



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه السلام

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

# جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي  
والشيخ محمد باقر

١٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى ( صاحب جواهر )

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
٩	جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام المجلد ٢٤
٩	اشاره
١٠	[اتمه القسم الثانى فى العقود]
١٠	[اتمه كتاب التجاره]
١٠	[اتمه الفصل السابع فى الربا]
١٠	اشاره
١٢	[اتمه الأول فى البيع الربوى]
١٢	[الثالث الصرف]
١٢	اشاره
٣٠	[مسائل عشر]
٣٠	اشاره
٣٠	[المسأله الأولى الدراهم و الدنانير يتعينان]
٣٠	[المسأله الثانيه إذا اشترى دراهم بمثلها معينه فوجد ما صار اليه من غير جنس الدراهم كان البيع باطلا]
٣٥	[المسأله الثالثه إذا اشترى دراهم فى الذمه بمثلها و وجد جميع ما صار اليه غير فضه قبل التفرق كان له المطالبه بالبدل]
٤٢	[المسأله الرابعه إذا اشترى دينارا بدينار و دفعه فزاد زياده لا تكون الا غلطا]
٤٤	[المسأله الخامسه روى جواز ابتياح درهم بدرهم مع اشتراط صياغه خاتم]
٤٨	[المسأله السادسه الأوانى المصوغه من الذهب و الفضة ان كان كل واحد منهما معلوما جاز بيعه بجنسه]
٥٣	[المسأله السابعه المراكب المحلاه إن علم ما فيها بيعت بجنس الحليه]
٥٨	[المسأله الثامنه لو باع ثوبا بعشرين درهما من صرف العشرين بدينار لم يصح]
٥٩	[المسأله التاسعه لو باع ماء درهم بدينار الا درهما لم يصح]
٦٠	[المسأله العاشره لو باع خمسه دراهم مثلا بنصف دينار قيل كان له شق دينار]
٦٥	[المسأله الحاديه عشر يجوز التصارف بما فى الذمم]
٦٨	[الفصل الثامن فى بيع الثمار]

- ٦٨ ..... اشاره
- ٦٨ ..... [ أما النخل ]
- ٨٩ ..... [ أما الأشجار ]
- ٩٣ ..... [ أما الخضرا ]
- ١٠٠ ..... [ أما اللواحق فمسائل ]
- ١٠٠ ..... اشاره
- ١٠٠ ..... [ المسألة الأولى يجوز لبائع الثمرة أن يستثنى ثمره شجرات أو نخلات بعينها ]
- ١٠٣ ..... [ المسألة الثانية إذا باع ما بد إصلاحه فأصيب قبل قبضه كان من مال بايعه ]
- ١٠٨ ..... [ المسألة الثالثة يجوز بيع الثمرة في أصولها بالأثمان أو العروض ]
- ١١٨ ..... [ المسألة الرابعة يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا ]
- ١١٨ ..... اشاره
- ١٣٢ ..... [ فرع لو قال بعتك هذه الصبره من التمر أو الغله بهذه الصبره من جنسها سواء بسواء لم يصح ]
- ١٣٣ ..... [ المسألة الخامسة يجوز بيع الزرع قصيلا ]
- ١٣٧ ..... [ المسألة السادسة يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزياد عما ابتاعه أو نقصان ]
- ١٣٧ ..... [ المسألة السابعة إذا كان بين اثنين نخل أو شجر فتقبل أحدهما بحصه صاحبه بشىء معلوم كان جائزا ]
- ١٤٥ ..... [ المسألة الثامنة إذا مر الإنسان بشىء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع اتفاقا جاز أن يأكل من غير إفساد ]
- ١٥٦ ..... [ الفصل التاسع في بيع الحيوان ]
- ١٥٦ ..... اشاره
- ١٥٦ ..... [ النظر الأول فيمن يصح تملكه ]
- ١٧٨ ..... [ النظر الثاني في أحكام الابتياح ]
- ١٩٦ ..... [ النظر الثالث في لواحق هذا الباب و هي مسائل ]
- ١٩٦ ..... اشاره
- ١٩٦ ..... [ المسألة الأولى العبد لا يملك ]
- ٢١٢ ..... [ المسألة الثانية من اشترى عبدا له مال كان ماله لمولاه ]
- ٢١٨ ..... [ المسألة الثالثة إذا ابتاعه و ماله فإن كان الثمن من غير جنسه جاز مطلقا ]
- ٢١٩ ..... [ المسألة الرابعة يجب أن يستبرء الأمه قبل بيعها ]

- المسأله الخامسه التفرقه بين الأطفال و أمهاتهم قبل استغنائهم عنهم محرمة [ ٢٥١ -----
- المسأله السادسه من أولد جاريه ثم ظهر أنها مستحقه انتزاعها المالك [ ٢٥٦ -----
- المسأله السابعه ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام يجوز تملكه فى حال الغيبه [ ٢٦٠ -----
- المسأله الثامنه إذا دفع إلى مأذون مالا ليشتري به نسمة و يعتقها و يحج عنه بالباقي [ ٢٦٣ -----
- المسأله التاسعه إذا اشترى عبدا فى الذمه [ ٢٦٨ -----
- المسأله العاشره إذا وطئ أحد الشريكين أو الشركاء الوطى الذى تدور عليه الاحكام مملوكه بينهما يسقط الحد مع الشبهه [ ٢٧٣ -----
- المسأله الحاديه عشره المملوكان المأذون لهما إذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه حكم بعقد السابق [ ٢٩٢ -----
- المسأله الثانيه عشر من اشترى جاريه سرقت من ارض الصلح كان له ردها على البائع [ ٢٩٥ -----
- الفصل العاشر فى السلف [ ٢٩٩ -----
- اشاره [ ٢٩٩ -----
- المقصد الأول فى حقيقه السلم [ ٢٩٩ -----
- المقصد الثانى فى شرائطه [ ٣٠٦ -----
- اشاره [ ٣٠٦ -----
- الشرط الأول و الثانى ذكر الجنس و الوصف [ ٣٠٦ -----
- الشرط الثالث قبض رأس المال قبل التفرق [ ٣٢١ -----
- الشرط الرابع تقدير المسلم فيه بالكيل أو الوزن العامين [ ٣٢٨ -----
- الشرط الخامس تعيين الأجل [ ٣٣١ -----
- الشرط السادس ان يكون وجوده غالبا وقت الحلول [ ٣٣٦ -----
- المقصد الثالث فى احكامه و فيه مسائل [ ٣٥١ -----
- اشاره [ ٣٥١ -----
- المسأله الأولى إذا أسلف فى شىء لم يجز بيعه قبل حلوله [ ٣٥١ -----
- المسأله الثانيه إذا دفع المسلم اليه دون الصفه و رضى المسلم صح و برىء [ ٣٥٩ -----
- المسأله الثالثه إذا اشترى كرا من طعام بماء درهم و اشترط تأجيل خمسين بطل فى الجميع [ ٣٦٢ -----
- المسأله الرابعه و هى لو شرطوا موضعا للتسليم فتراضيا بقبضه فى غيره جاز [ ٣٦٣ -----
- المسأله الخامسه إذا قبضه فقد تعين و برىء المسلم إليه [ ٣٦٣ -----
- المسأله السادسه و هى إذا وجد برأس المال المعين عيبا فان كان من غير جنسه بطل العقد [ ٣٦٥ -----

المسأله السابعه إذا اختلفا فى القبض هل كان قبل التفرق أو بعده فالقول قول من يدعى الصحه [ ٣٦٦ -----

المسأله الثامنه إذا حل الأجل و تأخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ و الصبر [ ٣٦٩ -----

المسأله التاسعه إذا دفع الى صاحب الدين عروضاً على أنها قضاء و لم يساعره احتسبت بقيمتها يوم القبض [ ٣٧٥ -----

المسأله العاشره و يجوز الدين بعد حلوله على الذى هو عليه [ ٣٧٧ -----

المسأله الحاديه عشر إذا أسلف فى شىء و شرط مع السلف شيئاً معلوماً صح [ ٣٨١ -----

المقصد الرابع فى الإقاله [ ٣٨٤ -----

اشاره [ ٣٨٤ -----

أفروع ثلاثه [ ٣٩٠ -----

اشاره [ ٣٩٠ -----

الفرع الأول لا تثبت الشفعه بالإقاله [ ٣٩٠ -----

الفرع الثانى لا تسقط أجره الدلال بالتقاييل [ ٣٩٠ -----

الفرع الثالث إذا تقايلا رجع كل عوض الى مالكه [ ٣٩٠ -----

تعريف مركز [ ٣٩٣ -----



شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان: عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذي ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثاني و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغني ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط: نسخ

نوع و تزئینات جلد: جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق: تصحیحاتی اندک با نشان «صح» و توضیحاتی اندک با نشان «منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک: یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثاني من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن " (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۲۴، ص: ۱

**[تممه القسم الثانی فی العقود]**

**[تممه کتاب التجاره]**

**[تممه الفصل السابع فی الربا]**

**اشاره**



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين

**[تمه الأول فى البيع الربوى ]**

**[الثالث الصرف ]**

**اشاره**

الثالث من الأمور التي يتوقف بيان الربا في البيع عليها الصرف، و هو لغه الصوت و شرعا أو متشرعيه بيع الأثمان أى الذهب و الفضه مسكوكين أو لا- بالأثمان لا غيره من النوافل بلا خلاف أجده، للأصل و غيره. نعم قد يظهر من بعض النصوص حصوله بقصد مطلق المبادله و المعاوضه، و يمكن اراده ما كان المقصود منها البيع أو يدعى تنزيلها عليه ما لم يقصد العدم.

و على كل حال فسمى بيعها صرفا لمناسبه اشتمالها على الصوت عند تقلبها بالبيع و الشراء، و ربما قيل بكونه منقولا من التصريف، و هو كثره التصرفات فى وجوه المعاوضات و الأمر سهل، كما أن الوجه فى تسميتها أثمانا وقوعها مقرونه بباء العوض عن الأشياء غالبا، بل فيما حضرني من نسخه منسوبة للشهيد على القواعد عن قطب الدين قال: «الذهب و الفضه ثمانان و ان باعهما بعوض، و لهذا لو باعه دينارا بحيوان ثبت للبائع الخيار بالاتفاق: قال: و ان كانا عوضين فكل منهما بايع و مشتري، و لو باعه حيوانا بحيوان، ثبت لكل منهما الخيار».

و ان كان قد يمنع ذلك كله عليه ضروره اقتضاء العرف عند التحقيق كون مدخول الباء الثمن، و الاتفاق الذى ذكره لم نتحققه، كما أن ما ذكره من صدق كل من البائع

و المشتري عليهما لو كانا معا عوضين واضح المنع، و مثله ما ذكره أخيرا على ما عرفته سابقا فى الخيار، و قال فى الدروس هنا: «التمن ما قرن بالباء هنا و فى غيره كذلك و يحتمل ان يكون هو النقد إذا كان احد العوضين و الا فالمقرون بالباء، و تظهر الفائده فى بيع حيوان بحيوان و بيع نقد بحيوان» و ظاهره أنه لا إشكال فى كون الثمن مدخول الباء فى التقدين بل و المتجانسين و الله أعلم.

(و) كيف كان ف يشترط فى صحه بيعها زائدا على الربويات إذ هى منها لأنها موزونه فى الصدر الأول؛ حتى المسكوك منها. و الاكتفاء بالعد فى بعض الأزمنه أو الأحوال بعد معلوميه موزونه الأصل و هو الفضه و الذهب، لا يدفع حكم الربا كما عرفت، و خصوصا بعد موزونيه نقد الزمان السابق، و ان تغيرت الهيئه و خصوصا إذا كان عدم الوزن اعتمادا على معلوميه الوزن و ضبطه، و التفاوت اليسير غير قادح.

قال البجلي (١) لأبى عبد الله عليه السلام: «اشترى الشىء بالدراهم فاعطى الناقص الحبه و الحبين قال: لا حتى تبينه، ثم قال: الا أن يكون نحو هذه الأوضاح التى تكون عندنا عددا»

و

فى خبره (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري المبيع بدرهم و هو ينقص الحبه و نحو ذلك أ يعطيه الذى يشتريه منه و لا يعلمه أنه ينقص قال: لا الا ان يكون مثل هذه الوضاحيه. يجوز كما يجوز عندنا عددا».

و على كل حال فيشترط زياده على ذلك التقابض من كل منهما فى المجلس فلو افترقا قبل التقابض بطل الصرف على الأشهر بل المشهور نقلا و تحصيلًا. شهره عظيمه كادت تكون إجماعًا. و لذا قال فى الرياض: «ان عليه من تقدم و تأخر عدا من شد و ندر، و فى المسالك و عن غيرها أن الأصحاب كلهم على خلاف ابن بابويه، فربما كان الشرط إجماعًا بل كأنه لم يعتد بخلافه الفاضل فى التحرير فقال: «هو شرط بلا خلاف».

و فى الغنيه الإجماع عليه بل ظاهره إجماع المسلمين حيث نفى الخلاف منا و منهم. و فى محكى السرائر لا خلاف فى هذا الشرط و فى البطلان بدونه. و كشف الرموز

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الصرف- الحديث ٧.

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

الإجماع على البطلان كذلك و أن المخالف الصدوق. و إيضاح النافع خلاف ابن بابويه متروك، و رواياته ضعيفه. و فى التنقيح روايات البطلان كثيره، و عليها انعقد عمل الأصحاب. و فى الدروس رواياته متروكه.

فمن الغريب ميل بعض متأخرى المتأخرين إليه بعد ذلك كله، مضافا الى النصوص المستفيضه المنجبر ما يحتاج منها بما سمعت، منها-

قول أبى جعفر (عليه السلام) (١) فى خبر محمد بن قيس «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يبتاع رجل فضه بذهب الا يدا بيد، و لا يبتاع ذهباً بفضه إلا يدا بيد»

و منها-

قول الصادق عليه السلام فى صحيح منصور (٢) «إذا اشترت ذهباً بفضه، أو فضه بذهب فلا- تفارقه حتى تأخذ منه؛ و ان نرى حائطا فانز معه»

و

منها- خبر حريز عن محمد (٣) «قال: سألته عن الرجل يبتاع الذهب بالفضه مثلا بمثلين قال؛ لا بأس يدا بيد».

و منها-

خبر الجبلى (٤) «قال: سألته عن الرجل يشتري من الرجل الدراهم بالدنانير فيزنها و ينقدها و

يحسب ثمنها كم هو ديناراً، ثم يقول: أرسل غلامك معى حتى أعطيه الدنانير؟ فقال: ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير، فقلت انما هم فى دار واحده و أمكنتهم قريبه بعضها من بعض، و هذا يشق عليهم؛ فقال: إذا فرغ من وزنها و انتقادها فليأمر الغلام الذى يرسله أن يكون هو الذى يبايعه، و يدفع اليه الورق و يقبض منه الدنانير حيث يدفع اليه الورق»

بل لا ينكر ظهور غيرها من النصوص أو- إشعارها فى المطلوب، و بها يخرج عن أصل الصحه و عمومها.

و المناقشه فى سند بعضها أو دلالة متنه على ذلك غير مسموعه، سيما بعد الاعتضاد و الانجبار بما عرفت، كالمناقشه بعدم دلالتها على الشرطيه، و أن المراد من اليد باليد فيها عدم النسيئه، مع أنها لا تنافى إرادته القبض مع ذلك، و الدليل غير منحصر فيها مضافا الى ظهور نحو هذه الا و أمر و النواهي فى غير المقام فى إرادته الإرشاد إلا ما يقتضى

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الصرف الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الصرف الحديث ٨.

٣-٣ الوسائل الباب-٢- من أبواب الصرف الحديث ٧.

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

الصحة و الفساد، لا أن المراد الإثم خاصه.

نعم ارادته هنا معه للنصوص و الآيه كما عن الشيخ و ابن إدريس و الفاضل فى التذكرة، بل قيل: انه جزم فيها بوجوب الوفاء به أى التقابض، و الإثم بتركه اختيارا و جعله بمنزله الربا حتى أوجب عليهما التفاسخ قبل التفرق، لو تعذر عليهما التقابض؛ و جعل تفرقهما قبله بمنزله بيع الربوى نسيئه، فإن بطلانه لا يغنى عن الإثم به، قيل و هو ظاهر الدروس حيث حكم بوجوب التقابض قبل التفرق.

و فيه أن الوجوب فى نحو المقام قد يراد به الوجوب الشرطى مجازا بل عدم تعرض الأ-كثر للتحريم هنا كما اعترف به فى المسالك يومى الى إرادته ذلك من النصوص أيضا من غير ضم الشرعى معه و هو قوى، و ان كان الأول أحوط، و ينبغى مراعاة التقايل حينئذ قبل التفرق، لو تعذر التقابض، بناء على مشروعيه التقايل فى نحو ذلك كما هو الظاهر.

و على كل حال فما عن الصدوق من أنه لا يشترط التقابض فى المجلس، و حكاة الشهيد فى الحواشى عن البشرى، كما أنه حكى فيها أيضا قولاً- بالتفصيل بين بيع الجنس بجنسه فيشترط، و بين بيع أحدهما بالآخر فلا- يشترط، و النصوص السابقة و الفتاوى على خلافه، بل و على خلاف الصدوق أيضا كما عرفت، و ان كان يشهد له اخبار الساباطى الأربعة(١) عن الصادق عليه السلام المتضمنه لنفى البأس عن بيع الدراهم بالدنانير نسيئه و عن سلف الدنانير بالدراهم ك

خبر زراره(٢) عن أبى جعفر عليه السلام الذى فى طريقه على بن حديد «لا بأس أن يبيع الرجل الدينار نسيئه بمأه و أقل و أكثر»

و مكاتبه محمد بن عمر(٣) إلا أن الجميع قاصره عن الأدله السابقه من وجوه، خصوصا مع عدم صراحه بعضها، فالأولى طرحها كما فى الدروس، أو تأويلها بل الظاهر من النص و الفتوى

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

٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب الصرف الحديث-١٣.

٣-٣ الوسائل الباب-٢- من أبواب الصرف الحديث-١٥.



و الفتوى منع النسيئه فى الأثمان و لو فرضت على وجه لا تنافى التقابض فى المجلس، كما إذا كان الأجل قصيرا جدا، بل

فى خبر عبد الرحمن (١) «أن الناس لم يختلفوا فى النسيء (أى فى بيع الأثمان): أنه الربا».

و على كل حال فظاهر ما سمعته من الفتاوى و معاهد الشهرة و الإجماعات كون التقابض قبل الافتراق شرطا فى الصحة؛ فقبله لا صحة فلا انتقال، و فى خبر محمد بن قيس (٢) السابق دلالة عليه، بل و فى خبر الجبلى (٣) و به يخرج حينئذ عن قاعده اقتضاء العقد الملك، المعتضده بأصالة عدم شرط آخر، بل و عن ما ادعى فى غير المقام من الإجماع على عدم اعتبار أزيد من القبض فى الملك، ردا على القائل بتوقفه على انقضاء الخيار، إذ قد عرفت من الأدله السابقه اعتبار التقابض منهما معافيه، فلا يكفى قبض أحدهما بل هو حينئذ فى يده كالأمانه 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 الأول؛ بل و ان تلف من يده، مع أنه لا يخلو من نظر و بحث، ضروره إمكان القول بحصول الملك فى العوضين معا عند حصول القبض المتأخر الذى هو شرط لتأثير السبب، بل به يتحقق التقابض فلا يجدى القبض السابق، و عليه يتجه حينئذ بطلان الصرف لو تلف المقبوض قبل القبض الآخر؛ بحيث خرج عن صلاحية الملك، فضلا عن تلف غير المقبوض.

اللهم الا أن يقال بصحته؛ بناء على كونه مضمونا مطلقا أو حيث يكون بأن أتلفه بتفريط على معنى انتقال الصرف حينئذ إلى بدل التالف و لكن فيه تأمل أيضا.

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

١-١ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب الصرف الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الصرف الحديث- ٣.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الصرف الحديث- ١.

أو الإقاله، مخالف لظاهر الفتاوى و بعض النصوص السابقه، و ان كان الثانى منهما موافقا للقواعد فى الجملة بل هو صريح المقداد فيما تسمعه، بل هو لا ينافى بعض النصوص السابقه.

كما أن الأول منهما يمكن تنزيل الشرطيه فى عبارات الأصحاب عليه، ضروره توقف تأثير العقد على حصوله، فهو شرط لتأثيره ينعدم بانعدامه و يوجد بوجوده، الا- أن كيفيه الوجود بالوجود و هو جعل العقد مؤثرا من أول وقوعه نحو ما قلناه فى إجازة الفضولى بناء على الكشف، بل لعل ذلك جار فى جميع الشروط المتأخره عن مشروطها، لكن لما لم يكن مقتضى له، بل هو مناف لما تسمعه منهم من بطلان الشراء بثمان الصرف مثلا- و ان قبضه بعد ذلك فى المجلس كان المتجه إبقاء عبارات الأصحاب على ظاهرها، من توقف حصول الملك عليه و أنه يحصل حال حصوله تماما لا قبله، و ليس هو من الشرائط المتأخره عن زمان وصف الصحه كغسل المستحاضه بعد تمام الصيام، حتى يلتزم كونه كاشفا، ضروره إمكان توقف الصحه عليه الى زمن حصوله هنا بخلافه هناك إذ لا دليل على تسبب العقد الصحه على كل حال.

نعم هناك ظواهر يمكن تقييدها بدليل المقام من غير حاجه الى ذلك التكليف التام، و دعوى أن ذلك أولى باعتبار عدم تقييد تلك الأدله على القول بالكشف كما ترى.

و لو قبض البعض خاصه قبل التفرق صح فيما قبض حسب و بطل فى غيره بلا خلاف فيهما لحصول مقتضى الصحه من العموم و غيره فى الأول، و مقتضى البطلان من التفرق قبل التقابض فى الثانى، و أما

صحيح الحلبي (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «عن الرجل يبتاع من رجل دينار فيؤخذ بنصفه بيعا و بنصفه ورقا قال: لا بأس، فسألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقا أو بيعا و يترك نصفه حتى يأتى بعد فيأخذ منه ورقا أو بيعا، قال: ما أحب أن أترك شيئا حتى آخذه جميعا فلا تفعله».

فلا دلالة فيه على المنع أولاً، و يحتتمل انصرافه إلى صحه المجموع من حيث المجموع و لا كلام فيه ثانياً، بل قد يحتتمل خروجه عن أصل ما نحن فيه ثالثاً، و على كل حال يتخران معا في إجازة ما صح فيه و فسخته لتبعض الصفقه؛ إذا لم يكن من أحدهما تفریط في تأخير القبض، و لو كان تأخيره بتفريطهما فلا خيار لهما، و لو اختص به أحدهما سقط خياره خاصة كما هو واضح.

و لو فارقا المجلس مصطحين قبل أن يتقابضا لم يبطل الصرف بلا خلاف للأصل بعد ظهور النصوص، خصوصا

قوله «و ان نزی حائطا فانز معه»

في أن المعتبر التقابض قبل التفرق، و من هنا كان التعبير به أجود من المجلس الموهم خلاف ظاهره، و قد تقدم في خيار المجلس تحقيق أقل ما يتحقق به الافتراق من الخطوه، كما أنه تقدم هناك كثير مما له تقع في المقام، الا ان الظاهر عدم اعتبار الاختيار فيه هنا، و ان كان معتبر هناك، فلو أكرها على التفرق مثلا أمكن القول بالبطلان هنا، بخلافه هناك، لاختلاف المدرك فلاحظ و تأمل.

و لو وكل أحدهما غيره في القبض عنه، فقبض الوكيل قبل تفرقهما أي المتعاقدين صح و لو قبض بعده بطل و كذا لو وكلا معا على القبض عنهما، و لا- اعتبار بمفارقة الوكيل لهما أو لأحدهما، و لو وكلا أو أحدهما على الصرف خاصة أو مع القبض، فالمعتبر المفارقة بين من وقع العقد معه، لا-ن الضابط كما في الجامع المقاصد و المسالك و الروضه و الرياض التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا مالكين أو وكيلين.

لكن قد يشكل بمنع دلالة النصوص على البطلان بتفرق الوكيلين ان قبض الا- لكان في ذلك المجلس، بل يصدق على بايع الذهب بالفضه إذا قبض بعد تفرق الوكيلين أنه ما باعه الا يدا بيد، على أن ذلك يقضى بعدم البطلان مطلقا لو كان الوكيل على العقد متحدا عنهما، لعدم تصور الافتراق فيه و التزامه كما ترى، ضروره صدق بيعه حينئذ لا يدا بيد، فلعل اناطه الحكم بذلك أولى ان لم ينعقد إجماع بخلافه، بل قد يدعى صدق اليد باليد لو تعاقدنا مثلا و أرسل أحدهما وكيله مع الآخر فتقابضا قبل التفرق ف

في

خبر البصرى (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الذهب بالدرهم، فيقول أرسل رسولا فليستوفى لك ثمنه قال يقول هات و هلم و رسولك معه»

و لا ينافيه ما سمعته فى خبر البجلي (٢) بعد حملة على النذب و نحوه، الا أن الجريه على خلاف ما عند الأصحاب مما لا ينبغي، و قد عرفت أن المدار عندهم على عدم تفرق المتعاقدين. نعم قد يقال بعدم اعتبارهما فى العاقدين فضولا أو أحدهما، و أن المدار على عدم تفرق المجيزين بعد الإجازة حتى يتقابضا، مع أنه لا يخلو عن اشكال و الله اعلم.

و مما يتفرع على اعتبار التقابض فى الملك ما لو اشترى منه دراهم بعقد الصرف ثم ابتاع بها منه دنانير قبل قبض الدراهم لم يصح الثانى على المشهور بين الأصحاب، لعدم ملك الدراهم عليه لو كانت كليه و عدم ملك عينها لو كانت شخصيه، و ل

صحيح إسحاق بن عمار (٣) كما فى المختلف قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

الرجل يجىء بالورق يبيعهما يريد بها ورقا عندي فهو اليقين عندي أنه ليس يريد دنانير ليس يريد الا الورق و لا يقوم حتى يأخذ ورقى، فاشترى منه الدراهم بالدنانير، فلا- تكون دنانيره عندي كامله فأستقرض له من جارى، فأعطيه كمال دنانيره، و لعلى لا أحرز وزنها فقال أ ليس يأخذ وفاء الذى له؟ قلت بلى قال: ليس به بأس»

و كأنه لما يفهم منه البأس إذا لم يقبض الدنانير، إذ المراد أنى أستقرض به الدنانير، ثم أشتريها منه بالورق الذى يريده؛ كما يومى اليه ما فى صدر الخبر، و يمكن أن يكون مراد السائل التوقف من جهة عدم إحراز الوزن فتخرج حينئذ عن الاستدلال.

و على كل حال فليس البطلان لعدم جواز الشراء بما لم يقبض قبل كيله أو وزنه كييعه، إذ قد عرفت بعد تسليم مساواه الشراء به لبيعه أن الأصح الجواز، و لا لانه بيع دين بدين إذا فرض كون الدنانير كليه فى الذمه لا معينه، ضروره عدم صدق الدينيه بعد

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الصرف الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الصرف الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب الصرف الحديث- ٣- باختلاف يسير.

اشترط التقابض فى الملك، على أنك ستعرف كون الممنوع بيع الدين قبل البيع به كذلك، لا ما كانا أو أحدهما بعقد البيع، و من ذلك كله يظهر لك ما فى المحكى عن السرائر فإنه

بعد أن ذكر ما فى النهايه إذا باع الإنسان دراهم بدنانير لم يجزه أن يأخذ بالدينانير دراهم مثلها الا بعد أن يقبض الدينانير، ثم يشتري بها دراهم إنشاء، قال «ان لم يتفارقا من المجلس الا بعد قبض الدراهم المبتاعه بالدينانير التى على المشتري الأول فلا بأس بذلك و ان لم يكن قبضه الدينانير التى هى ثمن الدراهم الأول المبتاعه، هذا إذا عينا الدراهم الأخيره المبتاعه، فان لم يعيناها فلا يجوز ذلك، لانه يكون بيع دين بدین، و ان عيناها لم يصير بيع دين بدین، بل يصير بيع دين بعين، كما أن منه يظهر ما فى المسالك تبعا لغيره من أنه ينبغى القول بالصحة مطلقا فى مفروض المتن إذا تقابضا قبل التفرق، و غاية ما يحصل فى البيع أن يكون فضوليا فإذا لحقه القبض صح، و سيأتى أن بيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع، إذ فيه منع جريان حكم الفضولى عليه بعد القول بأن الملك من حين القبض كمنعه فيما لو باع مال غيره ثم انتقل اليه.

و أغرب من ذلك كله ما فى التنقيح من أن لنا أن نقول: ان بطلان البيع بالتفرق قبل التقابض لا يستلزم عدم تملك المشتري، لجواز تملكه ملكا مترلزلا كالمبيع فى زمن الخيار، فان قبض لزم و الا- بطل، و إذا ملك صح البيع الثانى لانه اشترى بثمان مملوك و صح البيع الأول أيضا، لأنه و ان لم يقبض الدراهم لكن قبض عوضها و هو الدينانير، و قبض العوض كقبض المعوض، إذ هو كما ترى مع مخالفته لما قدمناه من أن القبض شرط للملك، لا أن الافتراق مانع فيه نظر من وجه آخر لا يخفى، فالتحقيق ما ذكرناه و هو الموافق لإطلاق المشهور البطلان و منه يعلم أنه لو افترقا فى مفروض المسألة قبل التقابض بطل العقدان معا لانتهاء الشرط فيهما حينئذ كما هو واضح و الله اعلم.

و لو كان له عليه دراهم فاشترى بها منه دنانير صح و ان لم يتقابضا، و كذا لو كان له دنانير؛ فاشترى بها دراهم ل ما فى الصحيح الاتى (١) من أن النقدین من

واحد فأشبهه التقابض. ولأصالة عدم اشتراطه في نحو المقام بعد

صحيح إسحاق بن عمار (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة، وعمل به الأصحاب في الجملة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يكون للرجل عندى الدراهم الوضح فيلقاني ويقول لى كيف سعر الوضح اليوم فأقول له: كذا وكذا فيقول: أليس لى عندك كذا وكذا ألف درهم وضح فأقول: نعم فيقول: حولها لى دنانير بهذا السعر وأثبتها لى عندك فما ترى فى هذا؟ فقال:

إذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك، فقلت: انى لم أوازنه و لم أناقده؛ انما كان كلاما منى و منه فقال لى: أليس

الدراهم و الدنانير من عندك؟ فقلت: بلى فقال: لا بأس بذلك»

و

موثق عبيد بن زراره أو صحيحه (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لى عنده دراهم فأتيه فأقول له حولها دنانير من غير ان اقبض شيئا قال: لا بأس به قلت و يكون لى عنده دنانير فأتيه فأقول له: حولها لى دراهم و أثبتها عندك و لم أقبض منه شيئا قال: لا بأس».

و تنزيلها على إرادته التوكيل فى القبض أو فيه و و فى البيع و أن ما فى الذمه له و عليه مقبوض، اجتهاد فى مقابله النص الذى ياباه من وجوه، على أن من الواضح منع كون ما عليه لغيره فى ذمته مقبوض له و ان و كله فيه، بحيث يجرى عليه حكم المقبوض، و الا- لجاز بيع الذهب المشخص مثلا بذهب فى ذمته على أن يكون المشتري و كيلا فى قبضه و معنى قبضه له حينئذ رضاه ببقائه فى ذمته.

و أفصح من ذلك دعوى أن المراد من الخبر التوكيل، و أنه قد وقع منه القبض الحسى و أثبتها، مع ان صريح الخبر عدم وقوع غير الكلام، و بالجملة قد أطنبوا فى المقام بلا- مقتضى، كما أنه لا- ينبغى العمل بالخبر على معنى حصول التحول بمجرد الأمر بالتحويل، و ان أوهمه ظاهر بعض العبارات، بل المراد منه حصول المعاملة منهما بذلك، و ان كان بعنوان المعاطاة؛ بناء على كونها من البيع، و عدم اشتراط التقابض هنا، بل يكفى قبض فى ما ذمته له، و بقاء الآخر فى ذمته، و حيث كانا

معا عنده صار كالتقابض، و لولا فهم الأصحاب أمكن تنزيل الخبر على معاطات الصلح و ان كان فى الخبر

١-١ الوسائل الباب، ٤، من أبواب الصرف الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب، ٤، من أبواب الصرف الحديث ٢.

منافاه ماله و الله اعلم.

و من ذلك يعلم أنه لا- وجه لبناء الخبرين على مقدمات كثيره لا- يخلو جمله منها من نظر و تأمل، بل قد افتى بالخبرين من لا يقول ببعض تلك المقدمات كما لا يخفى، فا التحقيق ما ذكرنا كما أومى إليه فى المختلف و كاد يكون صريح المتن كما هو صريح غيره أيضا، و منه يظهر لك النظر فى كلام كثير من المصنفين فلاحظ و تأمل جيدا و الله اعلم. هذا كله فى اعتبار التقابض؛ و قد ظهر لك أنه متى حصل الافتراق قبله بطل إلا فى مسأله التحويل.

أما لو تفرقا قبل الوزن و النقد، فى القواعد «صح مع اشتغال المقبوض على الحق» و نحوه ما فى الدروس «لو تقابضا جزافا فيزانان فى موضع آخر جاز الافتراق» و نحو ذلك أيضا عن النهايه و التذكرة، و

قال حنان بن سدير(١) قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «انه يأتينى الرجل و معه الدراهم، فأشترىها منه بالدنانير، ثم أعطيه كيسا فيه دنانير أكثر من دراهمه؛ فأقول: لك من هذه الدنانير كذا و كذا دنانير أكثر من دراهمك فيقبض الكيس منى ثم يرده على و يقول: أثبتها لى عندك؛ فقال: ان كان فى الكيس وفاء بثمان دراهمه فلا بأس».

قلت: و قد استفاد مما هنا عدم اشتراط الوزن فى تحقق اسم القبض إذ احتمال الفرق بين قبض الصرف و غيره مخالف لظاهر الفتاوى، و لا فرق فى موضوع المسأله بين كون المبيع أو الثمن كليا، ثم يدفع له فى المجلس ما يزيد على حقه و ان لم يحصل الوزن و النقد، و بين الشخصى إذا كان قد أخبره بالوزن فاشتره من غير اعتبار ثم أراد اعتباره بعد ذلك، و الحاصل أنه لا مدخله للوزن فى تحقق القبض كما عرفت.

(و) كيف كان ف لا- يجوز التفاضل فى الجنس الواحد و لو تقابضا إجماعا (و) نضا للربا كما أنه يجوز فى الجنسین إجماعا و نضا لعدمه و يستوى فى وجوب التماثل المصوغ و المكسور و جيد الجوهر و رديه بلا خلاف و لا اشكال، لصدق اتحاد الجنس فيه، نعم لو شرطت الصياغه مثلا كان زياده.

و إذا كان فى الفضة مثلا غش غير متسامح فيه مجهول قدره تفصيلا و إجمالا لم تبع الا بالذهب أو بجنس غير الفضة الخالصه لعدم الربا حينئذ لاختلاف الجنسین، أما فيها فلا، لعدم العلم بمقدار ما فيه منها كى يتخلص من الربا الذى شرط عدمه فى المتجانسين المساواه؛ فالشك فيها شك فى الجواز، و كذا لا يجوز بيعه بجنس ما فيه من الغش خاصة إذا كان ربويا لعین ما سمعته فى الفضة، أما بيعها بالفضة المغشوشه، فلا ريب فى الجواز لانصراف كل جنس الى ما يخالفه.

و كذا الحال فى الذهب المغشوش و

فى صحيح بن سنان (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الفضة فيه الرصاص بالورق، و هى إذا أذيت نقصت من كل عشره، درهمين أو ثلاثه، فقال: لا يصلح الا بالذهب».

نعم الظاهر أن هذا الحصر بناء على الغالب من عدم بيع المغشوش بمثله من الخالص فضلا عما زاد، و الا لو فرض ذلك جاز و ان جهل؛ لعدم الربا حينئذ، ضروره مقابله ما فيه من الفضة بمثلها كائنا ما كان، و صرف الزائد إلى الغش كما أنه لو علم ما فيها من الغش و لو على الإجمال بأن لا يزيد على الثلث مثلا جاز بيعها بما يزيد على الثلثين من الخالص زياده تصلح لمقابله الغش و لو علم مقدار الفضة على التفصيل جاز بيعه بمقداره من جنسه مع زياده منه أو من غيره تصلح لان تقابل الغش كما تقدم تحقيق المسأله فى الربا و ذكرها فى المقام من حيث تعلقها بالصرف، بناء على ما عرفت سابقا و تعرف لا حقا فى بيع السيوف المحلاه إن ضميمة غير الجنس لدفع الربا لا الصرف، فلا بد من التقابض حينئذ؛ لكن ينبغى أن يعلم أنه يكفى فى الصحه حصول الشرط فى الواقع، فلو فرض صدور البيع حال الجهل بقدر المقابل فاتفق كونه واقعا على وجه لا ربا فيه صح، لتناول عموم الأدله له، و لا دليل على اشتراط الإحراز سابقا كالمعالميه فى البيع.

و حينئذ فالمتجه الاختبار فيما لو وقع مثل ذلك، فلا يحكم بالصحه و لا بالفساد الا بعد

تبين الحال؛ و لعل إطلاق الأصحاب عدم الجواز يراد به عدمه لو أريد البيع به من



غير مراعاة كغيره من الافراد، أما إذا تعذر الاختبار مثلا، فيمكن الرجوع الى أصله عدم ترتب الأثر و النقل و نحوهما من الأصول بعد عدم ما يدل على أحد الأمرين، و ان كان كل منهما مشروطا بشرط وجودى و هو التفاضل و التساوى مثلا، و يمكن القول ببقاء العوضين على الاشتباه حتى يتحقق الحال، و لو للمقدمه باعتبار التكليف بما لا يتم الا بالتوقف فى الفرد المخصوص من بيع المتجانسين حتى يعلم الحال، و المسأله مشكله، و لكن ظاهر الأصحاب فى المقام و غيره معامله المفروض نحو معامله الفاسد فى الظاهر، و تمام التحقيق محتاج إلى اطناب تام فتأمل جيدا و الله العالم.

و لا- يباع تراب معدن الفضة بالفضه خاصه و لا بترابه أيضا احتياطا عن الوقوع فى الربا لعدم العلم بالمساواه و يباع بالذهب و بغيره لاختلاف الجنس و كذا تراب معدن الذهب و لا يباع بالذهب و لا بترابه احتياطا و يباع بالفضه مثلا لاختلاف الجنس فلا ربا؛ و ان تحقق الصرف باعتبار وجود الأجزاء الذهبية و الفضية فى التراب لا- أنه مستحيل بالعمل و الا لم يكن لذكرها فى الصرف وجه و ان جرى عليها حكم الربا على هذا التقدير أيضا، لما عرفت سابقا من أن الفرع و الأصل جنس و، لو علمت زياده فى الثمن عما فى التراب من جنسه لم يصح هنا و ان صح فى المغشوش، بناء على أن التراب لا قيمه له لتصلح فى مقابله الزائد و حينئذ فإن علمت المساواه جاز، و التراب كعدمه فما عساه يتخيل من جواز بيع التراب بالتراب لأنهما جنس واحد و لا يقدر عدم العلم بما يحصل منهما إذ هو كبيع اللحم باللحم المشتملين على العظام لا يخلو من ضعف.

و لو مزج الترابان أو جمعا فى صنفه جاز بيعهما بالذهب و الفضة معا لانصراف كل جنس الى ما يخالفه و بالذهب وحده مع زياده تقابل الفضة و بالعكس كذلك لعدم الربا فى ذلك كله كما هو واضح، و

قال أبو عبد الله مولى عبد ربه (١) «سألت الصادق (ع) عن الجوهر الذى يخرج من المعدن و فيه ذهب و فضه و صفر جميعا

كيف نشتره فقال تشتريه بالذهب و الفضة جميعا»

و كذا يجوز بيع جوهر الرصاص و الصفر بالذهب و الفضة و ان كان فيه أى الرصاص و الصفر يسير من الفضة أو الذهب بلا خلاف لان الغالب عليه اسم غيرهما فلا يصدق بيع المجانس بمثله و لا بيع الأثمان بمثلها فلا يجرى عليه حكم الربا و ان لم يعلم زياده الثمن عن ذلك اليسير و لا حكم الصرف.

قال: معاويه(١) وغيره «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن جوهر الأسرب و هو إذا خلص كان فيه، فضه، أ يصلح أن يسلم الرجل فيه الدراهم المسماه؟ فقال: إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك يعنى لا يعرف لا بالأسرب»

و

فى خبر البجلي (٢) عنه أيضا «فى الأسرب يشتري بالفضه؟ فقال: إذا كان الغالب عليه الأسرب فلا بأس».

و قد ظهر منها أن المدار على غلبه الاسم حقيقه، فلا يجرى غيره حتى التسامح للقله و نحوها و هو كذلك، قال فى المسالك: «ان مجرد الأغلبه غير كاف فى جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق، حتى لو كان الخليط عشرا يمكن تمييزه لم يجر بيعه بجنسه الا مع زياده الثمن عليه بحيث يقابل الآخر».

نعم قد يظهر من بعضهم أنه إذا كان تابعا غير مقصود لم يمنع من البيع بجنسه، كالذى يزين به السقف و الجدران و المصاحف، مع أنه قد يناقش فيه بعدم مدخله القصد فى ذلك و جواز نحو ذلك مما ذكره لخروج النقد فيها عن الموزونيه فتأمل جيدا و الله أعلم.

و يجوز إخراج الدراهم المغشوشه و الدنانير بالشراء بها و غيره من أنواع التصرفات مع جهاله أصل الغش أو قدره إذا كانت معلومه المصرف بين الناس بلا خلاف بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، فضلا عن محكيه، للسيره القطعيه بعد الأصل و

قال حريز(٣) «كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها فقال: لا بأس إذا كان جواز المصر»

و

البقباق(٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الدراهم المحمول عليها فقال: إذا أنفقت ما يجوز

١-١ الوسائل الباب-١٧- من أبواب الصرف الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-١٧- من أبواب الصرف الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-١٠- من أبواب الصرف الحديث- ١٠.

٤-٤ الوسائل الباب - ١٠- من أبواب الصرف الحديث - ٩.

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

و

محمد بن مسلم (١) «جاء رجل من أهل سجستان لأبي جعفر عليه السلام فقال له: ان عندنا دراهم يقال لها الشاهيه تحمل على الدراهم دانقين؟ فقال لا بأس به إذا كان يجوز بين الناس»

و عليه يحمل إطلاق

خبره الآخر (٢) «سألته عن الدراهم المحمول عليها فقال لا بأس»

بل و

خبر عمر بن يزيد (٣) «عن أبي عبد الله عليه السلام في إنفاق الدراهم المحمول عليها فقال:

إذا كان الغالب الفضه فلا بأس بإنفاقها»

المبين ب

خبره الآخر (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إنفاق الدراهم المحمول عليها؟ فقال: إذا جازت الفضه الثلثين فلا بأس»

على معنى أن الجائر بين الناس في ذلك الوقت ما كانت كذلك و ان كانت مجهوله الصرف و كان غشها مما لا يتسامح به لم يجز إنفاقها إلا- بعد ابانه حالها بلا- خلاف بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلا عن محكيه لما فيه من الغش المحرم نضا و إجماعا و عليه يحمل

خبر المفضل بن عمر الجعفي (٥) «قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، فألقى بين يديه الدراهم فألقى إلى درهما منها فقال: أيش هذا؟ فقلت: ستوق فقال: و ما الستوق؟ فقلت: طبقتين فضه و طبقه من نحاس و طبقه من فضه فقال: اكسر هذا فإنه لا يحل بيع هذا و لا إنفاقه»

و

مكاتبه جعفر بن عيسى (٦) «الى أبي الحسن عليه السلام «ما تقول جعلت فداك في الدراهم أعلم أنها لا تجوز بين المسلمين إلا بوضيعة تصير الى من بعضهم بغير وضيعة لجهلى به؛ و انما

أخذه على أنه جيد أ يجوز لى أن آخذه و أخرجه من يدى على نحو ما صار الى من قبلهم؟ فكتب عليه السلام لا يحل ذلك».

ما رواه ابن أبي عمير عن ابن رئاب (٧) قال: لا أعلمه إلا عن 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»

و غيره و الظاهر الاكتفاء بالاختبار بأن فيه غشا من غير حاجة الى بيان قدره إلا إذا توقف عليه التخلص من الربا، كما أن الظاهر عدم

---

١-١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الصرف الحديث- ٦.

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

٣-٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الصرف الحديث- ٤.

٤-٤ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الصرف الحديث- ٣ فيه: إذا جازت الفضه المثلين.

٥-٥ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الصرف الحديث- ٥.

٦-٦ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الصرف الحديث- ٨.

٧-٧ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الصرف الحديث- ٢.

وجوب الكسر و ان نص عليه في الخبر السابق (١) الا- أنى لم أجد من أفتى به بل الفتاوى و باقى النصوص على خلافه، و فى جواز دفع الظلمه بالدرهم المغشوشه و جهان أقواهما الجواز و أحوطهما خلافه و الله أعلم.

### [مسائل عشر]

### إشاره

مسائل عشر

### [المسأله الأولى الدراهم و الدنانير يتعينان ]

الأولى: الدراهم و الدنانير عندنا معاشر الإماميه كغيرها يتعينان بالتعيين فى العقد

فلو اشترى شيئاً بدرهم أو دنانير معينه لم يجز له دفع غيرهما و لو تساوت الأوصاف خلافاً لأبى حنيفه فلا تتعين بالتعيين، و هو مخالف للأدله الأربعة كما هو واضح، و حيثئذ فإن تلف قبل القبض انفسخ البيع و لم يكن له دفع عوضها، و ان ساواه مطلقاً؛ و لا للبائع طلبه، و ان وجد البائع بها عيباً ففى المسالك لم يستبد لها، بل اما أن يرضى بها أو يفسخ العقد قلت: أو يأخذ الأرش إذا كان فى المجلس حيث يكون المبيع حيثئذ من الأثمان أيضاً، و لا يستلزم الربا بل و ان استلزم على وجه تقدم سابقاً.

### [المسأله الثانيه إذا اشترى دراهم بمثلها معينه فوجد ما صار اليه من غير جنس الدراهم كان البيع باطلا]

المسأله الثانيه: إذا اشترى دراهم بمثلها معينه فوجد جميع ما صار اليه من غير جنس الدراهم بل هى رصاص و نحوه كان البيع باطلاً بلا خلاف و لا اشكال و كذا فى غير الصرف ف لو باعه ثوباً مثلاً كتاناً فبان صوفاً (١١) بطل البيع لتخلف القصد عما وقع عليه العقد و لا ابدال هنا و لا أرش لوقوعه على عين مشخصه، فلا يتناول غيرها، و عدم وقوع الصحيح و المعيب على هذه العين. و تخيل تغليب الإشاره هنا على الاسم باطل، ضروره اراده مسمى الاسم منها.

و لو كان (١٢) قد وجد البعض (١٣) مما صار اليه من غير الجنس بطل فيه حسب (١٤) دون الجيد بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك الا ما ستسمعه لوجود مقتضى الصحه فيه بخلافه و لا مانع من التبعض فى متعلق العقد كما فى غير المقام.

و لكن له بل و للبائع أيضا مع الجهل بالعيب رد الكل لتبعض الصفقه و له أخذ الجيد خاصه بحصته من الثمن و قد ظهر لك مما تقدم أنه ليس له الرضا به، لما عرفت من بطلان العقد فيه و ليس له المطالبه بدله لعدم تناول العقد له و لا بالأرش و كذا لو اشترى بالدرهم و دنانير أو غيرها، ضروره اتحاد الجميع فيما عرفت مما هو معلوم من القواعد المقرره فى غير المقام، لكن عن الخلاف و السرائر أنه إذا باعه درهم بدرهم، و كان البعض عن غير الجنس كان البيع باطلا، و قد يريدان فى خصوص البعض، و فى اللمعه «لو ظهر عيب فى المعين من غير جنسه بطل فيه، فان كان بإزائه مجانسه، بطل البيع من أصله كدرهم بدرهم، و ان كان مخالفا صح فى السليم و ما قابله، و ظاهره الفرق بين المجانس و المخالف، و ربما وجه باستلزام الربا فيه دونه، و ذلك لانه لو ظهر درهم من مائة درهم نحاسا كشف عن وقوع البيع على مائة بتسعه و تسعين درهما، لان وجود الدرهم المعيب كعدمه، بل قيل انه لو لا أن مراده ذلك لم يبق فرق بينه و بين قوله، و ان كان مخالفا، بل كان فى العبارة تكرار، و اشتراط من غير فائده.

و فيه أنه بعد أن قوبل صورته بالثمن خصه منه مقدار ما يساويه، فلا ربا حينئذ فى غيره، و تنزيله منزله العدم بالنسبه إلى قصد كونه مبيعا لا بالنسبه إلى المقابله، و يمكن أن يريد الشهيد و ان كان بعيدا بل لا يخلو من نظر بالمجانس هنا المعيب أيضا، فإنه لا إشكال فى البطلان حينئذ و المخالف غير السليم فلا يكون مخالفا و لم يفسرها فى الروضه بما يصلح وجهها للتفصيل فلاحظ و تأمل.

و أما لو كان الجنس واحدا و به عيب كخشونه الجوهر أو اضطراب السكه كان له رد الجميع أو إمساكه، و ليس له رد المعيب وحده لو فرض أن المعيب البعض لتبعض الصفقه، و فيه البحث السابق بل عن الشيخ و ابن حمزه و الفاضل التصريح هنا بأن له ذلك و ان كان ظاهرهم فى بحث العيب الإجماع على عدمه و لم يظهر وجه للفرق فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و لا ابدا له لان العقد لم يتناوله كما عرفت و لا أرش فى مفروض المتن للربا به

بناء على تحققه بمثله، و لو تخالفا كان له الأرش فى المجلس قطعا، لوجود المقتضى و عدم المانع، و مع مفارقتة ليس له أخذ الأرش من النقدين، بلا خلاف ممن تعرض له، كالفاضل و الشهيدين و غيرهم لكونه حينئذ من الصرف؛ و قد فرض الافتراق.

أما من غيرهما فقد صرح الفاضل فى التحرير و الشهيدين فى الدروس و المسالك بجوازه، لعدم كونه صرفا بل هو كالمعاوضه بغير الأثمان، فىكون جملة العقد بمنزله بيع و صرف، و البيع ما أخذ عوضه بعد التفرق، و ظاهر أولهما فى اللمعه التوقف فيه بل جزم ثانيهما بعدمه فى الروضه، لأن المعروف كون الأرش كجزء من الثمن؛ و المعتبر فيه النقد الغالب على أن الحقوق الماليه يرجع فيها الى النقدين، فكيف ينحصر الحق الواجب باعتبار نقصان فى أحدهما، فإذا اختار الأرش حينئذ و حصل موجب له لم ينقد و اتفاهما على غيره معاوضه على النقد الثابت فى الذمه أرشا لا نفس الأرش.

و دعوى- أن الثابت و ان كان هو النقد، لكن لما لم يتعين الا باختياره الأرش إذ لو رد لم يكن الأرش ثابتا، كان ابتداء تعلقه بالذمه الذى هو بمنزله المعاوضه اختياره، فيعتبر حينئذ قبضه قبل التفرق مراعاة للصرف، و كما يكفى فى لزوم معاوضه الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرق كذا يكفى دفع عوضها قبله، بل مطلق براه ذمه من يطلب منه، فإذا اتفقا على جعله من غير النقدين جاز، و كانت المعاوضه كأنها واقعه به- يدفعها أن ذلك يقتضى جواز أخذه فى مجلس اختياره من النقدين أيضا و لا يقولون به، و لزومه و ان كان موقوفا على اختياره، الا- أن سببه العيب الثابت حاله العقد، فقد صدق التفرق قبل أخذه، و ان لم يكن مستقرا.

و من هنا قال فى الروضه: «و الحق انا ان اعتبرنا فى ثبوت الأرش السبب لزوم بطلان البيع فيما قابله بالتفرق قبل قبضه مطلقا، و ان اعتبرنا حاله اختياره أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل، لزوم جواز أخذه فى مجلسه مطلقا، و ان جعلنا ذلك كاشفا عن ثبوته بالعقد، لزوم البطلان فيه أيضا.

و على كل حال فالمعتبر منه النقد الغالب، و ما اتفقا على أخذه أمر آخر، و الوجه



الأخير أوضح، فيتجه مع اختياره البطلان فيما قابله مطلقا، و ان رضى بالمدفوع لزم، و أشكله فى جامع المقاصد «بأن المدفوع أرش ليس هو أحد عوضى الصرف و انما هو عوض صفه فائته فى أحد العوضين، و يترتب استحقاقها على صحه العقد و قد حصل التقابض فى كل من العوضين، فلا مقتضى للبطلان إذ وجوب التقابض انما هو فى عوضى الصرف، لا فيما وجب بسببهما، و أجاب عنه فى الروضه بأن الأرش و ان لم يكن أحد العوضين، لكنه كالجزم من الناقص منهما، و من ثم حكموا بأنه جزء من الثمن نسبتة إليه كنسبه قيمه الصحيح الى المعيب، و التقابض الحاصل فى العوضين وقع مترلزلا، إذ يحتمل رده رأسا و أخذ أرش النقصان الذى كتتمه العوض الناقص، فكان بمنزله بعض العوض، و التخيير بين أخذه و العفو عنه و رد البيع لا ينافى ثبوته؛ غايته التخيير بينه و بين أمر آخر فيكون ثابتا ثبوتا تخييريا بينه و بين ما ذكر».

قلت: هو و ان أجاد بما حرر و أفاد، الا أن التحقيق خلافه، فيجوز أخذ الأرش من النقدين مع التفرق، لا لانه جزء من الثمن قد انفسخ العقد بالنسبه إليه، لعدم وصف الصحه المقابل له فى المثلن فيصح أخذه حينئذ فى مجلس العقد و غيره، لبقائه حينئذ على ملك المالك، و لا صرف فيه بوجه من الوجوه، إذ هو و ان أوهمه لفظ الرد و الرجوع

فى النصوص؛ بل فى بعضها(١) «كان على عليه السلام يضع من ثمن الجار به بقدر عيها»

بل و بعض عبارات الأصحاب حتى جعل فيها الخيار بالعيب من خيار تبعض الصفقه، الا ان المعلوم من الأصحاب خلافه، و لذا لم يعرف الخلاف بينهم فى سقوطه بالإسقاط الذى لا ينحل إلى الإبراء و لا إلى الهبه، و لم يثبتوا للبائع خيارا بسببه إذا كان جاهلا لتبعض الصفقه عليه فى الثمن، و كونه من قبله بعد فرض جهله بالعيب لا يسقطه، و لذا لم يحكموا ببطلان المعامله الربويه بوجود العيب فى أحد العوضين المستلزم على هذا التقدير الزيادة فى أحدهما، و لم يجعلوا الأرش أيضا تابعا لخصوص الثمن، حتى أنه لو أراد البائع دفعه من غير ذلك الثمن لم يكن له باعتبار بقاء الجزء المقابل للصحه منه على ملك المشتري مثلا، الى غير ذلك مما لا يخفى لزومه على هذا التقدير مما هو معلوم عدمه، بل قد يمنع صدق اسم الأرش

عليه حينئذ، و ان كان المتجه عليه ما عرفت، من أن له أخذه بعد مجلس التفريق، بل لأن الأرش غرامه استحققت شرعا بسبب العيب فى المبيع بالمعامله الصحيحه، فهو و ان كان ثابتا عوض ما فات من وصف الصحه الا أنها معاوضه شرعيه قهريه. لا تدخل تحت البيع حتى يجرى عليها

لصرف، ضروره عدم قصد كل من المتعاملين كون المبيع العين مثلا مع أرش العيب من الدرهم و الدرهمين مثلا فلا يبيع بالنسبه إليه قطعا، فينبغى القطع بعدم جريان الصرف أما الربا لو فرض كونه فى المتجانسين فان علم من الأدله شموله لمثل ذلك جرى، و الا جاز كما سمعته سابقا منا.

و على كل حال فالصرف ينبغى القطع بعدمه و من ذلك يعرف ما فى قوله و الحق الى آخره، و من الغريب دعوى كونه من المعاوضه الصرفيه و ان كان البائع مخيرا بينها و بين الرد و بين العفو، و ان الاختيار أو التصرف كاشف حينئذ عن الثبوت بالعقد، و انه غير مناف لثبوته على جهه التخيير، إذ هو كما ترى، و أغرب منه دعوى البطلان فيما قابله من الثمن بالتفريق إذ شمول أدله الصرف لنحو ذلك من المعلوم عدمه، بل كاد يكون ضروريا.

كما أن دعوى عدم تناول أدله أخذ الأرش لمثل هذا المبيع معلوم عدمها، فضلا عن ترجيح ما دل على اعتبار التقابض فى الصرف على ما دل على ثبوت الأرش مضافا الى ما فى جامع المقاصد «من أنه يمكن أن يقال قد صدق التقابض فى مجموع العوضين المقتضى لصحه الصرف و اشتراط قبض الأرش إذا كان من النقدين ليس لكونه جزء معاوضه بل لكونه من توابعها، و من ثم لو أسقطه مستحقه لم يلزم فى المعاوضه اختلال، كما لو كان النقدان من جنس واحد» و ان كان قد يناقش فيه بأنه بناء على دخوله فى المعاوضه لا ريب فى اعتبار قبضه فى صحته و صحه مقابله إذا كان من النقدين، و كونه عوض صفه فلا مقابل له من العوض الأخر، يدفعه أن أحد العوضين فى مقابل الأخير من جهه المالىه، و لا فرق بين الجزء و الصفه التى لها دخل فى المالىه.

نعم التحقيق ما ذكرناه من أن الأرش غرامه شرعيه تثبت بسبب العيب فهو كالمعاوضه القهريه، و لو لا-الدليل لم يكن ثبوتة مقتضى القواعد، بل لو كان دفع الأرش ممن عليه من

الصرف باعتبار كونه نقداً في ذمه المستحق عليه و دفعه عنه شراء له من المستحق و جب اعتبار التقابض فيه حتى في غير الصرف، و هو معلوم العدم، و دعوى اختصاص ذلك في المعامله الصرفيه لا شاهد لها و لو أعطيت التأمل حقه في المقام بان لك أن كثيرا من - الكلام دخان بلا - ضرام و سفسطه بلا - حاصل، و متعبه بلا - طائل، و لعل مرجع ما ذكره المحقق الثاني الى ما قلناه فلاحظ و تأمل هذا.

و لكن في القواعد في المقام «أن له الأرش ما دام في المجلس فان فارقه فإن أخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه، و ان كان مخالفا صح» و فيه أنه لا فرق في الصرف بين جنس المعيب و السليم، فاما أن يبطل فيهما معا، أو يصح كذلك، إذ ما قيل من أنه لو دفع من جنس السليم كما لو كان العوضان دينار أو عشره دراهم و كان الدينار معييا من الجنس بما يقتضى نقصان قيمته بقدر درهم فان المبيع يكون دينار أو درهما بعشره دراهم، و قد تفرقا قبل قبض الدراهم فيبطل الصرف فيه، بعينه آت فيما لو دفع ذهابا قيمته درهم، فإنه قد تفرقا قبل قبضه، فيجب أن يبطل كالسليم؛ بخلاف ما لو دفع من غيرهما، و قد يريد كما حكاه الشهيد عن بعض تلامذه العلامه ما كان مخالفا لجنسى المعيب و الصحيح معا، فالمراد حينئذ بجنس السليم مطلق النقد فيوافق ما حكيناه عنه في التحرير.

نعم ربما ظهر من العبارة المزبوره عدم انحصار الأرش في النقد، و أنه كلى شامل له و لغيره، و تعذر بعض أفراده بالتفرق؛ يعين الآخر و هو النقد أو أنه النقد إذا أمكن، فإن تعذر فغيره، و فيه منع واضح لما عرفت من انصراف جميع الحقوق الماليه إلى النقد، كما أن ظاهر قوله بطل فيه أنه لا يجوز دفع الأرش بعد ذلك، و يشكل بأنه إذا استحق في ذمته عوض نقصان أحد العوضين، كيف يبطل فيما لو عينه فيما لا يجوز أخذه، و تخيره في جهات القضاء انما هو فيما لم يمنع شرعا، بل في جامع المقاصد لو سلم تخيره بالنسبه إليها لم يلزم البطلان، بل عدم جواز المطالبه بغيرها حتى لو تراضيا على الأداء من غير النقدين بعد التعيين في أحدهما ينبغى القول بالجواز فتأمل جيدا و الله أعلم.

**[المسألة الثالثه إذا اشترى دراهم في الذمه بمثلها و وجد جميع ما صار اليه غير فضه قبل التفرق كان له المطالبه بالبدل ]**

المسألة الثالثه: إذا اشترى دراهم في الذمه بمثلها، و وجد جميع ما صار اليه غير فضه قبل

التفرق كان له المطالبه بالبدل قطعا لعدم فرديه ما قبضه للكلى المبيع فهو كعدم القبض بل ليس له الرضا به عوضا عن المبيع إلا بمعاوضه جديده غير العقد الأول و ان كان قد ظهر له ذلك بعد التفرق بطل الصرف لعدم التقابض فى المجلس و لو كان قد ظهر ذلك فى البعض طالب بالبدل قبل التفرق و بعده بطل فيه لعدم التقابض و صح فى الباقي لوجود المقتضى و كان له خيار تبعض الصفقه و ان كان لم يخرج المدفوع بالعيب عن الجنسيه لانه اضطراب سكه أو خشونه جوهر أو نحوهما و فرض كون العيب المزبور فى جميع العوض كان مخيرا بين الرد (١١) لإطلاق أدله العيب و (١٢) بين الإمساك بالثمن من غير أرش (١٣) بناء على استلزامه الربا أو لعدم ثبوته فى فرد الكلى كما ستعرف من غير فرق فى ذلك بين حالى التفرق و عدمه.

لكن قد يفهم من جمع المصنف بين الرد و الابدال أن مراده من الأول فسخ العقد من أصله، بل قوله فى القواعد «له الرد و الإمساك مع الأرش مع اختلاف الجنس، و مجاننا مع اتفاهه، و المطالبه بالبدل و ان تفرقا على اشكال» أوضح منه كقوله فى الإرشاد «له الرد و الإمساك بغير أرش، و البدل و ان تفرقا» بل فى الوسيله «و عن المبسوط تخيره بعد التفرق بين الرضا بالبيع و الفسخ و الابدال» و لعل وجه الفسخ أن المبيع و ان كان كليا الا أنه تشخص بالقبض، حتى صار كأن المبيع ذلك الشخصى فجرى عليه حكمه إذا كان مبيعا.

و اليه أشار فى التذكرة حيث احتمل الفسخ معللا له بأن المطلق يتعين بالتقابض الا أنه جعل الوجه قبل ذلك عدمه الا مع تعذر تسليم الصحيح، قال: «لان العقد يتناول أمرا كليا» و نحوه ما فى المختلف فإنه بعد أن حكى عن الشيخ ما سمعت قال: «ولى فيه نظر فإن لقائل أن يقول ليس له الفسخ كما لو دفع المسلم فيه معييا، فان له المطالبه بالصحيح دون الفسخ الا مع تعذر التسليم، فكذا هنا إذ المعقود عليه غير معين، و لا يتعين المعيب بالقبض، و لا يتحقق الفسخ» و أشكله فى الدروس بأنهما تفرقا قبل قبض البدل و فيه أن البحث على فرض جواز الابدال بعد التفرق كما هو صريح ما سمعته عن المبسوط

و الوسيله، و الا فلا ريب أن المتجه على تقدير العدم جواز الفسخ، لكن على معنى أن له رد المعيب فيفسخ العقد حينئذ، لعدم التقابض قبل التفرق، و حينئذ يكون من قبيل تعذر تسليم الصحيح.

و من هنا جعل في التحرير عدم الفسخ لازما للقول بالإبدال، فقال: «و لو وجد القابض عيبا فله المطالبه بالبدل قبل التفرق، سواء كان العيب من جنسه أو من غيره، و لو كان العيب من جنسه و رضيه جاز، و لو طلب الأرش لم يجز مع اتحاد العوضين و يجوز مع عدمه، و لو افترقا بعد القبض ثم وجد العيب من جنسه قال الشيخ: له الإبدال، و لو كان من غير الجنس بطل الصرف، و لو كان في البعض صح في السليم و لو طلب واجد العيب الفسخ فعلى قول الشيخ ينبغي أنه ليس له مع الإبدال؛ و لعل مراده أن المتجه على قول الشيخ عدم جواز الفسخ و ان كان هو قد صرح به كما سمعت، و يؤيد ذلك كله ما تسمعه إنشاء الله في باب السلم من الحكم بالإبدال و عدم فسخ العقد؛ و لعله لذا اقتصر في اللمعه هنا فيما نحن فيه على أن له الإبدال مضافا الى أصاله لزوم العقد و غيرها فالمتجه حينئذ حمل الرد في كلام المصنف على اراده رد المبيع لا فسخ العقد، و يكون الحاصل أن له الرد على كل حال، و ان أدى ذلك لو كان بعد التفرق، و قلنا بعدم الإبدال فيه الى بطلان العقد.

و المناقشه- في أصل جواز الفسخ بأنه قد تشخص الكلى في المقبوض، إذ الفرض أنه فرد له، و لا دليل على أن العيب يسلب على فسخ مقتضى القبض، و الأصل براءة ذمه الدافع و بقاء ملك المدفوع اليه- يدفعها الاتفاق منهم ظاهرا على ذلك في المقام و السلم و غيرها، مؤيدا بإطلاق ما دل على رد المعيب الشامل للمقام، و ان اختلف هو مع الشخصى بكون رده مقتضيا لفسخ العقد بخلاف رده هنا باعتبار أن العقد قد وقع على ما هو أعم منه، فأقصى ما يفيد رده ابطال التشخيص السابق لا أصل العقد كما هو واضح.

و حينئذ ففي المقام ان رد في المجلس كان له المطالبه بالبدل قبل التفرق قطعا

لعدم المانع من التفرق ونحوه أما فيما بعد التفرق ففي الابدال تردد و خلاف فالمشهور بين من تعرض له من الشيخ و ابن حمزه و الفاضل و المحقق الثاني و الشهيد الثاني أن له ذلك، و في الدروس «لا يجوز على الأقرب» و هو ظاهر اللمعة أيضا و عن أبي على أنه يجوز الابدال ما لم يتجاوز يومين فيدخل في بيع النسيئة، لكنه لم يقيد بالتعيين و عدمه، و كان وجه العدم أن الإبدال يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق و أن المبيع حقيقه انما هو البدل، و قد حصل التفرق قبل قبضه، فيكون الصرف باطلا، فلا- يجوز له أخذ البدل، و يدفعه أن التقابض تحقق في العوضين قبل التفرق، لأن المقبوض و ان كان معيبا، الا أن عيبه لم يخرج عن حقيقه الجنسيه، و لأجل ذلك ملكه المشتري، و كان نمائوه له من حين العقد الى حين الرد، و الفسخ بالرد طار على الملك بسبب ظهور العيب، فيكون البيع صحيحا، و له طلب البدل بعد التفرق، إذ ما في الذمه و ان كان أمرا كليا الا أنه إذا عين في شيء و قبضه المستحق تعين و ثبت ملكه له فإذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته تدار كالفئات حقه، فإذا فسخ رجع الحق إلى الذمه فتعين حينئذ عوضا صحيحا، و بهذا ظهر أن الأول كان عوضا في المعاوضه، و قد قبضه قبل التفرق، فتحقق شرط الصحة، فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارى على العوض، المقتضى لعوده إلى الذمه، و كون البدل عوضا لا يقتضى نفى عوضيه غيره، فلا يقتضى التفرق قبل قبضه العوض في المعاوضه.

و اما ما عن الإيضاح من أن جواز الابدال يستلزم عدمه، لان رده هو رفع تعيين البيع فيه، و هو يستلزم انتفاء كون المردود المبيع في الماضي و المستقبل، لأن المبيع واحد، فلا يكون قد قبض المبيع قبل التفرق فيبطل الصرف، إذ يمكن منعه عليه بالتزام عدم وحده ما يتحقق به المبيع حتى في الزمان، فقد ظهر أن الأقوى جواز الابدال كما أن الأقوى عدم اعتبار التقابض في مجلس الرد وفاقا للشهيدين في الحواشي و المسالك و المحقق الثاني في جامعهم، للأصل السالم عن المعارض؛ إذا قبض الأول اما أن يؤثر في صحة البيع أولا، و الثاني يستلزم بطلان البيع من رأس و المفروض خلافه؛ و الأول

يستلزم عدم اشتراط قبض البدل، و بالجمله أدله التقابض انما يظهر منها اعتباره في مجلس العقد و قد حصل، فغيره على الأصل، فما عن الإيضاح من الاشتراط ضعيف كالإشكال في القواعد، و ان كان وجهه أنه قبض عوض الصرف، لأن القبض الأول قد ارتفع، و فيه ما عرفت، فقد بان أن الأقوى عدم الاشتراط كما أنه مما ذكرنا سابقا ظهر مستند القول بالإبدال و عدمه، و أما ما عن أبي على ف

في خبر إسحاق (١) عن الكاظم عليه السلام اشاره اليه قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يبيعنى الورق بالدنانير و أترن منه فأزن له حتى أفرغ، فلم يكن بينى و بينه عمل الا أن فى ورقه نفايه و زيوفا و ما لا يجوز، فيقول:

انتقدها و رد نفايتها، فقال: ليس به بأس، و لكن لا يؤخر ذلك أكثر من يوم أو يومين؛ فإنما هو الصرف، قلت: فان وجدت في ورقه فضلا مقدار ما فيها من النفايه قال: هذا احتياط هذا أحب الى»

و هى كما ترى و لو كان العيب فى البعض، فحكمه حكم الكل فى جميع ذلك، الا أن فى رده و حده أو رد الجميع لثلا تبعض الصفقه على البائع ما عرفته سابقا، كما أن الحكم كذلك أيضا فى مختلف الجنس و ان زاد عليه بجواز أخذ الأرش فى المجلس و بعده على البحث السابق، لكن صرح فى المختلف هنا «بأن له الأرش مع التفرق» بل لعله المفهوم من عبارته القواعد أيضا و هو موافق لما قدمناه من عدم منافاته للصرف.

نعم قد أطلق هنا فى المحكى عن المبسوط و الخلاف و الوسيله الإمساك مجانا مع عدم تقييد الأول و الثالث باتحاد الجنس و فرضه فى الثانى مع اختلافه، و لعله لأن الأرش انما يثبت فى أحد العوضين إذا تعين لأن غير المعين ماهيه كلييه فى الذمه، و انما يحمل اللفظ على الصحيح، فإذا دفع اليه بعض جزئيات الكلى معينا كان له ابداله؛ فلا- يتعين كونه معينا كى يستحق جبره بالأرش؛ و لذا حكى عن شرح الإرشاد للفخر الجزم بعدم الأرش أيضا، بل هو ظاهر الشهيد أو صريحه فى الحواشى بل يؤيده ما تسمعه منهم فيما إذا خرج المسلم فيه معينا من التصريح بعدم الأرش بل ظاهر المسالك هنا أنه من المسلمات، و هو متجه بناء على أن له الابدال هنا، إذ لا فرق حينئذ بينه و بين المسلم فيه.

نعم يمكن القول بثبوت الأرش فيهما معا باعتبار تشخصه بالقبض فيشملة ما دل عليه في المبيع المعيب، و لا ينافيه جواز المطالبه بالإبدال، اللهم الا أن يقال ان الأرش انما ثبت عوضا عن وصف الصحة الذي لا يمكن تداركه الا به لو كان المبيع شخصا أما إذا كان كليا فهو ممكن بالإبدال، فلا يلزم به البائع و من ذلك كانت المسألة محل تردد، و ان كان الأول أقوى ان لم يكن إجماع على خلافه، و الله أعلم.

ثم انه حيث يثبت الرد لا يمنعه نقص السعر عندنا و لا زيادته، للأصل و إطلاق الأدله خلافا لبعض العامه فجعل النقص كحدوث العيب فيه، و هو قياس و مع الفارق، و لو تلف أحد العوضين المعينين في الصرف بعد التقابض، ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بان بطلان الصرف، و كان العوض الآخر لصاحبه، و يضمن التالف بالمثل ان كان نحو الذهب و الفضة و الدرهم و الدينار و بالقيمه في الحلوى و نحوها و لو كان العيب من الجنس لم يكن له الأرش مع اتحاد الجنس، بناء على ثبوت الربا به.

نعم قيل ان له الفسخ و يرد مثل التالف أو قيمته ان لم يكن له مثل و فيه نظر، أما مع اختلافه فله الأرش على البحث السابق، و لو كانا غير معينين و كان التالف معينا من غير الجنس لم يبطل الصرف قبل التفرق.

نعم هو كذلك بعده و لو كان معينا بالجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس قبل التفرق و بعده، على البحث السابق و ليس له فسخ العقد على القول به هناك، لأن التلف مانع له، و الظاهر أن المطالبه بالبديل كذلك، أما متحد الجنس فليس له الأرش، بناء على ثبوت الربا به، و له الرد في وجه بل قوله قد تقدم، لتوقف تحصيل حقه عليه، و الظاهر أن الإبدال كذلك، و من ذلك كله يعلم ما في إطلاق القواعد، قال:

«لو تلف أحدهما بعد التقابض ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل التصرف، و يرد الباقي و يضمن التالف بالمثل أو قيمه، و لو كان من الجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس و الا فلا» و يمكن أن يريد المطلقين فيحتاج الى قيد التفرق، للبطلان و الأمر سهل.



و لعل اضطراب كلامهم فى المقام يشهد للمختار سابقا، ضروره كون المقام من خيار العيب فى غيره، و ليس له أدله مخصوصه تخصه؛ و قد عرفت سابقا سقوطه بالتلف و التصرف؛ فبناء على المختار من ثبوت الأرش فى متحد الجنس و لا ربا، و على ثبوته أيضا فى مختلف الجنس بعد التفرق، و لا ينافى الصرف، و على ثبوته فى الكلى أيضا يتجه حينئذ القول بسقوط الرد المقتضى للفسخ أو الإبدال بالتلف و يتعين الأرش أما على غيره فيشكل مع التزامهم بسقوط الرد و الأرش من حيث الربا أو الصرف أو الهبه؛ بأنها معامله ضرريه لا جبر لها، و بمنافاته لإطلاق أدله العيب، و مع التزامهم برد المثل أو قيمه عوض رد العين كى يترتب عليه الفسخ أو الإبدال؛ بأنه مناف لما دل هنا من اعتبار قيام العين فى الرد خصوصا الرد الموجب للإبدال.

و من ذلك يظهر لك قوه المختار المطرد على جميع الأطوار و يجوز إخلاد أحد المتعاقدين إلى 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 و بعده؛ لاشتمال أحد العوضين على زياده عينيه يتحقق بها الربا كما صرح به الفاضل و غيره و كذا لو كان الزائد معيناً و المطلق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه، بل و كذا لو كانا مطلقين و كان أحدهما ينقص عن الآخر بحسب نوعه.

نعم قد يناقش فى أصل تحقق الربا بذلك كما ستسمع فى صورته الزيادة التى يجرى مثله فى صورته النقيصه، لكن بالنسبه إلى الثمن، و الأصل فى المسأله ان نقصان المبيع الشخصى و زيادته فى متساوى الاجزاء يقتضى بقاء الزيادة فى الثمن و المثل على ملك مالكهما و عقد البيع لم يؤثر نقلهما عن المالك؛ و ان كلا منهما ملك للبائع و المشتري، و ان ثبت الخيار فعلى الأول لا ربا فى الفرض بخلاف الثانى، و المسأله من المشكلات كما تقدم الكلام فيها، فى أحكام العقود، و كلمات الأصحاب، فيها فى غايه الاضطراب؛ و فيها خبر (١) فى مختلف الاجزاء يوافق الأول، اللهم الا أن

يراد منه و من الفتاوى إثبات فرد آخر للخيار و هو الأخذ بالحصه فى مختلف الاجزاء و أولى منه المتساوى من

غير فرق بين الثمن و المثلن، و لعله لا يخلو من قوه، و حينئذ يتجه الربا مطلقا فتأمل جيدا، فإنه دقيق جدا.

و لو اشترى أى المعين بغير جنسه كذلك فظهر النقص تخير بين الرد و الأخذ بالحصه ان كان متساوى الاجزاء، و الا تخير بين الإمساك بجميع الثمن و الرد على ما تقدم سابقا فى أحكام العقود فلاحظ و تأمل، و كذا المطلق و المعين، و المطلقين و لو كان قد وجده زائدا و هى.

### [المسأله الرابعه إذا اشترى دينارا بدينار و دفعه فزاد زياده لا تكون الا غلطا]

المسأله الرابعه التى ذكرها المصنف فقال إذا اشترى دينارا بدينار و دفعه فزاد زياده لا تكون الا غلطا أو تعمدا كانت الزيادة فى يد البائع أمانه و كانت للمشتري فى الدينار مشاعه كما صرح به الفاضل و المحقق الثانى هنا و غيرهما.

نعم فى المسالك «المراد أنه إذا اشترى دينارا مثلا فى الذمه بدينار كذلك، و ان كان قوله و دفعه قد يوهم التعيين، إذ لو كانا معينين لبطل الصرف من حيث اشتغال أحد العوضين على زياده عينيه، و كذا لو كان الزائد معيناً و المطلق مخصوصا بقدر ينقص بحسب نوعه.

قلت: قد يناقش فيه بأن الزيادة بناء أعلى أنها غير داخله فى المبيع، للحكم بأنها للدافع كما تقدم سابقا فى أحكام العقود فى متساوى الأجزاء، فكيف يلزم الربا، و بأن الربا قد يتصور أيضا فى المطلقين إذا كان أحدهما ناقصا عن الآخر بحسب نوعه.

و كيف كان فلا أجد خلافا فى صحه الصرف حيث لا يستلزم الربا، بأن كان الزائد مثلا ليس أحد عوضى المعامله، و انما دفع عوضا عما فى الذمه، فاتفق أنه كان زائدا عن وزن ما جعل عوضا، و لا يخرج بهذه الزيادة عن كونه فردا للكلى الذى فى الذمه و ان كان مقدار بالوزن الناقص، الا أنه لم يؤخذ ذلك وصفا مشخصا له على وجه يخرج الزائد عن كونه فردا.

و لو فرض كونه كذلك، فلا ريب فى بطلان الصرف إذا كان قد بان بعد التفرق و قبله يطالب بالبدل، الا أن ذلك غير ما نحن فيه، و الزيادة فى الفرض للبائع قطعا،

كالقطع بأنها أمانه مالكيه مع التعمد؛ بل في المسالك «أنه محل وفاق» أما مع غيره كالغلط أو شك فيها فالأقوى كونها كذلك أيضا، أى بالنسبه الى عدم الضمان وفاقا لأول الشهيدين و ثانيهما و محكى المبسوط، للأصل بعد أن كان وقوعها فى يده من غير تعد منه، بل باذن مالكيها، و ليست من المقبوض بالسوم قطعا، و لا أولى منه بالضمان لو قلنا به؛ و الاقدام على قبضها من العوض لم يصلح تسببه للضمان.

و عموم

«على اليد»<sup>(١)</sup>

بحيث يشمل النزاع محل منع، خصوصا بعد عدم الجابر له فيه، بل فى المسالك «أن الثابت على الأخذ فى الخبر غير مبين، و لعله للحفظ أو نحوه كما يرشد إليه الأمانات المقبوضه باليد؛ مع عدم الحكم بضمانها؛ و القدر المتفق عليه و جوب حفظها.

و ان كان قد يناقش فيه بمعلومية استدلال الأصحاب به فى سائر المقامات على الضمان، فلا أقل من أن يكون ذلك مرجحا له على تقدير الحفظ، فضلا عن فهم العرف له من لفظ على، مع أن اراده الأمرين منه ممكن، بل ربما قيل: انه أنسب بإطلاقه، فتقييده بأحدهما سيما الحفظ من غير داع لا- وجه له، فالأولى حينئذ فى رد الاستدلال به ما عرفت، أو أن المنساق منه الأخذ عدوانا، أو من غير اذن المالك كما يرمى اليه استدلال الأصحاب به فى نحو هذا المقامات، فتأمل فما عن فخر المحققين و تبعه الكركى و السيد فى الرياض من أن الأصح الضمان ضعيف.

انما الكلام فى أنها أمانه شرعيه- لعدم علم المالك بها فضلا عن قصده الامانه، فهى كالمتاع فى الصندوق و المستعار و لم يعلم به المالك- أو مالكيه نظرا الى استناد دفعها اليه و صدق تعريفها المشهور الذى هو

الاستناد الى المالك و من فى حكمه عليها وجهان، أصحابهما الأول ضروره اراده تأمين المالك لها من الأمانه المالكيه، لا مجرد أخذها من يده أو دفعه إياها، و لو على وجه الامانه كما هو واضح؛ بل ما ذكر من حكم الأمانه المالكيه و الشرعيه من عدم وجوب رد الاولى على الفور، و عدم اعلام المالك بها،

بخلاف الثانيه ظاهر فيما ذكرنا، إذ لا وجه لذلك فيما نحن فيه، هذا.

و فى القواعد «ان لآخذ الزيادة الفسخ للتعييب بالشركه ان منعنا الابدال مع التفرق، و كذا لدافعها إذ لا يجب عليه أخذ العوض، نعم لو لم يفترقا رد الزائد و طالب بالبدل، و اليه يرجع ما فى المسالك قال: و «على تقدير الغلط اما أن يتبين الحال قبل التفرق أو بعده، فان كان قبله فلكل منهما استرداد الزائد و ابداله، و ليس للآخر الامتناع تحرزا من الشركه، و ان كان بعد التفرق فان جوزنا الابدال للمعيب من الجنس كما تقدم، فكذلك، و الا ثبت الخيار لكل واحد منهما لعيب الشركه».

و نحوه فى جامع المقاصد؛ و مقتضى الجميع عدم جواز الفسخ مع جواز الابدال، و به صرح فى جامع المقاصد و مقتضى الجميع عدم جواز الفسخ مع جواز الابدال، و به صرح فى جامع المقاصد قال: «لاننه طريق الى التخلص من العيب فلا يثبت فسخ المعاوضه اللازمه، و فيه أن مثله جاز فى المسأله السابقه مع أنهم حكموا بالرد و الإمساك و المطالبه بالبدل؛ اللهم الا أن يدعى الفرق بين عيب الشركه و غيره، فيتمسك فى الثانى بإطلاق دليل الرد به الشامل للابدال و الفسخ، بخلاف الأول الذى دليله لا ضرر، المرتفع بمشروعيه الابدال و الله أعلم.

### [المسأله الخامسه روى جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغه خاتم]

المسأله الخامسه: روى أبو الصباح الكناني (١) عن الصادق عليه السلام فى القوى جدا ان لم يكن الصحيح ما يستفاد منه جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغه خاتم

قال: «سألته عن الرجل يقول للصائغ صنع لى هذا الخاتم و أبدل لك درهما طازجيا بدرهم غله، قال: لا بأس»

و عمل بها الشيخ فى النهايه، فقال: «لا بأس أن يبيع درهما بدرهم و يشترط صياغه خاتم أو غير ذلك من الأشياء» بل عن كشف الرموز أن الروايه مقبوله غير مطعون فيها، و أن المشايخ اعتمدوا عليها و أن المخالف صاحب الوسيله، و إن العجلى متردد و أن العمل بها أظهر بين الأصحاب مستثنى من الآيه و عموم الروايه، و ظاهره انحصار المخالف فى ابن حمزه كالمحكى عن إيضاح النافع.

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

فى التحرير و محكى التلخيص، بل قيل انه ظاهره فى التذكرة، و أما ابن إدريس فإنه بعد أن ذكر ما فى النهايه وجه الفتوى بذلك أن الربا هو الزيادة فى العين إذا كان الجنس واحدا، و هنا لا زياده فى العين، و يكون ذلك على وجه الصلح فى العمل؛ فهذا وجه الاعتذار له إذا سلم العمل به، و يمكن أن يحتج لصحته بقوله تعالى (١) «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» و هذا بيع، و الربا المنهى عنه غير موجود، لا حقيقه لغويه و لا شرعيه و لا عرفيه.

و فيه ما قد عرفت سابقا من تحقق الربا بمطلق الزيادة فى المتجانسين، ضروره عدم صدق المثل بالمثل معها، و

فى صحيح عبد الرحمن (٢) «ان الناس لم يختلفوا فى النسيء أنه الربا»

كما

فى خبره الآخر (٣) «جاء الربا من قبل الشروط، و انما تفسده الشروط»

بل يمكن دعوى اتفاق الأصحاب على ذلك، لا يقال إذا كان وصف الخاتميه مثلا لا يتحقق به الربا، و لذا جاز بيعه بمثله فضه غير خاتم، فاشترائها غير قاذح أيضا، لأننا نقول ان الشرط هنا العمل و هو صباغتها خاتما لا وصف الخاتميه، و لا ريب فى تحقق الربا بمثله.

نعم لو كان الشرط مثلا بيعه بفضه مصوغه خاتما، أمكن عدم تحقق الربا، لعدم اشتراط العمل، فهو كبيعه الفضة بالفضه من الدراهم مثلا، أو بفضه من جنس المصوغ على وجه خاص، و نحو ذلك بما هو أفراد للمبيع، و بالوصف و الشرط يتعين بعض أفرادها، و مثله لا يتحقق به الربا قطعا، إذ ليس مطلق الاشتراط فى أحد العوضين يتحقق به ذلك؛ و لعل من ذلك اشتراط الخيار لأحدهما، فإنه لا يتحقق به الربا أيضا إذ أقصاه صيروره البيع بالنسبه إلى أحدهما جائزا، بل قد يقال بعدم تحقق الربا باشتراط غير موضع العقد للتسليم؛ نحو ما قيل فى الفرض، بل لا أجد خلافا فيه بين من تعرض لذلك، كالفاضلين

١- ١ سورة البقره الآيه ٢٧٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٥-، من أبواب الصرف الحديث ١.

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

و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم و الظاهر أن ذلك منهم فيه، للأصل و العمومات مع فقد المانع من نص و إجماع، لاختصاصهما بالمنع عن القرض بشرط النفع، و ليس الإنقاذ فى بلد آخر منه، و لعل ما نحن فيه كذلك، إذ ليس هو الاشتراط موضع خاص من مواضع التسليم غير ما انصرف اليه العقد و حينئذ فيكون

ما ورد من الصحيح (١) «فى الرجل يسلف الرجل الورق على من ينقدها بأرض أخرى؛ و يشترط عليه ذلك، قال لا بأس»

و نحوه الخبر مؤكدا لما عرفته من القاعده.

لكن فى التحرير «يجوز ان يعطى عشره دراهم أو دنانير و يشترط عليه أن ينقدها إياه بأرض أخرى مثلها فى العدد و الوزن من غير تفاضل قرضا لا بيعا» و ظاهره الفرق بين القرض و البيع فى ذلك، و فيه نظر ان لم يرد من جهة الصرفيه.

نعم لو اشترط عليه حمل المبيع مثلا الى بلد آخر تحقق الربا، لا ما إذا كان كليا و اشترط خصوص موضع للتسليم، بل قد يظهر من

خبر محمد الحلبي (٢) جواز اشتراط بيع الربوى بمثله فى عقد ربوى آخر، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستبدل الكوفيه بالشاميه وزنا بوزن؛ فيقول الصيرفى لا أبدل لك حتى تبدل لى يوسفيه «ببغليه» (٣) وزنا بوزن فقال لا بأس به، فقلنا له: أن الصيرفى يطلب فضل اليوسفيه على «البغليه» (٤) فقال: لا بأس به»

فتأمل جيدا.

و كيف كان فلا- ريب فى أن ما نحن فيه ليس شيئا من ذلك، بل متى اشترطه أو نظيره من باقى الأعمال تحقق الربا، فانحصر الطريق حينئذ فى الخروج عن ذلك بالخبر المزبور

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب الصرف الحديث ١- ٣- ٤- ٥.

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

٣- ٣ هكذا فى النسخ المصححه، و الصحيح بغله بكسر الغين المعجمه كما فى الوسائل و التهذيب و الكافى و يأتى عن المصنف نقل تفسيرها بالمغشوش عن الفقهاء و بعض أرباب اللغه.

٤- ٤ هكذا فى النسخ المصححه، و الصحيح بغله بكسر الغين المعجمه كما فى الوسائل و التهذيب و الكافى و يأتى عن المصنف نقل تفسيرها بالمغشوش عن الفقهاء و بعض أرباب اللغه.

لكن قد يناقش فيه بعد تسليم اعتبار سنده، بأنه لا دلالة فيه على ذلك إذ مورده اشتراط الإبدال فى الصياغة لا العكس، و مع فرض صحه وقوع هذا الابدال عوضا عن الإجاره أو الجعالة يرتفع الإشكال، إذ لا ربا فى نفس عقد بيع الدرهم بالدرهم، و المحرم منه الزيادة فى عقد بيعه فىكون ذلك حيله للتخلص من الربا.

و دعوى أنه يؤول إلى كون الثمن للطازجى الغله و العمل، يدفعها منع تحقق الربا بنحو هذا الأول، و مع تسليمه فليست المسألة من البيع بشرط ذلك، و يمكن أن يكون من المقاوله التى لا يترتب عليه التزام، و لكنه لا بأس به مع التراضى من غير اشتراط؛ كما يمكن أن يكون ذلك من الابدال الذى هو من الاعمال؛ لا خصوص البيع منه.

و بما فى الروضه و المسالك من أن الصياغه وقعت من جانب الغله، و قد حكى عن بعض أهل اللغة و جماعه من الفقهاء أنها المغشوش، و الطازج الخالص، فىكون الغش حينئذ و الصياغه فى مقابله ما زاد عليه من الطازج؛ و هذا لا مانع منه فى البيع و غيره، و فى شرط صياغه خاتم و غيره من الصنائع و الأعيان، فتكون الروايه حينئذ موافقه للضوابط، و لا يقتصر على مضمونها.

و باحتمال كون المراد الصياغه بأجرتها و الابدال، و عدو بغير ذلك من الاحتمالات التى تسقط الخبر عن الدلاله على ذلك الذى هو مبنى على مساواه درهم الغله و الطازج بالوزن، و أنهما مختلفان بالجوده و الرداءه لا غير أو بالصحه و الكسر، أو أن الأول العتيق و الثانى الجديد؛ و نحو ذلك مما لا يجوز التفاضل فيهما، و منه بيع أحدهما بالآخر مع اشتراط الصياغه؛ و الخبر ان لم يكن ظاهرا فيما ذكرناه فلا ظهور فيه فى ذلك قطعا، و لا جابر له، إذ المشهور بين المتأخرين عدم العمل به على هذا الوجه، بل صرح الفاضل فى المختلف و الشهيديان و المحقق الثانى و المقداد و غيرهم بعدم العمل به بالنسبه الى ذلك

و أغرب منه التعدييه منه الى مطلق الشرط و ان كان عينا، أو إذا كان زياده حكميه من غير فرق بين الثمن و المثل، و قد سمعت عبارته النهايه و نحوها عن التذكرة، مع أنه لا إشعار فى الخبر بالتعدييه المزبوره و لا منقح من إجماع أو عقل.

و لذا قال المنصف و هل يتعدى الحكم؟ الأشبه لا و هو كذلك كما عرفت، و لقد أجاد فى الدروس فى أصل تحرير المسأله حيث قال: «روى أبو الصباح جواز جعل ابدال درهم طازج، بدرهم غله، عوضا لصياغه خاتم، و حكم جماعه- بجواز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغه خاتم قال ابن إدريس: لأن الزيادة ليست عينا ورد بأن الربا يحصل بالزيادة الحكميه، و ظاهرهم جواز التعدييه الى غير ذلك فان اعتمدوا على الروايه فلا- دلالة لهم فيها، و الا وجه المنع مطلقا، و الروايه فى الإجاره لا غير، و كان العمل يجبر تفاوت ما بين الدرهمين إذ لطازج الخالص؛ و الغله غيره» و لا- ريب فى أنه أولى من تعبير المصنف و غيره عن مضمون الروايه بأنه جواز بيع درهم بدرهم، مع اشتراط صياغه خاتم، لما عرفت من عدم كونه كذلك و الله أعلم.

### [المسأله السادسة الأوانى المصوغه من الذهب و الفضة ان كان كل واحد منهما معلوما جاز بيعه بجنسه ]

المسأله السادسة قد عرفت من القواعد السابقه أن الأوانى المصوغه من الذهب و الفضة يجوز بيعها بغير جنسها مطلقا و بمجموع النقدين كذلك لانصراف كل الى ما يخالفه، و بوزنهما أو أزيد من أحد الجنسين، لانصراف الزيادة حينئذ إلى المخالف، و عن فخر المحققين هنا الإجماع عليه؛ و بالأنقص مع العلم بزيادته على ما فيها منه، زياده تصلح للانصراف الى الجنس الآخر، و عن الفخر الإجماع عليه هنا أيضا، من غير فرق فى ذلك كله بين إمكان تخليص أحدهما عن الآخر بحيث لا يتلف منه شىء و عدمه، و بين العلم بقدر كل واحد منهما و عدمه، للاكتفاء فى المعلوميه بوزن المجموع، و بين غلبه أحدهما على الآخر و عدمه.

لكن فى نهايه الشيخ الأوانى المصاغه من الذهب و الفضة معا ان كان مما يمكن



تخليص أحدهما من صاحبه، فلا يجوز بيعها بالذهب أو بالفضه و ان لم يكن ذلك فان كان الغالب الذهب لم تبع إلا بالفضه و ان كان الغالب فيها الفضة لم تبع الا بالذهب، و ان تساوى النقدان بيعت بالذهب و الفضة معا، و نحوها ما فى النافع و الإرشاد و التحرير و محكى السرائر، و قال قبل ذلك: «و لا يجوز بيع الفضة إذا كان فيها شىء من المس أو الرصاص أو الذهب أو غير ذلك الا- بالدنانير إذا كان الغالب الفضة، فإن كان الغالب الذهب، و الفضة الأقل، فلا يجوز بيعه إلا بالفضه، و لا يجوز بيعه بالذهب نقدا، هذا إذا لم يحصل العلم بمقدار كل واحد منهما على التحقيق، و ان تحقق ذلك جاز بيع كل واحد منهما بجنسه، مثلا بمثل من غير تفاضل.

و لذا قال المصنف هنا فى بيان حكمها، أى الأوانى المزبوره ان كان كل واحد منهما معلوما، جاز بيعه بجنسه من غير زياده، و بغير الجنس و ان زاد، و ان لم يعلم و أمكن تخليصهما لم يبع بالذهب و لا- بالفضه، و بيعت بهما أو بغيرهما، و ان لم يمكن كان أحدهما أغلب بيعت بالأقل، و ان تساويا تغليا بيعت بهما و هو محصل كلام الشيخ.

كما أنه وافقه فى الجملة فى القواعد و محكى التذكرة فقال «و المصاغ من النقدين ان جهل قدر كل واحد بيع بهما، أو بغيرهما، أو بالأقل ان تفاوتتا. و ان علم بيع بأيهما شاء مع زياده الثمن على جنسه، و لو بيع بهما أو بغيرهما جاز مطلقا».

و قال فى الوسيله: «و المخلوط من الذهب بالفضه ضربان فإن أمكن تخليص أحدهما من الأخر و لم يعلم مقدار ما فيه من الذهب و الفضة، لم يجز بيعه بالذهب و لا بالفضه و لا بالمخلوط، فإن أراد ذلك تواهبا و ان علم مقدارهما جاز، و ان لم يمكن التخليص و علم مقدار كل واحد منهما جاز أن يباع بالذهب أو بالفضه أو بكليهما و بمخلوط مثله، و ان لم يعلم المقدار و علم الغالب بيع بغير الغالب فان اشتبه بيع بكليهما، و ان ضم جنس آخر معه كان أحوط، و ان كان كلا البديلين مخلوط كذلك لم يصح بيع

أحدهما بالآخر» و قال ابن الجنيد كما فى المختلف: «و إذا اختلط الذهب بالفضه لم يجر أن يشتري المختلط بواحد منهما و ان كان أحدهما مختلطا بنحاس أو رصاص، فان كان معلوما جاز ان يباع الفضه بمثلها، و أسقط الغش، و ان ابتاع المختلط منهما بشىء منهما بأن يجعل الذهب فى الثمن ثمن الفضه من السلعه، و الفضه من الثمن ثمن الذهب من السلعه جاز، و

قول النبى صلى الله عليه و آله (١) «بيعوا الذهب بالفضه يدا بيد كيف شئتم»

مبيح لذلك فى الاختلاط و الانفرد و الزيادة و النقصان، فان كان العين المختلط فى أحدهما لا حكم له فى نفس الاسم كالاسرب الذى فيه فضه، لا- حكم لها جاز شراؤه بفضه دون وزنه، و لو كان هذا حكم الذهب و الفضه، فغلب أحدهما كان شراء ذلك بعروض غيرهما أحب الى» و الجميع كما ترى مخالف لتلك القواعد، أو فيه ما هو كذلك كما لا يخفى على من تأملها و تأمله.

و قد ذكر الشهيد فى المسالك جملة من مواضع المخالفه التى تظهر بأدنى التفات هذا مع أنه لم نقف لهم على ما يشهد لهم من النصوص، سوى

خبر إبراهيم بن هلال (٢) قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام جام فيه ذهب و فضه اشتريته بذهب أو فضه فقال ان كان تقدر على تخليصه فلا، و ان لم تقدر على تخليصه فلا بأس»

و

خبر أبى عبد الله مولى عبد ربه (٣) قال: «سألت الصادق عليه السلام عن الجوهر الذى يخرج من المعدن و فيه ذهب و فضه و صفر جميعا، كيف نشتره، فقال: نشتره بالذهب و الفضه جميعا»

و

خبر عبد الله بن سنان (٤) قال: «سألت الصادق عليه السلام عن شراء الذهب فيه الفضه بالذهب قال: لا يصلح الا بالدنانير و الورق»

و غير ذلك من النصوص (٥) التى تسمعها فى تراب الصياغه لكن

١- ١ سنن البيهقى ج ٥ ص ٢٨٢.

