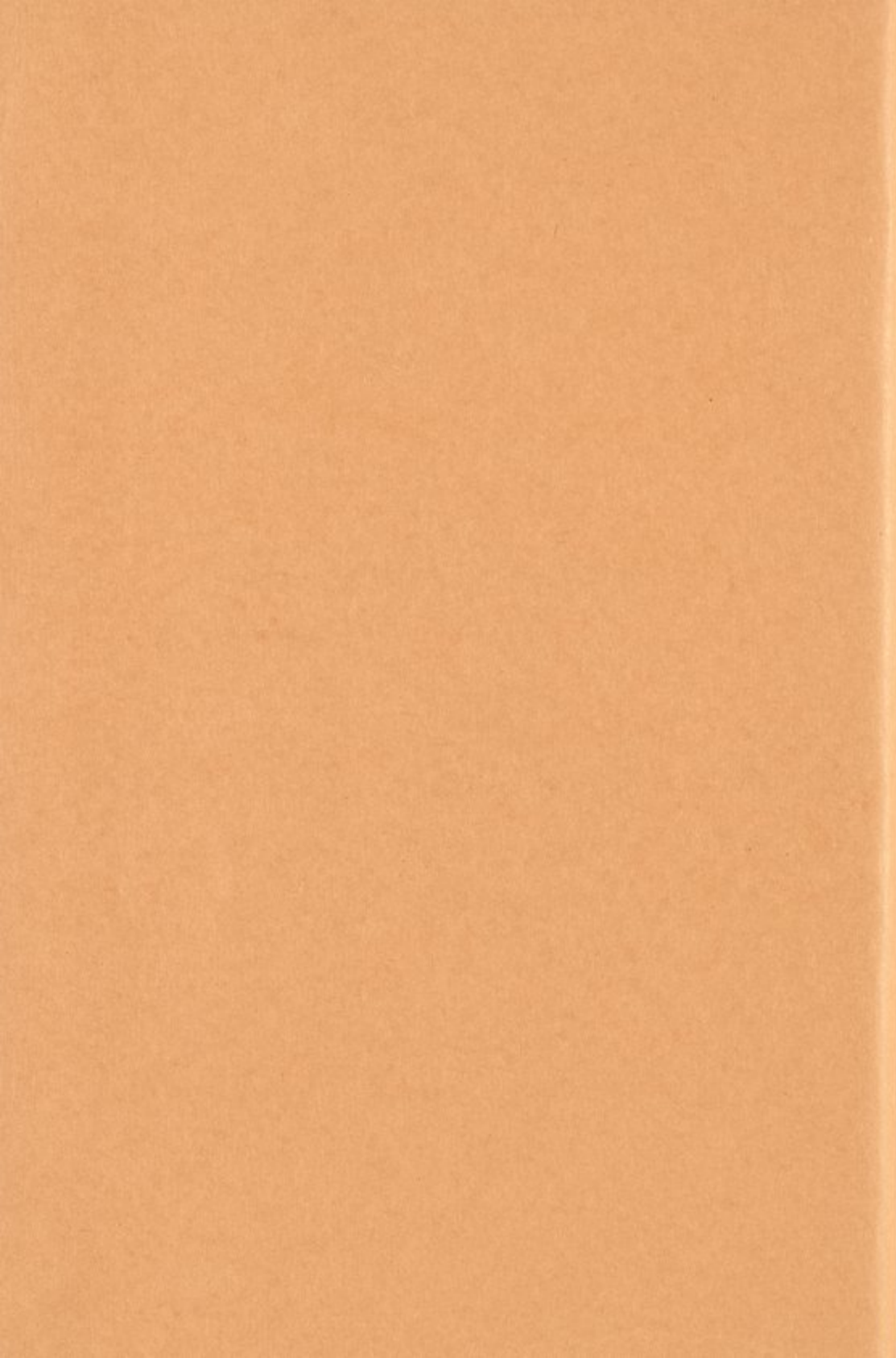
بقلم المصنف طاب ثراه ونور الله ضريحه .