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

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

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

٥- ٥ الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الصرف.

لا- دلالة فيها على تمام ما ذكروه، مع أن في سند الأول منها الذى لم يتضمن التفصيل بالتخلص و عدمه و غيره، ما يمنع من العمل

به، مضافا الى عدم القول بإطلاقه منهم؛ كإطلاق غيره من النصوص السابقة المحمول قطعا على الغالب من عدم العلم بالمساواة فى شراء الممتزج بأحدهما فلا تكون مخالفه حينئذ للقواعد السابقة، و قد يحمل كلام الأصحاب أو بعضهم على ذلك أيضا خصوصا بعد معلوميه عدم التغابن عادة، الا أن ما ذكروه من البيع بالأقل على تقدير الغلبة لا محمل له، و اعتذر عنه الشهيد بإرادته المحافظة على طلب الزيادة قال فى الدروس: «و الإناء المصوغ من الجوهريين أو الحلى منهما يباع بغيرهما أو بهما مع علم وزن المبيع، و ان لم يعلم وزن كل واحد منهما، إذا لم يمكن التخلص؛ و لو بيع بالجنس الواحد لم يجز الا أن يقطع بزيادة الثمن» و قال الشيخ و جماعه «يبيع بالأقل محافظه على طلب الزيادة» و فيه أن الزيادة المعتبره فى الثمن غير جنسه، يمكن تحققها مع الأقل و الأكثر، أو مع ذلك فالارشاد إلى الزيادة غير كاف فى التخصيص الموجب لتوهم المنع عن غيره.

لكن قد يظهر منه عدم خلاف الشيخ إلا فى ذلك الذى حملة على ما عرفت، كما عساه يظهر من المحكى عن شرح الإرشاد للفخر قال: «ان المصوغ من النقدين يجوز بيعه بأحدهما بوزن المجموع أو أزيد، إجماعا الى أن قال و ان لم يبيع بوزن المجموع فلا يخلو اما أن يعلم زيادته على جنسه أو لا، و الأول يصح إجماعا ثم قال ان لم يمكن التخلص فالأصح عندي أنه لا يصلح بيعه به، و قيل يصح بيعه بالأنقص، و هو مشهور عند الأصحاب؛ و هذا خلاف قاعدتهم لأنهم مع إمكان الربا حرّموا عليه الزيادة لكن بنوا ذلك على أن العاقل لا يقع فى معاملاته التغابن و هذا ليست أماره حسيه و لا عقليه بل زعموا أنها شرعيه بنص الأصحاب.

قلت يمكن أن يريدوا انه إذا بيع بالأقل كان هناك طريق للتخلص من الربا

لو أريد بيعه بأحدهما بأنقص من وزن مجموعته، بأن يشتريه مثلا بوزن نصفه من جنس الأقل للقطع حينئذ بالزيادة، لأن الفرض غلبه الجنس الآخر، بخلاف ما لو بيع بالجنس الآخر فلا يعلم زياده الثمن حتى يباع بوزن مجموعته، و الغالب في معاملات الناس عدم شراء المركب منهما بوزن أحدهما، و لذا أطلق في كلامهم عدم جواز بيعه بالذهب أو الفضة كالنصوص، و نحو ما تقدم في عبارته المصنف في المغشوش، كما أن قول المصنف بجواز بيع كل واحد منهما بجنسه مع العلم بقدره من غير زياده متجه، ضروره تحقق الربا بالزيادة، و لا يدفعها تعدد الجنس، بعد أن عين الثمن لكل منهما من جنسه، إذ الانصراف الى المخالف انما هو إذا بيع بالمجموع من غير تعيين.

و كيف كان ان أمكن إرجاع كلام الجماعه جميعه أو بعضه الى مقتضى القواعد السابقه فمرحبا بالوفاق، و الا كان محلا للمنع، لعدم دليل صالح للخروج به عنها، كما هو واضح.

ثم ان مقتضى الأدله السابقه الصريحه في اشتراط المماثله ببيع المتجانسين، و حرمة التفاضل و المبالغه في شدة حرمة الربا اعتبار القطع هنا بزيادة الثمن على المجانس إذا أريد البيع بجنس أحدهما، ليتخلص من الربا، بصيروره الزيادة في مقابله الجنس الآخر كما صرح به في الدروس و استجوده في الروضه، و تعذر العلم أو تعسره الا بالتخلص الموجب ضررا بتلف البعض، لا يجوز الاكتفاء بغيره، و لو كان ظنا غالبا، خلافا للمعه فاكتفى به لعسر العلم اليقيني بالقدر غالبا، و مشقه التخلص الموجب له، و فيه منع، و لو سلم فليبعه بغير الجنس أو بضمه اليه، نعم قد يقال حيث لا يمكن التخلص من ضرر عدم العلم الا به بالاكتفاء مع أنه لا يخلو من نظر أيضا فتأمل.

و المراد بإمكان التخلص أن يتخلص من دون أن يتلف شىء أو ينقص قدره أو وصفه و الله أعلم.

**[المسألة السابعة المراكب المحلاة إن علم ما فيها بيعت بجنس الحليه]**

المسألة السابعة:- قد عرفت مما تقدم من القواعد السابقه كيفيه بيع المراكب و السيوف و غيرها المحلاة بأحد النقيدين ف ان علم قدر ما فيها بيعت بجنس الحليه بشرط أن يزيد الثمن عما فيها ليتخلص من الربا بمقابله الزيادة لذى الحليه أو توهب بعد البيع أو قبله، فتكون الحليه حينئذ مبيعه منفرده فلا يحتاج إلى الزيادة بل لا يجوز معها لتحقق الربا.

نعم يجب أن يكون الالتهاب من غير شرط فى بيع الحليه بمساويها، و الا كان ربا كما عرفت فيما تقدم، و لو وهبه قبل البيع صح، و لو اشترط فى عقد الهبه بيع الحليه بالمساوى خلافا للمسالك فلم يجوزه أيضا و كأنه لأنه يؤل الى البيع بشرط الهبه، و فيه منع، هذا إذا أريد البيع بجنس الحليه و أما لو باعه بغير جنسها فلا إشكال فى الجواز مطلقا (١١) سواء زادت قيمته عليها أولا و سواء اشترط الهبه لو كان البيع للحليه خاصه أولا و (١٢) أما ان جهل (١٣) المقدار فالظاهر عدم الإشكال فى أصل البيع، لعدم اشتراطه هنا بالوزن، للأصل المعتضد بالسيره، و إطلاق النصوص سواء تمكن من النزع بلا ضرر أولا، لكن قد يوهم قوله فى المتن و لم يمكن نزعها الا- مع الضرر، بيعت بغير جنس حليتها (١٤) عدم الجواز مع التمكن، و نحوه الدروس، بل عن حواشى الشهيد التصريح بأنه لا يجوز بيع المحلى المجهول الا بعد تخليص الحليه، الا ان يحصل نقص أو ضرر، فيجوز مجهولا بالآخر، و فيه منع واضح.

نعم لا يرتفع حكم الربا بذلك للاكتفاء فيه بوزن جنسه، و ليس هذا كالغزل الذى خرج بالصفه عن كونه موزونا الذى قد صرح فى النصوص (١) بجواز بيعه متفاضلا بل هو كغير الموزون لكبر أو صغر بل هو أولى منهما عند التأمل، ضروره موزونيه الحليه لو كانت منفرده الا أنها بالوضع على المحلى، و صعوبه النزع و التضمر به بيعت

بلا وزن، تبعاً للمحلى.

نعم يمكن التوقف فى بيعها منفردة مجهوله، بل لعل الأقوى فيه العدم؛ و كيف كان فما ذكره المصنف من البيع بغير جنس الحليه لا اشكال فيه و لا خلاف و أما ان بيعت بجنس الحليه فمقتضى القواعد السابقه بل حكى الإجماع عليه هنا و نفى الخلاف فيه آخر، مضافا الى ما سمعت من النصوص (١) جوازه إذا كان الثمن زائدا عليها، حتى يكون فى مقابله ذى الحليه، أما إذا كان أقل فلا يجوز إجماعاً محكياً عن الخلاف، معتضداً بنفى الخلاف من غيره، بل و محصلاً لتحقق الربا، و قد

سأل منصور الصيقل (٢) أباً عبد الله عليه السلام «عن السيف المفضض يباع بالدرهم فقال: ان كانت فضته أقل من النقد فلا بأس و ان كان أكثر فلا يصلح»

و نحوه مضمراً أبى بصير (٣) و هو قرينه على وهم الراوى عنه

فى خبره الآخر (٤) قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام السيف أشتريه و فيه الفضه تكون الفضه أكثر أو أقل، قال: لا بأس»

أو على أن المراد به فى فضته قله أو كثره على اختلاف أفراده فيقيد حينئذ بخبره الأول أى إذا كان ثمنه أكثر فلا بأس، أو كان مع الضميمه أو غير ذلك، جمعا بينه و بين ما عرفت من القواعد السابقه و غيرها.

لكن قيل و القائل الشيخ فى النهايه يجعل معها شىء من المتاع، و تباع بزياده عما فيها تقريبا دفعا لضرر النزع قال فيها: «و متى كانت محلاه بالفضه و أرادوا بيعها بالفضه و ليس لهم طريق إلى معرفه مقدار ما فيها ليجعل معها شيئاً آخر و بيع حينئذ بالفضه إذا كان أكثر مما فيها تقريبا، و لم يكن به بأس» و لم أجده لغيرها، نعم نسبه فى التنقيح الى المبسوط و الخلاف؛ و فى مفتاح الكرامه، لم أجده تعرض لذلك فى الكتابين بعد فضل التتبع، و يؤيده اقتصار جماعه على نسبه إليها.

١-١ الوسائل الباب ١٥- من أبواب الصرف.

٢-٢ الوسائل الباب ١٥- من أبواب الصرف الحديث ٧.

٣-٣ الوسائل الباب ١٥- من أبواب الصرف الحديث ٨.

٤-٤ الوسائل الباب ١٥- من أبواب الصرف الحديث ٩.

و على كل حال فظاهاها كما قيل اعتبار الضميمة مع الحليه، بل عن حواشى الشهيد نسبته الى محققهم، و لا وجه له، ضروره عدم الفائده لها بعد ان كان المحلى مضموما إليها، بل تستدعى زياده فى الثمن فى بعض الأحوال. نعم لو ضمت الى الثمن المجانس أفادت عدم اعتبار كثرته على المقابل؛ لاشتغال كل من العوضين حينئذ على جنسين، و قد عرفت انتفاء الربا فيه فتوى و نصا، و حمل عبارته النهايه و المتن على ذلك ممكن، الا انه عليه لا ينبغي اعتبار كثره الثمن لا تحقيقا و لا تقريبا، اللهم الا ان يريد انه يعتبر الضميمة الى الثمن إذا كان مجانسا إلى الحليه، و لم تكن كثرته محققه بل تقريبيه، فإذا أريد بيعه على هذا الحال اعتبر الضميمة إلى الثمن، لكن الجميع كما ترى تكلف فى تكلف.

و نحوه ما قيل من الاعتذار له على تقدير إرادته الضميمة إلى الحليه بأنه لعله يريد أن يبيعها منفردة لا يجوز مع الجهل بقدرها و جهل المقابل لها، فيضم إليها المحلى أو شىء آخر حتى يكون سببا لتكثير الثمن على وجه يقطع بزيادته عليها، إذ هو أبعد مما ذكرنا، و من هنا قيل ان الشيخ قد تبع فى ذلك روايه حملت على سهو الراوى قلت: هي

خبر عبد الرحمن،<sup>(١)</sup> و قد رواه فى المحكى عن كشف الرموز «سألته عن السيوف المحلاه فيها الفضة، نبيعه بدراهم بنقد قال: كان أبى يقول يكون معها عروض أحب الى»

و عود الضمير فيه الى الدراهم ممكن، بل هي أقرب من السيوف و الموجود فى محكى

التهديب و الكافى<sup>(٢)</sup> «سألته عن السيوف المحلاه فيها الفضة تباع بالذهب إلى أجل مسمى فقال:

ان الناس لم يختلفوا فى النسيء أنه الربا، و انما اختلفوا فى اليد باليد، فقلت له: فبيعه بدراهم بنقد، فقال: كان أبى عليه السلام يقول: يكون معه عرض أحب الى؛ فقلت: إذا كانت الدراهم التى تعطى أكثر من الفضة التى فيها، فقال: فكيف لهم بالاحتياط بذلك، قلت له: فإنهم يزعمون أنهم

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٤٨٣ و هي قطعه من الروايه و لها صدر و ذيل.

٢-٢ الوسائل الباب-١٥- من أبواب الصرف الحديث-١ مع اختلاف يسير.

يعرفون ذلك، فقال: إذا كانوا يعرفون ذلك فلا بأس يجعلون معه العرض أحب الى».

و تذكير ضمير معه و ان كان كتذكير الضمير فى نبيعه المعلوم اراده المحلى منه؛ و لكن قد يشهد لرجوعه الى النقد أو الى الثمن المفهوم من المقام، بل لو أنت أمكن رجوعه الى الدراهم لا السيوف، بل قد يشهد لذلك أيضا قول السائل فقلت الى آخره، ضروره ظهوره فى أن السائل قد فهم اراده العروض مع الدراهم، فسأله عن الاحتياج اليه مع فرض كثره الدراهم، فأجابه عليه السلام أنه لا- سبيل غالبا إلى معرفه ذلك؛ فقال له: انهم يزعمون المعرفه فقال له: لا بأس على هذا الفرض، الا أنه و مع ذلك «العروض أحب» لعدم كون المعرفه على جهه اليقين من المتعاملين، و أمر الربا شديد ينبغى شده الاحتياط فى التحرز، على أن الموجود فيما حضرني من نسخ التهذيب و الكافى المعتمده؛ و الا- يجعلون الى آخره، على معنى أنهم ان لم يعرفوا ذلك يجعلون، و يكون المراد من قوله أحب حينئذ الوجوب، نحو ما سمعته فى صدره.

و على كل حال فقد اتضح المراد بالخبر و يمكن حمل عبارته الشيخ عليه، و الا كان سهوا من قلمه الشريف، كما أن ما فى ظاهر الإرشاد من تعين البيع بغير الجنس مع الجهل؛ بل و القواعد يجب حمله على ما هو الغالب من عدم القطع بالزيادة.

ثم ان ظاهر الخبر المزبور ان منع النسيئه فى بيع الأثمان بعضها ببعض من جهه الربا و لو مع اختلاف الجنس، و المعروف أن المنع فى الأخير لاعتبار التقابض فى الصرف، اللهم الا أن يكون اعتباره من جهه لزوم الربا غالبا على تقدير عدمه فى أحدهما على وجه النسيئه، كما هو صريح بعض العبارات المحكيه عن المبسوط، و لا بعد فيه، إذ غاية تحقق الربا فى الأثمان بذلك مضافا الى التفاضل فى الجنس، و الأمر سهل، الا أن قوله و انما اختلفوا الى آخره، ظاهر فى وقوع الخلاف باعتبار التقابض فيه، لان المراد به اختلافهم فى اعتباره فيه و عدمه بعد اتفاهم على منع النسيئه، مع أنه لم نعرف خلافا فى



اعتباره فى بيع النقدين، اللهم الا أن يكون ذلك إشاره الى ما ذكره محى السنه من العامه على ما قيل: من أن ذلك أى التفاضل فى الجنسين يدا بيد كان قديما فى عصره صلى الله عليه وآله، و نسخ، و بقى عليه أقوام لم يصل اليه النسخ.

و على كل حال فهو صريح فى عدم جواز البيع نسيئه و

قال أبو بصير(١)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع السيف المحلى بالنقد، فقال: لا بأس به، قال: و سألته عن بيعه بالنسيئه، فقال: إذا نقد مثل ما فى فضته فلا بأس، أو ليعط الطعام»

و قال أيضا

فى خبر ابن سنان (٢): «لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضه بنساء إذا نقد ثمن فضته و الا فاجعل ثمن فضته طعاما و لينسيئه ان شاء».

فما

فى مرسل إسحاق بن عمار(٣)ظانا أن الراوى عبد الله بن جذاعه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السيف المحلى بالفضه يباع بنسيئه قال: ليس به بأس، لأن فيه الحديد و السير»

يجب تقييده بما إذا نقد مثل ما فيه من الفضه، أو أن البيع كان بعرض أو غير ذلك، كما انه يجب حمل

خبر محمد(٤)قال: «سأل عن السيف المحلى و السيف الحديد المموه بالفضه نبيعه بالدراهم قال: نعم و بالذهب و قال: انه يكره أن تبعه نسيئه؛ و قال: إذا كان الثمن أكثر من الفضه فلا بأس»

على إرادته الحرمة من الكراهه لو كان البيع بالنقد؛ و فى التهذيب بع بالذهب، مكان نعم و بالذهب، و لعله أولى؛ و يكون قوله أخيرا إذا كان الى آخره تقييدا للجواز بالدراهم.

و على كل حال فمقتضى إطلاق النصوص المزبوره و ما شابهها من الفتاوى المتضمنه لوجوب نقد ما يقابل الحليه لو كان الثمن نقدا فى المجلس و تأجيل ما عداه؛ جريان حكم الصرف عليه إذا بيع بالأثمان، و لو ضم إليها غير ثمن فيقبض ما يقابل الحليه

١-١ الوسائل الباب ١٥ من أبواب الصرف الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل الباب ١٥ من أبواب الصرف الحديث ٦.

٣-٣ الوسائل الباب ١٥ من أبواب الصرف الحديث ١٠.

٤-٤ الوسائل الباب ١٥ من أبواب الصرف الحديث ٤.

منها و يؤخر الباقي ان شاء، بل صرح به في الدروس فقال: «لو جمع بين الربوى و غيره في عقد جاز فان كان مشتملا على أحد النقيدين، اشترط قبض ما يوازيه في المجلس» و هو مؤيد لما ذكرنا سابقا 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 الى ما يخالفه؛ فلا يكون من الصرف الذي هو بيع الأثمان بعضها ببعض، و الله أعلم بهذا.

و قد عرفت فيما تقدم أنه يجب العلم بكثرة الثمن إذا كان من جنس الحليه عليها؛ وفاقا للدروس و الروضه و غيرهما؛ و ظاهر الباقيين، و لا يكفى الظن احتياطا من الربا؛ و للشك في شرط الجواز هنا، و لغير ذلك، لكن في اللمعه هنا «و حليه السيف و المركب يعتبر فيهما العلم ان أريد بيعها بجنسها فان تعذر كفى الظن الغالب» و فيه ما عرفت سابقا فلاحظ و تأمل.

### [المسألة الثامنة لو باع ثوبا بعشرين درهما من صرف العشرين بدينار لم يصح ]

المسألة الثامنة لو باع ثوبا بعشرين درهما مثلا من صرف العشرين بدينار لم يصح لجهالته كما عن المبسوط التصريح به أيضا قال: «إذا اشترى ثوبا بماء درهم من صرف عشرين درهما بدينار لم يصح الشراء، لان الثمن غير معين و لا موصوف بصفه تصيره معلوما» و فيه ان المتجه الصحه مع عدم الجهاله؛ و دعوى لزومها له ممنوعه و من هنا قيد البطلان في القواعد بتعدد الصرف بالسعر المذكور أو جهله، و قال في الدروس: «صح مع العلم لا مع الجهل» و في المختلف «إطلاق الشيخ ليس بجيد، لان مع وجود دراهم صرفها ذلك يصح البيع» و قد يستفاد من تعليل المتن التقييد أيضا، لكن في المسالك «ان تعليله المنع بالجهاله يقتضى إثباتها و ان وجد في المعامله نوع صرفه ذلك و علم به»

قلت: بهذا التعميم صرح في التذكرة، حتى قال: «لو كان نقد البلد صرف العشرين بدينار لم يصح أيضا لأن السعر يختلف، ولا يختص ذلك بنقد البلد» وفيه ان المانع من الصحة انما هو جهل الدراهم، و هي على هذا التقدير معلومه، و الإطلاق منزل على نقد البلد أو الغالب ان تعدد فمتى كان نقد البلد معينا لذلك الصرف؛ أو الغالب و عين نوعا بذلك صح، كما أنه يصح مع فرض العلم في غيرهما أيضا، و تعدد أفراد العشرين بالصرف المزبور إذا لم يختلف الغرض باختلافها غير قاذح، إذ هو كأفراد كلى الدرهم مثلا، و الحاصل هذه المسألة جزئيه من مسائل الجهل و العلم، فيدور الحكم في الصحة و الفساد عليهما، و لعله مراد الشيخ من إطلاقه، كما أن إطلاق بعض من انتقد عليه كذلك، و الأمر سهل بعد وضوح الحال.

### [المسألة التاسعة لو باع ماء درهم بدينار الا درهما لم يصح ]

المسألة التاسعة لو باع ماء درهم بدينار الا درهما منه لم يصح بلا خلاف أجده للجهالة بالدينار أو الدرهم أو نسبه الدرهم الى الدينار، لعدم تحققها باعتبار عدم ضرب السلطان قيمه للدينار؛ أو لعدم علم المتعاقدين بها، بل لو علم أن الدرهم يساوى ربع مثقال من الدينار؛ الا أنه لم يعلم نسبه اليه لعدم العلم بوزن الدينار، يمكن البطلان أيضا للجهالة، و فيه وجه بالصحة مع عدم علم الاستغراق، بل و في سابقه و ان كان ضعيفا، اما لو علم ذلك و علم وزن مجموع الدينار الا أنه لم يستحضر النسبه، أنها ربع أو أكثر أو أقل فالأقوى الصحة فيه.

و كذا الحكم لو كان ذلك ثمنا لما لا ربا فيه ضروره بناء المسألة على العلم و الجهل الذين يعمان كل بيع، و قد

روى السكونى (١) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «في رجل يشتري السلعه بدينار غير درهم الى أجل، قال: فاسد؛ فلعل الدرهم

يصير بدینار»

و مقتضى التعليل فيه بل و القواعد أنه لو اشتراه مستثيا منه الدرهم، فى وقت العقد و كان معلوم النسبه عندهما صح، و لو كان نسيئه، بل هذا هو مراد الإسكافي فيما حكى عنه، لو باع ثوبا بماءه درهم غير دينار نقدا جاز؛ فان باعه نسيئه لم يصح البيع. لانه لا يعلم قدر الدينار من الدرهم وقت الوجوب، و كذا كل ما اختلف جنساه.

كما أن ما عن الشيخ فى المبسوط يجب حمله على عدم علم المتعاقدين حال العقد؛ قال: «إذا اشترى ثوبا بماءه درهم الا ديناراً، أو بماءه دينار الا درهما لم يصح، لان الثمن مجهول، لانه لا يدري كم حصه الدرهم من الدينار، و لا حصه الدينار من الدرهم الا بالتقويم و الرجوع الى أهل الخبره، و نحوه عن ابن البراج و الكراهه فى

خبر حماد بن ميسر «عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنه كره أن يشتري الثوب بدینار غير درهم، لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم»

يراد به الحرمة أو أنه لا يعلم خصوص الثلث و الربع مثلاً، نحو

خبر وهب عن جعفر «عن أبيه عليه السلام أنه كره ان يشتري الرجل بدینار الا درهما أو إلا درهمين نسيئه، و لكن يجعل ذلك بدینار الا ثلثاً، و الأربعاء و الا سدساً، أو شيئاً يكون جزءاً من الدينار»

و منه و من غيره يعلم أنه لو قدر قيمه الدرهم من الدينار بجزء مشاع فاستثناهما جاز لارتفاع الجهاله بل لو قال استثنى الدرهم مع العلم منهما بما يخصه من الدينار. فهو كناية عن اراده استثناء ذلك الجزء صح، بل لو لم يستحضر النسبه إلا أنهما يعلمانها بأدنى التفات لم يبعد الجواز لارتفاع الجهاله و الله أعلم.

### [المسأله العاشره لو باع خمسه دراهم مثلاً بنصف دينار قيل كان له شق دينار]

المسأله العاشره: لو باع خمسه دراهم مثلاً بنصف دينار مثلاً قيل: و القائل الشيخ و غيره بل لا أجد فيه خلافا صريحا كان له شق دينار بمقتضى الحقيقه اللغويه و لا- يلزم المشتري شق صحيح لعدم كونه شق دينار حقيقه، و انما هو نصف مثقال يساوى شق دينار الا ان يشترط أو يريد بذلك (١١) الصحيح من نصف المثقال عرفاً (١٢) فان لم يكن عرف أو شرط أو قرينه حمل على الحقيقه

كما هو الضابط، لكن عن التذكرة البطلان مع عدم التعيين إذا اختلفت العرف، للجهاهله، و فيه منع إذا لم يصل على حد لاشتراك و كذا الحكم فى غير الصرف ضروره ابتناء المسأله على ما لا يخصه.

و على كل حال فلو اشترى منه مبيعا آخر بنصف دينار فعليه شقان؛ فان بذل له دينارا صحيحا زاده خيرا و لو شرط عليه فى العقد الثانى إعطاء صحيح عنهما صح؛ لعموم

«المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>

السالم عن معارضه مقتضى البطلان من الجهاهله و غيره سواء لزم العقد الأول أو لا، خلافا للمحكى فى المختلف عن مبسوط الشيخ فأبطل الثانى خاصه إذا كان الأول قد لزم و انقطع الخيار بينهما فيه، معللا له بأنه لم يرض بأن يكون ثمن الثوب الثانى نصف دينار حتى يزيد فى ثمن الثوب الأول، فيجعل المكسور من دينار صحيحا، و هذه الزيادة لا تلحق بالأول لبرامه، و لأن الزيادة مجهوله، فيكون الثمن فى الثوب الثانى مجهولا فيبطل، و ان كان العقد الأول لم يلزم لبقاء الخيار فيه بينهما فسدا معا، لأن زياده الصفه منفرده عن العين مجهوله، فلا يصح إلحاقها بالثمن فلم تثبت فلم يرض بكون النصف دينار ثمنا حتى يكون معه هذه الزيادة فى ثمن الثوب الآخر فصار الثمن مجهولا، و فيه بعد تجشم توجيه استدلاله، خصوصا الثانى، بإرادته الفسخ حيث لم يرض الا بذلك المتعذر، منع الجهاهله، و منع عدم صحه لحوقها الأول، و ان كان قد أبرم، إذ حاصله تعيين فرد من أفراد الدفع بالشرط، و لا مانع منه كما هو واضح، هذا و قد وقع فيما حضرني من نسخه الدروس خلل فى النقل عن الشيخ حيث حكى عنه عكس ما ذكرنا فلاحظ و تأمل.

و أما حكم تراب الصياغه المجتمع فيه غالبا من الذهب و الفضة و الرصاص و غيرها، فقد مر ما يستفاد منه حكمه فى تراب المعدن و فى الأوانى و غيرها،

١-١ الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢ و باب ٢٠ من أبواب المهور الحديث -٤.

إذ لا- فرق بين الجميع في ذلك ف يباع حينئذ بالذهب و الفضة مثلا- معا أو بعوض غيرهما و بأحدهما مع القطع بزيادته على مجانسه، أو بضم جنس آخر من نحاس أو غيره عليه؛ و الأمر ببيعه بالطعام في الخبرين الآتين (١) دفعا لكلفه مشقه تحصيل العلم بالزيادة لو أريد بيعه بأحد الجوهريين لا أنه يتعين ذلك فيه للإجماع على خلافه.

انما الكلام في حكمه باعتبار أنه مجتمع من مال الناس غالبا- و ظاهر المتن و غيره بل قيل انه لا خلاف فيه أنه مجهول المالك فيتصدق به أو يباع ثم يتصدق به لأن أربابه لا يتميزون غالبا و لو في محصور

قال علي بن ميمون الصائغ (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكتس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به؛ فاما لك و إما لأهله، فقلت له: فان كان فيه ذهب و فضه و حديد فبأى شىء أبيعته؟ قال: بعه بطعام، قلت: فان كان لى قرابه محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم»

و

في خبره الآخر (٣) «سألته عن تراب الصواغين و انا نبيعه، قال: أما تستطيع ان تستحله من صاحبه قال: قلت لا، إذا أخبرته اتهمنى، قال:

بعه، قلت: فبأى شىء أبيعته؟ قال: بطعام، قلت: فأى شىء أصنع به، قال: تصدق به، إما لك، و اما لأهله، قلت: ان كان ذا قرابه محتاجا فأصله قال: نعم».

الا أن الأخير منهما مناف لما صرحوا به، من غير خلاف يعرف بينهم فيه، من أنه ان علم صاحبه و لو في محصور و جب التخلص منه، و خوف التهمه لا تبيح التصرف في مال الغير، سيما مع إمكان إيصال حقه اليه؛ أو الاستحلال منه، بوجه لا يوجب التهمه، فمیل بعض المحدثين الى العمل بالخبر المزبور- الذى يمكن دعوى الإجماع على خلافه- في غير محله، فلا بد من طرحه، أو يقال ان السيره المستفيضة المعلوم كشفها على اعراض المالك عن ذلك فى الصياغه و الخياطة و الحداده و غيرها، و الا فلا ينكر أن الغالب معرفه الصاحب جميعهم أو كثير منهم و لا أقل عند الفراغ من العمل، فيتجه وجوب الاستحلال منه عنده

١-١ الوسائل الباب ١٦ من أبواب الصرف ٢١.

٢-٢ الوسائل الباب ١٦ من أبواب الصرف الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب ١٦ من أبواب الصرف الحديث ٢.

كما اعترف به فى الروضه، مع أنه لم يعرف من أحد منهم و فيهم الثقات و الأبرار استحلال نحو ذلك أو إخباره به، و ليس فى الخبرين المزبورين اشاره اليه، فيمكن بناء ذلك على ظهور الاعراض؛ الا أنه لما كان يمكن أن لا يكون معرضا استفهم الامام عليه السلام عن ذلك، لإرادته كمال الاحتياط، و حيث أن السائل أجابه بخوف التهمه رجح الأخذ بالظاهر المزبور و الاعراض عن الاحتياط المستحب، بل لعل

قوله عليه السلام فيها «اما لك أو لأهله»

يومى الى ذلك، أيضا بناء على أن المراد به هو لك ان كان ظهور الاعراض كذلك فى الواقع، و الا فهو لأهله، لعدم الاعراض فى الواقع، و ان كان هو الظاهر من حال المالك، لا أن المراد به لك ان ظهر المالك و لم يرض بالصدقه، و الا فهو لأهله، كما صرح به بعضهم، بل جعلوه مؤيدا للقول بالضمان لو تصدق بمجهول المالك، ثم ظهر صاحبه و لم يرض بالصدقه الذى منشأه عموم ما دل على ضمان ما أخذت اليد خرج منه ما إذا رضى الصاحب، أو استمر الاشتباه، بالإجماع فيبقى الباقي.

و فيه منع تناول العموم لمثل المقام المأمور شرعا بالتصدق به، الظاهر فى وقوع الصدقه عن المالك؛ و أنها طريق الإيصال إلى المالك بعد تعذر غيرها، لحصول اليأس منه فلو سلم أن المراد بأخذ اليد ما هو أعم من العدوان و أن الاذن الشرعيه لا تنافى الضمان، أمكن دعوى خروج المقام من الأول و ظهور عدم الضمان من الأمر بالتصدق به الظاهر فيما عرفت، و من هنا قيل بعدم ترتب الضمان فى التصديق بمجهول المالك، و هو لا- يخلو من قوه، و حينئذ فحمل الخبر عليه كما ترى، خصوصا بعد منافاه ذلك للقواعد المعتره التى لا- يصلح الخروج عنها بمثل ذلك، على أن الغالب كما عرفت عدم جهل الصاحب، بل اعترف السائل بمعرفته؛ الا أنه لم يستحله لخوف التهمه؛ و حمله على اراده التقصير بذلك من أول الأمر ثم جهله تهجس بأباه الظاهر، فالأولى القول بأن مخرج الخبرين ما قلنا.

و حينئذ فلا ينبغي استفاده بعض أحكام مجهول المالك منهما، و كما عساه يظهر من

بعضهم؛ فخير بين الصدقة بعين المجهول كما هو مقتضى الأمر بها فى نصوصه، أو بقيمته للخبرين السابقين؛ إذ فيه ما عرفت، و المناقشه فيه بأن الإعراض ما لم يعلم لا يجوز نيه التملك بالمعرض عنه، و إذا علم لم يبق احتمال البقاء على الملك، يدفعها منع اعتبار العلم بمعنى اليقين فيه، بل يكفى فيه ظهور ذلك من المالك و لو من فعله؛ كترك المسافر حطبه و علف دابته و نحو ذلك، بل عن الكفايه نفى البعد عن الاكتفاء فيه بالظن، مع عدم قضاء العاده على خلافه، و لعله يريد ما ذكرنا؛ فحينئذ يتجه استحباب الاحتياط بالصدقه به، اما له أو لأهله ان لم يكن إجماع على الوجوب.

و كذا المناقشه فى أصل التملك بالإعراض و ان علم، كما فى الرياض قال: «ان كان إجماع و الا فللنظر فيه مجال، حيث لم تنهض حجه على انتقال الملك، و جواز التصرف بمجرد نيه الاعراض، مضافا الى إطلاق الخبرين بالتصدق؛ إذ يكفى فى دفعها السيره القطعيه المؤيده برجوع الإعراض إلى إباحه التملك لمن يريد تملكه، فتأمل هذا.

و ربما يقال- فى خصوص المقام من جهه النص و الفتوى المشتملين على الأمر بالصدقه به، مع عدم كونه مجهول المالك بالنسبه إلى أغلب افراده، و لو فى جملة و لا- اعراض محقق، و كون المتعارف فى الصاغه أنه يصوغ لنفسه و لغيره، و تقع أجزاء منهما- أن هذا موضوع خاص أمر بالصدقه فيه عن هو له سواء كان الصائغ أو غيره، و حينئذ فلا يستفاد منه حكم مجهول المالك، و لا يجرى عليه حكم الاعراض.

ثم انه بناء على أن المقام من مجهول المالك ذكر بعضهم أن مصرف هذه الصدقه مصرف الصدقات الواجبه، و مقتضاه المنع من إعطائه الغنى و الهاشمى، و من وجبت نفقته، بناء على منعها منها، و غير ذلك من أحكامها. و فيه أنها غير واجبه على المالك، بل هى مندوبه بالنسبه اليه؛ و ان وجبت على من فى يده فالمتجه جريان أحكام المندوبه عليها.

نعم قد يقال بانصراف الإطلاق إلى إرادته الفقراء و المساكين هنا، و قد سمعت ما فى الخبرين من إعطائها القرابه المحتاج، بل فى الرياض «لا خلاف بين الأصحاب فيه و فى



جواز الإعطاء للعيال إذا كانوا بصفه الاستحقاق» و لعله للإطلاق، و لفحوى الجواز فى دفع الزكاه ليفرقها؛ و يستفاد منه جواز أخذه منه لنفسه مع الشرط المذكور ان قلنا بذلك ثمه؛ لو دفعت اليه للصرف للفقراء و أهل المسكنه و هو بصفتهم، و لا ريب أن الأحوط الصدقه به على غيره، بل لا يخلو القول به إذا كان هو المتصدق من نظر، أما لو دفعه الى الحاكم فتصدق به عليه أمكن الجواز؛ و لتحقيق الحال فى حكم مجهول المالك مقام آخر و الله أعلم.

### [المسأله الحاديه عشر يجوز التصارف بما فى الذم]

المسأله الحاديه عشر يجوز التصارف بما فى الذم إذا كان حالا و مختلف الجنس، بناء على أنه ليس من بيع الدين بالدين الممنوع منه، و أنه يختص ببيع الكالى بالكالى أى المؤجل بالمؤجل، فلو كان لواحد على الآخر ذهب مثلا، و للآخر عليه دراهم فتصارفا بما فى ذمهما صح؛ و لا يحتاج الى تقابض فعلى، لما عرفت من أن ما فى الذمه مقبوض،

قال عبيد بن زراره(١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الصيرفى ماءه دينار؛ و يكون للصيرفى عنده ألف درهم فيقاطعه عليها؛ قال: لا بأس»

لكن استشكل فيه فى القواعد بل عنه فى التحرير و ولده فى الإيضاح الجزم بالعدم كالدروس لانه بيع دين بدين.

نعم قال فى الأخير «و لو تهاترا احتمل الجواز» قلت: بل هو قوى لعدم دليل على كون الوفاء من البيع، بل ظاهر الأدله خلافه، مؤيدا بعدم قصد البيع و الشراء؛ و عدم المحافظه على أحكامه، إذ قد يقبض وفاء ما لا يعرف قيمته وقت القبض، فما عساه يظهر من المحكى عن الشيخ فى بحث المكاتبه من أن الوفاء بيع يمكن منعه، و حينئذ يمكن حمل خبر عبيد عليه، فلا يكون دالا على جواز التصارف.

اللهم الا أن يستدل بالطلاق نفى البأس فيه مع عدم الاستفصال فيه، و لو كان ما فى الذم متحد الجنس و الصفه حصل التهاتر قهرا من غير حاجه الى صرف و لا الى تراض بالتهاتر بلا

خلاف أجده فيه، سوى ما عن التذكرة فجعله كمختلف الجنس، و مقتضاه عدم

التهاتر قهرا؛ و فيه أن اعتبار تشخيص الدافع و قبض المدفوع متجه إذا لم يكن المدفوع نفس ما ملكه المدفوع إليه؛ أما إذا كان كذلك فلا يحتاج الى تراض، لانه يكون كوصول عين ماله إليه؛ إذ الفرض أن المديون قد ملك على الديان ما ملكه عليه أو لا من كلى العشره فى ذمته مثلا، فالأولى اختصاص فرض المصارفه فى المختلف، هذا.

و فى القواعد و غيرها و يجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر و يكون صرفا بعين و ذمه، قلت: لا بأس به إذا وقع بصيغه البيع، و قبض العوض فى المجلس العقد؛ أما إذا دفعه و فاء فقد تقدم أنه ليس بصرف، لان الوفاء ليس بيعا و

خبرى الحلبي (١) لا دلالة فيهما على ذلك، قال فى أولهما: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عليه دنائير فقال: لا بأس أن يأخذ قيمتها دراهم»

و

قال فى ثانيهما (٢) «سألته أيضا عن الرجل يكون له الدين دراهم معلومه إلى أجل، فجاء الأجل و ليس عند الرجل الذى عليه الدراهم، فقال: خذ منى دنائير بصرف اليوم؟ قال لا بأس به».

و نحوهما خبر أبى عتاب (٣) بل النصوص المعتمده - التى أفتى بمضمونها غير واحد من الأصحاب، المتضمنه لاحتساب السعر يوم القبض - ظاهره أو صريحه فى كون الوفاء ليس بيعا؛

قال إسحاق بن عمار (٤) «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لى عليه المال فيقضي دنائير و بعضا دراهم، فإذا جاء يحاسبنى ليوفينى قد تغير سعر الدنانير، أى السعرين أحسب له الذى كان يوم أعطانى الدنانير، أو سعر يوم الذى أحاسبه؟ فقال: سعر يوم أعطاك الدنانير، لأنك حبست منفعتها عنه».

و

قال أيضا (٥) قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: «الرجل يكون له على الرجل الدنانير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر قال: فهى له على السعر الذى أخذها منه يومئذ، و ان أخذ

١-١ الوسائل الباب ٣ من أبواب الصرف الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب ٣ من أبواب الصرف الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب من أبواب الصرف الحديث ٥ لكن عن زياد ابن أبى غياث.

٤-٤ الوسائل الباب ٩ من أبواب الصرف الحديث ٢.

٥-٥ الوسائل الباب ٩ من أبواب الصرف الحديث ٣.

و)

فى الفقيه(١)«و ليس له دراهم عنده فدنانيره عليه يأخذها برؤوسها متى شاء»

يعنى وقع الفضل بينهما بأخذه أو لإمكان دنانيره، ثم أخذ دنانير ثانيا بعد ذلك،

فليس للمعطى أن يجعلها فى مقابله دنانيره التى كانت له عليه أولا، و يطلب منه دراهمه، إذ لا دراهم له عليه حينئذ، بل ليس له الا دنانيره التى أعطاها ثانيا يأخذها متى شاء، و

روى إبراهيم بن ميمون (٢)«عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يكون له على رجل دراهم، فيعطيه دنانير و لا يصارفه، فيصير الدنانير بزياده أو نقصان، قال: له سعر يوم أعطاه»

و

قال عبد الملك بن عتبة الهاشمى (٣): «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل يكون عنده دنانير لبعض خلطائه، فيأخذ مكانها و رقفا فى حوائجه، و هى يوم قبضت سبعة، و سبعة و نصف بدينار، و قد يطلب صاحب المال بعض الورق و ليست حاضره فيبتاعها له من الصيرفى بهذا السعر و نحوه، ثم يتغير السعر قبل أن يحسبا حتى صار الورق اثنى عشر درهما بدينار فهل يصلح ذلك له، و انما هى بالسعر الأول من يوم قبضت كانت سبعة و سبعة و نصف بدينار؟ قال: إذا دفع اليه الورق بقدر الدينار فلا يضره كيف الصروف و لا بأس».

و نحوه خبر إبراهيم بن عبد الحميد (٤) المراد أنه إذا كان دفع اليه الورق بقدر الدينار ثم تغير السعر فلا يضره تغير السعر، و لا عدم المحاسبه، فإنه يحاسب على السعر الأول، و على كل حال فهى صريحه فى أعميه الدفع وفاء من البيع» نعم لو دفع اليه ذلك لا على جهه

الوفاء بل كان قرضا أو أمانه أو نحو ذلك احتسبت له سعر يوم المحاسبه وفاء كما هو واضح و الله اعلم.

١- ١ الفقيه ج ٣ ص ١٨٤ الحديث ٨٢٩ الطبع الحديث.

٢- ٢ الوسائل الباب ٩ من أبواب الصرف الحديث ٥ لكن عن يوسف ابن أيوب شريك إبراهيم بن ميمون.

٣- ٣ الوسائل الباب ٩ من أبواب الصرف الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب ٩ من أبواب الصرف الحديث ٤.

## [الفصل الثامن فى بيع الثمار]

## إشارة

(الفصل الثامن فى بيع الثمار) و تمام الكلام فيها يتوقف على النظر فى ثمره النخل و الفواكه و الخضر و اللواحق

## [أما النخل ]

أما النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاما إجماعا بقسميه، بل المحكى منهما متواترا كالنصوص و لذا نسبه بعضهم، إلى الضروره، فمن الغريب ما فى الحدائق من الجزم بالصحة، تمسكا بصحيحى ربيعى و الحلبي الآتين (١) اللذين لا صراحه فيهما فى ذلك، لاحتمال اراده بيع الستين بعد الظهور، قبل البدو، و صحيح بريد بن معاويه (٢) الآتى الذى لا بد من طرحه أو تأويله، بإرادته البدو من الطلوع فيه، أو بحمل العام فيه على ما كان فى ضمن العامين.

و أغرب منه حمل نصوص المنع - الموافقه للأصول السليمه، ضروره كون الثمره معدومه لا تصلح للنقل قبل وجودها؛ إذ المبيع لا بد أن يكون موجودا - على التقية أو الكراهه، ثم قال: و الى هذا يميل كلام جملته من محققى المتأخرين كالمحقق الأردبيلي و الفاضل الخراسانى؛ لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله غير قادح فى تحصيل

الإجماع؛ بعد أن علم أن صدور ذلك منهم من اختلال الطريقه، نسأل الله تعالى العفو و العافيه عن ذلك و غيره، و ما صدر عن الشيخ فى المحكى عن كتابى الاخبار من الجمع بالكراهه، انما هو مجرد جمع لا فتوى، و على تقديرها فهى شاذه أيضا مع أن عبارته محتمله لصوره ما بعد الظهور قبل البدو، بل قيل: انه الذى تشعر به عبارته بعد ضم بعضها الى بعض، و لذا نسب جماعه القول بالكراهه إليه فى المسأله الآتية دون هذه المسأله.

نعم فى جواز بيعها كذلك عامين فصاعدا تردد و خلاف، فالمشهور نقلا و بين المتأخرين تحصيلا، العدم أيضا، للانعدام، فضلا عن الغرر و الجهاله، و للإجماع فى السرائر بل قال فيها: «وقد اشتبه على كثير من أصحابنا ذلك، و يظنون أنه يجوز بيعها

١-١ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢٤.

٢-٢ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ١.

ستين و ان كانت فارغه لم تطلع بعد وقت العقد، و هذا خلاف ما يجدونه فى تصانيف أصحابنا و خلاف إجماعهم و أخبار أئمتهم و فتاواهم» و لمفهوم خبر ابى بصير(١) و خبر أبى الربيع (٢) و إطلاق موثق سماعه(٣) أو عمومته و صحيح الحلبي (٤) و غيرها من النصوص التى تسمعها فيما يأتى و منها النصوص التى علقت الجواز على الإطعام و البلوغ و الإدراك و بدو الصلاح خلافا للصدوق.

و ربما أشعر قول المصنف و المروى فيما يأتى من صحيح يعقوب (٥) و صحيح سليمان (٦) و خبر أبى بصير الأخر(٧) و صحيح الحلبي (٨) و صحيح ربعى (٩) و صحيح على بن جعفر(١٠) كما فى الحدائق الجواز، بل فى صحاح يعقوب و الحلبي و على بن جعفر تعليقه بأنه ان لم يخرج هذه السنه خرج من القابل، و بها تقطع الأصول و العمومات و يخص الإطلاق فى الاخبار المقابله، و الا طرحت لرجحانها عليها بالصحة فى السند و الكثره فى العدد، و الصراحه فى الدلاله، و الاشتمال على التعليل؛ و غير ذلك، و إجماع ابن إدريس مردود عليه بما عن غايه المراد للشهيد، من أن الأصحاب لم يذكره صريحا و لا تعرض للمنع إلا جماعه منهم، و نحو ذلك فى المختلف، و فى مفتاح الكرامه ليس فى المقنعه و النهايه و المبسوط و المراسم و الوسيله و الغنيه و كشف الرموز ذكر و لا تصريح بجواز و لا منع، و لم ينقل احد ذلك عن الحسن و أبى على و القاضى و النقى، بل لم أجد من صرح بالمنع قبل الفاضل.

قلت: هو كذلك فى جمله من كتبه لكن ظاهره أو صريحه فى التذكرة الجواز و ان احتمال المنع قويا فيها، و فى الحدائق أنه حكاه بعض عن الشيخ أيضا، بل قد سمعت اعترافه فى السرائر بأن القائل به كثير، لكن ادعى عليهم الاشتباه، و من هنا مال جماعه من متأخرى

- 
- ١-١ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث - ١٠.
  - ٢-٢ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث - ٧.
  - ٣-٣ الوسائل الباب ٢ من أبواب الثمار الحديث ٢.
  - ٤-٤ الوسائل الباب ٢ من أبواب الثمار الحديث ٤.
  - ٥-٥ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٨.
  - ٦-٦ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٩.
  - ٧-٧ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ١٠.
  - ٨-٨ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢.
  - ٩-٩ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٤.
  - ١٠-١٠ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢١.

المتأخرين إلى الجواز، بل هو ظاهر الشهيد الثاني، و في جامع المقاصد انه لا يخلو من قوه؛ لكن قد يناقش باحتمال الطلوع في صحيح يعقوب بدو الصلاح و يكون المراد من قوله ان «لم يحمل الى» آخره ان خاست، و هو و ان بعد؛ الا- أنه أولى من ارتكاب التأويل في النصوص المقابلة المعتضده بالشهره؛ و محكى الإجماع الذى لا يقدر فيه ما سمعت عند التحقيق، و قاعدتى المعدوم و الغرر و الجهاله، مع أنه قد يستأنس لحمل الطلوع فيه على البلوغ، ملاحظه الصحيح الآخر (١) حيث اشترط فيه نفى البأس عن الشراء ثلاث سنين بوقوعه قبل البلوغ، و جعله المعيار له دون غيره، مع تضمينه التعليل المزبور في صدره، و لو كان المعيار الظهور لكان تبديل البلوغ به أولى كما لا يخفى.

و منه يظهر الجواب عن غيره الذى جعل غايه الجواز فيه الإطعام الذى هو عباره عن الإدراك؛ و عن الصحاح: أطعمت النخله إذا أدرك ثمرها، و أطعمت البسره أى صار لها طعم». كل ذلك مضافا الى ما تسمعه فى صحيح سليمان بن خالد (٢) منها، بل التعارض بين كثير منها و بين غيرها بالعموم من وجه. ضروره شمولها لصورتى عدم الطلوع و عدم الصلاح، كما أن غيرها شامل للعام و العامين و قد سمعت رجحانها عليها بالشهره و غيرها، لكن الانصاف بعد ذلك كله أن الجواز لا يخلو من قوه و ان كان الأحوط خلافه، ثم على تقدير العدم

فالظاهر مساواه غير البيع من النواقل له فى عدم الجواز؛ لعدم صلاحيه المعدوم للنقل.

نعم يتجه جوازه بالشرط، قال فى التنقيح: «كل موضع قلنا لا يصح البيع فيه؛ يصح ان يجعل من شروط التملك فى عقد آخر» قلت: لعموم أدله الشروط التى لا تستدعى ملكا فعليا للمشتري، و منه ينقدح قوه الجواز فى الصلح أيضا، و ربما تسمع فى بابه زياده تأييد إنشاء الله تعالى، لكن قد يشكل فى خصوص الشرط، لاقتضائه الغرر المنافى لعقد البيع، و لو فى شرطه؛ كما حققناه فى محله.

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار الحديث ٩.

و أما الجواز مع الضميمة حتى فى العام الواحد فهو و ان دلت عليه

موثقه سماعه(١)قال «سألته عن بيع الثمره هل يصلح شراؤه قبل أن يخرج طلعتها؟ قال: لا الا ان يشتري معها شيئا غيرها رطبه أو بقلا فيقول: أشتري هذه الرطبه و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا، فان لم تخرج الثمره كان رأس مال المشتري فى الرطبه و البقله»

الا أنها مقطوعه و معارضه بإطلاق الأدله و معاهد الإجماعات و غيرها، بل فى المسالك «ان المشهور المنع مع الضميمة، حيث لا تكون هى المقصوده بالبيع، لانه غرر.

و من هنا حمل بعضهم الموثق المزبور عن المقصوده، وفاقا للتذكرة، و ربما أشعر به ما فى ذيل الروايه من التعليل، بناء على

الغالب من عدم دفع الثمن فى مثل هذه الصوره إلا بعد أن تكون الضميمة المقصوده، و كان ذلك منه إرجاع منه للمقام إلى قاعده ضم المعلوم الى المجهول، و لو سلمت لهم فيه أمكن منعها هنا، باعتبار انعدام المنضم، الا أن يكون على جهه الشرطيه، و ربما تسمع لذلك تتمه إنشاء الله تعالى.

و يجوز بيعها بعد ظهورها و بدو صلاحها إجماعا أو ضروره عاما واحدا أو عامين بشرط القطع و بغيره منفرده و منضمه إلى المقصود بالبيع و غيره، و لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاما الا أن يضم إليها ما يجوز بيعه عند الأكثر نقلا أو بشرط القطع أو عامين فصاعدا أو بيعت على مالك الأصل عند الفاضل و حيثئذ لو بيعت عاما من دون الشرط الثلاثه أو الأربعة قيل و القائل الإسكافى و الصدوق فى المقنع و التقى و المفيد على ما عن بعض نسخ المقنعه و الطوسى و القاضى و ابن حمزه و الفاضل فى كتبه على ما حكى عن بعضهم لا يصح بل عن صريح المبسوط و الخلاف أو ظاهرهما و الغنيه الإجماع عليه.

و قيل (١١) و القائل الشيخ فى التهذيين و الحلّى و الآبى و الفاضل فى جمله من كتبه و ولده و الشهيدان و الكركى و القطيفى و الميسى على ما حكى عن بعضهم أيضا

يصح، و لكن صرح كثير منهم بأنه يكره، و قيل و القائل المفيد و سلار و الآبى على ما عن الأخيرين، أنه يراعى فى الصحه و عدمها السلامه و عدمها و الظاهر أن مرجعه الى القول الثانى إذ فيما حضرنى من نسخه المقنعه «يكره بيع الثمار سنه واحده قبل أن يبدو صلاحها: الى أن قال فى آخر المبحث: و إذا خاست الثمره المبتاعه قبل ظهورها كان للبائع قدر ما غلت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن»، و مراده بالظهور قبل بدو الصلاح، كما هو المحكى عنها أيضا و على كل حال فهو حكم آخر مبنى على أنه مبيع تلف قبل قبضه، كما تسمع البحث فيه عند تعرض المصنف له، و لعله لذا جعل فى المختلف المسأله ذات قولين، ناصا على أن المفيد و سلار ممن قال بالجواز.

و على كل حال ف الأول أظهر، ل

صحيح سليمان بن خالد(١) عن الصادق عليه السلام «لا تشتري النخل حولا واحدا حتى يطعم، و ان كان يطعم إن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل»

و فى الوافى بعد أن رواه عن التهذيب قال: «الظاهر سقوط لفظ لم» و ربما أيد بأن الموجود

فى الاستبصار «و ان شئت أن تبتاعه»

ك موثق أبى بصير(٢) قلت يمكن صحته على ذلك أيضا، و عن بعض النسخ المعتمده بغير واو و فى حواشى المجلسى كان المراد منه ان كان يعلم عاده أنه يطعم بعد ذلك، و على نسخه عدم الواو، فالمراد ان كان النخل من شأنه أن يطعم بأن يكون مضى من زمان غرسه خمس سنين مثلا، و يمكن ان يكون المراد إذا كان

من نيتها أن يطعم، أى لم يشتره بشرط القطع.

و

خبر أبى الربيع عنه(٣) أيضا «كان أبو جعفر عليه السلام يقول إذا بيع الحائط فيه النخل و الشجر سنه واحده فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته، و إذا بيع سنتين أو ثلاثا فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شىء من الخضره»

و

خبر على بن أبى حمزه(٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر، فقال: لا حتى يزهو، قلت:

و ما الزهو، قال: حتى يتلون»

و



- ١-١ التهذيب ج ٧ ص ٨٨ الحديث ٣٧٤ الاستبصار ج ٣ ص ٨٥.
- ٢-٢ الوسائل الباب -١- من أبواب بيع الثمار الحديث -١٠.
- ٣-٣ الوسائل الباب -١- من أبواب بيع الثمار الحديث -٧.
- ٤-٤ الوسائل الباب -١- من أبواب بيع الثمار الحديث -٥.
- ٥-٥ الوسائل الباب -١- من أبواب بيع الثمار الحديث -٣.

إذا حمل؟ قال: لا يجوز بيعه حتى يزهو، قلت: و ما الزهو جعلت فداك؟ قال: يحمر و يصفر و شبه ذلك»

و

خبر محمد بن شريح (١) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثمره نخل سنتين أو ثلاثا و ليس فى الأرض غير ذلك النخل، قال: لا يصلح إلا سنه و لا تشتريه حتى يبدو صلاحه».

و

صحيح على بن جعفر (٢) المروى عن كتابه «سأل أخاه عن شراء النخل سنه واحده أ يصلح؟ قال: لا يشتري حتى يبلغ: قال: و سألته عن شراء النخل سنتين أ يحل.

قال: لا بأس، ان لم يخرج العام خرج القابل».

و فى

خبر المناهى (٣) نهى عليه السلام أن تباع الثمار حتى تزهو يعنى تصفر أو تحمر»

و

موثق عمار (٤) عن الصادق عليه السلام «سئل عن الفاكهه متى يحل بيعها؟ فقال: إذا كانت فاكهه فى موضع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهه كلها و إذا كان نوعا واحدا فلا يحل بيعه حتى يطعم، فان كان أنواعا متفرقه فلا يباع منها شىء حتى يطعم كل نوع منها وحده ثم يباع تلك الأنواع».

و

مرسل إسماعيل بن الفضل (٥) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الثمره قبل أن تدرك، فقال:

إذا كان له فى تلك الأرض بيع له غله قد أدركت، فيبع ذلك كله حلال»

و

موثق أبى بصير (٦) عن الصادق عليه السلام أيضا «سئل عن النخل و التمر يبتاعهما الرجل عاما واحدا قبل أن تثمر قال: لا حتى تثمر و تأمن ثمرتها من الآفه فإذا أثمرت فابتعها أربعه أعوام مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل»

الى غير ذلك.

لكن لا- يخفى عليك ما فى دلالته بعضها من ثبوت البأس فى المفهوم، و هو أعم من الكراهه، و اضطراب موثق عمار منها، و  
اشتماله على ما لا يقول به أحد من الأصحاب

---

- ١-١ الوسائل الباب-١- من أبواب بيع الثمار الحديث-١٣.
- ٢-٢ الوسائل الباب-١- من أبواب بيع الثمار الحديث-٢٢.
- ٣-٣ الوسائل الباب-١- من أبواب بيع الثمار الحديث-١٤.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٢- من أبواب بيع الثمار الحديث-٥.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٢- من أبواب بيع الثمار الحديث-٢.
- ٦-٦ الوسائل الباب-١- من أبواب بيع الثمار الحديث ١٢.

كما ستعرفه، و احتمال إرادته الكراهه من نفى الحل فى مفهومه؛ كاحتمال إرادته التفسير من قوله «و تأمن» فى الأخير منها؛ كما يومى اليه تعليق الحكم فيه على الاثمار و ذيل

صحيح يعقوب بن شعيب (١) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل؟ فقال كان أبى يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمرته السنه،

و لكن السنيتين و الثلاث كان يقول ان لم يحمل فى هذه السنه حمل فى السنه الأخرى، و سألته عن الرجل يبتاع النخل و الفاكهه قبل أن يطلع، فيشترى سنيتين أو ثلاث سنين أو أربعا؟ قال: لا بأس، إنما يكره شراؤه سنه واحده قبل أن يطلع مخافه الآفه حتى يستين»

بل هو صريح فى المطلوب بناء على إرادته بدو الصلاح من الطلوع فيه؛ لقرائن متعدده، و المعنى المصطلح من الكراهه كما هو الظاهر من وجوه أيضا، و منه يظهر قوه إرادتها من النهى فى النصوص السابقه، سيما بعد اتفاق الفقهاء الأربعة على المنع، كما فى التذكرة؛ فلا يبعد ان اشتهار التعبير به للجمع بين بيان الواقع؛ و دفع التقيه؛ خصوصا بعد أن أشاروا عليهم السلام الى إرادته ذلك منه.

ف

فى صحيح الحلبي (٢) «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شراء النخل و الكرم و الثمار ثلاث سنين أو أربع سنين؟ فقال: لا بأس تقول ان لم تخرج فى هذه السنه تخرج من قابل؛ و ان اشتريته فى سنه واحده، فلا تشتريه حتى يبلغ؛ و ان اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس و سئل عن الرجل يشتري الثمره المسماه من ارض فتهلك ثمره تلك الأرض كلها؟ فقال قد اختصموا فى ذلك الى رسول الله صلى الله عليه و آله فكانوا يذكرون ذلك فلما رأهم لا يدعون الخصومه نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمره و لم يحرمه، و لكن فعل ذلك من أجل خصومتهم»

فهو كالصريح فى أن نهيه السابق عن شراء سنه واحده حتى تبلغ، للكراهه، إذ هو كعباره النبي صلى الله عليه و آله، و شمول الخبر لما قبل الطلوع بعد

١-١ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٨.

٢-٢ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمره الحديث ٢.

إمكان منعه بظهور الغايه فى وجود الثمره، لا ينافى الاستدلال به على المطلوب؛ إذ أفصاه التقييد بالأدله السابقه.

و

فى صحيح (١) ربيعى «قلت لأبى عبد الله عليه السلام ان لى نخلا بالبصره فأبيعه و أسمى الثمن و استثنى الكرم من التمر أو أكثر أو العدد من النخل؟ قال: لا بأس، قلت.

جعلت فداك بيع الستين؟ قال: لا بأس قلت: جعلت فداك ان ذا عندنا عظيم قال:

أما انك ان قلت ذاك لقد كان رسول الله صلى الله عليه و آله أحل ذلك فتظالموا فقال عليه السلام: لا تباع الثمره حتى ييدو صلاحها»

و مراده بقرينه الخبر الأول أن نهى النبى صلى الله عليه و آله لأجل قطع الخصومه، لا الحرمة، و هو بعينه النهى الوارد عنهم عليهم السلام، و المناقشه فيه - بظهوره فى أن نهيه عليه السلام الذى هو للكراهه انما هو فى بيع الستين قبل بدو الصلاح و هو الذى يأبى عنه العامه كما عن السرائر و التذكره التصريح به، بل تشعر به عباره الغنيه أيضا

و الظاهر ان قضيه التظلم الذى تعقبها النهى الذى ليس للحرمة، هى القضيه التى تضمنها الخبر السابق، فيسقط الاستدلال به حينئذ أيضا - يدفعها أن الذى حكاها فى التذكره عن الفقهاء الأربعة المنع فى مفروض المسأله أيضا و لا- ينافيه قولهم به أيضا فى الستين كما أن ما حكاها عن النبى صلى الله عليه و آله رد لهم فى المقامين فتأمل جيدا.

و

فى خبر تغلبه بن بريد و حسنه بريد بن معاويه (٢) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبه تباع قطعتين أو ثلاث قطعات؟ فقال: لا بأس، قال: و أكثرت السؤال عن أشباه هذا فجعل يقول لا بأس، فقلت: أصلحك الله استحياء من كثره ما سألته، و قوله: لا بأس به ان من بيننا يفسدون هذا كله، فقال: أظنهم سمعوا حديث رسول الله صلى الله عليه و آله فى النخل ثم حال بينى و بينه رجل فسكت، و أمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه و آله فى النخل فقال أبو جعفر عليه السلام خرج رسول الله صلى الله عليه و آله فسمع ضوضاء فقال: ما هذا؟ فقليل له: تباع الناس النخل، فقعد النخل العام، فقال عليه السلام: أما إذا فعلوا فلا تشتروا النخل العام حتى يطلع فيه الشىء، و لم يحرمه»

و هو مع كونه مورد السنه

١-١ الوسائل الباب - ١ - من أبواب الثمار الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب - ١ - من أبواب الثمار الحديث ١.

صريح في الإنكار، على توهم الحرمة من النهي المزبور الذي بعينه وقع في كلامهم عليهم السلام، و رواه العامه بهذا اللفظ و ما يقرب منه؛ و اشتماله على ما لا نقول به- بعد إمكان إرادته بدو الصلاح من الطلوع فيه، أو بالنسبه إلى السنه الثانيه المنظمه إلى السنه التي ظهرت فيها الثمره- غير قادح في الاستدلال على المطلوب.

هذا كله مضافا الى الأصول و العمومات العظيمة الداله على الجواز أيضا مضافا الى

صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنه و ان شئت أكثر، و ان لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجره»

اء على إرادته الشراء من التقبل فيه، و الى ما يومى اليه تعدد التعبير عن الغايه المزبوره، فتاره يبدو الصلاح، و الأخرى بالإطعام، و ثالثه بالبلوغ، و رابعه بالإدراك؛ و خامسه بالتبين، من إرادته الكراهه قبل ذلك و أنه بها ترتفع الخصومه على اختلاف مراتبها.

بل

في خبر على بن جعفر المروى عن قرب الاستناد (٢) الذى «سأل فيه أخاه عن بيع النخل أ يحل إذا كان زهوا؟ فقال له: ان استبان البسر من الشيص حل بيعه و شراؤه»

و الظاهر تحقق ذلك قبل الاحمرار و الاصفرار، و دعوى إمكان رجوع الجميع إلى الأول واصله المنع خصوصا بالنسبه إلى الشجر الذى ستعرف أن بدو الصلاح فيها عندهم الانعقاد و هو لا يتحقق به البلوغ مثلا قطعاً، بل و لا فى النخل إذ كثير منه لا يبلغ باحمراره و اصفراره كما هو واضح.

و قد ظهر من ذلك كله ان القول بالجواز لكن على الكراهه هو الأقوى، بل قد يؤيده أيضا أنه لا خلاف عندهم فى الجواز مع اشتراط القطع؛ حيث لا تكون المعامله معه سفها بل حكي عليه الإجماع مستفيضا أو متواترا، مع أنه لا أثر له فى النصوص فليس ذلك إلا لأن اشتراط القطع يعين كون مراد المتبايعين هذا الموجود فى هذا الحال و لا ريب فى أنه مال مملوك يجوز بيعه، و لا يعتبر فى الصحه تحقق القطع، بل لو رضى المالك بعد ذلك بالبقاء مجانا أو بأجره جاز إجماعا فى التذكرة؛ خلافا لأحمد فأبطل البيع

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار الحديث- ١٧.

لو عصى المشتري فلم يقطع و منع البائع منه أيضا صح، و كانت الثمره له عندنا؛ و إن ثبت عليه الأجره فلو باعه الموجود من الثمره مصرحا له بأن المبيع هذا الموجود؛ بحيث

يستحق عليه القطع كان المتجه الجواز و إن لم يشترطه؛ و لعله عند الأصحاب بمعنى اشتراط القطع، و قد ينقدح هنا شىء و إن نافاه جمله من عبارات الأصحاب، و هو جواز البيع و الشراء إذا كان القصد الموجود على النخل و الأشجار فى تلك الحال، و العدم إذا كان المقصود شراؤه ثمره أى بالغا، أما الأول فلاصل و العمومات؛ بعد انسياق نصوص المنع إلى غيره مما يراد صلاحه و إطعامه و إدراكه و بلوغه، و لذا جعل غايه للجواز فى النصوص السابقه، بل قد يدعى أن إطلاق الثمره عليه قبل ذلك مجاز، لعلاقه الأول.

و منه يظهر وجه المنع فى الثانى مضافا إلى أنه غير مقدور للبائع؛ إذ ليس هو من أفعاله، و إنما هو من فعل الله تعالى، و لعل مبنى المنع فى كلام الأصحاب مع اشتراط التقيه، حتى حكى عن المبسوط و الغنيه و ظاهر الخلاف الإجماع على عدم جوازه معه، بل عن بعضهم جعل الخلاف فيما إذا أطلق دونه.

و إن كان يدفعه ما عن السرائر من أن الخلاف فيه و فى الإطلاق بل صرح فى التذكرة بالجواز معه، لعدم اشتراطه بدو الصلاح فيها ظهور اشتراط التقيه فى إرادته بيعه ثمره، و أنه أولى من الإطلاق المنصرف إلى ذلك؛ حتى أن من جوز البيع بالظهور أوجب معه على البائع الإجابة إلى البقاء إلى أو ان القطع؛ خلافا لأبى حنيفه إذ الظاهر إرادته الثمره منه لا هذا الموجود، فإذا أطلق صح عند من لم يعتبر البدو، و بطل عند من اعتبره، و لا يحمل على القطع و إن توقفت صحه العقد عليه، كما صرح به فى الدروس، و حينئذ فيكون فى الحقيقه اشتراط التقيه كالإطلاق فى الاندراج تحت إطلاق أدله المنع، أما لو أريد من اشتراط التقيه الذى لولاه لاستحق البائع على المشتري القطع، باعتبار كون المبيع هذا الموجود على الشجره، فيجوز للأصل و العمومات و بعض

النصوص السابقة، و أنه كمشروط القطع فى كون المبيع المشخص الموجود، و اشتراط تبقية لا- يصير المبيع غيره؛ و لعله لذا استدل فى التذكرة على الجواز فى المقام بأنه يجوز بيعه بشرط القطع إجماعاً، فجاز بشرط التبقية كما لو باعه بعد بدو الصلاح بشرط التبقية، و التفصيل و الإطلاق، و إن كان لا يجوز بيع السنبل منه قبل ظهوره فيه.

و قد يقوى دوران الحكم على القصد المذكور فى بيع الثمرة على مالك الأصل الذى حكم العلامة بجوازه بمجرد الظهور من دون شرط، مدعياً عليه الإجماع فى القواعد، و أنه خارج عن محل النزاع، و إن رده من تأخر عنه بعدم الدليل، إذ ما قيل فى الاستدلال له بأنه لمكان تبعته للأصل، كان كالجمع بينهما فى عقد؛ واضح الضعف، لعدم العقد هنا على الجميع، بل حكى عن الخلاف و المبسوط التصريح بالمنع فيه، فيتجه الجواز إذا كان القصد شراء ذلك الموجود، و اشتراط القطع هنا كعدمه- ضروره عدم استحقاقه ذلك على مالك الأصل، و العدم إذا كان القصد بيعه ثمرة، مع أنه قد يقال بالصحة فيه هنا، باعتبار رجوع ذلك إلى إرادته الإبقاء إلى بلوغ هذا الحال ضروره عدم قدرته على صيرورته ثمرة. و حيث كان البيع على المالك لم يكن للمشتري استحقاق فى الإبقاء فليس حينئذ إلا إرادته بيعه فى هذا الحال و هو لا إشكال فى صحته، فيتجه للفاضل حينئذ دعوى الإجماع عليه.

و من هذا الأخير يظهر لك أنك إن أبيت عن تنزيل كلمات الأصحاب على ما ذكرنا، باعتبار صراحه بعضها فى خلافه كان المتجه الجواز، فى بيع الثمار قبل بدو الصلاح كما قلناه سابقاً، إذ ليس مرجعه حينئذ إلا إرادته الإبقاء إلى أو أن صيرورته ثمراً؛ خصوصاً مع التصريح بذلك، و هو لا بأس به، بعد ما عرفت من تنزيل نصوصه على الكراهه أو التقيه للوجه المتقدمه.

بل ربما يظهر لك وجه ما ذكره الأصحاب هنا من غير خلاف يعرف بينهم فيه من الجواز مع الضميمة، بل فى التذكرة و التنقيح و محكى المذهب الإجماع عليه، مع أنه



لم أجده فيما وصل إلى من النصوص على جهة الإطلاق و موثق سماعه(١)المتقدم سابقا قبل الطلوع، اللهم إلا أن يحمل على إرادته بدو الصلاح من الطلوع فيه، فيكون شاهدا للمقام؛ و أما النصوص الآتية التي (٢)منها ضم ما بدا صلاحه مثلا إلى غيره، فهي في موارد خاصه لا ينبغي التعديه منها إلى غيرها.

نعم قال بعض متأخري المتأخرين إطلاق النص مشيرا إلى ما تسمعه من النصوص في المسأله الآتية، و كلام الأصحاب يقتضى عدم الفرق فى الضميمة بين أن تكون متبوعه أو تابعه، و لا ريب فى الأولى للقاعده المطرده من صحه المعامله مع الضميمة التى تكون بالذات مقصوده؛ مخرجه لها عن الغرر و المجازفه، و قد تقدم إلى ذكرها مرارا الإشاره و كذا فى الثانيه بعد ما عرفت من إطلاق النص و الفتوى المخرجه لها عما دل على فساد المعامله، و لو انضم ضميمة ليست بالذات مقصوده إذا اشتملت على الغرر و الجهاله.

و من هنا انقح وجه القدح فى استدلال جماعه بقاعده الضميمة المزبوره لصحه هذه المعامله مطلقا و لو فى صورته الثانيه، فإنها لم تنهض بإثباتها إلا فى الصوره الأولى خاصه، و لعل الوجه أن الضميمة هنا ليست لدفع الغرر و الجهاله حتى يأتى فيها التفصيل المتقدم إليه الإشاره، لاختصاص مثلها بما يتصور فيه الأمران لو خلا عنها، و ليس منه مفروض المسأله، بناء على أن المنع عن بيع الثمره قبل بدو صلاحها إنما هو تعبد محض، نهض بإثباتها الأخبار المانع، لولاها لتعين المصير إلى الجواز، نظرا إلى الأصل و العمومات السليمه عن معارضه الغرر فالمجازفه، لاندفاعها؛ و لذا صار إليه جماعه بعد حملهم تلك الاخبار على الكراهه بشهاده بعضها، بل ضمها هنا ليس الا للذب و الفرار عن الدخول تحت إطلاق تلك الاخبار، بناء على اختصاصها بحكم التبادر بغير المضمار.

قلت: قد يناقش فيه أولا- بإمكان منع القاعده التى أشار إليها، إنما المسلم منها التابع

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

٢- ٢ الوسائل الباب ٢ من أبواب بيع الثمار.

فى نفسه، كأس الجدران و زخارف الدور و حمل الدابه، و نحو ذلك لا التابع فى القصد ضروره؛ تناول أدله الغرر و الجهاله له، و دعوى أنه بذلك تكون الشرط الذى لا يعتبر فيه شىء من ذلك على التحقيق؛ يدفعها عدم صدق اسم الشرط عليها، بل هى بعض المبيع،- و ثانياً بمنع إخراج الضميمة هنا للمفروض عن إطلاق الأدله إذ دعوى اختصاصها ببيع الثمره خاصه واضحه الفساد، فالمتجه حينئذ الاستناد فى الضميمة سواء كانت تابعه أو متبوعه إلى إطلاق معاهد الإجماعات التى يمكن التنقيح بها للموارد الخاصه فى النصوص الاتيه، فيتعدى منها حينئذ إلى غيرها، و ربما يقال أن الضميمة هنا كالضميمة مع الآبق باعتبار ان ما نحن فيه كغير المقذور على تسليمه، لعدم البلوغ حال البيع، فلا يشترط فيها حينئذ كونها متبوعه، بناء على عدم اشتراط ذلك فيها فى الآبق، بل إنما ضمت حتى لا يصير الثمن بلا مثنى لو اتفق عدم حصول المنضم إليه و الأمر سهل عندنا بناء على ما عرفت من عدم اشتراطها فى الصحه؛ و أنه يجوز البيع بدونها.

و على كل حال فمنها كما فى المسالك ما لو بيعت الثمره مع أصولها و لذا قال المصنف جاز البيع مطلقاً قبل بدو الصلاح و بعده، بل فى التذكرة و التنقيح الإجماع عليه بالخصوص؛ و ربما يقال أن الصحه هنا لكون الثمره تابعه، كحل الدابه، بل لا يندرج نحوه فى إطلاق أدله المنع الظاهر فى غير ذلك لا للضميمة، و لذا جعله غير واحد شيئاً آخر غيرها.

و اما الجواز فى زياده عن عام فلا- خلاف فيه، كما عن كشف الرموز بل عن ظاهر المبسوط و الخلاف و السرائر، و صريح التذكرة و المهذب و التنقيح الإجماع عليه، مضافاً إلى ما سمعته من النصوص السابقه و قد ظهر من ذلك كله أنه لا خلاف و لا إشكال فى جواز البيع بعد الظهور قبل البدو إذا حصل أحد الأمور الثلاثه أو الأربعة، بناء على أن بيعها مع الأصول ليس من الضميمة، و عن الفاضل زياده البيع على مالك الأصل، و قد عرفت الحال فيه و بيع الأصل و استثناء المالك الثمره.

و فيه أنه- و إن كان لا يشترط البدو فيه عندنا خلافاً لأحد وجهى الشافعيه فاعتبروا

فى الصحه شرط القطع، و لا ريب فى ضعفه، لأنه استدامه ملك لا ابتداءه- ليس مما نحن فيه من بيع الثمره، و ما يقال- من أن بيع الأصل سبب فى زوال الملك، و استثناءه سبب فى التدارك، فهو كالحادث- يدفعه أن السبب فى الزوال البيع المطلق، لا مطلق البيع، و ليس المشرف على الزوال و لما يزل، كالتزائل العائد، لأنه تقدير لما لا وجود له من الزوال فعلا، بمنزله الموجود كما هو واضح.

ثم إن الظاهر كون الخلاف فى المقام إنما هو فى المبيع خاصة، أما الصلح فيجوز مطلقا و بشرط التبقية للأصل، بعد اختصاص النصوص و الفتاوى فى البيع خاصة، بل و كذا غيره من النوافل؛ سيما الشروط و الله أعلم هذا. و الضميمة على تقدير اعتبارها فى الصحه ينبغى الاقتصار فيها على المتيقن، من كونها مما يجوز بيعها منفردة كما تومئ إليه عبارته المتن، و كونها مملوكة للمالك، و كون الثمن لها و للمنضم على الإشاعه و نحو ذلك، و إن كان للنظر فى هذا كله مجال، كالنظر أيضا فى الصحه فيما لو تلفت قبل القبض و غيره، إلا أنا فى غنيه عن إطاله البحث فيه بعد عدم اعتبارها فى الصحه عندنا، و هل من الضميمة ما لو باع الثمره مشترطا قطع بعضها، المتجه العدم بناء على اعتبار صحه بيعها بغير عقد الانضمام؛ و الأمر سهل.

و كيف كان ف بدو الصلاح الذى هو شرط للصحه أو الكراهه فى اللغه كما عن المقداد و الصيمرى أن تصفر البسر أو تحمر على المشهور بين الأصحاب نقلا و تحصيلا شهره عظيمه، بل فى محكى السرائر نسبتته إلى أصحابنا، و المبسوط إلى روايتهم لخبرى الوشاء(١) و على بن أبى حمزه(٢) المتقدمين المنجبرين بالشهره المزبوره؛ و المعتضدين بخبر المناهى(٣) الذى فسر الزهو بهما فيه أيضا، بناء على أنه منه

النبوى أيضا المروى عن معانى الأخبار(٤) «نهى صلى الله عليه و آله عن المخاصره، و هى أن

تباع الثمار قبل أن يبدو صلاحها و هى خضر بعد؛ إلى أن قال: و نهى عن بيع الثمر قبل أن يزهو، و زهوه أن يحمر أو يصفر»

و قال فيه و

فى حديث آخر(٥) «نهى عن بيعه قبل أن

- 
- ١- ١ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٣.
  - ٢- ٢ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٥.
  - ٣- ٣ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ١٤.
  - ٤- ٤ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ١٥.
  - ٥- ٥ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ١٦.

يشقح»

و يقال «يتشققح؛ و التشقيق هو الزهو أيضا» و قيل لا ينافى ذلك التعليق على الإطعام فى بعض النصوص السابقه، و الإدراك فى آخر، و البلوغ فى ثالث، بعد ان كان رجوع الجميع إليهما، و فيه أن المشاهد خلافه بل اختلاف ذلك دليل على ما قلناه سابقا من الكراهه قبل بدو الصلاح؛ و لعلها تختلف باختلاف مراتبه شده و ضعفا.

و على كل حال فقد عرفت أن المعروف تحقق بدو الصلاح بذلك، لكن زاد المصنف هنا و الفاضل فى الإرشاد فقالا: بدو الصلاح ذلك أو أن يبلغ مبلغا يؤمن عليها العاهه و لم نجده لغيرهما، و إن حكى تفسير بدو الصلاح به بلفظ القيل، مع أنه على فرض وجوده غير ما فيهما، و لعله للجمع بين ما عرفت و بين خبر أبى بصير(١) السابق المؤيد فى الجمله ب

خبر على بن جعفر(٢) عن أخيه عليه السلام «سألته عن بيع النخل أ يحل إذا كان زهوا

قال: إذا استبان البسر من الشيص حل بيعه و شراؤه»

و بالنبوين

العاميين(٣) «أحدهما لا تبتاعوا الثمره حتى يبدو صلاحها، قيل و ما بدو الصلاح؟ قال: تذهب عاهتها و يخلص رطبها»

و

الآخر(٤) «نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهه»

الا- أنه لم يحصل شرط الجمع من المقاومه المفقوده هنا من وجوه، و الشاهد المعبر، مضافا إلى قوه احتمال كون الاحمرار و الاصفرار بهما يحصل الأمان، و احتمال إرادته الظهور من أمن الآفه فلا ينافى حينئذ اشتراط ذلك بعد بدو الصلاح المفسر بما عرفت؛ و إلى إجمال المراد به، اللهم إلا أن يقال: بأن المرجع فيه العاده، و ربما حد فى النبويه العاميه(٥) بطلوع الثريا الذى نفى الاعتبار به فى محكى الخلاف، و الله أعلم.

و على كل حال ف إذا أدرك بعض ثمره البستان المتحدده و بد إصلاحه و لم يدرك الآخر بعد أن كان ظاهرا جاز بيع ثمرته أجمع بناء على اعتبار بدو الصلاح فى الجواز بلا خلاف أجده فيه، بل عليه الإجماع، منقولا مستفيضا إن لم يكن محصلا، سواء كان متحد النوع أو مختلفه،

للأصل السالم عن المعارض، بعد تنزيل ما دل على المنع

٢-٢ الوسائل الباب -١- من أبواب بيع الثمار الحديث ١٧.

٣-٣ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٠٠ جامع الصغير ج ٢ ص ١٩٢ طبع عبد الحميد احمد حنفي.

٤-٤ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٠٠ جامع الصغير ج ٢ ص ١٩٢ طبع عبد الحميد احمد حنفي.

٥-٥ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٠٢.

على غير المفروض، سيما إذا كان البعض المدرك مما يصدق معه بدو صلاح الثمره؛ المعلوم عدم إرادته الجميع منه، و ل صحيح يعقوب ابن شعيب (١) عن الصادق عليه السلام «إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفه، فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها أجمع»

و

صحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنه و إن شئت أكثر، و إن لم يتبين لك حملها فلا تستأجره»

و

خبر البطائني (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستانا فيه نخل و شجر، منه ما قد أطمع، و منه ما لم يطعم؟ قال: لا بأس إذا كان فيه ما قد أطمع»

بناء على إرادته ثمره البستان منه، و

المرسل (٤) كالموثق «المسئول فيه عن بيع الثمره قبل أن تدرك فقال: إذا كان في تلك الأرض بيع له غله قد أدركت؛ فبيع كله حلال»

إلى غير ذلك، من ذيل خبر أبي الربيع (٥) ونحوه، مضافا إلى ما قيل من أنه لا إشكال في بيع ما بدا صلاحه، لحصول الشرط، أو غيره أيضا لضمه إليه، و قد عرفت عدم الاشكال و الخلاف في جواز بيع الثمره الظاهره مع الضميمه، فيندرج حينئذ مفروض المسأله فيها، خصوصا بعد ما عرفت من عدم اعتبار المتبوعيه في هذه الضميمه، و أنها ليست كضميمه المجهول.

لكن قد يناقش في تناول دليل الضميمه لمثل المقام على وجه يخرج عن إطلاق أدله المنع على فرض شموله، و حينئذ ينبغي الاقتصار في الاستدلال على ما ذكرناه أولا.

لكن لا ينبغي التأمل في صدق الضميمه لو ضمها إلى بستان أخرى لم يبدو صلاحها إلا أن المصنف قال و لو أدركت ثمره بستان لم يجوز بيع ثمره البستان الأخر و لو ضم إليه وفاقا لمحكي الخلاف و المبسوط، بل عن الأول الإجماع عليه، و مقتضاه حينئذ عدم تناول الضميمه لمثل ذلك، و عدم تناول نصوص الصحه المتقدمه آنفا له أيضا،

١-١ الواسئل الباب-٢- من أبواب بيع الثمار الحديث-١.

٢-٢ الواسئل الباب-٢- من أبواب بيع الثمار الحديث-٤.

٣-٣ الواسئل الباب-٢- من أبواب بيع الثمار الحديث-٣.

٤-٤ الواسئل الباب-٢- من أبواب بيع الثمار الحديث-٢.

٥-٥ الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار الحديث ٧.

فيبقى مندرجا في إطلاق دليل المنع، وفيه - بعد تسليم الدعوى الأولى له الواضح منعها عليه، و تسليم تناول إطلاق دليل المنع لذلك، - منع عدم تناول المرسل المتقدم (١).

المنجبر هنا بعمل الأصحاب كافة عدا من عرفت كما قيل.

و منه يعلم ما في دعواه الإجماع عليه، و لعله لذا قال بعد ذلك و فيه تردد بل كان الأولى الجزم بالصحة؛ لما عرفت، و اما

موثق عمار (٢) «عن ابي عبد الله عليه السلام سئل؛ عن الفاكهه متى يحل بيعها؟ قال: إذا كانت فاكهه كثيره في موضوع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهه كلها، فإذا كان نوعا واحدا فلا يحل بيعه حتى يطعم، فان كان أنواعا متفرقه فلا يباع منها شيء حتى يطعم كل نوع منها؛ ثم يباع تلك الأنواع»

فمع اشتماله على ما لا يقول به أحد من الطائفة، من اشتراط اتحاد النوع بإدراك البعض في صحه بيع الجميع، و تشويش متنه، إنما يدل بالمفهوم؛ و هو قاصر عن معارضه الأدله من وجوه، فلا ريب حينئذ في أن الأصح الجواز هذا كله في ضم الثمره الظاهره و لم يبدو صلاحها إلى ما بدا بناء على اشتراطه و إلا فيجوز بدونه.

اما المتجدده ففي الغنيه «يجوز بيع الثمره الموجود بعضها المتوقع وجود باقيها عندنا و عند مالك» و في القواعد و لو ظهر بعض الثمره فباعه مع المتجدده في تلك السنه، صح سواء اتحدت الشجر أو تكثرت؛ و سواء اختلف الجنس أو اتحد» و في التذكره «يجوز عندنا بيع الثمار بعد بدو صلاحها مع ما يحدث بعدها في تلك السنه، أو سنه أخرى، و به؛ قال مالك» و في الدروس «و يجوز اشتراط المتجدده

من الثمره في تلك السنه و غيرها؛ مع حصر السنين، سواء كان المشترط من جنس البارز أو غيره، و لو شرط ضم ما يتجدد من بستان آخر عاما أو عامين احتمل الجواز» و ظاهر اللغه كونه من المسلمات، لانه قال: «و يجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطه و لقطات؛ كما يجوز بيع الثمره الظاهره و ما يتجدد في تلك السنه و في غيرها» أي مع ضبطه السنين، و في الروضه «لأن الظاهر منها بمنزله الضميمه إلى المعدوم، سواء كانت متجدده من جنس الخارجه

١- ١ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الثمار الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الثمار الحديث ٥.



أم غيره».

و فيه أن الأصح عدم الاكتفاء في صحه بيع المعدوم بالضميمه إليه، فينبغى التعليل فى المتجدد من ثمره الشجر الذى فرض ظهور ثمرته، بأنه لا ينقص عن بيع ثمرته فى السنه الأخرى مثلا، فلا يقدر حينئذ انعدامها، و بظهور بعض النصوص السابقه فيه، بل و فى غيره مما لم تخرج بعد ثمرته، فالتوقف فيه حينئذ بأنه معدوم و لا تجدى فيه الضميمه فى غير محله، بعد ما سمعت من صحيح الحلبي السابق (١) بل و المرسل (٢) و ذيل خبر ابى الربيع (٣) مضافا إلى نصوص الخضر (٤) إلا- أنه ينبغى الاقتصار فى ذلك على المتيقن، و هو البستان الواحد، أما المتعدده فالأحوط إن لم يكن الأقوى عدمه، للأصل و غيره، و لذا جعل فى الدروس الجواز احتمالا، فتأمل جيدا و الله أعلم.

### [أما الأشجار]

و أما الأشجار فظاهر النصوص و الفتاوى اتحاد حكمها مع النخل، بالنسبه إلى البيع قبل الظهور و غيره، و من هنا جعل فى التحرير و ظاهر الدروس كما عن غيره موضوع الأحكام السابقه، الثمره، لا خصوص ثمره النخل، بل صرح أولهما بأن النخل و الشجر فى الحكم سواء بل صرح فى التذكرة و جامع المقاصد و محكى الإيضاح بأن الخلاف فى بيع ثمر الشجر قبل الظهور أزيد من عام كما فى النخل؛ بل صرح فى الأول بالإجماع على عدم جواز بيعها عاما واحدا قبل الظهور كالنخل.

و بالجمله لا- يخفى على من تأمل نصوص المقام و فتاوى الأصحاب ظهور اتحاد الحكم فيها، لكن ربما نقل عن العلامة الفرق بين ثمره النخل و ثمره غيره، فجوز بيع الاولى بعد ظهورها قبل بدو الصلاح عامين، و منعه فى الثانية، و فيه أن الذى وقفنا عليه من كلامه صريح فى خلافه.

و كيف كان فمقتضى ما ذكرنا أنه لا خلاف فى عدم جواز بيعها قبل الظهور عاما،

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٧.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار.

و فى التذكرة «الإجماع عليه» و فى العامين و الضميمة ما عرفت، و لا- خلافاً أيضاً فى بيعها بعد الظهور قبل البدو بناء على انفكاكهما فيها بشرط القطع، أو الضميمة أو عامين، أما بدون ذلك ففيه البحث السابق، و حينئذ يتجه للمصنف أن يقول لا يجوز بيعها حتى يبدو صلاحها بعد تقييده فى صورة الظهور بما تقدم، لما سمعته من كلامه فى غير اشتراط القطع، بناء على ما عرفت من اختياره وحده أى بدو الصلاح فيها ان ينعقد الحب و لا يشترط زياده عن ذلك على الأشبه بل عن الكفايه أنه أشهر، لكن فى معقد شهره التنقيح إضافة تناثر الورد إليه، و ظاهره أو صريحه أنه مراد من لم يصفه إليه، و لذا جعل فى المسألة قولين، هذا أحدهما، و الثانى ما تسمعه من عباره المبسوط؛ و نحوه ما فى غايه المرام و محكى إيضاح النافع، إلا- أنه خص الشهره بالمتأخرين فى أولهما، و يؤيده أنا لم نجد فى النصوص ما يشهد للإطلاق، إذ ليس إلا

خبر ابن شريح (١) «و بلغنى أنه قال فى ثمر الشجر: لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته، فقيل: و ما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط و رده»

و

موثق عمار (٢) «سألته عن الكرم متى يحل بيعه؟ قال: إذا عقد و صار عقوداً، و العقود، اسم الحصرم بالنبطيه»

كما قيل: و الثانى فى خصوص الكرم، و الأول قد اعتبر فيه تناثر الورد، فيقوى حينئذ اتحاد القولين، خلافاً للمسالك و غيرها، و لعل الانعقاد إنما يكون بعد تناثر الورد كما هو ظاهر الخبر.

و حينئذ ينحصر الخلاف فيما عن المبسوط و المهذب، قال فى أولهما «بدو الصلاح يختلف،

فان كانت الثمره مما تحمر أو تسود أو تصفر فبدو الصلاح فيها حصول هذه الألوان، و إن كانت مما تبيض، فبأن تتموه، و هو أن يتموه فيها الماء الحلو و يصفو لونها، و إن كانت مما لا تتلون مثل التفاح؛ فبأن يحلو و يطيب أكله؛ و إن كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج، قال: و قد روى أصحابنا أن التلون يعتبر فى ثمره النخل خاصه، فأما ما يتورد فبدو صلاحه أن ينتشر الورد و ينعقد؛ و فى الكرم أن ينعقد الحصرم، و إن كان مثل القثاء

١- ١ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث- ١٣.

٢- ٢ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث- ٦.

و الخيار الذى لا يتغير طعمه، و لا لونه، فان ذلك يؤكل صغاراً، فبدو صلاحه أن يتناهى عظم بعظمه».

و هو إن كان قد يشهد له نصوص الإطعام و البلوغ و الإدراك، إلا أنه- بعد اعترافه بكون روايه أصحابنا خلافه، و قد عرفت أيضاً أن عملهم على ذلك،- لا ينبغى الالتفات إليه؛ سيما بعد أن حكاه فى التذكرة عن الشافعى الذى قد جعل الله الرشد فى خلافه، و ليس المراد من نصوص الإطعام و الإدراك و البلوغ،(١) بيان أول مرتبه بدو الصلاح، بل يقوى فى النفس ما ذكرناه سابقاً من أن هذه غايات لرفع كراهه البيع قبلها، المختلف شده و ضعفها باختلافها كاختلاف الخصومه التى قد عرفت سابقاً أنها سبب النهى عن البيع قبل بدو الصلاح.

و من ذلك يعرف ما فى المحكى عن السرائر أيضاً، قال: «بدو الصلاح فى ثمره النخل الحمره و الصفرة، و ما عداها فحين يتموه فيها الماء الحلو؛ و يصفر لونها و قال:

و لا يعتبر التلون و التموه و الحلاوه عند أصحابنا، إلا فى ثمره النخل خاصه و ٧ ن كانت الثمره مما تتورد، فبدو صلاحها أن ينتشر الورد و ينعقد، و فى الكرم أن ينعقد الحصرم، و إن كان غير ذلك فحين يحلو و يشاهد؛ و قال بعض المخالفين إن كان مثل القثاء و الخيار لا يتغير طعمه و لا لونه، فبدو صلاحه أن يتناهى عظم بعضه قال: و قد قلنا إن أصحابنا لم يعتبروا بدو الصلاح إلا فيما اعتبروه من النخل و الكرم، و انتثار الورد فيما يتورد و يمكن إرجاعه إلى المشهور، بل يمكن إرجاع كلام الشيخ إليه على إرادته أن ما ذكره لغيرنا، فتأمل.

و على كل حال فقد عرفت أن الموجود فى النص الانعقاد من دون ذكر الحب، و به عبر فى اللمعه، بل و ما سمعت من عبارتى المبسوط و السرائر، و الظاهر إرادته انعقاد الثمره، فإن كانا متلازمين و إلا فالتعبير به أولى و أعم، لعدم الحب فى بعض الثمار هذا و فى المسالك و غيرها أنه على ما اختاره المصنف من تفسير بدو الصلاح يتحد وقت الظهور

و بدو الصلاح، إذ ليس بينهما واسطه، أى فلا تظهر فائده حينئذ للقولين السابقين فى النخل، و إنما تظهر فائدتهما لو قلنا بتأخير بدو الصلاح عن الظهور.

قلت: قد يمنع اتحادهما على تفسير المصنف أيضا، خصوصا بعد أن عرفت أنه هو المراد من القول الثانى، فلاحظ و تأمل، و يؤيده أن الفاضل فى التذكرة مع قوله فيها بأن بدو الصلاح فى ثمره الأشجار الانعقاد، قال: «يجوز بيعها بعد الظهور قبل البدو سنه و سنتين مع الضميمة إلى الأصول و غيرها» و قد سمعت سابقا دعواه الإجماع على عدم جواز بيعها قبل الظهور سنه.

و كيف كان ف هل يجوز بيعها سنتين فصاعدا قبل ظهورها قيل: و القائل الصدوق و بعض متأخرى المتأخرين نعم بناء على اتحاد الحكم فيها مع النخل و الاولى المنع بل هو الأصح لتحقق الجهالة كما عرفت البحث فيه فى النخل سابقا مفصلا، و ربما استشعر من قوله هنا الاولى الجواز كقوله المروى هناك؛ و التحقيق ما سمعت.

و كذا الخلاف فيما لو ضم إليها شيئا و باعه معها عاما من قبل انعقادها بناء على إرادته الظهور منه فالبحت فى صحته حينئذ نحو ما سمعته فى النخل الا أن المصنف لم يذكره هناك، فيستفاد منه حينئذ أولويه المنع فى المقامين على تقدير عدم الفرق بينهما، و احتمال إرادته بعد الظهور قبل الانعقاد الذى هو بدو الصلاح بناء على تأخره عنه يدفعه أن مقتضاه حينئذ الفرق بين النخل و الشجر، إذ لا خلاف فى جواز بيع الثمره الأول قبل بدو الصلاح مع الضميمة كما سمعت، و قد عرفت اتحاد الحكم فيهما فتوى و نصا.

و من الغريب ما فى المسالك هنا من أن الأجود المنع، و موضعه ما لو كانت الضميمة غير مقصوده بالبيع، بحيث تكون تابعه أو هما مقصودان، أما لو كانت الضميمة مقصوده و الثمره تابعه صح كما مر، إذ فيه أن المفروض قبل الانعقاد الذى هو الظهور، و بدو الصلاح عنده و الضميمة لا تجدى فى جواز بيع المعدوم و قياس هذا الضميمة إلى المجهول قد

عرفت أنه مع الفارق: نعم يتجه الجواز هنا بالضميمه؛ بناء على اختلاف حالى الظهور و الانعقاد على نحو ما سمعته فى ثمره النخل إذا ظهرت و لم يبدو صلاحها و الله أعلم.

و كيف كان ف إذا انعقد ثمر الشجر جاز بيعه مع أصوله بلا خلاف و منفردا كذلك بناء على أنه هو بدو الصلاح سواء كان الثمر بارزا مشاهدا كالتفاح و المشمش و العنب أو فى قشر يحتاج إليه لادخاره كالجوز فى القشر الأسفل، و كذا اللوز، أو فى قشر لا يحتاج إليه كالقشر الأعلى للجوز و الباقلا الأخضر و الهرطمان و العدس بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بل و لا إشكال، و فى التذكرة الإجماع عليه اعتمادا فى ذلك كله على أصل السلامه، خلافا للشافعى فلم يجوز بيع ذى القشر الأعلى كالجوز و اللوز إلا بعد نزع القشر الأعلى سواء كان ذلك على الشجر أو وجه الأرض و لا ريب فى ضعفه.

و كذا البحث فى السنبلى أى لا يجوز شراؤه قبل الظهور و انعقاده الذى هو بدو صلاحه و يجوز بعده سواء كان بارزا كالشعير أو مستترا كالحنطة، منفردا أو مع أصوله، قائما و حصيدا للأصل السالم عن المعارض، و أما شراء الزرع قبل أن يسنبلى، فلا إشكال بل و لا خلاف معتد به فى جواز شرائه مع اشتراط التبقية، أو القصل أو بدونهما للأصل و النصوص المستفيضه المعتبره (١) خلافا لما عن الصدوق فى باب المزارعه، فلم يجوز بيع الزرع قبل السنبلى إلا مع القصل يعلفه للدواب، و تسمع البحث فيه إنشاء الله عند تعرض المصنف له، و الله أعلم.

### [أما الخضر]

و أما الخضر (١١) كالثقلاء و الباذنجان و البطيخ و الخيار فلا يجوز بيعها قبل ظهورها (١٢) إجماعا على الظاهر كما قيل، و فى الحدائق «الظاهر أنه لا خلاف فيه لأنها معدومه، و للجهالة و الغرر، و فحوى نصوص النخل و الأشجار (٢) مضافا إلى

ما فى موثق

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب بيع الثمار.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار.