احديها التي تفضل بها علينا حضرة الاستاد العلامة الميرزا جعفر السبحاني
دام عزه فله الشكر والثناء وهذه النسخة النفيسة مصححة بقلم المرحوم آية الله الخميني

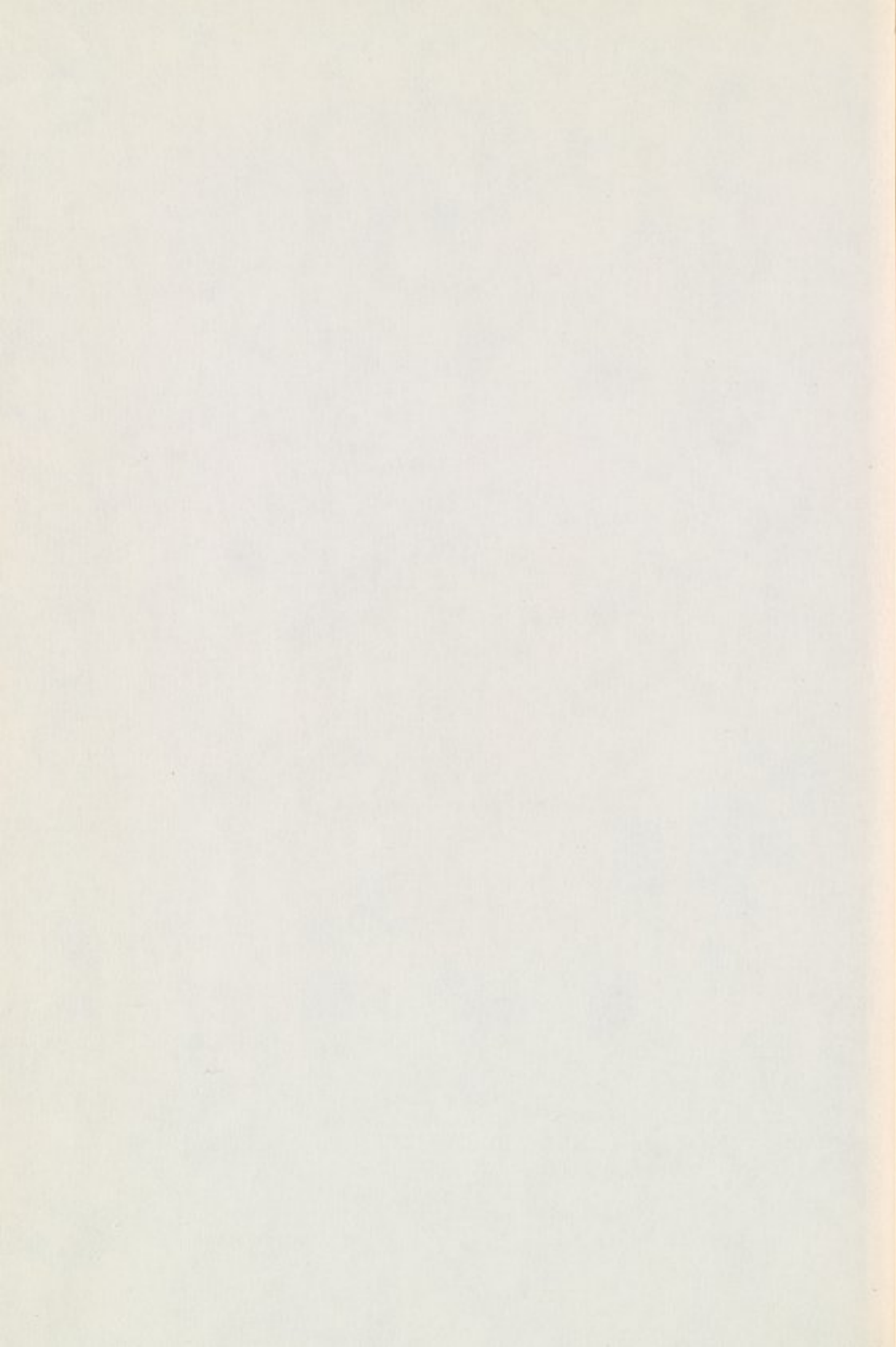
طاب ثراه ونرجوا من الله التوفيق على طبع بقية الاجزاء وله الشكر والمنة

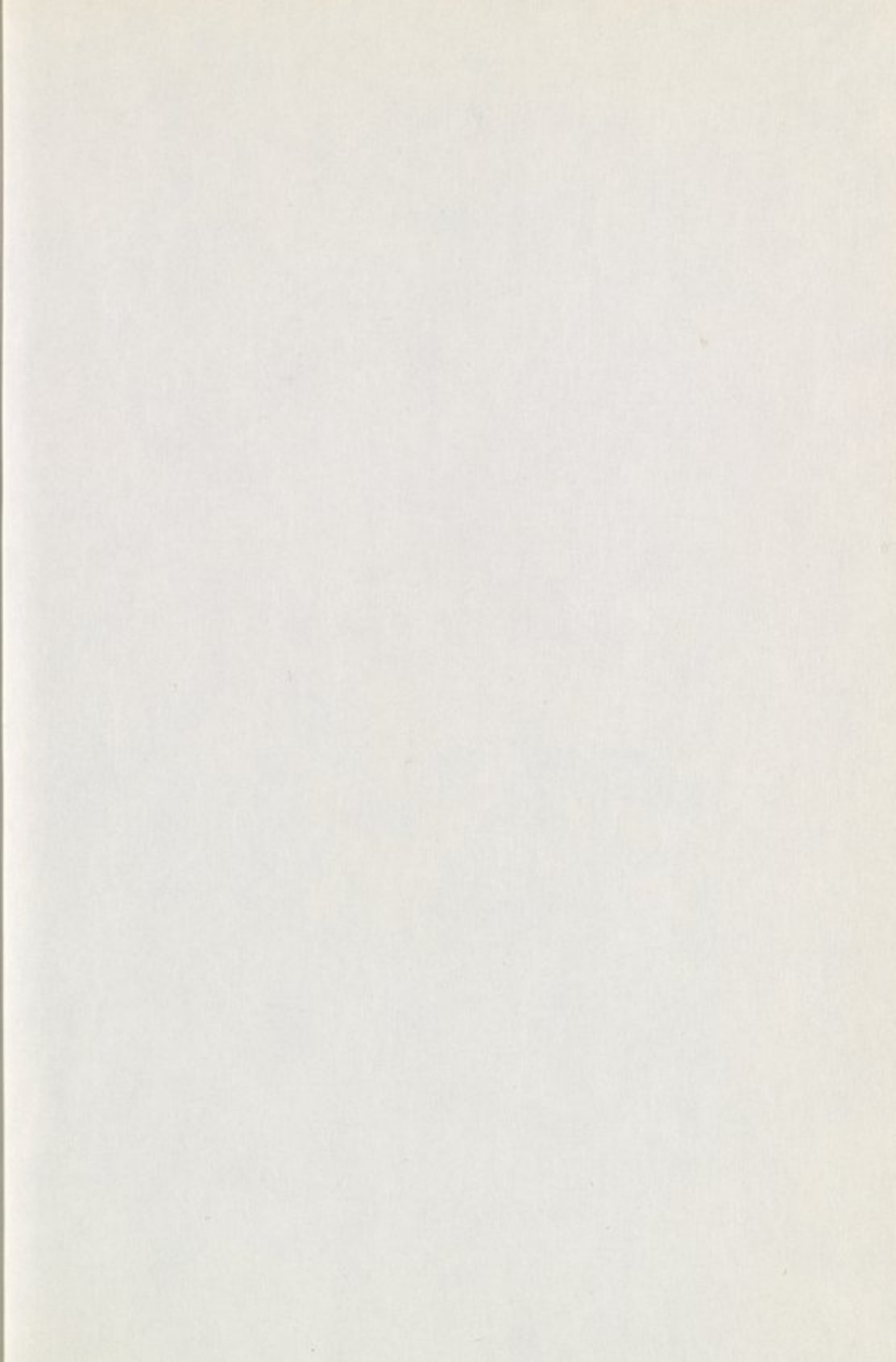