سماعه(١)«سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات؟ فقال: إذا رأيت الورق في شجره فاشتر منه ما شئت منه من خرطه»

و به يقيد

خبر معاوية بن ميسره(٢)«قال: سألته عن بيع النخل سنتين قال: لا بأس به، قلت: فالرطبه

بيعها هذه الجزه و كذا و كذا جزه بعدها؟ قال: لا بأس به، قال: ثم قال: كان أبى عليه السلام يبيع الحناء كذا و كذا خرطه»

بل بناء على إرادته بيع النخل الظاهره ثمرته فى السنه الأولى، لعدم الجواز بدونه يقوى إرادته ذلك أيضا فى الرطبه، و كذا يقيد

ما فى صحيح بريد السابق (٣)لما سأل أبا جعفر عليه السلام «عن الرطبه تباع قطعه أو قطعتين أو ثلاث قطعات؟ فقال: لا بأس»

الحديث و منه و ما تقدمه يعلم أنه يجوز بيع الخضر بعد انعقادها و إن لم يتناهى عظم بعضها؛ بلا خلاف أجده فيه، بناء على أنه مبدء إصلاحها دونه، أو أنه به يتحقق الظهور و لم نشترط الجواز بالبدو و مشاهدتها، فلو كانت مستوره فى الأرض كالجزر و الثوم و نحوهما لم يجز للجهاله كما صرح به الفاضل فى جمله من كتبه، بل نسبه فى الدروس إلى جماعه؛ لكنه حكى فيها عن أبى على جوازه، و اختاره هو تحكيما للعرف، قال: و أولى بالجواز الصلح؛ و فيه منع تحكيم العرف فى ذلك بعد أن لم يكن مرثيا و لا موصوفا، كما اعترف به فى جامع المقاصد، بل قال: لا يجوز بيعا بل و لا صلحا، و هو متجه بناء على عدم اغتفار مثل هذه الجهاله فى الصلح.

نعم يمكن القول بالصحه لو ضم ما ظهر من ورقه مثلا- إليه، بناء على جواز بيع المجهول إذا ضم معلوم إليه إلا- أن المتجه التفصيل بالقصد و عدمه؛ بناء عليه فى الضميمه، و بالجمله يجرى عليه حكمها، و لكن المسأله لا

يخلو بعد من إشكال، أما إذا كانت الخضره ظاهره و منعده فلا إشكال فى جواز بيعها، لقطه واحده و لقطات

١- ١ الوسائل الباب- ٤- من أبواب بيع الثمار الحديث ٢.

٢- ٢ ذكره صدره فى الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار الحديث- ١١- و ذيله فى الباب ٤ الحديث ٣.

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

معلومه و المرجع فى اللقطه إلى العرف، و مع فرض الشك فيه يبقى على ملك المالك؛ و كذا يجوز بيع ما يقطع فيستخلف كالرطبه و البقول جزه و جزات و كذا ما يخترط كالحناء و التوت بالتائين المثنائين خرطه و خرطات؛ بل قيل:

على الأول تنزل عبارتا النهايه و السرائر، «لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها؛ لان مختارهما فى الكتابين أن بدو الصلاح الانعقاد و تاثر الورد، و أما ما عن المبسوط من نحو ذلك، فينبغى تنزيله على مختاره فيه الذى قد سمعته، بل حكى عنه التصريح هنا بأنه إذا باع حمل البطيخ و القثاء و الحناء بعد ظهوره قبل بدو صلاحه بشرط القطع جاز و إن شرط التبقية أو مطلقاً لم يجز؛ و نحوه عن القاضى.

نعم ما فى الوسيله من نحو ذلك أيضا يمكن أن يكون موافقا للمشهور، لاحتمال أن مختاره فى بدو الصلاح مختارهم، و ما فى المقنعه و محكى المراسم من أنه يكره بيع الخضروات قبل أن يبدو صلاحها، يمكن أن يكونا موافقين للشيخ فى الموضوع دون الحكم الذى قد عرفت فى النخل و الشجر صحته، و أنه لا يشترط بعد الظهور بدو الصلاح و ما نحن فيه مثله على الظاهر، فيجوز فيه ما تقدم سابقا فلاحظ و تأمل.

و على كل حال فلا يقدح انعدام ما عدا الأولى بعد ضمها إليها كالمتجدد من الثمره فى السنه أو فى القابل إلى الثمره الظاهره، و لا- إشعار فى عباره المتن باشتراط الوجود فى جميع اللقطات، و ان خص الجواز بالانعقاد الا أن مراده و لو بالأولى نحو قوله فى ثمره النخل و غيره نعم لا- يجوز بيع الثانيه و الثالثه مستقله، إذ هى كالأولى قبل ظهورها، لكن عن أبى حمزه يجوز بيع الرطبه و أمثالها الجزه أو الثانيه أو الثالثه أو جميعها، و لا ريب فى ضعفه إن أراد ذلك. نعم قد يقال: يجوز بيع ذلك قبل ظهوره إذا انضم إلى ما ظهر من الخضروات نحو ما قلناه فى الشجر، بل المرسل السابق (١) الذى هو كالموثق شامل للمقام، فلاحظه، بل يمكن الاكتفاء فيه بضمه إلى ما ظهر من ثمر النخل أو الشجر، لإطلاق المرسل السابق؛ كما أنه يكتفى بظهور الخضروات فى البستان عن ظهور ثمرات أشجارها

فتكون هي حينئذ كثمره الشجره بل لعله المراد من ذيل خبر أبى الربيع السابق (١) بل يمكن إرادته ذلك من الرطبه و البقل فى موثق سماعه (٢) المتقدم أنفا دليلا لمطلق الجواز مع الضميمه، إلا أنه ينبغى الاقتصار فى ذلك على ما فى الحائط الواحد أخذنا بالمتيقن.

و كيف كان فحيث يجوز بيعها يجوز منفرده و مع أصولها بل لا يعتبر فى الثانى بدو الصلاح

عند القائل به، بناء على أنه غير الظهور، إذ هي حينئذ كثمر النخل و الشجر، و كذا ضم غير الأصل و لو باع الأصول قبل ظهور الثمره جاز مع الإطلاق و بشرط التبقية و القطع، إذ هو كالزراع و كأصول الأشجار و لا- فرق فى ذلك بين ظهور الورد فيها و عدمه، بل الظاهر جواز بيع الورد الذى تتولد منه الثمره مطلقا أو بشرط التبقية بناء على جوازه فى ثمره النخل و الشجر لعدم الفرق بينهما أما مع شرط القطع أو الضميمه فلا ينبغى التأمل فى الجواز كالثمره أيضا، و لو باعها أى الأصول فى الخضر و غيرها عدا النخل بعد انعقاد الثمره لم تدخل فى البيع الا بالشرط و نحوه بلا خلاف للأصل نعم نظر فى الدروس فى تبعيه ورق التوت و الحناء و الأس، قال: «و كذا قضيب ما اعتيد قضيبه (قضبانه خ) كالخلاف، مع أن الأقوى عدم التبعيه أيضا إذا فرض كونه ثمره معتدا به، و لم يكن هناك عرف يقتضى التبعيه كما هو كذلك فى ورق التوت فى بلداننا بحسب هذه الأزمنه.

و على كل حال حيث لا تدخل و جب على المشتري إبقاؤها مجانا إلى أوان بلوغها إن كان المعتاد قطعها عنده و الا قبله، و هو مختلف إذ منه ما يؤخذ بسرا مثلا و منه رطبا و منه تمرا و منه عنبا، و لا يقدح عدم ضبطه بما لا يقبل الزيادة و النقصان بعد ان لم يكن أجلا- مضروبا فى العقد و انما هو كالحكم الشرعى الثابت من الطلاق الأدله الذى لا ريب فى ظهوره فى بقاء الثمره إلى أوان صيرورتها كذلك، و خصوصا

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب ٣ من أبواب بيع الثمار الحديث- ١.



نصوص الزرع (١) بل ترك الاستفصال في غيرها مع معلوميه كون المراد من السؤال شراؤها حال كونها بالغه مدركه كالصريح في ذلك، و مرجعه حينئذ إلى اغتفار عدم الضبط هنا و إن كان مقصودا للمتعاملين، لا أنه لم يقصداه أصلا و هو حكم شرعى تعبدى محض، لعدم الدليل عليه على هذا الوجه، و من ذلك و غيره يعلم أنه لا- وجه للمناقشه في الرياض، «بأنه لا دليل على وجوب التبقية المخالفه لأصله حرمة التصرف في مال الغير و استناد البعض الى استلزام كون الثمره للبائع ذلك غير بين، و حديث نفى الضرر بالمثل معارض، فان كان إجماع أو قضاء عاده بذلك؛ و إلا فالأمر ملتبس» و قد عرفت أنه لا التباس فيه سيما بعد شهره الأصحاب، بل لم يعرف فيه خلاف باعتراف المناقش، و من غريب ما اتفق له أنه هنا توقف في الحكم أشد توقف؛ حتى جعل الأمر عليه ملتبسا و قد تقدم له في باب الشروط أنه لا إشكال في الحكم المزبور.

و كيف كان فلو اختلفت العاده فالأغلب إذا كان بحيث ينصرف الإطلاق إليه و مع التساوى احتمال وجوب التعيين، للغرر، و التنزيل على الأدنى اقتصارا فيما خالف الأصل الدال على حرمة التصرف في مال الغير على المتيقن، و الأعلى استصحابا للجواز، و كذا لو استثنى البائع أو اشتراها خاصة من دون الأصول مشتر، و ربما ظهر من بعض نصوص الزرع (٢) أن الخيار بيد من له الثمره فإن تم و إلا كان القول

بالتعيين متجها، لعدم معلوميه قصدهما الذى قد عرفت مدخليته، و لذا كان الحكم فيما لو اعتاد قوم على قطع الثمره قبل أوان بلوغها تنزيل الإطلاق عليه، كما صرح به الفاضل و غيره، و كذا لو تعارف عندهم بقاؤها إلى ما عبد ذلك نزل عليه أيضا، لأن الاعتياد المفروض كالقرينه على إرادتهما ذلك، إذ هو ظاهر في أن الحكم بالبقاء ليس تعبديا محضا، بل للقصد فيه مدخلية نعم الغى الشارع هنا اعتبار التعيين؛ فتأمل جيدا.

و لكل من مشتري الثمره و صاحب الأصل سقى الشجره؛ مع المصلحه له، و انتفاء

١-١ الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الثمار.

٢-٢ الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الثمار الحديث- ٩- ١٠.

الضرر عن الآخر، و لا يجب على البائع السقى، و إن وجب عليه التبقية المنصرف الإطلاق إليها، و ما عداها إنماء لا يجب عليه؛ نعم يجب عليه التمكين منه مع الحاجة و عدم ضروره، فلو تلفت يترك السقى فان لم يكن قد منع فلا ضمان عليه، و إن منع ضمن، و كذا لو تعيبت، و لو تضررا بالسقى معا منعا منه، و لو كان يضر أحدهما و ينفع الآخر فقد تقدم للمصنف فيما يندرج فى المبيع ترجيح مصلحة المشتري؛ إلا أنه فرض المسألة فى بيع الأصول و بقاء الثمره للمالك، و الظاهر أنه لا فرق بين المقامين، فالتحقيق حينئذ ما تقدم هناك؛ كما أنه تقدم أيضا تحقيق الحال فيما لو استلذمت التبقية ضررا كثيرا على الأصول فلاحظ و تأمل.

فإن منه يعلم الحال أيضا فيما ذكره الفاضل فيما ذكره الفضال هنا فى القواعد «من أنه لو انقطع الماء لم يجب قطع الثمره على مشتريها، و إن تضرر الأصل بمص الرطوبه» إذ ما ذكرناه سابقا و إن كان مفروضا فى بيع الأصول و بقاء الثمره للمالك كما هو المفروض؛ فى كثير من كلمات الأصحاب، إلا أنك قد عرفت عدم الفرق بينهما عند التأمل، إذ ما وجه به البقاء - هنا من أن المشتري قد دفع ثمنه عن الثمره و بقائها، و إطلاق العقد المنصرف إليه كالتصريح به- و العدم بعدم انصراف الإطلاق إلى صوره الضرر الكثير و نحو ذلك - بعينه جار فى صوره العكس كما هو واضح و الله أعلم.

و كيف كان ففى مفروض مسأله المتن جميع ما يحدث بعد تلك الثمره الموجوده عند الاتباع للمشتري بلا خلاف و لا إشكال؛ لأنها نماء ملكه؛ كما أنه لو باع الثمره الموجوده خاصه كان جميع ما يحدث بعد للبائع لذلك، إلا أن الفرق بينهما أنه لو امتزجا فى الصورة الأولى لم يتجه إلا - الشركه؛ و لا - فسخ لأحدهما و لا انفساخ، للأصل السالم عما يقتضى أحدهما، أما الثانيه ففى اللغه «تخير المشتري بين الفسخ و الشركه، و لو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسخ بعيب الشركه؟ نظر؛ أقربه ذلك، إذا لم يكن تأخر القطع بسببه، و حينئذ لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع و قبض المشتري؛ أمكن عدم الخيار، و لو قيل: بأن الاختلاط إن كان قبل القبض

تخير المشتري؛ و إن كان بعده فلا خيار لأحدهما كان قويا».

قلت: هو الذى ذكره الفاضل فى المختلف و التذكرة، إلا أنه قال فى أولهما:

«يفسخه الحاكم لتعذر التسليم» بل لم يذكر فى الدروس غيره جازما به، و استحسنته فى الروضه إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري، و إلا فعدم الخيار له أحسن، لأن العيب من جهته فلا يكون مضمونا على البائع، و لعله مراد غيره و لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت كغيره من خيار الغبن و نحوه؛ بل لو بذل البائع الجميع لم يجب القبول، للأصل و المنه، بل لو قبله أمكن عدم سقوط الخيار و ان زالت الشركة، اكتفاء بحصول السبب أولا، خلافا للمحكى عن الشيخ و ابن البراج من أنه يقال للبائع: إما أن تسلم الجميع فإذا فعل أجبر المشتري و إن لم يسلم يفسخ الحاكم البيع، و هو أحد قولى الشافعى؛ و الآخر الانفساخ من أول الأمر لتعذر التسليم، و ضعفهما معا واضح، خصوصا الثانى الذى لا يتم إلا قبل القبض، مع أن تعذر التسليم ممنوع، ضروره إمكانه و لو بدفع الجميع، كغيره من بيع المشترك.

و منه يعلم أن المتجه الصحه حتى لو علما الاختلاط من أول الأمر؛ و لا- يحتاج إلى اشتراط القطع، بل احتمال فى التذكرة هنا الصحه على تقدير البطلان فى الامتزاج، قال:

«الآن الثمره الآن لا- موجب للبطلان فيها، و الامتزاج مترقب الحصول، فلا يؤثر فى صحه البيع السابق» و مراده صحه العقد قبل الاختلاط، و إن بطل حينئذ بعد حصوله، بناء عليه فيه؛ و قد عرفت ضعفه، فلا ريب فى أولويه التفصيل السابق منهما، مقيدا بما سمعته من الروضه.

نعم يمكن المناقشه فى دعوى ضمان البائع مثل ذلك قبل القبض، إذ هو من قبيل فوات صفات الكمال، و الأصل فى العقد اللزوم خصوصا إذا لم يكن من قبله، و أما ما ذكره أولا فى اللغه فهو مع اضطرابه واضح الضعف، إذ حاصله بعد تقييد أول كلامه بآخره أن الخيار لهما معا قبل القبض و بعده إذا لم يكن بتفريطهما، و إلا اختص به غير المفرد.

و فيه أنه لا وجه معتد به لخيار البائع المنافى لأصالة اللزوم بجنايه المشتري أو غيره على ماله؛ كما أنه لا وجه لخيار المشتري بعد القبض بذلك من البائع وغيره كما هو واضح ومنه يعلم إطلاق ما فى القواعد «من أن الأقرب مع مباحكه البائع ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ و الشركه، و لا خيار لو وهبه البائع على إشكال» بل فى كلامه نظر من وجوه آخر تظهر بأدنى تأمل، كظهوره فيما سمعته من المختلف من فسخ الحاكم، و كذا المبسوط؛ و نحوه ما فى الوسيله من أنه إن اختلط و لم يتميز و لم يسلم البائع جميعه فسخ العقد بينهما؛ ثم على الاشتراك يجب أخذ قدر ما لكل منهما من الثمره إن علماه و إن جهلا عينه، فان لم يعلما تخلصا بالصلح و لو تنازعا فى القدر فالقول قول صاحب اليد منهما، إلا ان تشخيصه فى الثمار مشكل، و للشافعيه وجهان مبنيان على أن الجائحه من ضمان البائع أو المشتري، و ثالث أنها فى يدهما جميعا و ضعف الجميع واضح، و فى التذكرة «أن الوجه كون اليد للمشتري إن كان البائع سلمه الثمره بتسليم الأصل، و إن كان الأصول فى يد البائع و الثمره فى يد المشتري فهما صاحبا يد. قلت: اليد على الأصول لا تجدى فيما نحن فيه، مع أن الأصل أيضا موافق لصاحب الثمره، لأصالة عدم زياده المتجدد و الله أعلم.

### [أما اللواحق فمسائل ]

#### إشاره

و أما البحث فى اللواحق فمسائل

### [المسأله الأولى يجوز لبائع الثمره أن يستثنى ثمره شجرات أو نخلات بعينها]

الأولى: يجوز لبائع الثمره أن يستثنى ثمره شجرات؛ أو نخلات بعينها بلا خلاف و لا إشكال بل الإجماع بقسميه عليه، و كذا استثناء عذق معين و نحوه نعم لو أبهم فى شىء من ذلك بطل بلا خلاف بل فى التذكرة الإجماع عليه للجها له فى المبيع حينئذ، و منه الأ-جود أو الأردى إذا لم يكن معلوما بينهما على وجه يكون مشخصا؛ و يجوز له أيضا بلا خلاف و لا إشكال ان يستثنى حصه مشاعه كالثلث أو الربع، بل الإجماع بقسميه عليه أيضا، بل المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه أنه يجوز له أيضا ان يستثنى أرطالا مثلا معلومه بل فى التذكرة نسبه إلى علمائنا، بل عن

الخلاف الإجماع عليه، للأصل و صحيح ربيعي (١) المتقدم سابقا و

خبره الآخر (٢) «في الرجل يبيع الثمره؛ ثم يستثنى كيلا و تمرا؟ قال: لا بأس به قال: و كان مولى له عنده جالسا فقال المولى: انه لبييع و يستثنى أو ساقا يعنى أبا عبد الله عليه السلام، قال: فنظر إليه و لم ينكر ذلك من قوله»

خلافاً لأبي الصلاح منا، و الشافعي و أبي حنيفة و أحمد بن حنبل من غيرنا، فلم يجوزوه، لأدائه إلى جهاله مقدار المبيع من المشاهد الذي طريق معرفته المشاهده، كما لو استثنى مشاهدا من الموزون الذي طريق اعتباره الوزن، بأن باعه الموزون مستثنيا منه مشاهدا غير موزون، و هو اجتهاد في مقابله النص، المعتضد بما سمعت، و بعدم تحقق الجهاله في مثله عرفا؛ سيما بعد أن كان مرجع هذا الاستثناء إلى حصه مشاعه نسبتها إلى المجموع نسبة الأبطال المعلومه اليه، و جهاله مقدارها في ذلك الوقت بعد أن كانت مضبوطة بما لا يقبل الزيادة و النقصان غير قادح، كما لو باعه صاعا من الصبره على هذا الوجه، بل الظاهر الصحه لو باع مختلف الأجزاء كالأرض و نحوها مستثنيا منها أذراعا مخصوصه على إرادته النسبه المزبوره، فتأمل جيدا.

و منه يعلم وجه ما ذكره المصنف و غيره من أنه لو خاست الثمره سقطت من الثنيا إذا كانت حصه مشاعه أو أرطا لا معلومه بحسابه بل لا أجد فيه خلافا بينهم نعم لهم بحث سابق في

بيع الصاع من الصبره؛ و قد اعترف في الدروس هنا بأنه قد يفهم من هذا التوزيع، تنزيل شراء صاع من الصبره على الإشاعه، لكن في الروضه «أنه قد تقدم ما يرجح عدمه ففيه سؤال الفرق» قلت: قد مر لنا خلاف ذلك؛ و أن الراجح تنزيله على الإشاعه؛ بل قلنا: هناك لو صرح بعدم إرادته الإشاعه، أمكن بطلان البيع، لان بيع الكلى ما لم يكن في الذمه أو منزلا على الإشاعه؛ يتحقق به الجهاله.

و قد يؤيده ما في التذكرة هنا من أنه لو صرح بإرادته الاستثناء مما يسلم من الثمره

١-١ الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب ١٥ من أبواب بيع الثمار الحديث ١.

أمكن بطلان البيع، اللهم إلا- أن يستند في مسأله الصاع إلى خبر الأطنان (١) أو غيره مما مر تحقيقه هناك، فلاحظ و تأمل ما أسفلناه هناك، فإنه نافع في المقام بالنسبه إلى غير ذلك أيضا، حتى بالنسبه إلى اشتراط صحه بيع الصاع من الصبره، بالعلم باشتمالها عليه و عدمه، و إن كان الظاهر عدم الصحه في المقام، مع عدم العلم؛ للشك في أصل وجود المبيع، لاحتمال الاستغراق، تنزيلا لإطلاق النص و الفتوى على المعهود ما يعلم فيه عدم الاستغراق مع احتمالها هنا، و تكون الصحه مراعاة كما أن النقص هناك يجبر بالخيار، إلا- أنه ضعيف جدا، خصوصا بناء على أن مدرك الصحه النص السابق، و أنه لولاه لكان باطلا للجهاله، فتأمل.

و الظاهر أنه لا فرق في استثناء الأبطال بين وجود الثمره و بين عدمها كما لو باعه ثمره سنتين مستثيا الأبطال، للإطلاق و لا ينزل إشاعه السنه الثانيه على نسبه السنه الأولى لاختلافها، بل كل منهما على نسبتها، و لو لم يخرج في السنه الثانيه إلا مقدار المستثنى فما دون، ففي الصحه و البطلان و جهان ينشأن من تنزيل ذلك منزله ما لو خاست الثمره و عدمه؛ و على الأول يقدر لها حينئذ ثمره العاده و ينسب لها الأبطال الموجوده، فيستحق المشتري على حسب تلك النسبه، لكنه كما ترى لا يخلو من بعد، بل ينقذ منه احتمال صحه استثناء الأبطال في الثمره المشاهده دون غيرها.

ثم إنه قد صرح غير واحد بأن طريق معرفه الإشاعه في مسأله الأبطال تخمين الفئات بالثلث و الربع مثلا ثم تنسب الأبطال إلى المجموع، و يسقط منها بالنسبه، لكن قد يقال: ان التخمين أن صح الاعتماد عليه باعتبار انحصار الطريق فيه، فهو بالنسبه إلى الفئات، أما نسبه الأبطال فيمكن معرفتها على التحقيق، فلا- ينبغي الاكتفاء فيها بالتخمين بل الأولى الرجوع إلى الصلح بعد معرفتها أيضا لعدم الدليل على الاكتفاء بالتخمين الذي يمكن أن يكون محلا للنزاع، و ربما يتعسر معرفته في بعض الأحوال أو يتعذر هذا.

و قد قيد ثانى المحققين و الشهيدين و غيرهما نحو إطلاق المتن بما إذا كان التلف بغير تفريط، قيل: و المراد إنه إذا كان بتفريط المشتري مثلا اختص التالف به، قلت:

الظاهر إرادته اختصاص الضمان به؛ و إلا فلا ريب فى أن التالف على كل تقدير يكون منهما، بناء على الإشاعة المزبوره؛ لعدم ما يقتضى اختصاص التالف أو الباقي بأحدهما، فلا فرق حينئذ فى ذلك بين كون التلف منهما أو من أجنبى أو من آفه سماويه، فيكون الإطلاق حينئذ صحيحا، اللهم إلا أن يدعى عدم جريان حكم الإشاعة لو كان التلف من أحدهما أو خصوص المشتري و هو كما ترى:

### [المسأله الثانيه إذا باع ما بد إصلاحه فأصيب قبل قبضه كان من مال بايعه ]

المسأله الثانيه: إذا باع ما بد إصلاحه مثلا فأصيب الكل بآفه من الله سماويه أو أرضيه قبل قبضه الذى هو التخليه كان من مال بايعه كغيره من أفراد المبيع للعموم و غيره مما تقدم فى محله، و الظاهر إلحاق النهب و السرقة و نحوهما مما لا يكون المتلف فيه شخصا معيناً، بها لا بتلف الأجنبى الذى ستعرف أنه مسلط على الخيار، دون الانفاسخ، لصدق التلف بها و قد سمعت ما فى خبر عقبه<sup>(١)</sup> من السرقة، و فى التذكره هنا «لا فرق بين أن يكون التلف بأمر سماوى كالريح و الثلج و البرد أو بغير سماوى كالسرقة و الحرق» إلا- أن الظاهر إرادته التعريض به على خلاف أحمد، من أنها ان تلفت بأمر سماوى كان من ضمان البائع، و إن تلفت بنهب أو سرقة كان من ضمان المشتري فتأمل جيداً.

و كذا لو أتلّفه البائع مباشرة أو تسبباً لأولويته من التلف بالافه؛ لكن ظاهره الانفاسخ قهراً به كالافه، و لم أعرفه إلا للمحكى عن الشيخ فى مبسوطه و محتمل الإيضاح، لصدق التلف و هو جيد؛ إلا أن الفرق بينه و بين تلف الأجنبى غير واضح، و من هنا كان المعروف بين المتأخرين إلحاقه به، فيتخير المشتري بين الفسخ و مطالبه البائع بالمثل أو قيمه.

١- ١ الوسائل الباب- ٠ من أبواب الخيار الحديث- ١.

و إن أصيب البعض انفسخ العقد فيه بلا خلاف فيه بيننا، و أخذ السليم بحصته من الثمن و كان له خيار التبويض، بل فى التحرير «إن اختار الإمساك فالأقرب تخير البائع» و هو لا- يخلو من نظر و لو أتلفه أجنبى كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع، و بين مطالبه المتلف بلا خلاف أجده، فيه، جمعا بين ما دل على ضمان البائع، و على ضمان من أتلف مال غيره، و لا ينحصر المراد بضمنان البائع فى الانفساخ قهرا الذى على تقديره هنا تلغو قاعده ضمان المتلف، فلا بد حينئذ من إرادته الفسخ الاختيارى هنا، من ضمان البائع و لوجوب التسليم عليه، و قد تعذر؛ و من ذلك يظهر لك قوه الخيار فى إتلاف البائع، لا الانفساخ فتأمل جيدا، لما تقدم سابقا منا من التوقف فى اقتضاء مثل هذا التعذر الموجب ضمانا على الغير الخيار.

و لو كان التلف للكل أو البعض بآفه أو من أجنبى بعد القبض و هو التخليه مطلقا أو فى نحوه الثمره التى هى حال كونها على الشجر من غير المنقول، لم يرجع على البائع بشىء على الأشبه بأصول المذهب و قواعده، لخروجه عن ضمانه بالقبض، فلا انفساخ حينئذ و لا فسخ، لكن فى المحكى عن المبسوط و إن قلنا أنه يفسخ فى مقدار التلف أى بالافه كان قويا.

و فى المسالك «ذهب بعض الأصحاب إلى أن الثمره على الشجره مضمونه على البائع، و إن أقبضها بالتخليه نظرا إلى أن بيعها بعد بدو الصلاح بغير كيل و لا- وزن على خلاف الأصل، لأن شأنها بعده النقل، و الاعتبار بالوزن أو الكيل، و إنما أجزى بيعها كذلك للضرورة، فیراعى فيها السلامه؟» قلت: لم نعرف القائل بذلك منا نعم حكاة فى التذکره عن الشافعى فى القديم معللا له بأن التخليه ليست بقبض صحيح، و لهذا لو عطشت الثمره كان من ضمان البائع أيضا تلفت و هو كما ترى، تعليلا على علان، فلا ريب فى أن المتجه ما ذكرنا، بل لو أتلفه البائع أيضا لم يثبت للمشتري فسخ و لا انفساخ، لعدم الدليل و إن رجع عليه بالمثل أو القيمه كالأجنبى.

و لو أتلفه أى المبيع المشتري فى يد البائع استقر العقد، و كان الإتلاف



كالبض، و كذا لو اشترى جاريه و أعتقها قبل القبض فإنه بمنزلة القبض منه، ضروره ظهور ما دل على ضمان البائع فى كونه إرفاقا بحال المشتري؛ فلا يشمل ما إذا كان هو المتلف، و فى المسالك «إن إتلاف المشتري للمبيع فى يد البائع أعم من كونه بإذن البائع و عدمه، فان كان باذنه فهو قبض تترتب عليه أحكامه مطلقا، و إن كان بغير إذنه كما هو الظاهر فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشتري، و إن تخلف عنه باقى الاحكام و الفرض هنا انتقال الضمان، و إنما شبه الإتلاف بالقبض و لم يجعله قبضا لأن الإتلاف قد يكون بالتسبب، فيكون فى حكم القبض خاصة، و قد يكون بمباشره المتلف فيكون قبضا حقيقه» قلت: مقتضى التفصيل الأخير؛ عدم مراعاة الاذن فى تحقق القبض و عدمه، و مقتضى التفصيل الأول عدم مراعاة المباشرة و عدمها، على أن قد سمعت فى المباحث السابقه ما فى التذكرة من عدم تحقق القبض بالإتلاف لو كان جاهلا و لو مع المباشرة، فلاحظ ما أسفلناه سابقا و تأمل.

و كيف كان فى حواشى الشهيد هنا «أن الاقسام أربعة عشر، لان التلف إما من البائع و المشتري أو من غيرهما، أو من البائع خاصة؛ أو المشتري خاصة، أو من البائع و أجنبى، أو من المشتري و أجنبى، أو منهما و أجنبى، فالأقسام سبعة و حينئذ إما أن يكون قبل القبض، أو بعده، فتبلغ أربعة عشر وجهها، فالسبعة التى قبل القبض دركها على البائع إن لم يشاركه المشتري، و إن شاركه المشتري فالدرک على المشتري، و السبعة التى بعد القبض دركها على المشتري، فى الأول ما أتلفه المشتري فهو قبض، و ما أتلفه البائع فالمشتري بالخيار بين المطالبة بالمثل أو القيمة إن لم يكن مثليا؛ أو يفسخ و يغرم ما أتلّف، و فى الثانى يتخير بين المطالبة المتلف مع الإجازة؛ أو يفسخ و يرجع بالثمن على البائع، و فى الثالث هو بالخيار أيضا؛ و فى الرابع قبض منه، و فى الخامس يتخير، و فى السادس التلف منه و يرجع على الأجنبى بمقدار ما أتلّف. و فى السابع أيضا كذلك يسقط ما أتلّفه بفعله و يرجع عليهما بما قابل فعلهما».

قلت: لا- يخفى عليك زياده الاقسام مع ضم الآفه إليها كما أنه لا يخفى عليك ما فى إطلاق قوله إن الدرک على المشتري مع المشاركة، بل ظاهر كلامه عدم الخيار فى السادس

و السابع، و الفرق بينه و بين الأول غير واضح، فالمتجه ثبوت الخيار فى الجميع، مع كون المراد بالشركه اختصاص كل بتلف البعض على جهه الاستقلال، أما إذا كان الاشتراك على وجه يكون كل منهم بعض العله بحيث استند التلف إلى المجموع فلا يبعد عدم الخيار فى الجميع؛ أى جميع الصور التى يدخل فيها المشتري؛ لعدم الإرفاق فيه حينئذ؛ و الأصل اللزوم، بل لو فرض الاشتراك على هذا الوجه بين المشتري و الآفه أو البائع، بناء على أنه كالأفه لم يكن انفساخ؛ لعدم صدق المتلف على كل منهم، بل هو بعض المتلف، و فرق واضح بين متلف البعض و بعض المتلف و التنصيف بالضمان مثلا، لا لأن كلا منهما قد أتلّف نصفاً بل لكون المجموع مصداق من أتلّف، فضمان الكل عليه، لا على كل واحد منهما فينصرف إلى الاشتراك.

أما فى نحو المقام فالأصول تقتضى لزوم العقد، فمع فرض تعليق الانفساخ مثلا على التلف بالآفه، لم يصدق مع كونه جزء سبب؛ و كذلك مقتضى الخيار لو فرض كونه كذلك نعم لو اشترك ما يقتضى الانفساخ و ما يقتضى الخيار كالأفه و الأجنبى، أمكن ثبوت الخيار فى المقام لانه مقتضى كونه مضمونا على البائع مع احتمال عدمه، كما أن الظاهر ثبوت الخيار مع شركه البائع و الأجنبى كذلك أيضا، و لو اشترك البائع و الآفه؛ و قلنا إن إتلاف البائع مثلها فى الانفساخ، فالمتجه حصولها معهما إلا أن يفرض كون العنوان فى كل منهما على جهه الاستقلال على وجهه لا يندرج فيه حال الاشتراك، و حينئذ يتجه الخيار بناء على أن مقتضيه تعذر التسليم و الفرض حصوله، فقد ظهر من ذلك أنه حيث يدخل المشتري يرتفع الانفساخ و الخيار، و يكون جزئيه فى الإتلاف بمنزله القبض، و يرجع على من شاركه على حسب شركته فى السببيه فتأمل جيدا، فإن المسأله محتاجه مع ذلك إلى التحرير، بل فيه احتمالات آخر هذا.

و الظاهر جريان حكم التلف قبل القبض و بعده بالنسبه إلى ثمره السنه الثانيه لو كانت بعض المعقود عليه و لا يقوم القبض فى السنه الأولى عنه فيها، كما أنه لا ينافى ذلك

استقرار الثمن على المشتري لو لم تظهر ثمره أصلاً، كما يشهد لهم

قوله عليه السلام (١) «ان لم تخرج فى هذه السنه تخرج فى قابل»

لان ذلك مقتضى العقد على المعدوم الذى صيره الشارع بحكم الموجود فى صحه البيع، بل هو غير مندرج فى المبيع التالف قبل القبض، لعدم وجوده، بخلاف ما لو ظهرت فتلفت قبل التخليه مثلاً، إذ لا ريب فى الاندراج، كما أن جميع ما تقدم بالنسبه إلى الثمره الأولى مما يقتضى الخيار أو الانفساخ جار فيها.

و بذلك ظهر لك الفرق بين ظهور عدم الثمره و بين تلفها قبل القبض، فلا ضمان على البائع فى الأول، بخلاف الثانى و تحقيقه أن المبيع فى الأول الثمره الحاصله منضمماً إليها الثمره المتجدده فى السنين - نحو انضمام المعدوم إلى الموجود فى الوقف على معنى مشاركته للموجود إن حصل؛ و إلا فلا بطلان للوقف، - و قلنا إن تجددت ثمره كانت مبيعا، و إلا كان المبيع الموجوده، و مرجعه بيع ثمره هذا النخل سنين كائنه ما كانت، لا أن المبيع ثمره كل سنه على وجه يكون ملاحظه مستقله، و إنما هو ما عرفت و إن لم يعلم مصداقه، فيحتمل كونه الموجود خاصه و يحتمل حصول غيره معه؛ نحو ثمره الشجره الواحده، إذا ظهر بعض ثمرها و لم يظهر الباقي، و أريد بيع ثمرها أجمع، و بما كان فى قوله عليه السلام إن لم تخرج هذه، إلى آخره إيماء إليه، و إن كان مورد التعداد من السنين قبل الظهور، و لكن يفيد أن المبيع ثمره كليه لا يعلم مصداقه و لا زمان وجودها، فهو ينفع فيما نحن فيه و شبهه من الصور الصحيحه.

بل لعل ضم البقله و الرطبه فى موثق سماعه السابق (٢) من هذا القبيل بناء على ما ذكرناه من إرادته خصوص البقله و الرطبه فى البستان، فيكون المبيع أحدهما مع ثمره البستان المحتمل حصولها، فان خرجت كانت من المبيع و إلا كان المبيع البقله أو الرطبه، و حينئذ تكون من مسأله جواز بيع ثمره البستان التى ظهر بعضها و لم يظهر الأخر، من غير

١-١ الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار الحديث - ٢.

٢-٢ الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الثمار الحديث - ١.

فرق بين اتحاد النوع و اختلافه، و بين الخضره و الغله و غيرهما كما سمعته.

و بالجمله إذا كان المبيع كليا تتعدد مصاديقه فى الخارج، و المفروض مشروعيته فى بيع الثمار، يتجه عدم ضمان البائع لو لم يحصل المصداق الأخر، ضروره وجود مصداق آخر له و هو الموجود، نعم لو فرض كون المبيع ثمره كل سنه على وجه يكون كل منهما مبيعا مستقلا، و قلنا بصحته فى الثمار، و لو لإطلاق الأدله، يتجه حينئذ ضمانه على وجه يقتضى توزيع الثمن، ضروره عدم حصول بعض المبيع المفروض اراده مقابلته بالثمن.

و لعل من ذلك البيع خرطتين مثلا- مع فرض عدم حصول الخرطه الثانيه، و لذا صرح بعضهم بتوزيع الثمن فيه، لأن الخرطه الاولى لا تكون مصداقا للخرطتين اللتين هما متعلق البيع، بخلاف نحو بيع ثمره النخل إلى سنتين مثلا؛ فالمتجه حينئذ التفصيل و مع الإطلاق لا يبعد تنزيله على الأول، و لا يقدح زياده الثمن فى

مقابله، فإنه أعم من ملاحظه كونه مبيعا مستقلا بل كملاحظه الأوصاف و حمل الدابه المحتمل إذا بيعت على ما هى عليه، بل هنا أقوى، للعاده، و ربما يؤيده السيره المستمره على عدم رجوع المشتري بما يخص بعض النخل الذى لم يظهر حمله فى بعض السنين، اللهم إلا- أن يكون وجهه التسامح فتأمل جيدا فإن المسأله غير محرره فى كلامهم، و إن كان يلوح منهم الأول، و الله العالم. ثم إن الضمان هنا حيث يتحقق على البائع أو الأجنبى فهو بالمثل؛ حيث يكون مثليا، كما لو كان تمرا و نحوه، أما لو كان من قبيل الطلع و نحوه فضمنانه بالقيمه؛ فيقوم حينئذ على حاله، باقيا إلى أو ان بلوغه محتملا للعوارض، و يدفع له قيمته فتأمل جيدا و الله أعلم.

### [المسأله الثالثه يجوز بيع الثمره فى أصولها بالأثمان أو العروض ]

المسأله الثالثه لا- خلاف و لا- إشكال فى أنه يجوز بيع الثمره للنخل و غيره فى أصولها بالأثمان أو العروض أو بهما معا، أو بغيرهما من المنافع و الاعمال و نحوها؛ كغيرها من أفراد المبيع؛ للأصل و إطلاق الأدله نعم لا يجوز بيع ثمره النخل منها بماءه كر مثلا- من ثمر منها إجماعا بقسميه، بل المحكى منها مستفيض أو متواترا؛ لعدم جواز اتحاد الثمن و المثلث، و لأن هذه المعامله هى

المتيقن من تحريم المزابنه التي علم بالنص (١) والإجماع حرمتها، بل قيل انها هي بيع الثمره فى النخل بتمر و لو كان موضوعا على الأرض، و هو الأظهر فيكون المجموع محرما كما هو أشهر القولين، بل هو المشهور بين المتقدمين و المتأخرين نقلا و تحصيلا، بل عن ظاهر الغنيه كالروضه الإجماع عليه، ل

صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢) عن الصادق عليه السلام «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن المحاقله و المزابنه قلت: و ما هو؟ قال: أن يشتري حمل النخل بالتمر و الزرع بالحنطه»

و الظاهر إرادته اللف و النشر المشوش، لكن فى

موثقه الآخر عنه (٣) أيضا «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن المحاقله و المزابنه فقال: المحاقله بيع النخل بالتمر، و المزابنه بيع السنبل بالحنطه»

و مال إليه الكاشانى و المحدث البحرانى إلا أن الاولى حملة على ضرب من المجاز، كالمحكى عن سلار المحاقله محرمه و هى أن يبيع التمر فى رؤس النخل بالتمر، و الزرع بالحنطه كيلا- و جزافا، و كأنه أو همه ما فى المقنعه «لا يجوز بيع التمر فى رؤوس النخل بالتمر كيلا و لا جزافا، و لا يجوز بيع الزرع بالحنطه أيضا كيلا و لا جزافا، و هذه هى المحاقله».

إلا أن الظاهر إرادته الأخير من الإشاره، أو يحمل على وهم الراوى، لمخالفته المنصوص عليه عند الأصحاب و أهل اللغه، و لما

فى خبر أبى القاسم ابن السلام (٤) المروى عن معانى الأخبار مسندا عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى «أنه نهى عن بيع المحاقله و المزابنه، و المحاقله بيع الزرع و هو فى سنبله بالبر، و المزابنه بيع التمر فى رؤوس النخل بالتمر»

و الأمر سهل بعد حرمتها معا و انما تظهر الثمره فى العهد و اليمين و نحوهما.

و على كل حال فهما دالان على حرمة البيع بالتمر مطلقا، مؤيدا ذلك بظاهر خبر ابن سلام المتقدم حيث خص الرخصه فى بيع الثمره بالتمر بالعريه، و ب

خبر السكونى (٥)

- ١-١ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب بيع الثمار الحديث- ١.
- ١-٢ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب بيع الثمار الحديث- ١.
- ٢-٣ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٢.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٥.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ١٤ من أبواب بيع الثمار الحديث- ١.

عن الصادق عليه السلام «رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في العرايا أن تشتري بخرصها تمرا، قال:

و العرايا جمع عريه و هي النخله يكون للرجل في دار رجل آخر، فيجوز أن يبيعه بخرصها تمرا، و لا يجوز ذلك في غيره»

بناء على ما قيل: من أن دلالتة ظاهره ان جوزنا بيع ثمره العريه بتمر من نفسها؛ و إلا فهي صريحه لاختصاص الرخصه حينئذ ببيعه بتمر من غيرها، و مقتضاه رجوع الإشاره في لفظ ذلك إليه؛ و هو صريح في المنع كما لا يخفى.

بل قيل أن به يضعف احتمال العهدية في الكلام في الخبرين السابقين، و رجوعها إلى ثمره نفس النخله المذكوره سابقا، فإن أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض، مع بعده في الخبرين الأولين، إذ لم يتقدم لثمرها ذكر فيهما سابقا، و الحمل في أحدهما و النخل في آخر أعم من الثمر فكيف يمكن جعل الكلام للعهد؛ و لا- إشاره إليهما كل ذلك مضافا إلى اقتضاء اختصاص المزانه بالأول عدم الخصوصيه لها هنا، فان عدم جواز البيع ببعضه معلوم فيها و في غيرها، بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين جعل الثمن حصه مقدره بالمقدار المعلوم منها، و بين جعله كليا مشروطا كونه منها، ضروره رجوعه إلى الأول بل لو جعل مشروطا تأديته منها، كان كذلك أيضا، و إن كان في اقتضاء القواعد بطلانه نظر، إلا أنه يكفي في عدم جوازه هنا إطلاق معاهد الإجماعات، و مضافا إلى التعليل بعدم ال- من الربا، و إن كان فيه منع واضح هنا، باعتبار عدم كون الثمره على النخل مقدره بالكيل و الوزن، و ستمتع التصريح في الخبر هنا بعدم الربا فيه؛ و قد عرفت اشتراطه في ذلك، و أنه لا يجدى صيرورته بعد ذلك مقدرًا، كما لا يجدى موزونيه جنسه، إذا لم يكن على الأصول.

اللهم إلا أن يستند في ذلك إلى موثق سماعه (١) الأمر بشراء الزرع فيه بالورق معللا بأن أصله

طعام، مؤيدا بما يظهر منهم في العريه من جريان حكم الربا فيها في الجملة إلا أن الاعتماد على ذلك و نحوه في الخروج عما يقتضى الجواز واضح المنع؛ كوضوح

منع تعديده علىه النقصان عند الجفاف، ضروره ظهور دليلها فى الربا بين المقدرين بهما، مع أنها غير عامه لسائر أفراد المقام التى منها البيع لليابس باليابس، و الرطب بالرطب.

فالأولى الاقتصار فى الاستدلال للعدم بما عرفت، خلافا للشيخ فى النهايه قال:

«لا- يجوز بيع الثمره فى رؤوس النخل بالتمر كيلا و لا جزافا؛ و فى المزابنه التى نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عنها(١)و كذلك لا- يجوز بيع الزرع بالحنطه من تلك الأرض، لا كيلا و لا جزافا، و هذه المحاقله، فإن باعه بحنطه من غير تلك الأرض لم يكن به بأس، و كذلك إن باع التمر بالتمر من غير ذلك النخل لم يكن أيضا به بأس» قيل: و الخلاف لكن المحكى عنه فى المختلف «لا يجوز المحاقله و هو بيع السنبل التى انعقد فيها الحب، و اشتد بحب من جنسه، أو من ذلك السنبل؛ و روى أصحابنا أنه إن باع بحب من جنسه من غير ذلك السنبل فإنه يجوز و قال الشافعى: لا يجوز بيعها بحب من جنسها على كل حال؛ و إليه ذهب قوم من أصحابنا و المزابنه بيع الثمره على رؤوس النخل بتمر موضوع على

الأرض و من أصحابنا من قال: المحرم أن يبيع على رؤوس النخل بتمر منه، فأما بتمر آخر فلا- بأس؛ و هو كما ترى ظاهر مع المشهور.

نعم حكى فيه عن المبسوط، أنه قال: «بيع المحاقله و المزابنه حرام بالإجماع، و إن اختلفوا فى تأويله، فعندنا أن المحاقله بيع السنابل التى انعقد فيها الحب و اشتد، بحب من ذلك السنبل، و يجوز بيعه بحب من جنسه على ما روى فى بعض الاخبار، و الأحوط أن لا- يجوز بيعه بحب من جنسه على كل حال، لانه لا- يؤمن أن يؤدى إلى الربا، و المزابنه هى بيع التمر على رؤوس الشجر بتمر منه، فأما بتمر موضوع على الأرض فلا بأس به، و الأحوط أن لا يجوز ذلك لمثل ما قلناه فى السنابل سواء» و ظاهره الجواز بناء على عدم وجوب هذا الاحتياط عنده، و هو المنقول عن كامل ابن البراج، و إن وافق المشهور فى مهذبته؛ و عن أبى الصلاح فى ظاهر المحكى عنه فى المختلف، و ربما حكى عن قطب

الذين؛ و هو ظاهر تذكره الفاضل أو صريحها للأصل و العمومات.

و

صحيح الحلبي (١) قال أبو عبد الله عليه السلام: في رجل قال للآخر بعني ثمرتك في نخلك هذه التي فيها؛ بقفيزين من تمر أو أقل أو أكثر، يسمى ما شاء فباعه؟ قال: لا بأس به، و قال: البسر و التمر من نخله واحده لا بأس به فاما أن يخلط التمر العتيق و البسر فلا يصلح، و الزبيب و العنب مثل ذلك».

و

موثق الكنانى (٢) «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن رجلا كان له على رجل خمسة عشر وسقا من تمر، و كان له نخل فقال له: خذ ما فى نخلى بتمر ك فأبى أن يقبل فأتى النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ان لفلان على خمسة عشر وسقا من تمر فكلمه يأخذ ما فى نخلى بتمره، فبعث النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا فلان خذ ما فى نخله بتمر ك، فقال:

يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لا يفى و أبى أن يفعل، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لصاحب النخل: جاذ نخلك فجذته و كاله خمسة عشر وسقا، فأخبرنى بعض أصحابنا عن ابن رباط و لا أعلم إلا أنى قد سمعته منه، قال إن أبا عبد الله عليه السلام قال: إن ربيعه الرأى لما بلغه هذا عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال: هذا ربا، قلت أشهد بالله؛ إنه لمن الكاذبين؛ قال: صدقت».

و

خبر يعقوب ابن شعيب (٣) عن الصادق عليه السلام «سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى و تعطينى نصف هذا الكيل زاد أو نقص؛ و إما أن آخذه أنا بذلك، و أردته عليك قال: لا بأس بذلك»

و

خبره الآخر (٤) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يكون له على الآخر ماء كر من تمر، و له نخل فيأتيه فيقول: أعطنى نخلك هذا بما عليك فكأنه كرهه»

و فيه أن الأصل و العموم مقطوعات بما عرفت، و صحيح الحلبي - بعد رجحان ما مر عليه بالشهره و غيرها- يمكن حمله على العريه، على أن إطلاقه مخالف للجمع على خلافه من البيع بمقدار منها،



- ١-١ الوسائل الباب ٦ من أبواب بيع الثمار الحديث- ١ باختلاف يسير.
- ٢-٢ الوسائل الباب ٦ من أبواب بيع الثمار الحديث- ٣ باختلاف يسير.
- ٣-٣ الوسائل الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار الحديث ١.
- ٤-٤ الوسائل الباب ٦ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢.

بل قوله فيه البسر و التمر إلى آخر 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»

و موثق الكنانى (٢) لا دلالة فيه على البيع، بل هو إما وفاء، أو أن المراد منه إرضاءه بذلك؛ ثم تفعل الصورة التى يسلم معها من المزابنه بالصلح، أو بالهبة و الإبراء، و نحو ذلك يجرى فى الخبرين الأخيرين بعده، مضافا إلى عدم الجابر للمحتاج إليه منهما، فلا ريب فى أن ما تقدم حينئذ أقوى، لكن ظاهر الأدله اختصاص المنع لو كان الثمن التمر خاصه، فلو مزج معه غيره خرج عن إطلاق النص، و ان لم نقل أن المانع الربا كما يخرج لو مزج مع المبيع ذلك، بل الظاهر خروجه أيضا

لو بيع حمل النخل بغير التمر من الطلع و نحوه، لاعتبار التمر فى ثمن المزابنه، أما لو باع الطلع و نحوه بالتمر كان مزابنه لأن الموجود فى الخبرين السابقين الحمل و ما فى النخل.

نعم لا فرق على الظاهر بين كون التمر ثمنا أو مثمنا مع احتمالهما؛ اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن؛ بل قد يحتمل اعتبار التمريه فيما كان على رؤوس النخل أيضا، جمعا بين الخبرين؛ و خبر ابن سلام الذى يمكن دعوى التنافى بينها من جهة التسير ثم إنه هل يجوز ذلك فى غير ثمره النخل من شجر الفواكه كما صرح به جماعه، بل هو ظاهر آخرين، لاختصاص المزابنه كما عرفت بالنخل، فيبقى غيره على القواعد قيل و القائل المشهور كما فى الروضه و إن كنا لم نتحققه لا، لانه لا يؤمن الربا و قد عرفت ما فيه كما عرفت ما فى الاستناد إلى عله النقصان بعد الجفاف، فلا معارض حينئذ لمقتضى الجواز من الإطلاقات و غيرها.

نعم المنع متجه، فيما لو كان بمقدار منها؛ بناء على ما عرفت من اقتضاء القواعد العدم فيه، إلا فى صورته اشتراط التأديه منها على إشكال فيها أيضا، و من الغريب

١- ١ الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث - ٨.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب بيع الثمار الحديث - ٣.

ما فى الرياض «من أن الأصل يقتضى الجواز مطلقا و لو بالمجانس منها أو من غيرها، ناسبا له إلى تصريح جماعه؛ و لم أجده غير الفاضل فى التذكرة ممن يعتد بقوله: نعم ربما يتوهم ذلك من بعض العبارات خصوصا المتضمنه منها لعدم إلحاقها بالمزابه، الظاهره فى عدم جريان حكمها بالتفسيرين السابقين، و لا ريب فى أنه وهم واضح ضروره اقتضاء عدم إلحاق البقاء على القواعد التى لا- ريب فى اقتضاءها البطلان، إذا كان الثمن منها للاتحاد، و ستعرف أن المشهور المنع من ذلك فى العريه، المستثناه بالخصوص من حكم المزابه فضلا عما نحن فيه، و الله اعلم.

و كذا لا- يجوز بيع السنبل بحب منه إجماعا بقسميه بل المحكى منه مستفيض أو متواتر؛ و لاتحاد الثمن و المثلن فيه نحو ما تقدم فى المزابه و هذه المعامله هى المتيقن من المحاقله المعلوم حرمتها نصا و إجماعا، إذا كان الحب الذى هو الثمن حنطه لسنبلها كما ستعرف، و إن كان التحريم هنا للتعليل الأخير عاما لسائر أفراد السنبل و قيل: و القائل المشهور نقلا و تحصيلا بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه أيضا هى بيع السنبل بحب من جنسه كيف كان، و لو كان موضوعا على الأرض و هو الأظهر.

لنصوص المتقدمه (١) سابقا المعتضده هنا لخصوص الموثق (٢) «الأمر بشراء الزرع بالورق المعلل بأن أصله طعام الظاهر فى المنع عن بيعه بالطعام، خلافا لمن تقدم فى المزابه فخصها بالأول، و جوز الثانى للعمومات، و

صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام «فى حديث لا بأس ان تشتري زرعاً قد سنبل و بلغ بحنطه»

و

صحيح إسماعيل بن الفضل الهاشمي (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع حصائد الحنطه

١- ١ الوسائل الباب ١٣ من أبواب بيع الثمار.

٢- ٢ الوسائل الباب ١٢ من أبواب بيع الثمار الحديث- ٤٣.

٣- ٣ الوسائل الباب ١٢ من أبواب بيع الثمار الحديث- ١.

٤- ٤ الكافي ج ٥ ص ٢٧٧ باب بيع المراعى فى ذيل حديث ٤ الطبع الحديث.

و الشعر و سائر الحصائد؟ قال حلال فليبعه بما شاء»

و

حسن الوشاء<sup>(١)</sup> سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من رجل جربانا معلومه؛ بمأه كر على أن يعطيه من الأرض؟ قال: حرام فقلت: جعلت فداك فاني أشتري منه الأرض بكييل معلوم و حنطه من غيرها، قال: لا بأس بذلك».

و فيه أن العموم مخصوص بما عرفت، و صحيح الحلبي قاصر عن معارضة الأدلة السابقة المعتضده بالشهره و غيرها، مع أن إطلاقه شامل للجميع على خلافه من البيع بحنطه منه، فلا- بأس بحمله على الصلح و نحوه، بل في الرياض احتمال اختصاصه بصوره عدم التجانس بينها و بين السنبل، كما إذا كان أرزا أريد بيعه بها، و لا كلام في الجواز حينئذ، و صحيح إسماعيل- مع أنه ظاهر في الحصائد و ليس

الكلام فيها، بل فيما لم يحصد و شامل لما لا نقول به؛ من البيع بحب منها- ليس فيه إلا العموم المخصوص بالأدلة السابقة، بل عن التهذيب أنه رواه ان شاء بدل بما شاء؛ فلا عموم فيه حينئذ و حسن الوشاء إنما هو في بيع نفس الأرض بحاصلها و غيره أو في إجارتها بذلك، لا في بيع السنبل فيها، و تأويله إليه بإضمار أو تجويز لا داعي 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، و في الرياض «إن الموجود في أكثر النصوص و الفتاوى السنبل».

قلت الموجود في المسالك «انه اختلف عبارات النصوص و الفقهاء في اسم المبيع فيها، فبعضهم عبر عنه بالزرع، و منه الروايه السابقه، و منهم من عبر بالسنبل كعبارة المصنف، و يظهر من كلامهم الاتفاق على أن المراد به السنبل؛ و إن عبروا بالأعم» و قد سمعت عبارته المبسوط، بل قد سمعت غيرها أيضا و في الغنيه و الوسيله و النافع و غيرها السنبل، كما أن في القواعد و غيرها الزرع إلا أن الذي يقتضيه النظر

فى الجمع بين النصوص السابقة إرادته السنبل من الزرع، حملا للمطلق على المقيد الوارد فى التفسير الذى بذلك ينافيه، مؤيدا بأصالة الجواز فى غيره.

قال فى التذكرة «لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس؛ لأنه حشيش و هو غير معلوم و لا مكيل، سواء تساويا جنسا أو اختلافا؛ مع أنه لا مخالف صريح، إذ يحتمل إرادته من عبر بالزرع السنبل أيضا، فاحتماله حينئذ للموثق السابق الأمر بشرائه بالورق فى غير محله، بل لا بد من حمل الموثق على إرادته السنبل أو غير ذلك، هذا، و لكن أطلق أكثرها السنبل و الزرع فى المبيع، كما أنه قيد فيه الثمن بالحنطه و فهم فى التذكرة إرادته سنبل الحنطه بالحنطه؛ فقال فى أكثر تفاسير المحاقله أنها بيع الحنطه فى السنبل بحنطه ثم احتمل فيها دخول الشعير فى جنس الحنطه بل احتمل فيها صدق المحاقله على كل زرع بيع بحب من جنسه كالدخن و نحوه، لما فى بعض ألفاظ علمائنا من تفسيرها ببيع الزرع بالحب من جنسه» قلت قد عرفت سابقا من فسرهما بذلك بل هو فسرهما فى القواعد ببيع الزرع بالحب و فى اللمعه ببيع السنبل بحب منه أو من غيره من جنسه؛ لكن فى الدروس هى بيع السنبل من الحنطه و الشعير بالحب من جنسه و و إن لم يكن منه.

و الذى يظهر لى من تتبع النصوص فى المقام و غيره أن إطلاق الزرع و السنبل فيها منصرف إلى الشعير و الحنطه؛ و لعله لانه المتعارف فى ذلك الزمان و المكان.

فالخبران المشتعلان على تفسيرها ببيع الزرع أو السنبل بالحنطه لا ريب فى شمول لفظ الزرع و السنبل فيهما لهما، فيستفاد منهما حينئذ أن بيع سنبل الشعير بالحنطه محاقله، و ما ذاك إلا لاتحاد الجنس هنا كما فى الربا، بل يستفاد منه حينئذ أيضا بيع سنبل الحنطه بالشعير بل و الشعير بالشعير فتتم دلالة الخبرين على الصور الأربعة، كما أنه بناء على عدم الفرق هنا بين جعل الحنطه ثمنا أو مثمنا نحو ما قلناه فى المزابنه فتكون صور المنع ثمانية فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع و قد تخلص من ذلك أن الاحتمالات فى المحاقله

ثلاثة أحدها بيع الزرع بحب من جنسه، الثاني بيع السنبل بحب من جنسه، الثالث بيع سنبل الحنطة والشعير بحب منهما، والأول لا دليل له إلا الموثق المنزل على ما عرفت و لو بملاحظه الخبرين الأخيرين المنافيين له من حيث التفسير؛ بناء على أن الحرمة فيه من جهة المحاقلة لا- تعبدا؛ للإجماع على كون المنع هنا لذلك؛ والتعليل فيه إن أمكن إرادته الإشارة به إليها فذاك؛ وإلا فلا وجه له ظاهرا ضروره انتفاء الربا هنا بعد انتفاء شرطيه الكيل والوزن، و أما الثاني فلا دليل له إلا الموثق أيضا المنزل على الخبرين لما عرفت، فتعين حينئذ المختار. و فى التحرير «بيع المحاقلة حرام و هى بيع الزرع بحنطه أو شعير» و هو عين ما قلناه، بل لعله يرجع إليه غيره و عن ابن المتوج التصريح به أما غير الحنطة و الشعير فلا محاقلة فيه حينئذ كما لا تحريم سواء بيع بالجنس أو بغيره و بالرطب و غيره، لما عرفت من عدم جريان الربا فيه، و لا تعليل النقصان بعد الجفاف كما مضى بالبحث فيه سابقا.

### [المسألة الرابعة يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا]

#### إشارة

المسألة الرابعة لا خلاف بيننا بل و بين سائر المسلمين عدا أبى حنيفة فى انه يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه فى أعلى مراتب الاستفاضه إن لم يكن متواترا، بل فى المسالك «انه أجمع أهل العلم عدا أبى حنيفة على أنه مستثنى من تحريم المزابنه» و هو شاهد على أن المزابنه ما ذكرنا لما ستعرف من عدم جواز بيع العريه بخرصها تمرا منها، لأنه إن لم تكن المزابنه ذلك لم يكن للاستثناء وجه معتبر ضروره اتحاد الجميع فى المنع إذا كان منها، و الجواز إذا لم يكن.

فمن الغريب ما فى الحدائق من انه لا وجه لهذا الاستثناء إلا اشتهاار المنع، و إلا فالحكم فى الجميع متحد، و فيه مضافا إلى ما سمعت ظهور نصوص العريه فى الاستثناء ف

فى خبر السكونى (١) عن الصادق عليه السلام «رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى العرايا أن تشتري بخرصها تمرا، قال: و العرايا جمع عريه و هى النخلة تكون للرجل فى دار آخر فيجوز له بيعها بخرصها تمرا و لا يجوز ذلك فى غيره»

و

فى خبر أبى القاسم بن سلام (٢) المروى عن كتاب معانى الأخبار بإسناد متصل إلى النبى صلى الله عليه وآله وسلم «أنه رخص عليه السلام فى العرايا واحدها عريه و هى النخلة التى

يعريها صاحبها رجلا محتاجا، و الإجراء أن يتناع

١-١ الوسائل الباب ١٤ من أبواب بيع الثمار الحديث- ١.

٢-٢ الوسائل الباب ١٤ من أبواب بيع الثمار الحديث- ٢.

تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته، قال و كان النبي صلى الله عليه و آله و سلم إذا بعث الخراص قال: خففوا الخرص فإن في المال العريه و الوصيه».

و في مفتاح الكرامه إن الذى وجدته فى الكتاب المزبور ذلك إلى قوله و الإعراء أن يجعل له ثمره عامها، يقول رخص لرب النخل أن يبتاع تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته و على كل حال فهما دالان على ما ذكرنا؛ و من أولهما سواء قلنا أن التفسير من النبى صلى الله عليه و آله و سلم أو الراوى يظهر ما ذكره المصنف و غيره من أن العريه هى النخلة تكون فى دار الإنسان بل لا أجد فيه خلافا بينهم إلا من المحكى عن المبسوط و مهذب ابن البراج من أنها النخلة لرجل فى بستان غيره، يشق عليه الدخول إليها، مع أن المحكى عن خلاص أولهما أنها النخلة تكون فى بستان الإنسان أو غيره، و كامل ثانيهما نخلة تكون فى دار الإنسان لغيره فلا ينبغى التأمل فى صدق العريه عليها سيما بعد كونها معقد إجماع جماعه.

بل صرح الفاضل و الشهيد و غيرهما بأنه قال، أهل اللغه: أو بستانه و هو حسن خصوصا بعد ما سمعت من خبر ابن سلام، الظاهر فى ذلك، فالجمع بين الخبرين يقتضى الجمع بينهما، كما هو المحكى عن أهل اللغه و فى الغنيه «و رخص عليه السلام فى بيع العرايا، و هو جمع عريه و هى النخلة تكون لإنسان فى بستان غيره أو فى داره يشق عليه دخوله إليها، فيبتاعها منه بخرصها تمرا، بدليل الإجماع من الطائفة على هذا التفسير، و قد فسر أبو عبيده العريه بما قلناه، بل عن المهذب البارع تعديده الحكم إلى المعصره و الخان و البزاره و الدباسه، و تبعه فى الرياض، قال: «و ظاهر إطلاق خبر ابن سلام مضافا إلى التعليل فيه ينادى بالعموم للبستان و غيره أيضا كالخان و نحوه؛ و السند و إن قصر إلا أنه بالشهره منجبر».

و فيه أنه لا شهره على التعميم؛ بل هى على العكس متحققه؛ و الظاهر أن المذكور

منه ليس عله حقيقه؛ و إلا- لدار الحكم معها حيث دارت، فلا- يجوز مع عدم الحاجه، و يجوز معها و إن كانت فى داره، و من المعلوم خلافه، و الظاهر إرادته حاجه المعرا بالفتح باعتبار حاجته إلى التمر لا المعرى بالكسر؛ فإنه لا حاجه تدعوه إلى شرائها بالتمر ضروره اندفاع الهجوم على داره و بستانه بشراء ثمرتها و لو بغير التمر، اللهم إلا أن يكون المراد أنه لمكان حاجته فى عدم الهجوم على داره شرع له شراؤها بتمر إذ قد يمتنع صاحبها من بيعها إلا بذلك، و فى جملة من العبارات ما يظهر منه أن المشقه على البائع الدخول الى ملك غيره.

و على كل حال فليست هى عله يدور الحكم مدارها؛ و منه يظهر النظر فيما ذكره أيضا من الاستناد إلى التعليل المزبور فى التعديده إلى مستعير الدار و مستأجرها، المصرح به فى كلام الفاضل و الشهيدين و غيرهما؛ قال: «و ليس فى الروايه الأولى كبعض العبارات من حيث التقييد فيها بصاحب الدار، منافاه لذلك، لصدق الإضافه بأدنى ملابسه» لما عرفت من أن ذلك حكمه لا عله و الإضافه بأدنى ملابسه من المجاز الذى لا يحمل عليه إطلاق اللفظ.

و فى التذكرة «ظاهر كلام الأصحاب يقتضى المنع من بيع العريه على غير مالك الدار و البستان أو مستأجرهما أو مشتري ثمره البستان على إشكال» و نحوه فى القواعد، و عن الإيضاح أن وجهى الإشكال التضرر بتطرق الغير فى ملكه، و العموم، و فى جامع المقاصد «إن ظاهر الشارحين كون الإشكال فى مشتري الثمره، و التحقيق أن القول فى شرح العريه غير منضبط، لان كلام أهل اللغه فيه مختلف، فينبغى أن يقال:

ما ثبت القول بجوازه عند الأصحاب يجوز فيه، اعتضادا بعمومات صحه البيع، و نظرا إلى مشاركه العله، و لصدق إضافه الدار و البستان إلى المالك و المستأجر و مشتري الثمره و فى الدروس ذهب إلى إلحاق المستعير بالمالك؛ و للنظر فى هذا البحث مجال فإن الإضافه فيما ذكر إنما هو على وجه المجاز، إلا أن يقال المشقه معتبره فى مفهوم العريه.



حيث قال الشيخ «العرايا جمع عريه و هي النخله لرجل في بستان غيره يشق عليه الدخول إليها فيكون المناط فيها المشقه على الغير في الدخول الى بستانه إما لمكان أهله أو لغير ذلك، فحينئذ يجوز البيع لدفع هذه المشقه فعلى هذا حيث ثبت هذه المشقه في النخله الواحده على الغير تثبت الرخصه.

قلت: لم يعد هذا التحقيق إلى حاصل يعول عليه كما أن ما ذكره أخيراً مقطوع بعدمها في كلمات الأصحاب إذ لم يذكر أحد منهم المشقه في مفهوم العريه و لا في شرائط صحه البيع لكن قال بعض مشايخنا: ظاهر المبسوط و الخلاف و الغنيه و التذكره و المختلف و المهذب البارع و التنقيح أن المشقه معتبره في مفهومها، و أنها مناط الحكم إلى أن قال: و بذلك صرح في التحرير و المسالك و غيرهما، و ظاهر الغنيه بل صريحها الإجماع عليه؛ نعم أنكروه في كشف الرموز فقال: و شرط الشيخ أن يشق على البائع الدخول، و شرط التقابض و تابعه المتأخر و صاحب الوسيله و ليس في، الروايه ذلك.

قلت: الذي يظهر بعد إمعان النظر في كلمات الأصحاب حتى من حكى عنهم ظاهراً و صريحاً أن مرادهم من ذلك بيان وجه المشروعيه، و ربما يذكرونه بصورة الدليل تأييداً للتعدى المدعى، و لو باعتبار حصول الظن منه بذلك كما في المختلف في ترجيح تعميم العريه للدار و البستان بنص أهل اللغه، و باشتراك الموضوعين في الحاجه الداعيه إلى المشروعيه و نحوه غيره، و لذلك اختلفت كلماتهم في وجهها فربما قررت بالمشقه على صاحب الدار و البستان و ربما قررت بالمشقه على مالك النخله، و ربما قررت بغيرهما، و الحاصل لا- يخفى على من تأمل عدم إرادته العليه المصطلحه من ذلك، و الا لاختل كثير من الأحكام المسلمه عندهم فالمرجع حينئذ فيها على المستفاد من اللغه و الدليل، و لو بمعونه شهره الأصحاب و نحوها، و ما شك فيه يبقى على عموم التحريم و الله اعلم.

و كيف كان ف هل يجوز بيعها بخرصها تمراً من تمرها الأظهر

بل الأشهر كما عن إيضاح النافع والأكثر كما في الرياض لا بل هو المشهور المحكى عن ظاهرا المبسوط وغيره و صريح الوسيله و الكتاب و ما تأخر عنهما؛ بل لم أجد مصرحا به ممن يعتد بقوله، نعم احتمله في المختلف لإطلاق الرخصه المنصرف إلى غير ذلك الذى من الواضح اقتضاء قاعده تغاير الثمن و المثلث هنا فى الملك خلافه، بل فى التنقيح أن الدليل عقلى على مغايره الثمن للمثلث و به يقيد إطلاق الرخصه، و

قوله فى صحيح الحلبي (١). السابق «السر و التمر من نخله واحده لا بأس به،» الى أن قال: «و كذا العنب و الزبيب»

قد عرفت عدم القائل به فى غير العريه و لذا نسبه فى الدروس إلى الندره، اللهم إلا أن يكون القول به هنا لازما لتفسير المزابنه ببيع ثمره النخل بتمر منه، باعتبار معلوميه استثناء العريه من ذلك، فيقتضى جوازه فيها، لكن لم ينقله أحد عنهم، و ليس فى عبارته النهايه التى هى أصل الخلاف فى ذلك إشاره اليه.

لكن فى الدروس و الرياض و غيرهما قيل بالجواز، و زاد فى الثانى أنه فصل بعض بين صورتى اشتراط كون التمر منها، فالأول و إلا- فالثانى ان صبر عليه حتى يصير تمرا و إلا- فالعقد يجب ان يكون حالا- للزوم بيع الكالى بالكالى بدونه جدا و فيه- مع ما سمعت من عدم معروفه القائل بذلك صريحا- أن التفصيل خارج عما نحن فيه، إذا الظاهر ارادته ما عن المهذب قال فى المحكى عنه: «أنه إذا شرطه أى كون الثمن منها فى العقد لم يجز، و إن أطلق جاز أن يدفع اليه من ثمرتها إن صبر عليه حتى يصير تمر أو إلا- فالعقد يجب أن يكون حالا» و أقصاه جواز الدفع منها إن لم يشترط، و هو مما لا خلاف فيه على الظاهر، و مراده بوجوب حلول العقد ما تسمعه من اشتراط التعجيل فى ثمن العريه و أنه لا يجوز أن يكون مؤجلا فتعليه بلزوم بيع الكالى بالكالى بدونه مما لا وجه له هنا.

فمن الغريب وقوعها منه زياده فى كلام المهذب و كأنه نظر الى أنه لو أجل ثمن العريه و الفرض أنها حال البيع غير تمر كان من بيع الكالى بالكالى، و هو كما ترى، و إلا لاقتضى البطلان فى بيع ثمره النخل قبل صيرورته تمرا بثلث مؤجل

و لو كان دراهم، و هو واضح الفساد.

و على كل حال ف لا يجوز بيع ما زاد على الواحده نعم لو كان له فى كل دار واحده جاز كما فى القواعد قال: «و لا يجوز ما زاد على الواحده اتحاد مع المكان، و يجوز مع تعدده، بل قال بعض شراحها: أنى لم أجد مخالفا منا فى هذين الحكمين، و به صرح فى المبسوط و السرائر التذكرة و شرح الإرشاد للفخر و المهذب البارع و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك، و هو قضيه كلام الباين حيث حيث يقيدون النخله بكونها واحده و يطلقون البستان و الدار، و هو مقتضى الأصل و المتبادر من النص.

و فى المسالك «إنه يشترط فى بيعها أمور منها الوحده، فلا يجوز فى دار أو بستان أزيد من واحده فلو كان لمالك اثنتان لم يجر بيع ثمرتها و لا ثمره إحداهما، لانتفاء العريه فيهما، نعم لو تعدد البستان و الدار جاز تعددها من الواحد، و جعل ما فى المتن إشاره إلى ذلك، نحو ما فى جامع المقاصد، بل فى التنقيح لم ينسب الخلاف فى ذلك إلا للشافعى و ظاهره عدم الخلاف فيه منا.

و فى التحرير و لا- يجوز أن يبيع جميع تمر حائظه عرايا من رجل واحد، و من رجال فى عقود متكرره، نعم لو كان له عدده نخلات فى عدده مواضع جاز بيعها عرايا من رجل واحد أو رجال فى عقود متكرره، إلى غير ذلك من عباراتهم و تنقيح المقام يتوقف على أمرين، الأول أن الوحده فى الدار أو البستان مثلا مأخوذه فى مفهوم العريه فمتى تعددت فيه لا عريه فى شىء منها ظاهر المسالك أو صريحها ذلك بل ربما كان ظاهر كل من أخذ الوحده فى تفسيرها، بناء على عدم إرادته وحده الآخر إذ التى لم يتعارف التصريح بها فى تفسيره، فمع انتفائها حينئذ ينتفى مفهوم العريه.

لكن فيه أولا أنه ينبغى تقييده مع ذلك باتحاد المالك، أما مع تعدده فالظاهر صدق العريه على كل منهما كما انه ينبغى تقييده أيضا بحصول الثمره فيهما، أما لو فرض

حصولها في إحداهما دون الأخرى، فالظاهر صدق العريه فيها دونها، و لو فرض كون النخلتين مثلا مشتركتين بين اثنين أمكن صدق العريه عليهما باعتبار أن لكل واحد منهما نخله؛ إلى غير ذلك مما يتصور تفريعه على هذا التقدير، و ثانيا أن النص و جملة من عبارات الأصحاب خلت عن ذكر الوحدة في تفسير العريه، بل اقتضرت على أنها واحده عرايا و أنها هي النخله في دار الغير مثلا، و مقتضاه صدق العرايا على المتعدده و ان اتحد المكان كما هو مقتضى الجمع، لا أن مصداقه النخلات في الأمكنه المتعدده أو مع تعدد المالك.

و من الغريب ما في الدروس من أن العريه نخله واحده في دار الغير في روايه السكوني (١) و قال الجمهور و اللغويون أو بستانه، إذ قد عرفت خلو خبر السكوني عن قيد الوحدة، و يمكن أن يريد بما في خبر السكوني الدار بقريته ما نقله عن الجمهور، أو لا يريد الوحدة الداخلة في المفهوم بل هي وحده

الافراد، بل يمكن أن يريد غيره، ممن ذكر الوحدة ذلك أيضا و بالجملة دعوى اعتبار الوحدة المزبوره على حسب ما سمعت في غايه الصعوبه إثباتها من اللغه و كلمات الفقهاء التي منها ما سمعت و منها ما في السرائر «و يجوز بيع العرايا و هي جمع عريه بفتح العين و كسر- الراء و تشديد الياء، و هو أن يكون لرجل في بستان غيره نخله يشق عليه الدخول إليها أو في داره، إلى أن قال: و إن كان له نخل متفرق في كل بستان نخله جاز أن يبيع كل ذلك واحده واحده بخرصها تمرا بيع العرايا، إلى أن قال: و قد قيل في تفسير العرايا أقوال كثيره فقال قوم: «العرايا النخلات يستثنيها الرجل من حائظه إذا باع ثمرته و لا يدخلها في البيع، و لكنه يبقيها لنفسه، فتلك الثنيا لا تخرص عليه، لانه قد عفى لهم عما يأكلون، و سميت عرايا؛ لأنها أعريت من أن تباع أو تخرص في الصدقه، فرخص النبي صلى الله عليه و آله و سلم

لأهل الحاجه و المسكنه الذين لا ورق لهم و لا ذهب و هم يقدرون على التمر أن يتناعوا بتمرهم من أثمار هذه العرايا بخرصها؛ فعل ذلك بهم رفقا بأهل الحاجه الذين لا يقدرون على الرطب؛ و لم يرخص لهم أن يتناعوا منه ما يكون للتجاره و الذخائر».

و قال آخرون: «هى النخله يهب الرجل تمرتها للمحتاج و يعريها إياه؛ فيأتى المعرا و هو الموهوب له إلى نخلته تلك ليحتنيها فيشق ذلك على المعري الذى هو الواهب لمكان أهله فى النخل، فرخص للواهب خاصه أن يشتري ثمره تلك النخله من الموهوب له بخرصها».

و قال آخرون: «شكى رجل الى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم انهم محتاجون إلى الرطب يأتى و لا يكون بأيديهم ما يتناعون به، فيأكلونه مع الناس و عندهم التمر، فرخص صلى الله عليه و آله و سلم لهم أن يتناعوا لهم العرايا بخرصها من التمر الذى فى أيديهم» و قال آخرون: «الإعراء أن يهب له ثمره نخله أو نخلتين أو نخلات، و منه الحديث أنه رخص صلى الله عليه و آله و سلم فى بيع العرايا بخرصها تمرا، و ذلك ان يمنح الرجل النخله فيبيع تمرها بالتمر، و هذا لا يجوز فى غير العرايا و إنما سميت عربيه لان من جعلت له يعريها من حملها، و أنشد الفراء:

ليست سنهاء و لا رجبية و لكن عرايا فى السنين الجوائح

معنى سنهاء أى مرت عليها السنون المجديه، و قوله رجبية نخله مرجبه و هى التى يبنى حولها البناء لثلا تسقط و هو كالتكريم لها».

و قال الهروى صاحب الغريين: العرايا: هى أن من لا-نخل له من ذوى اللمحه و الحاجه؛ و يفضل له من قوته التمر و يدرك الرطب و لا نقد بيده يشتري الطب لعياله و لا يحتل له، فيجىء إلى صاحب النخل فيقول: بعنى ثمره نخله أو نخلتين بخرصها من التمر، فيعطيه ذلك الفضل من التمر بتمر تلك النخلات ليصيب من أرطابها مع الناس، فرخص النبى صلى الله عليه و آله و سلم من جمله ما حرم من المزابنه» ثم قال هذا ما وقفت عليه فى -التفسير العرايا، و أشده تحقيقا قول الهروى».

قلت قد حكى جملة مما ذكر ابن فارس فى المجمع فقال: النخلة العريه و هى التى إذا عرض النخل على بيع ثمره عريت منه نخله: أى عزلت عن المساومه، و الجمع العرايا، و قال قوم: العريه النخله يعريها صاحبها رجلا- محتاجا، فيجعل له ثمره عامها رخص لرب النخل أن يبتاع تمر تلك النخله من المعرا بتمر لموضع حاجته، هذا تفسير الذى جاء فى الحديث من الرخصه فيه، و قال آخرون: العريه النخله تكون لرجل وسط نخل كثير لرجل آخر فيتأذى صاحب النخل الكثير بعد خول صاحب النخله الواحده فرخص له أن يشتري ثمره نخلته بتمر. و أبو عبيده يختار الأول لقول الشاعر، و أنشد البيت السابق» و اقتصر ابن الأثير فى نهايته بعد أن ذكر أنه اختلف فى تفسير العريه على ما ذكره الهروى الذى ظهر من ابن إدريس اختياره؛ و هو الذى حكاه عنه فى الدروس، فإنه بعد أن ذكر جواز بيع العريه، و أنها النخله فى دار الغير أو بستانه: قال: «و لو أعرى محتاجا نخله أى جعل لها تمرها عامها، ثم اشترى المعرا تمرها منه بتمرها جاز على الأقرب، و لو فضل مع الفقير تمر فاشترى به ثمره نخله ليأكله رطبا فالأقرب جوازه، و لو اشترى أزيد من نخله، فالأ-جود المنع، و يظهر من ابن إدريس جوازه» و لعله إليه أشار فى التحرير بقوله أيضا لا يشترط فى بيع العريه أن تكون موهوبه لبائعها؛ و تمنع اشتقاقها من الإعراء؛ و هو أن يجعل الرجل لغيره ثمره نخلته عامها ذلك، بل سميت عريه لتعريفها من غيرها، و أفرادها بالبيع، و تبعه الشهيد فى حواشيه فى أن وجه التسميه ذلك؛ لكن قد سمعت خبر ابن - سلام (١) الذى أفتى الشهيد فى الدروس به، بل قد سمعت ما ذكره أخيرا الذى لم نعر على نص من طرقنا به.

نعم

روى العامه ذلك بعده طرق، منها (٢) «أن محمود بن لبيد قال: قلت لزريد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالا محتاجين من الأنصار: شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن الرطب يأتى و لا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه مع الناس، و عندهم فضول من

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب بيع الثمار الحديث ٢.

٢- ٢ المغنى للشرييني ج ٢ ص ٩٤.

قوتهم من التمر فرخص أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر في أيديهم يأكلونه رطباً»

لكن القول به لا يخلو من قوه؛ جمعا بين ما قيل في تفسير العريه.

و على كل حال فدعوى اعتبار الوحده في المكان في مفهوم العريه مما يظهر انطباق كثير من الكلمات عليه؛ كدعوى اشتراط صحه البيع به و إن لم يكن ذلك في مفهومها، و هو الأمر الثاني اقتصارا في الرخصه على المتقين، و لان

قوله عليه السلام في خبر السكوني «فيجوز بيعها»<sup>(١)</sup>

إلى آخره ظاهر في أن المرخص به ذلك، إذ يدفعا إطلاق رخصته عليه السلام في العرايا لو تعددت؛ لا أن التعدد مانع من أصل البيع، و ربما كان المراد من عبارته المتن و القواعد السابقه ذلك، إن لم نقل أنه الظاهر منها.

و أظهر منها ما في التذكرة «لا- يجوز بيع أكثر من النخلة الواحده عريه؛ لعموم المنع من المزابنه خرج عنه العريه في النخلة الواحده، و به قال أحمد للحاجه، فيبقى الباقي على المنع، سواء اتحد العقد أو تعدد، أما لو تعدد المشتري فالوجه الجواز، ثم قال: فروع لو باع في صفقه واحده من رجلين، كل واحد منهما نخله معينه جاز؛ و كذا لو باعها نخلتين مشاعا بينهما، و لو باع رجلان من واحد صفقه واحده نخلتين عريه جاز و هو أحد وجهي الشافعيه، لأن تعدد الصفقتين بتعدد البائع أظهر من تعددها بتعدد المشتري، و لو باع رجلان من رجلين صفقه واحده، احتمال جواز أربع نخلات، و تنزيل ذلك كله منه على المتحدده، و لو في المكان المتعدد»- كما ترى خصوصا أول المسأله بل

مقتضاه حينئذ عدم جواز بيع العرايا في الأمكنه المتعدده بعقد واحد، و هو مع أنه لم يعرف خلافه فيه لم تساعد عليه الأدله.

و دعوى ظهور ذيل خبر السكوني فيه ممنوعه، فالظاهر إرادته ما ذكرناه أولا و لا ينافيه قوله سابقا: العرايا جمع عريه، و العريه النخلة في دار الإنسان أو بستانه، فيبتاع ثمرتها رطباً بخرصها تمرا كيلا، فلا يجوز العرايا في أكثر من نخله واحده في عقد واحد

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب بيع الثمار- ١.

إلى أن قال: فإذا تقرر هذا فإن العريه عندنا إنما تكون في النخلة الواحده تكون في دار الإنسان فلا يجوز فيما زاد على النخلة الواحده؛ عملاً- بالعموم و اقتصاراً في الرخصه على موردها، ثم قال: قد بينا أن الضابط في التسويغ انما هو النخلة الواحده في الدار الواحده و البستان الواحد، و لو كان له عده دور في كل واحد نخله جاز بيعها عرايا، إذ يمكن حمل الجميع على إرادته بيع نخله واحد و إن كان لا يخلو من بعد نعم يتجه البحث معهم على هذا التقدير بأنه لا دليل على اعتبار الواحده في البيع بل ما ذكره في وجه المشروعيه من المشقه و نحوها يقتضى التعميم، كإقتضاء إطلاق رخصته عليه السلام في بيع العرايا الذى عبر بمضمونه غير واحد، منهم ابنا زهره و حمزه و غيرهما؛ و الذيل المنساق لبيان حكم الواحده ليعرف حكم الجمع لا دلالة فيه على تقييد ذلك كما هو واضح هذا كله، إلا أن الوقوف على ما سمعته أولاً هو الموافق للاحتياط و الله أعلم بحقيقه الحال.

و لا- يشترط في بيعها أى العرايا بالتمر التقابض قبل التفرق خلافاً- للوسيله و محكى المبسوط، بل في الدروس «أنه طرد الحكم ثانيهما بوجوب التقابض في المجلس في الربويات تخلصاً من الربا، و فيه منع واضح و لذا أطبق المتأخرون على خلافه في المقام و غيره، عدا الصرف منه فأوجبوه فيه مع اختلاف الجنس، لظهور أدله فيه، لا للتخلص من الربا، ضروره صدق بيع المثل بالمثل في الربوى و إن لم يتقابضا في المجلس، و ما في بعض النصوص من إيجاب البيع يدا بيد على اتفاق الجنس، يراد منه منع النسيئه في أحد المتجانسين، للزوم الربا حينئذ معه.

و من 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 الثمره على النخل لا يجرى فيها الربا لانتفاء الموزونيه فيها، كما أنه لا ظهور في دليل الرخصه بذلك أيضاً. اللهم إلا أن يكون وجهه الاقتصار على المتقين، سيما بعد ما سمعت من عدم الخلاف فيه بين الأصحاب؛ فيشكل التمسك بالإطلاق المزبور المحتاج الى جابر في العمل به، لضعف سنده خصوصاً



بعد معارضه ما دل على حرمة المزابنه لكن ومع ذلك فالإنصاف أن اتفاهم هنا على اشتراط الحلول يؤيد القول بجريان حكم الربا على الثمره و إن كانت على الأشجار، اكتفاء بالوزن التقديرى عن الفعلى، كقولهم هنا أيضا بعدم جواز التفاضل حال العقد بين ثمنها و بين الثمره المخروصه تمرا، بل حكى الاتفاق عليه بعضهم و إن كان لا يجب أن يتماثل فى الخرص بين ثمرتها عند الجفاف و ثمنها عملا بظاهر الخبر المعتضد بالفتوى، إذ مبنى الخرص على الزيادة و النقيصه، فلا يقدر حينئذ لو ظهر بعد ذلك زياده الثمن أو نقيصته.

لكن يمكن أن يكون مستند الأول ظهور قوله عليه السلام «بخرصها تمرا» فى وجوب المطابقه بين الثمن المبذول و بين الثمره المخروصه، معتضدا بالاقتصار على المتيقن مما خرج عن حرمة المزابنه، و هو المراد بالمماثله من طريق الخرص المشترطه فى الوسيله و محكى المبسوط و غيره، لا- أن مستنده حرمة الربا، فىكون الحاصل حينئذ إنه يجب خرص الثمره على النخله بتقدير حال كونها تمرا فتباع بتمر على حسب ذلك الخرص، فلو لم يطابق الخرص الواقع بأن كانت حال التمريه المقدره أزيد أو انقص لم يكن ذلك قادحا، لإطلاق الخبر السابق المعتضد بعدم الخلاف فيما أجد إلا ما حكاه فى المسالك عن بعضهم و إن كنت لم أتحققه، من اعتبار المطابقه فلو اختلفا تبين بطلان البيع.

و هو مع ظهور ضعفه مقتضى لعدم جواز التصرف فيها قبل صيرورتها تمرا حتى يتمكن من اعتبارها، مع أن الأصل و إطلاق الدليل و ظاهر الفتاوى، يقتضى عدم وجوب إبقائها إلى حال التمر؛ و عدم اعتبارها لو أبقاها، مضافا إلى ما عرفت من عدم تحقق القائل بذلك؛ و ربما توهم ذلك من عباره المبسوط و الوسيله 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 ثمنا و بين الثمره حال كونها رطبا-

قال: «إذا تبايعا العريه وجب أن ينظر إلى الثمره على النخله و يحرز ذلك رطباً فيتبايعاه بمثله تمرا و لا يشترط التماثل فى الخرص بين ثمرتها عند الجفاف و ثمنها، و لا يجوز التفاضل عند العقد، و لا يكفى مشاهدته الثمن على الأرض و لا الحرز فيه بل لا بد من معرفه مقداره بالكيل أو الوزن (الى أن قال) و إن كنا قد منعنا من بيع الرطب بالتمر إلا أن هذا مستثنى للرخصه» و فيه أولاً أن ظاهر دليل الرخصه المعتضد بفتوى الأصحاب ما ذكرنا من اعتبار خرصها تمرا ثم شراؤها بمقدار ذلك المخروص، بل لا يمكن عند التأمل تنزيل الخبر على ما ذكره؛ و ثانياً ما عرفت سابقاً من أن منع بيع الرطب بالتمر لعله النقصان بعد الجفاف إنما هو فى المقدر بأحد الأمرين لا فى مثل الثمره على أصلها.

نعم ما ذكره من وجوب علم مقدار الثمن و عدم الاكتفاء بمشاهدته متجه، بل لا- أجد فيه خلافاً فى المقام، لظهور قوله عليه السلام «بخرصها تمرا» فيه، بل مقتضاه أنه لا- يجزى جعل الثمن تمرا على رأس نخله أخرى، و إن كان قد خرص بما يساوى المثلث، لعدم صدق البيع بخرصها تمرا، و بذلك افتقرت عن غيرها، فما فى المسالك من أن العريه كغيرها بالنسبه إلى هذا الشرط فى غير محله، ضروره أنه ليس المانع الجهاله حتى تكون كغيرها؛ بل هو ظهور دليل الرخصه فيما ذكرنا فلا- يجزى مشاهدته الثمن فيها و إن أجزى فى غيرها إذا كان مما تكفى فيه المشاهده كما هو واضح.

لكن فى حواشى الشهيد «أنه لو كان لرجلين عريتان فى مكانين و خرصاهما فبلغت كل واحده مثلاً خمسمائه رطل؛ جاز بيع كل واحده بخرص الأخرى» و كأنه أخذه مما فى التذكرة، و قد صرح فى التحرير بعدم جوازه 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 معارضه الربا، لانتفائه بانتفاء شرطه» و فيه انه فى غير العريه مزابنه بناء على تحققها بالرطب، بل و فيها لعدم معلوميه الثمن إذا كان على رأس النخله كما عرفت، أما إذا كان على الأرض و قد علم بالكيل؛ فقد يمنع أيضاً باعتبار ظهور دليل الرخصه فى كون الثمن تمرا، فلا

يجزى الرطب و لا البسر و لا غيرهما فتأمل جيدا؛ فإنه يمكن أن يكون الجواز لانتفاء المزابنه، باعتبار عدم كون الثمن تمرا كما ذكرنا سابقا.

نعم لولا- الاتفاق ظاهرا لأمكن القول بعدم وجوب اعتبار المساواه بين ثمرتها و بين الثمن لعدم الربا، و ما فى الخبر من البيع بخرصها تمرا منزل على الغالب، لكن كفاانا مؤنه ذلك ما عرفت معتصدا بعموم دليل حرمة المزابنه، و لو كانت الثمره مما تقطع بسرا أو رطبا ففى الاكتفاء بخرصها كذلك وجه، مع احتمال عدم اقتصارا على المتيقن؛ بل قد يحتمل و إن كان ضعيفا عدم ثبوت العريه فى ذلك خصوصا إذا فرض عدم حاله تمر لها فتأمل جيدا.

ثم إنه قد تحصل من ذلك كله أنه لا بد من خرصها، إما من البائع و المشتري أو من غيرهما بحيث يغلب على ظنهما المقدار الحاصل منها تمرا عند الجفاف، و هل يشترط لو كان الخارص غيرهما أن يكون عدلا؟ فى جامع المقاصد «لا أعلم فى ذلك كلاما للأصحاب، و امتناع الرجوع إلى خبر الفاسق قد يقتضى الاشتراط» و فيه إن الرجوع إلى ظنه غير الرجوع إلى خبره. نعم لو فرض الشك فى الاخبار بظنه، أمكن ذلك، و هو غير ما نحن فيه، و من هنا قال: الظاهر عدم لكن يشترط كونه من أهل المعرفه و هو جيد.

و على كل حال ف لا عريه فى غير النخل لغه و شرعا سواء قلنا بحرمة المزابنه، فيه أولا أما على الأول فواضح، و اما على الثانى فالجواز شامل لها و لغيرها فلا يحتاج إلى شروط العريه و أحكامها كما هو واضح، هذا و الظاهر عدم اعتبار اتحاد المالك للنخله فى العريه و لا الدار، لكن هل يجوز بيع استحقاق أحدهما خاصه عريه إشكال كالإشكال مع اتحاد المالك فى بيع البعض، و طريق الاحتياط غير خفى و إن كان الذى يقوى الجواز بناء على عدم اعتبار المشقه.

**[ فرع لو قال بعتك هذه الصبره من التمر أو الغله بهذه الصبره من جنسها سواء بسواء لم يصح ]**

فرع لو قال: بعتك هذه الصبره من التمر أو الغله بهذه الصبره من جنسها سواء بسواء لم يصح؛ و لو تساويا عند الاعتبار بالكيل و الوزن إلا أن يكونا عارفين بقدرهما وقت الابتياح لحصول الجهاله المانع من صحه البيع عندنا حال العقد و قيل و القائل الشيخ فى المبسوط يجوز و إن لم يعلما فان تساويا عند الاعتبار صح و إلا بطل للربا و لو كانتا من جنسين جاز إن تساويا أو تفاوتتا و لم يمانعا؛ بأن بذل صاحب الزيادة، أو قنع صاحب النقيصه و إلا فسخ البيع قال فى المحكى عن مبسوطه «إذا باع صبره من طعام بصبره، فإن كانا من جنس واحد نظر، فإن كانا اكتالا و عرفا تساويهما فى المقدار جاز البيع، و إن جهلا مقدارهما و لم يشترطا التساوى لم يجز، لأن ما يجرى فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض جزافا، و إن قال: بعتك هذه الصبره بهذه الصبره كيلا بكيل سواء بسواء فقال: اشترت فإنهما يكالان فإن خرجتا سواء جاز البيع، و إن كانت إحداهما أكثر من الأخرى، فإن البيع باطل، لأنه ربا؛ و أما إذا كانتا من جنسين مختلفين، فإن لم يشترطا كيلا بكيل سواء بسواء فإن البيع باطل، لأنه ربا؛ و أما إذا كانتا من جنسين مختلفين فإن لم يشترطا كيلا بكيل سواء بسواء فإن البيع صحيح، لان التفاضل جائز فى الجنسين، فإن اشترطا أن تكونا كيلا بكيل سواء بسواء فإن خرجتا متساويتين فى الكيل جاز البيع، و إن خرجتا متفاضلتين فإن تبرع صاحب الصبره الزائد بالزيادة جاز البيع، و إن امتنع من ذلك و رضى صاحب الصبره الناقصه بأن يأخذ بقدرها من الصبره الزائده جاز البيع، و إن تمانعا فسخ البيع بينهما، لا- لأجل الربا، لكن لان كل واحد منهما باع جميع صبرته بجميع صبره صاحبه، و على أنهما سواء فى المقدار، فإذا تفاضلا و تمانعا وجب فسخ البيع بينهما».

و جعل فى الدروس ذلك منه من باب الاكتفاء بالمشاهده و حيث قد علم فى محله عدم الاكتفاء فى مثل ذلك كان الأشبه بأصول المذهب أنه لا- يجوز مطلقا على تقدير الجهالة وقت الابتاع نعم يمكن جريان ما يقرب من ذلك على مذهبنا فيما لو فرض مكيل و موزون فى زمن الشرع تجدد و تعارف بيعه جزافا بناء على صحته، فان المتجه حينئذ فيه صحه بيعه صبره بصبره، الا- أنه يجب اختباره بعد ذلك تخلصا من الربا، فان تساويا أو بيع الجنس و زنا صح البيع، لعدم ثبوت اشتراط سبق معلوميه التساوى فى الصحه، و الأمر ببيعه مثلا بمثل لا يقتضى أزيد من التساوى واقعا بل الظاهر ذلك فى أكثر شرائط المعامله.

لكن مقتضى ذلك عدم الحكم بالبطلان فيما لو باع السيوف المحلاه و نحوها بأحد النقدين بجنس أحدهما إذا لم يعلم زيادته، بل لا بد حينئذ من الاختبار، و ينافيه ظاهر كلامهم، و يمكن حمله على ما إذا لم يمكن الاعتبار و حينئذ يتجه البطلان ظاهرا لا لترك الاحتياط الواجب، إذ هو لا يقتضى بالبطلان قطعاً، بل لان الشك فى الشرط شك فى المشروط و الأصل عدم النقل و الانتقال، فلو فرض العلم بالمساواه بعد ذلك انكشف الصحه من أول الأمر لحصول الشرط واقعا، و نحوه لو أقدمنا على الربا فبان المساواه، كما أن المتجه الفساد لو أقدمنا على المساواه جهلا منهما ثم بان التفاوت لانتفائه واقعا حينئذ فتأمل جيدا؛ فإنه قد تقدم لنا بعض الكلام فى ذلك فى الحواشى فلاحظ، و أما اشتراط المساواه فى مختلف الجنس إذا فرض الاكتفاء فيه بالمشاهده فالمتجه صحته عملا بعموم

«المؤمنون»(١)

فإذا بان عدمه تسلط على الخيار و الزيادة بل و النقيصه فى بعض الأحوال و الله أعلم.

### [المسأله الخامسه يجوز بيع الزرع قصيلا]

المسأله الخامسه: يجوز بيع الزرع قصيلا أى مشروطا قطعه بلا خلاف أجده فيه؛ للعمومات و غيرها، سواء كان قد بلغ أو ان فصله أو لم يبلغ، و عين مده لبقائه ثم قطعه بعدها أو أطلق فله الإبقاء حتى يصل إلى أوان فصله، و

خبر معلى بن

خنيس (١) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أشتري الزرع قال: إذا كان قدر شبر»

محمول على الندب أو غيره مما لا يخالف المجمع عليه ظاهراً فى الجواز بعد ظهوره بلغ أو ان القصل أو لم يبلغ» نعم ليس له شراؤه بذرا للغرر و فى الصلح وجه كالوجه لو شراه تبعا للأرض.

و كيف كان ف ان لم يقطعه الذى شرط القطع عليه ففى المتن و غيره بل لا أجد فيه خلافا معتدا به بينهم أن للبائع قطعه بعد استيذان الحاكم أو بدونه على اختلاف القولين، لانه لاحق لعرق ظالم، و لنفى الضرر و الضرار و غير ذلك و له تركه و المطالبه بأجره أرضه مده بقاءه و عدم قطع البائع له مع التمكن منه لا يقضى بسقوط الأجره التى يكفى فيها بقاء ارض المالك مشغوله بها؛ بل لا يرتفع بذلك الغصبيه التى تسلطه على أرش النقصان لو حصل بسبب البقاء الذى يستحق أخذ أجرته منه، إذ ليس ذلك رضا منه بالبقاء بالأجره كما هو واضح.

لكن فى السرائر «إنه إن لم يقطعه كان البائع بالخيار إن شاء قطعه، فان لم يقطعه و بلغ، كانت الزكاه إن بلغ النصاب على المشتري، و عليه أيضا أجره مثل تلك، هذا إذا كانت الأرض عشريه، فإن كانت خراجيه كان على المبتاع خراجه» ثم إنه حكى عن نهاية الشيخ أنه قال: «لا بأس بأن يبيع الزرع قصيلا

و على المبتاع قطعه قبل ان يسنبل، فان لم يقطعه كان البائع بالخيار؛ إن شاء قطعه و ان شاء تركه، و كان على المبتاع خراجه» ثم قال و مراده بالخراج طسق الأرض قد قبل به السلطان دون الزكاه، لأن الأرض خراجيه، و هى المفتحه عنوه دون أن تكون عشريه، لأنها إن كانت عشريه كانت عليه الزكاه فحسب و الخراجيه عليها الخراج الذى هو السهم الذى قد قبلها به، فان فضل بعده ما فيه الزكاه، يجب عليه الزكاه، و إن لم يفضل ما يجب فيه ذلك لا زكاه عليه فيه.

قلت: قد ذكر الخراج فى المقنعه و محكى المراسم بل فى الوسيله كان عليه خراجه و أجرته، و مراد الجميع على الظاهر ما صرح به المتأخرون من أجره الأرض

لعدم الدليل على ثبوت غيرها، و المتجه -

فى موثق سماعه (١) «سألته عن شراء القصيل يشتره الرجل فلا يقصله و يبدو له فى تركه حتى يخرج سنبله شعيرا أو حنطه و قد اشتراه من أصله على أن ما يلقاه من خراج فهو على العالج؛ فقال: إن كان اشترط عليه حين اشتراه، إنشاء قطعه قصيلا، و إن شاء تركه كما هو حتى يكون سنبلًا، و إلا فلا ينبغى أن يتركه حتى يكون سنبلًا، فان فعل فإن عليه طسقه و نفقته و له ما خرج منه»

- حمل لا ينبغى فيه على الكراهه، لما هو معلوم من النص و الفتوى أن له الإبقاء إذا

لم يكن قد اشترط عليه القطع، و لا كان عاده أو نحوها مما يقوم مقام الشرط،

قال زراره للصادق عليه السلام (٢) «أ يحل شراء الزرع الأخضر، قال: نعم لا بأس به و قال: لا بأس بأن تشتري الزرع و القصيل أخضر ثم تتركه إن شئت يسنبل ثم تحصده، و إن شئت تعلق دابتك قصيلا فلا بأس به قبل أن يسنبل»

الحديث و نحوه غيره و حينئذ لا- وجه لكون الطسق عليه مع فرض اشتراطه على العالج الذى هو عبارته عن الزرع بل لا- يقوله الخصم، فلا بد من حمله على ضرب من الندب أيضا.

و كيف 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 بقى فى الأرض للبائع، أو كان منه كذلك، أو كان الحاصل يتولد منهما معا، و لعله لذا قال فى التذكرة:

«لو اشترى الزرع قصيلا من أصوله صح، فان قطعه فنبت فهو له، فإن شرط صاحب الأرض قطعه فلم يقطعه كان عليه أجره الأرض و لو لم يشترط المشتري الأصل فهو لصاحبه، فإذا قصله المشتري و نبت كان للبائع و لو لم يقصله كان شريكا للبائع و يحكم بالصلح.

قلت: و لا- ينافى ذلك إطلاق الأصحاب أن على مشتري القصيل الأجره لو أبقاها و له الحاصل لانه يمكن حمله على ما إذا كان مشتريا للزرع من أصله و أن اشترط عليه القصل

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب بيع الثمار الحديث ٧.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب بيع الثمار الحديث ٣.

كل ما يخرج فتأمل جيدا. و على كل حال فظاهر الأصحاب هنا أن ليس للبائع الفسخ لعدم الوفاء بالشرط، و لعله لانه متمكن من استيفاء شرطه، و فيه أنه قد يتعذر عليه ذلك و قد يحتاج إلى مؤنه مع أنه قد يمنع توقف ثبوت الخيار على عدم التمكن من الاستيفاء كما عرفت البحث فيه مفصلا سابقا. نعم يمكن أن يكون مستند المقام ظاهر بعض النصوص كما أنه يمكن ان يكون ترك الأصحاب ذكر الخيار فى المقام مبني على ما تقدم سابقا و لا ينافيه نصهم هنا على الأجره و القلع.

و كذا لو اشترى نخلا بشرط القطع أجزءا فتركه المشتري فإنه يأتي فيه جميع ما تقدم نعم لا ريب هنا فى أن الحمل للمشتري؛ لأنه نماء ملكه

روى هارون بن حمزه الغنوى (١) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجدوع فيغيب الرجل فيدع النخل كهيته لم يقطع، فيقدم الرجل و قد حمل النخل فقال: له الحمل يصنع به ما شاء إلا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه و يقوم عليه»

و نحوه غيره و الظاهر اراده استحقاق أجره المثل من الاستثناء المزبور إلا أنه ينبغي تقييده كما فى السرائر و غيرها بما إذا كان بإذن مالك النخل، و إن أطلق فى النهايه و المحكى عن الصدوق و ابني الجنيد و البراج

كالنص، اللهم إلا أن يدعى عدم الحاجه هنا إلى الاذن، باعتبار احتياج صاحب الأرض السقى لبستانه و الفرض تضرره بشرب النخل المزبور الماء فتأمل جيدا، و الأمر سهل، هذا كله فى شراء الزرع قصيلا.

أما شرائه بشرط التبقية إلى أو ان بلوغه أو مطلقا فلا- إشكال أيضا فى جوازه، للأصل و العمومات و خصوص المعتمره المستفيضة (٢) فى المقام التى مر بعضها، بل و لا- خلاف إلا ما يحكى عن المزارعه المقنع من منع بيع الزرع الا بشرط القصل لعدم الأمن من الآفه و ل

خبر أبى بصير (٣) «سألت الصادق عليه السلام عن الحنطه و الشعير اشترى زرعه قبل أن يسنبل و هو حشيش قال: لا إلا أن تشتريه لقصيل تعلفه الدواب ثم تتركه حتى يسنبل»

و

موثق ابن عمار (٤) «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لا تشتري

١- ١ الوسائل الباب - ٩- من أبواب بيع الثمار الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الثمار الحديث ١٠.

٤- ٤ الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الثمار الحديث ٥.



الزرع ما لم يسئبل فإن كنت تشتري أصله فلا بأس»

و فيه أن عدم الأمن من الآفة لا- يؤثر منعا لجواز بيع الموجود و خبر ابى بصير- مع ضعفه لا جابر بل موهن بفتوى الأصحاب بخلافه- يمكن

حملة على الندب أو على إرادته شراء الحاصل منه الذى قد عرفت منعه فيما تقدم، كالموثق الظاهر فى ذلك، و فى عدم البأس مع شراء الأصل، على كل إنهما قاصران عن معارضته غيرهما من وجوه كما هو واضح، و حينئذ قد ظهر أنه لا بأس بشراء نفس الزرع فى جميع أحواله حتى إذا كان محصودا اكتفاء بالمشاهدة فى مثله و الله أعلم.

### [المسألة السادسة يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عما ابتاعه أو نقصان]

المسألة السادسة يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عما ابتاعه به أو نقصان؛ قبل قبضه أو بعده بلا خلاف و لا إشكال للأصل، و

صحيح لحلبى (١)سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها؟ قال: لا بأس به، إذا وجد ربها فليبيع»

و

صحيح محمد بن مسلم (٢)عن أحدهما عليهما السلام «أنه قال فى رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال: لا بأس»

مضافا الى العمومات و محكى الإجماع إن لم يكن محصله فلا يتوهم جريان ما تقدم سابقا من منع البيع قبل القبض فى المقام؛ ضروره اختصاصه فى المكيل و الموزون، أو خصوص الطعام منهما، لكن فى النافع هنا الجواز على كراهه، و لا- وجه له إلا إطلاق بعض الاخبار و الفتاوى منع بيع المبيع قبل قبضه، و هو

سابقا لم يجعل ذلك سببا للكراهيه مطلقا بل خصها بالمقدار بأحدهما، كما فى كثير من النصوص و الفتوى، لكن أمر الكراهه سهل.

### [المسألة السابعة إذا كان بين اثنين نخل أو شجر فتقبل أحدهما بحصه صاحبه بشىء معلوم كان جائزا]

المسألة السابعة إذا كان بين اثنين مثلا نخل أو شجر أو زرع فتقبل أحدهما بحصه صاحبه بعد خرص المجموع بشىء معلوم على حسب الخرص المزبور كان جائزا ل

صحيح 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 و كذا كيلا مسمى، و تعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص، و إما أن آخذه أنا بذلك و أردته عليك؟ قال لا بأس بذلك»

و

صحيح الحلبي (٤)

- 
- ١-١ الوسائل الباب-٧- من أبواب بيع الثمار الحديث ٢.
  - ٢-٢ الوسائل الباب-٧- من أبواب بيع الثمار الحديث ٣.
  - ٣-٣ الوسائل الباب-١٠- من أبواب بيع الثمار الحديث ١.
  - ٤-٤ الوسائل الباب-١٠- من أبواب بيع الثمار الحديث ٢.

قال: «أخبرني أبو عبد الله عليه السلام أن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، أعطى خيبرا بالنصف أرضها و نخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحه فقوم

عليهم قيمه؛ و قال لهم إما أن تأخذوه و تعطوني نصف الثمن، و إما أن أعطيكم نصف الثمن و آخذه فقالوا بهذا أقامت السماوات و الأرض»

و فى التهذيب (١) عوض الثمن فى الموضعين الثمره؛ و هو الأنسب بالخرص الاتى، و إن كان الثمن أنسب بالتقويم.

و

صحيح أبى الصباح الكنانى (٢) «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم لما افتتح خيبر تركها فى أيديهم على النصف فلما بلغت الثمره بعث عبد الله بن رواحه إليهم فخرصها عليهم، فجاؤا إلى النبى صلى الله عليه وآله وسلم و قالوا إنه قد زاد علينا، فأرسل إلى عبد الله بن رواحه فقال ما يقول هؤلاء؟ فقال: خرصت عليهم بشىء، فإن شاؤا أخذوا بما خرصنا، و إن شاؤا أخذنا، فقال رجل من اليهود: بهذا قامت السماوات و الأرض».

و

صحيح يعقوب بن شعيب (٣) الأخر عن الصادق عليه السلام أيضا «قال فيه: فلما بلغ الثمره أمر عبد الله بن رواحه فخرص عليهم النخل، فلما فرغ منه خيرهم فقال قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعا، فإن شئتم فخذوه، و ردوا علينا نصف ذلك؛ و إن شئتم أخذناه و أعطيناكم نصف ذلك، فقال اليهود: بهذا قامت السماوات و الأرض»

و

مرسل محمد بن عيسى (٤) «قلت لأبى الحسن عليه السلام ان لنا أكره فنزارعهم فيقولون قد حرزنا هذا الزرع بكذا و كذا فأعطونا و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصه على هذا الحرز قال: و قد بلغ؟ قلت: نعم قال: لا بأس بهذا، قلت: فإنه يجىء بعد ذلك فيقول لنا الحرز لم يجىء 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».

١-١ التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ باب المزراعته الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار الحديث - ٣.

٣-٣ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار الحديث - ٥.

٤-٤ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار الحديث - ٤.

و

خبر 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 و كذا درهما، فربما نقص و غرم و ربما استفضل و زاد، قال: لا بأس به إذا تراضيا»

و

خبر عبد الله بن بكير (٢) عن الصادق عليه السلام «سألت عن الرجل يزرع له الزعفران فيضمن له الحراث على أن يدفع له من كل أربعين منا زعفرانا رطبا منا و يصلحه على اليابس و اليابس إذا جفف ينقص ثلاثه أرباع، و يبقى ربعه و قد جرب قال: لا يصلح، قلت: و إن كان

عليه أمين يحفظه لم يستطع حفظه، لانه يعالج بالليل و لا يطاق حفظه، قال: يقبله الأرض أو لا على أن له في كل أربعين منا منا»

إلى غير ذلك من النصوص التي لا أجد خلافا بين الأصحاب في العمل بمضمونها في النخل و الثمار و الزرع، فهو إن كان يباعا فمستثنى من المحاقلة و المزابنه، و من قاعده مغايره الثمن للثمن؛ و نحوهما مما يخالف قواعد البيع، مع أنك ستعرف كون التحقيق أنها ليست يباعا.

لكن في السرائر و ان زارع أرضا أو ساقاها على ثلث، أو ربع أو غير ذلك و بلغت الغله جاز لصاحب الأرض أن يخرص عليه الغله و الثمره، فإن رضى المزارع أو المساقى بما خرص أخذها و كان عليه حصه صاحب الأرض، سواء نقص الخرص أو زاد و كان له، كما فعل عامل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بأهل خيبر و هو عبد الله بن رواحه الأنصاري الخزرجي، فأن هلكت الغله و الثمره قبل جذاذها و حصاها بأفه سماويه لم يلتزم العامل الذي هو الـ كار بشىء لصاحب الأرض؛ و الذي ينبغي تحصيله في هذا الخبر و السؤال أنه لا يخلو إما أن يكون قد باعه حصته من الغله و الثمره بمقدار في ذمته من الغله و الثمره، أو باعه الحصه بغله من هذه الأرض فعلى الوجهين معا البيع باطل، لانه داخل في المزابنه و المحاقله، و كلاهما باطلان، و إن كان ذلك صلحا لا يباعا فإن كان ذلك بغله و ثمره في ذمه الأكار الذي هو المزارع فإنه لازم له؛ سواء هلكت الغله بالآفات السماويه أو الأرضيه، و إن كان ذلك الصلح بغله من تلك الأرض، فهو صلح باطل، لدخوله في باب الغرر، لانه غير مضمون، فان كان ذلك فالغله بينهما سواء زاد الخرص أو نقص

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب أحكام المزرعه الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب أحكام المزرعه الحديث- ٢.

تلفت منهما أو سلمت لهما، فليلاحظ ذلك، فهو الذى يقتضيه أصول مذهبنا و تشهد به الأدله، فلا يرجع عنها بأخبار الآحاد التى لا توجب علما و لا عملا؛ و إن كررت فى الكتب.

قلت: قد لحظناه فوجدناه كالأجتهاد فى مقابله النص المعمول به بين الأصحاب بل الظاهر إن الاشكال فى لزومها كما فى التذكرة بل فى التنقيح و محكى إيضاح النافع و الميسيه، الجزم بعدمه من ذلك أيضا، ضروره صراحه بعض النصوص السابقه فيه، و ظهور آخر كالفتاوى التى لا يقدح ما فى بعضها كالمتن و غيره من التعبير بالجواز المراد به رفع الحظر، لا نفى اللزوم الذى هو مقتضى الأمر بالوفاء بالعقود؛ فما فى مزارعه القواعد من أن الزائد إباحه على إشكال، فى غير محله قطعاً، بل هو ملك للمقبل كما كاد يكون صريح المرسل السابق، و ظاهر غيره، و الربا لو قلنا بعمومه معفو عنه فى المقام، على أنه إن كان هو منشأ الاشكال، فلا يخص الزيادة، بل آت فى النقيصه أيضا.

ثم إن المنساق من النصوص السابقه ما هو صريح جماعه، بل المشهور بل ظاهر جامع المقاصد نسبتة إلى تصريح الأصحاب من كون كيفية التقييل المزبور اعتبار العوض من الثمره المخروصه، و لا يقدح فى ذلك اتحاد الثمن و المثلن بعد ظهور النصوص المعمول بها بين الأصحاب فيه، سواء قلنا أنها بيع كما احتمله فى التذكرة، و إن كان بعيدا لشده مخالفته لقواعد البيع مع عدم ظهور شىء من النصوص فى أنه منه؛ و ذكر الأصحاب له فى بيع الثمار أعم من ذلك، أو معامله برأسها، أو صلح سيما بعد عدم الاتحاد حقيقه هنا لكون المعوض عنه الحصه المشاعه، و العوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين بل لا يبعد جواز مثل ذلك فى الصلح مع قطع النظر عن نصوص المقام لعموم

قوله عليه السلام «الصلح جائز بين المسلمين»<sup>(١)</sup>

الذى استفيد منه قيامه مقام الهبه و غيرها، فجزوا الصلح عن المال ببعضه و إن انحل

إلى الهبه.

و لعله هنا كذلك من طرف القابل و المقبل و حينئذ فبناء على أن القبالة نوع من الصلح كما هو صريح بعض و ظاهر آخر لا تكون مخالفه للقواعد أصلا إذ لا محاقله و لا مزابنه فيه و لا ربا أيضا و إن قلنا باختصاصه بالبيع، بل و على التعميم لما عرفت من أن الثمره و الزرع ليستا من المكييل و الموزون، و لا- منع من مثل هذا الاتحاد فيه؛ و كذا لو قلنا بأنها معاملة برأسها كما هو مقتضى جوازها بلفظ التقييل؛ بل فى المسالك ظاهر الأصحاب أن الصيغه تكون بلفظ التقييل، و إن كان قد يشكل إن أريد الاختصاص، بخلو أكثر النصوص

السابقه عن اللفظ المزبور، بل ظاهرها خصوصا الأول الاكتفاء بغيره، و فى جامع المقاصد هل يحتاج ذلك اى التقييل إلى صيغه عقد الظاهر نعم، لأنها صلح فى المعنى؛ و لأن الأفعال لما لم تكن لها دلالة بنفسها على المعانى تعين المصير إلى الألفاظ حينئذ، فيحمل على العقد لانه الموظف شرعا لنقل الملك؛ و لأن الأصل بقاء الملك لمالكه حتى يقطع بسببه، فان قلت: عبارته الصحيح الأول داله على خلاف ذلك، قلت: ليس فيها دلالة على أن المسئول عنه فيها هو الجارى فى المعاوضه، فيجوز أن يكون المسئول عنه هو صحه إيقاع ما اراده».

قلت: لا ريب فى اعتبار الصيغه فى لزومها و خلو نصوصها عنها كخلو أكثر نصوص العقود عن ذلك، إنما الكلام فى أن صيغتها صيغه الصلح لعدم تعارف غير العقود المعهودة المفردة بالتبويب، و لعدم ظهور فى نصوص المقام بالاستقلال، إذ ليس فيها إلا الجواز الذى يمكن أن يكون بناؤه على أنها من الصلح، بل ربما كان فى بعضها إيماء إلى ذلك، أو أن صيغتها خصوص لفظ التقييل المعبر به فى الفتاوى و بعض النصوص، لعدم ذكرهم ذلك فى باب الصلح؛ بل لا إشاره فى شىء من كلامهم إلى أنه منه و ما فى المختلف كالذى سمعته من جامع المقاصد يراد منه أنها كالصلح فى المعنى، لا أنها تنعقد بصيغته.

نعم صرح فى الدروس بأنها نوع منه، و يمكن إرادته ذلك أيضا على إشكال و تردد؛

نعم بناء على جواز الاتحاد المزبور لا ينبغي التأمل حينئذ؛ في صحه وقوعها، بصيغه الصلح، وإن لم تتم قبالة، كما أنها كذلك لو وقع العوض من غيرها أو مطلقا بعقد الصلح، بل قد يستشكل من وقوع العوض من غيرها و الصيغه لفظ التقبيل، لما عرفت من أن وضعها على كون الثمن منها، كما يشهد له ما ذكره الشيخ و ابنا حمزه و إدريس و الفاضل و الشهيد و المقداد و غيرهم من عدم الضمان لو تلفت الثمره بأفه سماويه بل في مزارعه جامع المقاصد نسبتبه إليهم مشعرا بدعوى الإجماع عليه، ضروره توقف صحته على كون الثمن منها، حتى يكون التلف حينئذ للعوض، و لا دليل على الانتقال إلى بدله بعد عدم الدليل على ضمانه في يده، و لا ينافى ذلك صحته العقد، إذ ليس هو بغير عوض، بل عوضه من العوض، فمع فرض التلف بالافه يتحقق تلف العضوين معا من غير ضمان، فما في التذكرة من التردد فيه - كالمحكى عن تعليق الإرشاد، بل في المسالك أن دليله غير واضح في غير محله؛ بل لا- يحتاج ذلك إلى تنزيل العوض على الإشاعه، إذ يمكن أن لا يكون كذلك، و إن كان كليا مضمونا في العين بشرط السلامه، للدليل نحو ما سمعته في خبر الأطنان (١) في الجمله.

و على كل حال فليس مثل هذا انفساخا لا من الأصل و لا من الحين، لكن في الدروس أن قرار ذلك مشروط بالسلامه، و المراد كما في جامع المقاصد أنه إن هلك لا صلح، و إن سلمت ثبت

و وجب العوض، و ربما أشكل بأنه لو هلك بعضها يجب القول بعدم بقاء الصلح، فلا يلزمه ما بقى من العوض، و يدفع بأن سلامه الجميع شرط للصلح في الجميع، و سلامه الأبعاض شرط للصلح فيها، نعم قد يشكل بأنه قد صرح في الدروس بالجواز لو تقلبها بعوض غير مشروط فيها، و لا دليل على اشتراط مثله بالسلامه؛ لأن المعوض إذا قبض بعوض و جب أن يكون مضمونا؛ فإذا تلف يجب أن يكون عوضه في الذمه؛ و يمكن تنزيل ما في الدروس على ما إذا كان العوض منها بالسلامه لا مطلقا بل قد سمعت سابقا أن ذلك و إن جاز؛ إلا أنه ليس قبالة على

الظاهر، لكن في جامع المقاصد «إن كلا من القولين لا يخلو من اشكال، أما اشتراط كون القبالة من الثمره المتقبله فيه إشكالان، الأول أن اشتراط العوض من المعوض يتنافى صحه المعاوضه عند الجميع، و ليس فى النصوص ما يدل على الجواز هنا، الثانى لو نقصت الثمره بغير آفه بل كان من جهه الخرص يجب على تقدير كون العوض منها أن لا يجب الناقص على المتقبل مع أنهم حكموا بعدم وجوبه عليه، و أما على الجواز مطلقا فإشكالان مع ثالث، و هو عدم إمكان اشتراط السلامه فى قرار القبالة حيث يكون فى الذمه لما قلناه من، امتناع كون محل العوض الذمه و يذهب بتلف الثمره.

و فيه ما عرفت سابقا من ظهور النصوص و الفتاوى فى كون العوض منها، و حينئذ وجه عدم الضمان بالافه واضح، بل هو قد اعترف فى باب المزارعه بأن هذه المعاوضه لا- تخرج باشتراط السلامه عن نهج المعاوضات، فإن المبيع فى زمان الخيار من ضمان البائع و إن تلف فى يد المشتري، لكن بغير تفريط؛ إذا كان الخيار للمشتري؛ و هى لا تزيد على ذلك، و منه يعلم وجه اندفاع الأخر. نعم يبقى المطالبه بالدليل على ذلك، فيما لو كان العوض من غيرها، و إقامته عليه- سيما مع عدم تصريح الأصحاب بأن القبالة تكون من غير الثمره- لا تخلو من صعوبه و إن كان الظاهر بناء هذه المعاوضه على الزيادة و النقصان من حيث الخرص لا غير، و ربما كان من

قوله عليه السلام (١) «إذا كانت الزيادة له فالنقيصه عليه»

إيماء إلى ذلك فى الجملة، فيرجع حاصلها أن المتقبل ضامن للمقدار المعلوم مع سلامه الثمره و عدم تلفها، بل يمكن دعوى براءته لو كان المتلف غير الآفه من غاصب و شبهه، و إن استبعده فى جامع المقاصد قال: «و الظاهر أن المراد بالافه السماويه و الأرضيه ما يكون ممن لا يعقل تضمينه. فلو أتلّفها فتلف فالظاهر أن القبالة بحالها، عملا بالاستصحاب و يطالب المتقبل المتلف، و يحتمل أن يراد بالأرضيه ما يعم هذا، فيسقط القبالة أيضا



بإتلاف المتلف، و هو بعيد» و أما ما ذكره من عدم وجوب النقص على المتقبل لو كان النقصان من حيث الخرص، فيدفعه صريح بعض النصوص السابقة، و ظهور آخر و كون الثمن منها لا ينافي ذلك، إذ يلزم بالتأديه من حصته.

نعم لو فرض نقصان المجموع من المقدار اتجه ذلك، إلا أنه نادر لا يحمل عليه إطلاق النصوص و الفتاوى، فتأمل جيدا، ثم إنه لا يخفى ظهور النص السابق في اعتبار البلوغ كما أنه صرح غير واحد بعدم وجوب القبول على الشريك، للأصل و غيره لكن قد يظهر من النصوص السابقة الالتزام بإحدى فردى التخيير؛ مؤيدا بوجه مشروعيه التقييل من خوف الخيانة و نحوها، و الظاهر أنه لا يعتبر في القبالة ما تقدم في العريه من وجوب الأخذ بمقدار الخرص من غير زياده و لا نقيصه، بعد ما سمعت من عدم الربا في المقام «و الناس مسلطون على أموالهم» كما أنه قد ظهر لك مما قدمنا إمكان جريان التقييل بالنسبه إلى غير الشريك بل في غير الثمار، بناء على أن القبالة نوع من الصلح؛ و إن ذلك كله جائز فيه، لعموم

قوله عليه السلام (١) «الصلح جائز بين المسلمين»

لكن ظاهر الأصحاب الاقتصار و هو مؤيد لكون القبالة قسما مستقلا برأسها، فيقتصر في موردها على المتيقن. و الله أعلم.

### **[المسألة الثامنة إذا مر الإنسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع اتفاقا جاز أن يأكل من غير إفساد]**

المسألة الثامنة: إذا مر الإنسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع أو قريب منها، بحيث لا يعد قاصدا عرفا بل كان ذلك منه اتفاقا جاز أن يأكل من غير إفساد مع عدم العلم و الظن بالكراهه على المشهور بين الأصحاب نقلا- و تحصيلا بل في المختلف «عن السرائر إذا مر الإنسان بالثمر جاز له أن يأكل منها قدر كفايته، و لا يحمل منها شيئا على حال، من غير قصد إلى المضى إلى الثمره للأكل، بل كان الإنسان مجتازا في حاجه ثم مر بالثمار، سواء كان أكله منها لأجل الضروره، أو غير ذلك، على ما رواه أصحابنا و أجمعوا عليه لأمن الاخبار في ذلك متواتره، و الإجماع منعقد منهم، و لا يعتد بخبر شاذ أو خلاف من يعرف باسمه و نسبه، لان الحق مع غيره

و عن الخلاف الإجماع أيضا في النخل و الفواكه؛ و في الرياض لم نقف على مخالف فيه من قدمائهم إلا- ما يحكى عن المرتضى في بعض كتبه، بل في شرح الأستاذ أنه قيل بإضافه الزرع و الخضر؛ و نقلت عليه الشهرة، و نسب إلى بعض نقل الإجماع فيه.

و كيف كان فيدل عليه مضافا إلى ذلك

قول الصادق عليه السلام في خبر عبد الله بن سنان (١) «لا- بأس بالرجل يمر بالثمره و يأكل منها و لا يفسد؛ قد نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن تبني الحيطان في المدينة،

لمكان الماره، قال: و كان إذا بلغ نخله أمر بالحيطان فخرقت لمكان الماره»

و نحوه

خبر أبي الربيع (٢) عنه أيضا، إلا أنه قال: «و لا يفسد و لا يحمل»

ك

مرسل الفقيه (٣) عنه أيضا «من مر ببساتين فلا بأس أن يأكل من ثمارها، و لا يحمل شيئا».

و قد

قال محمد بن مروان للصادق عليه السلام في المرسل (٤) المروى بطرق ثلاثه «أمر بالثمره فأكل منها؟ قال: كل و لا تحمل»

و

زاد في أحد طرقه «قلت: جعلت فداك إن التجار قد اشتروها و نقدوا أموالهم، قال اشتروا ما ليس لهم»

و

سأله أيضا يونس (٥) «عن الرجل يمر بالبستان، و قد حيط عليه أو لم يحط عليه، هل يجوز أن يأكل من ثمره، ليس يحمله على الأكل من ثمره الا الشهوه له، و له ما يغنيه عن الأكل من ثمره، و هل له أن يأكل من جوع؟ قال: لا بأس أن يأكل و لا يحمله، و لا يفسده»

و

سأله «ابن أبي عمير (٦) عن الرجل يمر بالنخل أو السنل أو الثمره، فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضروره أو غير

خبر على بن جعفر (٧) عن أخيه المروى عن كتاب مسائله لأخيه قال: «سألته عن الرجل يمر على ثمره فيأكل منها، قال: نعم قد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن تستر الحيطان برفع بنيانها»

- 
- ١-١ الوسائل الباب-٨- من أبواب بيع الثمار الحديث-١٢.
  - ٢-٢ الوسائل الباب-٨- من أبواب بيع الثمار الحديث.
  - ٣-٣ الوسائل الباب-٨- من أبواب بيع الثمار الحديث-٨.
  - ٤-٤ الوسائل الباب-٨- من أبواب بيع الثمار الحديث-٤.
  - ٥-٥ الوسائل الباب-٨- من أبواب بيع الثمار الحديث-٥.
  - ٦-٦ الوسائل الباب-٨- من أبواب بيع الثمار الحديث-٣.
  - ٧-٧ الوسائل الباب-٨- من أبواب بيع الثمار الحديث-٢.

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

فمن الغريب بعد ذلك التوقف في الحكم المزبور فضلا عن الجزم بعدمه لقاعده قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه؛ المعلومه بالعقل و النقل، كمعلوميه حرمة الظلم و الجور و الخيانه و السرقة، و تحريم أكل أموال الناس بالباطل، و

صحيح على بن يقطين (١) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمره من الزرع و النخل و الكرم و الشجر و المباطخ و غير ذلك من الثمر أ يحل له أن يتناول منه شيئا و

يأكل من غير إذن صاحبه و كيف حاله إن نهاه صاحب الثمره، و أمره القيم، و ليس له و كم الحد الذى يسعه أن يتناول منه؟ قال: لا يحل له أن يأخذ منه شيئا»

و

مرسل مروان بن عبيد (٢) قلت للصادق عليه السلام: «الرجل يمر على فراخ الزرع يأخذ منه السنبله؟ قال: لا قلت:

أى شىء السنبله، قال: لو كان كل من يمر به يأخذه منه سنبله لا يبقى منه شىء»

و

خبر مسعده بن زياد المروى عن قرب الاسناد (٣) «عن جعفر بن محمد عليهما السلام أنه سئل عما يأكل الناس من الفاكهه و الرطب مما هو حلال لهم؟ فقال لا- يأكل أحد إلا من ضروره و لا يفسد؛ إذا كان عليها بناء يحاط و من أجل الضروره نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن يبني على حدائق النخل و الثمار، بناء لكى لا يأكل منها أحد»

مؤيدا ذلك كله بنصوص التقييل و الخرص فى الزكاه و الخراج، بل و بما دل على إخراج النخله و نحوها لأجل الماره، الظاهر فى التساهل بأمر الماره و باستمرار السيره على بناء الجدران و وضع الأبواب و منع الناس و امتناعهم، مع أنه لو كان مثل ذلك جائزا لشاع، حتى بلغ التواتر، لا- أنه تعارف خلافة و بأن فتح هذا الباب يقتضى بأن تضحل أموال الناس كما أوما إليه خبر السنبله، سيما مع

كثرة الثمار على الطرق المسلوكة، بل يبعث على التجرى على الحرام، حتى أن كل من يجىء يقول لم أكن قاصدا له، و من كان له عداوه مع أحد يتقصد إضراره

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٦.

٣-٣ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار الحديث - ١٠.

و له عذر واضح؛ بل يلزم منه أيضا استباحه الأغنياء زكاه الفقراء غير السادات، و خمس السادات مع القول بالتعلق بالعين.

و من ذلك يظهر أن أدله الجواز لا تقوى على تخصيص هذه الأدله، سيما مع اختلاف نقل الإجماع؛ و عدم خلو كثير من النصوص السابقه عن البحث فى السند أو الدلاله، و إمكان حمل جملة منها على شهاده القرينه بالإذن، كما يرشد اليه خبر الجدران، أو على أن لذلك العصر خصوصيه على شهاده القرينه بالإذن أو على حال الضروره أو على تعليم أهل الثمار الرخصه، و أنه ينبغى لهم ذلك نحو ما وقع من النبى صلى الله عليه و آله و سلم، و

فى المروى عن صاحب الزمان عجل الله فرجه (١) فى جواب مسائل العمري، «أما ما سألت من أمر الثمار من أموالنا يمر به المار فيتناول منه و يأكل هل يحل له ذلك؟ فإنه يحل له أكله، و يحرم عليه حمله»

و لا أقل من أن يفيد ذلك كله الشك و الأصل الحرمة.

هذا أقصى ما يقال فى ترجيح القول بالعدم الذى هو مختار المرتضى فى المحكى عنه فى

المسائل الصيداويه، و الفاضل فى مكاسب المختلف، و إن توقف فى الأطمعه، و المحقق الثانى و غيرهم من المتأخرين و متأخريهم، و اختاره الأستاذ الأكبر، إلا أن الجميع كما ترى، بل يشبه أن يكون اجتهادا فى مقابله النص، إذ القاعده بعد تسليم حكم العقل بإقاعدها حال عدم العلم بالكراهه يجب الخروج عنها ببعض ما عرفت، فضلا عن جميعه كغيرها من القواعد، إذ مرجعه إلى الإذن الشرعيه التى هى أقوى من المالكيه، و بها مع فرض كون موضوع البحث عدم العلم بالكراهه، يخرج ما نحن فيه عن موضوع الظلم و الخيانه و السراقه و الجور و الأكل بالباطل و نحو ذلك.

و الصحيح مع معارضته بغيره محتمل للحمل منها و للكراهه، و لإيراده بيان حكم التناول مع نهى المالك و أمر القيم، و لغير ذلك؛ و المرسل مع عدم الجابر

و معارضته بما سمعت محتمل أو ظاهر أو صريح في غير التناول للأكل، ضروره استبعاده في السنبله الواحده لعدم تعارفه بل ظاهر السائل الإقدام على ذلك باعتبار قله الإكتراث بالسنبله، فأجابه عليه السلام بالحكمه المزبوره.

و في الحدائق «الظاهر أن هذا الخبر لا يدخل في سياق هذه الاخبار، فلا معنى لإجرائه في هذا المضممار، فإن موضوع المسأله الأكل من الثمار في مكانه من غير أن يحمله، و الظاهر أن السنبل ليس من المأكول على تلك الحال، فالظاهر إرادته حمله، و المنع فيه مما لا خلاف فيه و هو حسن.

لكن قيل يتعارف أكله مقلا و نحوه، و خبر قرب الاسناد محتمل للكراهه، خصوصا مع استثنائه الضروره، 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 العدم كالحائظ و نحوه، و الخرص و التقييل مع كونه في الغالب عند البلوغ، يمكن اعتبار أمر الماره فيه و إخراج النخله لإيراده الماره بصاحب البستان، فإن من المتعارف بذل شىء من الثمره لمن يمر به، و المسلم من قيام السيره على ما يفسد و بناء الجدران و وضع الأبواب للخوف من ذلك، على أنه إذا كان قد تعارف المنع خرج عن موضوع المسأله الذى هو الأكل مع عدم العلم بالمنع، و عدم البلوغ إلى حد التواتر لا- يقضى بالمنع كما فى غيره من الاحكام التى هى أهم منه، مع أنك قد سمعت دعواه و دعوى الإجماع و غيرهما، و ليس فى الأكل مع عدم الإفساد اضمحلال لأموال الناس، بل ربما أدى إلى البركه فيها، و مثل هذه الباعثيه لا- تصلح دليلا- للمنع، كوضوح العذر له، و لو أن نحو ذلك صالح لامتنع كثير من الأحكام الشرعيه، و إباحه الشارع الثمره للمارين أغنياء كانوا أو فقراء تجرى على الجميع كما اعترف هو به فى آخر كلامه؛ لانه المالك الحقيقى، و ليس مثل هذا الاختلاف فى نقل الإجماع قادحا، كما أن عدم خلو النصوص عن البحث فى السند أو الدلاله بعد الاعتضاد بما عرفت غير قادح أيضا.

و من ذلك كله ظهر لك قوة القول بالجواز. نعم ليس فى شىء من نصوصه تعرض لغير الثمره و النخل، و اقتصار بعضهم على الثانى، كما عن الشيخ فى المسائل الحائريه فى غير محله إن أراد عدم الجواز فى غيره، أما الخضر فقد عرفت عن بعضهم دعوى الشهره عليه، و آخر نقل الإجماع، و قد يدعى تناول لفظ الثمره له كما يشهد به صحيح ابن يقطين (١) السابق و غيره، كتناول لفظ البستان المراد منه ما فيه، بل قد يدعى تناولهما لمطلق الزرع خصوصا الثانى متمما حينئذ بعدم القول بالفصل مضافا إلى مرسل ابن ابى عمير (٢) السابق لكن تردد فيهما المصنف فى النافع و أطعمه الكتاب، لاختصاص كثير من الأدله السابقه بهما، و للصحيح (٣) و المرسل (٤) السابقين فى دليل المنع مضافا إلى الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن، و فى الرياض - «لا ريب أن الترك هنا بل و سابقا أيضا أحوط و أولى، بل ربما كان متعينا، و لا وجه لتخصيص التردد بالحكم هنا مع جريانه فى غيرهما إلا- وجود القائل بالمنع هنا زائدا على المرتضى و عدم حكاية إجماع هنا مع اختصاص كثير من الفتاوى المجوزه المحكيه فى المختلف بالحكم سابقا».

قلت: قد عرفت عن بعضهم نقل الإجماع، كما أنك عرفت وجه الاختصاص بالتردد، و على كل حال فلا ريب أن الأحوط الترك فيهما، بل و فى غيرهما و إن اختلف شده و ضعفا؛ ثم إن ظاهر المتن كغيره اشتراط الجواز بأمور ثلاثه، أحدها- كون المرور اتفاقيا، فلو كان مقصودا لم يجز له، اقتصارا على المتيقن؛ و قد يظهر من الرياض دعوى الإجماع عليه؛ كما فى الحدائق نسبه إلى الأصحاب، و فى شرح الأستاذ «اعتبار عدم قصد المرور منه و لا من وليه لخصوص تلك الثمره و نحوه، لا فى مبدء المسافه؛ و لا- فى أثنائها، ليتحقق صدق اسم المرور؛ و للإجماع عليه، و لو عينها بالإشاره و اختلف الاسم كان قاصدا؛ بخلاف العكس، و العمده ما عرفت من الاقتصار على المتيقن و خبر عبد الله بن سنان (٥) السابق مع قصور سنده و عدم الجابر له، يمكن

- 
- ١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب بيع الثمار الحديث ٧.
  - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب بيع الثمار الحديث ٣.
  - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٧.
  - ٤- ٤ الوسائل الباب- ٨- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٦.
  - ٥- ٥ الوسائل الباب- ٨- من أبواب بيع الثمار الحديث- ١٢.



أن يكون نفى الباس فيه عن الأكل، فكأنه قال: لا بأس بالأكل بعد المرور اتفاقاً».

لكن قد يقال: ان ظاهر النصوص الجواز بتحقيق اسم المرور و إن كان مقصودا.

نعم إذا كان المقصود المجيء إلى البستان مثلاً- لم يصدق عليه اسم المرور بها، وهذا لا- يقتضى اعتبار الاتفاق فى المرور، ضروره أعميه مفاد النصوص من ذلك، فالتحقيق دوران الحكم مداره، فيرجع هذا الشرط إلى تحقق مسماه لا أمر زائد؛ وقاعده الاقتصار على

المتيقن لا وقع لها مع فرض ظهور الأدله الذى عليه المدار فى جميع الاحكام كما هو واضح.

الثانى: عدم الإفساد بلا خلاف أجده فيه بل ادعى بعضهم عليه الإجماع، و هو الحجه بعد الاقتصار المزبور، و انصراف إرادته الشرطيه من النهى فى المقام فى النصوص السابقه عنه و عن الحمل، و منه يظهر وجه الشرط الثالث الذى أشار إليه المصنف بقوله و لا يجوز أن يأخذ معه شيئاً بل فى الرياض بعد نسبه الحكم به إلى القطع به بين الطائفه- لعله إجماع، لكن قال بعد ذلك: «ان إثبات شرطيته و سابقه من الأصل و النصوص مشكل، لاندفاع الأول بإطلاق الرخصه، و لعدم نهوض الثانى إلا بالنهى عنهما، و غايته الحرمة، و هى أعم من الشرطيه؛ فإثباتها بذلك فى كلام جماعه لا تخلو من مناقشه. نعم الظاهر التلازم بينهما فى النهى عن الإفساد، إذا فسر بما مر؛ و هو عدم الأكل كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً، و يصدق معه مسماه عرفاً و يختلف ذلك بكثرة الثمره و الماره و قتلتهما جداً، لا إن فسر بالمعنى الأخر و هو عدم الحائط أو كسر الغصن أو نحو ذلك» قلت: قد عرفت ظهور النهى المزبور فى الشرطيه هنا كغيره من المقامات سيما بعد الاعتضاد بظاهر كلام الأصحاب، و إن كان فى ظهور العبارة و نحوها بالشرطيه نوع مناقشه، و لكن مع الالتفات الى كلام الأصحاب- و استبعاد اقترانها بالإباحه على معنى إرادته الحرمة الخارجيه منها على حسب غيرها من المحرمات- تندفع المناقشه المزبوره.

و أما ما ذكره من التلازم المزبور فلا- يخلو من مناقشه مع فرض تحقق الفساد بالآخر، فإنه لا مانع حينئذ من القول باختصاصه بالحرمة دون الأول نعم لو قلنا بالأخير يتحقق الفساد فى الجميع على وجه يكون تمام ما أكله مندرجا فى النهى اتجه ذلك، و لكنه خلاف المنساق من قوله كل و لا- تفسد. ثم إن الظاهر من هذا الشرط و سابقه كونه من الشرائط الكاشفه، لو فرض تأخيرهما عن الأكل المباح، و قلنا بالشرطيه فى هذا الحال؛ لإطلاق الأدله، و لكن الكشف بالنسبه إلى الضمان متجه، أما بالنسبه إلى الإباحه فلا يخلو من منع، و دعوى أن الشرط فيهما قصد الحمل و قصد الإفساد يدفعها ظهور الأدله فى خلافها؛ بل لا إشعار فى شىء بالقصد. نعم قد يقال: بتصور الكشف فيها على بعد؛ بل يمكن القطع بفساده بملاحظه الأدله فتأمل.

و كيف كان فظاهر الأستاذ الأكبر ثبوت الحرمة بقصد الإفساد بلغ حده أولا قال: «و مع عدم القصد ينتفى الجواز عند خوفه، و لا فرق بين حصول الفساد من واحد أو من جماعه، فلو أكلت الماره حتى قرب الفساد حرم على الأخير، و إذا علم ترتب الفساد على المجموع، اقترعوا على التناول، فيجوز لكل من طلعت له القرعه (ثم قال):

و المنع مع الفساد فى الجملة مما يقضى به الأصل و العقل و الكتاب و السنه و الإجماع محصله و منقوله، و بعض أخبار الباب.

و الظاهر أنه لا- فرق بين الفساد فى الشجر و الثمر، و فى الجدران و السواقى و المساقى، و بمثل ذلك يظهر قوه التحريم، لان المار لا- يعلم قدر الثمره ابتداء حتى يعرف الفساد، فربما أكل من صاع هو بقيه ألف صاع من حيث لا يعلم، و الظاهر ثبوت الضمان عليه مع العمد فى الإفساد بدونه، و أجره المثل لو مكث زائدا على مقدار ما يحتاج إليه فى التناول، إلى أن قال:، و لا بد أن يقتصر فى الأكل على أكله المعتاد على وفق المعتاد، فان زاد ضمن الجميع، و له الخيار فى اختيار أقسام الثمره، و لو عين المالك شيئا تعين» و فيه مواضع للنظر، كما أن ما فيه أيضا من أن الظاهر اعتبار كون الثمره على الشجر، اقتصارا على المتيقن، و كون المار مسلما حيث

يكون المالك كذلك، إذ لا سبيل عليه لغيره، و اعتبار الايمان من المؤمن لا يخلو من وجه، و اشتراط أن لا يكون له ثمر متصل بثمر الغير، و أن لا يكون حاملا من جنسه لا يخلو من قوه، و اشتراط عدم علم الكراهه أو ظنها، و عدم السور و الباب ينافيه ما فى بعض روايات الباب، و لا محيص عن القول به كذلك» فيه مواضع للنظر أيضا.

نعم ما فيه «من أنه لا يجوز أن يهب مارا و لا غيره أو يجعله نائبا و ما أكلته الماره حين تعلق الزكاه أو الخمس جار على الجميع، فلا شىء للفقراء على المالك، و ليس حق الماره مما يجوز نقله، و لو استناب أحدا فى تناول له جاز على إشكال» جيد بل الإشكال فى الأخير ضعيف، ثم إن ظاهر خبر ابن سنان السابق (١) اعتبار البلوغ فى الثمره فلا تباح حينئذ للماره قبل بلوغها، كما هو مقتضى الاقتصار على المتيقن نعم لا يبعد أن يكون المراد من ذلك الوصول إلى حد اعتياد تناول، و ربما ظهر من بعض مشايخنا تعميم الحكم للثمره و إن لم تبلغ حد اعتياد الأكل، و هو و إن كان قد يشهد له إطلاق كثير من النصوص؛ لكن ما ذكرنا أقوى و أحوط؛ و لا فرق بين الثمره المعتاده و غيرها من سائر الشجر و الله أعلم.

## [الفصل التاسع فى بيع الحيوان]

### اشاره

(الفصل التاسع) فى البحث عن بيع الأناسى من الحيوان و تمام القول فيه يتوقف على النظر فيمن يصح تملكه و أحكام الابتاع و لواحقه.

### [النظر الأول فيمن يصح تملكه]

أما الأول فلا خلاف فى أن الكفر الأصلى بأحد أسبابه سبب لجواز استرقاق الكافر المحارب الخارج عن طاعه الله و رسوله، و لم يكن معتصما بدمه أو عهد أو نحوهما و يلحقه فى هذا الحكم ذراريه و إن لم يتصفوا بوصفه و يسرى الرق فى أعقابه و إن زال وصف الكفر (١١) عنه، لأنهم نماء الملك الذى قد فرض حصوله بحصول سبب التملك حال الاسترقاق، ما لم يعرض الأسباب المحرره (١٢) فيتبعه حينئذ أعقابه

بعد الحريه فيها، لخروجه عن الملك المقتضى لملكيه النماء حينئذ، و خرج بالأصلى المنتحل للإسلام المتحصن به عن الاسترقاق إجماعا، و المرتد الذى خرج كفره المتجدد بتخلل الإسلام أو ما فى حكمه عن كونه أصليا؛ لأصالة الحريه السالمه عن المعارض بعد اختصاص الفتاوى و النصوص و لو بحكم التبادر فى غيره، بلا خلاف أجده فى ذلك هذا.

و فى الحدائق «المرتد و إن كان بحكم الكافر فى جملة من الأحكام إلا أنه لا يجوز سبيه، و فى جواز بيع المرتد الملى قول قواه فى الدروس و أما الفطرى، فلا، قولا واحدا فيما أعلم» قلت: الموجود فى الدروس هنا «و يصح بيع المرتد عن مله

لا عن فطره على الأقوى» و الظاهر كون المراد بيع المالك للعبد المرتد عن مله لا عن فطره، و غير الأقوى جواز بيعهما معا، قال فى التذكرة: «المرتد إن كان عن فطره ففى صحه بيعه نظر، ينشأ من تضاد الحكيمين، و من بقاء الملك، فإن كسبه لمولاه؛ و أما عن غير الفطره فالوجه صحه بيعه، لعدم تحتم قتله لاحتمال رجوعه إلى الإسلام.» و على كل حال فهذا غير ما نحن فيه، ثم إن مقتضى إطلاق المتن و غيره ما هو صريح الفاضل و غيره من عدم الفرق فى سبب الملك بين الكافر و المسلم؛ بل فى شرح الأستاذ أن الإجماع بقسميه عليه، و

قال رفاعه فى الصحيح (١) «لأبى الحسن عليه السلام: إن القوم يغزون على الصقالبه و الروم (٢) فيسترقون أولادهم من الجوارى و الغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار فما ترى فى شرائهم و نحن نعلم أنهم قد سرقوا و إنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم فقال لا بأس بشرائهم، إنما أخرجوا من الشرك إلى دار الإسلام».

و

فى خبر إبراهيم بن عبد الحميد (٣) عن أبى الحسن عليه السلام أيضا «فى شراء الروميات فقال: اشترهن و بعهن»

و

سأل عبد الله اللحام (٤) أبا عبد الله عليه السلام «عن رجل يشتري من أهل الشرك ابنته فيتخذها قال: فقال: لا بأس»

و

سأله أيضا «عن الرجل يشتري امرأه رجل من أهل الشرك يتخذها قال: فقال: لا بأس»

ظاهر خبر اللحام الأول ملكه من ينعق عليه، و قد استشكل فيه الفاضل من دوام القهر المبطل للتعق لو فرض و دوام القرابه الرافعه للملك بالقهر؛ قال: «و التحقيق صرف الشراء إلى

١-١ الوسائل الباب-٢- من أبواب بيع الحيوان الحديث-١.

٢-٢ هكذا كان فى النسخ المصححه، و فى الكافى «ان الروم يغيرون على الصقالبه، إلى آخر الحديث.

٣-٣ الوسائل الباب-٢- من أبواب بيع الحيوان الحديث-٢.

٤-٤ الوسائل الباب-٣- من أبواب بيع الحيوان الحديث-٢.

الاستنقاذ، و ثبوت الملك للمشتري بالتسلط» قلت: المتجه على هذا عدم لحوق أحكام البيع من الخيار و الأرش و نحوهما، لكن مع ذلك توقف فيه الفاضل، و هو فى غير محله قطعاً.

نعم قد يقال ببقاء الملك لأنه إن قلنا بتوقف العتق على تقدمه زماناً، فمن الواضح حينئذ عدم وقوعه مع المقارنه؛ لأن كل حين من أحيان العتق يقارنه سبب الملك؛ فلم يزل مملوكاً عتيقاً، و إن قلنا بتوقفه على التقدم الذاتى فكذلك أيضاً، إذ السببان كفرسى رهان، و قاعده سلطان الملك «و تسلط الناس على أموالهم» أصل لا يخرج عنه فى محل الشك، أو يقال إن عدم جواز التملك عندنا، مع الجواز عندهم غير قادح فى جواز الأخذ منهم، إلزاماً لهم بمذهبهم، و لو قلنا بعدم الجواز فالظاهر جواز الأخذ الثمن منهم، لو وقع البيع بينهم، و إن كان الدافع ذمياً أو معاهداً هذا.

و لكن الانصاف عدم خلو أصل المسأله من إشكال إن لم يكن إجماع على كون الاستيلاء من بعضهم على بعض مملوكاً، كاستيلاء المسلم، خصوصاً بعد أصاله الحرية و عدم ملك الناس بعضهم لبعض، و النصوص المزبوره محتمله لإرادته التسلط العرفى من الشراء فيها خصوصاً فى الروايه الأولى المقتضى خصى الغلمان فيها العتق، لكونه تنكيلاً بل من المحتمل إرادته المخالفين من ملوك أهل الجور من القوم فيها، و من الغريب الجزم من بعض الناس بالملكيه فى السبب بالتقرير الذى سمعته، مع أنه يمكن منع كون السببين فيه على ما ذكر؛ باعتبار تقدم القرابه المتحققه بانعقاد النطفه، و لا ريب فى أنها قبل القهر و الله اعلم.

و يملك اللقيط من دار الحرب التى ليس فيها مسلم يمكن تولده منه بالاستيلاء عليه، بلا خلاف أجده فيه، إلحاقاً له بأهل الدار الذين قد عرفت كون حكمهم ذلك، و لا- يملك إذا كان فيها مسلم يمكن تولده منه بلا خلاف أجده فيه، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه لأصاله الحرية، لكن قد يناقش فيها بظهور الوجدان

فى الدار فى كونه منهم؛ و هو كاف فى قطع الأصل، و إلا لم يترتب الملك على- الالتقاط إلا نادرا، لندرته عدم الاحتمال؛ و لو جرى الحكم فى الأسر أيضا لوحده المدرك؛ لقل ما يحكم بترتب الملك فيه أيضا؛ و لوجب فى الغالب الفحص و السؤال إذ قل ما ينتفى الاحتمال، قلت: يمكن أن يكون المستند فى ذلك إطلاق النصوص لا الأصل المزبور، ك

قول الصادق عليه السلام فى خبر زراره(١)«اللقيط لا يشتري و لا يباع»

و

فى خبر المدائنى (٢)«المنبوذ حر، فإن أحب أن يوالى غير الذى رباه و الا فإن طلب منه الذى رباه النفقه، و كان مؤسرا رد عليه، و إن كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقه»

و:

فى خبر عبد الرحمن العزمى (٣) عن أبيه عن الباقر عليه السلام «المنبوذ حر فإذا كبر فإن شاء يوالى الذى النقطة، و إلا فليرد عليه النفقه، و ليذهب فليوال من يشاء»

و

سأله محمد بن مسلم (٤) فى الصحيح «عن اللقيطه فقال: حره لا تباع و لا تشتري و لا توهب»

اللهم إلا- أن يدعى أن الاخبار لا- يفهم منها إلا- ما فى دار الإسلام، كما يفهم من أخبار لقطه المال و الحيوان و يدفع بمنع اختصاصها فى ذلك؛ و لو بمعونه فهم الأصحاب.

نعم لا- ريب فى خروج ما كان منه فى دار الحرب على الوجه السابق منها، ترجيحا لما دل على جواز تملك مثله عليها إن قلنا بشمول إطلاقها لمثله، كما أنه لا ريب فى اختصاص الحكم المزبور بالالتقاط؛ لما عرفت من إطلاق النصوص الحره، أما الأخذ و نحوه مما لا يعد التقاطا

فترتب عليه أحكام الملك، بظاهر الدار؛ و لا يلتفت إلى الاحتمال المذكور، بل قد يمنع إلحاق المعتصم بالمسلم فى الالتفات إلى الاحتمال المزبور، لعدم انجبار الإطلاق بالفتوى، بل ظاهر الفتوى القطع بوجود المسلم الممكن التولد منه» فلا يجزى الظن بوجوده؛ فضلا عن الاحتمال لأصالة عدمه

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب اللقطه الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب اللقطه الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب اللقطه الحديث- ٣.





السالمه هنا عن المعارض، بخلاف أصاله عدم التولد منه.

و على كل حال فقد ظهر أنه لا يملك اللقيط من دار الإسلام بلا خلاف، فتوى و نضا، إلا إذا علم انتفاؤه عن المسلم و من فى حكمه بالنسبه إلى ذلك فلو بلغ و أقر جامعا لشرائط صحه الإقرار بالرق، أو ببعض عله أو نحو ذلك مما يقتضيه قيل و القائل ابن إدريس ناسبه له إلى محصلى الأصحاب لا يقبل لان الشارع حكم عليه بالحرية، و قيل و القائل غيره، بل قيل إنه إجماع يقبل و هو أشبه بعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم، و بما سمعه ابن سنان

(١) عن الصادق عليه السلام «إن عليا عليه السلام كان يقول الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه - بالعبودية و هو مدرك؛ من عبد أو أمه، و من شهد عليه بالرق صغيرا كان أو كبيرا»

و

سأله الفضل (٢) «عن رجل أقر أنه عبد قال: يؤخذ بما أقر به»

و لا ينافيه الحكم الشرعى ظاهرا بالحرية كما فى غيره مما يعترف الخصم به.

و دعوى ظهور نصوص اللقيط فى التحرير شرعا لا الحكم بها؛ ظاهر ينفىها اتفاق الأصحاب على خلافها ظاهرا، بل يمكن دعوى انسياق ذلك منها؛ مع قطع النظر عنها، خصوصا بعد معلوميه خروج المعلوم انتسابه إلى أهل الحرب منها، ثم إنه قد يظهر من إطلاق المتن و غيره فى باب اللقطه عدم اعتبار الرشد فى صحه الإقرار المزبور لانه ليس إقرارا بالمال؛ و إن ترتب عليه، كما يسمع إقراره بما يوجب القصاص؛ و إن أمكن رجوعه إلى المال بوجه و أشكل بما لو كان فى يده مال، فإن إقراره على نفسه بالرقية يقتضى كون المال له، إلا- أن يقال بثبوتها تبعا لثبوت الرقيه، لا أنها إقرار بالمال؛ و فيه بحث، و من هنا مال بعضهم إلى اشتراطه، بل جزم به شيخنا فى شرحه بذلك، لما عرفت، و لانه نفسه مال، فلا يقبل إقراره، و فيه أنه لا دليل معتبر صالح لتقييد أدله جواز الإقرار التى يجب الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقن الذى هو غير مفروض البحث قطعا، كما هو واضح بأدنى تأمل، و تفسير المدرك

١- ١ الوسائل الباب - ٢٩- من أبواب العتق الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٢٩- من أبواب العتق الحديث ٢.

بالرشيد في الخبر المزبور لا- شاهد له بل ظاهره إرادته كونه بالغاً عاقلاً، هذا و تسمع تمام البحث في أطراف المقام إنشاء الله تعالى.

و يصح أن يملك الرجل كل أحد لعموم الأدله أو إطلاقها عد أحد عشر فلا يستقر ملك الرجل عليهم، بل ينعنون عليه قهراً و هم الإباء و الأمهات و الأجداد و الجدات لهما أو لأحدهما و إن علو أو الأولاد و أولادهم ذكورا و أناتا و خناثا و إن سفلوا و الأختوات و العمات و الخالات و إن علتا، لا عمه العمه و لا خاله الخاله و لا عمه الخاله و لا خاله العمه إذا لم تكن عمه و خاله و بنات الأخ و بنات الأخت بلا خلاف أجده فيه نصاً و فتوى، إذ اقتصر البعض على ذكر البعض ليس خلافاً في 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 في المتن عدم استقرار الملك؛ فيدخل في الملك أنا ما بعد الشراء مثلاً؛ ثم ينعنق و لعله للجمع بين قاعده «لا- عتق إلا- في ملك» و قاعده «ترتب الملك على أسبابه» و بين ما دل على الانعتاق هنا قهراً، مضافاً إلى ظهور بعض نصوص المقام في حصول الملك بالشراء ثم العتق، كقوله «إذا ملك الرجل و لديه أو أخته أو عمته عتقوا» و قوله «إذا ملكهن عتقهن» و نحو ذلك، فالجمع بين ذلك و بين التبعض الآخر الدال على عدم الملك بإرادته المستقر من الثاني و غيره من الأول هذا.

و قد يقال أن ظاهر جملة من النصوص ترتب العتق على نفس الشراء مثلاً، فيمكن أن يكون تقدم الملك على العتق تقدماً ذاتياً لا زمانياً، و مثله كاف في مثل «لا عتق إلا في ملك» ضروره أنه على تقدير إرادته الزمان يستلزم تخلف المعلول عن العله، و هو ممتنع عقلاً من غير فرق بين قصر الزمان و طوله، فالشراء مثلاً سبب لحصول الملك و العتق معاً، إلا أنه لما كان الأول سبباً في الثاني كان متقدماً عليه في الذات لا الزمان كتقدم الشراء على الملك و غيره من العلل و المعلولات، و حينئذ فيمكن الجمع بين-

النصوص بذلك، بل هو أقرب من الأول إلى الضوابط، فتأمل جيدا، والله اعلم هذا.

و ستمتع الحكم فى الصبى و الصبيه و الخنثى المشكل.

و على كل حال ف هل يملك الرجل هؤلاء من الرضاع قيل: و القائل القديمان و المفيد و الديلمى و ابن إدريس، بل نسبه الأخير إلى المحصلين من الأصحاب نعم؛ و قيل و القائل الشيخ و ابنا البراج و حمزه و غيرهم لا؛ و هو الأشهر بل المشهور بين المتأخرين، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه؛ ل

قول الصادق عليه السلام فى صحيح أبى بصير و أبى العباس و عبيد(١)الذى رواه الصدوق بأسانيد متعددة، «و لا يملك (أى الرجل) أمه من الرضاع و لا- ابنته و لا- عمته و لا خالته، فإنهن إذا ملكن عتقن، و قال: ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع مثل ذلك، و قال:

يملك الذكور ما خلا والدا و ولدا، و لا يملك من النساء ذات رحم محرم، قلت: يجرى فى الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم يجرى فى الرضاع مثل ذلك»

و نحوه

خبر أبى بصير الآخر(٢)و زاد «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

و

صحيح الحلبي و ابن سنان (٣)«فى امرأه أرضعت ابن جاريتها؟ فقال:» تعتقه»

عن المقنع أنه رواه مرسلا، و

فى صحيح عبيد(٤)«و لا يملك أمه من الرضاعه»

و

سأله ابن سنان (٥)أيضا «عن امرأه ترضع غلاما لها من مملوكه حتى تطفمه؛ يحل لها بيعه؟ قال: لا، حرم عليها ثمنه، ثم قال: أ ليس قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، قد صار ابنها، فذهبت أكتبه فقال أبو عبد الله عليه السلام:

ليس مثل هذا يكتب»

و نحوه

- ١-١ الوسائل الباب-٤- من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.
- ٢-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب بيع الحيوان الحديث-٢.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٤- من أبواب بيع الحيوان الحديث-٣.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٧- من أبواب العتق الحديث ٧.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٨- من أبواب العتق الحديث ٣.
- ٦-٦ الوسائل الباب-١٧- من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث-١.

و

عن المقنع (١) أنه «روى فى مملوكه أرضعتها مولاتها بلبنها أنه لا يحل بيعها»،

و

خبر على بن جعفر المروى عن كتابه (٢) «سأل أخاه عن امرأه أرضعت مملوكها ما حاله؟

قال: إذا أرضعته عتق».

و

صحيح عبد الرحمن (٣) عن الصادق عليه السلام أيضا قال «سألته عن المرأة ترضع عبدها، أ تتخذة عبدا. قال: تعتقه و هى كارهه»

قيل و

رواه الشيخ بسند آخر مثله، إلا أن فيه «و يعتقونه و هم له كارهون»

و الظاهر إرادته الانعتاق قهرا، و منه يعلم المراد من صحيح الحلبي و ابن سنان السابق، كما أن الظاهر عدم إرادته الاقتصار على الام من صحيح عبيد؛ للإجماع المركب على خلافه، و لظهور النصوص فى أن العله علقه الرضاع،

فهذه النصوص مع صحه السند و كثره العدد و شهره العمل و المخالفه للعامة لا محيص عن العمل و قطع الأصول بها، بل ربما ظهر من بعضهم تأييدها بدعوى اندراج ذى العلقه الرضاعيه فى اسم الأسماء فتزداد حينئذ النصوص الداله على المطلوب.

لكن لا يخفى ما فيه إلا أنافى غنيه 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»

و

صحيح الحلبي (٥) عنه أيضا، فى بيع الام من الرضاع؟ قال:

لا بأس بذلك إذا احتاج».

و

خبر أبى عيينه (٦) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: غلام بينى و بينه رضاع يحل لى بيعه، قال إنما هو مملوك، إن شئت بعتة، و إن

شئت أمسكته، و لكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حران»

مع أن الأخير منهما ظاهر في الأخ، وقد عرفت صحه ملكه

- 
- ١-١ الوسائل الباب-١٧- من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث-٢.
  - ٢-٢ الوسائل الباب-١٧- من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث-٤.
  - ٣-٣ الوسائل الباب-٨- من أبواب العتق الحديث ٢.
  - ٤-٤ التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥ الحديث ١١٨ الطبع الحديث.
  - ٥-٥ التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥ الحديث ١١٩ الطبع الحديث.
  - ٦-٦ الوسائل الباب-٤- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٤.

فى النسب فضلا عن الرضاع، بل الاستدراك فيه ظاهر فى إرادته الأبوين من الرضاع فهو شاهد على المطلوب حينئذ.

و يمكن إرادته بيع الام من الرضاع لأبى الغلام من الثانى الذى قيد البيع فيه بالاحتياج؛ و المعروف بين المخالف عدمه؛ أو يحمل الرضاع فيه على غير المحرم أو نحو ذلك كالأول المشتمل على ما يخالف الإجماع و باقى النصوص من عدم حريه الأخ، بل ربما احتمال كون (أو) فيه بمعنى الواو، إلا- أنه لا- يخفى عليك بعده، لكن لا بأس به جمعا بعد ظهور المرجوحه فى السند و العدد و العمل، و إن كان الاولى الحمل على التقيه فيما عليه اتفاق العامه كما قيل، و ربما كان فى صحيح ابن سنان (١) السابق إشاره إليه إن لم يحمل الإنكار فيه على إرادته الظهور و الوضوح و الله اعلم و كيف كان فلا- خلاف فى ملكك الرجل غير من عرفت من الذكور، و قد سمعت

قول الصادق عليه السلام فى الصحيح الأول (٢) و فيه أيضا، «و يملك ابن أخيه و عمه و خاله»

ك

قوله فى صحيح عبيد (٣) بعد ذكر العمودين و الإناث المحارم، «و يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوى قرابته من الرجال»

و

سأل عبد الرحمن (٤) أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يتخذ أباه و أمه و أخاه و أخته

عبيدا؟ فقال: أما الأخت فقد عتقت حين يملكها و أما الأخ فيسترقه؛ و أما الأبوان فقد عتقا حين يملكها،»

و

قال أيضا فى خبر كليب الأسدى (٥): «إذا ملك الأبوين، فقد عتقا، و قد يملك إخوته فيكونون ممالكك و لا يعتقون».

لكن

فى خبر عبيد (٦) «لا يملك الرجل أخاه من النسب و يملك ابن أخيه»

و فى موثق سماعه (٧) «عن الصادق عليه السلام فى رجل يملك ذا رحمه؛ هل يصلح له أن

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب العتق الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب العتق الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من أبواب العتق الحديث ٤.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٧- من أبواب العتق الحديث ٥.

- ٥-٥ الوسائل الباب-٧- من أبواب العتق الحديث ٨.
- ٦-٦ الوسائل الباب-٧- من أبواب العتق الحديث ٦.
- ٧-٧ الوسائل الباب-٤- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٦.



بيعه أو يستعبده قال: لا يصلح بيعه ولا يتخذه عبداً، وهو مولاه وأخوه في الدين، وأيهما مات ورث صاحبه إلا أن يكون له وارث أقرب منه»

و

سأله أيضاً في موثقه الآخر (١) عن ذلك «فقال: لا يصلح له أن يبيعه وهو مولاه وأخوه في

الدين، فإذا مات ورثه دون ولده؛ وليس له أن يبيعه ولا يستعبده»

و حملها على الكراهه متجه، ولذا قال: المصنف:

ويكره أن يملك ما عدا هؤلاء من ذوى قرابته، كالأخ والعم والخال وأولادهم وإن كان في استفادته تمام ذلك من النصوص السابقة إشكال، إذ حاصله كراهه ما يملكه مختاراً، وكراهه الإبقاء على الملك في القهرى ولكن أمر الكراهه سهل، ويكفى فيها الفتوى مع

قوله «لا يملك الرجل أخاه»

و عدم القول بالفصل والظاهر حمل الفرق فيه بين الأخ ولده على الشده والضعف، كل ذلك مع المنافاه لصله الأرحام والإخلال بالاحترام فلا ينبغي البيع ولا غيره من النوافل ولا الاستبعاد؛ بل قيل أنه لا ينبغي ذلك في المحترم شرعاً لفضيله علم أو صلاح أو شيخوخه أو علقه بنسب شريف كالهاشمى على اختلاف مراتبها، وكذا من كان له حق لصدائه أو إحسان أو تأديب أو تعليم ونحو ذلك.

و كيف كان ف تملك المرأة كل أحد عدا الإباء وإن علوا والأولاد وإن نزلوا نسباً بلا- خالف أجده فيه نصاً و فتوى في المستثنى، وقد

سأل أبو حمزه الثمالى (٢) الصادق عليه السلام «عن المرأة ما تملك من قرابتها، قال: كل أحد إلا خمسه، أباه وأمه وأبنتها وزوجها»

و أما المستثنى منه، فلأصل والعمومات السالمة عن المعارض فلكن في المقنعه لا يصح استرقاق المرأة أبويها ولا أولادها، ولا أخاه ولا عمها ولا خالها من جهة النسب و تملكهم من جهة الرضاع، و لتتمام البحث معه محل آخر.

١-١ الوسائل - الباب ١٣ من أبواب العتق الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل الباب ٩ من أبواب العتق الحديث - ١.

و فى العمودين و الأولاد لها من الرضاع تردد يظهر وجهه مما عرفت و المنع أشبه و أشهر لما تقدم من أنه يحرم منه ما يحرم بالنسب، و قرابه الشبهه فى المرأه و الرجل بحكم الصحيح، بخلاف قرابه الزنا على إشكال، أقواه عند الشهيدين ذلك، لان الحكم الشرعى يتبع الشرع لا اللغه؛ و فيه ما لا يخفى، بعد عدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فيه، و عدم قرينه على المراد الشرعى، اللهم إلا أن يقال: باستفاده عدم النسب شرعا بالزنا من غير المقام، كقول أمير المؤمنين عليه السلام فى خطبه (١) فى النهج التى تعرض فيها لانتفاء زياد عن أبى سفيان، بل لعل

قول النبى صلى الله عليه و آله (٢) «الولد للفراش و للعاهر الحجر»

دال عليه، بناء، على كون المراد من الأول أنه لا ولد شرعا إلا للفراش، لا أنه خاص فى التعارض بينه و بين الزنا؛ بل قد يستفاد ذلك من مقامات كثيره، بل كأنه من المعلوم

فى مقامات متفرقه، و حينئذ فثبوت أحكام النسب فيه كحرمه نكاح البنت منه مثلا للدليل الخاص و لو الإجماع إن لم تكن الضروره هذا.

و فى الروضه قد يفهم من إطلاق المصنف كغيره الرجل و المرأه، أن الصبى و الصبيه لا- يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا. و الاخبار مطلقه فى الرجل و المرأه كذلك، و يعضده أصله البراءه، و فيه أن ظاهر النصوص و الفتاوى كون ذلك من خطاب الوضع الذى لا يخص المكلف، و قد سمعت ما فى صحيح أبى بصير (٣) السابق من ظهور كون السبب الملك خصوصا بعد ملاحظه التعليل فى بعض النسخ بل فى نصوص أم الولد (٤) و انتاعها من نصيب ولدها، إيماء إلى ذلك أيضا؛ فلا ريب فى أن الأقوى عدم الفرق، بل فى شرح الأستاذ الإجماع على ذلك، أما الخشى

١- ١ النهج الجزء الثالث طبعه مصر ص ٧٦ الكتب ٤٤ من كتاب له عليه السلام الى زياد.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨- من أبواب ميراث ولد الملائعنه و ما أشبهه الحديث - ١.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٤- من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب - ٦- من أبواب الاستيلاء.

المشكل ففي إلحاقها إذا كانت مالكة بالرجل أو المرأة نظر، من الشك في الذكوريه التي هي سبب عتق غير العمودين و الأولاد، فيوجب الشك في عتقهم، و التمسك بأصالة بقاء الملك، و من إمكانها؛ فينعتقون لبنائه على التغليب، و كذا الإشكال لو كان مملوكا، و لعل الأقوى إلحاقها بالأنثى في الأول، و الذكر في الثاني، تمسكا بالأصل فيهما، و توقف في الدروس في الثاني منهما، و استقرب في الأول ما ذكرنا ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا بين

الملك القهري و الاختياري و لا بين الكل و البعض؛ فيقوم عليه باقيه ان كان مختارا. و الله أعلم.

و إذا ملك أحد الزوجين صاحبه بشراء أو اتها ب أو نحوهما استقر الملك كما هو مقتضى العمومات و لم تستقر الزوجيه المنافيه للملك فلا تجمع معه بل تبطل إجماعا بقسميه، لظهور التفصيل في قطع الشركه بين الأسباب المسوغه للوطء، بل قيل إنه إجماع فضلا عن ظهور الكتاب و السنه؛ و لعله لاختلاف اللوازم و التوابع لكل من الأسباب، لكن قضيه الاستصحاب بطلان اللاحق و بقاء السابق، و هو كذلك فيما عدا لحوق النكاح للتحليلي فإن الظاهر بطلانه به، لقوته عليه نحو ما نحن فيه من بطلان النكاح بالملك لمثل ذلك؛ و لا يترجح بقاء الزوجيه على ما يقتضى الملك من العمومات و غيرها.

قال أبو جعفر عليه السلام في صحيح محمد بن قيس (١) «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في سريه رجل ولدت لسيدها ثم اعتزل عنها فأنكحها عبده ثم توفي سيدها و أعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه، ثم توفي ولدها فورثت زوجها من ولدها فجاءا مختلفين، يقول الرجل لا أطلقها، و تقول المرأة عبدى لا يجامعنى، فقالت المرأة يا أمير المؤمنين إن سيدى شرانى، فأولدى ولد اثم اعتزلنى، فأنكحنى من عبده هذا، فلما حضرت سيدى الوفاه فأعتقنى عند موته، و أما زوجى هذا فإنه صار مملوكا

لولدى الذى ولدته من سيدى، و إن ولدى مات فورثته، فهل يصلح له أن يطأنى؟

فقال لها: هل جامعك منذ صار عبدك و أنت طائعه؟ قالت: لا يا أمير المؤمنين، قال:

لو كنت فعلت لرجمتك اذهبي، فإنه عبدك ليس له عليك سبيل، إن شئت أن تبيعه و إن شئت أن تعتقيه».

و

سمع عبد الله بن سنان (١) أبا عبد الله فى الصحيح «يقول فى رجل زوج أم- ولد له مملوكا ثم مات الرجل فورثه ابنه، فصار له نصيب من زوج أمه، ثم مات الولد أترثه أمه فقال: نعم، قال: فإذا أورثته كيف تصنع و هو زوجها؟ قال: تفارقه و ليس له عليها سبيل و هو عبد»

و قال أيضا

فى موثق إسحاق بن عمار (٢) «فى امرأه لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته؟ قال: ليس بينهما نكاح».

و

سأله أيضا سعيد بن يسار (٣) «عن امرأه تكون تحت المملوك فتشتريه، هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم لانه عبد مملوك لا يقدر على شىء»

و هذه النصوص و.

ان كانت خاصه فى إحدى الصورتين إلا أنى لم أجد قائلا بالفصل بينهما.

مضافا إلى ما عرفت و علل مع ذلك؛ بأن بقاء الزوجيه يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصى، و فيه أن علل الشرع معرفات، و بأن اختلاف الأسباب يقتضى اختلاف المسببات، و فيه بعد تسليم عدم الاختلاف هنا، منع اعتبار ذلك فيها بعد كونها معرفات، و لو فرض أن لكل منها لازما يناقض الآخر، فأقصاه التعارض بين اللوازم بعد الاتفاق على الحل، فيرجع فيه إلى الترجيح إن كان؛ و إلا فالتخير، أو غير ذلك مما يقتضيه الضوابط.

هذا بعد فرض ذلك، و إلا- فالمقام لا تناقض بين أحكامه غالبا، فإن عدم القسم للمملوكه مثلا من حيث الملك، لا من حيث الزوجيه و هكذا؛ فالأولى الاستدلال بما عرفت، و الظاهر عدم الفرق فى الحكم المزبور بين ملك الكل و البعض،

١- ١ الوسائل الباب- ٤٩- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٩- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل الباب - ٤٩- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

إذ البضع لا يتبع، و قد عرفت انقطاع الشركه بالتفصيل؛ كما أنك سمعت ما يستفاد منه حكم ملك البعض من النصوص، بل قيل إنه إجماع.

و كذا لا فرق بين الدائم و المنقطع و التحليل، لاتحاد المدرك، و لو ملك فزال الملك لفسخ بخيار و نحوه، لم يعد النكاح، و الحكم فى المعاطه و زمن الخيار و قبل القبض يتبع الملك و عدمه، و لا فسخ فى الفضولى قبل الإجازة على القول بالنقل، و لا يمنع عن الوطاء، و على الكشف ففى شرح الأستاذ يمنع عنه إن كانت الزوجه هى المشترية و يتوقف العلم بحصول الفسخ من حين العقد عليها.

و فيه أن أصله عدم حصول الإجازة تكفى فى ذلك، اللهم إلا أن يفرق بين الوطاء و غيره، و الموقوف عليه خاصا مالك دون العام، فلا يفسخ به النكاح على الأقوى، كما صرح به شيخنا فى شرحه، قال: و كذا الحال فى المشترى من مال الزكاه و نحوها مما يملكه الفقراء أو مما يدخل فى ملك المسلمين؛ مع دخول الآخر فى المالكين و هو جيد؛ و لو أريد العقد على الجارية المفروض كونها من ذلك ابتداء تولاه الحاكم القائم مقام المسلمين، فتأمل جيدا. و الله اعلم.

و لو أسلم العبد الكافر و هو فى ملك مثله فى الكفر أجبر المولى على بيعه من مسلم و لمولاه ثمنه كما تقدم سابقا لعدم السبيل، و

قال الصادق عليه السلام فى المرفوع إلى حماد ابن عيسى (١) «أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد لذمى قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين، و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه؛ و لا تقروه عنده»

و هو ظاهر فى بيع غيره له، و إن لم يتعذر جبره على البيع و لا بأس به و لتحقيق البحث فى ذلك كله و فروعه مقام آخر، و منها أن بحكم إسلامه إسلام أحد أبويه صغيرا أو أحد أجداده بناء على ثبوت حكم الإسلام له، فيتنتفى سبيل الكافر عليه، و الله أعلم.

و يحكم برق من أقر على نفسه بالعبودية إذا كان مكلفا رشيدا غير مشهور بالحريه و لا- معلوم الانتساب و لو شرعا إلى ما يستلزمها، بلا خلاف أجده، لعموم

و ل

صحيح عبد الله بن سلام (٢) قال: «سمعت أبا عبد الله يقول:

كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية و هو مدرك من عبد أو أمه»

و

في خبر زكريا بن آدم (٣) «إني سألت الرضا عليه السلام عن سبي الديلم؟ و يسرق بعضهم من بعض، و يغير المسلمين عليهم بلا إمام، أ يحل شراؤهم؟

قال: إذا أقر بالعبودية فلا بأس بشراؤهم»

إلى غير ذلك.

و خلاف ابن إدريس في اللقيط خاصه للنصوص السابقه؛ و أصاله الحريه لا تعارض الإقرار الذى هو بمنزله البيئه بالنسبه إلى ذلك، بل قد يظهر من المصنف و غيره عدم اعتبار الرشد

في ذلك، و فيه البحث السابق، و دعوى توقف صحه الإقرار على الحريه حتى لا يكون إقرارا فى حق الغير واضحه الفساد بالنسبه إلى الإقرار على النفس. نعم إنما يمضى الإقرار فى حق المقر، فإقرار المرأه تحت الزوج لا يسمع فى حقه، و كذا إقرار من عقد عقدا لازما أو عمل متبرعا أو أباح شيئا فتلف إلى غير ذلك مما يمضى على تقدير الحريه، إلا إذا كان الغير مصدقا و لو استلزم رفع حد أو تخفيفه أو رفع وجوب نفقه أو نحوها فيما له، لا فيما عليه إلا فى خصوص الحد و شبهه، للشبهه.

و كيف كان ف لا- يلتفت إلى رجوعه عن الإقرار السابق الذى لم يذكر له تأويلا- محتملا و إن أقام بينه على ما رجع إليه من دعوى الحريه، لأنه كذبها بإقراره السابق فلم يثبت حجيتها فى هذا الحال، أما لو ذكر تأويلا محتملا كان يقول كنت أرى أن رقيه أحد الوالدين تقتضى برقيه الولد، أو لم أعلم بانعتاق أحد أبوى حال الانعقاد، أو نحو ذلك، أمكن قبول البيئه، كما صرح به جماعه فى المقام و غيره، لعموم دليل حجيتها، و ارتفاع معارضة الإقرار لها بذكر الاحتمال المزبور الذى به

١- ١ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب الإقرار الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٩- من أبواب العتق الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ٢.

ترجح قبولها عليه كما أنه أرجح منها إذا لم يذكر، و مجرد الاحتمال إن لم يذكر غير مجد على الظاهر مع احتمال، كاحتمال عدم قبول البينه كما هو مقتضى إطلاق المصنف وغيره، و ان ذكر الاحتمال المزبور، لانه مجرد دعوى لا- يرتفع بها ظهور تكذيب البينه المسقط لها عن القبول، و المسألة محتاجه إلى التأمل التام، و ربما يأتي لها مزيد تحقيق إنشاء الله تعالى.

و لو كان إقراره لمعين فأنكره وجب عليه إيصال نفسه إليه، بإدخاله في ماله سرا و بنحو الهديه و غير ذلك، لان الإقرار حجه، و افقه المقر له أولاً على أصح القولين و الوجهين؛ عملاً بعموم ما دل على صحه الشامل للصورتين و دعوى اعتبار الموافقه في مفهومه أو في حجيته واصله المنع و لو علم الحاكم بالحال، ففي شرح الأستاذ «أخذه قهراً مع تجويز صدقهما و أجرى عليه حكم مجهول المالك، كما كان الإقرار بمبهم، و امتنع عن التصريح» و لعله لما عرفت من حجه الإقرار؛ فهو به حينئذ صار مالا، و قد امتنع عن المقر له شرعاً بإنكاره، فيبقى بلا مالك ظاهراً فيجرب عليه حكم مجهول المالك، و مثله المال المقر به لشخص فأنكره، و فيه مناقشه بعد علم المقر بالمالك و كان تكليفه الدس و نحوه، اللهم إلا أن يدعى أن للحاكم إجراء الحكم ظاهراً و إن كان للمقر إمضاء ما هو مكلف فيه، و قد ذكر المصنف في باب الإقرار في نحو ذلك أن للحاكم الانتزاع من يد المقر، و له الإبقاء فلاحظ و تأمل.

و لو رجع المقر له إلى التصديق قوى قبوله إن لم يسنده إلى مالك آخر، لعدم المعارض، و إنكاره السابق غير صالح لمعارضه ما دل على قبول دعوى المسلم التي لا- معارض لها، مع احتمال العدم، لأن إنكاره يؤل إلى إقرار في حقه فلا يسمع؛ و فرق واضح بين المقام؛ و بين إنكار كون المال الذي في يده مثلاً لزيد، ثم الإقرار به الذي لا إشكال في سماع الإقرار به حينئذ فتأمل.

و لو رجع المقر بعد إنكار المقر له إلى دعوى الحرية أمكن قبولها أيضاً، كما صرح به بعضهم لعدم المعارض، و الإقرار السابق إنما يفيد التزامه به بالنسبه إلى المقر له



و مثله لو أقر بالرقية لغير معين ثم ادعى الحرية، مع احتمال طلب الحاكم اليمين منه، بل قد يحتمل عدم قبوله مطلقاً، لانه قد صار ما لا ينبغي للحاكم إيصاله إلى صاحبه و لو بالصدقه، لكن ضعفه واضح.

و كذا البحث في المال المقر به لشخص معين فأنكره؛ ثم ادعاه المقر أو أقر به لشخص ما، ثم ادعاه، و لعل وجه قبول دعواه فيه أن إقراره إنما هو رفع حكم يده الظاهره في الملك عنه، فيبقى هو حينئذ كغيره مما إذا ادعى حكم بكونه له؛ لعدم المعارض، لا أن الإقرار أخرجه عن صلاحية الدخول و لو بالدعوى المستأنفه، و إن كان هو كما ترى، مع عدم احتمال تجدد الملك؛ و قد أشبعنا الكلام في المسأله في كتاب الإقرار فلاحظ.

و لو رجع المقر له إلى التصديق بعد رجوع المقر إلى الدعوى الحرية أو إلى دعوى المملوكيه لشخص آخر قد صدقه لم يؤثر رجوعه، كما لم يؤثر رجوع المقر بعد رجوع المقر له إلى التصديق للإقرار المفروض استمراره إليه، و لو اقترن رجوع كل منهما، أمكن اعتبار رجوع المقر دون المقر له فتأمل جيداً، و لو فرض تعدد الإقرار بالرقية لشخصين أمكن العمل بكل منهما لكن لا على وجه الفرديه؛ بل على معنى أنه إذا اتفق تحريره ممن هو له في الظاهر استرقه الآخر؛ علماً بإقراره كما أوضحنا نظير ذلك في كتاب الإقرار فلاحظ و تأمل.

و كيف كان يقبل إقراره بالرقية و و لو كان المقر له كافراً لأنه إخبار عن ملك لا تملك مبتدأ، فيخبر حينئذ على بينه لو كان مسلماً كما هو واضح و كذا في الحكم بالرقية لو اشترى عبداً مثلاً صغيراً أو ساكتاً حين الشراء و التعريض للبيع فادعى الحرية بعد ذلك لأصالة صحه فعل المسلم لكن هذا يقبل دعواه مع البينه لعدم تكذيبه إياها بالسابق، بل لا يقبل دعواه بدونها إذا كان معرضاً في الأسواق مشهوراً في الرقيه أولاً صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو عاقلاً ساكتاً أو مقراً حملاً للتعريض الذي هو فعل مسلم على الصحه، فلا تقبل دعوى الحرية منه و لو كان قبل

الشراء، و عليه يحمل

خبر حمزه بن حمران (١) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أدخل السوق فأريد أن اشتري الجارية فتقول: إني حرة؟ فقال: اشتريها، إلا أن يكون لها بينه»

أو على الجارية المعلوم سبق مملوكيتها إلا تدعى حصول التحرير لها بعد ذلك.

و بالجملة متى كان للمسلم على آخر يد و تصرف ملك أخذ به حتى تقوم البينة على خلافه،

و أصاله الحريه لا تعارض يد المسلم و تصرفه؛ لكن فى التذكرة «العبد الذى يوجد فى الأسواق يباع و يشتري يجوز شراؤه و إن ادعى الحريه لم يقبل منه ذلك إلا بالبينه، و كذا الجارية، إلى أن قال، أما لو وجد فى يده و ادعى رقيته و لم يشاهد شراؤه له و لا يبعه إياه، فان صدقه حكم عليه بمقتضى إقراره؛ و إن كذبه لم تقبل دعواه الرقيه إلا بالبينه، عملاً بأصالة الحريه، و إن سكت من غير تصديق و لا تكذيب، فالوجه أن حكمه حكم التكذيب إذ قد يكون لأمر غير الرضا، و إن كان صغيراً إشكال؛ أقر به الحريه فيه».

و هو كما ترى يقتضى عدم جواز شراء الأطفال من ذوى الأيدي عليهم الذى من المعلوم ضروره خلافه، بل صرح غير واحد أنه لا- تقبل دعوى الكبير الحريه مع شهره الرقيه إلا- بالبينه، و طن لم تجر عليه أحكام الرقيه من قبل و لا حصل عليه يد ظاهر فى الملك بل فى شرح الأستاذ «سواء بلغت الشهره حد الشيع و عدمه على أصح الوجهين» و إن كان لا يخلوا الأخير من البحث. نعم قد يقال: إن مدعى رقيه الصغير لا تسقط دعوى الصغير الحريه بعد البلوغ، بل الظاهر كون القول قوله؛ حتى يقيم المدعى البينه و إن كان قد أثبت يده و تصرف فيه بتلك الدعوى على معنى أنه قد علم استنادهما إلى المدعى المزبوره، إلا- أن الاتصاف عدم خلو ذلك عن الإشكال أيضاً و الله العالم.

### [النظر الثانى فى أحكام الابتاع]

و أما الثانى و هو النظر فى أحكام الابتاع فقد تقدم فى المباحث السابقه جمله منها، كالبحث فيما إذا حدث فى الحيوان

عيب بعد العقد وقبل القبض وقد قلنا هناك أنه إذا كان ذلك ف المشتري بالخيار بين رده وإمساكه، وفي الأرش تردد عند المصنف تقدم وجهه، والترجيح فيه وكذا تقدم البحث فيما لو قبضه ثم تلف أو أحدث فيه حدث في الثلاثه وقد قلنا هناك أنه إذا كان ذلك فهو من مال البائع ما لم يحدث فيه المشتري حدثا وكذا تقدم البحث فيما و حدث فيه عيب من غير وجهه المشتري وأنه لم يكن ذلك العيب مانعا من الرد بأصل الخيار، وهل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد عند المصنف، كالتردد فيما تقدم ولكن قال هنا الظاهر لا و (١١) أما لو حدث العيب بعد الثلاثه، منع الرد بالعيب السابق (١٢) كما عرفت الكلام فيه مفصلا فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و إذا باع الحامل (١٣) من الإنسان أو الحيوان و لم يكن عرف بالتبعيه فالولد للبائع (١٤) و إن لم يشترطه على الأظهر (١٥) الأشهر بل المشهور، بل ربما ادعى عدم الخلاف فيه؛ بل في السرائر الإجماع عليه، للأصل بعد عدم دخول الحمل في متعلق البيع، إذ دعوى الجزئية الحقيقية التي هي بعض المبيع واضحة المنع، سيما بعد ثبوت الأحكام الشرعية له مستقلا، كالتحرير و التدبير و الوصيه و العتق و الإرث و غيرها و

خبر السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «في رجل أعتق أمه و هي حبلى، فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمه حره و ما في بطنها حر، لأن ما في بطنها منها»

مع ضعف سنده و إعراض المشهور عنه في ذلك الباب أيضا معارض بغيره

كالموثق (٢) «سألت أبا الحسن الأول عليه السلام؛ عن امرأة دبرت جاريه لها، فولدت الجاريه، جاريه نفيسه فلم ترد المرأة حال المولوده هي مدبره أم غير مدبره؛ فقال متى كان الحمل بالمدبره؟ أقبل ما دبرت، أم بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدري، و لكن أجبنى فيهما جيمعا، فقال: إن كانت المرأة دبرت و بها حبل و لم تذكر ما في بطنها، فالجاريه مدبره و الولد رق، و إن كان طنما حدث الحمل بعد التدبير، فالولد مدبر في تدبير أمه»

و

رواه الصدوق مرسلا (٣) و زاد «لان الحمل إنما حدث بعد التدبير»

١- ١ الوسائل- الباب- ٦٩- من أبواب العتق الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب التدبير الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب التدبير الحديث- ٢.

و لو حدث الحمل عند المشتري كان له بلا خلاف أجده هنا، لانه نماء ملكه، بل لو شك في زمان حدوثه كان له أيضا، و قال بعض مشايخنا: إلا أن يعلم تاريخ الحمل و يجهل تاريخ العقد ففيه إشكال، قلت: منشأ أصله تأخر المجهول عن المعلوم، و فيها بحث ذكرناه في محله و

حينئذ يكون كمجهولي التاريخ الذي ينفي الاقتران فيه الأصل، و الظاهر كونه هنا للمشتري؛ لكونه نماء ملكه في الظاهر، فلا يخرج عنه إلا بالعلم بسبقه على ملك المشتري فتأمل جيدا.

فإنه قد يمنع الظهور المزبور، بعد عدم الدليل عليه، لا من أصل و لا قاعده، فيتجه حينئذ الرجوع إلى القرعه أو القسمة بينهما مع فرض دعوى كل منهما، اللهم إلا أن يكون دليله ما تسمعه أنشأ الله تعالى فيما يأتي من الحكم بالملكه لما يوجد في الصندوق مثلا إذا لم يكن عليه يد غيره. و لما يوجد في داره و نحو ذلك، و إن لم يكن صاحب الدار و الصندوق عالما أنه له، فإنه يمكن أن يقال هنا بعد أن صار ذو النماء ملكا له؛ يملكه لما يوجد من النماء تبعا لأصله؛ ما لم يعلم سبقه، و لو حدث بين العقد و الإجازة، كان للناقل على النقل: لعدم حصول الملك قبلها؛ و نحوه غيره مما حصل قبل تمام شروط الملك، أما على الكشف فهو للآخر، كما هو واضح، و لو حدث بعد العقد، ثم فسخ المشتري ببعض أسباب الخيار كان له كغيره من النماء، و المرجع في تحقق الحمل العرف؛ و في شرح الأستاذ «أنه يتحقق بالتكون علقه فما بعدها، و في انعقاد النطفه بحث».

و كيف كان فهو للبائع مع الشرط، أو الإطلاق إلا أن يشترطه المشتري فإنه يكون له بلا خلاف، للأصل و العمومات، بل قد ظهر لك ضعف الخلاف في الأولين، و إن حكى عن المبسوط و القاضى فى المهذب و الجواهر؛ فقالا- إنه للمشتري مع الإطلاق للجزئيه، بل مقتضاه عدم جواز استثناء البائع له بناء على عدم جواز استثناءه؛ كما تسمعه فى الجلد و الرأس.

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

الحمل، لانه كعضو من أعضاء الحامل؛ ثم قال: و بينا 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 و ضمنه كتابه جواهر الفقه، و إنما قلنا ذلك، لان إجماع أصحابنا بغير خلاف بينهم منعقد على أنه بمجرد العقد يكون الحمل للبائع، 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» و هو إن كان جيدا موافقا للمختار، إلا أنه لا يخلو بعض ما ذكره من منع.

و على كل حال فالتحقيق ما عرفت من عدم دخوله في ملك المشتري حتى يشترطه فيثبت له معه حينئذ؛ بل قيل على حسب شرطه وحده، و تعددا، ذكوره و ضدها، كما أنه قيل أيضا في جواز اشتراطه مع جهلهما أو جهل إحداهما بوجوده؛ أو في سنه منفصله عن العقد أو جمل سوى الموجود- و جهان، و فيهما معا بحث و إن اقتضاهما عموم (١).

«المؤمنون عند شروطهم»

و لا- تقدر جهاله المشتري بعد أن لم تكن راجعه إلى الثمن و المثمن، و عدم الاكتراث فيهما عرفا للتبعيه، بل الظاهر لها جواز الضم على جعل الحمل بعض المبيع، كان يقول بعتك الدابة و حملها بكذا، خلافا للتذكرة فلم يجز لجهاله بعض المبيع، و فيه منع قدحها هنا مع إرادته الضم، للسيرة المستمرة و غيرها، بل في شرح الأستاذ أن القول بجواز بيعه معها بدون قصد الضم قوى.

نعم لو بيع الحمل منفردا فلا بد من اعتبار الشرائط في البيع المستقل؛ و مثله لو جعل له ثمن مستقل في ذلك العقد، إذ المتيقن من السيرة بيع الحمل مع الحامل بثمن واحد بقصد الانضمام أو بدونه، لا مع قصد عدم الانضمام؛ و الفرق بين أخذه شرطا و شطرا في عموم ظهور العدم، فان له الإبقاء مجانا و الرد على الأول، و يضاف إليها على الثاني استرداد ما قابل الحمل من الثمن مع الإبقاء، و لو انكشف موته حين العقد، تبعضت الصفقة على الثاني، و على الأول و جهان.

و لعل قول المصنف و لو اشتراهما فسقط الولد بآفه سماويه مثلا- قبل القبض رجع المشتري بحصه الولد من الثمن يوافق التبويض، لعدم ذكره الدخول فى غير صوره الشرط و كيف كان ف

طريق ذلك أن تقوم الأمه مثلا- حاملا و مجهضا لا حائلا و يرجع بنسبه التفاوت من الثمن و لو جنى عليه إعبته أخذ منه أرش يوم الجنايه إن شاء مع اختيار البقاء؛ و لو لوحظ نفس الحمل لا صفه الحامله اعتبر قيمته لا تفاوت الصفتين فى وجه؛ و لو اختلفا ففى شرح الأستاذ قدم قول مدعى اعتبار الصفه دون عين الحمل، قال: «و فى الشرطيه و عدمها يقدم قول الثانى و فيها و فى الشرطيه يقدم مدعى الشرطيه، و يحتمل التداعى، و فى اتحاد الحمل و تعدده يقدم قول مدعى الاتحاد فتأمل جيدا و الله أعلم.

و يجوز ابتياع بعض الحيوان الحى مأكول اللحم أو غيره مشاعا إذا كان معيننا على وجه يعلم نسبه إلى الجملة كالنصف و الربع و نحوهما بلا- خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى العمومات و غيرها أما المذبوح فقد جزم بعض مشايخنا بعدم جواز بيع البعض المشاع منه، و أولى منه المسلوخ، و هو مبنى على أنه بالذبح يكون موزونا و فيه بحث، و أما بيع جزء معين من الحى كيده و رجله، أو نصفه الذى فيه رأسه، أو الآخر الذى فيه ذنبه، أو نحوهما فغير جائز إجماعا بقسميه على ما فى شرح الأستاذ، و ظاهر المختلف و غيره أنه من المسلمات، بل فى الأول «أنه فيما لا يؤكل لحمه أو إذا لم يكن المراد منه اللحم، بل الركوب و الحمل نحوهما من الواضحات التى لا تحتاج إلى شاهد».