و الحمد لله رب العالمين

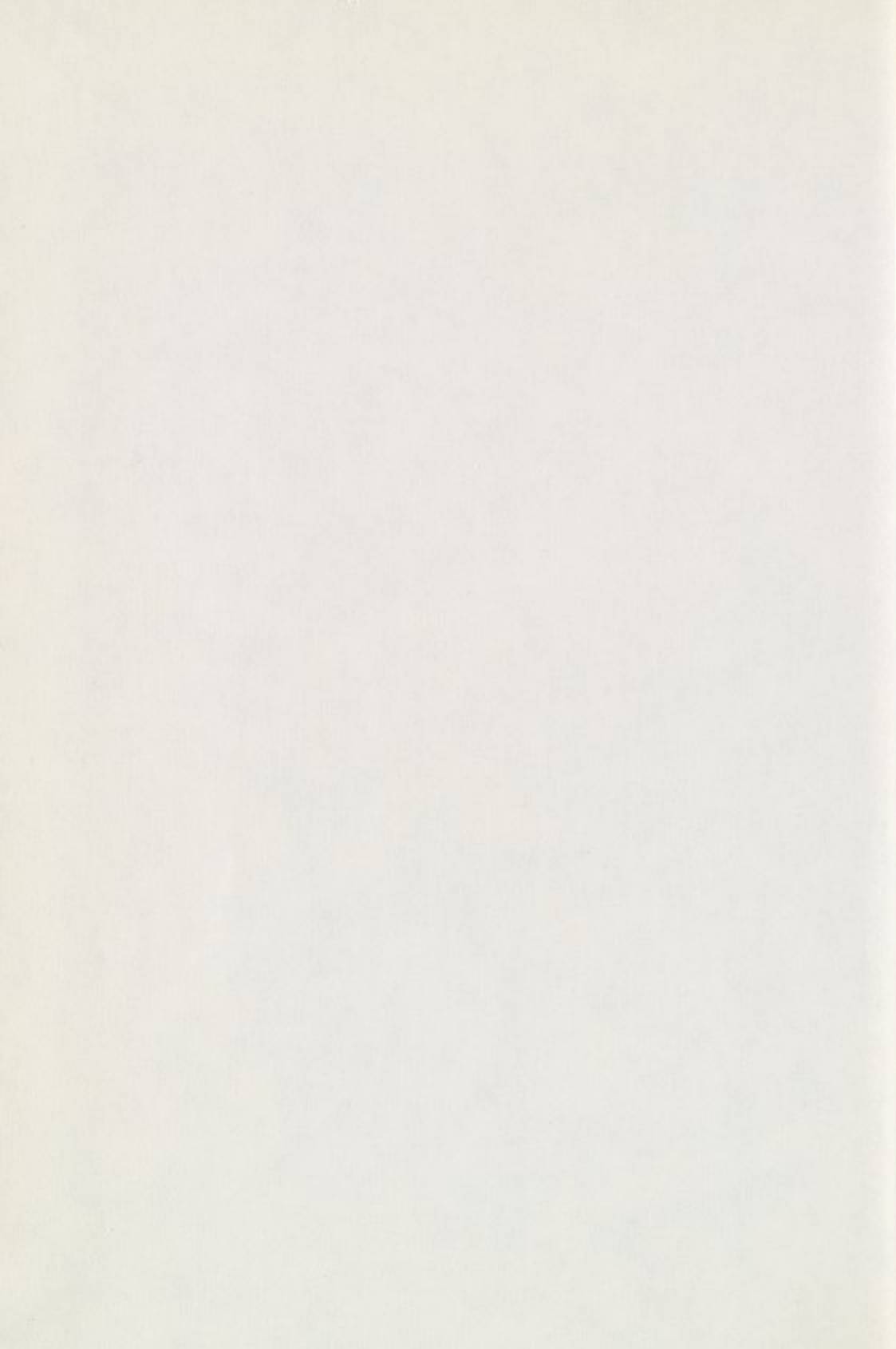
على الاخوندي













Princeton University Library



32101 047145394