و هو جيد، إلا- أنه قد يشكل الفرق بين الأول: أى ما أريد ذبحه للأكل، و بين ما تسمعه من الخلاف فى استثناء؛ الرؤوس و الجلد، بل الصحيح الغنوى (١) أو حسنه الذى ستعرف عمل الأصحاب به صريح فى بيع الرأس و الجلد، و احتمال اختصاصهما بالحكم المزبور بيعا أو استثناء؛ مناف لتصريح البعض بعدم الفرق بينهما و بين غيرهما فى حكم الاستثناء، و لما تعرفه من الاتحاد فى المدرك، و الجهاله الناشئه من عدم تعيين موضع القطع كالتشاجر إذا اختلفا فى إرادته بقاء الحيوان و ذبحه،

المرتتب على كل منهما تعطيل مال شخص و ضرر الآخر- مشترك بين الجميع.

فالعمده فى الفرق حينئذ ليس إلا الإجماع إن تم، و فى التحرير «إن فى استثناء الشحم إشكالا» ثم جزم بالبطلان فى التذكرة «فى الحى و المذبوح» و أما بيع مقدار معين منه بالوزن، فلا ريب فى بطلانه مع الجهاله للاختلاف؛ بل ظاهر شرح الأستاذ أن الإجماع بقسميه عليه، و لعله كذلك، اللهم الا أن يدعى انسحاب خلاف سلار فى جواز استثناء ذلك إليه قال كما فى المختلف: «و كل شرط شرطه البائع على المبتاع من رأس ذبيحه يبيعه وحدها أو بعضها بالوزن جائز» و لا ريب فى ضعفه.

و كيف كان ف لو باع و استثنى البائع لمأكول اللحم كما فى التحرير و ظاهر النهايه، أو ما تقع عليه التذكيه كما فى حواشى الشهيد، و على كل حال فظاهرهم أن محل الخلاف فى ذلك،

و لعل الأول أوفق بخبرى الباب، و إن أمكن بالتنقيح التعدييه إلى ما تقع عليه التذكيه، فلو كان الاستثناء من غيرهما بطل، بل الظاهر أن محل النزاع فى صحه الاستثناء من الحيوان المراد ذبحه، فليس له الاستثناء من الحيوان المراد بقاؤه، لما عرفت سابقا؛ و لانه لم يعهد ملكيه الحيوان المزبور كذلك.

أما إذا كان مأكول اللحم و أريد ذبحه فباعه و استثنى الرأس و الجلد أو- أحدهما صح.

و لكن يكون شريكا مع المشتري فى الحيوان بقدر قيمه ثنيه على روايه السكونى (١).

عن الصادق عليه السلام «قال: اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى أحدهما من الآخر بغير أو استثنى البيع الرأس و الجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه؟ فقال: للمشتري هو شريكك فى البعير على قدر الرأس و الجلد»

و

ما رواه الصدوق (٢) فى المحكى العيون بسنده إلى الرضا عن آبائه عن الحسين بن على - عليهم السلام «أنه قال: اختصم إلى على عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بعيرا فاستثنى

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ٣.

الرأس و الجلد، ثم بدا له أن ينحره، قال: هو شريكك في البعير على قدر الرأس و الجلد»

بناء على أن المراد البدايه له في أن لا ينحره؛ بقريته الخبر السابق و بهما أفتى في النهايه و الإرشاد، و محكى الخلاف و المبسوط و القاضى، و تعجب منه الشهيد في حواشيه حيث أنه منع من بيع الحامل مستثنى حملها، لانه كالجزة؛ و جوز استثناء الرأس و الجلد، مع أنه جزء حقيقه.

و فيه أنه يمكن دعوى خصوصيتهما للنص الذى يصلح فارقا بين المقامين، و منه اتجه الحكم بالشركه المزبوره، و إلا- كان المتجه على تقدير الصحه اعتبار خصوص ما استثناءه، و لذا أنكر غير واحد على الشيخ بأن ما اختاره مناف لتبعيه العقد للقصد فى حق كلا المتعاقدين، و قاعده تسلط الناس على أموالهم (١) و أنه

لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه (٢)

و توقف الأكل حلالا على التجاره بالتراض (٣) و دعوى أن المراد من الاستثناء المزبور الشركه المذكوره أوضح فسادا كل ذا مع عدم الجابر للخبرين بل الشهره بسيطه أو مركبه على خلافهما، قلت: لكن لا- يخفى أنه لا- يسع الفقيه المنتقد طرح الخبرين المزبورين المعمول بهما فى الجملة، المؤيدين بما تسمعه من صحيح الشركه الآتى (٤) ذالمخالفين للعامه.

نعم تحقيق الحال هو أن الحاصل من التأمل فى أخبار المقام صحه الاستثناء بل البيع للرأس و الجلد من الحيوان المشتري للذبح، لأنه حينئذ بمنزله شرائهما منفصلين فإن حصل

الذبح كان للبائع ما استثناءه، و إن بدا لهما أو للمشتري خاصه بيعه مثلا و عدم الذبح فليس إلا الشركه فى الحيوان بمقدار قيمه الرأس و الجلد، ضروره أنهما بالاستثناء المزبور على الفرض المذكور ملك للبائع، فبيع الحيوان جملة بيع لمملوكين لمالكين بضمن واحد إلا ان زياده قيمه الحاصله للحيوان بالبقاء تلحقها

١-١ البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب مكان المصلى الحديث-١-٣.

٣-٣ سوره النساء الآيه-٢٩.

٤-٤ الوسائل الباب-٢٢- من أبواب بيع الحيوان الحديث-١.



أيضا لتوقف حياه الحيوان أو بقاءه عليهما، فما حصل من الاجتماع ملك لهما، و هذا هو المراد بالشركه فى الحيوان بمقدار قيمه الرأس و الجلد و حيثئذ فلا مخالفه للقواعد فى هذه الشركه، و لا يتجه الرد على مضمون النصوص، بأنه مخالف لقاعده تبعيه العقد للقصد إذا لم تكن الشركه مقصوده لكل من المتعاقدين، ضروره انك قد عرفت كون المراد بالشركه ما سمعت الذى لا يرد عليه نحو ذلك، و يؤيده أيضا فى الجمله ما قيل أيضا من أن تعذر أخذ العين يوجب الشركه بحسب القيمه إذ

«لا يسقط الميسور بالمعسور»<sup>(١)</sup>

و

«ما لا يدرك كله لا يترك كله»<sup>(٢)</sup>

و «إذا أمرتكم»<sup>(٣)</sup>

و لعله إلى ذلك كله أو بعضه أومئ فى الدروس بقوله: «و لو استثنى الرأس و الجلد فالمروى الصحه، فإن ذبحه فذاك و إلا كان البائع شريكا بنسبه القيمه»، إذ مرجعه بعد التأمل إلى ما ذكرنا، كما ان قوله أيضا «و لو شرط ذبحه فالأقرب جواز الشرط إذا كان مما يقصد بالذبح، فان امتنع فالأقرب تخير البائع بين الفسخ و بين الشركه بالقيمه» منطبق عليه أيضا إذ الفسخ لعدم الشرط، و الشركه لما عرفت، فإن أراد من أفتى بمضمون النصوص ما ذكرناه، فذاك، و إلا كان فى غايه الإشكال؛ ضروره عدم ظهور النصوص فى أن الاستثناء المزبور يوجب الشركه المذكوره فى الحيوان على كل حال، سواء ذبح أولا، بل لو سلم ظهورها فى ذلك لم يكن ليحجر بها على هذا الحكم المخالف للقواعد العظيمة أى مخالفه، بل لا نظير له فى الشريعه كما هو واضح.

و أما القول بالصحه كما عن المرتضى و الإسكافى و التقى و الحللى، بل نسبه بعض إلى جميع من المتقدمين و المتأخرين؛ بل فى الانتصار أنه مما انعقد عليه إجماع الإماميه، فإن أريد بها على الوجه الذى ذكرنا فمرحبا بالوفاق، و إن أريد بها مطلقا أى سواء كان القصد ذبح الحيوان أولا، و سواء ذبح أولا، فهو فى غايه الإشكال، بل يمكن دعوى ضروره الشرع على خلافه فيها هو أوسع دائره من العقود المملكه كالصلح

١-١ غوالى اللئالى عن أمير المؤمنين عليه السلام.

٢-٢ غوالى اللئالى عن أمير المؤمنين عليه السلام.

٣-٣ سنن البيهقى ج- ١ ص ٢١٥.

و الوصيه، فضلا عن البيع، و الاستناد إلى الأصل - المستفاد من العموم في جنس العقود و أنواعها، و اندفاع الغرر بتميز الثنيا و معرفه الحدود - كما ترى؛ خصوصا مع وضوح رجوع هذا الاستثناء إلى بيع الأجزاء المعينه من الحيوان الذى قد ادعى الإجماع على بطلانه، بل يمكن تحصيله في الحيوان الذى لم يقصد به الذبح بل كان المقصود منه البقاء للركوب و نحوه.

و أما القول بالتفصيل بين المذبوح و غيره كما في القواعد، فيصح الاستثناء في الأول دون الثانى، فهو متحد مع ما قلناه في الأول، و ما في شرح الأستاذ من إشكاله - بعدم ارتفاع الغرر بالذبح حتى بعد إتمام السلخ قبل الوزن مع اتصالهما و انفصالهما، أو فصل أحدهما - يدفعه ما عرفت سابقا من منع اعتبار الوزن في المذبوح قبل السلخ، بل يمكن منعه أيضا في المسلوخ قبل التفريق كما جرت به السيره في زماننا، على أن المانع حينئذ على هذا التقدير الجهاله التى يمكن الاحتيال في رفعها، لا كون المستثنى جزء معينا كما هو واضح، و أما منعه في غير المذبوح فهو متجه في الذى لم يرد ذبحه.

و أما ما أريد ذبحه، فهو على مقتضى الأصل و العمومات و خصوص الروايات و محكى الإجماع و غيره، و من هنا جزم بالصحة فيهما ثانى الشهيدين، بل و الفاضل في المختلف، إلا أنه ينبغي اعتبار ما سمعت فيما لو عدل من إرادته الذبح و أريد البيع مثلا، كما عرفته مفصلا.

و أما ما حكاه في التنقيح - عن بعض فضلاء المتأخرين «من أنه إن كان المستثنى الجلد أو ما منه الجلد فهو باطل لجهاله، لان الجلد يتفاوت ثمنه بتفاوته في الثخن و الرقه، لكن لا يبطل البيع لأن جهاله المستثنى في هذه الصورة لا يستلزم جهاله المبيع، فيكون البائع شريكا بنسبه قيمه المستثنى كما دلت عليه الروايه؛ و إن كان المستثنى هو الرأس و القوائم فهو صحيح، لانه استثناء معلوم من معلوم، و الضرر في ذلك معارض باستثناء الجزء المشاع، فإنه جائز اتفاقا، مع أن الضرر المدعى حاصل فيه» - فهو

من غرائب الكلام، و كالاتجاه في مقابل النص، بل اجتهاد من غير وجه؛ وجهه، و من الغريب حكمه بجهاله المستثنى لجهاله قيمته مع حكمه بالشركه بمقدارها و قياسه الجزء المشاع على المعين.

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

قلت قد عرفت فى أول البحث أن النزاع فيما يقبل التذكيه، بل يظهر من بعضهم ذلك فى المأكول منه خاصة بل قد يقال أن محل النزاع فى الذى أريد ذبحه للأكل منه و إن أطلق الأصحاب، و تحقيق الحال ما عرفت، و الله أعلم.

بل يزيد ذلك تأكيداً ما ذكره المصنف و غيره من قوله و كذا لو اشترك اثنان أو جماعه حيوانا و شرط أحدهما لنفسه الرأس و الجلد، كان شريكاً بنسبه ماله

لصحيح الغنوى (١) عن الصادق عليه السلام «فى رجل شهد بعيرا مريضا و هو يباع، فاشتراه رجل بعشره دراهم، و أشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس و الجلد، فقضى أن البعير برى ء، فبلغ ثمنه ثمانيه دنانير قال: فقال: لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ، فان قال: أريد الرأس و الجلد، فليس له ذلك، هذا الضرار، و قد أعطى حقه إذا أعطى الخمس»

و قد أفتى بمضمونه من أبطل الاستثناء المزبور فى المسأله السابقه كالفاضل و غيره.

و أشكله بذلك فى جامع المقاصد و قال: «لا جواب له إلا بأحد أمرين، إما أن يكون الحكم فى مسأله الشريك مجمعا عليه، فعمله بالإجماع فى موضعه، أو أن روايه هارون صحيحه بخلاف روايه السكونى، و الذى يقتضيه النظر البطلان

مطلقا إن لم يلزم من ذلك مخالفه الإجماع» و فى الرياض بعد ان ذكر الصحيح المذكور قال:

«و يأتى 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 و غيره فالمنع كما مضى؛ إلا أنى لم أقف على مخالف هنا عدا شيخنا الشهيد الثانى و لعله وجه الفرق بينهما فى العبارة و غيرها من التردد فى الأول و الجزم بالحكم هنا و هو حسن إن تم، و إلا فمجرد صحه السند على تقديرها غير كاف فى الخروج عن مقتضى القواعد المتقدمه مع إمكان تأويلها إلى ما يلائمها».

قلت: لا يخفى عدم الفرق فى الحكم بين مورد الصحيح و غيره، بل مورد الأول بيع الرأس و الجلد فضلا عن استثنائهما؛ و لكن المراد من الجميع ما ذكرناه سابقا من الحيوان المقصود بالذبح للأكل كما اعترف به هنا الفاضل المزبور فيصح استثنائهما، و ما تضمنه الصحيح المزبور من بيعهما على الوجه المذكور؛ و أنه ينتقل إلى الشركه على حسب قيمه الرأس و الجلد، و لا ينافيه ملاحظه الثمن فى الصحيح المزبور فإنه يمكن رجوعها إليه كما هو واضح.

فقد ظهر أن الصحيح المزبور المفتى به من الجماعه حتى احتمال أنه إجماع؛ بل لعله الظاهر مؤيد لما ذكرناه سابقا، كما أنه ظهر أن عبارات الأصحاب ليست منطبقه على المراد من الصحيح المذكور الذى هو المستند لها على الظاهر، و تحقيق الحال

ما عرفت؛ و المراد بالمال فى المتن و غيره قيمه الرأس و الجلد كما هو صريح التحرير و الإرشاد و غيرهما لا- الثمن كائنا ما كان على أن يكون المراد لغو الشرط و الرجوع إلى الشركه بمقدار الثمن، ضروره عدم استفاده ذلك من الصحيح و عدم انطباقه على ما تقدم من اقتضاء فساد الشرط فساد العقد المشترط فيه.

و ما فى الدروس هنا «من أنه لو اشتركوا فى الحيوان بالاجزاء المعينه لغى الشرط، و كان بينهم على نسبه الثمن» غير ما فرضه الأصحاب من المسأله التى مستندها الصحيح المزبور، و يمكن أن يكون مراده من الشرط التواطى فى غير العقد على وجه لا يلتزم به شرعا مع كون الشراء على جهه الشركه بسبب مزج الثمن و نحوه، و لعله اليه يرجع ما فى حواشيه على قوله فى القواعد و لو اشتركا فى الشراء و اشترط أحدهما الرأس و الجلد لم يصح، و كان له مقدار ماله» قال: «أى تصح الشركه و يبطل الشرط، و إن كان فى بيع بطل، لتوقف العقد على الشرط الفاسد» هذا.

و لكن فى النهايه التى هى متون أخبار قال: «و إذا اشتركا نفسان فى شراء إبل أو بقر أو غنم، و وزنا المال، و قال أحدهما أن لى الرأس و الجلد بمالى من الثمن كان ذلك باطلا، و يقسم ما اشترياه على أصل المال بالسويه» و ظاهره أن المراد بالصحيح ذلك و فيه- مضافا إلى ما عرفت و الى أنه خلاف فهم الأصحاب- أن الصحيح خال عن ذكر الاشتراط، و إنما هو ظاهر فى شراء الرأس و الجلد من البائع و شراء الآخر ما عداهما، أو أن المشتري باع الرأس و الجلد من الآخر الذى أراد شركته؛ اللهم إلا أن يدعى أن المراد منه أنهما اشتركا فى الدراهم المجمعوله ثمنا للبعيد على أن يكون الرأس و الجلد لواحد منهما عوض حصته فى الثمن، لكنه كما ترى.

و الحاصل أن عبارات جمله من الأصحاب غير منطبقه على ما فى الصحيح، إذا الاشتراط المذكور فيها إما أن يكون على البائع، و مرجعه حينئذ إلى شراء أحدهما مستثنى منه نصفهما و شراء الآخر، النصف الآخر مع تمامها؛ و يكون حينئذ شبه شراء الكل مع استثنائهما، و إما أن يكون الشراء لأحدهما ثم باع النصف الآخر

مستثيا منه الرأس و الجلد، فيكون من قبيل استثناء الكل منهما في بيع الكل، أو بالعكس بأن يشترطهما للمشتري فيكون من بيع الأعضاء، لأنه باعه النصف المشتمل على تمام الرأس و الجلد.

و على كل حال هو خلاف ظاهر الصحيح، على أن مقتضى ما ذكره الفاضل و غيره من بطلان الشرط بطلان العقد، بل لو بنى على القول بعدم التلازم بينهما لا وجه للشركه المزبوره، و دعوى - أنه لما امتنع تنزيله على الصحة مع البقاء على ظاهره نزل على الإشاعه، و يكون الصحيح مستندا لذلك - واضح الفساد، لاقتضاء مخالفه الأصول الشرعيه و القواعد المرعيه بالغا ظاهر العقد، و عد متبعيته للقصد، و حصول الضرر التام غالبا إما على البائع أو المشتري.

بل لا يبعد أن يكون العمل بالروايه على هذا الوجه تهجما على الشرع، و خروجا عن مذاق الفقه، فلا محيص عن تنزيلها على ما ذكرنا، بل هو الظاهر منها عند التأمل، و المناقشه فيها - باحتمال إرادته الاشتراك بنسبه الدرهمين ثم طلب منه الرأس و الجلد، أو إنما اشترك لأجل الرأس و الجلد، معللا لا مشترطا كما عساه يومى إليه قوله، «و قد أعطى حقه» إلى آخره أو أنه سبق الوعد بإعطائه و مطالبته من جهته، لا - من جهه الاستحقاق و نحو ذلك - كما ترى، و كل ذلك ناش عن عدم الوصول إلى ما ذكرنا ببركه الله و محمد و أهل بيته صلى الله عليه و آله و سلم نعم الاتصاف أن الأصحاب لم يحسنوا التأديه بمضمون الخبر و أحسن ما وقفت عليه من كلماتهم فى أصل المسأله ما سمعته من الدروس و الله أعلم.

و لو قال شخص لآخر اشتر حيوانا مثلا بشركتى صحح و يثبت البيع لهما، و على كل واحد منهما نصف الثمن بلا خلاف و لا إشكال لأنه توكيل فى شراء النصف المنساق من لفظ الشركه؛ إلا إذا أراد الأقل أو الأكثر، فإنه يتبع حينئذ مع التصريح؛ و لو تنازعا فى القدر فى الدروس أنه إن كان فى الإبراده حلف الأمر و إن كان فى نيه الوكيل حلف الوكيل إن نقص عما يدعيه الموكل، و إن زعم الموكل

أنه اشترى له الثلث فقال: النصف، احتمال ذلك، لأنه أعرف، و تقديم الموكل، لان الوكيل يدعى زياده، و الأصل عدمها، و فيه مع كون الواقع من الأمر العبارة المزبوره ما لا يخفى، بل فيه منافاه لقاعده تصديق الوكيل، كما هو واضح.

و لو أذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه ما عليه من الثمن صح قطعاً و تلف الحيوان الذى اشترى على وجه المزبور كان بينهما لما عرفت من كونه مشتركاً بينهما و كان له الرجوع على الأمر بما نقد عنه باذنه الظاهر فى إرادته الدفع عنه، و الرجوع به عليه، فهو كالوكيل عنه فى القرض، و احتمال أن الأمر بالدفع عنه أعم من ذلك واضح الفساد؛ إنما البحث فى الدفع عنه بمجرد الأمر بالشراء على الشركه، و الأقوى عدم الرجوع إلا لم يكن قرينه تقتضى الدفع عنه، كالشراء من مكان بعيد، لا يدفع المبيع حتى يدفع الثمن، و ظاهر ابن إدريس أن قضيه الأمر الاذن فى النقد، و إلا لم تتحقق الشركه، و فيه منع ظاهر، و إن أطال فيه فى المختلف.

نعم قد يشهد له

موثق إسحاق (١) «قلت لأبى إبراهيم عليه السلام الرجل يدل الرجل على السلعه، فيقول: اشتراها و لى نصفها، فيشتريها الرجل، و ينقد من ماله، قال: له نصف الربح، قلت: فان وضع يلحقه من الوضيعه شىء؟ قال: نعم عليه من الوضيعه كما أخذ من الربح»

لكن مع أنه لم يذكر فيه الرجوع عليه بما نقد؛ يمكن وجود قرائن حاله تدل على الاذن بالنقد عنه فتأمل جيداً.

و لو قال له: اشتر حيواناً مثلاً بالشركه و الربح لنا جميعاً و لا خسران عليك لو خسرت فيه تردد ينشأ من عموم

«المؤمنون» (٢)

و تجارة عن تراض (٣) و

صحيح رفاعه (٤) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر فى جاريه

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ٤.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٤.

٣- ٣ سوره النساء الآيه ٢٩.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٤- من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.

له، و قال: إن ربحتنا فيها فلك نصف الربح و إن كانت وضيعه فليس عليك شىء؟ فقال: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية»

و

خبر أبى الربيع (١) عن الصادق عليه السلام «فى رجل شارك رجلاً آخر فى جاريه له فقال له:

إن ربحت فلك نصفه، و إن وضعت فليس عليك شىء فقال: لا بأس بذلك إذا كانت الجارية للقائل».

و إلى ذلك أشار المصنف بقوله و المروى الجواز و ظاهره الميل اليه؛ بل إليه ذهب جماعه كالشيخ و الفاضل فى المختلف و الشهيد فى الدروس، و من أنه مخالف لما دل على تبعيه و الخسران لرأس المال فيكون مخالفاً للسنه التى بمخالفتها يكون مخالفاً للكتاب أيضاً، و به جزم الحلّى فى السرائر، قال بعد أن حكى ذلك عن الشيخ «أنه غير واضح و لا مستقيم، لانه مخالف لأصول المذهب؛ لان الخسران على رؤس الأحوال بغير خلاف، فإذا اشترطه أحدهما على الآخر كان مخالفاً للكتاب و السنه؟ و رده فى الدروس بأنه لا نسلم لزوم تبعيه المال لمطلق الشركه، بل للشركه المطلقه، و من هنا قال: إن الأقرب تعدى الحكم إلى غير الجاريه، بل للشركه المطلقه و من هنا قال: إن الأقرب تعدى الحكم إلى غير الجاريه من المبيعات، ضروره عدم كون المستند خصوص الخبرين، بل هما مؤكداً لمقتضى العموم.

وفيه - مضافاً إلى ما فى التنقيح من الإجماع على عدم أراد الحكم فى غير هذه الصوره - منع شمول العمومات لمثل ذلك، الذى لم يعلم شرعيته نفسه، كى يكون الشرط ملزماً له، و أما الخبران فغير صريحين فى المطلوب، مع أن موردهما الجاريه، و كون المشارك هو المالك، و احتمال الصحيح منهما طيب النفس بعد ظهور الخسران من باب الإحسان، و لذا قال فى التنقيح: «إنا نقول بموجب الأول منهما» إذ معناه أنه إذا شرط عدم الخسران عليه جاز له أن يفى بقوله، و هو صحيح، إذ

«الناس مسلطون على أموالهم»

فإذا ترك ماله فلا حرج عليه، و أما لزوم الشرط



فلا دلالة للروايه عليه، و لذلك أردف نفى الباس بقوله «إذا طاب نفس صاحب الجاربه» و لعل

قوله عليه السلام فى ذيل الخبر الآخر «إذا كانت الجاربه للقائل»

مشعر بنحو ذلك.

و يقوى فى النفس أن ذلك كانت مقاوله بين المالك و غيره؛ ليساعده على البيع، أو نحو ذلك، لا أنها شركه حقيقه، و بالجمله هما غير صالحين لإثبات الحكم المزبور؛ مع فرض مخالفته، و عدم اقتضاء العمومات صحته، كما هو الأقوى، وفاقا لجماعه منهم الفاضل فى القواعد و غيره فى بطلان العقد الذى وقع عليه هذا الشرط فى ضمنه، كما لو باع أحدهما صاحبه بهذا الشرط البحث السابق.

و تسمع إنشاء الله فى كتاب الصلح البحث فيما لو صلاح أحد الشريكين الأخر على أن يكون له رأس ماله، و البقى لشريكه زاد أو نقص، و فى كتاب الشركه البحث فى شرط التفاوت فى الربح فى عقد الشركه مع تساوى المالكين، و التساوى فيه مع تفاوت المالكين، مع زياده العمل من أحدهما و بدونه؛ فلاحظ، فإن له دخلا فى المقام، و منه يعلم التنافى بين ما فى الدروس فى المقامين.

و كيف كان ف يجوز النظر من دون إذن المولى إلى وجه المملوكه و محاسنها التى هى محال الزينه منها كالكفين و الرجلين و نحوهما إذا أراد شراءها لنفسه أو لغيره بلا خلاف أجده فيه، بل فى المسالك فى باب النكاح أن جواز النظر إلى الوجه و الكفين و المحاسن و الشعر موضع وفاق؛ و إن لم يكن بإذن المولى صريحا، لأن عرضها للبيع قرينه الإذن فى ذلك، و لأن

أبا بصير(١) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها؟ فقال: لا بأس أن ينظر إلى محاسنها و يمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغى له النظر إليه»

و قال له أيضا

حبيب بن المعلى الخثعمى (٢) «إنى اعترضت جوارى المدينه فأمدت؛ فقال: أما لمن يريد الشراء فليس به بأس، و أما من لا يريد أن يشتري فإنى أكره»

و قال هو أيضا لعمران

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث - ٢.

به حارث الجعفرى (١) «لا أحب للرجل أن يقلب جاريه إلا جاريه يريد شراءها».

وفى

المروى عن قرب الاسناد (٢) «مسند إلى جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه كان إذا أراد أن يشتري الجاريه يكشف عن ساقها فينظر إليها»

بل قد يستفاد من هذه النصوص ما فى تذكره الفاضل من جواز النظر إلى ما دون العوره، و ما إليه فى الحدائق و إن استبعده كثير ممن تأخر عنه، و تردد فيه فى الدروس، بل و فى العوره ثم استقرب مراعاة التحليل من المولى، بل قد يستفاد من خبر حبيب جوازه مع التلذذ، بل قد يدعى لزومه للإباحه غالباً إذا كانت المنظوره من الجوار الحسان.

لكن صرح فى السرائر و غيرها بالحرمة حينئذ، و مقتضى إطلاق النص و الفتوى عدم الفرق فى جواز النظر بين المزوجه و غيرها، و فى إلحاق نظر المرأه إلى المملوك إذا أرادت شراؤه بالرجل المرید شراء الأمه وجه قوى، خصوصاً مع ملاحظه

ما ورد فى باب النكاح فى التعليل جواز النظر لشعر الامرأه التى يريد تزويجها (٣) «بأنه إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن»

و

فى آخر (٤) «تعليل النظر إلى المحاسن بأنه مستام»

الظاهر فى أن الوجه فى النظر رفع الغرر و الضرر الناشئ من عدم الرؤيه هذا.

و الأحوط الاقتصار فى جواز النظر على إرادته الشراء لا أن المراد النظر أولاً، ثم الشراء هذا و قد سمعت اشتمال بعض النصوص السابقه على جواز اللمس، و استحسنته فى نكاح المسالك مع توقف الغرض عليه، و لا ريب أن تركه أحوط؛ ثم إن الحكم مختص بالمشتري، فلا يجوز للأمه النظر إليه زياده على ما يجوز للأجنبي، و فى نكاح المسالك بخلاف الزوجه، و الفرق أن فى الشراء لا اختيار لها؛ بخلاف التزويج.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث - ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث - ٤.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات النكاح و آدابه الحديث ١ و ٧.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات النكاح و آدابه الحديث ٨ و ١٢.

و يستحب لمن اشترى مملوكا أن يغير اسمه عند الشراء

قال: زاراه (١) «كنت جالسا عند أبي عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل و معه ابن له فقال: أبو عبد الله عليه السلام ما تجاره ابنك؟ فقال التنجس فقال: له أبو عبد الله عليه السلام لا تشتري شيئا و لا عيبا فإذا اشتريت رأسا فلا تزين ثمنه في كفه الميزان؛ فما من رأس يرى ثمنه في كفه الميزان فأفلق فإذا اشتريت رأسا فغير اسمه و أطعمه شيئا حلوا إذا ملكته؛ و تصدق عنه بأربعة دراهم».

و منه يعلم استحباب أن يطعمه شيئا من الحلاوه و أن يتصدق عنه بشيء و ان لم يكن المقدار المعلوم، لظهور عدم اراده الاشتراط فيه، و في الدروس أن الأقرب استحباب تغيير الاسم في الملك الحادث، قال: «و روى «كراهه التسميه بمبارك و ميمون و شبهه» و في شرح الأستاذ استحباب الثلاثة في كل تملك؛ و

اختيار الأسماء الشريفه كعبد الله و عبد النبي و عبد علي، و بما يسمى به عبيدهم كقنبر و بلا و فضه و نحوها، و أما التسميه بأسماء الأنبياء و الأئمه فالأولى تركه، لخوف إهانته الاسم باستخدامه، و الأمر سهل.

و يكره وطئ من ولدت من الزنا من الأيوين، و أحدهما في وجه بالملك و العقد و لو تحليلا- على الأظهر للفضاضه و فوات النجابه و لخوف العار و للنصوص ك

حسنه الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «قال: سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا هل عليه جناح أن يطأها قال: لا و إن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي»

و هي و غيرها الحجج على ابن إدريس المحرم ذلك بناء منه على كفر ولد الزنا، و تحريم الكافره، و في المقدمتين منع؛ و في الدروس أن العقد أشد كراهيه من الملك، و في شرح الأستاذ إنه تشتد الكراهه بطلب النسل، لترتب معظم الفساد عليه، قلت:

و لعله لذا قال في القواعد إنه إن فعل فلا- يطلب الولد منها، أي إن وطئ غير مبال بالكراهه فلا يطلب النسل منها بأن يترك الإماء أو يعزل أو يطأ في غير القبل أو اليانس

١- ١ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب بيع الحيوان الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦٠- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث - ٣.

أو الصغير أو نحو ذلك».

و فى الدروس أيضا «و يكره الحج و التزويج من ثمن الزانيه» و عن أبى خديجه لا يطلب ولد من امرأه أمهت ما لا حراما أو اشترت به إلى سبعة آباء، و الأمر فى ذلك كله سهل و قد ظهر لك من خبر زراره السابق كراهه أن يرى المملوك ثمنه فى كفه الميزان و

فى خبر قيس (١) «عن الصادق عليه السلام من نظر إلى ثمنه و هو يوزن لم يفلح»

و ربما قيل بهما مطلقا و لو لم يكن فى الميزان حملا للنص على المتعارف من وضع الثمن فى كفه الميزان عند الشراء، و فى الرياض أنه حسن لو قام دليل على الكراهه مطلقا و هو غير واضح؛ قلت: قد يقال يكفى فيها خروج القيد عن اراده التقييد نعم فى تعديه الحكم إلى مطلق العوض و الى اللبس اشكال سيما الأخير و الأمر سهل و الله العالم.

### [النظر الثالث فى لواحق هذا الباب و هى مسائل ]

#### إشاره

(الثالث: فى لواحق هذا الباب) (و هى مسائل)

### [المسأله الأولى العبد لا يملك ]

الأولى الأمه و العبد قنا أو مدبرا أو أم ولد إلى غير ذلك من أحواله التى لا تخرجه عن الرقيه عدا المكاتب الذى ستسمع الكلام فيه محله، و ظاهرهم هناك الملك كما ستعرف إنشاء الله لا يملك عينا و لا منفعه مستقرا و لا متزلزلا من غير فرق بين ما ملكه المولى، و فاضل الضريبه و أرش الجنايه و بين غيرها عند أكثر علمائنا كما فى التذكرة بل فى السرائر

عندنا مشعرا بالإجماع عليه، كالمحكى عن الانتصار و كفارات المبسوط، بل فى زكاه الخلاف و نهج الحق عليه بل الأول منهما صريح فى نفي الملك لما ملكه مولاه؛ بل فى شرح الأستاذ أنه المشهور غايه الاشتهار

بين المقدمين و المتأخرين المدعى عليه الإجماع معبرا عنه بلفظه الصريح من جماعه و بما يفيد به بظاهرة عبارات مختلفه من نقله متعددين، كمنذهب الإماميه و مذهب أصحابنا و عندنا.

و فى الرياض أنه الأشهر بين أصحابنا كما حكاه جماعه منا، و هو الظاهر من تتبع كلماتهم جدا حيث لم أقف على مخالف لهم فى ذلك الا نادرا للأصل فى كثير من الموارد مؤيدا بأنه مملوك، فلا يكون مالكا، لان مالكيته لغيره فرع مالكيته لنفسه و بأن ما يكتسبه العبد من فوائد ملك المولى، فيكون تابعا له بل قيل أنه لا يعقل ملك المملوك على وجه يختص به دون مولاه، لان نفسه و بدنه و صفاته التى من جملتها سلطانه لمموكه فسلطان السلطان غالب عليه؛ و إليه يرجع ما عن المختلف من أنه لو ملك لما جاز للمولى أخذه منه قهرا، و التالى باطل إجماعا و ل

ما رواه محمد بن إسماعيل فى الصحيح (١) عن الرضا عليه السلام «سألته عن رجل يأخذ من أم ولده شيئا وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم

أو متاع أ يجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كانت أم ولده».

و فى شرح الأستاذ «أنه يجوز للسيد أن يأخذ ما فى يد العبد قهرا بالإجماع محصلا و منقولا» بل ظاهر فى مقام آخر أن المراد بالأخذ ما يشمل التملك، فضلا عن التصرف، و بغير ذلك و لقوله تعالى (٢) «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَ مَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسِينًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَ جَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ» فإن وصف العبد بعدم القدره بمنزله الحكم عليه بذلك، لأن الصفه كاشفه بقرينه السياق و المقام، و إن كان الأصل فيها التخصيص؛ بل قيل أن قصد التقييد لا يبقى للمملوكيه خصوصيه؛ على عدم القدره.

هذا كله مضافا إلى

صحيح زراره (٣) عن أبى جعفر عليه السلام المستفاد منه المراد

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الاستيلاء الحديث - ٢.

٢- ٢ سورة النحل الآية ٧٥.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٤٥ - من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث ١.

من الآية قال: «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا» إلى آخره أفشى ٤ الطلاق»

و

موثق شعيب (١) «سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا عنده عن طلاق العبد؟

فقال: ليس له طلاق ولا نكاح أما تسمع قوله عبدا مملوكا»

الحديث إلى آخره.

و حينئذ فالحكم على العبد بعدم القدره على شىء يقتضى نفى القدره له على الملك الحاصل بواسطه الأسباب الاختياريه، لأن الشىء نكره فى سياق النفى فيكون للعموم، و لدلاله الاخبار على ارادته منه، فيتناول ما ذكرناه، و متى ثبت امتناع الملك الاختيارى للعبد ثبت امتناع الملك القهرى له أيضا للإجماع كما فى مصاييح العلامه الطباطبائى على نفى التفصيل بهذا الوجه، و لقوله تعالى (٢) «ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَيْلٌ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ، فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ» فإن الاستفهام فيه إنكارى تقتضى امتناع الشركه بين الأحرار و المماليك بوجه، و لو صح ملك العبد لأمكن ذلك قطعاً، و المراد من الموصول فى قوله فيما رزقناكم جنس الأموال التى رزق عباده لا خصوص الأعيان التى رزقها الأحرار، إذ لا دلالة فى ذلك حينئذ على رفعه شأن الموالى و ضعه المماليك و نقصهم لأن التساوى بهذا الوجه منفى فى حق الأحرار أيضا.

و على كل حال ففى الآيتين إشاره إلى تقرير الامتناع العقلى فى تملك المماليك و للنصوص التى تسمعها فى المسأله الثانيه الداله على أن العبد إذا بيع كان ما فى يده قبل البيع لسيدته؛ إلا أن يدخل فى المبيع أو يشترطه

المشترى، و لو كان العبد مالكا لاستمر ملكه له بعد البيع، و لم يكن شىء من ذلك للبائع و لا للمشترى لانتفاء الناقل

١- ١ الوسائل الباب- ٦٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ٢.

٢- ٢ سورة الروم الآية- ٢٨.

عنه، ولا كان للسيد بيع المال معه، لعدم مالكيته له و هو ظاهر.

و من ذلك يعلم وجه دلالة النصوص المتضمنه أن العبد إذا أعتق كان ما فى يده قبل العتق لمولاه، إلا إذا أقره فى يده، فهى دليل آخر على المطلوب أيضا، و لان العبد إذا مات و ترك مالا كان فى يده، فإنه لمالكة بالإجماع و النصوص المستفيضة، و لو صح ملك العبد لزم أن يكون المال ميراثا للمولى، لانه مال انتقل اليه بموت مالكة؛ و لا نعى بالميراث إلا ذلك و التالى باطل للإجماع كما فى المصابيح على أن الحر لا يرث عبدا و

فى الصحيح المروى (١) عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام بطرق متعددة «أنه لا يتوارث الحر و العبد»

فالمقدم اعنى مالكيه العبد مثله، و لا يلزم ذلك على القول بانتفاء الملك، لان ما فى يدا العبد ملك للمولى قبل موته فلا يكون منتقلا إليه بعده حتى يكون ميراثا.

و ل

لصحيح (٢) عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام «أنه قال: فى المملوك ما دام عبدا

فإنه و ماله لأهله لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيه إلا أن يشاء سيده»

بل عن المصابيح أنه صريح فى المطلوب، و

قوله «الا أن يشاء سيده»

إنما يدل على جواز تصرف العبد باذن مولاه، و لا دلالة فيه على الملك بوجه و المراد من الوصيه أن يوصى بما له لغيره، فإنه جائز مع اذن المولى؛ لا أن يوصى له، حتى يدل على الملك، مع أن فى دلالة عليه نظر فتأمل.

و ل

صحيح محمد بن مسلم (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أ يفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول «عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ فليس للعبد شىء من الأمر»

فإن قوله

١- ١ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب موانع الإرث الحديث ١ الى ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧٨- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٤- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٨.

فليس للعبد شيء من الأمر بعمومه يشمل التصرف و الملك؛ فيدل على عدم الملك و ل

صحيح عبد الله بن سنان (١) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: مملوك في يده مال أ عليه زكاه؟

قال: لا قلت: و لا على سيده قال: لا لانه لم يصل إليه و ليس هو للمملوك».

إذ حكمه بنفى الملك عن العبد لما في يده يدل على استحاله ملكه، و إلا أمكن أن يكون له قطعاً، فلا يصح الحكم بأنه ليس له مطلقاً، و لا- يتم التعليل بانتفاء الملك في عدم الزكاه، و للنصوص الواردة في الوصيه و غيرها على اختلاف في الدلاله في الظهور،

كالصحيح (٢) «في مكاتب كانت تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصيه فقال: أهل الميراث لا تجيز وصيتها أنه مكاتب لم يعتق و لا- يرث، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه؛ و يجوز له الوصيه بحساب ما أعتق منه، و قضى في مكاتب أوصى له بوصيه و قد قضى نصف ما عليه، فأجاز نصف الوصيه»

الحديث الدال على المطلوب من وجوه.

أقواها تعليل الورثه عدم الإجازة بأنه عبد مملوك لم يعتق، ضروره ظهوره في اشتهاار عدم ملكه للوصيه بالعبوديه في تلك الأزمنه؛ و كالأخبار المتواتره (٣) المجمع عليها الداله على نفى الموارثه بالرقيه، بل جعل بعضهم ذلك دليلاً مستقلاً، فقال:

إنه لو ملك لدخل المال في ملكه، بالأسباب الموجهه للدخول من غير اختيار، كالميراث و شبهه، و التالي باطل إجماعاً فكذا المقدم، و إن كان قد يناقش في الملازمه بعدم الدليل عليها، فيحتمل المنع تعبداً، كالقاتل المعلوم صلاحيته للملك إجماعاً، و كالنصوص (٤) الواردة في وصيه المولى لمملوكه بثلث ماله، و أنه يعتق بحسابه، و من هنا قيل: إن تتبع

المقامات المتفرقه في الفقه، المسلمه بين الجميع، كعدم وجوب

١-١ الوسائل الباب-٤- من أبواب من تجب عليه الزكاه الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب ٨٠ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-١٦- من أبواب موانع الإرث.

٤-٤ الوسائل الباب-٨٢- من أبواب أحكام الوصايا.



الزكاة بل استحبابها؛ مع ثبوتها في مال الطفل والخمس والحج والكفارات ونفقة القريب، و من في يده من العبيد، ومنعه من التصرفات و إن لم يكن مولاه قابلاً للولاية، و عدم إبقاء ما في يده مع بيعه و إعتاقه، و عدم ضمانه لمتلفاته إلا بعد عتقه، و عدم استحقاقه للإرث إلا بعد عتقه؛ و انتقال ماله بموته للمولى، و عدم جواز الوصية له، و الوقف عليه، و عدم حرمة التصرف بضروبه حتى التملك على مولاه، مع حرمة التصرف بأموال الناس، و تملك المولى ما كان من فوائد البدن كالحمل و اللبن و عوض البضع و نحوه مما لا ريب في أولوية الخارج منه، و صرف الوصية له من المالك إلى عتقه، كصرف الوصية لأم الولد إلى عتقها من الثلث ثم إعطاء الوصية و غير ذلك - مما يورث الفقيه القطع بعدم قابليته للملك، فلا تقدر المناقشة في كل واحد منها.

مضافاً إلى أن القول بملكه يستلزم جواز تملك كل من العبدین صاحبه في بعض الصور؛ اللهم إلا أن يمنع الملازمة؛ فإن القابلية للملك أعم من اقتضاها ذلك كيف كان، إذ الحر يملك و لا يملك أبويه، و قد يناقش بأن الحر يملك إلا أنهما ينعقدان عليه قهراً، فالملك حاصل زماناً ما قبل العتق، أو متقدماً عليه ذاتاً كتقدم العله على المعلول فتأمل جيداً و الله أعلم.

هذا كله في القول بعدم الملك و قيل يملك فاضل الضريبه خاصه التي يضربها عليه مولاه، الا- اني لم أعرف القائل به بالخصوص و ان نسب الى الشيخ في النهايه و القاضى الا ان الذى عثرت عليه في الأول مع عدم اختصاصه بفاضل الضريبه، صريح في إرادته ملك التصرف كما حكا عنه في الدروس لا الرقبه، قال «المملوك لا يملك شيئاً من الأموال ما دام رقاً، فان ملكه مولاه شيئاً ملك التصرف فيه بجميع ما يريده، و كذلك إذا فرض عليه ضريبه يؤديها اليه، و ما يفضل بعد ذلك يكون له جاز ذلك، فإذا أدى الى مولاه ضريبه كان له التصرف فيما بقى من المال، و كذلك إذا أصيب العبد في نفسه بما يستحق به الأرش كان له ذلك، و حل له التصرف فيه، و ليس له رقبه المال على وجه من الوجوه.

و نحوه عن القاضى و لذا نسبه إليهما فى المحكى عن المهذب نعم قيل إن القول بذلك محكى عن الصدوق و الإسكافى حيث قالوا: يملك العين لكن لا مستقرا؛ و فيه أنه أيضا غير خاص بفاضل الضريبه.

و على كل حال ف هو المروى صحيحا

قال عمر بن يزيد(١)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكا له، و قد

كان مولاه يأخذ ضريبه ضربها عليه فى كل سنه و رضى بذلك المولى، فأصاب المملوك فى تجارته ما لا سوى ما كان يأخذ مولاه من الضريبه قال: فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه، فما اكتسب بعد الفريضه فهو للمملوك قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: أ ليس قد فرض الله تعالى على العباد فرائض، فإذا أدوها إليه لم يسألهم عما سواها، قلت: للملوك أن يتصدق مما اكتسب و يعتق بعد الفريضه التى كان يؤديها إلى سيده؟ قال: نعم و أجر ذلك له، قلت:

فإن أعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضه لمن يكون ولاء العتق؟ قال: فقال:

يذهب فيتولى إلى من أحب، فإذا ضمن جريرته و عقله كان مولاه و وارثه، قلت:

أ ليس قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الولاء لمن أعتق؟ قال: فقال: هذا سائبه لا يكون ولاؤه لعبد مثله، قلت فان ضمن العبد الذى أعتقه جريرته و حدثه أ يلزمه ذلك و يكون مولاه و يرثه؟ قال: فقال: لا يجوز ذلك و لا يرث عبد حرا»

مضافا إلى ما فى كشف الأستاد من أن عقد الكتابه يقتضى عدم استحقاق المولى سوى ما فرضه لنفسه، فلو لم يكن الفاضل للعبد، بقى بلا مالك؛ و نوقش فى الأول بأنه- مع قصوره عن معارضه غيره مما عرفت من وجوه و لو كان بالإطلاق أو العموم و منافاته لما دل على الحجر عن التصرف على تقدير الملك- قابل للحمل على إرادته إباحه التصرف له باذن المالك لا لأجل الملك، بعدم اختصاص اللام به لغه، و الحكم فيها بصحة العتق و التصديق عن العبد يمكن أن يكون كذلك أيضا، لأن توقفهما على الملك ليس بمعنى عدم صحتها من غير المالك مطلقا، بل مع عدم الاذن منه فى التصرف

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ١- باختلاف يسير.

و الاذن هنا متحقق بالفرض، و أما اختصاص الأجر به فلان العبد هو المباشر للعتق و السبب التام فيه، لان المالك لم يقصد شيئاً منها بعينه، بل لم يطلب من العبد التصرف بأسرها، و إن لم يكن فيها أجر، و فى الثانى بأنه لا منافاه بين كونه مالا للمولى و كونه محجورا عليه يملكه بعد تمام عتقه أو بعد وفاء بعضه فتأمل جيدا. فإنك تسمع إنشاء الله فى كتاب المكاتب المفروغيه من ملك العبد فلاحظ و تأمل.

و يملك أرش الجنايه خاصه أو مع فاضل الضريبه خاصه على قول آخر لم أعرف القائل بكل منهما، كالقول بأنه يملك ما ملكه مولاه خاصه، أو مع أرش الجنايه خاصه أو مع فاضل الضريبه فقط أو الثلاثه و إن حكى جميع ذلك شيخنا فى شرحه، بل و غيرها، فإنه قال بعد أن اختار عدم الملك، و استدل عليه: «فلا وجه للقول بأنه يملك مطلقا، و نسب إلى الأكثر فى روايه، و إلى ظاهر الأكثر فى أخرى، أو يملك فاضل الضريبه فقط، أو أرش الجنايه كذلك و نسبا إلى الشيخ و أتباعه، أو ما ملكه مولاه و ربما عد منه فاضل الضريبه، و ما أذن له فى ملكه أو المركب منها على اختلاف أقسامه، أو يملك ملكا غير تام أو التصرف خاصه» و يمكن أن يكون المراد من ذلك الأعم من القول و الاحتمال.

و على كل حال فلم أجد ما يشهد للقول بملك أرش الجنايه سوى ما قيل من أن المولى إنما يملك خدمته و الانتفاع به، و أما النفس فنفسه، و أما البدن فبدنه، و أرشهما له، و لم تتعلق التكاليف بهما، و فيه ما لا يخفى.

و سوى

موثق إسحاق بن عمار(١) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما تقول فى رجل يهب لعبده ألف درهم؛ أو أقل أو أكثر فيقول: حللنى من ضربى إياك، و من كل ما كان منى إليك، و مما أخفتك و أرهبتك، و يحلله و يجعله فى حل رغبه فيما أعطاه، ثم إن

المولى بعد أن أصاب الدراهم التي أعطاه في موضع وضعها فيه العبد فأخذها السيد المولى إحلال هي له؟ قال: فقال: لا تحل له لأنه افتدى بها نفسه من العبد، مخافه العقوبه و القصاص يوم القيامة، قال: فقلت له: فعلى العبد أن يزيها إذا حال عليها الحول؟ قال: لا إلا أن يعمل له فيها؛ و لا يعطى من الزكاه شيئاً»

و فيه- مع أنه ليس من أرش الجنايه. اللهم الا أن يدعى أولويته مما الذى هو ليس عوض جنايه، مع أنه من المولى، فالجنايه من الغير حينئذ أولى، و يناقش بمنع الأولويه، و منع القول بما فى مضمونه، حتى تكون الأولويه معتبره.

- أنه قاصر عن معارضه غيره سندا بل و متنا، خصوصا مع اشتماله على ما حكى الإجماع على خلافه، من منع المولى انتزاع ما فى يد العبد، و ثبوت الزكاه على العبد و خصوصا مع ظهور ذيله فى موافقه العامه هذا. و تسمع إنشاء الله فى كتاب القصاص و الديات المفروغيه من ملك السيد أرش جنايه العبد الذى هو مملوك له، و الأرش جبر تفاوت ما مضى من ملكه.

و على كل حال فقد ظهر لك ضعف القول بملك ذلك خاصه، و قوه القول بعدم ملكه و لكن مع ذلك ما المصنف إلى القول بالملك مطلقا، فقال و لو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن له المولى للآيه (١) و الإجماع بقسميه كالإجماع الذى سمعته سابقا على أن للمولى انتزاع ما فى يد العبد قهرا عليه كان حسنا بل ظاهر الشهيد فى حواشى اختياره، و قد سمعت أن الأستاذ حكى نسبه إلى الأ-كثر فى روايه، و إلى ظاهر الأكثر فى أخرى، لكن الذى عثرت عليه من ذلك ما فى الدروس و المسالك؛ ففى الأول «اختلف فى كون العبد يملك، فظاهر الأكثر ذلك» و فى النهايه «يملك ما ملكه مولاه» إلى آخره و فى المسالك «القول بالملك فى الجمله للأكثر» و هما معا ليس فى الملك مطلقا.

و كيف كان فيدل على ذلك- مضافا إلى أنه يحصل به الجمع بين ما يتقاضى.

الملك، و بين ما يقضى عدمه، بحمل الثانى على الحجر و جواز الانتزاع فكان ملكه غير ملك، لانتفاء هذين اللذين هما كالركن فى الملكيه- إطلاق ما دل على خصوص الملك بتحقق أسبابه، و فإنه يشمل الحر و المملوك و دعوى الانصراف إلى الأول- و لو بسبب معلوميه حجر العبد، و عدم جواز تصرفه،- ممنوعه خصوصا فى نحو الحيازات للمباحات، إذ دعوى عدم ملكه لها- و إن وقع منه الحيازه كدعوى ملك المولى لها، بمجرد حيازه العبد لها بغير إذنه- لا تخلو من نظر اللهم إلا أن يدعى أن مثل ذلك نماء الملك فيتبعه فيه، لان نماء كل شىء بحسب حاله، فتأمل جيدا.

و ما يستفاد من تضاعيف الأدله من قابليه العبد للملك فى الجملة، منها ما سبق، و منها ما تسمعه، فلا مانع حينئذ لأن يعمل السبب مقتضاه، و ليس فى الأدله ما يصلح للتقييد و التخصيص، كما أنه ليس فيها ما هو صريح فى نفى قابليه الملك، إذا المنساق من الآيه الأولى (١) إرادته الحجر فى التصرفات، خصوصا بعد قوله «وَمَنْ رَزَقْنَاهُ» إلى آخره، لا- أن المراد عدم قابليه الملك أصلا حتى مع إذن المولى.

و النصوص المتضمنه لتفسير الآيه- مع أنه جيب تقييدها بما إذا كان متزوجا أمه المولى بما

تعرفه فى باب النكاح من أن المشهور كما قيل كون طلاق غيرها بيده- كالصريحه فى إرادته عدم القدره بدون الاذن خصوصا مثل

صحيح العتقوفى (٢) عن ابى عبد الله عليه السلام: «قال: سئل و أنا عنده أسمع عن طلاق العبد؟ قال: ليس له طلاق و لا نكاح، أما تسمع الله يقول (عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) قال: لا يقدر على نكاح و لا طلاق إلا بإذن مولاه».

هذا كله بعد الإغضاء عن دعوى كون الوصف كاشفا غير مخصص، و من الآيه الثانيه (٣) إرادته عدم الاشتراك من حيث العبوديه، لا ما يحصل بالأسباب الأخر التى منها

١- ١ سورة النحل الآيه- ٧٥.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٦٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٢.

٣- ٣ سورة الروم الآيه- ٢٨.

تمليك السيد، خصوصا بعد

المروى فى دعائم الإسلام (١) عن على و أبى جعفر و أبى عبد الله عليهم السلام «أنهم قالوا العبد لا يملك شيئا إلا ما ملكه مولاه، و لا يجوز له أن يعتق و لا يتصدق مما فى يده إلا أن يكون المولى أباح له ذلك أو أقطعه ملا من ماله أباح فعله أو جعل عليه ضريبه يؤديها إليه و أباح له ما أصاب بعد ذلك، هذا معنى ما روينا عنهم عليهم السلام و إن اختلف لفظهم فيه»

بل هو من أدله المسألة ك

المروى فيها أيضا عنه (٢) عن جعفر بن محمد عليه السلام «أنه سئل عن رجل باع عبدا فوجد المشتري مع العبد مالا قال: المال رد على البائع إلا أن يكون قد اشترطه المشتري؛ لأنه باع نفسه و لم يبيع ماله»

الحديث.

و

صحيح زراره (٣) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبدا و للعبد مال، لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أن له ما لا تبعه ماله، و إلا فهو له»

و

صحيحه الآخر (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «إذا كاتب الرجل مملوكه أو أعتقه و هو يعلم أن له مالا و لم يكن السيد استثنى المال حين أعتقه؛ فهو للعبد»

و نحوهما صحيح عبد الرحمن (٥) و النصوص جميعها يمكن الجواب عنها بالتزام ما فى بعضها، و إن كان مخالفا لقواعد الملك كما قلناه فى الحجر، و جواز الانتزاع و تخير الأمه بعد العتق بالبقاء على الترويج و عدمه، و غير ذلك مما قيل به للأدلة، و بحمل الآخر على إرادته الحجر و جواز الانتزاع، فملكه فى الحقيقة ليس ملكا، أما قابليته للملك كقابليته لسيار التصرفات إذ هو انسان عاقل، و ربما فاق الكثير من الأحرار، فلا يقاس على البهائم فلا دلالة فيها على نفيه.

نعم سلطان المولى عليه؛ و على ما فى يده كسلطان الله على العباد و ما فى أيديهم

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٤٨٥.

٢-٢ المستدرک ج ٢ ص ٤٨٥.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٢٤ - من أبواب العتق الحديث ٢-.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٢٤ - من أبواب العتق الحديث - ١.



على وجه لا- ينافى الملك الذى أناطه الله تعالى بأسبابه لا جراه بعض الاحكام عليه، و لعل فى الآيه الثانيه(١) إشعارا بذلك، ضروره كون المراد نفى شركه العبد مع المولى كنفى شركه العباد مع الله تعالى شأنه.

و يؤيد ذلك إضافه المال إلى العبد فى النصوص الكثيره المتفرقه فى الأبواب الذى لا يسع الفقيه حصرها، على وجه يقطع بعدم إرادته الأدنى ملابسه منها الذى هو ضرب من المجاز فيها، و لا يناسبه هذه الكثره المجرده عن القرينه، و ما تقدم فى باب الربا من نفيه بين السيد و العبد؛ كالولد و الوالد الظاهر فى ثبوت الملك له أيضا.

و قوله تعالى (٢) «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ» الآيه بناء على أن الضمير فى قوله يكونوا راجع إلى المذكورين سابقا و من جملتهم العبيد و الإماء، فيدل الجزاء على توقع الغناء و إمكانه فى حقهم؛ و هو يدل على الملك إذ لا غناء بمال مملوك، و دعوى أن المراد من الغناء رغد العيش وسعته و لو بالإباحه، فلا ينافى ثبوته للعبيد، فإن حالهم فى ذلك تابع لحال الموالى غالبا واضحه المنع.

نعم قد يقال أن المراد من الضمير غير العبيد، إذ لو أريد الأعم لم يكن عدمه فى حق المماليك مانعا لهم من التزويج، لثبوت المهر و النفقه على المولى إذا كان النكاح بإذنه، و لا وجوده مرغبا، لتحقق الحجر المانع من التصرف و إن حصل الملك، و هو خلاف ما يقتضيه سياق الآيه، و

الصحيح عن أبى جرير(٣) قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوك له أنت حر و لى مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل المال يقول لى:

مالك و أنت حر برضاء المملوك».

و المناقشه فى سنده- باشتراك أبى جرير، و بالاضطراب لأن ثانى الشهيدين

١- ١ سورة الروم الآيه- ٣٨.

٢- ٢ سورة النور الآيه ٣٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٤- من أبواب العتق الحديث- ٥.



رواها في موضعين عن جرير أحدهما عن أبي الحسن عليه السلام، و الآخر عن الصادق عليه السلام.

مع أن عن بعضهم نفى روايته عن الأول بلا واسطه، و في روايته عن الثاني كذلك الكلام المشهور؛ و عن النجاشي عن يونس أنه لم يسمع من الصادق عليه السلام الا حديثين - لا تقدح بعد الانجبار و الاعتضاد بما عرفت، كالمناقشه في متنه - بأن الإضافه على التوسع، و اعتبار رضا المملوك على الندب، كما يشهد له وقوع الأمر باعتباره في حيز النهي عن تقديم العتق على ذكر المال، المعلوم أنه ليس على

التحريم، - إذ هي كما ترى تكلف بلا داع و لا شاهد.

و

الصحيح عن الفضيل بن يسار(١) قال: «قال: لى عبد مسلم عارف أعتقه رجل فدخل به على أبي عبد الله عليه السلام فقال له: من هذا السندی فقال: رجل عارف و أعتقه فلان فقال أبو عبد الله عليه السلام: ليت إنى كنت أعتقته، فقال السندی لأبى عبد الله عليه السلام إنى قلت لمولاى: بعنى بسبعمائه درهم، و أنا أعطيك ثلاثمائه درهم، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إن كان يوم اشترطت لك مال فعليك أن تعطيه، و إن لم يكن لك يومئذ مال فليس عليك شىء».

و المناقشه في سنده - بأن الراوى فيها العبد الذى لم يظهر من الروايه إلا كونه مسلما عارفا، و لا يكفى ذلك في التوثيق، و في المتن بأن الإضافه بأدنى ملابسه، و إيجاب الدفع عليه بكون المال ملكا للبائع، و إنما جوز له بتعيينه المقصدار تصرفه فيما عداه فيبقى المنع فيه ثابتا، فلا يكون دالا على الملك - كما ترى خصوصا الثانيه، و

موثق إسحاق بن عمار(٢) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام، «أن عليا عليه السلام أعتق عبدا له فقال إن ملكك لى و لك و قد تركته لك».

و المناقشه فيه - بأنه؛ غير دال على ملك العبد بوجه، لان الخلاف في ملك العبد للمال،

و مقتضى الروايه ملك الرقبه مجازا بناء على أن له في نفسه حقا و ليس ذلك

١- ١ الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب العتق الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب العتق الحديث - ٧.

من محل النزاع فى شىء، و حمل الملك هنا على ملك المال مع مخالفته لظاهر اللفظ لا وجه له، لانتفاء الشركه فىه على القولين، فإن ما يكتسبه العبد لنفسه إما أن يكون له بأسره، أو ينتفى عنه بأسره؛ فالتفصيل خلاف الإجماع، و حمل الشركه على المجاز يقتضى سقوط الاستدلال - يدفعها انسياق إرادته الأخير منها على أن للمولى انتزاع ما فى يد العبد و تملكه فهو له حينئذ من هذه الجهه، و للعبد باعتبار ملكيته لنفس المال على الوجه المزبور بل لا ريب فى صلاحيه ذلك وجهها للجمع بين ما يقتضى ملك السيد و ما يقتضى ملك العبد متمما نفيه عنه بإرادته الحجر عليه فيه، بل هو اولى من الجمع بحمل الأول على الحقيقه؛ و الثانى على إباحه التصرف باذن المولى، و أن الإضافه لأدنى ملابسه، و نحو ذلك مما لا يخفى على المتأمل عدم قابليه مجموع الأدله له، فظهر من ذلك كله قوه ما استحسنته المصنف، و ما يقال - من منع المكافاه لما دل على نفى الملك لكثرتة، و وضوح سند أكثره؛ و اعتضاده بالشهره، كما عن التذكره و موافقه ظاهر الآيتين المتقدمتين، و مطابقه الأصول و القواعد، و مناسبه الأحكام الكثيره المتفرقه فى مسائل الفقه و أبواب الحديث، كما سبقت إليه الإشاره، فيجب تأويل ما دل على الملك، أو حملة على التقيه، لموافقته لمذهب كثير من العامه، فقد نقلوا القول بالملك عن مالك و الشافعى فى القديم و أهل الظاهر و أحمد بن حنبل.

- قد عرفت اندفاع كثير منه و ربما كان حمل ما دل على نفى الملك على التقيه اولى، لأنه مذهب أبى حنيفه المعلوم شدة التقيه منه، و الثورى و إسحاق و أحمد فى إحدى الروايتين، و الشافعى فى الجديد، و أيضا قد يقال، إن المراد من النصوص الداله على أن ماله لمولاه إذا بيع أو أعتق أو مات هو بقاء سلطنه البائع عليه التى ثبتت على المال حال العبوديه، و لا دليل على زوالها بزوال الملك، بل ظاهر قوله عليه السلام إنما باع نفسه و لم يبع ماله» خلافه، و دعوى الإجماع على الانتقال إلى ملك المولى ممنوعه أشد المنع، و لو سلمت ثبت المطلوب، ضروره اقتضاء الانتقال كون المال ملكا للعبد حتى يتجه انتقاله.

نعم المسلم منه و من النصوص بقاء السلطنه التي كانت للمولى قبل البيع و العتق و الموت، فلا يبعد التزام كون الرقيه باقيه على حكم مال العبد؛ و إن كان سلطان التصرف للمولى و لا يعارضه سلطان المولى الثانى أو حريه العبد نفسه، بعد تعلق حق المولى الأول على وجه لا شرکه معه، و بذلك ينكشف الاشكال عن الحكم فى النصوص المزبوره، كما أنه يظهر منه عدم كون ذلك من الإرث فى حال الموت؛ بل هو شىء ثابت للسيد حال الحياه هذا.

و من مجموع ما ذكرنا يظهر لك وجوه المركبات، و لعل القول السادس الذى هو ملك غير تام يرجع إلى ما قلناه كما يومى إليه ما ذكر مستندا له، من أنه مقتضى الجمع بين ما دل على سلطان المولى على منعه من التصرف، بل عدم جواز تصرفه إلا بأذنه، و بين ما دل على ملك العبد، بالحمل على الملك الغير التام؛ و أما السابع فقد قيل: إن مستنده قيام الإجماع و شهاده الأخبار بأن المولى إذا أذن لعبده فى التصرف جاز للعبد ذلك، و هو ملك التصرف، ففيه أن الفرق بين ملك التصرف و إباحتها غير واضح، و القياس على النكاح و التحليل يدفعه أن للبضع حكما آخر؛ و لذلك لا يدخله صلح و لا معاوضه بوجه من الوجوه و الله أعلم.

و على كل حال فلو كان فى يد العبد المسلم عبد مسلم، و مولاه كافر ففى شرح الأستاذ بيع على جميع الأقوال، و لو انعكس بأن كان المولى مسلما و العبد كافرا، و كان فى يده عبد بيع على القول بملكه العبد، أو تملكه المولى بناء على أن له الانتزاع الشامل للملك، دون القول بعدم ملكيته، و لو وطئ العبد جاريته من دون إذنه، حد على القول بعدم ملكه حد الزانى، و عزر على القول بالملك؛ و لا يجوز للمولى وطئ من تحت يد مملوكه من دون إذنه على القول بملكه إلا أن يقصد الملك.

و فى شرح الأستاذ لا يبعد جعل التصرف مملكا، و فيه بحث، و لا يصح له نكاحها إلا على القول بملكه العبد، و لو وهب كل من السيدين عبده لعبده الآخر دفعه بطل على القول بالملك: إذ لا يكون السيد ملكا لعبده؛ و كذا مع جهل التاريخ، و مع

العلم به يملك السابق اللاحق دون العكس، و لو علم تاريخ أحدهما ففي الحكم بتأخير المجهول عنه إشكال ذكرناه غير مره، إلى غير ذلك من الأحكام المتفرعه على القولين من الاستطاعه و وجوب وفاء الدين، و الإنفاق و نحو ذلك كما هو واضح و ليس منه على الظاهر.

### [المسأله الثانيه من اشترى عبدا له مال كان ماله لمولاه ]

المسأله الثانيه التي هي من اشترى عبدا له مال كان ماله لمولاه، إلا أن يشترطه المشتري أو تكون قرينه على التبعية لثبوت الحكم المزبور على القولين، أما على القول بأن الملك للسيد فواضح؛ ضروره عدم اندراج المال في اسم العبد؛ بل إضافته إليه إنما هي لأدنى ملابسه؛ و أما على القول بأن الملك للعبد، فلانتقاله عنه بالبيع إجماعا محكيا في شرح الأستاذ بل فيه الاستدلال عليه به، و بظاهر الاخبار على تقدير الملك، لكن ستمتع في المسأله الثالثه عبارته عن المبسوط تنافي ذلك، للحكم فيها بالبقاء على ملك العبد.

و على كل حال فهما إن تم أولهما الحجه في ذلك، كما أن الاخبار الحجه على انتقاله إلى البائع دون المشتري،

قال محمد بن مسلم (١) «سألت أحدهما عليه السلام عن رجل باع مملوكا، فوجد له مال، فقال: المال للبائع، إنما باع نفسه؛ إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من متاع فهو له»،

و

في خبر يحيى و أبي العلاء (٢) «عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام قال: من باع عبدا و كان للعبد مال فالمال للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، أمر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بذلك»

إلى غير ذلك من النصوص، و لا استبعاد في ذلك، لجواز اشتراط ملكه ببقائه في يد مولاه، و يكون خروجه بمنزله موته الناقل لما له إليه، أي على حسب انتقال مال الوصيه إلى الموصى له؛ لا انتقال ارث، لما عرفت من عدم التوارث بين العبد و الحر، و تغير الحكم بالانتقال غير عزيز،

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ٤- لكن عن يحيى بن أبي العلاء مع اختلاف يسير.

كما فى رجوع أمر نكاح العبد إلى مشترىه و إلى زوجته إذا أعتقت.

و من ذلك يظهر لك ما فى المسالك من إشكال الحكم بكونه للبائع على تقدير الملكيه، بأن ملك مالك لا ينتقل عنه إلا برضاه، و الحال أن العبد لا مدخل له فى هذا النقل، ثم أنه بعد أن اعترف بأن هذه المسأله ذكرها من ملكه و

من أحاله؛ قال: «و لا يندفع الإشكال إلا إذا قلنا بأن المراد بملكه العبد تسلطه على الانتفاع بما قيل تملكه له، لا ملك الرقبه كما نقله فى الدروس عن بعض القائلين بالملك، فىكون الملك على هذا الوجه غير مناف لملك البائع، لرقبته على وجه يتوجه به نقله إلى المشتري أو بقاؤه على ملكه، و فيه ما عرفت مضافا إلى ما تقدم سابقا من عدم وضوح الفرق بين ملك التصرف و إباحته فتأمل جيدا.

على أنه لا- يتم على ظاهر المصنف فإنه مال إلى ملك العبد مطلقا مع حكمه بذلك، و هو صريح فى إرادته ملك الرقبه كما اعترف هو به بعد ذلك، و قال اللهم إلا أن يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم، فيرد حينئذ بأنه دال على عدم ملك العبد لئلا ينافى الحكم المتفق عليه من عدم ملكيه شخص مال غيره إلا برضاه و هو كما ترى لا يخلو من تناقض، و ما ذكره من الاتفاق بحيث يشمل ملك العبد المخالف لأحوال الملك بالحجر و بجواز الانتزاع و بغيرهما واضح المنع، فتأمل.

و كذا يظهر ما فى المصباح من الاستدلال بهذه النصوص على عدم الملكيه، قال: «لأنه لو كان ما فى يد العبد له، لاستمر ملكه له عليه بعد البيع، و لم يكن شىء من ذلك للمشتري، و لا البائع، لانتفاء الناقل عنه، و لا كان للسيد بيع المال معه، لعدم مالكيته له، و هو ظاهر، بل تعجب من الأصحاب حيث استدلوا بهذه على مالكيه العبد، استنادا إلى إضافه المال إليه فيها؛ و الظاهر منها الملك و هو ضعيف جدا لأن الإضافه يكفى فيها أدنى ملابسه و ظهورها فى الملك مع تسليمه مدفوع بقيام القرينه الصارفه».

قلت: قد عرفت عدم صرفها و أنه لا مانع عن القول بملكه ثم الانتقال عنه بالبيع للبائع كالموت، على أنه لو سلم كون مثل ذلك قرينه صارفه أمكن حمل هذه النصوص

على أن المراد من مال العبد فيها ما كان للمولى، و أضيف إليه ككسوته و فراشه و نحوهما، لا أن العبد لا يصلح للملك أصلاً، فلا- يستدل بها عليه كما هو واضح و لولا الإجماع المدعى على الانتقال عن العبد على القول بملكه؛ لكان وجهها جيداً لهذه النصوص.

و ربما يقال استثناء الاشرط فى هذه النصوص إنما يتجه على القول بالملكيه، إذ معناه حينئذ أن مال العبد إذا بيع للبائع، إلا إذا اشترط المشتري بقاءه للعبد، لعموم

قوله عليه السلام (١) «المؤمنون عند شروطهم»

أما على القول بأنه ملك للبائع فقد يشكل اشترطه للعبد بعدم قابليته للملك فلا يصح الاشرط، و حمله على إرادته إبقاء الإباحه خلاف الظاهر بل معلوم البطلان لظهور النصوص فى خروجه بذلك عن كونه ملكاً للبائع، و أما اشترطه للمشتري؛ فيشكل أيضاً بأن المعلوم من الشرط فى الأعيان تملكها بأسبابها من بيع أو هبه أو نحو ذلك؛ لا أنه هو بنفسه

مملكاً لها، بل أقصاه الإلزام بما يقتضى تملكها من الأسباب، و لو سلم أعميه الشرط من ذلك؛ أمكن منع جريان حكم المبيع عليه من القبض فى المجلس لو كان صرفاً، و عدم جواز التفاضل لو كان ربويًا، و الجهل و غيرها، مع أن ظاهر الأصحاب جريان جميع ذلك عليه لو اشترط.

اللهم إلا أن يلتزم إلحاق ذلك بالمبيع، أو يراد بالشرط المذكور فى كلامهم الذى أجروا عليه الأحكام المزبوره بشرط التبعية فى البيع للعبد، على معنى كونه مع ماله مبيعاً فهو حينئذ و لو كان بالشرط كالمسأله الآتيه التى ليست بصوره الشرط؛ بل قد يوجه الشرطيه للمشتري على القول بالملكيه أيضاً على وجه يكون مبيعاً أيضاً، بأن للمولى التصرف بمال عبده قهراً عليه، و منه حينئذ يبعه فله اشترطه حينئذ على وجه يكون مبيعاً و إن لم يكن مالكا، و عدم البيع إلا فى ملك مخصوص بذلك حينئذ،

أو يقال إن هذا التصرف بنفسه مملكا، نحو ما سمعته في وطئ المولى جاريه عبده، و ان كان فيه ما لا يخفى.

نعم قد يشكل على الأول جريان أحكام الربا و نحوه على مثل هذا البيع لإمكان دعوى ظهور أدلته في البيع للمالك، لا لنحو المقام الذى فرضنا المالك فيه العبد، و البيع للمولى، لكن ظاهر الأصحاب هنا جريان أحكام البيع بأسرها على تقدير الملك و عدمه كما يوضحه ما ذكره في المسألة الآتية و لعله لإطلاق الأدله أو عمومها.

نعم فى شرح الأستاذ أنه هل يلحق مال العبد بالتوايع كالشرب و الطريق و الحریم و نحوهما، فيسوغ فيه ما لا يسوغ فيما يدخل فى المبيع أصاله أولا؟ بل يجرى فيه حكم الأصاله و جهان، قلت: لا ريب فى قوه الثانى منهما، لعدم التبعية المحققه فى المقام، فليس هو إلا- بيعا أصليا، بل لا- فرق فى المشهور هنا بين جعله شطرا أو شرطا لما عرفت من رجوع الثانى هنا عند التأمل إلى الأول، لكن فى شرح الأستاذ الأقوى أنه يجرى فى الثانى من المسامحه ما لا يجرى فى سابقه؛ فتأمل جيدا، هذا.

و فى المختلف بعد أن حكى عن ابن حمزه صحه البيع بغير جنس ما عند البيع إذا لم يعرف مقدار ما معه، و فساده إذا باع بالجنس لجواز تطرق الربا، قال:

«لكن يبقى فيه إشكال من حيث أنه باع مجهولا، إلا أن يقال إن المال تابع فجهالته لا تمنع صحه البيع، و هو مؤيد لما احتمله الأستاذ فى شرحه، و لا ريب فى ضعفه إذا كان المراد كل ما كان للعبد، لا مثل ثيابه و نحوها؛ و الله أعلم.

و على كل حال فما قيل: فى أصل المسألة كما عن ابن البراج من التفصيل بأنه إن لم يعلم به البائع أى بمال العبد فهو له و إن علم فهو للمشتري ل

حسن زراره(١)«قلت: لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يشتري المملوك

و له مال: لمن ماله؟ قال: إن كان علم البائع أن له مالا فهو للمشتري؛ وإن لم يكن علم فهو للبائع»

فواضح الضعف إذ الملك لا- ينتقل إلى المشتري بمجرد العلم من دون صيغته؛ والخبر المزبور قاصر عن مقاومه ما تقدم، المعتضد بما سمعت، و بأصالة بقاء ملك المولى بناء على ملكه، و بقاء سلطانه بناء على عدمه، و حيث سمعت الإجماع على الخروج عن العبيد بقى سلطان مولاه بلا معارض، إذ لا دليل يدل على دخوله فى ملك المشتري بعد فرض خروجه عن ملك العبد الذى ثبت سلطانه مولاه على ما هو مملوك له كما هو واضح و لذا كان الأول مع كونه أظهر أشهر فيمكن حل الخبر المزبور حينئذ على اشتراط البائع للمشتري ذلك، أو على أن ذلك قرينه عليه و الله أعلم.

و لو قال المملوك للمشتري مثلا- اشترنى و لك على كذا لم يصح فلا- يلزمه ما جعل له، و إن اشتراه أما على عدم الملك فواضح، و أما على الملك فللحجر عليه؛ فيتوقف على إجازة المولى كما فى المسالك و غيرها، لكن فى شرح الأستاذ «لا يصح و لا تشتغل ذمه العبد له بشىء لو أتى بالعمل، سواء كان للعبد مال أو لا، ملكناه أو لا، أذن السيد أو لا إلا أن يعود إلى

السيد فتشتغل ذمته دون العبد كما هو المشهور بين الأصحاب شهره تفيد الإجماع، لأن كل من ذكر هذا الفرع حكم بذلك، و الساكت بعد أن مهد قاعده لا- أهليه له لتملك عين و لا منفعه، يستفاد منه امتناع أن يملك فى ذمه المجمعول له عملا، لا بعد العمل و لا قبله، و أنه لا قابليه له فى المعامله الشاغله للذمه، و عموم نفى قدرته فى الكتاب أبين شاهد فى هذا الباب».

و فيه أنه لا وجه للمنع على القول بالملك مع الإذن من المولى فى التصرف له فيما عنده من المال، سواء كان الجعل عينا أو فى الذمه، و دعوى الشهره التى يستفاد منها الإجماع على ذلك ممنوعه أشد المنع، كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم،



خصوصا ما ذكروه فيما لو جعل للمولى ذلك على بيعه، الذى رواه الفضيل (١) عن الغلام السندى عن الصادق عليه السلام، المتقدم سابقا فإنهم قد صرحوا بالصحة حينئذ لحصول الاذن من المولى بسبب كون المعامله معه؛ قال فى الدروس: «

روى فضيل «أنه لو قال لمولاه: بعنى بسبعمائه و لك على ثلاثمائه لزمه إن كان له مال»

و أطلق

فى صحيح الحلبي (٢) «لزوم الجعالة البائعه»

وقال الشيخ و أتباعه: «و لو قال لأجنىبى اشترنى و لك على كذا لزمه إن كان له مال حينئذ» و هذا غير المروى، و أنكر ابن إدريس و من تبعه اللزوم و ان كان له مال، بناء على أن العبد لا يملك، و الأقرب لذلك فى صورته الروايه فلا مانع منها على القولين، أما على أنه يملك فظاهر، و أما على عدمه فأظهر، و نحوه غيره و هو جيد جدا.

و منه يعلم النظر فيما ذكره الأستاذ أيضا بعد ذلك «من أنه لو قال العبد لسيده:

بعنى أو ملكنى من معين أو مطلقا و لك على كذا؛ فكما إذا قال للمشتري لما ذكر هناك، و لانه لا يكون لصاحب المال على ماله مال و ما فى بعض الاخبار مما ينافيه مطرح أو مأول بإرادته الوعد و نحوه، لقوه المعارض و لأنه فى الصورتين يلزم على القول بالصحة أما اشتغال ذمته بالدفع قبل انتقاله، فذلك استحقاق قبل العمل؛ مع أنه لا تصرف له بشىء ملكناه أولا و إن كان بعده كان ما فى يده للبائع أو للمشتري فلا شىء له فى الحالين حتى على القول بملكه، لزواله بانتقاله، فالاستحقاق عليه بعد انتقاله الملزوم لذهاب ماله و استحقاق المطالبه بعد العتق لا تصحح معاملته، لأن الاقدام عليه سفه، و لو جاز ذلك لصحت إجارتة و جعالاته و باقى معاملاته».

و هو كما ترى فيه نظر من وجوه حتى فى نفي الذمه للعبد على وجه المزبور، و قاعده عدم استحقاق المال على المال يمنع شمولها لنحو المقام، و أقصى ما يسلم

١- ١ الوسائل - الباب - ١٩ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٩ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢.

منها في جنايه العبد على المولى مثلا، فتأمل جيدا و قيل في مفروض المتن و القائل الشيخ و أتباعه كما سمعته من الدروس إن كان له مال حين قال له لزم و إلا فلا و هو غير المروى لما عرفت من مضمون خبري الفضيل (١) و الحلبي (٢) في الجعل للمولى، فلا ريب حينئذ في ضعفه على القول بالملك و عدمه لما سمعت و الله أعلم.

و لو قال للمولى أعتقني فلك على كذا ففي شرح الأستاذ «توقف شغل ذمه المولى بالإعتاق على شغل ذمه العبد الموقوف على الملك للعمل في ذمه المولى الموقوف على الإعتاق و أما الكتابه فحكم خاص» و فيه نظر يعرف مما تقدم أيضا و الله أعلم.

### [المسألة الثالثة إذا ابتاعه و ماله فإن كان الثمن من غير جنسه جاز مطلقا]

المسألة الثالثة: قد تقدم ما يدل على أن مولى المملوك مثلا إذا ابتاعه و ماله بناء على أنهما معا ملك له، فإن كان الثمن من غير جنسه جاز مطلقا و كذا يجوز بجنسه إذا لم يكن ربويا أو كان الربا بينهما منقيا، و لو كان ربويا و بيع بجنسه على من يثبت الربا معه فلا بد من زياده عن ماله تقابل المملوك تخلصا من الربا كما هو واضح، و في

الدعائم (٣) عن جعفر بن محمد عليه السلام «فإن باعه بماله و كان المال عروضا و باعه بعين فالبيع جائز كان المال ما كان، و كذلك إن كان المال عينا و باعه بعروض، و إن كان المال عينا و باعه بعين مثله لم يجز إلا أن يكون الثمن أكثر من المال، فيكون رقبه العبد بالفاضل، إلا أن يكون المال و رقا و البيع بتبر أو المال تبرا و البيع بورق فلا بأس بالفاضل، لأنه من نوعين»

أما لو قلنا بملكه حقيقه لم يشترط في الثمن ما ذكر لان ماله حينئذ ليس جزء من المبيع، فلا يقابل بالثمن.

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

١-١ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢.

٣-٣ الدعائم ج ٢ ص ٥٤.

أما لو كان الشرط كون المال للمشتري، فقد سمعت قره جريان الربا فيه أيضا، بناء على جواز هذا التصرف للسيد، فلاحظ و تأمل جيدا هذا. و لكن فى الدروس «و لو اشتراه و ماله صحح و لم يشترط عمله و لا- التفصلى من الربا إن قلنا يملكك و إن أحلناه اشتراطه، و روايه زراره مصرحه بإطلاق جواز زياده ماله على ثمنه».

قلت: هي

قول زراره فى الصحيح (١) لأبى عبد الله عليه السلام «الرجل يشتري المملوك و ما له فقال:

لا بأس به؛ قلت: فيكون مال المملوك أكثر مما اشتراه به قال:

لا بأس به»

و ظاهر الشيخين فى المقنعه و النهايه و المحكى عن سلال الفتوى بمضمونه بل هو مقتضى إطلاق المحكى عن ابن البراج و أبى الصلاح، و مقتضاه حينئذ عدم الربا فى ذلك للصحيح المزبور.

و القدح فى سنده فى المختلف إنما يتم على طريق الشيخ؛ اما على طريق الصدوق فهو صحيح كما ذكرنا، و يكون 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 المحكى عن المبسوط إذا باع عبدا قد ملكه ألفا بخمس مائة صحح البيع على قول من يقول أنه يملك، و لو باع ألفا بخمس مائة لم يصح لأنه ربا، و الفرق بينهما أنه إذا باع العبد فإنما يبيع رقبته مع بقاء ما ملكه عليه؛ فصح ذلك، و لم يصح بيع الألف بخمس مائة أو يكون ذلك مؤيدا لما قلناه من أنه على تقدير الملك، و أن للسيد البيع، و إن كان ملكا للعبد يمكن نفي الربا لما قد عرفت سابقا أو غير ذلك فلاحظ و تأمل جيدا و الله أعلم.

### [المسألة الرابعة يجب أن يستبرأ الأمة قبل بيعها]

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 أى المالك و ما فى المقنعه من التعبير عن ذلك بلفظ ينبغى مما يشعر بالخلاف؛ يصرفه ما فى باب لحوق

الأولاد منها من التعبير عنه بلا يجوز، و

صحيح على بن جعفر عن أخيه المروى عن قرب الاسناد(١)«سألته عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها أ يصلح بيعها من الغد، قال:

«لا بأس»

محمول على إرادته صحه البيع منه، أو على التي يسقط اشتراؤها باليأس و نحوه أو غير ذلك لمخالفته الفتوى، بل النصوص.

قال الصادق عليه السلام في صحيح حفص (٢)«في حديث «في رجل يبيع الأمه من رجل، عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع»

و

سأله أيضا ربيع بن القاسم (٣)«عن الجارية التي لم تبلغ المحيض و يخاف عليها الحبل؟

قال: يستبرئ رحمها الذي يبيعها بخمسه و أربعين ليله، و الذي يشتريها بخمسه و أربعين ليله»

و قال أيضا

في الموثق (٤)«الاستبراء واجب على الذي يريد أن يبيع الجارية ان كان يطأها، و على الذي يشتريها الاستبراء أيضا»

الى غير ذلك، و لعله لذا و غير نسب الوجوب المزبور إلى ظاهر روايات أصحابنا.

نعم صرح غير واحد بأنه لو باعها من غير استبراء أثم و صح البيع، لرجوع النهى إلى أمر خارج و لا بأس به، و إن كان لا يخلو من بحث إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، و عليه فالمتجه حينئذ تعين تسليمها إلى المشتري إذا طلبها، لأنها قد صارت ملكا من أملاكه.

نعم في المسالك احتمال بقاء وجوب الاستبراء قبله، و لو بالوضع على يد عدل لوجوبه قبل البيع فيستصحب، قال: «و أما بقاؤها عند البائع فلا يجب قطعاً؛ لأنها صارت أجنيبه منه» بل في جامع المقاصد «أنه لا وجه لسقوط الاستبراء عنه؛ فان قيل بعد وقوع البيع صارت حقا للمشتري، فلا يجوز منعه منها قلنا: قد ثبت وجوب الاستبراء سابقا على البائع فلا يسقط، غايه ما في الباب أن للمشتري إذا جهل الحال الفسخ، فان قيل: الاستبراء حق لله، و المبيع حق للادمي، و حق الله لا يعارض حق

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٣.

٤-٤ الوسائل الباب ١٨- من أبواب نكاح العبد و الإماء الحديث ٥.

الآدمي، قلنا: الاستبراء حق للبائع فلا- يكون حقا لله محضا الى أن قال: و التحقيق أن يقال: إنه لو باع قبل الاستبراء يكون البيع مراعى، فإن ظهر حمل تبين بطلانه، لانه من المولى حيث كانت فراشا له، و إلا ثبتت الصحة، فلا يكون ملكا للمشتري، فلا يتعين التسليم إليه، بل و لا يجوز استصحابا لبقاء وجوب الاستبراء».

و هذا واضح لا شبهه فيه، و قد يشكل بأن الحكم فى الظاهر كونها ملكا للمشتري لوجود المقتضى و عدم المانع و لو بالأصل، فلا ريب فى جريان حكم الملك عليه، و منه وجوب التسليم إليه مع الطلب، إلا أن الظاهر عدم سقوط الاستبراء عنه، للأصل و وجود حكمه الاستبراء و عدم إرادته الوصف المفوت للمأمور به من قوله عليه السلام «قبل البيع» و إنما هو لتمكين البائع من الاستبراء.

و منه ينقدح أنه مع البيع ترتفع سلطنته على العين، فليس له حبسها للاستبراء بدون رضا المشتري، فإن كان عامدا فى البيع قبله و لم يتمكن من أرضاه المشتري بالاستبراء، كان آثما و إن تعذر عليه إلا- أنه بسوء اختياره، و طن لم يكن عامدا و جب عليه الاستبراء، كان آثما و إن تعذر عليه إلا أنه بسوء اختياره، و إن لم يكن عامدا و جب عليه الاستبراء مما يحصل به رضا المشتري؛ فإن لم يتمكن سقط عنه و لا إثم عليه، كما هو مقتضى الضوابط، و من ذلك يعلم أنه لا يجب الوضع عند عدل أو الإبقاء فى يد البائع فى استبراء المشتري قطعاً، للأصل و ظاهر الأدلة، سواء كانت جميلة أو قبيحة، خلافاً لمالك فلم يوجب تسليم الجميلة؛ و إنما توضع على يد عدل إلى تمام مده الاستبراء للحقوق التهمه فيها، و لا ريب فى فساده لمخافته لأصول المذهب و قواعده، و لو جامعها المالك بعد العقد قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض، فعليه الاستبراء قبل الإقباض؛ و كذا لو عادت إليه بفسخ عبد الوطء أو كان قد وطأها قبل تملكها و الله أعلم. هذا.

و المراد باستبراء البائع - من الوطء فى ذلك الطهر بحيضه أو خمسه أو أربعين يوماً إن كانت مثلها تحيض و لم تحض هو انتظار حيضتها المتعقب لذلك الطهر ان كانت ممن تحيض؛ و ترك الوطء قبلا و دبرا خمسه و أربعين يوماً ان كان مثله تحيض و لم تحض، و لا يجب عليه ترك الوطء فضلا عن باقى الاستمتاع فى الأول إذ لا ثمره له بعد اشتراط تعقب الحيض.

نعم لو وطأها بعد تمام الحيض احتاج فى جواز البيع إلى انتظار حيض آخر؛

للاستبراء من الوطء المتجدد كما هو واضح، فما فى الرياض و شرح الأستاد من اعتبار ترك الوطء دون باقى الاستمتاع فى استبراء البائع لا وجه له، نعم هو كذلك فى استبراء المشتري، بل عن المبسوط اعتبار ترك باقى الاستمتاع فيه أيضا، بل فى التحرير- ما يوافق:- «من اشترى جاريه حرم عليه وطؤها قبلا- وغيره، و تقبيلها و لمسها بشهوه حتى يستبرئها» و عن حواشى الشهيد أنه حرم فى الدروس القبلة خاصة، و إن كانت النصوص المعتضده بالفتاوى و الأصل و انتفاء وجه الحكمة و المحكى عن الخلاف من إجماع الفرقه و أخبارهم على خلافهما، ف

فى صحيح محمد بن إسماعيل (١) «قلت أ يحل للمشتري ملامستها؟ قال: نعم، و لا يقرب فرجها»

و

الموثق (٢) «فيحل له أن يأتيها فيما دون فرجها؟ قال: نعم قبل أن يستبرئها»

و خبر «محمد عن أبي عبد الله» عليه السلام (٣) «لا بأس بالتفخيذ لها حتى تستبرئها و إن صبرت فهو خير لك»

مع أنه لم نقف على معارض لذلك؛ سوى ما قيل من قياس الاستبراء على العده الذى هو مع كونه مع الفارق لا يجوز العمل به فى مذهبنا و

ما فى الموثق (٤) «عن الرجل يشتري الجاريه و هى حبلى أ يطأها قال: لا قلت: فدون الفرج؟ قال: لا يقربها»

و هو مع أنه فى الحبلى التى لا- استبراء فيها يتجه حمله على الكراهه كما أومى إليه الخبر الأخير، فظهر من ذلك الفرق بين استبراء البائع و المشتري فى ذات الحيض، بل ظنى أن الخلاف المزبور فى ضم باقى الاستمتاع إلى الوطء إنما هو فى استبراء المشتري دون البائع؛ و إن كان يوهمه عباره التحرير.

نعم قد يتوقف فى اعتبار ترك الوطء دبرا فى الاستبراء، بل و فى الاستبراء منه، للأصل بعد اختصاص الموجب من النص بحكم التبادر و إن كان فيه لفظ الفرج بمحل

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ١ لكن عن عبد الله بن محمد.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ٥.

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

و منه يظهر وجه الإشكال في التعميم الوطاء له مع العزل الموجب للقطع بعدم الحبل من هذا الوطاء و لا- فرق فيه بين القبل و الدبر، قلت: لا أجد خلافا في اعتبار ترك الوطاء في القبل من الاستبراء، و لو مع العزل كما لا أجد في اعتبار الاستبراء منه، إذا كان كذلك أيضا، لإطلاق النص و الفتوى، و لعله لعدم القطع بعدم الحبل منه، و لذا يلحق به الولد معه، ضروره إمكان سبق الماء من غير شعور، و غير ذلك.

و منه يتجه حينئذ ما عند الأصحاب من اعتبار ترك الوطاء فيهما خصوصا بناء على إمكان تحقق الحبل بالوطي في الدبر لوجود المسلك منه إلى الفرج فلا يجدي حينئذ العزل كما لا يجدي لو كان في الفرج، و فرض حصول القطع بعدم الحبل من الوطاء نادر، لا تنزل عليه النصوص و الفتاوى، مضافا إلى أن ذلك هو الموافق للاحتياط المؤكد طلبه في الأنساب.

هذا كله مع

ما في الصحيح (١) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام «قال: سألته عن رجل يبيع جاريه كان يعزل عنها، هل عليه منها استبراء قال: نعم»

و أيضا ظاهر النهي في النصوص و غيرها التعبد إذ ليس في شيء منها ما يقتضى كون ذلك من جهه الحبل على وجه يكون عليه المدار و دعوى أن المنساق منها ذلك و اضحه المنع، خصوصا صحيح العزل الذي لا حمل معه غالبا، ثم إنه لا خلاف أيضا في حصول الاستبراء بحيضه، بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه؛ و به نطقت النصوص أيضا، فما

في الصحيح (٢) «عن

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٥.



جارية تشتري من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أ يجوز ذلك أم لا بد من استبرائها؟

قال: يستبرئها بحيضتين»

و

الصحيح (١) عن الرضا عليه السلام «قال: سألته عن أدنى ما يجزى من الاستبراء للمشتري و

البائع قال: أهل المدينة يقولون حيضه، و كان جعفر عليه السلام يقول حيضتان»

فشاذ مردود بصريح النصوص و الفتاوى، و فحوى ما دل على الاكتفاء بتام الحيضه أو محمول على الندب، كما يومى إليه فى الجملة

موثق سماعه (٢) «سألته عن رجل اشترى جاريه و هى طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أو يكفيه هذه الحيضه، قال لا بل تكفيه هذه الحيضه، فإن استبرأها بأخرى فلا بأس هى بمنزله فضل»

و لعل العامه فى المدينه كانوا ينكرون استحباب الحيضتين، و أما المده فلا خلاف نصا و فتوى فى الاكتفاء بها، إلا من المفيد فى المقنعه فى المقام فجعلها ثلاثه أشهر، و هو مع أنه مخالف لأصالة عدم الزائد فى وجه،- و لا مستند له سوى القياس على الحره المطلقه، المردود بأن مقتضاه القياس على الأيمه المطلقه؛ و عدتها إذا لم تكن مستقيمه الحيض خمس و أربعون يوما بالإجماع و الاخبار- قد وافق الأصحاب فى باب لحوق الأولاد من المقنعه، و لو شك فى انتهاء المده و عدمه، فالأصل مع الثانى و هو غير أصالة عدم الزائد المتقدمه و من

خبر عبد الله بن سنان (٣) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجاريه و لم تحض فقال: يعتزلها شهرا إن كانت قد مست»

المحمول فى الوسائل على الغالب من حصول الحيضه فى الشهر و إن كان بعيدا، و يمكن

حملة على مجهوله البلوغ بإرادته الندب من الاعتزال المزبور احتياطا هذا.

و قد اتفق ما عثرنا عليه من الفتاوى على التعبير باليوم كبعض النصوص لكن فى آخر ليله، و يمكن إرادته منها، و الظاهر دخول المنكسر بعد التلقيق، كما فى غيره، و فى شرح الأستاذ أنه تدخل فى الخمسه و أربعين الليالى المتوسطه دون الاولى، و الآخره

١-١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ٢.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ٤.

و المنكسر لا يحسب يوما مستقلا، و يقوى احتسابه بالإكمال، و هو جيد و الله أعلم.

و كذلك يجب على المشتري استبراء الأمه بما عرفت إذا جهل حالها بالنسبه إلى وطئ المالك الذى لم يستبرئها منه و عدمه، فضلا عما إذا علم حالها أنها كذلك، من غير خلاف يعرف فيه؛ بل الإجماع بقسميه عليه، كما أن النصوص كادت تكون متواتره فيه، بل

فى بعضها(١) «إن الذين يشترى الإمام ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤوهن فأولئك الزناه بأموالهم»

أما إذا علم العدم فى الرياض «لا يجب اتفاقا نصا و فتوى» و المراد العلم بعدم وطئ خصوص المالك؛ و إن قام احتمال وطئ غيره، و هو كذلك، للأصل السالم عن المعارض بعد الاقتصار فى النصوص على المتيقن.

نعم قد يشكل الحال فيما إذا علم وطئ غير المالك لها بغير زنا، فان سقوط الاستبراء فيه و العده كما يقتضيه ظاهر بعض الفتاوى هنا فى غايه الإشكال، بل جزم الأستاذ فى شرحه بوجوب الاستبراء فيه، و هو ظاهر كلامهم فى باب النكاح، بل هو مقتضى كونه وطئا محرما، و قد علم من وضع العدد و الاستبراء و نحوهما عدم إرادته الشارع اختلاط الأنساب، بل يمكن دعوى كون ذلك مجمعا عليه بينهم؛ على أن ذلك هو مقتضى إطلاق أدله الاستبراء، و

فى صحيح الحلبي (٢) عن الصادق (ع) «فى رجل اشترى جاريه لم يكن صاحبها يطأها أ يستبرئ رحمها؟ قال: نعم»

اللهم إلا أن يحمل على اخبار صاحبها بذلك و لم يكن ثقه مأمونا.

نعم قد يتوقف فى أن الواجب العده أو الاستبراء، و هو مبنى على تحقيق كون أيهما الأصل فى الإمام و مع فرض عدم ثبوت ذلك يتجه مراعاة الأصول فى مقتضى كل منهما؛ فلا يجوز الوطء حتى تمضى مده العده، للأصل، و لكن لا يجرى حكم العقد فى العده

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٥-.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث - ١.

و هكذا، و مقتضى خبر الحسن بن صالح (١) الاكتفاء بالحیضه و إن سبق النكاح، و قد ذكرنا فى كتاب نكاح الإمام ما له مدخلیه فى المقام فلاحظ و تأمل.

و لا- يجب على البائع الاستبراء من احتمال وطئ غيره، للأصل، أما مع العلم بالمحترم منه فقد يحتمل القول بالاستبراء فيه، لكن مقتضى الأصل و ظاهر المتن و غيره بل صريح بعضهم خلافه؛ فصار الفرق بين البائع و المشتري أن الأول إنما يجب الاستبراء عليه من وطئه خاصه إذا أراد السبع دون وطئ غيره المعلوم، فضلاً عن المحتمل؛ و أما المشتري فيجب عليه من وطئ المالك المعلوم أو المحتمل، و من وطئ الغير إذا كان معلوماً محترماً دون المحتمل، لكن تحصيل تمام هذا التفصيل من النصوص لا يخلو من إشكال، و إن كان الحكم فى البائع موافقاً للأصل، كموافقه عدم وجوب الاستبراء على المشتري من احتمال وطئ الغير؛ لكن إطلاق النصوص لا ينطبق على ذلك، اللهم إلا أن تنزل عليه بمعونه الفتاوى فتأمل.

ثم إن المشهور نقلاً- و تحصيلاً عدم اختصاص الاستبراء بالبيع بل كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك من بيع أو هبه أو إرث أو صلح أو استرقاق أو غير ذلك و جب عليه قبل وطئها الاستبراء، و عن الخلاف الإجماع عليه، بل قيل: إنه إى الإجماع قد يظهر من الغنيه أيضاً، خلافاً للمحكي عن ابن إدريس فخصه بالبائع و المشتري، للأصل لكن المحكى عنه فى باب السراسرى موافقه الأصحاب، فتكون المسأله حينئذ إجماعيه، و لذلك يتأيد فهم التعديه من النصوص و أن ذكر البيع فيها مثال.

خصوصاً فى نحو صحيح الحلبي (٢) و خبر عبد الله بن عمر (٣) و غيرهما مضافاً إلى

خبر الحسن بن صالح (٤) عن الصادق عليه السلام «نادى منادى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يوم

١- ١ الوسائل - الباب - ١٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ٨.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ١.

أوطاس استبرؤا سباياكم بحيضه»

متمما بعدم القول بالفصل و كذا بالنسبه إلى البائع فيلحق به حينئذ الواهب و المصالح و غيرهما، و لو كان العقد موقوفا على الإجازة تعلق الحكم بها فيتوقف إيقاعها عليه، قيل: و يختلف حال الكشف و النقل هنا، فى بعض الأحوال.

و على كل حال فلو وطأها قبل الاستبراء عامدا أو غافلا لحق به الولد على ما صرح به غير واحد، لأنها فراشه حينئذ، و قد يحتمل بقاء فراش الأول تمام مده الاستبراء كما يومى إليه الحكم بكون المالك زانيا فيما سمعته سابقا من النص، و عليه ينجه عدم سقوط وجوب الاستبراء عنه بعد الوطء بل احتمال وجوبه على الأول: لإطلاق الأدله، و فيه أنه لا فائده له حينئذ، و يمكن منع شمول الإطلاق له، فتأمل.

و فى شرح الأستاذ «أنه يقوى عدم السقوط مع العزل و عدم الامناء أو الوطء قبل البلوغ فبلغ قبل انقضاء المده» و هو جيد، و فيه أيضا «انه لو وطئ أحد الشريكين لم يبعد سقوط الاستبراء فى منقوص الوطء لو اشترى حصه شريكه و لعله للحق الولد به؛ فاستبراء

عليه من احتمال وطئ الشريك؛ و لو أراد الشريك شراء حصه الواطئ فقد يقال: إن المتجه عدم الاستبراء إذا كان زنا، و إن لحق به الولد و إلا اتجه الاستبراء لكن التصريح فى النص بعدم جواز الشراء حتى يحصل الاستبراء فلاحظ.

و تأمل هذا.

و قد ينزل على ما سمعته فى أصل المسأله

خبر الصيقل (١) قال: «سمعت الصادق عليه السلام يقول: و قد سئل عن رجل اشترى جاربه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها قال: بشس ما صنع يستغفر الله و لا يعود، قلت: فإن باعها من آخر و لم يستبرئ رحمها ثم باعها الثانى من رجل آخر فوقع عليها، و لا استبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث؟ فقال: أبو عبد الله عليه السلام الولد للفراش و للعاهر الحجر»

فإن أرادته الأخير هذا، و الذى يقتضيه أصول المذهب و قواعده عدم الفرق بين

الجاريه مدته الاستبراء و غيرها، فى كون التلف من البائع إذا لم يقبضها المشتري و إلا كان منه إذا لم يكن مختصا بالخيار، فما عن المفيد و النهايه من إطلاق كون التلف من البائع إذا تلفت معزوله عند انسان للاستبراء فى غير محله، إلا أن ينزل على عدم و كاله الإنسان عن المشتري فى القبض، و كذا مع

عنهما و ابن حمزه و الفاضل فى بعض كتبه من أن النفيه مدته الاستبراء على البائع، إذ المعهود منها تبعيتها للملك، فالمتجه كونها على المشتري حتى لو وضعت على ذى عدل؛ خلافا للمحكى عن الفاضل فجعلها على البائع معه و الله أعلم.

و كيف كان ف يسقط استبرائها بالعلم ببراءه الرحم، بل لا- موضوع له حينئذ و إذا أخبر الثقة أنه استبرأها أو لم يطأها على المشهور، بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه، للمعتبره المستفيضه المحمول مطلقها- ك

قول العبد الصالح عليه السلام فى خبر محمد بن حكيم (١) «إذا اشتريت جاريه فضمن لك مولاها أنها على طهر فلا بأس أن تقع عليها»

- على مقيدته بالوثاقه، ك

حسن حفص البخترى (٢) عن الصادق عليه السلام «فى الرجل يشتري الأمه من رجل فيقول إنى لم أطأها فقال:

إن وثق به فلا بأس أن يأتيها»

و ك

صحيح أبى بصير (٣) «قلت للصادق عليه السلام الرجل يشتري الجاريه و هى طاهر و يزعم صاحبها أنه لم يسمها منذ حاضت؟ فقال: إن ائتمنه فليسمها»

ك

قوله عليه السلام فى خبر ابن سنان (٤) «إن كان عندك أمينا فسمها»

و

فى المقنعه روى (٥) «أنه لا بأس للإنسان أن يطأ الجاريه من غير استبراء لها إذا كان بائعها قد أخبره باستبرائها و كان صادقا فى ظاهره مأمونا»

لكن

قال:

ابن سنان (٤) للصادق عليه السلام «أ فرأيت ان ابتاع الجاربه و هى طاهر و زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت؟ فقال: إن كان عدلا أميناً فسمها، و قال: إن ذا الأمر شديد

---

- ١-١ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٣.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٤.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٦.
- ٦-٦ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

فإن كنت لا بد فاعلا فتحفظ لا تنزل عليها»

و عن بعضهم أنه حملة على كونه أمينا بحسب الظاهر، لا المعاشرة، و لعل حملة على الندب أولى.

و على كل حال فظاهر النص و الفتوى اعتبار كون المخبر، البائع مع ذلك، لكن في شرح الأستاذ أنه يسقط الاستبراء بشهادة عدلين و بإخبار ولي المشتري أو لكن في شرح الأستاذ

أنه يسقط الاستبراء بشهادة عدلين و بإخبار ولي المشتري أو وكيله و إن لم يكونا ثقتين، و كذا لو أخبر الثقة ذكرا كان أولا، مالكا كان أولا، بالاستبراء كما ينسب إلى الأ-كثر، و يظهر نقل الإجماع فيه للأصل الجارى على بعض الوجوه و للأخبار و هو كما ترى، و عليه فرع أنه لو تعارض خبر الثقتين و أحدهما مالكا احتمل ترجيحه، و ترجيح خبر المثبت أو النافى، ثم قال: و لو اختلف الشركاء فيها أخذنا بالترجيح، كما لو اختلف الخارجون و مع التساوى يلزم الاستبراء هذا.

و فى أكثر العبارات الثقة كالمتن، و فى بعض منها العدل، و فى جامع المقاصد أنه المراد من الثقة. لأن غير العدل لا يعد ثقة، و فى الأخبار اعتبار وثوق المشتري، و لا-ريب أنه لا-يتحقق الوثوق غالبا بدون العدالة، و احتمل ثانى الشهيدين الاكتفاء بمن تسكن إليه النفس، و تثق بخبره، بل جزم به بعض متأخري المتأخرين لخلو النصوص عن اعتبار الثقة بمعنى العدل، سوى ما

عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (١) الذى لم تثبت حجيته، قال: «إن كان البائع ثقة و ذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقته، و إن لم يكن ثقة استبرأها المشتري بحيضه».

و فيه أنه يمكن أن يكون ما فى النصوص من الموثوق و لأمانه إشارة إليه، مضافا إلى ما سمعته من خبر ابن سنان، و ظاهر الأستاذ فى شرحه الفرق بين الوثاقه و العدالة فقال: «و فى الاكتفاء بمجرد الوثاقه كما فى ظاهر

الأ-كثر و يظهر من أكثر الأخبار للتعبير بلفظها فى بعضها، و بالأمانه منفردة أو مع قيد الصدق فى بعض آخر منها وجه قريب، و اعتبارها بشرط العدالة كما صرح به بعض، لان الظاهر



من إطلاق الوثاقه دخول العداله فيها أقرب، و أما الاكتفاء بمجرد العداله كما يظهر من إطلاق آخرين فبعيد، و يمكن إرادته الوثاقه منها و الاجتزاء بذكرها عنها» و فيه ما قد عرفت من أن ظاهر الفتاوى اتحاد المراد منهما؛ و أما النصوص فتحتمل ذلك؛ و تحتمل إرادته من تسكن إليه النفس، و الأول أولى فاحتمال إرادته أمر زائد على العداله بعيد عن النص و الفتوى.

و على كل حال ففيه أيضا أنه لو أخبر عدل و فسق قبل الوطاء عول عليه، بخلاف العكس، إلا أن يعيد الخبر و لو وطئ اعتمادا على الخبر فعدل أو خرج عن العداله فلا استبراء، و لو كذب في دعوى الاستبراء ثم ظهر الحمل منه ردت إليه و رجع المشتري بالثمن و كل غرامه غرمها، أما لو علم بكذبه فأقدم رجع بالثمن مع بقاءه و فى الرجوع به مع التلف و بالغرامه وجهان، و مع العلم بفسقه و عدم المعذوريه شرعا يضعف احتمال عدم الرجوع و إن عصى فى وطئه، و فى اعتبار خبر الأمه مع الوثاقه وجهان، أقواما القبول، و هو جيد فى البعض، لا يخلو من نظر فى الآخر.

و كيف كان فقد ظهر لك من ذلك ضعف ما عن ابن إدريس و فخر الدين من وجوب الاستبراء و إن أخبر الثقة، لنصوص ما بين قاصره السند أو ضعيفه الدلاله، أو مخالفه للمجمع عليه فى الظاهر، كصحيح الحيزتين (١) المتقدم سابقا و كصحيح الحلبي (٢) المحمول كما عرفت على عدم أمانه المخبر أو على الاستبراء من وطئ غير المالك، و أما

الخبر (٣) «أشترى الجاربه من الرجل المأمون فيخبر فى أنه لم يمسه منذ طمئت عنده و طهرت؟ فقال: ليس بجائر أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضه»

فيجب حمله على الندب الذى أشعرت به بعض النصوص السابقه بل أو يطرح لقصوره

١- ١ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٠- من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١١- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٥.

عن المعارضه من وجوه لاتخفى، كما أنه قد ظهر لك أيضا مما ذكرنا من النصوص أنه لا فرق في الاخبار بين كونه بعدم الوطاء الموافق للأصل و بالاستبراء المخالف له، لا- انها تضمنت الأول خاصه، و الحق الثاني به، حتى يتجه ما يقال من وضوح الفرق بينهما، و الله أعلم.

و كذا يسقط استبراؤها عن المشتري لو كانت الجارية لامرأه على المشهور بين الأصحاب نقلا و تحصيلا شهره عظيمه، للأصل و المعتمره المستفيضة منها

الصحيح (١) «عن الأمه تكون لامرأه فتبيعهها؟ قال: لا بأس أن يطأها من قبل أن يستبرأها»

و نحوه الموثق كالصحيح بل قيل أنه صحيح، و

في صحيح زراره (٢) «اشتريت جاريه بالبصره من امرأه فخيرتني أنه لم يطأها أحد فوقع عليها و لم استبرئها، فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال: هو ذا، أنا قد فعلت ذلك و ما أريد أن أعود».

نعم في الرياض أنه ربما يستشعر منه أشراط الحكم هنا بعدم معلوميه و طئ في ملك الامرأه بتحليل و نحوه بل مطلقا و مقتضاه وجوب الاستبراء عند عدم الشرط و لعله كذلك و يعضده انسحاب وجه الحكمة هنا أيضا إلا أن مقتضاه الاكتفاء باحتمال الوطاء لا اشتراط العلم به، و لا ريب أنه أحوط إذا لم تخير بعدم الوطاء بل مطلقا كما عن الحلبي و فخر المحققين، و إن كان في تعيينه نظر لإطلاق الصحيحين الأولين المعتضدين بالأصلين، و بإطلاق الفتاوى فيقيد بهما الحكمة إن عمت، مع أن عمومها محل نظر، لاحتمال الخوف الذي هو الأصل فيها الغالب في الشراء من الرجل، لا مطلقه، و ينبغي القطع باشتراط عدم المعلوميه التقاتا إلى الحكمة، و عليه ينزل الإطلاقات و يفرق حينئذ بين الشراء منها و من الرجل بوجوب الاستبراء في الثاني مطلقا إلا مع أعلم، أو ما في حكمه بعدم الوطاء أصلا، و عدمه

١-١ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ٢.

فى الأول كذلك إلا مع العلم بدخول المحترم أو المطلق، و هو الأقوى».

قلت لا بأس بتنزيل إطلاق النص و الفتوى على ذلك، لخوف لزوم الفساد باختلاط الأنساب الذى هو الحكمه فى وضع العدد و الاستبراء؛ كما استفيد من تتبع الاخبار و كلام الأصحاب فى تضاعيف الأبواب، لكن قد يقال أن المتيقن من تقيدهما إذا علم حصول وطئ محترم لم يتعقبه حيض، و إلا فالعلم بالتزويج أو التحليل أو نحو ذلك أعم منه، و الأصل براءة الذمه من الاستبراء، مضافا إلى إطلاق النص و ليس فى صحيح زراره ما يصلح للتقييد.

نعم قد يقال بملاحظه كلامهم فى باب النكاح أنه من المعلوم وجوب العده أو الاستبراء لكل سبب مزيل للنكاح، و إن كان باختيار المشتري الفسخ فلاحظ و تأمل.

و على كل حال فيلحق بها كل من لا قابليه له للوطء لصغر أو كبر أو جب أو عنن أو عروض مرض، لا للقياس الباطل فى مذهبنا، بل لما عرفت من اشتراط الاستبراء بالعلم بوطئ المالك، أو احتمالاه أو العلم بوطئ محترم من غيره لم يتعقبه حيض مثلا و لو بالاستصحاب، فما فى المسالك «من أن المناسب للأصول الشرعيه عدم الإلحاق» فى غير محله، خصوصا بعد قوله فيها: «و ليس من مواضع الاشكال ما لو باعتها المرأه لرجل فى المجلس فباعها حينئذ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعا، للعلم بعدم وطئ البائع ثم قال: و قد يحتال لسقوط الاستبراء ببيعها لامرأه ثم شراؤها منها، لاندراجها حينئذ فى أمه المرأه نظرا إلى إطلاق النص من غير تعليل، و كذا لو باعها لرجل ثم اشتراها منه قبل وطئه لها، حيث يجوز ذلك».

و قد تبع فى بعض ذلك الكركى فى مجامعه فإنه قال: «و قد يحتال لإسقاط وجوب الاستبراء فى غير حديث، و منها- بيعها من امرأه ثم شراؤها منها- لاندراجها فى أمه المرأه، و لو ألحقنا بالمرأه غيرها كالطفل أمكن ذلك. و لو باعها لرجل ثم اشتراها

منه حيث يجوز، أمكن الحكم بالسقوط أيضا، ومنها- ما لو زوجها فطلقها الزوج قبل الدخول فإنها مطلقة غير مدخول بها، فلا عده ولا استبراء عليها، وما كان واجبا قبل ذلك فقد سقط بالعقد عليها، مع احتمال بقاء الوجوب هنا، نعم لو باعها لغيره ثم تزوجها منه أو ألح وطأها فإنه لا استبراء هنا، لان النكاح لا يجب الاستبراء قبله، إلا أن يعلم الوطاء، و لهذا لو أعتقها جاز أن يتزوجها في الحال، فلو شراها حينئذ فلا استبراء، لما عرفت من أن السابق قد سقط، و اللاحق لا يقتضى وجوب الاستبراء حينئذ، و هذا وجه قوى، و يكون هذا من المواضع التي يسقط فيها الاستبراء» قلت: و لكن ينبغي أن يعلم أولا أن ذلك كله إلا لم يعلم بالوطى المحترم الذى يجب الاستبراء منه، و إلا فلا حيله لإسقاطه على الظاهر، كما أومى إليه الفاضل المزبور فى حيله التزويج، و إن كان مقتضى بعض إطلاقات الحيل المزبوره سقوطه، إلا أنه لا بد من تقييده، لما عرفت من اختلاط الأنساب، كما أنه ينبغي أن يعلم أن الاستبراء الواجب على المشتري و لو باحتمال وطئ المالك إنما هو للوطء، أما البيع و نحوه فلا يجب الاستبراء له عليه، فيجوز له حينئذ بيعها قبله، فإذا باعها من الامراه أو الرجل ثم شراها منه فى المجلس مثلا سقط الاستبراء الاحتمالى عنه، لاحتياج عود وجوبه عليه إلى دليل.

لكن و مع ذلك ففى النفس منه شىء خصوصا فى أمر الفروج المأمور بشده الاحتياط فيها، مخافه اختلاط الأنساب، بل قد يقال: إن السقوط من جهه صدق كونها جاريه امرأه لا ينافى الثبوت من حيثه أخرى، و هى أنها جاريه قد اشترت ممن يجب استبراؤها منه لاحتمال الوطاء، بل نحو ذلك يجرى أيضا فى باقى الحيل، و إن اختلف قوه و ضعفا، بل ربما كان فى بعضها من تعارض العموم من وجه فتأمل جيدا.

و طريق الاحتياط الذى هو ساحل بحر الهلكه غير خفى، و تسمع إنشاء الله فى كتاب النكاح جمله من الكلام فى ذلك، و الله أعلم.

و بالجمله يسقط استبراؤها بذلك أو كانت فى سن من لا تحيض لصغر

فلم تبلغ التسع أو ل كبر بلغت حد اليأس، بلا خلاف أجده في شىء منهما، وقد

سأل عبد الرحمن (١) أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يشتري الجارية التي لم تبلغ حد الحيض أو لم تحض؟ فقال: لا عده عليها»

الحديث، و

قال له أيضا عبد الله بن عمر (٢) «الجارية الصغيره يشتريها الرجل و هي لم تدرك، أو قد يئست من المحيض؟

فقال: لا بأس بها أن لا يستبرأها»

و نحوه رواه الصدوق (٣) مرسلا عن الباقر عليه السلام؛

و قال الصادق عليه السلام أيضا في صحيح الحلبي (٤) «في رجل ابتاع جاريه لم تطمث إن كانت صغيره لا يتخوف عليها الحمل فليس عليها عده فليطأها؛ إن شاء»

و قال أيضا

في خبر ابن أبي يعفور (٥) «في الجارية التي لم تطمث و لم تبلغ الحمل ان اشتراها الرجل ليس عليها عده يقع عليها»

و المراد من التي لم تبلغ الحيض و يخاف عليها

في خبري ربيع ابن القاسم (٦) و منصور بن حازم (٧) «الذي أمر فيهما بالاستبراء بالمده

من بلغت تسعا، و لكن لم تبلغ المعتاد من زمن الحيض، فان مثلها تستبرئ بالمده»

كما في الخبرين المزبورين، إذ المراد بالصغيره عندنا من لم تبلغ ذلك خلافا لبعض متأخري المتأخرين فمن لم تبلغ الحيض عاده، و النص و الفتوى بخلافه، كما تسمعه في باب العدد و غيرها من محاله، كما أن المراد ممن لم تخص أو قعدت عن الحيض

في خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٨) عن الصادق عليه السلام، «من كانت في سن من تحيض و لم تحض، قال: فيه «في الرجل يشتري الجارية و لم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدتها قال: خمس و أربعون ليله»

و إن كان المراد في خبره السابق الصغيره و اليائسه، فلا تنافى حينئذ بين النصوص، بناء على ما ذكرنا.

- ٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٨.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ١٠.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ١.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٣.
- ٦-٦ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٧.
- ٧-٧ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٢.
- ٨-٨ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٦.

نعم قد يستشكل فى النصوص السابقه بظهورها فى جواز وطئ الصغيره و هو معلوم البطلان، بناء على تفسير الصغيره بما ذكرنا، و يدفع بمنع ظهورها فى ذلك، بل يمكن حملها على إرادته أنها صغيره عند البائع ثم بلغت عند المشتري، و لا مانع من حيث الاستبراء، أو يراد لا استبراء عليها، و إن وطأها البائع محرماً أو غير ذلك، مما يمكن تنزيلها عليه،

كما أنه قد يستشكل فى خصوص مضمرة سماعه (١) الذى هو ما

فى صحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «فى جاريه لم تحض قال أمرها شديد، غير أنه إن أتاها فلا ينزل عليها حتى تستبين له إن كان بها حبل، قلت: و فى كم تستبين له حبل؟ قال: فى خمس و أربعين ليلة»

؛ لأن قوله فىهما «لم تحض» إما أن يرد به الكتابه عن الصغيره، أو البالغه و لكن لم تحض فعلا، و الأولى لا يجوز وطؤها و لو مع عدم الإنزال، كالثانيه قبل الاستبراء بالمده.

و يمكن دفعه بأن المراد عدم الوطء فى الفرج من عدم الإنزال، و شدة الأمر حينئذ باعتبار عسر الصبر فى هذه المده، أو بما فى الحدائق من أن المراد أنه اشترى الجاريه بعد افتضاضها و زوال بكارتها و لكن فى ظنه أنها لم تبلغ سيما مع عدم طمئتها فقال عليه السلام: «إن هذه باعتبار عدم معلوميه البلوغ و عدمه محل إشكال، و أمرها شديد» سيما إذا كانت مثلها و من هى فى قدر جنتها و صورتها يحصل له الحمل، فالواجب الاستبراء كما أومى إليه قال: خبر منصور و غيره فى التى لم تبلغ الحيض و لكن يخاف عليها إذا كانت بهذه الكيفيه، فيكون المراد من قوله لم تحض عدم العلم بالبلوغ بالحيض، و إن كانت للبلوغ بالسن محتمله، و شدة الأمر حينئذ من حيث أصاله عدم البلوغ، و من حيث خوف الحمل فالذى ينبغى حينئذ استبراؤها، فإن أتاها فالذى ينبغى له العزل عنها، لكنه كما ترى فيه ما فيه، و يمكن أن يرد ممن لم تحض فيه

البالغه عددا لكنها لم تبلغ الحيض؛ و شدة أمرها باعتبار عدم الحيض؛ و هذه و إن كان الواجب استبراؤها بالمده، إلا أنه لو أتم و أتاها ينبغى أن يعزل عنها مخافه اختلاط الأنساب فتأمل جيدا و الله أعلم.

١-١ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث - ١ و ذيله.

أو كانت الأمه المشتراه مثلا حائضا فإنه يسقط استبرأؤها فيجوز له وطؤها إلا زمان حيضها على المشهور بين الأصحاب قديما و حديثا شهره عظيمه فيكتفى في جواز وطئها بإتمام حيضها؛ كما عن الخلاف الإجماع عليه، لا لان ذلك استبرأؤها، بل لعدم جواز الوطء حال الحيض؛ و

في موثق سماعه (١) «سألته عن رجل اشترى جاريه و هي طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أو تكفيه هذه الحيضه فقال: بل تكفيه هذه الحيضه، فإن استبرأها بحيضه أخرى فلا بأس هي بمنزل فضل»

و

في صحيح الحلبي (٢) «سألت الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جاريه و هي حائض فقال إذا طهرت فليسمها إن شاء».

خلاف لابن إدريس فلم يكتف بإتمام الحيضه، و كأنه اجتهاد في مقابله النص بل و الاعتبار، ضروره أنه إذا كان الاستبراء يحصل بالحيضه فمع فرض أنه اشتراها حائضا قد علم بذلك

براءه رحمها، فهي كالجاريه التي علم أن البائع قد استبرأها أو لم بطأها كما هو واضح، هذا و في النافع يجب على البائع استبراء الأمه قبل بيعها بحيضه و مزجها في الرياض فقال واحده إن لم تبع في أثناءها و إلا فيكفي تمامها على الأشهر الأقوى.

و فيه أن خلاف ابن إدريس في المشتري على الظاهر، و لعل قوله على الأشهر الأقوى راجع الى الاتحاد، فان المحكى عنه اعتبار التعدد، فلاحظ و تأمل.

نعم قد يستشكل في الاكتفاء بإتمام الحيضه إذا وقع الوطء من المالك في أثناء الحيض عصيانا، اللهم إلا أن يقال: إن إطلاق ما دل على الاكتفاء و إن كان منصرفا إلى غير الفرض، لكن قد يمنع شمول ما دل على الاستبراء لنحوه أيضا، فيبقى على أصل البراءه فتأمل و الاحتياط لا ينبغي تركه.

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ١.



أو حاملا أى و كذا يسقط استبراؤها إذا كانت حاملا، ضروره معلوميه مشغوليتها بالحمل، و لا فائده للاستبراء المفسر بترك الوطء حتى يتبين حالها. نعم لو فسر بترك الوطء حتى يبرء رحمها مما اشتغل به من ماء أو حمل، أمكن القول بأن ترك الوطء للحامل حينئذ حتى تضع أو إلى مضى المده كما ستعرف الخلاف فيه للاستبراء بهذا المعنى، و لعل مراد المصنف و غيره ممن أسقطه عنها بالاستبراء ما ذكرناه أولا و لذا قال:

نعم لا يجوز وطئ الجاربه الحامل قبلا بما يسمى وطيا فيه عرفا، إلا أن يكون من الافراد النادره الى لا ينصرف إليها الإطلاق بل لولا- ظهور الفتاوى فى الإطلاق لأمكن دعوى إرادته المشتمل منه على الامناء من النصوص، و لا فرق فى الحامل بين أن يكون حملها بحر أو مملوك أو مبعوض، قبل أن يمضى لحملها أربعه أشهر و عشره أيام وفاقا للمقنعه و النهايه و الوسيله و الكافى و المنافع و المفاتيح و الغنيه إلا بشرط العزل، و الإرشاد و التحرير و الإيضاح و إيضاح النافع و المفاتيح و الغنيه إلا بشرط العزل، و الإرشاد و لتحرير و و الإيضاح و إيضاح النافع و المسالك فى الجمله على ما حكى عن بعضها، و إن اختلفت فى التقييد و فى القبل و عدمه.

فترك فى السنه الأول، و لعله مراد له و فى زياده العشره و عدمها، فتركت فى الأول و الرابع و الخامس و السابع، بل فى الدروس المشهور أنه يستبرئها بأربعه أشهر و عشره أيام و جوبا عن القبل لا غير، و فى ظاهر الغنيه الإجماع على ما فيها و فى الرياض لا ريب فى الحمره قبل انقضاء هذه المده، للمعتبره المستفيضه التى كادت تكون متواتره المعتضده بالشهر العظيمه، بل ظاهر المصنف و الأكثر، بل نسبه غير واحد إلى الأصحاب عدم الفرق فى ذلك بين الزنا و غيره بل لا أجد خلافا فى التحريم فيها إلا من الشيخ فى الخلاف عليها، و من الفاضل و ثانى الشهيدين و غيرهما فى خصوص الحمل من الزنا، فالكراهه فيها أيضا، و ربما الحق المجهول به لكن ليس فى شىء مما وصل

إلينا من نصوص المسأله إشاره إلى الفرق بين لا زنا و غيره، فضال معن المجهول، بل ربما كان ظاهرها خلافه، خصوصا ترك الاستفصال مع انصراف الحمل إلى النكاح الصحيح كما في سائر أفعال المسلمين، و عدم الحرمة لمائه انما هو بالنسبه إلى إلحاق الولد الصحيح كما في سائر أفعال المسلمين، و عدم الحرمة لمائه انما هو بالنسبه إلى إلحاق الولد و عدمه.

لا بالنسبه إلى وطئ من علم حملها منه، المعلن بتغذيه الولد و نحوه، و دعوى أن المعهود من الشرع إلغاء اعتبار الزنا في العده و الاستبراء يمكن تسليمها في غير المقام و غيره ممن نفى الاستبراء عن الحمل بل منع في الحدائق عدم العده و الاستبراء للزنا محتاج ب

خبر حريز(١)«قال لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يفجر بالامرأه ثم يبيدو له في تزويجها هل يحل له ذلك؟ قال: نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور، فله أن يتزوجها و انما يجوز له تزويجها بعد الوقوف على توبتها»

و

ما رواه الحسن بن علي بن شعبه في كتاب تحف العقول (٢) فقال: «يدعها حتى يستبرئها من

نطفته و نطفه غيره إن لا- يؤمن منها أن تكون قد أحدثت معه، ثم يتزوج بها إذا أراد، فإن مثلها مثل نخله أكل رجل منها حراما ثم اشتراها فأكل منها حالالا»

و إطلاق ما دل على وجوب العده و الغسل و المهر و الرجم بالدخول، و أن العده من الماء و إن كان هو كما ترى، بل ينبغي الجزم بإرادته لندب من الخبر الأول؛ إذ لا استبراء عليه من ماء بل و الخبر الثاني خصوصا بعد استفاضه النصوص بإطلاق جواز تزويج الزانيه.

نعم قد يقال في خصوص المقام بحرمة الوطء و إن كان الحمل من زنا، لا للعده و الاستبراء، بل لا طلاق النصوص، و عدم إشعار شيء منها به، كما أنه قد يقال إن ظاهرها مجهوله حال الحمل على وجه لم يعلم كونها من ذات العده بالوضع، كالمطلقه و نحوها،

١- ١ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالمصهره و نحوها الحديث- ٤.

٢- ٢ تحف العقول ص ٣٣٨ المطبوع بالنجف الأشرف سنة ١٣٨٥.

أو من غيرها كالحامل من زنا؛ بناء على عدم العده له بذلك، و المساحقه و نحوها، إذ المعلوم عدم كونها من ذوات العدد بالوضع و إنما هي من ذوات الاستبراء المفروض سقوطه بالحمل، بل لعل ذلك هو الغالب فى الإمام، و حينئذ يتجه جريان الأقوال المزبوره للنصوص، و أما إذا علم حال حملها و كونه عن وطئ صحيح تعقبه طلاق أو فسخ أو نحو ذلك، أو غير صحيح كالزنا مثلاً- و قلنا بعدم الحرمة لمائه، فهو على حكمه بالنسبه إلى كل فرد، لا أن المراد من النصوص الإطلاق الشامل للمطلقه مثلاً- و نحوها مما كان عدتها الوضع، ضروره إمكان تحصيل الإجماع على خلاف ذلك، كما يظهر لك الحال بأدنى ملاحظه لكلامهم فى العدد، مضافا إلى إطلاق الآيه و النصوص فلاحظ و تأمل جيدا، فان هذا هو التحقيق فى المسأله.

و هذا الحكم مختص - بالأمه المشتره التى كان حكمها الاستبراء، و سقط بالحمل، كما عساه الظاهر من المصنف و غيره مع إلحاق غير الشراء من أسباب الملك الاختياريه و القهريه، كما هو مقتضى كلامهم فى أصل موضوع المسأله، و عدمه جمودا على مقتضى النص المفصل - أو انه شامل لكل جاريه حامل مجهوله الحال أو معلوم أنها من غير ذات العده بالوضع، فيندرج فيه أمه السيد لو حملت كذلك، كما عساه يظهر من إطلاق العنوان فى بعض العبارات و جهان، من أصاله الجواز بعد عدم معلوميه سبب التحريم، و من إطلاق النهى عن وطئ الحلبى حتى تضع، لا- يخلو أولهما من قوه، فحمل صحيح رفاعه-(١)المقيد فيه بالأربعه أشهر و عشره أيام عليه مرادا من النهى فيه فى المده الكراهه، و بعدها لا كراهه، أو مرادا منه الحرمة و بعدها لا حرمة؛ بخلاف الحمل من غيره فإنه محرم إلى حال الوضع - لا شاهد له سوى دعوى معلوميه عدم احترام ماء الزانى.

و فيه أن المقام يمكن أن لا يكون من الاحترام، على أن مثله يرد بناء على إرادته الحرمة من النهى فى الصحيح المزبور، فلا ريب حينئذ فى ضعف القولين معا كضعف القول بحرمة

الوطء إلى حال الوضع مطلقا، تمسكا بإطلاق النصوص ك

موتق

إسحاق بن عمار(١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية يشتريها الرجل و هي حبلى أ يقع عليها؟ قال: لا»

و

قوله عليه السلام أيضا في موثق مسعده(٢) «يحرم من الإماء عشر، لا تجمع بين الام و البنت، و لا بين الأختين، و لا أمتك و هي حبلى من غيرك حتى تضع»

كقوله أيضا

في خبر مسمع بن كردين(٣) «قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشر لا يحل نكاحهن و لا غشيانهن، أمتك و أمها، إلى أن قال، و أمتك إن وطئت حتى تستبرئ بحيضه، و أمتك و هي حبلى من غيرك»

الحديث.

و

في المروى عن العيون مسندا إلى الرضا عن آبائه عليهم السلام(٤) «قال:

نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن وطئ الحبلى حتى يضعن»

و

عن قرب الاسناد عن إبراهيم بن عبد الحميد(٥) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية و هي حبلى أ يطأها قال: لا، قلت: من دون الفرج؟ قال: لا يقربها»

و في

خبر محمد بن قيس(٦) «عن أبي جعفر عليه السلام في الوليدة يشتريها الرجل و هي حبلى؟ قال: لا يقربها حتى تضع ولدها»

و

خبر ابى بصير(٧) «قلت لأبى جعفر عليه السلام: الرجل يشتري الجارية و هي حامل ما يحل له منها؟ قال: ما دون الفرج»

إلى غير ذلك من النصوص المطلقة و المقيدة بالوضع مضافا إلى آيه(٨) «أولى الأحمال» المرجحة على آيه الملك(٩) في

صحيح رفاعه(١٠) عن أبى عبد الله عليه السلام «في الأئمة الحبلى يشتريها الرجل فقال: سئل أبى عن ذلك فقال: أحلتها آيه و

أخرى، فأنا ناه عنها نفسى و ولدى، فقال الرجل:

أنا أرجو أن انتهى إذا نهيت نفسك و ولدك»

إذ النهى حقيقه فى التحريم، و كان الذى دعاه إلى هذا التعبير و النسبه إلى أبيه التقيه كما قيل؛ فإنهم كانوا يرون الجواز فلم  
يمكنه

- 
- ١-١ الوسائل الباب -٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث -٦-
  - ٢-٢ الوسائل الباب -٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث -٤-
  - ٣-٣ الوسائل الباب -٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث -٥-
  - ٤-٤ الوسائل الباب -٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث -٧-
  - ٥-٥ الوسائل الباب -٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث -٨-
  - ٦-٦ الوسائل الباب -٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث -١-
  - ٧-٧ الوسائل الباب -١٢- من أبواب بيع الحيوان الحديث -٣-
  - ٨-٨ سورة الطلاق الآيه -٣-
  - ٩-٩ سورة المؤمنون الآيه -٦-
  - ١٠-١٠ الوسائل الباب -٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث -٢-

التعبير عنه صريحا.

و إلى الإجماع المحكى عن شرح الإرشاد للفخر على ذلك في غير الزنا، بل ظاهر غيره أن ذلك من المفروغ منه، و أنه من المسلمات التي لا يعترها الشك، و أنه لذلك حمل صحيح المده (١) على الزنا، لعدم إمكان الحمل في غيره، و إلى معلوميه حرمة وطئ الحامل في غير المقام، في طلاق و وفاه و غيرهما مما يكشف أن لذي الحمل تعلقا بالرحم ما دام مشغولا بالحمل، و من هنا لم يجعل أجلا دونه إلى غير ذلك.

إذ فيه أنه مستلزم لطرح صحيح رفاعه المعمول به بين الأصحاب في الجملة كما اعترف به فخر المحققين و غيره بلا مقتض، أو تأويله من دون شاهد، قال على

ما رواه في التهذيب (٢) «سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت: أشتري الجارية فتمكث عندى الأشهر لا تطمئ، و ليس ذلك عن كبر فأريها

النساء فيقلن ليس بها حمل، فلى أن أنكحها في فرجها؟ فقال: إن الطمث قد يحبسها الريح من غير حبل، فلا بأس أن تمسها في الفرج قلت: فان كانت حبلى فما لى منها؟ فقال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حبلها أربعة أشهر و عشره أيام، فإذا جاز حملها أربعة أشهر و عشره أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج. قلت: إن المغيرة و أصحابه يقولون لا ينبغي للرجل أن ينكح امرأته و هى حامل و قد استبان حملها حتى تضع فتغذو ولده قال: فقال: هذا من أفعال اليهود»

فلا- بأس بتأييد الإطلاق المتقدم به؛ كما أنه لا بأس بالجمع بينه و بين نصوص الوضع، بجعل الغايه أحدهما، كما هو مقتضى الأمر بهما. و اعتضاد نصوص الوضع بالأصل و إطلاق النهى السابق، و بظاهر صحيح رفاعه السابق (٣) من حيث دلالته على انحصار الأمر بين الإباحه المطلقه؛ كما دلت عليه الآيه الأولى، أى آيه الملك، (٤) أو الحرمة

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٣.

٢- ٢ التهذيب ج ٧ ص ٤٦٨ الحديث ١٨٧٨.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٢.

٤- ٤ سورة المؤمنون الآيه- ٤.

كذلك، كما صرحت به الثانيه(١).

و حيث ظهر لنا الحرمة فى الجملة بالأدلة السابقة تعين ترجيح الآيه و هى فى الحرمة إلى الوضع صريحه، و لا آيه هنا تدل على التفصيل بين المدينين، بالبديهه لا يمنع من الجمع المزبور بعد الإغضاء عن جريان الأصل المعلوم قطعه بآيه الملك؛ و الصحيح ظاهر فى ترجيح آيه الملك، و أن المراد من النهى

الكراهه، بل يمكن دعوى ظهور آيه الحمل فى غير المقام من ذوات العدد، فلا- ريب حينئذ فى أن مقتضى أصول المذهب الجمع بين النصوص بما عرفت، و أن المطلق منها يقيد بذلك.

و ما يقال- من أن التقييد فرع المقاومه، و ليس لقصوره عددا عن ذلك، مع بعد التقييد فإن أظهر أفراد الجبلى من استبان حملها، و ليس إلا بعد انقضاء المده المزبوره- مدفوع بأن كثره عدد المطلق لا تنافى تقييده بالمتحد المعمول به بين الأصحاب، و يمنع كون الأظهر ذلك بحيث ينصرف إليه الإطلاق، و خلو الصحيح- عن زياده التقييد بالأربعه و عشر فى الكافى- غير قادح، كما أن اختلاف عبارات الأصحاب من حيث التقييد بالعشر و عدمه كذلك، ضروره كون الصحيح المزبور حجه على تارك التقييد فلا ريب فى رجحان هذا القول على غيره.

نعم لو لا- الشهره العظيمة و الإجماع المحكى لكان القول بالكراهه كما سمعته من الشيخ و ابن إدريس فى غايه القوه لظهور صحيح رفاعه(٢) السابق فيها و

الخبر(٣) «ما أحب للرجل المسلم أن يأتى الجاربه الجبلى قد حبلت من غيره»

الى آخره و ترك النهى عنه

فى خبر السكونى(٤) عن الصادق عليه السلام «أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم دخل على رجل من الأنصار و إذا وليده عظيمه البطن تختلف فسأل عنها، فقال: اشتريتها يا رسول الله

١- ١ سورة الطلاق الآيه ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه فى ذيل الحديث- ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٩- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث- ٣.

و بها هذا الجبل، قال: أقربتها؟ قال: نعم قال: أعتق ما فى بطنها، قال: يا رسول الله و بما استحق العتق؟ قال: لان نطفتك أغذت سمعه و بصره و لحمه و دمه»

بل التعليل فيه ظاهر فى الكراهه، و أن المراد من النهى فى غيره للإرشاد، لانه بالوطى يرجح له أو يتعين عليه عتق الولد، بل قول الصادق عليه السلام فى خبر غياث (١) «من جامع أمه حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولدها و لا يسترق، لانه شارك فيه الماء تمام الولد»

لا يخلو من إشعار بجواز الجماع، إلى غير ذلك مما يشهد للجواز من إطلاق أدله الملك و غيره، فلو لا ما عرفت لكان القول به فى غايه القوه، فحيث انتفى لذلك كان القول بما فى المتن أقوى من غيره قطعاً، لما عرفته من دليل الحرمة فى المده و غيرها، للأصل و الصحيح أيضاً، و جواز التصرف فى ملك اليمين و الأمن من اختلاط الأنساب فى غيرها.

و من ذلك كله بان لك الوجه فى جميع الأقوال على اختلافها فى الوطاء بعد مضى المده و قبله و أن الأقوى منها قبله الحرمة و يكره بعده الذى فى الدروس و غيرها أنه المشهور، و لعل حكم المصنف بكرأته لقوله عليه السلام «لا أحب» و تنزيل صحيح رفاعه المشتمل على نهيه

عليه السلام لنفسه و ولده عليه، و للتخلص من شبهه الخلاف و من احتمال إرادته النهى من المطلقات إلى حال الوضع؛ و من نحو ذلك مما يصلح دليلاً للكراهه، فتأمل جيداً.

فإن المسألة من المشكلات و قد اضطرب فيها كلام الأساطين، حتى ان العلامه منهم قال هنا فى القواعد: «و يحرم وطئ الحامل قبلا قبل مضى أربعة أشهر و عشره أيام».

و يكره بعده إن كان عن زنا و فى غيره إشكال» و قال فى النكاح منها: «و لو اشتراها حاملاً كره له وطؤها قبلاً قبل الوضع أو مضى أربعة أشهر و عشره أيام إن جهل حال الحمل، لأصالة عدم إذن المولى، و إن علم بإباحته بعقد أو تحليل حرم حتى تضع، و إن علم كونه عن زنا فلا بأس» و قال فى الطلاق منها «كل من ملك جاريه موطوءه يبيع أو غيره من استغنام أو صلح أو ميراث أو أى سبب كان لم يجز له وطؤها إلا بعد الاستبراء، فان كانت حبلى من مولى أو زوج أو وطئ شبهه لم ينقض الاستبراء إلا بوضعه، أو مضى



أربعة أشهر و عشره أيام، فلا- يحل له وطؤها قبلا قبل ذلك؛ و يجوز في غير القبل، و يكره بعدها، و هو كما ترى غير الأولين، هذا كله في الوطء في القبل.

أما الدبر فقد يمنع الحرمة فيه تنزيلا لإطلاق النصوص بل و الفتاوى على المتعارف حتى قوله عليه السلام «لا يقربها» خصوصا بعد ما في النصوص من أنه «يعتق الولد مع الوطء لانه غذاه بنطفته» و فرضه في الدبر بعيد جدا، خلافا للكركي و من تبعه فحرمة أيضا لصدق اسم الفرج، و لقوله عليه السلام «لا- تقربها» الذي لا ينافيه خروج ما عدا الوطء منه بالدليل، و فيه ما عرفت؛ بل الظاهر عدم استحباب العزل عن الوطء فيه.

و كيف كان ف لو وطأها مثلا حيث يجوز على ما عرفت من الخلاف فيه عزل عنها استحبابا بلا خلاف أجده بين من تعرض له، إلا من ظاهر المحكى عن التقى و ابن زهره فأوجباه في الوطء بالأربعة بناء على جوازه، و لا ريب في ضعفه، ضروره عدم وجوبه مطلقا حيث يجوز، للأصل السالم عن المعارض، بل لولا التسامح في السنن لأمكن الإشكال في ثبوت استحبابه، اللهم إلا أن يدعى إشعار

الموثق به (١) قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جاريه حاملا و قد استبان حملها؟ فقال: بئس ما صنع، قلت: فما تقول فيه قال: أعزل عنها أم لا؟ فقلت: أجنبى على الوجهين، قال: إن كان عزل عنها فليتيق الله و لا يعود، و إن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد و لا يورثه، و لكن يعتقه و يجعل له شيئا من ماله يعيش به، لانه غذاه بنطفته»

و هو كما ترى ضروره أنه لو تم إشعاره لا تقضى ثبوت الاستحباب حيث يحرم الوطء و هو بعيد.

و على كل حال ف لو لم يعزل كره له بيع ولدها وفاقا لجماعه، تنزيلا للنهي عنه في الموثق المزبور عليها، لكن فيه أنه لا قرينه على ذلك، اللهم إلا أن يدعى ظهور التعليل

فيها ضروره كون المنصرف منه أنه يكون بذلك كالولد فلا يملكه،

لكن قد يمنع بل ظاهر المحكى عن الشيخين و الحلين و الطوسى و الديلمى حرمه البيع، بل ظاهر ابن زهره منهم أو صريحه الإجماع عليه، و من هنا جزم به بعض متأخرى المتأخرين بل جزم بوجوب عتقه، و جعل شىء له من ماله يعيش به، للأمر بهما فيما سمعته من النصوص، بل هو ظاهر النهايه و الوسيله و الغنيه مدعيا عليه الإجماع فى الأخير هذا.

و لكن فى المتن و غيره أنه استحب له أن يعزل له من ميراثه قسطا و إن كنت لم أجده فى شىء مما وصل إلى من نصوص المسأله بل الموجود فيها عتقه، و جعل شىء له من المال يعيش به، فبناء على إرادته الندب من هذا الأمر كان المتجه جعل المستحب ذلك. نعم بقى شىء و هو أنه لا فرق فى ثبوت ذلك بين الوطء فى المده و بعدها أو هو مختص به بعدها، ظاهر المقنعه الأول، قال: «فإن وطأها قبل مضى الأربعة أشهر أو بعد ذلك و لم يعزل عنها لم يحل بيع الولد، لانه غذاه و أنماه بنطفته، و ينبغى أن يجعل له من ماله بعد وفاته قسطا يعزله فى حياته، و لا ينسب إليه بالنبوه» و فى الوسيله «فإن مر عليها أربعة أشهر و عشره أيام جاز له وطؤها و لم يجز له وطؤها قبل ذلك فإن وطأها لم يجز له بيع ولدها، لانه غذاه بنطفته؛ و عليه أن يعتقه و يعطيه شيئا من ماله» و فى الغنيه «فإن كانت حاملا لم يجز له بيع الولد، و لا أن يعترف به ولدا؛ بل يجعل له قسطا من الماء، فإن لم يعزل له يجز له بيع الولد، و لا أن يعترف به ولدا؛ بل يجعل له قسطا من ما له لانه غذاه بنطفته، بدليل إجماع الطائفه و عن التقى «لا يحل وطئ الحامل من غيره حتى يمضى لها أربعة أشهر إلا دون الفرج، و فيه بشرط عزل الماء؛ و اجتنابها حتى تضع أولى، و إذا وطأ الحامل لم يحل له بيع ولدها، و لا الاعتراف به ولدا» و فرق فى النهايه فقال: «إذا اشترى جاريه حبلى فوطأها قبل أن يمضى عليها أربعة أشهر و عشره، فلا يبيع ذلك الولد لانه غذاه بنطفته، و كان عليه أن يعزل له من ماله شيئا و يعتقه؛ و إن كان وطؤه لها بعد انقضاء الأربعة أشهر و عشره أيام، جاز له بيع الولد على كل حال، و كذلك إذا كان الوطء قبل انقضاء الأربعة أشهر و عشره أيام، إلا أن يكون قد عزل، جاز له

بيع ولدها على كل حال، و أما النصوص فليس فيها تصريح بالفرق بالنسبه إلى ذلك. نعم قيل إن ظاهر الموثق المزبور كون الوطاء بعد الشراء و بعد المده المذكوره لأن استبانته الحمل لا تكون إلا بعد المده المذكوره، و الأمر سهل بناء على المختار و الله أعلم.

### [المسأله الخامسه التفرقه بين الأطفال و أمهاتهم قبل استغنائهم عنهن محرمه]

المسأله الخامسه التفرقه بين الأطفال المماليك و ان لم يكونوا رشده و أمهاتهم كذلك قبل استغنائهم عنهن محرمه عند الكاتب و الشيخين و التقى و القاضى و ابن حمزه و الفاضل فى التذكره و ظاهر القواعد و المقداد فى التنقيح العليين و الثانى الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل هو مشهور بل عن الخلاف الإجماع عليه و قيل : و القائل الشيخ فى باب العتق من النهايه و الحلّى و الفاضل فى جملة من كتبه، و أول الشهيدين و ابن فهد فى المقتصر مكروهه و هو الأظهر.

جمعاً بين ما دل على الجواز من الأصل، و عموم تسلط الناس على أموالهم (١) و على خصوص العقود عليها و غيرها؛ و ما دل على المنع ك

صحيح معاويه بن عمار فى الصحيح (٢) قال: سمعت الصادق عليه السلام يقول أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بسبى من اليمن فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جاريه من السبى كانت أمها معهم، فلما قدموا على النبى صلى الله عليه و آله و سلم سمع بكأؤها فقال: ما هذا البكاء فقالوا يا رسول الله احتجنا نفقه فبعنا ابنتها؛ فبعث بثمنها فأتى بها، و قال: بيعوهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً»

و

موثق سماعه المرسل فى الفقيه (٣) «عنه عن الصادق عليه السلام عن أخوين مملوكين هل

يفرق بينهما؟ و عن المرأة و ولدها هل يفرق بينهما؟ فقال: لا هو حرام إلا أن يريدوا ذلك»

و

صحيح هشام ابن الحكم (٤) قال: اشترت للصادق عليه السلام جاريه من الكوفه

١-١ البحار ج ٢ ر ٢٧٢ الطبع الحديث.

٢-٢ الوسائل الباب-١٣- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-١٣- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب-١٣- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٣.

قال: فذهبت تقوم في بعض حوائجها، فقالت: يا أمه فقال لها أبو عبد الله عليه السلام: أ لك أم؟ قالت: نعم فأمر بها فردت، فقال: ما أمنت لو حبستها أن أرى في ولدي ما أكره»

و

خبر عمرو بن أبي نصر (١) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية الصغيرة يشتريها الرجل فقال: ان كانت قد استغنت عن أبيها فلا بأس»

و

صحيح ابن سنان (٢) «عن الصادق عليه السلام في الرجل يشتري الغلام و الجارية و له أخ أو أخت أو أم بمصر من الأمصار؟ قال: لا يخرجها إلى مصر آخر إن كان صغيراً و لا تشتريه، و إن كان له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت»

و

النبوي (٣) «من فرق بين والده و ولدها، فرق بينه و بين أحبته».

ضروره أنه لا يخفى على الفقيه العارف بلسانهم عليهم السلام، إرادته الكراهه من أمثال هذه الخطابات، خصوصاً مع عدم تقييد الموثق بالاستغناء، و اشتماله على الأخوين؛ و لم أجد من أفتى به عدا بعض المتأخرين كثاني المحققين و الشهيدين؛ و ما تسمعه من المحكى عن الإسكافي، بل الفاضل في التذكرة مع قوله بالتحريم في الطفل و الام صرح بالكراهه فيهما، بل غيره صرح بالجواز فيهما من غير تعرض لها، بل قد يستفاد ذلك أيضاً من اقتصار الأكثر على الطفل و أمه.

فما في الرياض - من أن الأصح التعديده لغير الام من الأرحام المشاركه لها في الاستيناس كالأب و الأخ و العمه و الخاله، وفاقاً للإسكافي و جماعه، لتصريح الصحيح و الموثق بمن عدا الأخيرين، و ظهور الحكم فيهما بعدم القائل بالفرق - في غير محله بناء على الحرمة، خصوصاً بعد المحكى عن المبسوط من التصريح بجواز التفريق بين الولد و الوالد، بل عن السرائر نفى الخلاف فيه، و في جهاد التحرير قال الشيخ:

«يجوز التفريق بين الولد و الوالد، و بينه و بين الجده أم الأم، و بين الأخوين و الأختين، و بين من خرج من عمود الأبوين من فوق و أسفل مثل الاخوه و أولادهم و الأعمام و أولادهم

١- ١ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ١.

٣- ٣- المستدرک ج ٢ ص ٤٨٦.

و سائر الأقارب و لا- خلاف فى جواز التفريق بينه، و بين الرحم غير المحرم، و بينه و بين الام من الرضاعه و الأخت منها، و فى جواز التفرقه بينهما فى العتق؛ بل فى باب البيع منه الوجه عدم كراهيه التفريق بين الولد و الأب؛ أو بين غيره من ذوى الأرحام و بينه سواء قرب أو بعد، ذكرا كان أو أنثى.

و المحكى عن أبى على أنه طرد الحكم فيمن يقوم مقام الأم فى الشفقه، و تبعه عليه غيره، فلعله لا يريد الأخوين، على أنه يمكن أن يكون بناه على ما ذهب إليه من حجه العله المستنبطه المعلوم بطلانها عندنا، كل ذلك مع إطلاق التفريق فيه الشامل للبيع و غيره، مع أنك قد عرفت نفي الخلاف فى التحرير عنه فى العتق، و عن التذكرة النص على نفي الباس عنه فى السفر، بل و فى الوصيه معللا له بإمكان كون الموت بعد انقضاء زمان التحريم، لكن قال: فان اتفق قبله فإشكال، و نص أيضا على أنه لو كانت الام مملوكه و الولد حرا أو بالعكس لم يمتنع بيع الرقيق، على أن القول بضم من سمعت من الأرحام إلى الأم يقتضى عدم جواز بيع الطفل و لو مع أمه إذا كان له استيناس ببعض أرحامها، فلا يجوز للمالك إلا بيع الجميع و إن كثر العدد، و هو مما لا يلتزمه فقيه، خصوصا إذا قلنا بعدم اعتبار اتحاد المالك كما يقتضيه إطلاق بعض النصوص، فيعتبر حينئذ فى صحه البيع اتفاق الملاك أجمع، و إلا- فلا- يجوز لكل واحد منهم منفردا إلى غير ذلك مما هو منكر فى مذاق الشرع، و أما الصحيح فظاهر فى استغناء البنت التى قامت فى بعض حوائجها؛ فلا بد من حملها على الكراهه خصوصا بعد كون المشتري مثل هشام الذى يبعد عدم معرفته بهذا الحكم، بل التعليل فيه و تصديقها بمجرد دعواها كالصريح فى ذلك، و خبر عمرو إنما يدل على ثبوت البأس الذى هو أعم من الحرمة، و صحيح ابن سنان قد اشتمل على غير الام و ولدها ممن عرفت الحال فيه، و النبوى لا يخلو من إشعار بالكراهه كما لا يخفى على من مارس كثيرا من خطاباتنا.

و لكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغى تركه فى التفرقه بالبيع، بل و غيره من النواقل

كالهبة و غيرها، المصرح بمساواتها للبيع، كما قيل فى التحرير و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسيه و المسالك و الروضه و غيرها، و إن كان ينبغى تقييده بالاختياريه و الافلا، و منه ما لو ظهر استحقاق أحدها بوجه شرعى فانتزعه المستحق، فإن الظاهر عدم المنع، أما الرد بالعيب مثلا ففى التذكرة إشكال أقرببه المنع.

و على كل حال فالظاهر عدم المنع مع الرضا منهما بالترفة، للموثق المزبور، بل يمكن القول بعدم الكرهه معه أيضا. نعم فى التحرير لا تزول الكراهيه برضا الام، و لعله لمراعاه حق الولد خصوصا بعد التعليق فى الموثق على إرادتهما، و فى آخر على طيب نفسهما، فينبغى مراعاتهما معا لا الأم خاصة، مع فرض كون الولد ممن يتأذى بفراقها هذا و فى المحكى عن التذكرة أنه إن لم تحصل التفرقة الحسيه فالأقوى جواز البيع كمن يبيع الولد و يشترط استخدامه مده البيع، و هو جيد اقتصارا على المتيقن.

ثم إن الظاهر بناء على المنع فساد البيع كما صرح به جماعه، بل فى التذكرة ما يشعر بدعوى الإجماع عليه لظاهر النصوص السابقه المشتمله على غير النهى من رد الثمن و نحوه، لكن عن جهاد المبسوط أنه جائز على الظاهر من المذهب، بل عنه فى الخلاف أنه قواه كالسرائر، إلا أنك قد عرفت أنه ممن يقول بالكراهه هذا، و صرح جماعه أن الخلاف فى الحرمة و الكراهه بعد سقى اللبأ، أما قبله فلا يجوز لأنه سبب لهلاك الولد، و هو جيد إن كان كذلك، لكن فى الحدائق أنه روى كثيرا من الأطفال قد عاش بدون ذلك، بأن يشرب من لبن غير أمه بعد الولاده، و ربما تعذر وجود اللبن من أمه لمرض و نحوه بعد الولاده مده، بل قيل إنه قد لا يوجد اللبأ فى كثير من النساء.

نعم محل الخلاف كما عرفت قبل الاستغناء أما بعده فلا إشكال فى الجواز نصا و فتوى، بل فى التنقيح نفى الخلاف عنه، بل عن إيضاح النافع الإجماع عليه. نعم فى الأول فى فرع ذكره قال: ظاهر الأصحاب أن التفرقة بعد الاستغناء مباحه و قيل يكره،

و يقرب التفصيل و هو أنه مع التمييز و إصلاح القيام بالضروريات لا كراهه، و إلا فالكراهه و هو ليس خلافا في أصل الجواز و أمر الكراهه سهل.

و على كل حال فالمشهور كما في التذكرة أن الاستغناء يحصل ببلوغ سبع من غير فرق بين الذكر و الأنثى، و قيل: يكفي استغناؤه عن الرضاع و لعل ذلك مقتضى إطلاق المحكى عن المقنعه و النهايه و المراسم الاستغناء، بل قيل إن الشيخ و الجماعة كذلك في باب الجهاد و الأول أظهر عند المصنف استصحابا للحكم، و لعله الأذيه قبلها، إلا أن الأظهر منه جعل المدار على تحقق الاستغناء عرفا، و هو مختلف باختلاف الأطفال و الأمهات، لإطلاق الدليل السالم عما يقتضى تقييده بالسبع أو غيره، و احتمال نظر الأصحاب في المقام إلى الحضانه يدفعه ما عرفت من شهره السبع هنا من غير فرق بين الذكر و الأنثى، و المعروف فيها هناك كذلك.

و من ذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد و إن تبعه عليه في الروضه و المسالك و الرياض و محكى الميسيه. قال: «الذى يقتضيه صحيح النظر الفرق بين الذكر و الأنثى، لأن الفرق في حضانه الحره قد وقع، فجوز التفريق بعد سنتين في الذكر و بعد سبع في الأنثى على المشهور بين المتأخرين، فينجر ذلك في الأمه، لأن حقها لا يزيد على حق الحره؛ و لان الناس مسلطون على أموالهم، على أموالهم، خروج منه ما دل الدليل على منع التفريق بين مطلقات الأمهات و الأولاد، فيبقى الباقي على الأصل و لأن الأخبار الداله على عدم جواز التفريق لأحد فيها فيحمل إطلاقها على المده المحرمه، بمقتضى الحضانه، لأن ذلك هو الحق المقرر للام، و كون الولد معها في نظر الشارع و إطلاق الأصحاب يحتمل أمرين، إما الحواله على ما هناك، أو عدم الظفر بما يعين المراد، و قد صرح بعض الأصحاب و هو الشيخ أحمد بن فهد بأن المسأله هنا مبنيه على القول في الحضانه فكان شاهدا بما قلناه، و هذا هو الصواب الذى ينبغى المصير اليه».

و فيه أن ملاحظه كلامهم فى المقامين تقضى بالقطع بعدم بناء هذه المسأله عندهم على تلك المسأله التى فصل المشهور فيها بين الذكر و الأئشى، بخلاف هذه، كما أن الأولويه واضحه المنع، لان المراد هنا التفرقه بالبيع و نحوه، بخلافه فى الحره، و قد عرفت تصريح الفاضل بجواز التفريق بينهما ببيع الرقيق منهما لو كان أحدهما حرا من غير ملاحظه للحضانه، بل قد عرفت غير ذلك مما لا ينطبق عليها، فأحسن شىء حمل كلام المشهور هنا على إرادته حصول الاستغناء غالبا بالبيع، و إلا فالمدار ما قلناه خصوصا بعد ما عن التذكره من تعليل كون الغايه السبع بكونها سن التمييز، فيستغنى عن التعهد و الحضانه.

و أقرب منه إرادته من أطلق التحديد بالاستغناء كالمقنعه و النهايه و المراسم ما ذكرنا من الإيكال إلى العرف، و من ذلك يعلم جوده ما عن إيضاح النافع حيث أنه بعد أن حكى عن ابن فهد ما عرفت، قال: إنه ليس بشىء إذ هو كذلك، و ليس فى شىء من كلام الأصحاب ما يشعر بذلك، سوى ما عن مبسوط الشيخ من تعليله إلحاق الجده بالأم، بمنزلتها فى الحضانه، و يمكن عدم إرادته دوران الحكم على ذلك و الله أعلم. هذا كله فى الأناس، أما البهائم فقد صرح غير واحد بجواز التفرقه فيها بينها قبل الاستغناء عن اللبن و بعده، نعم قيده بما إذا كان مما يقع عليه الذكاه أو كان له ما ينمو به من غير لبن أمه، و لعله لعدم جواز إتلاف المال أو خصوص الحيوان منه بغير الطريق - الشرعى كالذبح، و لتحقيق ذلك محل آخر و الله أعلم.

### [المسأله السادسه من أولد جاريه ثم ظهر أنها مستحقه انتزعاها المالك ]

المسأله السادسه من أولد جاريه قد اشتراها مثلا جاهلا ثم ظهر أنها مستحقه للغير بينه شرعيه أو نحوها انتزعاها المالك منه بلا خلاف و لا إشكال و المشهور نقلا و تحصيلا شهره عظيمه، بل عن الخلاف الإجماع، أنه يجب على الواطئ عشر قيمتها بدخول أرش الجنايه على الأقوى إن كانت بكرا أى لم يمسه رجل و لم تذهب عذرتها، و قد يقوى الاكتفاء بالثانى و فى شرح الأستاذ أن الاكتفاء بالأول



أقوى و نصف العشر إن كانت ثيبا ل

صحيح الوليد بن صبيح (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها؟ فقال: تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها؟ فقال: إن كان الذى زوجه إياها من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ فقال:

إن وجد مما أعطها شيئا فليأخذه و إن لم يجد شيئا فلا شىء له عليها و إن كان الذى.

زوجه إياها ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، و تعتد منه عدده الأمه، قلت: و إن جاءت منه بولد قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى»

و

الصحيح الآخر (٢) «أ رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فاقترضها فقال لا- ينبغى له ذلك قلت: فإن فعل يكون زانيا؟ قال: لا و يكون خائنا، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن تكن بكرا فنصف عشر قيمتها»

و غيرهما، و مغايره المورد للمقام يدفعه اتحاد طريق المسألتين، و اشعار الأول بالعموم بالتعقيب بما هو كالتعليل من استحلال الفرج المحقق هنا بل عن بعض أصحابنا الاستدلال به بالفحوى، كل ذلك مع أن عبارته المصنف كما سمعت غير خاصه بالبيع؛ و نحوها عبارته القواعد، بل فى شرح الأستاذ جعل موضوع المسأله ظهور استحقاق الأمه الموطوءه بزنا أو غيره من نكاح أو تحليل أو ملك أو شبهه بأحدها، لعدم مالكيه المالك أو ظهور فساد العقد له و لعله كذلك.

قيل و القائل الشيخ فى المحكى من غصب المبسوط و ابن إدريس يجب مهر أمثالها الذى هو عوض منفعة البضع شرعا مع عدم التسميه من غير فرق بين الحره و الأمه، بل عن بعضهم

إتمام ذلك بأن الروايه (٣) إنما وردت فىمن اشترى جاريه و وطأها و كانت حاملا من سحق أو غيره و أراد ردها فلا يقاس عليه، و لكن قد

١- ١ الوسائل- الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣٥- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب أحكام العيوب الحديث- ٤.

عرفت أن الأول مع كونه مشهورا شهره عظيمه بل قد سمعت دعوى الإجماع عليه مروى فى الصحيحين و غيرهما مضافا إلى المرسل المزبور المتمم على تقديره بعدم القول بالفصل؛ فلا- مناص حيثنذ عن القول الأول بل فى شرح الأستاذ أن الأقوى التوزيع فى المبعضه، فضلا عن مفروض المقام، لا الرجوع إلى مهر المثل.

و كيف كان فالظاهر عدم الفرق بين علم الأمه بالحال و عدمه على القولين، بل صحيح صبيح ظاهر فى الأول و نفى المهر للبعى إنما هو فى الحره كما يشعر به اللام الظاهره فى الاستحقاق، بل لعل لفظ المهر كذلك، و لذا يطلق على الحره المهيره فما فى الدروس هنا من نفى المهر لها مع العلم و عدم الإكراه واضح الضعف؛ و إن حكى عن جماعه المحقق الثانى و غيره اختياره فى باب الغصب.

و لو اختلفا فى البكاره و عدمها قدم قول الواطئ، و يحتمل تقديم قول المالك عملا بالأصل، و فى الممسوسه فى القبل من دون فض البكاره أو فى الدبر وجهان أقواهما عند الأستاذ إجراء حكم البكاره فيها، و الأظهر خلافه؛ كما أن الظاهر إجراء حكم الواحد على تكرر الوطء فى الوقت الواحد قبل الغرمه، أما إذا كان بعد الغرامه فالظاهر التعدد بل

قيل إن مثله اختلاف الوقت، و فيه منع، ضروره ظهور النص و الفتوى فى أن الغرم ذلك و لو استعمر الاشتباه إلى الولاده؛ و الغالب التعدد مع ذلك.

و على كل حال ف الولد حر للأصل و التبعية لأشرف الأبوين و صحيح الوليد(١) السابق و غيره، و محكى الإجماع عن المبسوط و الخلاف و غيرهما، بل لا أجد فيه خلافا إلا ما عن المقنعه من رقيه الولد إلا أن يرضيه الأب عنه بشىء؛ بل قيل:

إن مثلها النهايه إلا أنه قال: «و قبض ولدها» إلى آخره، و لعله لما

فى موثق سماعه(٢)

١- ١ الوسائل - الباب - ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

من «أن ولده مملوك إلا أن يقيم البيئه، أنه شهد له شاهدان أنها حره، فلا يملك ولده و يكونون أحرارا»

و خبر زرارہ (١) إلا أنهما مع عدم شهادتهما بتمام المدعى. و إمكان حملهما على صورہ الزنا و غير ذلك، معارضان بما هوى أقوى سندا و أكثر عددا من النصوص المعمول بها بين الأصحاب، و حينئذ فلا ريب فى ضعف القول المزبور.

نعم على أبيه قيمته يوم ولد حيا ل

قول الصادق عليه السلام فى مرسل جميل (٢) «و يأخذ الرجل ولده بقيمته»

و

فى موثقه (٣) «و يدفع المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمان الجاربه، و قيمه الولد التى أخذت منه»

إلى غير ذلك من النصوص المراد منها وجوب قيمه تعبدا لا شرطيه الحريه بها، و قد عرفت تصريح الموثق أنه يرجع المشتري على البائع بالثمان، و بما اغترمه من قيمه الولد لمكان الغرور، و تعرف إنشاء الله فى المسأله العاشره تمام الكلام فى كثير مما له تعلق فى المقام كقيمته الولد و غيرها.

و هل يرجع المشتري على البائع بما اغترمه من مهر و أجره و نحوهما قيل: نعم لأن البائع أباحه من غير عوض فهو مغرور متضرر يرجوع المالك عليه بذلك، و نحوه الذى صرح به

فى خبر زرارہ (٤) «قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

رجل اشترى جاربه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاد؛ ثم إنه أتاها من يزعم أنها له، و أقام على ذلك البيئه، قال: يقبض ولده، و يدفع إليه الجاربه؛ و يعوضه قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها»

و ربما كان فى الرجوع بقيمه الولد إشاره إليه فى الجملة، و قيل لا لحصول عوض فى مقابلته و قد تقدم تحقيق ذلك فى بحث

١-١ الوسائل - الباب - ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ٣.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ٣.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ٥.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث - ٤.

الفضولى و البيع الفاسد فلاحظ و تأمل.

### [المسأله السابعه ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام يجوز تملكه فى حال الغيبه]

المسأله السابعه: ما يؤخذ من دار الحرب أو من أهلها فى غيرها بغير إذن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أو الإمام القائم مقامه عليه السلام من أموال و أراضى و أشجار و سرايا أو نحو ذلك بسرقة أو خيانه أو خدعه أو أسر أو قره من غير جيش أو جيش من غير قهر أو غير ذلك، فهو لأخذه، كالمأخوذ بإذنه لإطلاق ما دل من كتاب و سنه و إجماع على جواز اغتنام مال الكفار و سيهم، بل ظاهرهما كونهم و ما فى أيديهم من المباحات التى يملكها من يجوزها، و يستولى عليها، و إنما يلزم فيه الخمس كسائر الغنمى، كما أومئ إليه عليه السلام

فى قوله (١) «خذ مال الناصب حيث وجدته، و ادفع إلينا الخمس».

فما فى الحدائق- من التوقف فى الحكم من أصله لعدم الوقوف على نص يدل عليه، و أخبار النصاب لا دلالة فيها على التعميم- واضح الضعف، بل فى شرح الأستاذ أن تملك الإمام

بجيازه الغير هنا مخالف للأصل و للإجماع و الاخبار، قلت: مضافا إلى خصوص بعض النصوص (٢) الداله على جواز شراء الكفار بعضهم من بعض، و قد تقدم سابقا بعض منها.

نعم ما يأخذ بغير إذن الامام بقهر جيش أو سريره، كله للإمام عليه السلام خاصه، لا للغانمين، و لا لغيرهم بلا خلاف أجده فيه، بل عن بعضهم الإجماع عليه. و

فى خبر الوراق (٣) «عن رجل سماعه عن الصادق عليه السلام إذا غزى قوم بغير إذن الامام فغنموا كانت الغنيمه كلها للإمام عليه السلام و إن غزوا بإذن الإمام فغنموا كان للإمام الخمس»

و

الحسن كالصحيح (٤) «قلت للصادق عليه السلام السريه ببعثها الامام عليه السلام فيصيبوا غنائم

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث - ٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الأنفال الحديث ١٦.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الأنفال الحديث ٣.

كيف تقسم؟ قال إن قاتلوا عليها مع أمير أمره الإمام أخرج منه الخمس لله تعالى و الرسول صلى الله عليه و آله و سلم و قسم بينهم ثلاثة أخماس، و إن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلما غنموا للإمام عليه السلام يجعله حيث أحب»

و ما فيه من قسمه الخمس ثلاثة أخماس مما هو شاذ لا قائل به، غير قادح في الدلالة على المطلوب.

نعم قد تقدم في كتاب الخمس أن المصنف توقف في النافع في ذلك، بل في المنتهى «قوله قول الشافعي الذي هو المساواه في الفرض للمأذون فيه» بل في المدارك إنه جيد لإطلاق الأدلة الواجب تقييده بما سمعت مع أنها من خطاب المشافهه و لخصوص

حسن الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «في الرجل من أصحابنا يكون في لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمه، فقال: يؤدي خمسا و يطيب له»

مؤيدا بما

في صحيح ابن مهزيار (٢) المشتمل على ذكر ما يجب فيه الخمس إلى أن قال: «و مثل عدو يظلم فيؤخذ ما له»

و لما يظهر من بعض أخبار التحليل (٣) من كون الإباحه لنصيبهم في الفى ء لا إباحه جميعه، و لا نصيب لهم إلا الخمس.

قال أمير المؤمنين عليه السلام في المروى عن العسكرى عليه السلام (٤) «يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قد علمت أنه سيكون بعدك ملك عضوض و جبر فيستولى على خمسى من السبى و الغنائم و يبيعونه، و لا يحل لمشتريه لأن نصيبى فيه و قد وهبت نصيبى منه لكل من ملك منه شيئا من شيعتى»

إلى آخره، و نحوه غيره، إلا- أن ذلك كله يجب الخروج عنه، و حملة على ما لا- ينافى المطلوب لما عرفت من المفروغيه من الحكم، و الله العالم.

و الظاهر عدم تأثير الإجازة اللاحقه و إن كان لم يستبعده شيخنا في شرحه إلحاقا له بمسأله الفضولي؛ و لو اختطف الآخذون بالاذن و عدمه لحق كلا حكمه كما أنهم إذا أخذ بعض الجيش غيله و بعض قهر الحق أيضا كلا حكمه.

١- ١ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ٨.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب الأنفال.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب الأنفال ٢٠.

و كيف كان فالأصول و الضوابط تقتضى حرمه التصرف فيما كان للإمام عليه السلام ضروره كونه من العدوان و أكل ما بالباطل؛ و لكن يجوز لخصوص الشيعة تملكه فى حال الغيبه رخصه منهم عليهم السلام فى ذلك إجماعا بقسميه و النصوص (١) نعم الأحوط إن لم يكن الأقوى اعتبار قصد التملك أو عقده بل فى شرح الأستاذ اعتبار ذلك، و أنه بدونه يبقى أمانه له عليه السلام و يجرى عليه حكم التحجير؛ و لا استبعاد فى خصوص الملك للتملك بعد إذنه عليه السلام فى ماله، أو فيما له الولايه عليه؛ بل لا استبعاد فى دعوى الملك لخصوص الشيعة بمجرد الاستيلاء و أنهم أباحوا لهم أموالهم إباحه صيرتها لهم كالمباحات الأصلية، ضروره رجوع ذلك كله إلى الشرع الذى لا ينبغى الاستبعاد معه كما هو واضح.

و على كل حال متى ملكه الشيعى جاز تملكه لغيره منه و لو كان الغانم غير شيعى جاز الشراء منه و الاتهاب و نحوهما من العقود المملكه، استنقاذا لا شراء حقيقيا.

و من هنا يقدر جواز الأخذ منهم قهرا مع عدم منافاه التقيه، و فى شرح الأستاذ أن جواز ذلك وجه وجيه.

و على كل حال فله أى الشيعى و طئ الأمه المغتتمه إذا تملكها باغتنام أو شراء من المغتتم إذا لم يكن استنقاذا و الا فبالاستيلاء المزبور، و من هنا يظهر لك وجه خبث و لاديه غير الشيعة الذين لم يرخص لهم، فان وطأهم للإماء المملوكه لغيرهم زنا، نعم يمكن اجراء حكم الشبهه على أولادهم على اشكال فى بعض الافراد.

و كيف كان ف يستوى فى ذلك الحكم الذى ذكرناه ما يسيبه المسلم و غيره الا أن الرخصه المزبوره خاصه للشيعة و ان كان فيها حق للإمام مثل

القسم الأول أو كانت كلها للإمام عليه السلام مثل القسم الثاني إلا أن الظاهر قصر الرخصه في الأول على خصوص المناكح و المساكن و المتاجر، و يحتمل أن يكون الترديد إشاره لما سمعته من القولين في الغنيمه بجيش و أمير من دون أذان الإمام، من أنها أجمع للإمام، أو الخمس كما عرفت الكلام فيه، و قد تقدم في باب الخمس تمام الكلام في ذلك فلاحظ و تأمل. و منه تعرف نوع إجمال في عباره المتن و غيره، و- الله أعلم.

### [المسأله الثامنه إذا دفع إلى مأذون مالا ليشتري به نسمة و يعتقها و يحج عنه بالباقي ]

المسأله الثامنه: إذا دفع إلى مأذون مالا ليشتري به نسمة و يعتقها و يحج عنه بالباقي فاشترى أباه و دفع إليه بقيمه المال فحج به؛ ثم اختلف مولاة، و ورثه الأمر و مولى الأب، و كل يقول اشترى بعين مالى فقيل و القائل الشيخ في النهايه و القاضى على ما حكى عنه يرد إلى مولاة رقا، ثم يحكم به لمن أقام البينه على روايه ابن أشيم

عن أبي جعفر عليه السلام (١) المشهوره كما في الدروس، و لعله يريد روايه لا فتوى قال:

له «عبد لقوم مأذون له في التجاره دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عنى و حج عنى بالباقي ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد فاشترى أباه و أعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي ليحج عن الميت فحج عنه، و بلغ ذلك موالى أبيه، و مواليه و ورثه الميت جميعا فاخصموا جميعا في الألف فقال موالى العبد المعتق إنما اشتريت أباك بما لنا، و قال الورثه: إنما اشتريت أباك بما لنا، و قال: موالى العبد إنما اشتريت أباك بما لنا؟ فقال: أبو جعفر عليه السلام أما الحججه فقد مضت بما فيها لا ترد، و أما المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه، و أرى

الفريقين بعد أقاموا البينه، على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا.»

و هو أى القول ضعيف كضعف الخبر لجهاله الراوى أو غلوه و سبق بعض أصحاب الإجماع عليه غير مجد على الأصح؛ و لمخالفته أصول المذهب و قواعده باعتبار اشتماله على الأمر برد العبد إلى مولاة مع اعترافه ببيعه و دعواه الفساد التى يقدم

مدعى الصحة عليها، و على مضى الحجته، مع أن ظاهر الأمر حجه بنفسه، و على مضى الحج مع العود إلى الرق المقتضى لوقوع حجه بغير إذن سيده.

بل فى شرح الأستاذ أن ظاهر الخبر الاذن فى التجاره للمولى، فكيف تصح المعامله حتى يترتب عليها صحة الحج، كما أن ظاهره أيضا الوكاله عن الدافع فتفسخ بموت الموكل فيبطل البيع و العتق و الحج، و بعد تسليم أنها وصايه فليست هى من التجاره فلا تصح، و لا يصح ما تفرع عليها من الثلاثه بل الإحجاج لا يدخل فى التجاره لسيده و لا لغيره، فكيف يمكن شراء مال شخص بمال منه.

و إن كان قد يناقش بمنع ظهور الخبر فى الأول و لو بقريته عدم دعوى مولى - المأذون بذلك بل و الثانى، ضروره ظهور عباره الدافع فى فعل ذلك بعد موته، الظاهر فى كونه وصايه، و عدم إنكار مولى المأذون ذلك على العبد قريته على إرادته الأعم من الاذن فى التجاره، فالإحجاج بعد تسليم أنه ليس من التجاره لغير سيده من المأذون فيه حينئذ كالعتق و الغفله و نحوها عن شراء مال شخص بمال منه غير مستنكره، فانحصرت المخالفه حينئذ فيما ذكرناه أولا، و لها و للضعف مع عدم الجابر طرح الخبر المزبور.

و قيل أنه يرد العبد إلى مولى المأذون ما لم يكن هناك بينه، و هو أشبه عند المصنف و العجلى و تبعهما الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل نسب إلى الأكثر، لأن يد السيد على العبد و ما فى يده، و لا يقبل إقراره عليه و إن كان و كيلا، بخلاف الحر، كما لا يقبل بعد حدوث يد المأذون دعوى الملكيه من - مولى الأب بلا بينه، فضلا عن دعوى الفساد، و كذا دعوى ورثه الدافع، بل قد لا يتصور دعواهم بعد اعترافهم بأمر مورثهم بذلك كله.

نعم إن أنكروه كلا أو بعضا اتجه لهم الدعوى؛ بل من الواضح أنه على هذا



القول لا- فرق بين كون العبد الذى أعتقه المأذون أباه، أو لا، وإن كانت الروايه تضمنت الأول، لاشتراكهما فى المعنى المقتضى لترجيح قول ذى اليد، ولا بين دعوى مولى الأب شراؤه من ماله، بأن يكون قد دفع للمأذون مالا ليتجر به، فاشترى أباه من سيده بماله و عدمه، لأنه على التقدير الأول يدعى فساد البيع، و مدعى صحته مقدم، و على الثانى إما أن يدعيه أيضا بان يدعى سرقة عين الثمن منه مثلا، أو ينكره فيكون خارجا لمعارضه يده القديمه يد المأذون الحادثه فتقدم، و الروايه تضمنت الأول، كذا فى الرياض و فيه نظر، و لا بين استيجاره على حج و عدمه، لعدم مدخلية ذلك فى الترجيح، و إن كانت الروايه تضمنت الأول كما هو واضح.

و فيه منع عدم قبول الإقرار من العبد على السيد بعد فرض كونه مأذونا فى- التجاره و غيرها و للسيد و غيره، ضروره كونه حينئذ كالحرف فى الأمانه فتشمله الأدله كما أنه ليس لورثه الدافع الدعوى بعد تسليم الوصايه من مورثهم بذلك، و عدم ما يمنع من إنفاذها فتتخصر الدعوى حينئذ فى مولى الأب الذى هو مدعى الفساد فلا يسمع قوله بلا بينه.

و من هنا قال المصنف فى النافع إن الذى يناسب الأصل فى المسأله الحكم بإمضاء ما فعله المأذون ما لم تقم بينه تنافيه، و قواه فى الدروس مع الإقرار بذلك و الذى يقوى فى النظر بعد طرح الخبر المزبور ملاحظه موضوع المسأله، إذ المأذون إن قصرت إذنه على التجاره لمولاه فهو عاد فى فعله، باطل عمله، و لا يدلّه حتى يصدق فى قوله، إنما اليد لمولاه، و هو مصدق فيما ادعاه فيبطل العقد و يرجع المال إلى المولى و إن عمت إذنه فى التجاره له و لغيره و كان الشراء بالوكالة مع حياه الدافع صح الشراء، و كان القول قول المأذون فى أنه للدافع و ورثته مع اليمين، و تسقط دعوى مولاه و دعوى مولى الأب بعد الإقرار ببيعه و يحكم بفساد العتق و الحج، و إن كانت عامه للتجاره و غيرها له و لغيره كان القول قول- المأذون كما عرفت، و لو سلم ورثه الدافع الأذن فى الشراء فقط؛ كان الملك و لا عتق،

و لا- حج؛ فيرجع الباقي إليهم، و إن اعترفوا بالعتق دون الحج، صح العتق و طولب بما بقى للحج و إن أنكروا الجميع كانت الالف لهم، إلى غير ذلك مما لا يخفى انطباقه على الضوابط لو فرض.

هذا كله بعد طرح الخبر المزبور؛ و قد يحتمل العمل و تدفع المخالفه الثانيه بأن المراد حصول الحج و لو بغيره، خصوصا و الخطاب مع المأذون فيتبع فهمه من خطابه و الفرض أنه فهم منه ذلك، و الثالثه بأن صحه الحج أمر أخروي لا- يجرى على الحكم الظاهري فقد يحكم بصحه الحج لعلم الوصي مثلا، و إن لم يثبت ظاهرا بل يمكن ابتناء صحته على الإذن لاب المأذون في الحج تبرعا عن الميت أو مطلقا- و ليس في الروايه ما يفيد استحقاق العبد شيئا من المال. أو على أنه قد استعمل في ذلك مع عدم العلم بالفساد فحجه حينئذ صحيح، و إن استحق أجره المثل، و ليس في الروايه ما ينفيها أو على غير ذلك.

و أما المخالفه الأولى ففي القواعد دفعها بأن المراد إنكار مولى الأب البيع من أصله، و فيه أنه مخالف لصريح الروايه اللهم إلا أن يكون ما أقر به ليس بيعا لغه لعدم المبادله فيه، أو يكون المراد إنكار البيع للآخرين؛ و لا ينافيه دعوى البيع بما له. إذ هي أمر زائد على الإنكار و بذلك يخرج عن قاعده تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد، إذ هي في الدعوى المتحده، لا في مثل الفرض الذي ضم إلى الإنكار دعوى الفساد بشراء عين لا يصح شراؤها كما لو قال: بعتك الدار فأنكر المدعى عليه ثم قال: بعنتي خنزيرا، و تقديم الأصحاب مدعى الصحه في مسأله الخل و الخمر. و الشاه و الخنزير، إنما هو فيها إذا اتفقا على تعيين المبيع، و اختلفا في كونه خلا أو خمرا أو شاه أو خنزيرا لا في نحو الفرض الذي لا دليل على تشخيص أصل الصحه فيه موضوع البيع الذي هو لإثبات الوصف بها دون غيره، و لعل هذا أولى مما تسمعه من الشهيد، لما تسمعه من المناقشه، و لانه لا يتم مع

مع فرض الدعوى من الورثة أو المولى خاصة، ضروره عدم التصادم، و ظاهر النص تقديم دعوى مولى الأب، و إن لم يكن المدعى الا- أحدهما، للحكم فيه باحتياج كل منهما إلى البينه، ثم لا يخفى عليك الداخل و الخارج على هذا التقدير، كما لا يخفى عليك ترجيح أى البينتين بعد الإحاطه بما ذكرناه فى كتاب القضاء فلاحظ و تأمل جيدا؛ و فى الدروس بأنه قد يقال أن المأذون بيده مال لمولى الأب و غيره، و بتصادم الدعاوى المتكافئه يرجع إلى أصاله بقاء الملك على يد مالكة و لا يعارض فتواهم بتقديم دعوى الصحه على الفساد، لان دعوى الصحه هنا مشتركه بين متقابلين متكافئين فيتساقطان و هذا واضح لا غبار عليه، و قد يناقش بمنع تكافؤ الدعاوى بعد تسليم أن بيده ما لا للجميع لأن من عدا مولاه خارج و الداخل مقدم فسقط مولى الأب و ورثه الأمر فلم يتم الرجوع إلى أصل بقاء الملك على مالكة، و بذلك يظهر فساد دعوى اشتراك الصحه بين متكافئين فان الخارجه لا تكافئ الداخله، فإذا قدمت لم يبق لرد الدعوى المشتمله على فساد البيع مانع إذ لم ينقذح توجهها إلا بسبب تساقط تلك الدعويين و لم يتم، و قد تدفع بمنع كون المولى داخلا بعد فرض استناده الى السبب الخاص و بعد فرض كون العبد مأذونا مطلقا و بيده مال للجميع، نعم المتجه بناء على ما ذكرنا نفوذ إقراره على السيد و غيره ممن و كله فلم تتصادم الدعاوى المتكافئه كما أنه قد يمنع اعتبار عدم تصادم دعوى الصحه فى التقديم على دعوى الفساد، بل يقدمان عليها ثم ينظر فى الترجيح بينهما، فان لم يكن فالقسمه أو القرعه أو نحوهما فتأمل جيدا.

هذا كله مع عدم البينه و معها تقدم إن كانت لواحد، و إن كانت لاثنين أو للجميع و قلنا بأن مولى المأذون منهم داخل و ما عداه خارج، و أن بينه الداخل مقدمه على الخارج عند التعارض، كان الترجيح لبينه مولى المأذون حينئذ بلا يمين حينئذ و إن لم يكن له بينه أو كانت و قلنا بترجيح بينه غيره عليه؛ لانه خارج تعارض الخارجان حينئذ؛ و لعل الأقوى وفاقا لجماعه تقديم بينه الدافع عملا بمقتضى الصحه، مع احتمال تقديم بينه

مولى الأب لادعائه ما ينافى الأصل، وهو الفساد فمولى الأب بالنسبة إلى ورثه الدافع مدع خارج، فتقدم بينته لأنه مدع بأحد تفاسير المدعى لأنه يدعى ما ينافى الأصل و يضعف بأنه مدع و خارج بالإضافة إلى المولى المأذون كما ان الآخر أيضا مدع و خارج بالإضافة إليه، و لا- يلزم من كون دعوى أحدهما توافق الأصل و دعوى الآخر تخالفه أن يكون أحدهما بالإضافة إلى الآخر مدعيا و خارجا فترجح بينته، و تقديم بينه مدعى الفساد إنما يكون حيث لا يقطع بكون الآخر مدعيا؛ فأما إذا قطع به و أقاما بينتين؛ فلا بد من الترجيح و هو ثابت في جانب مدعى الصحة، و من ذلك يعلم الحال بناء على خروج مولى المأذون أيضا و اقام بينه فترجح حينئذ على بينه ذى الفساد بأصالة الصحة مع احتمال تقدمى مدعى الفساد هنا لكونه مدعيا حينئذ بالنسبة إليهما، و على الأول يبقى الترجيح بين دعوى مولى المأذون و ورثه الدافع. و الله أعلم.

### [المسألة التاسعة إذا اشترى عبدا في الذمه]

المسألة التاسعة روى ابن مسلم (١) عن الباقر عليه السلام «في الضعيف أنه إذا اشترى رجل من رجل عبدا أى موصوفا في الذمه و كان عنده عبدان ف دفع البائع إليه عبيدين و قال: للمشتري اذهب بهما فصلى الله عليه و آله اختر أحدهما و رد الآخر، و قد قبض المال فذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده،

فقال عليه السلام ليرد الذى عنده منهما و يقبض نصف الثمن مما أعطى من المبيع؛ و يذهب

في طلب الغلام؛ فان وجده اختار أيهما شاء، و رد النصف الذى أخذ و إن لم يجده كان العبد بينهما، نصف للبائع، و نصف للمبتاع»

و قد عمل بها الشيخ في نهايته و ابن البراج بل في الروضة نسبه العمل إلى أتباعه، بل في الدروس نسبه إلى الأكثر و إليه أشار المصنف بقوله قيل يكون التالف بينهما و يرتجع نصف الثمن فإن وجده اختار و إلا كان الموجود لهما و هو بناء على انحصار حقه فيهما و زاد في الدروس و على تساويهما في القيمة و مطابقتها للوصف؛ و عدم ضمان المشتري هنا؛ لأنه لا يزيد على

المبيع المعين الهالك في مده الخيار فإنه من ضمان البائع، و قد يشكل الأولين بأن المبيع أمر كلى لا يتشخص بتشخيص البائع، و دفعه الاثنين ليتخير أحدهما ليس تشخيصا و إن حصر الأمر فيهما، لأصالة بقاء الحق في الذمه، إلا أن يثبت شرعا كون ذلك كافيا كما لو حصره في عشره فصاعدا، و قد يدفع بأنه يكفى فيه دفع البائع ذلك بعنوان كون الحق فيه و رضا المشتري بذلك، فقبضه على هذا؛ فهو في الحقيقة كدفع المتحد و قبضه؛ إلا أنه لما كان التحقيق الذى قد مر في المسألة الصاع من الصبره، أن الأصل عدم ملك الكلى المعين في غير الذمه، و جب حينئذ تنزيل الكلى فيهما حينئذ على الإشاعه تخلصا من ذلك، فملك المشتري حينئذ نصفًا من كل منهما، إلا أن له الخيره في تعيين النصفين بواحد، بل للبائع إزامه بذلك، باعتبار أنه هو الذى وقع عليه العقد، فإذا أحدهما قبل التعيين كان مقتضى قاعده الشركه كونهما منهما، إلا أنهم حكموا بارتجاع النصف، لعدم ضمان المشتري هنا، لانه لا- يزيد على المبيع المعين الهالك في مده الخيار، فلا أقل من أن يكون هذا الخيار كذلك، أو ينزل على كون الإباق في الثلاثه، بناء على إلحاق المدفوع مصداقا بما وقع عليه البيع من الحيوان، أو لأنه باعتبار بقاء الخيار فيه كان كالمقبوض بالسوم بناء على أنه غير مضمون، أو أنه و إن قلنا بضمانه الا انه فرق بينه و بين المقام كما ستعرف.

نعم قد يقال المتجه بناء على ذلك عدم الفرق بين التساوى فى القيمه و عدمه، و بين التطابق و عدمه، بعد فرض الرضا منهما جميعا بانحصار الحق فى المدفوع، و إن كان ظاهر موضوع الخبر ذلك، لكن الإنصاف أن جميع ذلك دعوى مخالفه لأصول المذهب و قواعده بلا شاهد معتبر حتى الخبر المزبور، لعدم الجابر له، و إذا لاكثره لم نتحققها، بل المتحقق خلافها فطرحه خير من تنزيهه على ذلك، أو على تساوى العبدین من كل وجه ليلحق بمتساوى الاجزاء؛ كما عن المختلف فجوز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من الصبره، و ينزل على الإشاعه إذ فيه أولا وضح الفرق بين العبد و الصاع

لعدم إمكان تساويهما من كل وجه؛ ولذا كان ضمانه لو تلف بقيمته لا- مثله، و ثانيا منع التنزيل على الإشاعه فى الصاع من المصبره كما عرفت البحث فى محله؛ و ثالثا أنه يحتاج أيضا فى عدم ضمان المشتري فيه على هذا التقدير إلى ما عرفت مما هو محل للنظر بل المنع.

مضافا إلى إمكان دعوى صراحه الخبر المزبور فى عدمه خصوصا ما فى ذيله، و من هنا طرح الخبر غير واحد، بل هو الذى استقر عليه رأى المتأخرين عدا النادر؛ لعدم انطباقه على القواعد، إذ المبيع إن فرض كليا موصوفا بوصف يرفع الجهاله مطبقا على كل من العبدین كما هو الظاهر، ففى شرح الأستاذ أن الحكم فيه بقاء التخيير بين قبول التالف و رد الباقي، و بين قبول الباقي و غرامه قيمه التالف، ثم احتمال قويا تاره و لم يستبعده أخرى إلزامه بالتالف، لحصو التقاص قهرا و قد يناقش بأن الحق فيه مختلف؛ لأن البائع مستحق عليه المشتري نفس العبد الموصوف، و هو يستحق عليه قيمه العبد التالف، فلم يحصل شرط التقاص القهرى، و منه ينقدح حينئذ أن خياره بين قبول التالف بمعنى رضاه بما للبائع من القيمة عوض ما يستحقه عليه من العله لا أن المتجه اعتبار رضاهما معا بذلك ضروره كونها معامله جديده فليس للبائع الاستقلال بذلك و لأعلى المشتري إجابته إليه و بالعكس كما هو واضح، فالموافق للضوابط الذى صرح به غير واحد من الأصحاب ضمان المشتري و استحقاقه المبيع و اليه أشار المصنف بقوله.

و لو قيل التالف مضمون بقيمته و له المطالبه بالعبد و الثابت فى الذمه كان حسنا نعم قد يناقش فى الضمان لأن الأصل البراءه، إذ الظاهر كونه فى يده أمانه فلا يستعقب ضمان، و القياس على المقبوض بالسوم بعد تسليم الحكم فى المقيس عليه غير جائز فى مذهبنا بل قد يفرق بينهما، بأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوه أو مجازا بما يول اليه و صحيح البيت و فاسده مضمون، بخلاف صوره الفرض لان المقبوض ليس كذلك

لوقوع البيع سابقا، وإنما هو محض استيفاء حق.

و تدفع بمنع كون ذلك قياسا بل اتحاد طريق المسألتين و هو إطلاق

قوله عليه السلام (١) «على اليد»

المشترك بينهما، و لا خصوصيه له، على أن المبيع لما كان أمرا كلياً و كان كل من المدفوع صالحاً لكونه فرداً له كان فى قوه المبيع، بل دفعهما للتخير حصر له فيهما فيكون بمنزلة المبيع. حيث أنه منحصر فيهما؛ فالحكم بالضمان هنا أولى كما هو واضح، و إن فرض انطباقه على أحدهما فقط، فإن كان الموجود صح له أخذه و غرم قيمه التالف، إلا مع التراضى مع الدافع بالمعاوضه و دفع الباقي إليهن و إن كان التالف ضمنه و طالب الدافع بالكلية، بل قد يقال بتعيينه حقا له لأنه قد قبضه بعنوان الاستيفاء، إلا أنه لم

يكن متعينا باعتبار وجود الفرد الآخر، فمع فرض انتفائه تعين هو للحق، فتأمل جيدا.

و فى شرح الأستاذ جاز للدافع احتسابه عليه و أخذ الباقي، بل لا يبعد لزوم ذلك بالتقاص القهرى، و للمدفع إليه احتسابه على نفسه لجعل الاختيار إليه، و فيه ما عرفت، و إن فرض عدم انطباقهما معا ضمن قيمه التالف و دفع الباقي، و طالب بما له الا مع التراضى المزبور، و إن كان المبيع نصفاً من العبدین مشاعاً فيهما فالتالف مضمون نصفه عليه، و عليه رد نصف الباقي، فلا ينطبق الخبر حينئذ على شىء من ذلك إلا على ما سمعته من التكاليف السابقة، التى يرجح الطرح عليها، و تنزيل الخبر على كون المبيع مجهولاً لتردده بين العبدین المدفوعين يقضى بضمان التالف بالقيمه، أو المسمى و رد الباقي، لبطلان العقد حينئذ كما هو المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً؛ بل هى كذلك، و إليه أشار المصنف بقوله.

و أما لو اشترى عبداً من عبدین لم يصح العقد و فيه قول موهوم و فى السرائر بعد أن حكى ما فى النهايه الذى هو مضمون الخبر السابق، قال: ما ذكره شيخنا فى

نهايته خبر واحد لا يصلح ولا يجوز العمل به، لانه مخالف لما عليه الإمامه بأسرها، مناف لأصول مذهب أصحابنا وفتاواهم و تصانيفهم و إجماعهم لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف، و قوله يقبض نصف الثمن، و يكون العبد الآبق الذى وقع عليه البيع فهو من مال مشترية، و الثمن بكماله لبائعه، و إن كان الآبق غير متوقع عليه البيع فالباقي إذا وقع عليه البيع، فلأى شىء يرد، و إنما أورد شيخنا هذا الخبر على ما جاء إيرادا لا اعتقادا؛ لأنه رجع عنه فى مسائل خلافه، فى كتاب السلم» و هو جيد.

و إن كان قد يوهم ظاهره عدم جواز بيعه كليا موصوفا بصفات ترفع الجهالة، و هو واضح المنع.

و لعله إليه أو غيره أشار فى اللمعه بقوله «و يجوز شراء العبد موصوفا سلما، و الأقرب جوازه حالا، إلا ان ظاهره كون غير الأقرب التفصيل بين السلم وغيره، و هو أوضح من الأول فسادا لتساويهما فى المعنى المصحح للبيع، و على كل حال فما أبعد هذا القول من القول بجواز بيع أحد العبدین مطلقا؛ كما عساه يظهر فى باب البيع من الخلاف ناسبا له إلى روايه الأصحاب و إجماعهم. أو بشرط تساويهما من كل وجه حتى يكون كالصاع من الصبره، كما سمعته من الفاضل فى المختلف، و إن كان هو فى غايه الضعف. بل الشيخ كما قيل قد رجع عنه فى باب السلم فقال «إذا قال اشتريت منك أحد هذين العبدین بكذا، أو أحد هذه العبيد الثلاثة بكذا لم يصح الشراء و به قال الشافعى، و قال أبو حنيفة إذا شرط فيه الخيار ثلاثة أيام جاز لان هذا غرر يسير، و أما فى الأربعة فما زاد فلا يجوز، دليلنا أن هذا بيع مجهول فلا يجب أن يصح بيعه



و لانه بيع غرر لاختلاف قيمه العبدین، فان قلنا به تبعنا فيه الروايه، و لم نقس عليها غيرها و الإجماع الذى ادعاه مطنه العكس، كما سمعته من الحلې» و الروايه التى أشار إليه هى الخبر المزبور على الظاهر، و هو مع عدم تعين تنزيله على ذلك، قد عرفت مخالفته للأصول و القواعد، و الاستدلال بالإطلاقات و العمومات يدفعه ما دل على المنع من بيع الغرر الذى هذا منعه قطعاً، كما أنه يدفع الثانى منع التساوى على وجه يحلق بالمثل على أنك قد عرفت ما فى تنزيل الخبر عليه.

و كيف كان فلا ريب فى ضعف ذلك كله فالأولى الرجوع إلى ما تقتضيه الضوابط و هو ما عرفت و عليه لا فرق بين العبدین و الأ-كثر، و لا بين العبيد و الإمام، بل و لا بين الثياب و نحوها و لا بين إباق العبد و موته، أما بناء على العمل بالخبر ففى انسحابه فى الزيادة على اثنين تردد؛ من صدق العبدین فى الجملة و عدم ظهور تأثير الزيادة مع كون محل التخيير زائداً على الحق؛ و من الخروج عن المنصوص المخالف لأصل، فان سحبنا الحكم و كانوا ثلاثة فأبق واحد فأتى المبيع و ارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما سمعت، و و قد يحتمل بقاء التخيير و عدم فوات شىء، سواء حكمنا بضممان الآبق أم لا، لبقاء محل التخيير الزائد عن الحق، و كذا التردد لو كان المبيع غير تعبد، كأمه فدفع إليه أمتين أو إماء و ان قطع فى الدروس بثبوت الحكم هنا، بل فى أية عين كانت؛ كتوب و كتاب من المشاركة فى العله للحكم، و بطلان القياس، و لعله أقوى كما أن الأقوى عدم إلحاق الهلاك بالإباق، و إن جعله بعضهم أحد الوجهين لأولويته منه، لكن قد يفرق بينهما بتنجيز التنصيف معه من غير رجاء لعود التخيير بخلاف الإباق و الله أعلم.

### [المسألة العاشره إذا وطئ أحد الشريكين أو الشركاء الوطى الذى تدور عليه الاحكام مملوكه بينهما يسقط الحد مع الشبهه]

المسألة العاشره إذا وطئ أحد الشريكين أو الشركاء الوطى الذى تدور عليه الاحكام مملوكه بينهما أو بينهم يسقط الحد مع الشبهه بلا خلاف بل الإجماع

بقسميه عليه لدرء الحدود بها، و إن استحق التعزير بالعصيان بترك السؤال و يثبت مع مع انتفائها إذا لم يكن الشريك ولدا له إجماعا أيضا بقسميه، و نصوصا مستفيضه جدا؛ مضافا إلى ما قيل من تناول ما دل فى الزنا له الشامل للمقام بالصدق من جهه الشريك أو مطلقا فيلزم تمام الحد؛ لولا قيام الدليل على خلافه؛ و بعد خروج الخارج يبقى الباقي على حاله، و إن كان لا يخلو من نظر، و لكن يسقط منه أى الحد بقدر نصيب الواطئ للنص و الإجماع المحكى، إن لم يكن المحصل، و ما قيل من عدم كونه زانيا من جهته، و لا هاتكا للحرمة كذلك، و لحصول معنى الشبهه باستحقاقه و لقاعده تبعض الاحكام بتبعض الأسباب كما يظهر بعد التبع التام، و لا سيما فى تبعض المماليك و إن كان فيه ما فيه، و أولى منه تعليله بعد النص عليه أن أمر الحدود مبنى على التخفيف؛ و لذا سقط بالشبهه و نحوها، و إلا فالعمده النص.

قال عبد الله بن سنان (١) «سألت الصادق عليه السلام عن رجال اشتركوا فى أمه، فائتمنوا بعضهم على أن تكون الأمه عنده، فوطأها؟ فقال: يدرأ عنه من الحد بقدر ماله من النقد، و يضرب بقدر ما ليس له فيها، و تقوم الأمه عليه بقيمه يلتزمها، فإن كانت قيمه أقل من الثمن الذى اشترت به الجاربه، ألزم ثمنها الأول؛ و إن كان قيمتها فى ذلك اليوم الذى قومت فيه أكثر من ثمنها ألزم ذلك الثمن و هو صاغر، لأنها استفرشها، قلت: فإن أراد بعض الشركاء شراؤها دون الرجل قال: ذلك له، و ليس له أن يشتريها حتى تستبرأ، و ليس على غيره أن يشتريها إلا بالقيمه».

و نحوه آخر (٢) بتفاوت يسير،

قال فيه: «قوم اشتركوا فى شراء جاربه فائتمنوا

- 
- ١- ١ الوسائل - الباب - ١٧ - من أبواب بيع الحيوان الحديث - ١.
  - ٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٢ - من أبواب حد الزنا الحديث - ٤.

بعضهم و جعلوا الجاربه عنده فوطئها قال عليه الحد و يدرأ عنه من الحد قدر ماله فيها، و تقوم الجاربه و يغرم ثمنها للشركاء؛ فإن كانت القيمه فى اليوم الذى وطئ أقل مما اشترت به، فإنه يلزم أكثر الثمن لا أنه قد أفسد على شركائه، و إن كان

القيمه فى اليوم الذى وطئ أكثر مما اشترت به يلزم الأكثر»

و

فى خبر إسماعيل الجعفى (١) عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجلى اشتركا فى جاربه فنكحها أحدهما دون صاحبه، فقال: يضرب نصف الحد، و يغرم نصف القيمه إذا حبلت»

و

فى المرسل (٢) فى الفقيه المسند عن عده أصحابنا فى الكافى عن الصادق عليه السلام «سئل عن رجل أصاب من الفى ء فوطئها قبل أن تقسم؟ فقال: تقوم الجاربه، و تدفع إليه بالقيمه؛ و يحط له منها ما يصيبه من الفى ء، و يجلد الحد، تدفع إليه بالقيمه دون غيره، فقال: لأنه وطأها و لا يؤمن أن يكون ثمه حبل».

و

فى الصحيح (٣) «سمعت عباد البصرى يقول كان جعفر عليه السلام يقول: يدرأ عنه من الحد بقدر حصته منها و يضرب ما سوى ذلك، يعنى فى الرجل إذا وقع على جاربه له فيها حصه»

و

فى الخبر (٤) «فى جريه بين رجلين وطأها أحدهما دون الآخر فأحبها فقال: يضرب نصف الحد و يغرم نصف القيمه»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على المطلوب، حتى

الصحيح (٥) «فى رجلين أعتق أحدهما نصيبه منها، فلما رأى ذلك شريكه وثب على الجاربه فوقع عليها؟ قال: فقال: بجلد الذى وقع عليها خمسين جلده

١- ١ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب أحكام الشركه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٢- من أبواب حد الزناء الحديث ٦.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٢- من أبواب حد الزنا الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٢٢- من أبواب حد الزنا الحديث ٧.



و يطرح عنه خمسون جلده، و يكون نصفها حرا، و يطرح عنها من النصف الباقي الذى لم يعتق إن كانت بكرا عشر قيمتها، و إن كانت غير بكر نصف عشر قيمتها و تستسعى هي في الباقي»

و نحوه خبر آخر (١) و كان بعض مشايخنا لم يقف إلا على خبر واحد، فاستدل به جابرا له بالشهره بل الإجماع.

و أغرب منه ما في نكاح المسالك من نفى الحد على الواطئ، لانه ليس زانيا و و إن كان عاصيا يستحق التعزير، و يمكن أن يكون مراده نفى حد الزنا، لان الظاهر ترتيبه على غير محل الفرض لا أقل من الشك. و الأصل البراءة، و حينئذ فما في النصوص من جلد المقدار المخصوص أمر آخر ليس حدا من حيث الزنا، و

ربما يؤيد ذلك إطلاق النصوص في المقام عدا النادر الحكم المزبور من غير فرق بين المحصن و غيره، و إلحاق الولد به أيضا فتأمل.

ثم إن الظاهر جريان الحكم المزبور على الأمه أيضا فيدراً عنها ما درء عن الواطئ و تضرب قدر ما ضرب و كيف كان فالحكم مما لا إشكال فيه نعم قد يستشكل فيما إذا كان استحقاقه كسر بالنسبه إلى كيفية ما يسقط في مقابلته من الحد فقل إنه يعتبر بالسوط فيأخذ بنصفه إن كان نصفاً و بثلثه إن كان ثلثاً؛ كما تضمنه (٢)

صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: في نصف الجلده و ثلثها يؤخذ بنصف السوط و ثلثه»

و عن بعض المحققين أنه يحصل باعتبار مقدار السوط؛ و كيفية الضرب، و في الحدائق قوه الضرب و ضعفه مع قبض السوط على المعتاد أو دقه السوط و غلظه لم

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٢ - من أبواب حد الزنا الحديث - ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب مقدمات الحدود و أحكامها الحديث - ١.

يكن بعيداً» قلت: هو كذلك لولا مخالفه لظاهر النص، الله إلا أن يحمل عليه لكنه كما ترى، بالنسبه إلى الدقه و الغلط.

نعم هو لا يخلو من قوه بالنسبه إلى الأول ضروره أنه يمكن أن يكون الكسر بحى لا يمكن تحقق مسمى الجلد به لو قبض على مقداره من

السوط المعتاد، بل يمكن دعوى لدى الأقرب إلى الحقيقه ذلك بعد انتفائها فتأمل جيداً.

ثم إن ظاهر النصوص و الفتاوى تعين كون الحد هنا الجلد و إن كان الواطئ هنا محصنا لعدم تصور السقوط فى القتل و الرجم، و

ما فى بعض المعتميره(١) «عن رجل وقع على مكاتبه فقال: قال إن كان أدت الربع جلد، و إن كان محصنا رجم، و إن لم تكن أدت شيئاً فليس عليه شىء»

بعد الإغضاء عما فيه من التقييد بالربع، معارض بما سمعت خصوصاً ما ورد فى المبعضه، و حمل نصوص التبعض جميعها على ما إذا كان الحد قابلاً له، كما إذا كان الواطئ غير محصن مع عدم مقاومه المعارض، مخالف لأصول المذهب و قواعده، كما هو واضح، بل على ما ذكرنا سابق لا يحتاج إلى دليل فى عدم ثبوت حد المحصن عليه لأن التحقيق عدم اندراجه فيما دل عليه فى الزانى فىقى الأصل حينئذ سالماً عن المعارض، و لو وطئ الشريك قبل تمام ملكه، كما لو كان موهوباً و لم يقبض حد تمام الحد مع عدم الشبهه، و كذا الفضولى على القول بالنقل، و على الكشف فى البدار أو الانتظار أو العدم مطلقاً وجوه؛ أقواها عند الأستاذ الأخير، لكنه يعزر لعصيانه، و هو جيد مع حصول الإجازة، و لو ادعى فى حصته الزيادة على شريكه و لم يعلم.

بكذبه و لا قامت بينه بصدقه و درأ عنه بنسبتها من الحد على الأقوى، لاندرج مثله فى الشبهه المسقطه للحد.

و كيف كان فلا ريب نضا و فتوى فى لحوق أحكام الولد فى الجملة لهذه الجاربه لو حملت من الواطئ و إن كان عاصيا بالنسبه إليه بل و إلى شركائه بالنسبه إلى غير الواطئ، فليس لهم بيعها بل و لا نقله بأحد النواقل إلى غيره، و لكن تقوم عليه إنما البحث فى أنها تقوم عليه بنفس الوطاء و إن لم يظهر حملها أو ينتظر الحمل فعند المصنف تبعاً للحلى و عليه استقر رأى المتأخرين أنها لا- تقوم عليه نفس الوطاء لكن قال هنا على الأصح مشيراً به إلى ما فى النهايه من التقويم بنفس الوطاء قال: «إذا كانت الجاربه بين شركاء فتركوها عند واحد منهم فوطأها فإنه يدرءا عنه من الحد بقدر ماله من الثمن و يضرب بمقدار ما لغيره، و تقوم الأمه قيمه عادله و يلزمها، فإن كانت قيمه أقل من الثمن الذى اشترت به الزم ثمنها، و إن كانت قيمتها فى ذلك اليوم الذى قومت فيه أكثر من ثمنها ألزم ذلك الأكثر، و إن أراد واحد من الشركاء الجاربه كان له أخذها، و لا يلزمه إلا ثمنها الذى يسوى فى الحال، الذى هو مضمون ما سمعته من خير عبد الله بن سنان (١) المتقدم لكن قد عرفت أن فيه و ليس له أى الشريك أن يشتريها حتى تستبرى.

و منه ينقدح إشكال فى الخبر المزبور، و هو أن الشريك إذ كان ليس له شراؤها إلا بعد الاستبراء فهو و الواطئ على حد سواء فى عدم الإلزام إلا بالثمن إذا ظهر كونها بريئه من

الحمل، إذ احتمال التقويم على الواطئ و إن لم يتعقبه حمل فى غايه البعد، و إن توهم من إطلاقه النهايه و الخبر، بل هو الذى فهمه ابن إدريس و غيره، ممن تأخر عنه منه، حتى أنه فرع عليه بعض مشايخنا فقال: هل يفرق بين الفرج و الدبر و التقاء الختانين و الانزال و خلافهما أولاً و جهان، أقوامهما عدم الفرق فى الطرفين دون الواسطه إلا- أنه و الانزال و خلافهما أولاً، و جهان، أقوامهما عدم الفرق فى الطرفين دون الواسطه إلا أنه

في غاية البعد، بل التعليل في خبر العده الصريح في كون التقويم بالوطى كالصريح بخلافه، بل التعليل في خبر ابن سنان بنفسه ظاهر في ذلك، ضروره كون المراد منه أنه صيرها بالوطى فراشا له بحيث يلحق به الولد، وإلا فلو أريد منه بمجرد الوطء وإن كانت آيسه مثلا، لم يكن للتعليل به وجه، كالتعليل بالإفساد في الخبر الأخر، إذ لا وجه للإفساد بمجرد الوطء، خصوصا في الثيب، بل و بالكسر بعد غرامه أرش البكاره، إذ ليس هو حينئذ أسوء حالا من الأجنبي بالنسبه إلى ذلك فليس المراد من الإفساد حينئذ إلا احتمال الحمل الذى يلحق به، ويمتنع على الشركاء بسببه نقلها بسائر النواقل، وإن لم يتكن أم ولد بالنسبه إليهم، فتتفق حينئذ النصوص الثلاثه على معنى واحد، ويكون المراد حينئذ مما في خبر عبد الله بن سنان أنه للشريك شراؤها بعد الاستبراء و العلم بخلوها عن الحمل و لا يجب عليه التقوم على الواطئ بمجرد وطئه، و كذا المراد أنه ليس على غير الواطئ من الشركاء فضلا عن غيرهم في سائر الأحوال إلا بالقيمه التى تسوى فى الحال بخلاف الواطئ فان عليه الإلزام بأكثر الأمرين لو اراده الشريك قبل الاستبراء أو بعد ظهور الحمل، أو يحمل على ما إذا نقصت قيمه المساويه للثمن الذى اشترت به بالوطى فإنه يجب عليه تمام الثمن لحصول النقصان بفعله.

و على كل حال فيما ذكرنا يندفع ما فى التذكرة من أن هذا الخبر غير دال على وجوب التقويم بنفس الوطء، لانه يسوغ لغيره من الشركاء شراؤها فلو وجب التقويم لم يجز ذلك، و نحوه يرد على عباره الشيخ لأنها كما سمعت مثل الخبر فلا بد حينئذ من حملها على ما ذكرناه أو يدعى أن الشيخ، يوجب التقويم بنفس الوطء إرفاقا للشركاء فإذا أسقطوا حقهم كان لهم شراؤها منه برضاه، إلا أنك قد عرفت أنه ليس للشركاء الشراء من الواطئ إلا بعد الاستبراء بل لا يبعد القول بأنه ليس للشريك الذى لم يطاء بيع نصيبه إلا بعد الاستبراء، و إن قلنا ان البائع لا يجب عليه الاستبراء من وطئ غيره، لكن فى المقام قد يقال بوجوبه، باعتبار أن الحمل و لو من



الشريك الواطئ يمنع الآخر من نقلها إلى غيره، فهي حينئذ كأَم الولد بالنسبة إليه، و كان وطئ الشريك كوطئ نفسه بالنسبة إلى ذلك.

فيتجه حينئذ عدم جواز البيع له إلا بعد الاستبراء فتأمل جيدا، فإنه في غاية الجوده، و به يتم م قلناه حينئذ من التقويم عليه بنفس الوطاء الذى يخشى منه الحمل، لانه قد عضل مال الشركاء عليهم. فإذا لم يقوموها عليه حتى استبرأت و علم عدم حملها كان حال الواطئ حينئذ كحالهم لا يستحقون عليه تقويما و لا غيره؛ إلا العقر يعد إسقاط نصيبه.

و من الغريب ما فى مختلف الفاضل من حمل الخبر، و ما فى النهايه على صورته الحمل مع أنه ليس فى شىء عنهما ما يرمى إليه بل ما فى الذيل من جواز البيع على الشركاء صريح فى خلافه، لعدم جواز بيعها مع الحمل قطعا و إجماعا؛ بل قوله فيه لا يجوز أن يشتريها حتى تستبرئ صريح أيضا فى عدم كونها حاملا، و تقييد الصدر بالحامل بخلاف الذيل تفكيك فى الخبر يقطع بفساده و أوضح منه فسادا المناقشه فى خبر العده بأنه ظاهر فى أن سبب التقويم الحمل فلا يتحقق بل تحققه، إذ هو كما سمعت صريح فى أنه عله التقويم الوطاء لانه لا يؤمن مع الحبل كما هو واضح.

كل ذلك مع عدم المعارض عد المفهوم فى خبر الجعفى إذ الحبل فى غيره فى السؤال دون الجواب، فلا دلالة فيه؛ و هو مع أنه مفهوم لا يعارض المنطوق، يمكن أن يكون المراد منه نفي الغرم مع عدم الحبل، و نحن لا ننكره. ضروره أنه إذا تأخر الشريك عن التقويم حال الوطاء فبان عدم حبلها لم يكن على الواطئ غرم، كما أنه يغرم؟ قطعا القيمه بالحبل كما هو واضح و الحاصل أن القول بأن للشركاء التقويم على الشريك الواطئ الذى يخاف من وطئه الحبل و أنه لا يجوز لهم نقل الجاربه إلى غيره قبل الاستبراء إذا لم يريدوا التقويم عليه، لعدم وجوبه عليهم للأصل. و لاین مشروعيته للإرفاق بهم لا- يخلو من قوه، فإذا اشترت حينئذ كان لهم نقلها من كل أحد؛ كما أنه بناء على التقويم بالحمل إذا أخوا

التقويم فاتفق سقوط الحمل قبله تعود على الحال الأول، و لا يلزم الواطئ بالتقويم، و يمكن حمل كلام الشيخ و غيره ممن قال بالتقويم بالوطئ على ذلك لا مطلق الوطاء و إن بان عدم تعقبه للحمل.

و لكن الذى استقر عليه رأى المتأخرين أنها لو حملت قومت عليه حصص الشركاء و لا تقويم عليه قبل الحمل، بل فى شرح الأستاذ دعوى تحصيل الإجماع عليه، لاین المخالف مسبق ملحوق به، و إن كان فيه ما لا يخفى نعم هو مقتضى الأصل و المفهوم فى الخبر السابق المنجبر بالشهره المتأخره، بل لعلها أنه ما ذكرنا تعرف ما فى جميع ذلك، و منه يعلم أن الاحتياط لا ينبغى تركه فى المقام.

ثم طنه عليه فهل العبره بالقيمه وقت الإجماع كما اختاره شيخنا فى شرحه أو من يوم الوطاء كما فى التحرير، و قواه الشهيد فى حواشيه، أ وقت التقويم كما عن بعضهم، أو أكثر الأمرين من يوم الوطاء إلى الاحبال كما مال إليه ثانى الشهيد فى المسالك أو أكثرهما من حين الإحبال إلى وقت التقويم كما فى المختلف، أو أكثر الأمرين من الثمن و القيمه وقت التقويم، كما سمعته فى الخبر، أو أكثرهما من يوم الوطاء كما يقضى به الخبر الأخر، وجوه؛ بل أقوال؛ و زاد فى شرح الأستاذ احتمال القيمه زمان الانتقال؛ و أعلى القيم من زمان الحمل إلى زمان الانتقال، و من زمان التقويم إلى زمان الانتقال، و من زمان الوطاء إلى زمان الحمل، و الى زمان التقويم و الأعلى من زمان الانعقاد إلى حين الولاده، و ما يختاره المظلوم من الشريكين، بل قال:

إن لكل وجهها، و هو مع أنه مبنى على مغايره زمان التقويم لزمان الانتقال فى غايه الضعف بالنسبه إلى البعض، إن لم يكن الجميع، و لعل الأقوى مراعاة حال التقويم الذى

هو بمعنى الدفع إليه بالقيمة، لأصاله براءة الذمه من ضمان الزائد؛ و لأنه هو وقت المعاملة، و وقت دفع الجارية إليه بالقيمة، سيما إذا كان النقص الداخلة على الشريك بالتأخير فى التقويم من قبله، إذ الظاهر أنه لا يجوز للواطى الامتناع من قبول التقويم عند طلب الشريك له؛ فإذا امتنع جبره الحاكم بل له القبول عنه، أما إذا طلبه الواطى فقد يقوى عدم وجوب الإجابة عليه ما لم يستلزم تعطيلاً للمال.

لكن فى شرح الأستاذ إن التقويم قهرى بالنسبة إلى الواطى و الشركاء فحالها كحال أمهات الأولاد، و ليس فورياً لكن لا يسوغ الإهمال الباعث على التعليل، و متى طلبه أحدهما أجابه الآخر، و لو امتنع أحد الطرفين عن التقويم جبره الحاكم عليه؛ فان لم يتمكن منه قام مقامه.

و فيه ان الظاهر من النصوص كون التقويم إرفاقاً بحال الشريك، فهو حينئذ حق له لا يجبر عليه إلا إذا أدى إلى الإصرار بالآخر فتأمل جيداً فإنه يمكن الفرق بين ما ذكرناه سابقاً من التقويم بالوطى و بين ما هنا من التقويم بالحمل بالنسبة إلى القهرية و عدمها، ضروره تحقق كونها أم ولد بالانعقاد بخلاف الأول.

و كيف كان فلا تدخل فى ملك الواطى ابتداء كما صرح به غير واحد، بل قيل إنه إجماع للأصل بل و النص، ضروره إرادته النقل بالقيمة من التقويم عليه؛ فحق الشريك فى المنافع ثابت حينئذ، كما أن الظاهر عدم إغناء التقويم عن الصيغه إذا أريد ما رتب الشارع عليها من الاحكام، بل الظاهر عدم كون التقويم من النواقل المستقلة و إنما المراد ما عرفت من النقل بالنواقل المعهودة؛ إلا- أنه بالقيمة على الواطى لكن فى شرح الأستاذ أنه يغنى التقويم عن الصيغه كما هو ظاهر كلام المعظم، و ظاهر الاخبار و يكون كاستحقاق العوض بالتلف إلى أن قال: و لا تجرى عليه أحكام البيع، فلا خيار

مجلس أو حيوان و نحوهما و يتعين عليه أخذ الأرش و عوض النقص و نحوه، و لا يجوز له الرد.

و فيه ما عرفت و خلو النصوص عن الصيغه لتعارف المعاطاه في ذلك الزمان كما خلت عنها أكثر النصوص في أكثر المقامات بل التأمل في ذيل خبر ابن سنان (١) يورث القطع بإرادته ما ذكرنا من التقويم على الواطئ فلاحظ و تأمل؛ و كذا فيه أيضا أنه لو فسحها بخيار من الخيارات كان عليه تقويم الجميع، و فيه أن جواز الفسخ له محل بحث كالبحت في لزوم التقويم عليه بعد الجواز فتأمل جيدا.

و لو اشترك شريكان في الإجمال أقرع بينهما، للنصوص التي منها

الصحيح (٢) «إذا وطأ رجلان أو ثلاثه جاريه في طهر واحد فولدت و دعوه جميعا أقرع الوالى بينهم، فمن خرج كان الولد ولده، و يرد قيمه الولد على صاحب الجاريه»

و نحوه غيره على أن الاشتراك في الولد بينهم على حسب الغرامه غير معهود بالشرع في غير المماليك.

ثم إن الظاهر لزوم العقر العشر أو نصفه مع قيمه، لأنه عوض الانتفاع بالبضع. بل لعل ما دل عليه في غير المقام كالأمه المدلسه نفسها و غيرها لا- يخلو من ظهور في الجميع- خصوصا خبر الجاريه (٣) التي أعتق نصفها المتقدم آنفا الذي يراد منه إسقاط ما يخصها بنصيب الحريه من العقر من نصيب الواطئ، فما قيل من الاكتفاء بالقيمه عن ذلك في غير محله، و خلو النصوص هنا عن التعرض له أعم من عدمه، بل قيل أنه

١- ١ الوسائل - الباب - ١٧- من أبواب بيع الحيوان الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث - ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٢- من أبواب أحكام حدود الزنا الحديث - ١.

يلزم مع ذلك أرش البكاره؛ لكن فيه ما عرفت سابقا من ظهور النصوص فى أن الزيادة فى عقر البكر عوض عن أرش البكاره.

نعم الظاهر عدم الفرق بين اتحاد الوطاء و تعدده إذا كان منشؤه واحده، و لم يتخلل الغرم أما لو وطأها أو لا للشركه، ثم وطأها ثانيا بزعم أنها صارت له خالصه، و ثالثا أنها زوجته، فقل يحتمل التعدد كما فى شرح الأستاذ و الله أعلم.

و على كل حال ف ينعقد الولد حرا لأصالة الحريه و التبعية، و النصوص المتقدمه الإمره بالتقويم فيها، لمكان الحمل الذى تصير به أم ولد بالنسبه إليه، بل هى كالصريحه فى فرض الوطاء فيها بغير الشبهه، لاشتمالها على الحد المعلوم درؤه بها فحينئذ لا فرق فى انعقاده حرا بين كون الوطاء لشبهه أو لا كما هو صريح جماعه بل لا أجد خلافا فيه بينهم، و لعل الحكمة انه ليس زنا محصنا بسبب الملك للبعض الموجب لحصول الفراش، كما أومئ إليه بعض النصوص المتقدمه.

و منه ينقدح حينئذ أن الوجه فى الحريه انعتاق مقدار نصيبه عليه؛ ثم يسرى إلى غيره؛ الا أنه لما كان هو السبب فى ذلك أغرمه الشارع قيمه حصص الشركاء منه نحو ما سمعته فى غرامته جميع القيمه عن ولده من الأمه التى ظهر استحقاتها للغير الذى اشتملت عليه النصوص السابقه، مضافا إلى بعض النصوص المتقدمه فى المسأله.

بل الظاهر مما دل على التقويم بالحبل عدم توقف الحريه على الولاده و إلا لم يلزم تقويمها بالحبل، و إلى ذلك أشار المصنف و غيره؛ بل لم يعرف خلاف فيه بينهم، بل ربما ادعى الإجماع عليه بالتعبير بالانعقاد حرا المتحقق بانعقاد النطفه أو العلقه، بل ظاهر النصوص و الفتاوى عدم الفرق فى ذلك بين دفع القيمه و عدمها، و إن كانت هى مستحقه على الوالد فما عساه يتوهم من بعض نصوص الأمه المستحقه

من التوقف على دفع قيمه لا بد من تأويله و طرحه، مع أنه لا صراحه فيه، بل و لا ظهور في توقف الحريه، بل قد صرح فيه بعدم ملك ولد الحر بل أقصاه توقف دفع الولد على دفع قيمه، و هو مع أنه غير ما نحن فيه مطرح أو مأول.

و على كل حال فاحتمال كونه رقا إلى حين الولاده أو حين التقويم لا يلتفت اليه، و تظهر الثمره فى الوصيه به و له فى الجنايه عليه، و فى عزل نصيبه من الإرث فضلا عن نمائه، و فى غير ذلك مما لا يخفى.

و كيف كان ف على أبيه قيمه حصصهم يوم ولد و إن تأخر التقويم عنه إن تقوم حاملا و إلا دخلت قيمه الولد معها كما صرح به ثانى الشهيدين، و يعص من تأخر عنه، كفاضل الرياض و شيخنا فى شرحه نعم ظاهر الأخير اعتبار التراضى منهم بذلك، قال «فان اختلفا فالمدار على حين الولاده، إلا إذا خرج ناقصا فيعين اعتبار قيمه الحمل إن زادت على قيمته حين الولاده، مع احتمال تقويمه تاما و مع الخروج ميتا يفرض حيا سليما و يقوم، و الام باقيه على حالها، و يقوى اعتبار أعلى القيم من حين الحمل إلى حين الولاده أو إلى حين التقويم، ثم قال، بعد ذلك و يغنى مجرد التقويم من دون عقد، لظاهر الإطلاق فى الاخبار و كلام الأصحاب، و لذلك يصلح تقويمه ميتا، و لو خرج مريضا بجنايه قوم صحيحا».

قلت: لا أجد خلافا فى النص و الفتوى فى عدم اعتبار زمان التقويم المتأخر عن زمن الولاده، بل هو صرح قبل ذلك بأنه لو تأخر وقت التقويم عن يوم الولاده لوحظ الحال السابق بل ستسمع نسبه الخلاف إلى أبى حنيفه فى نظير المقام من الفاضل، و هو مشعر بالإجماع على أن الأصل براءة ذمه الأب من الزائد لو فرض علو قيمه كما هو الغالب، و براءة ذمه غيره من وجوب الالتزام بالناقص لو فرض حصوله بالتأخر.

مضافا إلى أن المتيقن من النصوص يوم الولادة، لأنه هو أول يوم تحقق اسم الولد فيه، بل المعتبر حال الخروج إلى الدنيا، بل منها مضافا إلى الأصل يستفاد عدم اعتبار أعلى القيم، خصوصا إذا كان الشريك هو الذي طلب التأخير إلى يوم الولادة، ضروره أنه باختياره ذهب الزائد عليه، بل و إن كان الطالب الواطئ، لعدم الالتزام بالتقويم حملا إذ النصوص أوجبت قيمة الولد، على أن الحمل لا طريق إلى تقويمه كما صرح به الفاضل و غيره لكن قد يقال إنه يمكن تقويم الحمل على احتمالاته.

نعم لا يقوم ولدا تاما حيا و هو حمل لعدم العلم بحاله، و لعل ذلك هو المراد بعدم إمكان تقويمه حملا إلا أن يلحظ تبعا فتقوم الحامل حينئذ باعتباره، فالزياده التي تفرض على كونها حائلا بسببه بمنزله القيمة له. و فيه أنه ربما تنقص قيمته الجارية بحملها، لقله الانتفاع بها، و مخافه الحادث عليها بالطلق و نحوه و من هنا اعتبر في النصوص الواردة هنا و في الأمه المستحقه للغير و في المدلسه نفسها و غير ذلك قيمة الولد، و ليس في شىء منها تقويمه حملا و لو بالتبعيه للأُم؛ كما أن أكثر الفتاوى على غرامه قيمة الولد يوم ولد حيا اللهم الا ان يدعى ظهور بعض نصوص المقام الذى اشتمل على التقويم إذا أحبلها في ذلك و فيه منع.

نعم قد يقال: إن المراد بدخوله في قيمة الحامل أنه يضاف إلى قيمتها ما يكون قيمه له، فتكون القيمة التي لها عوضا عنه و عنها، لا أنه قيمة للحمل، و لذا اعتبر التراضى بينهما على ذلك فليس لأحدهما اقتراحه على الآخر هذا.

و في الرياض في شرح عبارته النافع التي هي يجب على الواطئ قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة قال: «و السقوط حيا ان قومت حائلا،

و إلا- دخلت قيمه الولد معها كما ذكره جماعه من الأصحاب و الظرف يتعلق بالقيمه، أى القيمه عند الولاده بلا خلاف، توفيه لحق الشركاء من النماء و التفاتا إلى فحوى المعبره الوارده فى وطئ الشركاء للأمه المشتركه» ثم ذكر الصحيح المتقدم المشتمل على القرعه، و ربما يتوهم منه اعتبار القيمه المزبوره و لو حال الحمل للتوفيه و للنصوص المشتمله على قيمه الولد، فيكون وقت الضمان وقت انعقاد الحمل باعتبار أنه كوقت التلف، و المضمون حينئذ قيمه ولد، للنصوص، و لعله على ذلك بنى شيخنا فيما سمعته من شرحه ضمانه لو خرج ميتا بأن يفرض حيا، و مريضا بأن يفرض صحيحا، بل قد سمعت احتمال تقديره تاما لو خرج ناقصا.

لكن فيه أن المنساق من عبارات الأصحاب اشتراط الحياه فى ضمانه فلو خرج ميتا لم يكن عليه شىء أصلا، حتى قيمته حملا، كما يقوم يوم خروجه حيا على أى الأحوال كان من الصحه و المرض و التمام و النقصان و الذكوره و الأنوثة و المسخ و الخنوثة، بل هو كصريح الدروس فى الأمه المستحقه التى لم يظهر لنا فرق بينها و بين المقام بالنسبه إلى ضمان قيمه الولد فقال: و عليه قيمه الولد إن سقط حيا كما أنه قال:

فى المقام و عليه قيمه نصيب الشريك يوم وضع حيا، بل قال الفاضل فى القواعد فى المقبوض بالبيع الفاسد لفساد الشرط إذا كان جاريه و لو وطأها لم يحد أى مع عدم علم الفساد، و عليه المهر و أرش البكاره و الولد حر و على أبيه قيمته يوم سقط حيا و لا شىء لو سقط ميتا و أرش ما نقص بالولاده.

و فى التحرير فى أحكام البيع الفاسد أيضا لو كان المبيع أمه، انعقد الولد حرا لا ولاء عليه و يلحق به، و يجب على الواطئ قيمته يوم سقط لا يوم المحاكمه،



و لا تجبر قيمه الولد النقصان و ان ساواه فى قيمه و لو سقط ميتا لم يضمه اما لو ضرب أجنبى بطنها فألقتة ميتا تاما و جب على الضارب مأه دينار و للسيد منها أقل الأمرين من ديه الجنين أو قيمته حين سقوطه، و باقى الديه لورثته، الى ان قال: و لو كان الضارب الواطئ فألقتة ميتا فعليه ديه الجنين يأخذ السيد منها أقل الأمرين، و الباقى لورثته غير الواطئ. (و قال): «فى الأمه المستحقه و ينعقد الولد حرا و على الأب قيمته يوم ولد، و فى وطى الشريك يغرم ثمن ولدها يوم سقوطه حيا» و الظاهر عدم الفرق فى الحكم بين الجميع فيكون المراد الضمان بشرط الحيوه:

و أصرح من الجميع ما فى التذكرة قال فى البيع الفاسد منها: «و يجب على الواطئ قيمه الولد للبائع: لأنه نماء ملكه و قد حال بينه و بينه بالحرية فكان عليه و ل

قول الصادق عليه السلام (١) «فى رجل اشترى جاريه فأولدها فوجدت الجاربه مسروقه قال:

يأخذ الجاربه صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمه»

(الى ان قال) تعتبر قيمه الولد يوم سقوطه حيا، لانه وقت للحيلولة بينه و بين صاحبه، و لو سقط ميتا فلا شىء لأنه لا قيمه له حينئذ، و لا يقوم قبل سقوطه لانه لا قيمه له حينئذ، فإذا لم يكن له قيمه حين سقط لم يضم، و هو قبل ذلك لا قيمه له، لا يقال لو ضربه أجنبى فسقط ميتا و جب عليه الضمان و كان للسيد من ديته أقل الأمرين من ديه الجنين و من قيمته يوم سقط، لأننا نقول الواطئ يضمه بالحيلولة بينه و بين سيده، و وقت الحيلولة حين السقوط و كان ميتا فلم يجب ضمانه، و ضمان الضارب قائم مقام خروجه حيا، فلهذا ضمنه البائع و انما ضمن الأقل، لأن ديه الجنين ان كانت أقل لم يضم أكثر من ذلك، و ان كانت القيمه أقل كان الباقى لورثته و يطالب المالك من شاء من البائع و المشتري، و قال أبو حنيفة يغرم قيمه الولد يوم المحاكمه» الى آخره.

و قال فى المقام «و على أبىه قىمه حصه الشرىك منه يوم الولاده، لأنه وقت الحىلوله و أول أوقات التقوىم» و قال فى الأمه المستحقه الولد حر و على أبىه قىمته لمولاه يوم سقط حىا و به قال الشافعى لأنه أتلف على مولاه رفىقا باعتقاد أنه ملكه، و لا يقوم حملا- لعدم إمكان تقوىم الحمل، فىقوم فى أول حاله انفصاله لأنها أول حاله إمكان تقوىمه و لان ذلك هو وقت الحىلوله بىنه و بىن سىده» الى آخره و الجمىع كما ترى ما بىن صرىح فىما قلنا و ظاهر.

بل قال شىخنا فى شرحه فى ظهور استحقاق الأمه و على الأب قىمته للمولى يوم سقوطه بل حىن سقوطه ان سقط حىا مستقرا لحياه على نحو يكون مقوما لأنه أول أزمه التقوىم، للإجماع و الاخبار بأن يقوم على ما هو علىه من نقص عضو أو صفه، مع ملاحظه بقاء الرقىه دون الأول إلى الحرىه، و لو خرج مىتا لا قىمه له فلىس على الأب شىء، و قوى بعضهم تغرىمه دىه جنىن امه، و لىس بقوى، و يقوى مراعاة التفاوت بىن القىمىتىن، و لو اشتبه الحال، فالأقوى عدم التغرىم و يحتمل ثبوتة عملا بالأصل، و هو مناف لما سمعته سابقا منه هذا.

و لكن فى الكتاب فى باب الغضب، فىما لو كان المغصوب جارىه فوطئها جاهلىن بالتحرىم قال: «و لو أحبلها لحق به الولد، و علىه قىمته يوم سقط حىا و أرش ما ىنقص من الأمه بالولاده، و لو سقط مىتا قال الشىخ رحمه الله علىه لا ىضمنه، لعدم العلم بحياته و فىه إشكال ىنشأ من تضمىن الأجنبى، و فرق الشىخ بىن وقوعه بالجناىه و وقوعه بغير جناىه، و لو ضربها أجنبى فسقط ضمن الضارب للغاصب دىه جنىن حر و ضمن الغاصب للمالك دىه جنىن امه» و ظاهره التوقف فى عدم الضمان لو خرج مىتا.

كالفاضل فى القواعد فى هذا الباب أىضا حىث قال: «و لو سقط مىتا فأشكال ىنشأ من عدم العلم بحياته و من تضمىن الأجنبى، بل فى المسالك فى هذا الباب

«ان الوجه ضمان الغاصب ديه جنين امه سواء سقط بجنايه أم لا، لكن على تقدير كونه بجنايه، للمالك ديه جنين أمه، و باقى ديه جنين الحره للإمام لأن القاتل لا يرث و الأمه رقيقه لا ترث الى غير ذلك من كلماتهم التى بملاحظتها جميعا يحصل الشك فى المسأله، و لعل مقتضى الأصل معه عدم الضمان، لعدم صدق تلف المال بانعقاد الحريره، بل أقصاه انه لو لم يكن مشتبهها لكان الولد رقا، و مثله ليس سبب ضمان، و الضمان ولدا للنصوص، و اما ضمان الجنين بجنايه جان فلانه كالخروج حيا كما سمعته من الفاضل، فتأمل جيدا، فإن المسأله من المشكلات، هذا و قد يفرق بين المقام و بين الغصب و المقبوض بالبيع الفاسد و غيرهما مما تكون للعبد فيه يد ضمان، باقتضاء عموم

«على اليد»(١)

الضمان فى الثانى دون الأول، بل ينبغى الجزم به فيما لو طرء الفساد عليه ضروره كونه كموت المغصوب فى يد الغاصب حتف انفه و لعله لذا جعل الوجه فى المسالك الضمان مطلقا.

م قد يقال بعدم الضمان فيما لو علم الفساد بأصل النمائيه على وجه لم يتحقق نمائيه بحيث يكون مالا متقوما كما فى الفرض فإنه مع فرض سقوطه لفساد فى أصل تكونه لا يكون مالا، بخلاف طلع النخل المغصوب مثلا إذا فرض فساده فى يد الغاصب فإنه مال متقوم فيضمن على حاله، لا انه يفرض كونه تمرا كل ذا و المسأله بعد محتاجه إلى تنقيح.

و اما ضمان أقل الأمرين فلان المملوك لا يضمن بأزيد من ديه الحر و لعل إطلاق المسالك منزل عليه كما ان قوله ينتقل الى الامام مبنى على عدم وارث غير الأب و الام، و الا انتقل اليه، و قد عرفت مما قدمنا ان الاعتبار بالقيمه حين الولاده لا حين

التقويم الذى هو بمعنى المحاكمه كما قال أبو حنيفه و الله أعلم.

### [المسأله الحاديه عشره المملوكان المأذون لهما إذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاة حكم بعقد السابق ]

المسأله الحاديه عشره المملوكان المأذون لهما فى التجاره إذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاة له بناء على ملك العبد حكم بعقد السابق و بطلان اللاحق، لعدم صحه تملكه سيده فان اتفقا فى وقت واحد اى اتحد الزمان للجزء الأخير من قبولهما بطل العقدان لعدم صحه ترتب اثر كل منهما، و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح، و احتمال الرجحان فى الواقع فيستخرج بالقرعه معارض باحتمال عدمه، على ان التكليف منوط بالأسباب الظاهره و الإلزام التكليف بالمحال، و ليس كالقرعه فى عتق العبيد، لأن الوصيه بالعتق، بل نفس العتق قابل للإيهام، بخلاف البيع و سائر المعاوضات.

و مرسله الكافى الاثيه التى أشار إليها المصنف بقوله و فى روايه يقرع بينهما(١) قد عمل بها الشيخ و غيره، مع انها ليست حجه فى نفسها معارضه.

بخبر ابى خديجه الاثيه نعم إذا علم السبق و لم يتعين السابق اتجه إخراجها بالقرعه التى هى لكل أمر مشكل(٢) من موضوعات الاحكام، و هذا منه، بل يقوى لذلك أيضا جريانها فيما لو اشتبه السبق و الاقتران، فلم يعلم أيهما الذى وقع، و جواز الاقتران مع عدم معلوميه السبق المصحح للبيع، فلا يجوز الحكم بالمسبب مع الجهل بالسبب لا يصلح مخصصا، و لا فرق بين علم تاريخ أحدهما و جهله على الأصح.

نعم قيل يحتاج فى الصوره الاولى الى رقعتين يكتب فى أحدهما السابق، و فى

١-١ الوسائل الباب ١٨ من أبواب بيع الحيوان الحديث - ٢- ١.

٢-٢ الوسائل الباب - ١٣- من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث ١١ باختلاف يسير.

الأخرى المسبوق، و في الثانيه إلى ثلاث رقع، يكتب في الثالثه الاقتران، ليحكم معه بالبطلان، و اما قول المصنف و في روايه أخرى

يذرع الطريق بينهما و يحكم للأقرب فلم نجدها بل لو وجدت لم يكن لها معنى محصل، إذ الفرض حصول الاتفاق في الوقت الواحد، فلا- مدخلية لذرع الطريق و حينئذ فلا- ريب في ان الأول أى البطلان أظهر لما عرفت كما انك قد عرفت ان الأقوى القرعه في غيره.

لكن

روى أبو خديجه(١) كما في الدروس و غيرها و فيما حضرني من نسخه الوسائل و الحدائق أبو سلمه عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجلين مملوكين مفوض إليهما بيعان و يشتريان بأموالهما، كان بينهما كلام فخرج هذا يعدو الى مولى هذا و هذا يعد و الى مولى هذا، و هما في القوه سواء فاشترى هذا من مولى هذا العبد و الآخر كذلك و انصرفا الى مكانهما فتشبت كل واحد منهما بصاحبه، و قال له أنت عبدى و قد اشتريتك من سيدك قال: يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق فأيهما كان أقرب فهو الذى سبق الا بعد و ان كانتا سواء فهما ردا على مواليهما جاء سواء و افترقا سواء الا أن يكون أحدهما سبق صاحبه، فالسابق هو له، إنشاء باع، و إنشاء أمسك و ليس له أن يضربه»

قال الكليني و الشيخ و

في روايه أخرى (٢) «ان كانت المسافه سواء أقرع بينهما، فأيهما وقعت القرعه عليه كان عبده»

و هو كما ترى صريح في ان المسح للاشتباه لا للعلم بالاتفاق الذى هو كالصريح في البطلان معه، و ان كان ما فيه من الحكم بذلك لتساوى الطريقين

١- ١ الوسائل الباب ١٨ من أبواب بيع الحيوان الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ١٨ من أبواب بيع الحيوان الحديث - ٢.

واضح الاشكال، كالأشكال فيما فيه من الحكم بالسبق لا قريبه الطريق إذ هو مع قصوره عن الحجية بالضعف، و اعراض الأكثر بل لم يعمل به الا- النادر كالشيخ فى النهايه التى هى متون أخبار و بعض أتباعه، و مخالفته للضوابط الشرعيه محتمل لإرادته حصول اليقين بذلك.

و على كل حال فلا دلالة فيه على المسح مع الاقتران بل هو دال على خلافه، بل قيل ان مرسل القرعه لا دلالة فيه أيضا، على أن محله الاقتران و ان كان قد يناقش فيه بأن الظاهر إرادته الكليني و الشيخ من قولهما و فى روايه أخرى الى آخره أنها كهذه الروايه فى السؤال و الجواب الى قوله و ان كانتا سواء اختلفا فالأولى حكم فيها بالبطلان، و فى الأخرى بالقرعه، و لا ريب أن روايه القرعه أولى لاعتضادها بعموم

ما دل على «انها لكل أمر مشكل»<sup>(١)</sup>

و لان استواء الطريق أعم من الاقتران فهى مؤيده لما ذكرناه من مشروعيتها للاشتباه فى السبق أو السابق لكن قد يقال ان الخبر صريح

فى القرعه ليتعين أحدهما خاصه من دون تعرض لاستخراج الاقتران المقتضى للبطلان. بل ظاهره أو صريحه عدمه.

هذا كله إذا كان الشراء لهما، اما إذا كان لسيدهما فعقد السابق منهما صحيح ماض، و الأخر محتاج إلى الإجازة، بناء على انقطاع الاذن عنه بزواله عن ملك السيد و ان به تفرق الاذن عن الوكاله و ان عقده حينئذ للغير فضولى موقوف على اجازة ذلك الغير، و ان اقترنا، فالمعروف بين المتأخرين البطلان، لتوقف الصحة على بقاء الاذن الموقوف على عدمها لكن الظاهر اراده التوقف على الإجازة من البطلان، إذ لا وجه له معها فيصحان معا لو اجيزا، و الا فالمجاز منهما، لعدم استناد الصحة حينئذ الى الاذن بل إليها و فيه

١-١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث- ١١ باختلاف يسير.

انه يمكن القول بالصحة من دون توقف على اجازته بل به جزم الكركى لأن الإذن مقارنة لتمام العقد، فالانتقال و انقطاع الاذن قد ترتبا معا على تمام العقد ترتبا ذاتيا، و لا يعتبر فى الاذن أزيد من ذلك فتأمل جيدا.

و ان علم السيق و اشتبه السابق، و قد حصل الرد من أحدهما فالقرعه، و لو كانا و كيلين صح العقدان على كل حال، بناء على عدم انقطاعها بالخروج عن الملك، و فى شرح الأستاذ «إلا مع قرينه التقييد، فلو عقد على انه عبد مأذون فظهر حرا، أو ملكا لغير الاذن بطل عقده على نحو ما تقدم، و لو كان و كيلا صح و لو توكل على انه حر فعقد فظهر عبدا لغير موكله، بطل، و مع الإجازة من مولاه تقوى الصحة كما لو ظهر عبدا لموكله.

و فيه سؤال الفرق بين الاذن و الوكالة، و لو اذن له ثم باعه فعاد اليه لم تعد اذنه على الأقوى، كما لو حرر فعاد ملكا له، و الزوجه و الخادم و الشريك المأذونون تزول الاذن عنهم بزوال الصفات و لا تعود، لو عادت، على الأقوى» و هو جيد على الفرق بين الاذن و الوكالة، و فيه بحث، و عليه فلو كان احد العبدین و كيلا و الآخر مأذونا صح شراء الوكيل مطلقا، و اما المأذون فإن تقدم شراؤه صح، و الا كان موقوفا على الإجازة و الله أعلم.

### [المسألة الثانية عشر من اشترى جاريه سرقت من ارض الصلح كان له ردها على البائع ]

المسألة الثانية عشر من اشترى جاريه سرقت من ارض الصلح قطعا أو بمنزلته، و الا فلو سرقت من ارض الحرب مع احتمال كونها من أهل الحرب أو منهم و لو فى غير أرضهم، فللسارق، بل فى شرح الأستاذ انها لو سرقت من كافر فى غير تلك الأرض، و لا يعلم حاله أو بين الحدين و لا يعلم حاله احتمال عدم العصمه و ثبوتها و هو الأقوى، و ان كان فيه ان ما ذكره احتمالا هو الأقوى على الظاهر، و على كل حال ففى مفروض المسألة كان له ردها على

البائع و استعادته الثمن و لو مات أخذ من وارثه و لو لم يخلف وارثا استسعت في ثمنها على

ما رواه مسكين السمان (١) عن ابي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل اشترى جاريه سرقت من ارض الصلح فقال فليردها على الذى اشترىها منه، و لا يقربها ان قدر عليه، أو كان مؤسرا قلت جعلت فداك انه مات و مات عقبه قال: فليستسعتها»

و أو فيه بمعنى الواو اى لا يقرب الجاريه باستسعاء ان قدر على البائع و كان مؤسرا، و يحتمل ان يكون المراد أو كان المشتري مؤسرا اى لا يقربها مع أحد الأمرين، الا انه مع قصوره سندا و لا جابر مخالف للقواعد الشرعيه بالرد إلى البائع الذى هو ليس مالكا و لا وليه و لا وكيله، بل ربما كان هو الظالم السارق، و باستسعاء مال الغير فيما لم يصل اليه و هو ظلم فوق ظلم.

و زاد فى شرح الأستاذ مخالفته بإطلاق ما دل فيه على رد الثمن، مع انه لا يتم بناء على عدم الرجوع به مع تلفه و علم المشتري، و بترتيب الاستسعاء على موت الوارث و عقبه- من غير اعتبار لفقد باقى الورثه و عدمه، و بقاء مال للميت و عدمه، و بان ظاهره انه ان لم يكن قادرا على البائع أو الرد عليه و كان البائع معسرا، أو المشتري على اختلاف الوجهين فلا رد، و يكون له عوض الثمن، و ان كان يمكن دفع ما ذكره جميعا، بل بعضه واضح الدفع. فالعمده حينئذ الأولان اللذان اقتصر عليهما الأصحاب.

لكن فى الدروس «و الأقرب المروى تنزيلا- على ان البائع مكلف بردها إلى أهلها اما لانه السارق، أو لأنه ترتبت يده عليها، اى فهو

أقدم، و خطابه بالرد الزم خصوصا مع بعد دار الكفر و استسعاؤها جميعا بين حق المشتري. و حق صاحبها، و الأصل فيه ان مال الحربى فى ء فى الحقيقه، و فيه أن ذلك يصلح ان يكون تقريبا للنص الجامع لشرائط الحجيه لا- انه به يكون موافقا للقواعد، ضروره عدم اقتضاء سرقتة، و ترتب



يده، و خطابه بالرد جواز تمكينه من مال الغير بعد الوصول الى يد غيره الذى صار مخاطبا بالرد، و مع الاحتياج الى المؤنه يلتزم بها السارق.

نعم قد يحتمل ذلك فى خصوص ما لو كانت فى يد البائع أمانه شرعيه، كما انه لا معنى للجمع بين حق المشتري و المالك بذلك، بعد ان لم يكن حق له عليه، إذ لا تَرَرُّ وَاِزْرَةٌ وِزْرَةٌ أُخْرَى (١) و المحترم بالعارض كالمحترم بالأصل، كما هو واضح و من هنا قيل كما عن الحلبي انها تكون بمنزله اللقطه و الموجود فى السرائر بعد ذكر الخبر السابق «كيف تستسعى هذه الجاربه بغير اذن صاحبها، و كيف تعتق و لا على ذلك دليل، و قد قدمنا انها ملك الغير، و الاولى ان تكون بمنزله اللقطه، بل يرفع خبرها الى حاكم المسلمين و يجتهد على ردها على من سرقت منه، فهو الناظر فى أمثال ذلك، و لعله يريد ما ذكره المصنف بقوله و لو قيل تسلم الى الحاكم و لا تستسعى كان أشبه بأصول المذهب و قواعده و اختاره جماعه ممن تأخر عنه بل فى الرياض «نسبته الى كثير من

المتأخرين» لكن فى الرياض «ان ذلك بعد تعذر الرد على المالك و وكيله، و قال يمكن تنزيل الإطلاق عليه، لغلبه بعد دار الكفر، و وجهه 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 و يردّها اليه و الا وضعها فى بيت المال أو تصدق بها عن صاحبها من دون شرط الضمان أو مع نيته من بيت المال أو من البائع أو من المشتري

أو كليهما، و ان كان قراره على الغار و الظالم. و عدم وصول العوض لا ينافى التعبد و مئونه الرد على البائع، قيل أو المشتري ان لم يكن مغرورا، و الا فعلى الغار كسائر الغرامات، و فيه انه يمكن التشريك بينهما فيهما مع عدم الغرور، و كذا قيل ان النفقه لو أدخلها فى بيت المال من كسبها أو منه و نفقه مده البقاء لو قبضها عن الفقراء من كسبها أو منهم، و لو قبضها لصاحبها فالنفقه عليه، و فيه أنه يقوى كون النفقه فى الأخير على الظالم.

و كيف كان فظاهر من قال بالدفع الى الحاكم ان ذلك لأنه ولى عن الغائب، لا انه لكون الجارىه للإمام الذى هو وارث من لا وارث له، و هو نائب عنه، كما عن الأردبيلي، إذ ليس فى شىء من النص و الفتوى ما يشهد بذلك، و الموت فى الروايه لغير المالك قطعا، كما هو واضح.

ثم انه على العمل بالخبر المزبور ينبغى الاقتصار فيه على مضمونه و لا يتعدى منه الى غيره حتى بالنسبه إلى خصوص الجارىه فلا يتعدى الى غيرها من الأموال الصامته و الناطقه و خصوص أرض الصلح و لا يلحق بهم غيرهم من محترمي المال، بل لا يبعد الاقتصار على كون المشتري رجلا، و بالجملة متى قام احتمال الفرق و جب العمل على مقتضى القواعد و الضوابط، أوجب الله لنا كتابه ذلك فى صحائف الحسنات و أقالنا من موبقات العثرات بحق خير خلقه محمد و أهل بيته الساده الهداه.

ثم المجلد الثانى من العقود بعون الله الرؤف الودود و يتلوه فى المجلد الثالث السلف نرجو من الله التوفيق لإتمامه و العفو عما سلف و الحمد لله.

## [الفصل العاشر فى السلف ]

## اشاره

الفصل العاشر من فصول كتاب التجاره فى السلف و النظر فيه يستدعى مقاصد

## [المقصد الأول فى حقيقه السلم ]

الأول فى حقيقه السلم بفتح السين و اللام الذى هو مرادف للفظ السلف قال فى مختصر النهايه السلف السلم، و فى المجمل بالعكس، و زاد و السلم معروف كما أنه فى الأول عطف القرض عليه، و لعل اشتراكهما لفظا فيه لاشتراكهما فى أن كلا منهما إثبات مال فى الذمه بمبذول فى الحال و الأمر سهل، و على كل حال فالظاهر جريان البحث السابق فى لفظ البيع أنه اسم للعقد أو النقل و الانتقال أو غير ذلك من الاحتمالات السابقه فى لفظه أيضا، فقول المصنف هنا هو ابتياع مال مضمون إلى أجل معلوم بمال حاضر أو فى حكمه مما يؤيد كون لفظ البيع عنده للانتقال المراد من الابتياح هنا، لا خصوص الشراء.

كما انه فى الدروس عرفهما معا بالعقد، و انسياق الكلى فى الذمه من المضمون خصوصا بعد قوله إلى أجل معلوم، أغنى عن ذكر ما يحترز به عن المبيع المضمون قبل القبض، فلا- وجه لما فى التنقيح، كما أن ذكر اشتراط المعلومه فى المبيع و الثمن سابقا و لاحقا أغنى عن ذكر ذلك فى التعريف، و أخرج بقوله بمال حاضر أو فى حكمه النسيئه لعدم اعتبار ذلك فيها، إذ المراد بالحاضر المشخص الموجود فى مجلس العقد و الذى فى حكمه المقبوض قبل التفرق و ان لم يكن موجودا فى مجلس العقد، أو يراد بالحاضر المشخص، و ما فى حكمه الكلى فى الذمه المدفوع قبل التفرق، أو الدين الذى فى ذمته بناء على جواز جعله ثمنا للسلم، أو نحو ذلك مما لم يعتبر فى النسيئه قطعا، و أما اعتبار الأجل فيه فهو المشهور على الظاهر، و قيل بجوازه حالا، و ستعرف تحقيق الحال فيه، و كان المناسب ممن يقول بعدم اعتباره فيه كالشهيد فى الدروس

عدم أخذه فى التعريف.

و كيف كان فقد أجمع المسلمون على جوازه، كما أن السنه قد تواترت فيه بل عن ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله فى كتابه، أى فى قوله (١) «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» و لعله لعموم اللفظ، نعم هو نوع من البيع قطعاً فلا بد فيه من إيجاب و قبول، بل ينعقد بلفظ أسلمت إليك أو أسلفت ك كذا فى كذا الى كذا من المشتري، فيقول المسلم إليه أى البائع قبلت و شبهه، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع عليه و لا يقدر كون الإيجاب فيه من المشتري و القبول من البائع إذ ذلك من جملة أحكامه التى اختص بها عن باقى أفراد البيع و شارك الصلح بها بل الإيجاب بهذا اللفظ مختص بالمشتري، ضروره عدم تعقل معناهما من غيره، كما صرح به فى جامع المقاصد و قد الحق بهما المصنف و الفاضل فى القواعد جميع ما أدى معنى ذلك و ظاهرهما جواز العقد به و ان كان مجازاً، و فيه بحث ليس ذا محله، و الاولى الاقتصار عليهما، و سلفت فى إيجاب المشتري، و أما سلم فقد قيل ان الفقهاء لم يستعملوه و منه ينقدح الشك فى العقد به، إذ الواجب الاقتصار على المتيقن فيما خالف أصاله عدم النقل و آيه (٢) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» غير مراد منها العموم قطعاً و الا لكان الخارج أضعاف الداخل، بل لا يبعد كون المراد منها الأمر بالوفاء بعقد البيع، و عقد الإجاره و غيرهما، لا أن البيع مثلاً ينعقد بكل لفظ، و لتمام الكلام محل آخر هذا كله فى الإيجاب من المسلم أى المشتري.

١- ١ سورة البقره آيه- ٢٨٢.

٢- ٢ المائده الآيه- ١.

و أما الإيجاب من البائع فيقع بلفظ البيع فإذا قال المسلم إليه أى البائع بعتك كذا، و صفته كذا إلى أجل كذا، بضمن كذا، و قال المشتري: قبلت و دفع الثمن فى المجلس انعقد سلماً، لا يباع مجرداً عن كونه سلماً، و لا تجوز فيه على حسب باقى استعمال العام فى الخاص، و منه يعلم حينئذ عدم اعتبار قصد السلميه فى صيرورته سلماً. بعد أن كان مورده متشخصاً فى نفسه، إذ ظاهر النص و الفتوى تحقق مسماه بذلك من دون اعتبار شرط آخر بل قد يقال: انه لا يقدر قصد غير السلميه فى تحقيق كونه سلماً فضلاً عن عدم القصد و ان أقصاه الغلط فى القصد بعد ان كان ذلك وظيفه الشارع ضروره ان مرجعه إلى إثبات أحكام شرعيه، كالقبض فى المجلس و نحوه على هذا الموضوع الخاص، فقصد عدمها كالمعارضه للشارع و لئن فرض كونه تشريعاً على وجه لا يريدان النقل و الانتقال الا على هذا التقدير لم يبعد القول بالبطلان فتأمل جيداً.

و على كل حال فما عن بعض الشافعيه من أن ذلك بيع لا سلم فلا يجب القبض فى المجلس و غيره من أحكامه نظراً الى كون الإيجاب بلفظ البيع فواضح الفساد، إذ مع كون الاولى النظر إلى المعانى لا تنافى هنا بين اللفظ و المعنى، ضروره كون السلم نوعاً من البيع، فليس فى لفظ البيع ما يقتضى كونه غير سلم، حتى يحتاج الى ترجيح النظر الى اللفظ على المعنى، كما سمعته عن بعض الشافعيه، أو العكس كما فى قواعد الفاضل، فمعنى السلم حينئذ لا معارض له، أقصاه عدم وجود اللفظ المخصوص كما هو واضح، و كذا يقع بلفظ استلفت و استلمت، و تسلفت و تسلمت، بناء على جواز سلم فيقول المسلم: قبلت و نحوه.

و أما عقده بلفظ الشراء الذى ليس بمعنى البيع، فالظاهر كونه من

السلم قال فى التذكرة: «و لو أسلم بلفظ الشراء فقال: اشترت منك ثوبا أو طعاما صفته كذا الى كذا بهذه الدراهم، فقال: بعته منك انعقد»، قلت: لكن فيه تقديم القبول على الإيجاب، أما لو قال قبلت و نحوه فقد يقال بصحته هنا، بناء على ما سمعته من اختصاص السلم بجواز كون الإيجاب من المشتري، و القبول من البائع، فيكون حينئذ هذا منه. و كيف كان ف هل ينعقد البيع الذى ليس بسلم بلفظ السلم كان يقول: أسلمت إليك هذا الدينار فى هذا الكتاب، الأشبه نعم عند المصنف و الفاضل و الكركى و الشهيدين، بل قال ثانيهما انه مذهب الأكثر اعتبارا بقصد المتعاقدين و ان لم يكن اللفظ حقيقه فيه، و فى التحرير كما عن الإيضاح التوقف فيه.

قلت: تفصيل القول فى ذلك أن النزاع ان كان فى قيام صيغته أسلمت مقام بعث كالعكس فمحله فى صيغته البيع، و لعل التحقيق عدم الجواز، لانه مجاز بخلاف العكس، فإنه حقيقه مع عدم قصد الخصوصية، إذ السلم نوع من البيع، فاستعمال صيغته البيع فيه استعمال للفظ فيما وضع له، أقصاه أن لهذا الفرد من البيع أحكاما خاصة، أما استعمال صيغته أسلمت مرادا منها معنى بعث المجرده عن السلم، فان جاز فإنما هو مجاز، و الاحتياط فى العقود اللازمه باعتبار الاقتصار فيها على المتيقن من العقود فى النقل الذى مقتضى الأصل خلافه يقتضى عدمه. و من هنا قال فى المسالك:

ان القول بالعدم لا يخلو من قوه.

و دعوى- ان البيع يصح بكل ما ادى ذلك المعنى المخصوص، و السلم نوع منه اعتبره الشارع فى نقل الملك فجاز استعماله فى الجنس مجازا تابعا للقصد- واضحه المصادر، كدعوى انه إذا جاز استعماله لما فى الذمه المحتمل للغرر، كان مع المشاهده أدخل، لأنه أبعد من الغرر، إذ مع المشاهده يحصل العلم أكثر من الوصف

و الحلول يتيقن معه إمكان التسليم و الانتفاع، بخلاف الأجل فكان أولى بالصحة، إذ هي أوضح من الأولى بطلانا، كالتقول بأن البيع ينعقد بملكته كذا بكذا، و لا ريب ان السلم أقرب الى حقيقه البيع من التمليك المستعمل استعمالا شائعا فى الهبه، فإذا انعقد بالأبعد لتأديه المعنى المراد، فالأقرب إذا أداه أولى، إذ فيه بعد إمكان الفرق منع الانعقاد به على تقدير المجازيه هذا.

و لتحقيق المسأله 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، و به مثل فى القواعد، اللهم ان يكون مراده انعقاد البيع بعهده السلم، بمعنى انعقد السلم بكيفيه يصح عقد البيع به فيقول المشتري حينئذ أسلمت إليك هذا الدينار فى هذا الكتاب فيقول البائع: قبلت فينعقد بيعا باعتبار ان مورده العين التى لا- يصح السلم فيها، و ربما يرمى اليه ما فى المسالك من تفسير ما فى المتن أى قال ذلك المشتري فيكون ذلك على نهج السلم من كون المسلم الثمن و المسلم فيه هو المبيع و هذا و ان كان يناسب وضعه فى هذا الباب الا ان الأصح العدم فيه إذ لا يخلو من أن يكون العاقد قصد فى هذا العقد السلم و لو للجهل منه بأنه (١) يصح أن يكون مورده العين، فيصح حينئذ بيعا قهرا عليه لعدم مدخلية قصد الخصوصية ضروره أن من قصد الصرف مثلا فى غير مورده لا يبطل كونه بيعا و ربما أومى الى ذلك قولهم يشترط كون المسلم فيه دينا فلا ينعقد فى عين نعم ينعقد بيعا أو يكون قد قصد البيع فى ذلك من الأول الأمر.

و على كل حال فهو باطل إذ مرجع الأول إلى الغلط الذى لا يصلح لان يكون عقدا إذ ليس هو من الحقيقه و المجاز و قصد الصرف فى مورد غيره أمر خارج لا يورث

---

١-١ هكذا فى النسخه المصححه، لكن الصحيح لا يصح كما هو واضح.

استعمالاً للفظ، لعدم جعل الشارع إياه قسماً مستقلاً له صيغته تخصه، و مرجع الثانى إلى استعمال عقد السلم فى البيع، و لا دليل على صحه عقد غيره به، سيما إذا كان بكيفية وقوع الإيجاب فيه من المشتري و القبول من البائع الذى لا يصح فى غير السلم من البيع، هذا و فى القواعد بعد أن ذكر أن الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم قال: «و كذا لو قال: بعتك بلا ثمن أو على أن لا ثمن عليك فقال: قبلت ففى انعقاده هبه نظراً، ينشأ من الالتفات الى المعنى و اختلال اللفظ، و هل يكون مضموناً على القابض فيه إشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضموناً، و دلالة لفظه على إسقاطه، و لو قال: بعتك و لم يتعرض للثمن فإنه لا يكون تمليكا و يجب الضمان.» و نحوه فى التذكرة «و فيه ان التنافى يندفع إذا عدل باللفظ عن مدلوله الى معنى آخر لا يكون سببه التنافى، لأن هذا غير كاف فى الصحه، و الا فلا يبطل شىء من العقود المشتملة على ما ينافيها، لوجود المنذوحه فى المعدول به الا ما لا ينافى، و الاولى جعل منشأ النظر وجود لفظ البيع المقتضى للثمن، و وجود المنافى لصحته و هو اشتراط عدم الثمن فىكون يباع فاسداً، و من ان التقييد بعدم الثمن قرينه على إرادته الهبه من لفظ البيع لان الهبه هى التمليك بغير عوض، فهو مساو لها فى المعنى» و فيه «ان عقد الهبه و ان كانت من الجائز الا- ان عقدها بمثل ذلك محل نظر أو منع.» و منه يعلم ما فى المحكى عن بعضهم من ان المدار فى ذلك على القصد، فان قصد الهبه صح و ان قصد البيع. بطل بل و ما عن حواشى الشهيد من أن ذلك مبنى على ان العقود توقيفيه أو اصطلاحيه، فعلى الأول لا يصح، لان البيع لا بد فيه من العوض، و انتفاء الجهاله، و، على الثانى يصح، إذ من الواضح ان الثانى ليس قولاً لأحد منا، بل و لا احتمالاً، و اما الضمان فهو المتجه بناء على انه بيع فاسد، ضروره كون المنع فى العبارة على



تقدير صححه هذا العقد فمع عدمها يبقى ما دل عليه من عموم

«على اليد»

و غيره سالما اللهم الا ان يقال ان ذلك هبه فاسده و «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و هو لا يخلو من وجه بنا على انه قصد بذلك الهبه فتأمل جيدا و الله اعلم.

و على كل حال ف يجوز إسلاف الاعراض فى الاعراض إذا اختلفت أو اتفقت و لم تكن مقدره بأحد الأمرين أو الثلاثة لإطلاق الأدله و

فى خبر وهب (١) «لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن»

و المناقشه فى سنده يدفعها الانجبار بالشهره العظيمه، بل فى المختلف عن المرتضى الإجماع عليه، و انه قال: يجوز عندنا ان يكون رأس

المال فى السلم غير ثمن من سائر المكيلات و الموزونات و يجوز ان يسلم المكيل فى الموزون، و الموزون فى المكيل ليختلف جنسهما، و ما أظن فى ذلك خلافا بين الفقهاء، فما عن ابن ابى عقيل من أنه لا- يجوز السلم الا بالعين و الورق و لا يجوز بالمتاع واضح البطلان، و كالمحكى عن ابى على من انه لا يسلم فى نوع من المأكول نوعا منه إذا اتفق جنسهما فى الكيل و الوزن و العدد و ان اختلفت أسماؤها كالسمن فى الزيت لانه كالصرف نسيئه و ان كان قد يوهمه

صحيح عبد الله بن سنان (٢) عن الصادق عليه السلام «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف رجلا زيتا على ان يأخذ سمن قال: لا يصلح

، ك

حسنه (٣) «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا ينبغى إسلاف السمن بالزيت، و الزيت بالسمن»

الا أن الظاهر إرادته الكراهه منهما، و أوضح من ذلك فسادا ما حكى عنه أيضا لا اختار أن يكون ثمن السلم فرجا يوطأ، لأنه قد يتطرق الفسخ

١-١ الواسئل الباب-٧- من أبواب السلف- الحديث- ١.

٢-٢ الواسئل الباب-٧- من أبواب السلف- الحديث ٢.

٣-٣ الواسئل الباب-٧- من أبواب السلف- الحديث ٣.



النوع. و قد يستغنى به عن ذكر الجنس، لكن قد يناقش في ذلك بأنه غير خاص في السلم، ضروره كون المدرك في ذلك رفع الجهاله التي لا- فرق في اعتبار رفعها بين السلم وغيره، و من هنا قال المصنف وغيره الضابط فيه أن كلما يختلف لأجله الثمن اختلافًا لا يتسامح بمثله في السلم فذكره لازم و المرجع في ذلك الى العرف، ضروره أنه ربما يكون العامي أعرف من الفقيه في ذلك، و لذا كان حظ الفقيه منها الاجمال، و ستسمع تعرض جملة من الأصحاب إلى جملة منها، و ان أو كلوا الأمر فيه أيضا الى ما عرفت، كما أن المرجع إليه أيضا في معرفه الوصف الذي يحصل الجهاله بترك التعرض له و غيره، فان كثيرا من الأوصاف تختلف الثمن بها اختلافًا لا يتسامح فيه، لكن لا جهاله في عدم التعرض لها، و انما ينص عليها من له غرض خاص فيها، و الا فلا.

و كان إطلاق المصنف اتكالا- على قوله و لا- يطلب في الوصف الغايه، بل يقتصر على ما يتناوله الاسم بناء على أن المراد منه عدم وجوب الاستقصاء في الوصف، بل يجوز الاقتصار منه على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذي يزيل اختلاف أثمان الأفراد الداخلة في العين، إذ مرجعه حينئذ إلى العرف، و على ذلك فان استقصى كذلك و وجد الموضوع صح السلم، و ان عز وجوده بطل، فعلى هذا النهي و الأمر الواقعان في العبارة قد يكونان على وجه المنع و اللزوم، كما إذا استلزم الاستقصاء عزه الوجود، و قد يكونان على وجه نفى اللزوم و الجواز كما إذا لم يستلزم ذلك.

و من هنا قيل أنها أحسن من عبارته القواعد، حيث يجوز، فجمع بين الفردين المختلفين في الصحة و عدمها، «فقال: و لا يجب في الأوصاف الاستقصاء لعسر الوجود»

إذ التعليل بعسر الوجود لعدم الجواز، لا لعدم الوجوب كما قد عرفت، و يمكن أن يراد مما فى المتن أنه لا يجب أن يطلب فى الوصف الغايه، بل يقتصر على ما يتناوله اسم الوصف، فيكتفى حينئذ فى وصف الحنطه مثلا- بالحمراء، و لا يطلب الغايه فى ال-حمرار، و هو و ان كان ألصق بقوله بل يقتصر الى آخره، لكنه فيه أولا- انه لا- يجوز الاقتصار على اسم الوصف مع فرض اختلاف أفراده بما لا- يتسامح فيه، و يؤدى تركه إلى الجهاله، و ثانيا لا تكون العبارة عامه، للمعروف من الأصحاب هنا النص عليه من المبالغه فى كثره الأوصاف، فلا ريب فى أن حمل العبارة على الأول الذى هو أعم من ذلك اولى، و لا ينافيه الإضراب بناء على ما عرفت.

نعم لولاه لأمكن حمل النهى فى العبارة على حقيقته، على معنى أنه لا يفعل ذلك بحيث يؤدى الى عزه الوجود، لبطلان السلم فيه حينئذ لما ستعرف من اشتراط كون وجوده غالبا، مع احتمال أن يقال فيه ان المراد من الأمر بالاقتصار، بيان ابتداء الرخصه فى جواز ذلك، حتى ينتهى إلى الوصف المؤدى الى عزه الوجود، و الأمر فى ذلك سهل بعد وضوح كون المراد على كل حال بيان جواز السلم فى غير عزيز الوجود، و المنع فيه، بل قيل انه لا خلاف فيه، بل ربما ادعى الإجماع عليه بل قيل انه الدليل له، مضافا الى التعليل بأن عقد السلف مبنى على الغرر، لانه بيع ما ليس بمرئى، فإذا كان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤديا إلى التنازع و الفسخ فكان منافيا للمطلوب من السلف، و ان كان هو كما ترى.

و عن الإيضاح توجيهه بأنه لما جل جناب الحق جل شأنه عن التكليف بما لا يطاق و اقتضت حكمته البالغه عدم خرق العادات غالبا بمجرد ما يرد على العبد من متناقض الإرادات أبطل السلم فيما يؤدى الى أحدهما قطعاً، و ما تجد أداؤه تجدد بطلانه، قال: فظهر من ذلك

أن ما يعز وجوده لا يصح السلم فيه، وبقى ما لا يعز، لكن وجوده أقلى فى الأغلب لاستقصاء الصفات و الأقرب فيه الصحة. لعدم استلزامه المحال، مع إمكانه فى نفسه، و جواز ثبوته فى الذمه و لوجود المقتضى و هو عقد البيع، و انتفاء المانع: و هو عزه الوجود، و فى التذكرة «قد بينا ان الاستقصاء فى ذكر الأوصاف المخرج الى عزه الوجود و عسر التحصيل مبطل للسلم، لما فيه من تعذر التسليم الذى هو مانع من صحه البيع، (الى أن قال) و الضابط عزه الوجود و تعذره يبطل معه، و يصح بدونه» قلت و من ذلك يعلم ان المراد بعز الوجود ممتنع، و بطلان السلم فيه حينئذ واضح- و صحيح عبد الرحمن (١) و غيره دال عليه، مضافا الى معلوميه اشتراط قدره على التسليم، بل الظاهر بطلان غير السلم فيه من المعاوضات، كجعله ثمن مبيع و نحوه، بل لا يبعد إلحاق الندره التى تعد المعامله معها سفها به. نعم لا بأس بها إذا لم تكن كذلك و ان حصلت المشقه معها، كما نص عليه فى القواعد و الدروس و غيرهما، و تسمع تمام الكلام فى ذلك فى اشتراط غلبه الوجود، بناء على ان المنع فى عز الوجود يؤول إلى فقدان هذا الشرط، لا أنه شرط آخر فتأمل جيدا و الله أعلم.

(و يجوز اشتراط الجيد و الردى) بلا- خلاف، للإطلاق السالم عن المعارض من عزه الوجود و غيرها، بل قد يقال بكونهما من الأوصاف التى يتوقف رفع الجهاله على ذكرهما، و من هنا حكى عن المبسوط و التذكرة وجوب التعرض لهما، بل فى التحرير الإجماع واقع على ذكر الجوده، و فى الدروس قيل يجب ذكر الجوده و الرداءه بالإجماع، و ان قال فيه نظر و لعله كذلك و لو بالنسبه إلى البعض و على كل حال فلا ريب فى جواز ذكرهما. نعم لو شرط الأجود لم يصح لتعذره

بلا خلاف أجده، بل في التذكرة إجماعاً، وفي الروضة أنه موضع وفاق، لعدم تناهي مراتبهما، و على كل تقدير فهو غير معلوم، لكن في التذكرة بعد دعوى الوفاق المزبور قال: «فيه إشكال لإمكان ضبطه في بعض الأمتعه كالطعام، فإنه قد يتناهى جودته» قلت: لا- ريب في جوازه مع هذا الفرض و أنه لا- يؤدي الى عزه الوجود، بل ينبغي الجواز أيضا مع اراده ما يصدق عليه أنه من الأ-جود عرفاً، لا- المرتبه التي ليس فوقها أجود منها، و كأنه الى ذلك نظر الأردبيلي و صاحب الكفايه فيما حكى عنهما من احتمال الجواز، كما أن نظر الأصحاب لإرادته حقيقه اللفظ لغه، فيتجه المنع حينئذ و كذا لو شرط الأردى فإنه ما من ردى الا و هناك أردى منه. و يأتي فيه ما سمعت.

بل قال المصنف و لو قيل في هذا بالجواز لكان حسناً لإمكان التخلص يدفع الردى، لأنه ان كان هو الأردى، فهو عين الحق و الا زاده خيراً و يجب عليه القبول لانه وفاء و زياده، كما يرمى اليه النصوص في باب القرض (١) بل عدته من حسن القضاء، و انه من الفضل الذي قد نهينا عن نسيانه (٢) بل في التحرير و الإرشاد الحكم بالصحه، و حكاة في التذكرة قولاً لبعض أصحابنا، و ان كنت لم أجده لأحد قبله، بل هو قد استشكل في القواعد، و حكم بالبطلان في التذكرة، كالشيخ و فخر المحققين و الشهيدين و الكركى و غيرهم، لعدم الضبط، و وجوب قبض الجيد عنه لو دفع لا يصيره مضبوطاً عند العقد، لانه ليس من أفراد، على أنه إذا امتنع من الأداء لم يتمكن الحاكم من إجباره. لعدم ضبط الأردى، و عدم استحقاق غيره عليه، و التحقيق

١- ١ الوسائل الباب- ١٩ و ٢٠- من أبواب القرض و باب ١٢- من أبواب الصرف.

٢- ٢ سورة البقره الآيه- ٢٣٧.

ما سمعته فى الأجود، فتأمل جيدا.

ثم انه لا- بد مع ذلك أن تكون العبارة الداله على الوصف معلومه بين المتعاقدين ظاهره فى العرف أو اللغه حتى يمكن استعمالها عند اختلافهما، فلو جهلاها أو أحدهما بطل، و لا يكفى الإحاله على المراد لغه أو عرفا. ضروره عدم صدق ارتفاع الجهاله بذلك، بعد ظهور ما دل على شرطيه فيما بين المتعاقدين، و المراد بظهورها فى العرف أو اللغه معروفه اتصاف العين بالوصف المشترط فى أحدهما: كى يحصل به قطع النزاع لو حصل، و لعله لذا قال فى القواعد «الصفات ان لم تكن مشهوره عند الناس لقله معرفتها كالأدويه و العقاقير، أو لغرابه لفظها، فلا بد ان يعرفها المتعاقدان و غيرهما، و هل تعتبر الاستفاضه أم يكفى معرفه عدلين؟

الأقرب الثانى»، كما عن الإيضاح أيضا، بل فى جامع المقاصد ان الأقرب الأول، لإمكان موت أحدهما أو 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 اللغه كونها على وجه يمكن الرجوع إليها عند اختلافهما كما قيده، و انما يتم ذلك إذا كان مستفاضا، أو يشهد به عدلان.

و على كل حال فلو ذكرا وصفا لا- يمكن معرفته و تحققه فى أحدهما بطل السلم فلا يجوز، و لعل من ذلك بعض الأوصاف التى يذكرها الأطباء من درجات الحراره أو البروده و نحوهما، و كان المرجع فى ذلك اما الجهاله عرفا أو ما يساويها فى الأول إلى النزاع الذى أراد الشارع حسم مادته بالعقود المعروفه، لا- اثارته، بان يشرع منها ما يؤدى إليه مما نحن فيه و غيره، فتأمل جيدا، فإنه لا دليل واضح على اعتبار ظهور العبارة فى العرف و اللغه بعد فرض المعلوميه بينهما، و احتمال الاختلاف

يرجع فيه الى قواعد التداعى، فما فى المتن مجرد اعتبار. نعم لو كان المراد ما يؤدى الى المعلوميه فى المبيع اتجه حيثئذ، اما الزائد على ذلك فلا دليل عليه و الله العالم.

و كيف كان فقد بان لك من ذلك كله انه إذا كان الشىء مما لا ينضبط بالوصف على وجه يرتفع جهالته و لا يؤدى الى عزه وجوده لم يصح السلم فيه قطعاً.

نعم قد يشك فى بعض افراده كاللحم نيه و مشويه و الخبز و ان نفى الخلاف فى الرياض فيهما، بل حكى عن الغنيه الإجماع عليه، فإنه ربما استشكل فى الأول بأنه لا- فرق بين الحيوان و لحمه، و بينه و بين الشحم، فإذا جاز فيهما جاز فى الآخر، و فى الثانى بأن النصوص (١) قد جوزت قرضه، و انه لا بأس بالتسامح فيه، و لو كان مما لا ينضبط وصفه لم يجز قرضه مضمونا بمثله، و قد يجاب عن الأول بأن الشارع قد كشف عن عدم ضبطه بالوصف. ف

فى خبر جابر(٢) «سألت الباقر عليه السلام عن السلف فى اللحم فقال:

لا تقربنه، فإنه يعطيك مره السمين، و مره التاوى، و مره المهذوله، و اشتر معاينه يدا بيد. (بل قال أيضاً) و سألته عن السلف فى روايا الماء فقال: لا تقربنها فإنه يعطيك مره ناقصه، و مره كامله»

اللهم الا ان يحمل ذلك منه عليه السلام على الإرشاد لعدم الوفاء كما استظهره فى الحدائق حاكيا عن بعض مشايخه. أنه حملة على الكراهه، لا ان مراده عدم جواز السلم فيه، لعدم الانضباط بالوصف، و عن الثانى بالفرق بين القرض و السلم:

فإنه قد يتسامح فى الأول بما لا يتسامح فى الثانى، المبني على رفع الغرر و الجهاله، كما لا يخفى على من لاحظ أحكامهما معا، و ما ورد فيهما من النصوص.

١-١ الوسائل الباب- ١- من أبواب السلف و باب ٢١ من أبواب الدين و القرض.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب السلف الحديث ١.



و على كل حال فالأمر سهل بعد معرفه الضابط فى الجواز و العدم، و ان ما شك فيه فالاطلاقات تقتضى جوازه، لعدم تحقق الجهاله

المانعه من الصحه إذا المناقشه فى الأمثله ليست من دأب المحصلين، خصوصا بعد اختلاف حالها فى الأمكنه و الأزمنه، و خصوصا بعد ملاحظه جواز بيع الشخص الموصوف بالأوصاف الرافعه للجهاله عنه، ضروره إمكان فرض ذلك فى الكلى على وجه لا يؤدى الى عزه الوجود كما هو واضح و الله العالم.

و من ذلك السلم فى الجلود و ان قال المصنف فيه تردد ينشأ من عدم إمكان ضبطها و معرفتها على وجه ترتفع جهالتها، و لا يؤدى الى عزه الوجود إلا- بالمشاهده التى يخرج معها عن السلم، لشده اختلاف قيمتها معها، بحيث لا يقوم الوزن مقامها و لا غيره، و من هنا كان المشهور نقلا و تحصيلا المنع، و قيل و القائل الشيخ و القاضى فيما حكى عنهما: يجوز مع المشاهده التى تدفع المحذور السابق، و هو و ان كان كذلك الا انه رده المصنف بأنه خروج عن السلم الذى قد عرفت وجوب كونه كليا مضمونا فى الذمه، و أجاب منه فى المسالك بأنه انما يخرج مع تعيين المبيع، و كلام الشيخ أعم منه، فيمكن حمله على مشاهده جملة كثيره يكون المسلم فيه داخلا فى ضمنها، و هذا القدر لا يخرج عن السلم كما لو شرط الثمره من بلد معين، أو الغله من قريه معينه لا تخيس عاده، الا انه قال بعد ذلك: و الأجود المنع للاختلاف، و عدم الانضباط.

و فيه ان الأجود الجواز بناء على ما ذكره، إذا جعل المسلم فيه كليا معلوما مضمونا فى الذمه، ثم اشترط الأداء من المشاهد، و الا فاشترط الأداء من المشاهد لا- يرفع الجهاله عن المبيع الكلى، إذ هو ليس من أوصافه، لا انه جعل المسلم فيه واحد منها، كما عساه يفهم من كلامه أولا، إذ هو ان صح كان على سبيل الإشاعه،

و هو خارج عن السلم، كخروج الكلى غير المضمون فى الذمه عنه، اما الأول فلا إشكال فى صحته، بل قيل: ان ظاهر الخبرين يقتضى الصحه مطلقا،

قال فى أحدهما(١)«انى رجل قصاب أبيع المسوك قبل ان أذبح الغنم؟ فقال: ليس به بأس، و لكن انسبها الى غنم ارض كذا و كذا»

و فى الآخر(٢)«رجل يشتري الجلود من القصاب، فيعطيه كل يوم شيئا معلوما؟ قال: لا بأس به».

و ان كان فيه انهما- مع ضعفهما و عدم الجابر بل الشهره على خلافهما، بل الثانى منهما غير دال على المطلوب، بل لا صراحه فيهما بالسلم- يمكن تنزيلهما على الصوره الصحيحه، أو الشراء بصلح و نحوه أو غير ذلك، هذا، و قد يقال: بالصحه لو فرض إمكان المعلوميه بمشاهدته أنموذج يرفع الجهاله، و لا يؤدي الى عزه الوجود، و لعل مراد الشيخ ذلك من المشاهده التى حكم بالجواز معها، و الله العالم.

و كيف كان فالمشهور كما عن الكفايه انه لا- يجوز السلم فى النبل المعمول للمانع المزبور، ضروره كونها تجمع أخلاطا مقصوده، لان فيها خشبا، و عسبا، و ريشا، بل قيل: ان الأقرب عدم جوازه فى المنحوت منها لعدم القدره على معرفه تحتها، و تتفاضل فى الثمن، و تتباين فيه، مع كونها مخروطه خفيفه الأطراف، ثخينه الوسط، فلا يمكن ضبطها، قيل، و كذا القسى، و فيه انه يمكن فرض الضبط فى العيدان على وجه يرتفع المانع المزبور، بل قد يدعى ذلك فى المعمول منها أيضا، بل و القسى، و اما غير المنحوت منها فلا ريب فى جوازه، لإمكان الضبط الذى لا يقدر فيه ما لا يتفاوت به الثمن من الاختلاف،

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب السلف الحديث- ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب السلف الحديث- ٧.

و من هنا قال المصنف يجوز في عيدانه قبل نحتها نعم لا بد من التقدير بالعدد أو الوزن و الله اعلم.

و كذا لا يجوز في الجواهر و اللآلى لتعذر ضبطها بحيث ترتفع جهالتها و لا يؤدي الى عزه الوجود ل تفاوت الأثمان مع اختلاف أوصافها بالحجم و الوزن و غيرهما، لكن ظاهره كغيره ممن أطلق عدم الفرق في ذلك بين الكبار و الصغار، و ما يراد منه للدواء و غيره، و هو لا- يخلو من اشكال، إذ قد صرح بجوازه في الصغار الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل في الدروس ان الأقرب جوازه في العقيق و شبهه، من الجواهر التي لا- يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بيننا، قيل: و ضابط الصغار من اللآلى كلما يباع بالوزن، فلا يلاحظ فيه الأوصاف الكثيره عرفاً، و عن بعضهم تحديدها بما يطلب للتداوى دون التزين، أو ما يكون وزنه سدس دينار، و الأولى إناطه ذلك بالعرف.

و لا- يجوز أيضاً في العقار و الأرضين للمانع المزبور، و الأمر في ذلك كله سهل بعد ما عرفت الضابط في الجواز و العدم، خصوصاً بعد ما سمعت ان العامى ربما يكون اعرف من الفقيه في ذلك، و ان أكثر الأصحاب في الأمثلة للجائز و الممنوع، كما أكثروا في بيان الأوصاف للموصوفات، مع انه أطلق

في النصوص (١) «انه لا بأس بالسلم في المتاع إذا وصفت الطول و العرض»، و لا بأس به في الحيوان إذا وصفت الأسنان»

اتكالا على العرف، فكان الأولى بالأصحاب ذلك أيضاً، و لعل المقصود التنبيه إجمالاً، فلا بأس بالتأسى بهم و الاقتداء بأنوارهم.

فنعقول قد عرفت انه يجوز السلم فى كل ما يمكن ضبطه بالوصف المعلوم بين المتعاقدين و غير تأديه الى عزه الوجود، فلا إشكال حينئذ فى جوازه فى الخضر و الفواكه، و كذا كل ما تنبته الأرض، و فى البيض و الجوز و اللوز و غيرهما مما هو كذلك، لإمكان ضبطها بالوصف المزبور الذى مرجعه عند التحقيق الى العرف، لكن فى الدروس «انه يذكر فى الفواكه البلد و النوع، و الطراوه أو ضدها و اللون ان اختلف، و فى الزبيب

البلد و النوع و الكبر أو الصغر، و اللون ان اختلف نوعه أو غيره و فى التمر البلد و النوع، و الكبر و الصغر، و الحدائه و العتاق، و اللون ان اختلف النوع، و فى الرطب ذلك كله إلا العتاقه، و يجب الفارق، و لو شرط المنصف و المذنب لزم، و له الجاف من التمر و الزبيب الخالى من الحثاله، و لا يجب تناهى الجفاف، و فى الحنطه البلد و الحدائه و العتق و اللون، و الكبر و الصغر، و الصرابه و ضدها، و لا يشترط ذكر حصاد عام أو عامين، و ان ذكره جاز، و فى الشعير ذلك كله» قلت: و كذا غيرهما من الحبوب، لكن عن المبسوط ان جمله وصف الحنطه سته، الا انه أبدل الصرابه بالجوده و الرداءه، و زاد المحموله و المولده، و تبعه فى التذكرة «يصف الحنطه بأمور سته، البلد فيقول شاميه أو عراقيه، فإن أطلق حمل على ما يقتضيه العرف ان اقتضى شيئاً و الا بطل، و يقال محموله أو مولده يعنى محموله من البلد التى تنسب اليه، أو تكون مولده فى غيره، و يذكر الحدائه و العتق، و الجيد و الردى، و اللون كالحمرء و البيضاء و الصفراء ان اختلفت، و بالحداره و هى امتلاء الحب، و الدقه و صفائه، و يذكر الصرابه أو ضدها: و ينبغى أن يذكر القوى أو ضده، (الى ان قال) و كذا حكم كل صنف من الحبوب من أرز أو دخن أو شعير أو سلت» و فى القواعد «انه يذكر فى البر و غيره من الحبوب البلد و الحدائه، و العتق

و الصرابه أو ضدّها» و ظاهر الاكتفاء فى رفع الجهاله عرفا بالثلاثه، و اما الرطب فهو و ان كان لا يكون عتيقا الا ان له اشتراط لقطه يومه، أو أمسه، بل لعل حدائته و عتقه بذلك، بل قد يقال بلزوم التعرض لذلك كما عن بعض الشافعيه، لاختلاف الثمن و الرغبه باختلافهما اختلافا يؤدى عرفا إلى الجهاله بدونهما و الله اعلم.

و فى الحيوان كله غير الأناسى منه و الأناسى لكن فى الدروس «انه يذكر فى الإبل السن و الذكوره أو ضدّها، و اللون و الصنف، كالعرايى و البخاتى و النتاج إذا كان معروفا عام الوجود، و كالعبادى نسبتة الى عباد بالفتح، و هم قبائل شتى من بطون العرب اجتمعوا على النصرانيه بالحيره- و فى الخيل الذكوره و السن و النوع، كالعربى و التركى و اللون و فى البقر و الحمر، السن و النوع و الذكوره و اللون و البلد، و فى الطير النوع و اللون و كبر الجثه، لعدم العلم بسنه، و فى الرقيق الذكوره و النوع و اللون و السن و القد كالطويل و القصير و الربعه. و لو قدره بالأشبار احتمال المنع.

لإفضائه الى عزه الوجود، و يحتمل وجوب ذكر الكحل و الدعج و الزجاج و تكلثم الوجه فى الجاريه و كونها خميصه ريفه الملمس، ثقيله الردف، أو أضداد ذلك، لتفاوت الثمن به، و عدم عزته، و الأقرب وجوب تعيين البكاره و الثيبوبه فى الأمه، فلو أطلق بطل، و لا- يشترط ذكر الملاحه فلو ذكرها روعى العرف، و يحمل على أقل درجته، و يحتمل البطلان لعدم انضباطها فان مرجعها الى الاستحسان و الشهوه المختلفين باختلاف الطباع، و لا يجب التعرض لآحاد الأعضاء لعدم تفاوت الثمن فيه بينا، و ربما أدى الى عزه الوجود» و فى القواعد «انه يذكر فى الحيوان النوع و اللون و الذكوره و الأنوثه و السن و فى الأناسى زياده القد كرباعى أى أربعه أشبار أو خماسى، فيقول عبد زكى اسمه ابن سبع طويل أو قصير أو ربع، الى أن قال: و لو اختلف النوع الواحد فى الرقيق وجب ذكر الصنف، و لو اتحد لونه كفى نوعه عنه، ثم قال: و يذكر فى الإبل الذكوره أو الأنوثه

و السن كبت مخاض، و اللون كالحمره، و النوع كنعم بنى فلاين أو نتاجهم كبختى أو عربى إن كثروا و عرف لهم نتاج، و إلا بطل كنسبه الثمره إلى بستان، و فى الخيل السن و اللون و النوع كعربى أو هجين، و لا يجب التعرض للشياه كالأغر و المحجل، و فى الطير و النوع و الكبر و الصغر من حيث الجثه، و لا نتاج للبغال و الحمير، بل يذكر عوضه النسبه إلى البلد، و يقرب من ذلك كله ما فى التذكره لكن لا يخفى عليك ما فى دعوى توقف رفع الجهاله له عرفا على ذكر بعض ذلك، أو مقتض غير، أو دليل بالخصوص، و لعل عرفهم غير عرفنا الان فى ذلك، بل و فى عزه الوجود و عدمه، فإنه يمكن دعوى عدمها فى جمله مما ذكروا أنه مقتض لها، و الأمر سهل بعد ما عرفت من كون المدار على رفع الجهاله عرفا و عدم عزه الوجود، و مع الشك فالعمومات تقتضى الجواز و الله اعلم.

و كذا الكلام فى السلف فى الألبان و السمون و الشحوم و الأطياب و الملابس و الأشربه و الأدوية بسيطها و مركبها ما لم يشته مقدار عقايرها و ان ذكر فى القواعد و الدروس و جوب التعرض فى الأول إلى النوع كالمعز و المرعى، بل فى الأول منهما و ان قصد به الجبن أو الكشك، احتمال ذكر الزمان بالصفاء و الغم، فان لهما أثرا بينا فى ذينك عند أهله، و قالا معا و يلزمه مع الإطلاق، حله يومه، كما أنهما قالا أيضا يعتبر فى الثانى ذكر النوع، كالبقر، و اللون كالأصفر و المرعى و الحدائه أو ضدها، و ينبغى أن يذكر فى الثالث النوع و اللون و الصفاء و نحو ذلك مما يتوقف رفع الجهاله عليه، و كذا الرابع و أما الملابس ففى الدروس أنه يذكر فى الثياب النوع و البلد و العرض و الصفاقه و الغلظ و النعومه أو أضدادها، و لا يجوز ذكر الوزن لعسره، و له الخام عند الإطلاق، و ان ذكر المقصور جاز، فان اختلف البلد ان ذكر بلد القصاره، كالبعلبكى

و القطبي، و يجوز اشتراط المصبوغ فيذكر لونه و إشباعه أو عدمه، و لا فرق بين المصبوغ بعد نسجه أو قبله على الأقوى، و منعه الشيخ إذا صبغ بعد غزله، لان الصبغ مجهول و لانه يمنع من معرفه الخشونه و النعومه، و في وجوب ذكر عدد الخيوط نظر أقرببه ذلك، لاشتهاره بين اهله و تأثيره في الثمن» و يقرب منه ما في القواعد و ان قال «انه يذكر في الثياب ثمانية النوع كالكتان و البلد و اللون و الطول و العرض و الصفاقه و الرقه و النعومه أو أضدادها» ثم ذكر بعد ذلك أوصاف الغزل و القطن و الصوف كما أنه في الدروس كذلك أيضا و ذكر الحرير و الكرسف و الكتان و غير ذلك، الا أنه أجاد بعد ما أطنب و تعرض لثلاثة عشر مما تعم به البلوى قال: و مدار الباب على الأمور العرفيه و ربما كان العوام أعرف بها من الفقهاء و حظ الفقيه البيان الإجمالي و هو جيد جدا و منه يعرف الحال فيما ذكره المصنف و غيره، لكن ظاهر المصنف عدم جواز السلم في الأدوية المركبه مع اشتباه مقدار عقاقيرها أي أجزائها التي تتركب منها، بل في المسالك أنه يعلم من ذلك اشتراط العلم بمقدارها نفسها بطريق أولى، لترفع الجهاله، لكن قال: و في اعتبار ذلك في المشاهد نظر، من توقف العلم عليه، و من مشاهده الجملة و هو أجود، قلت: لا ينبغي التأمل في عدم وجوب المعرفه مقدار الا-جزاء إذا لم يكن له ضابط معين مقصود، كما انه لا-ينبغي التأمل في وجوب المعرفه معه، و اما الجملة فإن كانت من المعتبرات و جب، و لا-ضبط فيه، ليتمكن من الوفاء، و تسمع قوه عدم اعتبار الضبط بالوزن و الكيل المتعارف و الله اعلم هذا.

و لا ريب في انه يجوز السلف في جنسين مختلفين صفقه واحده مع جمع كل منهما الشرائط السلم، اتحدا في الأجل أو اختلفا، و كذا الثمن لإطلاق الأدله

بلا معارض، و كذا يجوز السلم فى شاه لبون بلا خلاف أجدده لوجود المقتضى و ارتفاع المانع، خلافا للشافعى فى أحد قولييه، فمنعه لمجهولييه اللبن و فيه مع أنه من التوابع ان ذلك وصف للنوع لا سلم فى اللبن و لذا لا يلزم عليه تسليم ما فيه لبن من الشياه بل يكفيه شاه من شأنها ذلك بل لو كان فيها لبن فعلا كان له حلبها و تسليمها بلا لبن. نعم المفهوم عرفا من ذلك كونها ذات لبن بالقوه القريبه من الفعل. و من هنا جزم فى المسالك بعدم الاجتزاء بتسليم الحامل و ان قرب أو ان ولادتها أما لو كانت حاملا و قد در اللبن أمكن وجوب القبول للصدق، و الأمر سهل بعد ان كان المدار على العرف كما هو واضح.

و كذا يجوز عندنا كما فى التذكرة فى شاه معها ولدها وفاقا للمشهور كما فى المسالك، لإمكان الضبط بالوصف الرافع للجهاله، و لا يؤدى الى عزه الوجود، و كذا الجاربه معها ولدها و قيل (١١) و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و الشهيد فى اللمعه لا يجوز (١٢) فيهما معالان ذلك مما لا يوجد الا نادرا (١٣) و ربما ظهر من المتن نوع تردد فيه، لقوله و كذا الى آخره، و على كل حال ففيه منع واضح. نعم فى التذكرة «المنع فى الجاربه الحسناء معها ولد صفته كذا و كذا، أو أخت أو عمه بحيث يتعذر حصوله» و هو كذلك و فى الدروس «المنع من اشتراط الولد مع الام المقصود بها التسرى، قال: «و لو قصد بها الخدمه كالزنجيه جاز لقله التفاوت» و فيه منع عزه وجود الأولى أيضا كما جزم به ثانى الشهيدين، و من الغريب انه جزم فى الدروس بجوازه أيضا فى الجاربه الحامل، سواء كانت حسناء أو شوهاء و فى اللمعه بالعدم موافقا للمحكى عن المبسوط.

و من هنا قال فى المتن و كذا التردد (١٤) فى السلم فى جاربه حامل لجهاله



الحمل و فيه انه تابع و لا- عزه وجود فى الجارىه الحامل الموصوفه بما يرتفع معها جهالتها، فالأجود الجواز فى الجميع بعد ان كان المدار فى المنع على عزه الوجود المعلوم منعها فى المقام كما هو واضح، كوضوح جواز الإسلاف فى جوز القرز لذلك بعد الوصف بالطراوه و اليبس و اللون و البلد، لكن قال المصنف فيه تردد بل عن الشيخ الجزم بالعدم لأن فى جوفه دودا يفسده إذا خرج منه حيا و يمتنع بيعه إذا مات، و فيه ان السلم فى غير الدود الذى هو كنوى التمر فى بلد لا قيمه له فيه و الله اعلم.

### [الشرط الثالث قبض رأس المال قبل التفرق]

الشرط الثالث من الشرائط قبض رأس المال قبل التفرق شرط فى صحه العقد.

إجماعا فى الغنيه و المسالك و حينئذ ف لو افترقا قبله بطل عند علمائنا اجمع فى التذكره و هو الحجه فيه بعد شهاده التبع و انحصار الخلاف فى المحكى من قول ابى على: لا- اختار تأخير قبضه أكثر من ثلاثه أيام الذى قال فى الدروس و غيرها: «انه متروك» نعم عن صاحب البشرى التوقف فيه كصاحب الحدائق معللا له فى الأخير بعدم النص، لكنك خير بان فى الإجماع المحكى المعتضد بما عرفت بلاغا، مع احتمال القول بأن أصاله عدم النقل و الملك قبله محققه و لو للشك فى تسيب العقد هنا للملك، للاتفاق المزبور، و لأن الأمر بالوفاء بالعقد أعم منه، بل قد يقال:

باعتبار تسليم الثمن فى حقيقه السلم، و انه بدونه منتف حقيقه السلم، الا ان الانصاف كون العمده الإجماع المزبور انما الكلام فى المراد من معقده و الظاهر من الأولين توقف الملك عليه كسفا أو نقلا، بل الظاهر الثانى منهما.

و على كل حال فقبله لا ملك و حينئذ فلو كان الثمن فيه كليا لا شيئا معينا لم تشتغل الذمه به، فلا تصح الحواله حقيقه به و عليه، و لا ضمانه و لا الصلح به و عليه، و لا يحصل به التقاص قهرا، و لا غير ذلك مما يعتبر فيه شغل الذمه المتوقف على ملك

الكلية للمستحق، و الفرض عدم حصوله قبل القبض، لكن في القواعد و التذكرة انه لو احواله بالثمن فقبضه البائع من المحال عليه في المجلس فالأقوى الصحة، و نحوه ما في الدروس من انه لو احوال بالثمن فقبضه البائع قبل التفرق صح و الا فلا على الأقرب فيهما، و زاد لو احوال البائع على المشتري اشترط قبض المحتال في المجلس على الأصح، قال: و وجه الجواز ان الإحالة كالقبض ثم قال: و لو صالح البائع عن الثمن على مال فالأقرب الصحة و اشترط قبض مال الصلح، بل في التذكرة احتمال الصحة في الأول، و ان لم يقبض البائع في المجلس و، لعله المتجه بناء على كونها حوالة حقيقه، إذ هي كالقبض، و دعوى انها هنا ليست كذلك كما ترى.

و في الدروس و المسالك انه يقع التقاض قهرا لو كان للمسلم في ذمه المسلم اليه مماثل الثمن الكلية جنسا و وصفا قال في الأخير: و الا توقف على التراضي، و في التذكرة لو كان الثمن عبدا فأعتقه البائع قبل القبض صح، و فيها أيضا لو كان رأس المال دراهم في الذمه فصالح عنها على مال فالأقرب عندى الصحة، الى غير ذلك مما ينافى ما ذكرنا، و تجشم دفعه - بأن عقد السلم و ان كان تأثيره الملك موقوفا على القبض، الا انه يوجب الإقباض على المشتري و القبض على البائع للأمر بالوفاء بالعقد و حيث يكون الثمن عينا يتصور انفكاك وجوب الدفع عن كونها ملكا للمدفع، إذ لا مانع من وجوب دفعها اليه، و ان لم تكن ملكا له، و اما إذا كان كليا فليس وجوب دفعه إلا شغل الذمه به فيترتب عليه ما سمعت.

- يدفعه - مع انه لا يتم في العتق و الصلح - انه يمكن تصور انفكاكه في الكلية أيضا، ضروره تصور وجوب الدفع تعبدا من غير شغل للذمه، بحيث لو مات لم يخرج من تركته، بل لعله كذلك بناء على ما عرفت فلا تلازم بين وجوب الدفع و بين عدم حصول الملك للكلية على المسلم الذي هو معنى شغل الذمه به، كما ان تجشم

دفعه- بان المراد كونه شرطاً كاشفاً فيصح الصلح و العتق و الحوالة مع تعقب القبض - يبطله أو لا انه خلاف المنساق من إطلاق الشرطية، و ثانياً عدم تقييد ما سمعته في التذكرة من صحة الصلح و العتق بالقبض و ثالثاً انه لا يتم معه ما سمعته من الشهيدين من المقاصه قهراً. نعم قد يقال: ان المراد من الصحة التي هو شرطها اللزوم فالملك حينئذ يحصل بالعقد و يستقر بالقبض، فمتى افترقا قبله بطل من حينه، و لعله يرمى اليه ما في التذكرة فإنه بعد ان ذكر نحو عباره الأصحاب من انه يشترط في السلم قبض الثمن في المجلس، و خص معقد إجماعه بالبطلان مع التفرق قبله.

قال: مسأله و لا يشترط استمرار قبض الثمن فلو سلمه المشتري الى البائع ثم رده البائع اليه و دفعه اليه قبل التفرق جاز، و لو رده عليه بدين كان له عليه قبل التفرق صح، لانه ملكه بالعقد و استقر ملكه بالقبض، و هو كالصريح فيما قلناه خصوصاً مع ما سمعته سابقاً من الفروع التي لا تتجه الا عليه، فلا بد حينئذ من التزام ذلك أو رفع اليد عن جميع الفروع السابقه، و الاحتياط لا ينبغي تركه، هذا. و قد تقدم في باب الصرف و خيار المجلس ما يغني عن اعاده كثير من المباحث السابقه المتصوره في المقام، كما انه قد تقدم في باب القبض ما يعلم منه المقدار الذي يجتري به هنا، و الظاهر صدق تسليم المنفعه لو وقعت ثمناً مثلاً بتسليم العين في نحو العبد و الدار، اما عمل الحر فلا يكفي تسليم عينه فيه و الله اعلم، و كيف كان ف لو قبض بعض الثمن قبل التفرق دون بعض صح في المقبوض لوجود المقتضى من العقد و القبض و بطل في الباقي لحصول الافتراق قبله الذي قد عرفت الإجماع على حصول البطلان به نعم صرح غير واحد بأن للبائع الخيار في الفسخ إذا لم يكن بتقصيره للتبعيض الذي قد عرفت سابقاً التسلط به على الخيار، الا ان الظاهر عدم الفرق في ذلك بين البائع و المشتري، و لعل اقتصارهم على الأول هنا لان الغالب كون التقصير في عدم القبض من المشتري فيسقط

خياره، أما لو فرض عدمه مع حصول التبعيض فلا ريب في تسلطه على الخيار لذلك كما هو واضح.

و على كل حال فما نحن فيه ليس كعوض المتلفات و نحوها من الديون في عدم جواز امتناع الديان من قبض البعض، ضروره عدم الصفقه فيه، مضافا الى تطرق الانفساخ، بل لعل التعيب بالتبعيض كاف، و من هنا قال في جامع المقاصد: «يجب تقييد ذلك بما إذا لم يكن الدين مبيعا، أما إذا كان مبيعا جاز للمشتري الامتناع من قبض البعض الى تسليم الجميع، للتعيب بالتبعيض، و ليس 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، لأننا نقول: ان التبعيض وحده كاف في ثبوت العيب و ان قارنه الأمر الأخر، فيجب ان يثبت الحكم في الموضوع الذي ذكرناه، و قد اقتصر في التذكرة على التعليل به، و ان كان قد يناقش فيه في المقام فضلا عن غيره بأن تسلم البعض لا ينافي التسلط على الخيار مع التعيب بعده بالتبعيض، فحينئذ يجب عليه تسليم المدفوع و هو على خياره لو تبعض بعد ذلك، فتأمل جيدا.

و لو أسلم مأه في حنطه و مثلها في شعير في عقد واحد، ثم دفعهما قبل التفرق و وجد بعضها زيوفا من غير الجنس و زع بالنسبه، و بطل من كل جنس بنسبه حصه من الزيوف كما في القواعد و غيرها، لعدم الأولويه، و لو كان الثمن كليا فدفع المعيب من غير الجنس أبد له إذا لم يتفرق المجلس و الا بطل العقد، و قد تقدم في الصرف تمام البحث في نحو ذلك، بل تقدم هناك ما يعلم منه حكم ما لو كان العيب من الجنس في المعين و غيره قبل التفرق و بعده، و جواز أخذ الأرش بعده و عدمه فلاحظ و تأمل.

و لو شرط المسلم اليه أن يكون الثمن من دين عليه بمعنى أنه يسلمه ما له في ذمته في كذا حنطه مثلا قيل و القائل الأكثر في المسالك و الأشهر

فى الرياض، و المشهور فى الحدائق يبطل لانه بيع دين بمثله فيشملة

خبر طلحه بن زيد(١) عن الصادق عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: لا يباع الدين بالدين»

مضافا الى

الصحيح (٢) على ما فى بعض الكتب «عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فاتى الطالب المطلوب يبتاع منه شيئا؟ فقال:

لا يبعه نسيئا، و أما نقدا فليبعه بما شاء»

بناء على أن المراد شراء الطالب منه شيئا بما له فى ذمته، فليس النسيء حينئذ هنا الا السلم، و لكن الموجود فى نسخ التهذيب المعتبره «فاتى المطلوب الطالب» و استدل به فى الرياض على المطلوب على هذا التقدير، و لعله حمله على أن المراد إتيان المطلوب الطالب ليشتري الطالب منه بما له فى ذمته، فيتحد حينئذ مع الأول، و لكنه خلاف الظاهر. أو أن المراد الاستدلال بنحوه، بناء على ظهوره فى عكس المسألة و هو مبنى على ثبوت الحكم فى الأصل و هو ممنوع.

و على كل حال فقد يناقش فى ذلك كله بمنع تناول النهى عن بيع الدين بمثله لما صار

دينا فى العقد، بل المراد منه ما كان دينا قبله، و المسلم فيه من الأول، لا الثانى الذى هو كبيع ما له فى ذمه زيد بمال آخر فى ذمه عمرو و نحوه مما كان دينا قبل العقد، و إطلاق البيع بالدين عرفا على النسيئه محمول على ضرب من التجوز و بمعارضه الصحيح على تقدير دلالة ب

خبر إسماعيل بن عمر(٣) «قال انه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاما إلى أجل مسمى، فأمر إسماعيل

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب السلف الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام العقود الحديث- ٨ و فيه أتى المطلوب الطالب كما نقله المصنف عن نسخ التهذيب المعتبره.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب السلف الحديث- ١.

من يسأله عن ذلك فقال: لا بأس بذلك، قال: ثم عاد إليه إسماعيل فسأله عن ذلك و قال انى كنت أمرت فلانا فسألك عنها فقلت: لا بأس، فقال: ما يقول فيها من عندكم، قلت: يقولون فاسد، قال: لا يفعله فإنى أوهمت»

الذى لا يقدر ما فى ذيله بعد معلوميه كون ذلك منه تقيه، بل منه ينقدح الوجه فى حمل الصحيح المزبور على ذلك، مضافا الى

المروى عن قرب الاسناد(١) عن على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام «قال: سألته عن السلم فى الدين قال: إذا قال اشترت منك كذا و كذا بكذا و كذا فلا بأس»

بناء على أن المراد بكذا و كذا مما له ذمته، لا أن المراد كلى ثم يحاسبه بعد ذلك على ما فى ذمته.

و من هنا قيل انه يصح و لكن يكره خروجا عن شبهه الخلاف و النهى فى الصحيح المزبور و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده عند المصنف و تلميذه الابى و الفاضل فى التحرير و المقداد و القطيفى على ما حكى عن بعضهم، و لا يحتاج الى قبض، لان ما فى الذمه مقبوض لمن عليه، و لكن مع ذلك لا ريب أن الأول أحوط خصوصا بعد ما قيل من صدق بيع الدين على المؤجل و لو بالعقد، و لذا منع بيع الكالى بالكالى، إذ ليس فى نصوصنا هذا اللفظ، انما الموجود فيها ما عرفت من بيع الدين بالدين، و قد ادعى غير واحد منهم ثانى الشهيدى فى المقام الوضوح فى صدق بيع الدين على المسلم فيه و ان كان قد صار ديننا بالعقد. و اما الثمن فالفرض أنه كان ديننا سابقا، و حلوله لا ينافى صدق اسم الدين عليه.

نعم قد يمنع صدقه على الثمن الكلى الحال المقطوع بجواز اسلافه، و أنه ليس من بيع الدين بالدين، و من هنا قالوا فى المقام أنه إذا أراد التخلص من شبهه بيع الدين أسلمه كليا فى ذمته، ثم حاسبه به بما له فى ذمته بعد العقد، فيكون

حينئذ استيفاء لا ثمن سلم، بل فى الدروس و المسالك و غيرهما أنه يحتاج إلى المحاسبه إذا اختلفا فى الجنس أو الوصف، و الـ وقع التقاص قهرا، و ان كان قد يشكل بأنه يلزم منه كون مورد العقد دينا بدين، و بأنه معاوضه على ثمن السلم قبل قبضه، فتكون فاسده، و يدفع بأن الثمن أمر كلى، و تعينه فى شخصى لا يقتضى كونه الثمن الذى جرى عليه العقد، و مثل هذا التقاص و التحاسب استيفاء لا معاوضه.

نعم يشكل أصل اشتغال الذمه بالكلى بمجرد عقد السلم الذى قد عرفت كون القبض شرطا فى صحته، و قد تقدم البحث فيه سابقا، فتأمل جيدا، فان ذلك كله محل للنظر، لاحتمال اعتبار سبق الدينيه فى صدق بيع الدين بالدين، و صدقه على السلم انما هو بعد تمامه لا قبله، و المنع من بيع الكالى بالكالى و ان لم يكن موجودا فى طرفنا، و انما هو من طرق العامه (١) - و لكن قد عمل به الأصحاب، و قد ذكروا فى تفسيره ما يشمل ما كان منه بالعقد فيختص به حينئذ، أما غيره مما لم يكن سابق الدينيه و لا هو من بيع الكالى بالكالى فباق على مقتضى العمومات، و منه المسأله و عكسها، و لكن الانصاف عدم خلو المسأله عن البحث، و لعلك تسمع فيما يأتى فى مسأله بيع الدين التحقيق إنشاء الله تعالى، و الله أعلم.

و لو شرط تأجيل الثمن بطل، بلا خلاف أجده لا لان التقابض شرط، إذ يمكن فرضه فيما لا ينافيه لقصر الأجل و نحوه، بل لانه من بيع الدين بالدين كما ستعرف تحقيقه فى محله، بل و الكالى بالكالى، و هو مؤيد لما قلناه سابقا من صدقه على ذلك و ان كان دينا فى العقد، و الحاصل ان الحالين أو أحدهما

بالعقد لا سابقا لا يصدق عليه بيع الدين بالدين، بخلاف المؤجلين، فإنه يصدق عليه و لو بالعقد كالحالين قبل العقد.

أو أحدهما حال قبله، و الآخر مؤجل كذلك، فتأمل جيدا.

و لو شرط التأجيل فى بعض الثمن بطل فيه قطعاً، و فى القواعد و التذكرة و الدروس و غيرها بطل فى الجميع، لجهاله ما يوازى المقبوض، و لعله لأن الأجل ليس له قيمة معلومه، و ليس هذا كبطلان البعض فى مثنى النسيئه فى بعض الثمن، ضروره اقتضائه التوزيع فى الحال و المؤجل، فلا جهاله. نعم قد يقال ان أهل العرف كما أنهم علموا التفاوت فيما بين الحال و المؤجل كذلك يعلمون مقداره، فإذا بان عندهم أن الحال يقابل الثلثين، و المؤجل ثلثا بطل فى الثلث و صح فى الثلثين و هكذا، و من هنا احتمال فى الدروس الصحه فى المقام و التقسيط فيما بعد، كبيع سلعتين فيستحق إحداهما فتأمل جيداً، فإنه يمكن ان يكون البطلان فى الجميع باعتبار ان الشرط فى السلم استحقاق القبض فى جميع الثمن فى المجلس من حين العقد مع فعلية القبض، و الأول لا تبعيض فيه بخلاف الثانى، فيبطل حينئذ، و لو فى البعض لفوات الشرط الأول و الله العالم.

### [الشرط الرابع تقدير المسلم فيه بالكيل أو الوزن العامين]

الشرط الرابع من الشرائط تقدير المسلم فيه بالكيل أو الوزن العامين فى المقابله بلا خلاف أجده إذا كان من المكيل و الموزون، بل و لا إشكال ضروره توقف المعلوميه فيهما عليهما فى المشاهد، فضلاً عن الغائب و حينئذ ف لو عولا على صخره مجهوله عند العامه أو مكيال مجهول كذلك لم يصح و لو كان كل منهما معينا عندهما لعدم ارتفاع الجهاله شرعاً بل و عرفاً بذلك، و لانه قد تهلك الصخره و المكيال فيتعذر معرفه المسلم فيه، و لو عينا مكيالاً- معينا أو صبخه كذلك من العامين ففى القواعد و التذكرة لغى الشرط لعدم الفائده و صح العقد و فيه انه يمكن فرضه مفيداً.

نعم قد يقال ان المانع ما تسمعه من عدم الطمأنينه ببقائهما إلى وقت الأداء فيحصل النزاع و الغرر، لكن ستعرف المناقشه فيه، ثم ان المستفاد من النص و الفتوى اراده الكيل



فى المكىلات، و الوزن فى الموزونات خصوصا ما عبر فىها بأو، لا أن المراد الجمع بينهما بل ربما ادى الجمع بينهما كان تقول مثلا- مأه صاع وزنها كذا أو بالعكس فى بعض الموضوعات الى عزه الوجود، فىبطل كما هو واضح، و فى قيام كل منهما مقام الآخر و عدمه أو الوزن خاصه البحث السابق، هذا كله فى المكىل و الموزون عاده.

أما إذا لم يكن من المكىل أو الموزون فى المشاهده بل كان يباع جزافا فقد صرح غير واحد بوجوب تقديره فى السلم بهما، لعدم المشاهده الرافعه للغرر فىه و هو جيد، لكن قد يناقش فى اعتبار الكىل و الوزن العامين فىه، ضروره كون المدار فىه على ما يقوم مقام المشاهده فى رفع الغرر فىه، و هو حاصل بهما و بغيرهما مما يتفقان عليه مما لا يتعارف المعامله بهما، و اعتبار الكىل و الوزن فى المسلم فىه فى النصوص مبنى على الغالب مما يعتبر فىه ذلك، أو ما لا ينضب الا بهما، إذ احتمال اعتبار ذلك فى السلم تعبدا و ان ارتفع الغرر بغيرهما بعيد، و ان اقتضاه ظاهر إطلاق بعض الفتاوى، و دعوى- ان التقدير بغير العامين لا يؤمن معه تلفهما فيتعذر معرفه المسلم فىه و يحصل النزاع، بل بذلك يتحقق الغرر و الخطر- يدفعها منع صلاحيه مثل ذلك مانعا من الصحه، مع أنه يمكن فرضه فيما يقطع فىه بعدم التلف. لقصر الأجل و نحوه، أو لضبطه فى صنف يؤمن معه ذلك، كما هو واضح، و الله اعلم.

و كذا الكلام فى الذراع ف يجوز الإسلاف فى الثوب أذرا متعارفه أو ليست متعارفه، إذا كان المسلم فىه تكفى فىه المشاهده لو كان موجودا، و انما المراد بالذرع ضبطه بحيث يقوم مقام المشاهده، و حينئذ فلا يختص المعتاد بل يجوز الإسلاف بالأشبار و نحوها مما يضبط بها و يقوم مقام المشاهده، و كذا الكلام فى كل مذروع بل قد سمعت من الشيخ فى الجلود ما يمكن السلم معه من دون ذلك كله إذا كان المسلم فىه من جمله مشاهده، و ان كان لم يحك عنه اعتباره فى المقام

فلاحظ و تأمل.

و هل يجوز الإسلاف فى المعدود عددا الوجه عند المصنف و الشيخ فى المبسوط و ابنى زهره و إدريس و الفاضل فى التذكرة أنه لا يجوز، لعدم ارتفاع الغرر به لكثرة اختلاف المعدود فى الكبير و الصغر و غيرهما، و الاكتفاء به فى المشاهدة لارتفاع الغرر بها، لا- به، و عليه بنى المنع فى محكى الخلاف فى الجوز و البيض الا- وزنا، خلافا لأبى حنيفة، قال: و أما البطيخ فلا يجوز إجماعا، و عن المبسوط بعد نفي الجواز فى المعدود عددا قال: كلما أنبتته الأرض لا يجوز السلم فيه الا وزنا، ثم نص على المنع فى اللوز و الفستق و البندق.

قلت: التحقيق الجواز فيما لا- يكتر فيه التفاوت بل كان التفاوت فيه يتسامح فيه بالعاده، وفاقا للفاضل فى جملة من كتبه و الشهيدين و غيرهما، لعدم الغرر فتشمله الإطلاقات، بل الوجه الجواز أيضا فيما يكتر فيه التفاوت إذا أمكن ضبط صنف منه بالوصف الذى لا يؤدي الى عزه الوجود لذلك أيضا، و من هنا قال: فى المسالك هنا «الضابط للصحة الانضباط الرافع لاختلاف المثمن، و لعل فيه إيماء الى ما ذكرناه سابقا، و دعوى- أن المعدود جميعه متفاوت تفاوت لا يتسامح فيه، و لا يمكن ضبط صنف منه بالوصف الرافع للجهاله، و لا يؤدي الى عزه الوجود. فليس الا الكيل و الوزن العامان الذى لا عبره بالعدد معهما- واضحه المنع من وجوه.

و على كل حال ف لا- يجوز الإسلاف فى القصب أطنانا و لا- فى الحطب حزما، و لا- فى المجزور جزا و لا- فى الماء قوبا للاختلاف الذى لا يرفعه العد كما أومى إليه الصحيح السارق فى الأخير، و منه يعلم وجه الصحة إذا فرض إمكان الضبط على وجه يرتفع به الاختلاف المزبور، و يقوم مقام المشاهدة فى ذلك، من غير فرق بين الكيل و الوزن العامين و غيرهما. نعم قد يتوقف كما سمعت فى خصوص ما لو كان الضابط شيئا معينا لا يؤمن بقاؤه إلى حين الوفاء، فيؤدي إلى التنازع،

و الى الغرر الذى هو بمعنى الخطر، أما إذا كان الضابط مما يؤمن عليه ذلك لكثرة صنفه أو غير ذلك اتجه الجواز: لإطلاق الأدله، 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. و الله اعلم.

و كذا لا- بد أن يكون رأس المال مقدارا بالكيل العام أو الوزن كذلك إذا كان مما يعتبر فيه ذلك، و لا يجوز الاقتصار فى ذلك على مشاهدته للغرر المنفى (١) فى البيع الشامل للسلم و غيره، و حينئذ ف لا يكفى دفعه مجهولا كقبضه من دراهم و قبه من طعام و

نحو ذلك. خلافا للمرتضى فجوزه مكتفيا بالمشاهده «و لا دليل يعتد به له، بل ظاهر الأدله خلافه، خصوصا ما اعتبر المعلومه فى الثمن من النصوص التى لا تحصل قطعا فى نحو ذلك لا بهما. نعم يتجه الاكتفاء بالمشاهده فيما لا يعتبر فى بيعه غيرها، ضروره عدم الفرق بين ثمن السلم و غيره فى ذلك، فإطلاق المصنف حينئذ غير جيد ان لم ينزل عليه، كما هو واضح.

### [الشرط الخامس تعيين الأجل ]

الشرط الخامس تعيين الأجل.

أى الأجل المتعين، ضروره عدم اختصاص السلم بكون الأجل متعينا ف انه لو ذكر أجلا مجهولا فيه أو غيره من العقود التى يشترط فيها المعلومه كأن يقول متى أردت أو أجلا يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج أو نحو ذلك مما يؤدى الى الجهاله كالدياس و الحصاد كان باطلا بلا خلاف أحده بيننا بل عن نهج الحق و الغنيه الإجماع عليه، و هو الحجه بعد ما دل على نفى الغرر و النبوى (٢) فى المقام كالنصوص المستفيضه (٣) التى لا يقدر فيها أحصيه مواردها

١- ١ الوسائل الباب- ٤٠- من أبواب آداب التجاره الحديث- ٣ الدعائم ج ٢ ص ١٩.

٢- ٢ الجامع الصغير ج ٢ ص ١٦٤ طبع عبد الحميد احمد حنفى.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من أبواب السلف.

لعدم القائل بالفرق فلا بد حينئذ ان يكون المراد اشتراط أصل الأجل أو يكون هو ممن لا يشترط فيه، و حينئذ فالسلم عنده أعم من المؤجل و الحال، كما عساه يومى اليه قوله.

و لو اشتراه سلما حالا فإنه قيل يبطل لعدم الشرط المستفاد من إجماع الغنيه و المحكى عن الشيخ و ظاهر التذكرة، و المحكى عن مجمع البرهان و الكفايه، و النسبه إلى الإماميه فيما عن نهج الحق و

النبوى (١) «من أسلف فليسلف فى كيل معلوم إلى أجل معلوم»

و

خبر سماعه (٢) «سألت عن السلم، و هو السلف فى الحرير و المتاع الذى يصنع فى البلد الذى أنت فيه قال: نعم إذا كان الى أجل معلوم»

و غيره بل قد اشتملت أكثر النصوص على ذكر الأجل و ان لم يكن فى سياق اشتراطه الا انه لا ينكر ظهورها فى ان المعروف من السلم المؤجل، بل لا ينكر انسياق التأخير فيه منه، خصوصا بعد ملاحظه أن مشروعيته للإرفاق بالمحتاجين، فيكون حقيقه فى المؤجل مجازا فى غيره، كما صرح به فى التذكرة.

و قيل يصح سلما للأصل، بعد منع اعتبار الأجل فى مفهومه، كما يومى اليه جعله شرطا عند من اعتبره فيه، و الانسياق المزبور انما هو للغلبه لا لمجازيه و غيره، و الا لم يتم فى الذى أجله يوم أو نصف يوم و نحوهما مما هو سلم حقيقه قطعاً، إذ التحقيق عندنا عدم اعتبار كون الأجل له وقع فى الثمن، للأصل و الإطلاق و غيرهما، خلافاً لأحمد و الأوزاعى و أبى على فاعتبروه و اقله ثلاثه و لا دليل عليه كما انه لا دليل على تحديده فى الكثره، فمنع

من الثلاث سنين للنهى (٣) عن بيعه سنين: المحمول على الكراهه عندنا، و على كل حال

١-١ الجامع الصغير ج ٢ ص ١٦٤ طبع عبد الحميد احمد حنفى.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب السلف- الحديث-٤.

٣-٣ الجامع الصغير ج ٢ ص ١٩٢ طبع عبد الحميد احمد حنفى.

فالمؤجل قليلا- ليس بمنساق قطعاً، و منه يعلم ما فى الاستناد إلى الإرفاق الذى هو الحكمه فى مشروعته، بل لعل المراد من النبوى و ما شابهه اراده بيان اعتبار المعلومه فى الأجل، لا اعتبار أصل الأجل، و كان إطلاقه مبنى على غلبه الأجل فى السلف، بل قلما يقع سلم بدونه، بل ان أرادوا الحال أوقعوه بيعاً لا سلماً، كل ذلك مع استبعاد اعتبار الأجل الذى مع اشتماله على الغرر، يمكن التوافق على إسقاطه فى صحته.

بل هو إذا جاز فى المؤجل ففى الحال أولى، كما أومئ إليه

صحيح ابن الحجاج (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً؟ قال: ليس به بأس، قلت: انهم يفسدونه عندنا قال: فأى شىء يقولون فى السلم؟ قلت: لا يرون فيه بأساً يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان الى غير أجل و ليس هو عند صاحبه فلا- يصلح. فقال: إذا لم يكن أجل كان أحق به، ثم قال: لا بأس أن يشتري الرجل الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل أو حالاً لا يسمى له أجلاً، الا ان يكون بيعاً لا يوجد، مثل العنب و البطيخ فى غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً»

و نحوه آخر (٢) بل ربما كان أظهر منه.

و لعله إليه أشار المصنف بقوله و هو المروى لكن بشرط أن يكون عام الوجود فى وقت العقد و ان كان قد يناقش فى إرادته جواز ذلك سلماً منه الذى يمنعه أبو حنيفة و مالك و الأوزاعى، و يتوهم إرادتهم من لفظ الناس فى كلام الراوى بإمكان إرادته مطلق الشراء حالاً- بل هو الظاهر، و يكون المنع فيه لانه ليس عنده فيندرج فيما دل على المنع عنه (٣) ٢٣١١٠ بل كان الخبر صريح فى ذلك، بل ربما كان فى

١- ١ الوسائل الباب -٧- من أبواب أحكام العقود- الحديث ١-٣.

٢- ٢ الوسائل الباب -٧- من أبواب أحكام العقود- الحديث ١-٣.

٣- ٣ الوسائل الباب -٧- من أبواب أحكام العقود الحديث ٢ و ٥.

كلام السائل إيماء إلى اعتبار الأجل في السلم، اللهم الا ان يرجع

قوله عليه السلام «إذا لم يكن أجل الى آخره»

الى السلم، كما انه يمكن دعوى ظهور ذيله في التسويه بين الحال و المؤجل في كيفية البيع، مضافا الى إطلاق جملة من المعتبره النافيه للبأس عن السلم مع الضبط بالمقدار من دون تعرض للأجل، و لا ينافيها ذكرها في غيرها بعد ان كان المراد من بيانه الفرد المتعارف من السلف، خصوصا مثل النبوى الوارد(١) بلفظ الاستسلاف الذى هو حقيقه في المؤجل مثنى، لا بيع السلم الذى هو عند الفقهاء الذى يقع من البائع مثلا بلفظ بعث و نحوه، فتأمل.

و على كل حال فظاهر المصنف الميل اليه كالفاضل في القواعد حيث انه في بحث اشتراط الأجل قال: «و الأقرب عدم اشتراط الأجل فيصح السلم في الحال، لكن يصرح بالحلول» في التحرير «و لا يشترط في المسلم فيه كونه مؤجلا و يصرح السلم في الحال لكن ليصرح بالحلول، فإن أطلق فالوجه البطلان، سواء ذكر الأجل قبل التفرق أولا، و كذا الشهيد في اللمعه قال: «و الأقرب جوازه حالا مع عموم الوجود عند العقد» و أصرح منه ما في الدروس «الشرط الثالث ان يكون المسلم فيه ديننا لانه موضوع لفظ السلم لغه و شرعا، فلو أسلم في عين كانت يبع، و لو باع موصوفا كان سلما نظرا الى المعنى في الموضعين، و ليس المانع من السلف في العين اشتراط الأجل الذى لا يحتمله العين، لأن الأصح انه لا يشترط الأجل.

نعم يشترط التصريح بالحلول و عموم الوجود عند العقد، و لو قصد الحلول و لم يتلفظ به صح أيضا، و لو قصد الأجل اشترط ذكره، فيبطل العقد بدونه، و لو أطلقا العقد حمل على الحلول» و من الغريب بعد ذلك كله ما في جامع المقاصد حيث فسر عبارته القواعد السابقه، بإرادته وقوع البيع بلفظ السلم، قال: وجه القرب دلالاته

على المراد من البيع، لانه يؤدي معنى إيجابه كما سبق، لان السلم بيع لانه من جمله أفراده، فلا يكون استعمال لفظه في بيع آخر استعمالاً أجنبياً الا انه يجب ان يصرح بالحلول، لان جزء مفهوم السلم التأجيل فلا بد من صارف يصرفه عن مقتضاه، و ذلك هو التصريح بالحلول.

و تبعه على ذلك ثانی الشهيدين في تفسير عباره اللعنه، الا- انه اعترف بعد ذلك بأن الظاهر منها و في الدروس و كثير ان الخلاف مع قصد السلم و ان المختار جوازه مؤجلا و حالا مع التصريح بالحلول، و لو قصدا بل مع الإطلاق أيضا، و يحمل على الحلول و كان الذي أو همهما ذلك حتى انهما فسرا عباره بما يرجع الى النزاع في الصيغه المذكوره سابقا ما في المختلف، فإنه أجاب عما ذكره حجه للشيخ و ابني أبي عقيل و إدريس على اشتراط الأجل في السلم، من النبوى السابق و غيره، باننا نقول بموجبها، فانا نسلم و جوب ذكر الأجل مع قصد السلم، و ليس محل النزاع بل البحث فيما لو تبايعا حالا بحال بلفظ السلم، ضروره ظهوره في ان ذلك ليس محلا للنزاع، بل انما هو فيما يرجع الى الصيغه.

لكنك خير بما فيه بل المحكى عن الشيخ و ابني أبي عقيل و إدريس صريح في ان المراد اشتراط الأجل، و انه يبطل كونه سلما، كما ان العبارات السابقه صريحه في خلافه، و ان نظرهم في تلك العبارات اليه، فلا- داعى إلى تأويل الجميع بما هو مقطوع بفساده عند التأمل، خصوصا بعد ما عرفت من قوه القول بعدم اشتراط الأجل فيه، و أنه يصح سلما فيعتبر فيه حينئذ القبض في المجلس و غيره مما يعتبر فيه. و المراد بالتصريح بالحلول ما يشمل اتفاقهما عليه ضروره عدم مدخليه اللفظ في ذلك.

بل قد عرفت ما في الدروس و الروضه من الصحه مع الإطلاق المحمول على

قصد الحلول، و ان كان قد يناقش فيه بالفرق بين السلم و غيره فى ذلك باعتبار غلبه تعارف استعماله فى المؤجل، فيشكل تنزيل إطلاق عقده عليه مع فرض خلوهما عن قصد الحلول، اللهم الا- ان يراد به وقوع الإطلاق المعلوم فيه عدم إرادته التأجيل و لا الحلول فان التنزيل حينئذ على الحلول شرعى باعتبار تسبب العقد الملك حال وقوعه فيستحق عليه حينئذ المطالبة و الأداء، لا عرفى فلا مدخله لغلبه الاستعمال و عدمها فيه، فتأمل جيدا، و اما اعتبار عموم الوجود فيه فمرجعه الى.

### [الشرط السادس ان يكون وجوده غالبا وقت الحلول ]

الشرط السادس و هو ان يكون وجوده اى المسلم فيه غالبا بحسب العاده وقت الحلول، و لو كان معدوما وقت العقد لصديق قدره على التسليم بذلك، إذا العاديات بمنزله الموجودات، فلا تقدر المعدوميه وقت العقد، و ان كان مقتضى الاستصحاب بقاؤها، بل الظاهر أن ذلك ليس من ملك المعدوم فى شىء، ضروره أن الحاصل بالعقد أنه يملك عليه ذلك، فهو أشبه شىء بالخطاب التعليقى الذى لا قبح فيه، و منه يظهر الفرق بين ملك المعدوم، و المضمون فى الذمه، كما أنه لا فرق بين السلم و غيره فى جواز المعاوضه على المعدوم فى وقت العقد الموجود فى غيره، إذا كان مورده الذمه، فلا- بأس بوقوع ذلك ثمنا لمبيع و نحوه، بل الظاهر أن مرجع هذا الشرط إلى القدره على التسليم الذى لا فرق فيها بين السلم و غيره، و لذا عبر عنه فى الدروس به، فقال: السادس القدره على التسليم عند الأجل فلا يضر العجز حال العقد و لا فيما بينهما، و نحوه عن الكفايه، و فى التذكرة «البحث الرابع إمكان وجود المسلم فيه، مسأله يشترط كون المسلم فيه مسأله يشترط كون المسلم فيه موجودا وقت الأجل ليصح إمكان التسليم فيه، و هذا الشرط ليس من خواص السلم بل هو شرط فى كل مبيع» و ليس مراده من الإمكان الذى عبر به هنا و فى القواعد مجرد الاحتمال قطعا، بل المراد إمكان وجوده عادة، فإن الممكن وجوده عادة هو الذى لا يعز وجوده



و من هنا فرع عليه «انه لو أسلم فى منقطع عند الحل كالرطب فى الشتاء لم يصح، و كذا لو أسلم فيما يندر وجوده، و يقل وقت الأجل حصوله، كالرطب أول وقته، لتعذر حصول الشرط، و لو غلب على الظن وجوده وقت الأجل، لكن لا يحصل إلا بمشقه عظيمه كالقدر الكثير من الرطب فى الباكوره، فالأقرب الجواز، لإمكان التحصيل عند الأجل، و قد التزمه المسلم اليه، خلافا لأكثر الشافعيه» الى آخره و ظاهر الجميع ما قلناه.

و فى مفتاح الكرامه «ان الخلاف و السرائر و المبسوط و التذكره فى موضع منها و التحرير و نهج الحق عبروا عنه بكونه مأمون الانقطاع، و زيد فيما عدا الأولين كونه عام الوجود، و فى الخلاف الإجماع على ذلك، و فى التحرير نفى الخلاف عن الأولين، و فى نهج الحق ان ذلك مذهب الإماميه».

و فيه ان ما حضرنى من هذه الكتب لم يعبروا بذلك فى بيان الشرطيه لأصل السلم بل ذكروا ذلك فى السلف فى خصوص المعدوم، للرد على ابى حنيفه، و ستسمع عبارته التحرير و نهج الحق و السرائر و غيرها، و فى التذكره بعد ان ذكر الشرط بالعبارته التى سمعتها قال: «مسأله يجوز السلم فى كل معدوم ان كان مما يوجد غالبا فى محله، و يكون مأمون الانقطاع فى أجله»، ثم ذكر خلاف أبى حنيفه و ضعفه. نعم فى الوسيله «انما يصح السلف إذا اشتمل على تسعه شروط، وصف المبيع، و بيان النوع، و المقدار بالشىء المعلوم، و بيان الأجل، و ان يأمن انقطاعه المسلف فيه عند محله، و عام الوجود، و تعيين موضع التسليم ان كان لنقله اجره، و مشاهدته رأس المال أو وصفه، و تبين مقداره و قبضه قبل التفرق» و يمكن ان يريد بعام الوجود سنته.

و كيف كان فالمراد على تقدير التعبير عنه بذلك ما ذكرناه أيضا، ضروره كون المأمون انقطاعه الذى يعتاد وجوده، بل كان من أردفه بعموم الوجود أراد تفسيره بذلك، فيرجع الجميع الى معنى واحد، و لذا قال: فى التحرير «يجب كون المسلم فيه عام الوجود عند الحلول

بلا خلاف» و كان الغرض من التعرض الى هذا الشرط الذى لا يختص بالسلم الرد على الثورى و الأوزاعى و ابى حنيفه الذين لم يجوزوا السلم فى المعدوم، و انه يجب ان يكون جنسه موجودا حال العقد الى حال المحل، محتجين بان كل زمان من ذلك يجوز أن يكون محلا للمسلم فيه، بان يموت المسلم اليه فيعتبر وجوده فيه كالمحل، و هو واضح البطلان، بل قول الأصحاب و ان كان معدوما وقت العقد كالصريح فى التعريض به، و من هنا قال فى كشف الحق. «ذهب الإماميه إلى جواز السلف فى المعدوم إذا كان عام الوجود وقت الحلول.

و قال أبو حنيفه: لا يجوز الا ان يكون جنسه موجودا فى حال العقد و الحلول و ما بينهما» الى آخره و هو كالصريح فى ان المراد ما ذكرنا.

و فى السرائر لم يذكر ذلك فى شرائط السلم، و انما قال بعد الفراغ من جملة من احكامه: «و يجوز السلف فى المعدوم إذا كان مأمونا بالانقطاع» و قال فى المقنعه باب البيع المضمون: «و من ابتاع شيئا معروفا بالصفات كان ذلك ماضيا و ان لم يكن الشئ حاضرا وقت الابتاع، فإذا ابتاعه على ما ذكرناه كان فى ضمان البائع حتى يسلمه الى المبتاع، (الى أن قال) و لا يصح بيعه مشروطا من أصله، و لا بأس ببيعه مطلقا بغير اشتراط و المشترط من أصله بيع الحنطة من أرض مخصوصه، و الثمره من شجره بعينها، و السخوله من غنم على حيالها و الزيت من الزيتون الفلانى، و الدهن من السمسم المعين، و الثوب من غزل امرأه مسماه، لان ذلك ربما خالف الصفة، بل هو غير مضمون لجواز فوته، و لا بأس ببيع ذلك مطلقا من غير اضافته الى أصل مخصوص من بين الأصول، بعد ان تميزه بالصفات» الى آخر الباب.

و ليس فى شئ من كلامه تعرض لعموم الوجود و كذلك الشيخ فى النهايه، بل ظاهر إطلاق كلامهما عدم ذلك، و نصهما على المنع مع اشتراط التعيين فى الأرض بعد تعليلهما ذلك بعدم ضمانه ليس مبناه ذلك قطعا كما هو واضح. و كيف كان فمن الغريب تخيل المخالفه من عبارتى القواعد و الدروس لما عند الأصحاب حيث اكتفيا بالإمكان

و القدره، و هما أعم من عموم الوجود و غلبته و اعتياده.

و فيه ما عرفت من ان المراد بالإمكان ذلك- و أما القدره فهى أوضح فى هذا المعنى منه، ضروره عدم إحرازها فى غير العاديات التى لم يعلم حصول القدره عليها، للشك فى أصل وجودها المقتضى للشك فى القدره عليها الذى هو معنى الغرر المنهى عنه، مع انه قد صرح فى الدروس بأنه لو أسلم فيما يعسر وجوده عند الأجل مع إمكانه، كالكثير من الفواكه فى البواكير، فان كان وجوده نادر بطل، و ان أمكن تحصيله لكن بعد مشقه فالوجه الجواز مع إمكانه، و يحتمل المنع لانه غرر.

و كيف كان فلا ريب فى اعتبار هذا الشرط بناء على ذلك إذ صحيح عبد الرحمن (١) و الإجماع

بقسميه و أدله الغرر (٢) و غيرها حجه عليه أما إذا أريد منه أمر زائد على ما فى البيع، و انه لا يجوز السلم فيما يجوز نقله بغيره مما لم يكن عام الوجود و غالبه، كما عساه يوهمه ظاهر بعض العبارات، و بعض الفروع المذكوره، فلا أجد دليلا عليه بل إطلاق الأدله يقضى بخلافه بل شدد النكير المقدس الأردبيلى على اشتراط هذا الشرط، و ادعى ان موثقه عبد الرحمن المتقدمه سابقا داله على خلافه، بل و

صحيح زراره (٣) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل اشترى طعام قريه بعينها فقال لا بأس ان خرج فهو له، و ان لم يخرج كان دينا عليه».

و

خبر خالد بن الحجاج (٤) عن الصادق عليه السلام أيضا «فى الرجل يشتري طعام قريه بعينها و ان لم يسم له طعام قريه بعينها أعطاه حيث شاء»

و كان فى الخبر سقطا الا انه لا يقدر فى الاستدلال، قلت: بل و

خبر الكرخى (٥)، عن أبى عبد الله عليه السلام

- 
- ١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب أحكام العقود- الحديث- ٣.
  - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٠- من أبواب آداب التجاره- الحديث- ٣.
  - ٣- ٣ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب السلف الحديث- ١.
  - ٤- ٤ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب السلف الحديث- ٣.
  - ٥- ٥ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب السلف الحديث- ٢.

«كل طعام اشتريته في بيدر أو طسوج (أى ناحيه) فأبى الله عليه، ليس للمشتري الا رأس ماله، و من اشترى من طعام موصوف و لم يسم فيه قريه و لا موضعا فعلى صاحبه أن يؤديه»

و الجميع كما ترى منافيه للشرط المزبور الذى قد عرفت خلو جمله من العبارات عنه على هذا النحو المذكور فى كلام بعض المتأخرين.

و فى الغنيه «و أما السلم فشرائطه الزائده التى تخصه أربعه، ذكر الأجل المعلوم، و ذكر موضع التسليم، و أن يكون رأس المال مشاهدا، و أن يقبض فى مجلس العقد، بدليل الإجماع من الطائفه، و لانه لا خلاف فى صحته مع تكامل هذه الشروط، و لا دليل على ذلك إذا لم تتكامل» و هو كما ترى قد نفى الخلاف عن الصحه مع هذه الشروط التى ليس منها عموم الوجود فعلم ان مرجعه إلى القدره على التسليم التى لا فرق فيها بين السلم و غيره.

و مما يؤكد ذلك أنه بناء على هذا الشرط و أنه غير القدره على التسليم ينبغى بطلان السلم فيما اتفق انحصاره فى بعض الناس من غله أو قهوه أو إبل أو غنم أو عبيد أو غير ذلك، و ان كان الموجود فعلا عنده كثيرا فليس له أن يبيع شيئا منه مضمونا حالا منه، أو على أنه سلم أو مؤجلا- بساعه مثلا، لاشتراط عموم الوجود و الفرض انتفاؤه، و البديهيه تقضى بفساد ذلك، كاقضاءها فساد دعوى بطلان السلم فى غله بلد بعيدة عن بلد العقد لا يعتاد النقل منها اليه، مع أنك قد سمعت ما فى الدروس من الصحه مع قصد البلد، بل الظاهر الصحه و لو شرط التسليم فى بلد العقد، و عدم عموم وجوده فيه غير قادح بعد أن كان عاما فى بلده، فينقله حينئذ منها مقدمه للتسليم، و لو صرح باشتراط النقل كان أوضح فى الصحه.

نعم يتجه البطلان فيما لو أسلم فى غله لا توجد إلا فى بلد بعيدة لا يعتاد النقل منها على أن يكون المراد هذه الغله فى هذا البلد، ضروره عدم القدره على التسليم و لا يكفى وجودها فى تلك البلاد، و لانصراف عقد السلم عرفا فى غله بلد العقد و ما

قاربها مما يتعارف النقل منها لا مثل ذلك، و لذا لا يكلف النقل من أمثال ذلك فى الآفه مع المشقه و البعد المفرط، و من ذلك كله يظهر لك ما تسمعه من الروضه، 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 الأصحاب، و ستسمع عبارته التذكرة و غيرها فى آخر البحث فتأمل جيدا.

و من ذلك كله يظهر لك ان ما ذكره سابقا من أنه لا يجوز الاستقصاء فى الوصف المؤدى الى عزه الوجود مرجعه الى ذلك عند التأمل، و ان علوه بأن عقد السلف مبنى على الغرر، لانه بيع ما ليس بمرئى، فإن كان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤديا إلى التنازع و الفسخ، فكان منافيا للمطلوب من السلف مع أنه يمكن إرجاعه الى ما قلناه.

و فى المحكى عن الإيضاح تعليقه بأنه لما جل جناب الحق جل شأنه عن التكليف بما لا يطاق، و اقتضت حكمته البالغه عدم خرق العادات غالبا بمجرد ما يرد على العبد من تناقض الإيرادات، أبطل السلم فيما يؤدى الى أحدهما قطعا، و ما تجدد أدائه تجدد بطلانه، قال: فظهر من ذلك أن ما يعز وجوده لا يصح السلم فيه، و بقى ما لا يعز، لكن وجوده أقل فى الأغلب لاستقصاء الصفات و الأقرب فيه الصحه لعدم استلزامه المحال مع إمكانه فى نفسه، و جواز ثبوته فى الذمه، لوجود المقتضى و هو عقد البيع، و انتفاء المانع و هو عزه الوجود، ثم احتمال بطلانه.

قلت: لا- ريب فى ضعف الاحتمال إذا كانت القله بحيث لا تعد المعامله معها سفها، و منه يعلم ما فى القواعد من أن الأقرب جواز اشتراط ما لا يعز وجوده، و ان كان استقصاء كالسمن و الجوده، ان كان مراده البطلان بغير الأقرب. و من هنا قيل أن غير الأقرب الوجوب. و ان كان فيه أنه مساو للاول فى الضعف، أو أضعف إذا فرض

عدم توقف المعلوميه عليه كما هو واضح.

و كيف كان فالظاهر ان مرجع المنع فى عزه الوجود الى فقد هذا الشرط معها لا انه، أمر آخر زائد على ذلك، لعدم الدليل إلا الإجماع المحكى الظاهر فى انه هو الإجماع الذى حكى على هذا الشرط، وقد عرفت أن مرجعه إلى القدره على التسليم التى لا يطمأن بها إلا فى معتاد الوجود، بل لا تخرج المعامله عن كونها سفهيه إلا بنحو ذلك نعم قد اعتبر فى الروضه غلبه وجوده فى البلد الذى اشترط تسليمه فيه أو بلد العقد حيث يطلق بناء على انصرافه اليه عند الإطلاق، أو فيما قاربهما بحيث ينقل إليهما عادة، فلا يكفى الوجود فيما لا يعتاد نقله فى غرض المعامله، بل ينقل هديه و نحو ذلك، ثم ذكر أنه لو عين غله بلد لم يكف وجوده فى غيره و ان اعتيد نقله اليه، و لو انعكس بأن عين غله غيره مع لزوم التسليم شارطا نقله اليه فالوجه الصحه، و ان كان يبطل مع الإطلاق، و الفرق ان بلد التسليم حينئذ بمنزله شرط آخر، و المعتبر هو بلد المسلم فيه.

و كأنه أخذ ذلك مما فى الدروس قال: «و لا يكفى وجوده اى المسلم فيه فى بلد لا يعتاد نقله اليه الا نادرا كالهديه، و لو عين بلدا لم يكف وجوده فى غيره و ان اعتيد نقله، الى ان قال: لو شرط نقل الفاكهه من بلد بعيدة الى بلده قبل وجودها فى بلده صح، و ان كان يبطل مع الإطلاق، و لا يجب عليه السعى فيها، و الفرق بينه و بين البواكير أنها مقصوده عند العقد بخلاف تغاير البلدين، و لو فرض قصد ذلك البلد صح.

و على كل حال فقد يتوهم منه أمر زائد على القدره على التسليم المشترطه فى البيع، ضروره ان المدار فيها على صدقها من غير مدخليه لبلد التسليم و غيره فيجب عليه حينئذ نقله اليه ان لم يكن فيه مقدمه لتسليمه فيه، لا ان الوجود فيه مقدمه لوجوب دفعه، لكن قد عرفت فيما مضى احتمال ارادته ما لا ينافى ما ذكرناه، مع انه قد

يؤيده ما في التذكرة قال: «يجوز ان يسلم في شىء ببلد لا يوجد ذلك الشىء فيه، بل ينقل اليه من بلد آخر لإمكان التسليم وقت الأجل، و كان سائغا كغيره، و لا فرق بين ان يكون بعيدا أو قريبا، و لا ان يكون مما يعتاد نقله إليه أولا، و لا يعتبر مسافه القصر هنا، و هو قول بعض الشافعيه، و قال بعضهم ان كان قريبا صح و ان كان بعيدا لم يصح، و قال:

آخرون ان كان مما يعتاد نقله إليه في غرض المعامله لا في معرض التحف و الهدايا و المصادرات صح السلم و الا فلا، أما لو أسلم في شىء يوجد غالبا في ذلك البلد وقت الحلول، فاتفق انقطاعه فيه و أمكن وجوده في غيره من البلاد، فهل يجب على البائع نقله، الأقرب ذلك مع انتفاء المشقه و عدم البعد المفرط، و لا عبره بمسافه القصر و لا إمكان الرجوع من يومه، الا انه لا يخفى منافاته لأول فروع الروضه إلا مع التأويل.

و في التنقيح «لو كان يوجد في بلد آخر لم يجب نقله، لا مع المشقه و لا مع عدمها إذا كان قد عين البلد، و الا وجب فتأمل جيدا، فإن المسأله من المشكلات»، و كان منشأ الوهم فيها تلك العبارة التي وقعت للرد على ابي حنيفة في السلف في المعدومات، و لكن ينبغي ان يعلم انه لو ذكر بلد المسلم فيه على وجه يكون من صفاته لم يكف وجوده في غيره، و كذا لو أطلق و كان الإطلاق منصرفا الى ذلك على هذا الوجه، اما إذا كان استحقاق السلم من حيث الدينيه، و كان قد اشترط بلدا مخصوصه، أو كان إطلاق العقد مقتضيا ذلك، فلا يعتبر وجوده في ذلك البلد، بل يكفي الإتيان بالكلية الثابت في الذمه على وصفه من اى بلد كان، من غير فرق بين بلد العقد و غيره، و لعل هذا مراد ثانى الشهيدين إذا لم يكن ثم عرف أو قرينه تقتضى اراده غله بلد السلم على وجه الوصفيه، و لو لجهل بحالها و الله العالم.

و كيف كان ف لا بد ان يكون الأجل الذى قد عرفت وجوب تعيينه و أنه لا يجوز ان يكون محتملا للزياده و النقصان معلوما للمتعاقدين مصداقه فلا يكفي انضباطه في نفسه و ان احتمال، الا أنه واضح الضعف، للغرر، و انسياق العلم

عندهما مما اعتبر معلوميته من النص و معقد الإجماع و غيرهما، فلا- يجوز التأجيل بالنيروز بانتقال الشمس الى برج الحمل المسمى بالنيروز، أو برج الميزان المسمى بالمهرجان، و بفصح النصارى و هو عيد من أعيادهم كالسعانيين و الفطير اللذين هما عيدان، من أعياد أهل الذمه، و لا بالأشهر الفرسية كثير ماه أو مرداد ماه، و الروميه كحزيران و تموز، أو غير ذلك، إلا إذا كان يعلمان ذلك مفهوما و مصداقا حتى ترتفع الجهاله.

و لعل إطلاق الفاضل فى التذكرة و القواعد جواز ذلك محمول على صورته علمهما، و ان كان قد يوهم بعض عبارات الأول خلاف ذلك، لكن يقوى ان مراده الرد على بعض من أطلق المنع من العامه كما يومئ ذكره بعد ذلك اعتبار علم المتعاقدين و عدمه، و ربما ظهر من بعض عباراته التوقف فى ذلك، و التحقيق ما ذكرنا. و لا يرد عليه التأجيل بالشهر الهلالى الذى لم يعلم نقيصته و تماميته، للتسامح العرفى فى ذلك و عدم عد مثله جهاله عندهم.

و إذا قال: الى جمادى حمل على أقربهما، و كذا الى ربيع، و كذا الى الخميس و الجمعة بلا خلاف أجده فى الأخيرين، بل و لا اشكال معتد به فيه فى العرف، و كان التعريف فيهما و أشباههما للعهديه، كما ان المجرد منهما من أسماء الأشهر كرمضان و شعبان كذلك أيضا فى الحمل على الأقرب، أما ربيع و جمادى فظاهر التذكرة عدم حملهما على الأقرب، و لعله لتخيل الاشتراك اللفظى، و فيه منع واضح، ضروره أنهما من المشترك المعنوى، إذ معنى الأول كل ثلاثين بين صفر و جمادى فى كل سنه و الثانى كل ثلاثين بين ربيع الثانى و رجب فى كل سنه، فهما حينئذ كخميس و جمعه لليوم المخصوص من كل أسبوع، و من هنا ساوى بعضهم بين الجميع فى الصحه و البطلان، و قد عرفت ان الفهم العرفى على التنزيل على الأقرب فى الجميع و ان اختلفا فى مرتبه الظهور، و هو العمده لا التعليق على الاسم الصادق بحصول الأقرب، لعدم رجوعه بعد التأمل إلى محصل يعتمد عليه.



و تظهر ثمره الحمل فيما لو ماتا و لم يصرحا بالقصد، أو فيما إذا اختلفا بعده فيه فإنه يقدم مدعى الأقرب، بل تظهر أيضا فيما إذا أوقعا العقد غير مستحضرين الأقرب إلا انهما من أهل العرف اللذان يحملانه عليه لو سمعاه، فإنه يحكم بصحة العقد و يحمل على الأقرب، لأن عدم الاستحضار ليس جهاله. نعم لو لم يعلما العرف و أوقعا العقد معتمدين على السؤال عنه بعد ذلك، اتجه البطلان، لما عرفت من أن المدار في رفع الغرر علمهما بذلك، لا مضبوطيته في الواقع، كما هو واضح فتأمل جيدا و الله أعلم.

و يحمل الشهر عند الإطلاق على عده بين هلالين مع الإمكان كما إذا وقع العقد فيما يقال عليه عرفا أنه أول ليله الهلال بلا خلاف أجده فيه، بل ظاهرهم انه المعنى الحقيقي للشهر، بل هو المراد مما في التذكرة من أن الشهر الشرعى ما بين الهلالين، إذ من المعلوم عدم الحقيقة له شرعا، نعم لو تعذر إرادته الهلالى للقريته أو كان العقد فى الأثناء إلى شهر و الفرض اتصال الأجل بالعقد حمل على الثلاثين يوما لأنه المنساق بعد تعذر الحقيقى، فليس هو من المشترك لفظا بينهما لأصالة عدمه، و لا من المشترك معنى، لعدم القدر المشترك بينهما بحيث يطمئن بوضعه لهما، و الاكتفاء بكل منهما فى نحو من أقام سته أشهر، أو إذا قال السيد لعبد أقم فى هذه البلاد شهرا أو غير ذلك يمكن أن يكون لظهور إرادته عموم المجاز كالיום المنكسر فى إقامه عشره أيام، المعلوم انه مع التلفيق ليس يوما حقيقه، كمعلوميه بطلان عدم اعتباره أو احتسابه يوما فليس الا التلفيق، مع دعوى كون المراد من العبارة ما يشمله، و لو من عموم المجاز فتأمل جيدا.

نعم قد يناقش فى الفرض بمنع انسياق الثلاثين منه، ضروره صدق الشهر على ما إذا أكمله بقدر الفائت من الشهر المقبل نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما كما تسمعه فيما لو كان الأجل شهرين فصاعدا و كان العقد فى أثناء الأول، و دعوى اختصاص النزاع فيه دونه

كما هو ظاهر الثانى الشهيدين وغيره، بل لعله ظاهر المتن أيضا لا مستند لها، كما لا يخفى على من لاحظ أدله الطرفين فى المسأله الاتيه فتأمل. اللهم الا ان يقال ان ظاهر الشهرين كونهما على نسق واحد، فإذا كان أحدهما هلاليا نطقا لإمكانه وجب تلفيق الثانى كذلك، بخلاف الشهر الواحد المنكسر.

و لو قال المتعاقدان فى بيان الأجل إلى شهر كذا و كان زمان فاصل بينه و بين ما جعله غايه حل بأول جزء من ليله الهلال، نظرا الى العرف فى خروج الغايه هنا، و ان المراد كون غايه التأخير دخول رجب مثلا اما إذا قال الى شهر و أبهم فالعرف قاض بأن المراد مضى شهر لا الشروع فى مسمى الشهر القاضى بعدم الأجل للسلم حينئذ، ضروره تحقق ذلك بأول لحظه متصله بالعقد، و ليس مبنى الفرق فى هذا الفهم العرفى أن الشهر المبهم اسم لمجموع المده، فلا- يتحقق الا- بعد مضيها، بخلاف رجب الذى يتحقق بأول جزء منه، إذ فيه أن رجب أيضا مجموع المده.

نعم قد يقال ان مبناه ما أشرنا إليه من انه لو كان المراد به ما يراد به من المعين كان السلم بلا أجل، و الفرض اراده المؤجل قطعا، و منه ينقدح وجه الصحه فيما لو فرض التأجيل بالمعين على نحو ذلك، كما لو قال: الى رجب و هو فى أول رجب، فيحمل حينئذ على اراده مضى رجب، و ان كان قد يناقش فيه أولا بأنه لا مانع فيه من حمله على الحلول، بناء على وقوع السلم كذلك، و على القول بعدمه يتجه البطلان كما فى المسالك بفقد شرط الصحه، و مخالفه الظاهر لتحصيل حكم شرعى غير لازم، لان البطلان شرعى أيضا، و لو قال محله فى شهر كذا أو فى يوم كذا بطل، وفاقا للفاضل و الكركى و غيرهما، للجهاله بعدم التعيين، اللهم الا أن يدعى التسامح فى ذلك كالتسامح فى تماميه الشهر و نقصانه، أو يدعى الحلول بأول جزء منهما، كما لو جعل- غايه كما هو المحكى عن مبسوط الشيخ و خلافه، و فيه منع فهم العرف ذلك كمنع المساواه بين التسامحين خصوصا فى الشهر، و لو قال: إلى أول الشهر أو آخره ففى

القواعد احتمال البطلان، لأنه يعبر به عن جميع النصف الأول و النصف الآخر، و فيه أنه مجاز، و الحقيقة أول جزء منه و آخره فالوجه الصحة كما إذا لم يذكر الأول و الله أعلم.

و لو قال الى شهرين مثلا و كان العقد فى أول الشهر عد شهرين أهله لما عرفت من أنه المعنى الحقيقى و إرادته ممكنه، و ان كان قد أوقع العقد فى أثناء الشهر احتسب الثانى هلاليا لإمكانه و أتم من الثالث بقدر الفائت من شهر العقد نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما، حتى لو كان ناقصاً كفى إكمال ما يتم به تسعة و عشرون يوماً لان النقص جاء فى آخره، و هو من جملة الأجل، و الثابت من الأول لا- يختلف بالزيادة و النقصان، و بذلك يكون الشهران هلاليين، و هو ظاهر اللمعه و عن المبسوط انه قواه، و لعله للصدق عرفاً بذلك، و لأنه أقرب إلى مراعاة الحقيقة فيما بقى و فيما مضى و قيل و القائل الأكثر كما فى المسالك يعتبر ما عدا الأول هلاليا لإمكانه و اما هو ف يتمه من الثالث ثلاثين يوماً لانه المنساق بعد تعذر الهلالى حقيقه، ضروره اقتضاء مراعاته اطراح المنكسر فيتأخر الأجل عن العقد، فيتعين اعتباره عددياً، و لا يقدر إتمامه من الشهر المتأخر، دون الذى يليه محافظه على إبقاء الهلالى حقيقه فيه. و لأن الإكمال صادق سواء أكمل من الذى يليه أم من غيره، الا ان الإكمال مما يليه مقتضى لاختلال الهلالى فى الآخر مع إمكانه، فيتعين الثانى و لا محذور فيه، بعد أن كان جميع الأجل بحكم واحد، فلم يكن المتخلل لشيء آخر فتأمل.

و لذلك و غيره قال المصنف و هو أشبه وفاقاً للفاضلين و الشهيدين و المحكى عن المبسوط و غيره، لكن زاد فى الاستدلال فى المسالك بأن الأجل إذا كان ثلاثه أشهر مثلاً فبعد مضى شهرين هلاليين و ثلاثين يوماً ملفقه من الأول و الرابع يصدق انه قد مضى ثلاثه أشهر عرفاً، فيحل الأجل و الا كان أزيد من المشترك و بأنه إذا وقع

العقد فى نصف الشهر مثلا و مضى بعده شهران هلاليان يصدق انه مضى من الأجل شهران و نصف، و ان كانت الثلاثة ناقصه، و هذا أمر ثابت فى العرف حقيقه، فيكفى إكمالها خمسه عشر يوما لصدق الثلاثة معها، و فيه انه لم يظهر لنا وجه معتد به لتغيير المثال بالشهرين إلى الثلاثة مع انهما سواء فى الصدق العرفى، و قوله (و الا-) الى آخره لا- يتم فى نفي احتمال اعتبار إتمامه هلاليا، ضروره عدم اقتضائه أزيد من المشترك كما هو واضح، و ظاهر القائل باعتباره ثلاثين يوما عدم اكتفائه بالنصف الناقص، و من هنا كان يلزم على هذا القول انه لو جعل الأجل ثلاثة أشهر مثلا و وقع العقد فى صفر بعد مضى ساعتين و جاء ناقصا، فإنه يكمل من جمادى الأولى يوما و ساعتين فيحصل من ذلك ثلاثة أشهر هلاليه زائده يوما و ساعتين و العرف واضح الصدق بدون ذلك.

و اما القول بانكسار الجميع الذى نفي عنه البعد فى المختلف بل حكى عن أحد قولى المبسوط، فهو و ان احتج له بأن الأيام الباقية من الشهر المنكسر اما ان لا تحسب من أحدهما أو من الثانى و كلاهما محال، فليس الا احتسابها من الأول، و حينئذ لا يعقل دخول الثانى حتى يتم الأول مما يليه فينكسر حينئذ و هكذا، لكن قد يناقش فيه أولا بعدم اعتبار الهلالى فى الممكن منه، و قد عرفت ما يعين التلفيق من الأخير، و أنه لا محذور فيه، و ثانيا بأنه تقتضى بناء على اعتبار الجميع ثلاثين يوما زياده ثلاثة أيام مثلا لو فرض كون الأجل ثلاثة أشهر و اتفق نقصانها، اللهم الا ان يريد انكسارها جميعا و اعتبارها هلاليه بإتمام كل منهما بقدر الفائت منه.

و فيه حينئذ منع صدق تمام الشهر عرفا لو كان ناقصا بإتمامه أربعة عشر يوما و نصف من الشهر الآخر، و من ذلك ينقذ الضعف فى القول الأول، و لعل القول بإتمامه هلاليا بأن يؤخذ نصف الهلالى الثانى مكملًا به الشهر الأول و ان كان ناقصا أولى فى الصدق العرفى الا انه لما كان الثانى غير معلوم هلاله ناقصا أو تاما، و كان الأصل عدم خروج الهلال و الأصل عدم الحلول، و جب الاقتصار فى نصفه قبل ان يتبين على الخمسه عشر، و هكذا

الثالث و الربع، و نحوه لو كان الأجل نصف الشهر المعين.

و من ذلك كله يظهر لك ان الاحتمالات خمسه أو أزيد. و بعضها أقوال، و لعل الاولى من ذلك الإحالة على أقل ما يصدق عليه العرف و ربما اختلف فتأمل جيدا و الله اعلم، و لو قال الى يوم الخميس، حل بأول خميس و أول جزء منه لما عرفته سابقا إذ لا فرق بينه و بين الشهر المعين و كيف كان ف لا يشترط فى صحه السلم ذكر موضع التسليم على الأشبه الأشهر بل المشهور نقلا- ان لم يكن تحصيلا و لو كان فى حمله مؤنه و لو كان العقد فى مكان من قصدهما أو أحدهما مفارقتة، لإطلاق الأدله الوارده فى معرض البيان المؤيده بعدم ظهور مانع سوى تخيل تفاوت الأغراض بذلك، تفاوتا يختلف فيه الثمن فى الجميع أو فى بعض الأحوال و هو واضح الفساد، ضروره عدم اقتضاء ذلك الاشتراط إذا لم يكن عدمه مؤديا إلى جهاله فى الثمن و المثلث.

و من هنا لم يجب الاستقصاء فى الوصف و ان اختلف الثمن به و لا ريب فى عدم الجهاله عرفا بترك ذكر موضع التسليم، إذ هو أمر خارج عن المبيع فالمكان حينئذ كالزمان لا- يجب التعرض له فى رفع الجهاله، و الا لوجب فى النسيئه و نحوها، و دعوى الخروج بالإجماع كما ترى، و له المطالبه به حيث شاء، الا إذا كان هناك عرف يقتضى الانصراف الى مكان مخصوص فيتبع حينئذ. إذ هو حينئذ كالمشروط كما هو ظاهر الأصحاب فى المقام، و نحوه من العقود التى تنصرف إلى إرادته التسليم فى بلد العقد و ان كان للنظر فيه مجال، خصوصا إذا كان قد وقع العقد مؤجلا، و فى مكان من قصدهما أو قصد أحدهما مفارقتة.

و على كل حال فذلك بحث آخر خارج عما نحن فيه، فلا يقال انه لا ينافى القول بالاشتراط المبني قطعا على عدم الانصراف، ضروره انه غير متجه بناء على الانصراف، لارتفاع الجهاله المقتضيه للاشتراط بذلك، إذ الظاهر أن القول بعدم ليس مبناه الانصراف الذى قد يفقد، كما إذا كانا فى مكان من قصدهما مفارقتة أو غير ذلك، بل

مبناه ما ذكرنا من عدم قرح مثل هذه الجهاله بعد أن لم تكن فى الثمن و المثنى فتأمل.

و كيف كان فقد ظهر لك ضعف القول باشرطه مطلقا الذى اختاره فى الدروس، بل نسبه بعضهم الى الخلاف، و ان كان المحلى من عبارته غير ظاهره فى ذلك قال:

«إذا كان السلم مؤجلا فلا بد من ذكر موضع التسليم، فان كان فى حملة مؤنه فلا بد من ذكره، الى ان قال: الصحيح أنه يجب ذكر الموضع و المؤنه. دليلنا طريقه الاحتياط لأنه إذا ذكر الموضع و المؤنه صح السلم بلا خلاف، و إذا لم يذكرهما لا دليل على صحه هذه» و فى التحرير نسب اليه ما عن المبسوط الذى قواه الكركى من التفصيل بين ما يكون لحملة مؤنه فيجب، أولا يكون كذلك فلا يجب. و وجهه كسابقه، و جوابه يظهر مما ذكرنا، بل فى السرائر انه لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، و لا ورد به خبر عن أئمتنا عليهم السلام، و انما هو أحد قولى الشافعى اختاره شيخنا، الا تراه فى استدلاله لم يتعرض لإجماع الفرقه، و لا أورد خبرا فى ذلك.

و من القريب مناقشته فى المختلف بأنهم نصوا على اشراط الوصف و هو يتناول المكان، لأن الأين من جملة الأوصاف اللاحقه للماهيه، فتكون الأخبار داله عليه، ضروره عدم اراده ذلك من الوصف المعتبر فى المسلم فيه الذى قد عرفت أن اعتباره لرفع الجهاله التى لا فرق بين السلم و غيره، و فرض احتياج الحمل الى المؤنه لا يوجب التعيين، خصوصا مع انصراف العقد بناء عليه، بل و ان لم ينصرف إذا المرجع حينئذ فى ذلك الى الشرع، و لعل قواعده تقتضى وجوب الحمل الى المسلم، لانه يستحق التسليم على المسلم اليه من حيث المعاوضه، فيجب الحمل حينئذ مقدمه إلا إذا استلزمت قبحا يسقط التكليف بها معه، و يحتمل عدم الوجوب، للأصل فيبقى فى ذمته على نحو الامانه.

و اما التفصيل بين ما كانا فى مكان من قصدهما أو أحدهما مفارقتة، بريه كان أو غيره، و عدمه فيجب التعيين فى الأول، دون الثانى و هو القول الرابع فكان مبناه

عدم انصراف العقد حينئذ، فيتحقق الجهالة، وفيه ما عرفت. و منه يظهر ضعف القول بالتفصيل بين ما كان في حمله مؤنه أو كانا في مكان من قصدهما مفارقه و عدمهما، فيجب مع واحد منهما، و لا يجب مع عدمه، و حينئذ فالأقوى ما عرفت، و حينئذ يكون كالحال الذى قطع فى المسالك بعدم الاشتراط فيه، و انه ليس محلا للخلاف فيكون حينئذ كغيره من البيوع يستحق المطالبه به فى محل العقد أو فى محل المطالبه إن فارقاه هذا.

و فى المسالك ان المعتبر فى تشخص المكان ذكر محل لا يختلف الحال فى جهاله و أجزاءه عرفا كالبلد المتوسط فما دونه، و القطعه من الأرض كذلك، بحيث لا- يفرق بين أجزائها و لا- يحصل كلفه زائده فى جهه منها دون جهه. لا مطلق البلد، و لا الموضع الشخصى الصغير، و فيه انه يمكن القول بصحة الأول بناء على عدم اشتراط موضع التسليم، بل و الأخير إذا كان فيه غرض معتد به، لعموم

«المؤمنون عند شروطهم»(١)

و قد يدفع الأول بأنه و ان قلنا بعدم الاشتراط الا انه مع التعرض له تجب المعلومه

لأنه إذا كان مجهولا أفسد العقد، باعتبار عود جهالته الى غيره بخلاف ما إذا لم يتعرض له كما انه قد يدفع الثانى بأن الفرض فيه عدم الغرض المعتد بها و الأمر سهل.

### [المقصد الثالث فى احكامه و فيه مسائل ]

#### اشاره

المقصد الثالث فى احكامه و فيه مسائل

### [المسأله الأولى إذا أسلف فى شىء لم يجز بيعه قبل حلوله ]

الأولى: إذا أسلف فى شىء لم يجز بيعه قبل حلوله لا لعدم ملكيته قبل الأجل ضروره عدم مدخله فيها. إذا العقد هو السبب فى الملك، و الأجل انما هو للمطالبه، و لا لعدم قدره على التسليم إذ من المعلوم انها فى المؤجل عند الأجل. و لا لغير ذلك من

الأمر المعلوم بطلانها- بل للجماع المحكى فى التنقيح و ظاهر الغنيه و جامع المقاصد و غيرهما و عن كشف الرموز ان لم يكن محصلا، بل لعله كذلك و لا يقدر ظاهر ما فى الوسيه قال: «و إذا أراد أن يبيع المسلف ما أسلف فيه من المستسلف عند حلول الأجل أو قبله بجنس ما ابتاعه بأكثر مع الثمن الذى ابتاعه لم يجوز و من باع بجنس غير ذلك جاز» بعد سبقه بالإجماع و لحوقه به فضلا عن خلاف بعض متأخرى المتأخرين فى ذلك لعمومات البيع و نحوها، مما لا يخفى على أصاغر الطلبة فضلا عن رؤساء الدين و المحامين عن شريعته سيد المرسلين.

و أما انه يجوز بعد حلوله و قبضه، فلا- خلاف فيه و لا- اشكال، بل الأقوى الجواز و ان لم يقبضه على من هو عليه و على غيره بجنس الثمن و مخالفه بالمساوى له أو بالأقل أو بالأكثر ما لم يستلزم الربا، سواء كان المسلم فيه طعاما أو غيره مكيلا أو موزونا أو معدودا أو غيره، لإطلاق الأدله و عمومها، و خصوص

مرسل أبان (١) عن الصادق عليه السلام «فى رجل يسلف الدراهم فى الطعام إلى أجل فيحل الطعام، فيقول: ليس عندى طعام، و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه فقال: لا بأس بذلك»

و

موثق ابن فضال (٢) «كتبت الى ابى الحسن عليه السلام الرجل يسلفنى الطعام فيجىء الوقت و ليس عندى طعام، أعطيه بقيمته دراهم، قال: نعم»

و

خبر على بن محمد (٣) «قال: كتبت اليه رجل له على رجل تمر أو حنطه أو شعير، فلما تقاضاه قال: خذ بما لك عندى دراهم، أ يجوز ذلك أم لا فكتب عليه السلام: يجوز ذلك عن تراض منهما»

و

خبر العيص بن القاسم (٤) عن الصادق عليه السلام «قال: سألته عن رجلا أسلف رجلا

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب السلف- الحديث- ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب السلف- الحديث- ٨.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب السلف الحديث- ١١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب السلف الحديث- ٦.



دراهم بحنطه حتى حضر الأجل لم يكن عنده طعام، و وجد عنده دوابا و رقيقا و متاعا أ يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال: نعم يسمى كذا و كذا بكذا و كذا صاعا»

بناء على ان المراد بذلك كله خصوصا الأخير البيع لا الوفاء بدونه، و قصورها سندا أو دلالة منجبر بالشهره المحكيه و المحصله، كما أن اختصاص مواردنا بالبيع على من له عليه غير قاذح بعد تتميمه بما فى الرياض من انه لا قائل بالفرق بين الطائفه.

و ان كان قد يناقش بما فى التنقيح من الإجماع على صحه بيع السلم بعد حلوله قبل قبضه على من هو عليه، اما على غيره ففيه خلاف، قال الشيخ يصح، و منعه ابن إدريس و هو كذلك، لأنه فى السرائر فى باب السلم بعد ان حكى عن الشيخ الجواز مطلقا قال:

قد حررنا القول فى بيع الدين و قلنا: انه لا- يجوز الا- على من هو عليه، و شرحناه و أوضحناه فى باب الديون بما لا طائل فى إعادته، فجعل ما نحن فيه من جزئيات تلك المسأله و كيف كان فى الرياض انه قد خالف فى ذلك الشيخ فى التهذيب حيث منع من البيع بالدراهم إذا كان الثمن الأول كذلك، ل

خبر على بن جعفر(١) قال «سألته عن الرجل له على الآخر تمر أو شعير أو حنطه يأخذ بقيمته دراهم قال: إذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذى اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم»

قال: و ضعف سنده يمنع من العمل به مع احتمال. ككلام التهذيب الحمل على صورته التفاوت بالزيادة و النقيصه، كما فهمه الجماعه، و لذا لم ينسبوا اليه القول الأول بالمره، بل نسبوه الى هذا القول و له فيه موافق من الطائفه، كالاسكافى و العماني و القاضى و ابن حمزه و الحلبي و ابن زهره، و ادعى فى الدروس انه مذهب الأكثر، و عن الحلبي دعوى الإجماع عليه، و هو ظاهر الغنيه. و اختاره جمع من تأخر.

قلت: بل هو مال إليه فى الرياض للإجماع المحكى و النصوص المستفيضة

ك

صحيح محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قال: أمير المؤمنين عليه السلام من اشترى طعاما أو علفا إلى أجل، فإن لم يجد شرطه و أخذ ورقا لا محاله قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله لا يظلمون و لا يظلمون»

و

صحيحه الآخر (٢) عنه أيضا «قال:

قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعطى رجلا ورقا في و صيف إلى أجل مسمى، فقال له صاحبه: لا أجد لك و صيفا خذ مني قيمته و صيفك اليوم ورقا فقال: لا يأخذ الا و صيفه أو ورقه الذي أعطاه أول مره و لا يزداد عليه شيئا».

و

صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام «انه سئل عن الرجل يسلف في الغنم ثيان و جذعان و غير ذلك الى أجل مسمى قال: لا بأس ان لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها و يأخذ رأس ماله ما بقى من الغنم دراهم»

و

صحيح يعقوب بن شعيب (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلف في الحنطة و التمر بماءه درهم فيأتي صاحبه حين يحل الذي له فيقول: و الله ما عندي إلا نصف الذي لك فخذ مني ان شئت بنصف الذي لك حنطه و بنصفه ورقا فقال: لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه».

و فيه ان الإجماع المحكى موهون بمصير أكثر المتأخرين إلى خلافه، بل ادعى جماعه كما قيل عليه الشهره مع ان الموجود في الغنيه «إذا حل جاز بيعه من المسلم اليه بمثل ما نقد فيه و بأكثر منه من غير جنسه، و من غير المسلم اليه بمثل ذلك. و أكثر منه من جنسه و غيره بدليل إجماع الطائفه، و ظاهر القرآن، و دلالة الأصل الا ان يكون المسلم فيه طعاما فان بيعه قبل قبضه لا يجوز إجماعا على ما قدمناه».

و هو صريح في التفصيل بين بيعه على من هو عليه، و على غيره كظاهر ما سمعته سابقا من الوسيله، و المحكى من عباره أبي الصلاح في المختلف خال عن الإجماع،

١-١ الباب - ١١- من أبواب السلف الحديث ١٥.

٢-٢ الباب - ١١- من أبواب السلف الحديث ٩.

٣-٣ الباب ١١- من أبواب السلف الحديث ١.

٤-٤ الباب ١١- من أبواب السلف الحديث ١٦.

و ظاهر فى غير المنقول عنه، قال: العقد يقتضى تسليم المعجل و تأخير المؤجل، و تسليمه عند حلول أجله سواء كان التأخير مشروطا فى البيع أو الثمن فإذا حل و لم يكن عنده عين ما عقد عليه، فعليه إحضاره، و يصح اقام العروض عنه من غير جنسه، و لا يجوز له ابتياعه من مستحقه بمثل ما باعه منه فى الجنس و لا بزياده عليه نقدا، و لا نسيئه و لا نقله الى سلف آخر، و يجوز له ابتياعه بغير ما قبضه منه نقدا، و هو كما ترى ظاهر فى المنع حتى بالمماثل.

نعم حكاه عنه فى المختلف أيضا أنه قال بعد كلام طويل: و لا يجوز لمن أسلم فى متاع أن يبيعه من مستسلمه و لا غيره قبل أجله، فإذا حل أجله جاز بيعه منه بمثل ما نقد، و أكثر منه من غير جنسه، و من غير المستسلم بمثل ذلك و أكثر منه من جنسه و غيره، و هو كالغنيه و الوسيله، و لعل حجته على التقدير الأول خبر على بن جعفر (١) السابق فإنه قد اعترف فى المختلف بدلالته على ذلك. فكان نسبه هذا القول إليه أولى مما فى الرياض من نسبه الى تهذيب الشيخ كما سمعت، مع أن المحكى من عبارته التهذيب فى المختلف صريحه

فى خلافه، و لذا لم ينسبه اليه فيه، بل جعله من القائلين بالمنع من الزيادة فلاحظ و تأمل جيدا.

نعم قد حكى عن مبسوطه فى المختلف أنه قال إذا حل عليه طعام بعقد السلم فدفغ 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 الأجنبى إجماعا، و حكى عنه أيضا أنه لو كان له طعام من سلف و عليه مثله من سلف آخر فأحاله بما عليه لا يجوز، لان بيع السلم لا يجوز قبل القبض إجماعا، و ظاهره عدم الجواز قبل القبض مطلقا، و حينئذ تكون الأقوال سته أو سبعة، و الصحيح منها ما ذكرناه.

و المراد من خبر محمد بن قيس (١) بعد الإغضاء عن الاضطراب فى متنه على ما فى التهذيب و غيره أن المسلم إذا لم يوجد شرطه لآفه فى المسلم فيه أو لعدم مطالبته به الا بعد انقطاعه، و لم يرد الانتظار الى زمن حصول شرطه بل أراد الورق، فليس له أن يأخذ إلا رأس ماله، لا يظلم و لا يظلم، فيفسخ العقد حينئذ و يسترد الثمن، لا أن المراد بيعه عليه برأس ماله و كذا صحيحه الآخر، و مما يؤيد ذلك أن الخصم لا يعين ذلك عليه فى مفروض البحث، إذ يجوز له عنده بيعه بغير الجنس بما يساوى الثمن أضعافاً مضاعفة، من

أن الخبر قد تضمن أنه ليس له الا ذلك كما هو واضح.

و أما صحيح الحلبي (٢) فلا دلالة فيه أصلاً ضروره عدم البأس فيما تضمنه بعد التراضى منهما، مع أنه لم يعلم أن رأس مال المسلم فيه دراهم، و لا تعرض فيه للزياده و النقيصه و بالجمله هو غير ظاهر فى إرادته البيع و صحيح يعقوب (٣) يمكن حمله على إرادته السؤال عن جواز الفسخ فى البعض و لو مع التراضى، فأجابه عليه السلام بأنه لا بأس به إذا أخذ منه كما أعطاه حتى لا يترتب عليه الربا، لا أن المراد أن بيعه عليه بذلك، إذ لا يتصور ترتب الربا عليه بعد أن كان فى ذمه المسلم إليه الحنطه و التمر أو غير ربوى كالإبل و نحوها، لا الدراهم التى هى ثمنهما.

و منه يعلم أنه لا وجه للإشارة بآيه الربا الى ذلك فى الخبر الأول، و أنه لا بد من حمله على ما قلنا، و بذلك يظهر لك ضعف هذه عن الأدله المعارضه لها من الأصل و العمومات، و خصوص النصوص السابقه التى قد يناقش فيها بأن ما فيها من الوفاء لا البيع، فلا تدل على المطلوب فيها أيضاً، لكن لا يخفى بعد إمكان منع هذه المناقشه فيها بظهورها سيما بعضها فى غير ذلك أن الأصول و العمومات كافيه فى الصحه، فميل الفاضل فى الرياض الى القول بعدم الجواز فى البيع بالجنس مع الزيادة فى غير محله قطعاً.

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب السلف الحديث- ١٥.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب السلف الحديث- ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب السلف الحديث- ١٦.

و أما البيع بغير الجنس زاد أو نقص فلا خلاف في جوازه، و في المختلف أنهم قد أجمعوا عليه، و في الرياض «أنه لا ريب فيه و في البيع بالجنس مع عدم الزيادة فتوى و روايه» قلت: قد سمعت كلام أبي الصلاح و ان كان لا ريب في ضعفه، و على كل حال فقد ظهر لك قوه القول بالجواز مطلقا، كما أنه قد ظهر لك بمقتضى إطلاق الأدله و خصوص بعضها عدم الفرق في ذلك بين كون المسلم فيه مكيلا- و موزونا و بين غيرهما، و لا- بين كونه طعاما و غيره، فما سمعته من الغنيه هنا من الإجماع على عدم الجواز في الطعام في غير محله، و لعل مبناه ما تقدم سابقا في مبحث القبض من قول بعضهم بالمنع عن بيع المبيع إذا كان مكيلا أو موزونا قبل قبضه، و من آخرين منهم ابن زهره في خصوص الطعام منهما.

لكن قد تقدم لك هناك ضعفهما و ضعف غيرهما، مع أنه يمكن القول به هنا و ان لم نقل به هناك، للأدله الخاصه الحاكمه على غيرها، و خصوص مواردنا بمن عليه غير قاذح بعد عدم الدليل الصالح للفرق، بل لو لا التسامح في دليل الكراهه لأمكن المناقشه في ثبوتها في الطعام، فضلا عن مطلق المكيل و الموزون، و فضلا عن غيرهما كما هو مقتضى إطلاق قوله في المتن على كراهه لعدم الدليل.

بل لعل ظاهر أدله المقام عدمها في المبيع على من هو عليه، لكن للتسامح فيها يمكن القول بها، و لو لاحتمال الاندراج فيما تقدم في ذلك المقام، و للخروج عن شبهه الخلاف في الطعام، و الإجماع المدعى عليه هنا، و لغير ذلك و على كل حال فقد اتضح بذلك كله أنه يجوز بيعه قبل قبضه بأزيد من رأس المال أو انقص.

و كذا يجوز بيع بعضه كذلك و توليته و توليه بعضه و الشركه فيه و في بعضه لعدم الفرق بين الجميع في مقتضى بعض الأدله السابقه، خلافا للمحكي عن الشافعي فلم يجوز للمسلم أن يشرك غيره في السلم. فيقول له شاركني في نصفه بنصف الثمن و لا أن يوليه، فيقول ولني جميعه بجميع الثمن، و نصفه بنصف الثمن لأنها معاوضه في المسلم فيه

قبل قبضه، فلم يجز كما لو كانت بلفظ البيع، و هو كما ترى، لا يقال ان إطلاق الأصحاب هنا الجواز مبني على ما ذكره في باب القبض من منع بيع المبيع قبل قبضه إذا كان مكيلا- أو موزونا أو إذا كان طعاما خاصه، أو إذا لم يكن البيع توليه على اختلاف الأقوال السابقه و كان الإطلاق هنا لرفع المنع من حيث كونه ديناً، لا مطلقاً، فيبقى المنع من حيث كونه مبيعا قبل قبضه على البحث السابق فيه، كما هو صريح الكركي و ثاني الشهيدين.

لأننا نقول: أولا- قد بان لك في ذلك المبحث ضعف الجميع، و ان الأقوى القول بالجواز مع الكراهه هناك، و ثانيا أنه يمكن الفرق بين المسألتين باعتبار الأدله الخاصه هنا كما جزم به المحدث البحراني في حدائقه فقال بالمنع هناك و بالجواز هنا، محتجا باختلاف موضوع المسألتين في نصوص المقامين لاتفاقها هنا على البيع على من عليه و هناك على البيع على غيره.

قلت و ربما يؤيده ملاحظه بعض كلماتهم في المقامين، و لو لا خوف الاطناب- و أنه لا فائده مهمه في ذلك، إذ 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 فلاحظ و تأمل، و الأمر سهل و كيف كان ف لو قبضه ثم باعه زالت الكراهه و هو واضح و الله أعلم.

### [المسأله الثانيه إذا دفع المسلم اليه دون الصفه و رضى المسلم صح و برى ء]

المسأله الثانيه لا خلاف في أنه إذا دفع المسلم اليه المسلم فيه دون الصفه أو المقدار المشترطين فيه لا يجب على المسلم قبوله، و ان كان أجود من وجه آخر لانه ليس نفس حقه مع تضرره به و لو رضى المسلم به صح و برى ء المسلم اليه مما كانت ذمته مشغوله به سواء شرط المسلم اليه ذلك لأجل التعجيل إذا كان قد دفعه قبل الأجل أو لم يشترط (١١) بل في الغنيه يجوز التراضي على تقديم الحق عن أجله بشرط النقص منه، بدليل الإجماع و

قال: أبو بصير(١)«سألت

أبا عبد الله عليه السلام عن السلف في الحيوان قال: ليس به بأس قلت: أ رأيت ان أسلم في أسنان معلومه، أو شىء معلوم من الرقيق فأعطاه دون شرطه أو فوجه بطيبه النفس قال: لا بأس»

و

معاويه (١) «سألته أيضا عن الرجل أسلف في وصفاء أسنان معلومه و غير معلومه، ثم يعطى دون شرطه فقال: إذا كان بطيبه نفس منك و منه فلا بأس».

و

الحلبى (٢) «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم في وصفاء أسنان معلومه و لون معلوم ثم يعطى دون شرطه أو فوجه؟ فقال: إذا كان عن طيبه نفس منك و منه فلا بأس»

و

سأل يعقوب بن شعيب (٣) أبا جعفر أو أبا عبد الله عليهما السلام «عن الرجل يكون لى عليه جله من بسر فأخذ منه جله من رطب مكانها: و هى أقل منها قال: لا بأس قال: قلت:

فيكون لى عليه جله من بسر فأخذ مكانها جله من تمر و هى أكثر منها قال: لا بأس إذا كان معروفا بينكما»

الى غير ذلك من النصوص الداله على الجواز مع التراضى المؤيده بأنه لا بأس فى إسقاط حقه من الوصف و من المقدار و غيرهما مما اشترطه.

و من هنا صرح غير واحد بعدم البأس مع التراضى لو دفع له غير الجنس أيضا و هو جيد الا أن الظاهر كون الفرق تحقق الوفاء بنفس المدفوع الفاقد للوصف الذى اشترط فى المسلم فيه، زائدا على ما ارتفع به الجهاله من الوصف، بل و كذا ما ارتفع بها منه، لانه بعد إسقاط الحق من الوصف المشترط يصدق المسلم فيه حينئذ على المدفوع، بخلاف ما إذا كان المدفوع من غير الجنس، فان تحقق الوفاء به كالمعاوضه و قد يحتمل قويا كون الجميع كذلك، خصوصا إذا كان الوصف مما ارتفع به الجهاله، والاتحاد فى الجنس غير كاف، ضروره عدم صدق المسلم فيه على الجاريه السوداء المدفوعه عوض البيضاء التى هى المسلم فيها، و انما هو تراض على المعاوضه بذلك فتأمل جيدا فإنه قد تترتب ثمرات على ذلك.

١-١ الوسائل الباب-٩- من أبواب السلف- الحديث-٤.

١-٢ الوسائل الباب-٩- من أبواب السلف- الحديث-١.

١-٣ الوسائل الباب-٩- من أبواب السلف- الحديث-٧.



منها- وجوب الدفع مع رضا صاحب الحق بما هو دون الوصف على الأول، بخلاف الثاني، وربما يفرق بين الأوصاف، فلا يجب فيما كان منوعا منها دون غيره الذى يراد منه ثبوت الاستحقاق لذى الوصف، ثم على تقدير الوجوب فى الأول الظاهر بقاء استحقاقه المطالبه أيضا بالفرد الأول، و مجرد رضاه بدون قبض لا يسقط استحقاقه الأول، إذ هو ليس كحق الخيار و الشفعه. و حينئذ فيكون مراد المصنف و غيره بالبراءه مع الرضا فى صورته ما لو قبضه راضيا به عوض الحق، لا المراد سقوط حقه بمجرد الرضا. و ان رجع قبل القبض مع احتمالته و ان كان بعيدا و ان أتى المسلم اليه ب المسلم فيه على مثل صفته التى اشترطت وجب على المسلم مع عدم العذر قبضه أو إبراء المسلم اليه مما اشتغلت ذمته كما تقدم الكلام فى ذلك و فى أنه لو أبى المسلم عنهما قبضه الحاكم إذا سأل المسلم اليه ذلك مفصلا فى بحث النقد و النسيئه فلاحظ و تأمل و أما لو دفع فوق الصفه بمعنى الجامع للأوصاف المشترطه عليه مع زياده أو الفرد الأعلى من مصداق الصفه و جب قبوله (١١) بلا خلاف معتد به و لا اشكال لتحقق المسلم فيه بذلك، ضروره عدم منافاه الزياده فهو حينئذ من المسأله السابقه.

و اشتراط طيب النفس منهما فى النصوص السابقه لدفع دون الشرط أو فوقه، يراد منه التوزيع لغبه عدم رضا المسلم اليه بالفوق و المسلم بالدون فبين عليه السلام «أنه لا بأس بكل منهما مع الرضا من كل منهما» نعم لو دفع ذا الصفه الحسنه عوض ذى الصفه الرديه المشترطه من النوع الواحد و لعله غير المراد هنا من عبارته- اتجه عدم الوجوب، كما عن الأردبيلي للأصل و لانه قد يتعلق له الغرض بما اشترطه، و للمنه إذ الفرض استحقاق الردى لا غير، و لغير ذلك، لكن هذا إذا لم يكن المراد من عبارته الشرط أن المسلم فيه هذا فما فوقه، لا انه هو لا غير، فإنه يجب القبول حينئذ و عليه بنوا وجوب قبول الجيد المدفوع عن الأردى كما سمعته فيما تقدم.

و على كل حال لو دفع المسلم إليه أكثر من المقدار المطلوب منه لم يجب قبول الزيادة للأصل و للمنه التي لا- يخفى ما فى تحملها من المشقة، لعدم استحقاق الزيادة، و بذلك افتراق هذا عن السابق الذى هو من أفراد المسلم فيه و ان لم يكن للمسلم الإلزام به، و

صحيح الحلبي (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «أنه سئل عن الرجل يسلم فى الغنم ثينان و جذعان و غير ذلك الى أجل 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: و الأكسيه أيضا مثل الحنطه و الشعير و الزعفران و الغنم»

مع احتمال إرادته رأس المال من الشرط فيه الذى لو أخذ الجاهل الفوق منه ربما ضمه الى رأس المال فيقع فى الربا بخلاف الدون، و اضطراب متنه بإسقاط الدون فى بعض النسخ و لعله أصوب.

يراد منه انه ليس لهم ما فوق لا انه لا يجب عليهم القبول لو كان مما فرضناه، فما عن

ابن الجنيدي من مساواه زياده الصفه لزياده العين فى عدم وجوب القبول و مال اليه المحدث البحراني و تبعه فاضل الرياض واضح الضعف كما عرفت، هذا كله إذا كان المدفوع من الجنس اما لو دفع من غير جنسه لم يبرأ إلا بالتراضى مع التمكن من الجنس قطعاً، لأنه معاوضه موقوفه عليه كما هو واضح و الله أعلم.

### [المسأله الثالثه إذا اشترى كرا من طعام بماءه درهم و اشترط تأجيل خمسين بطل فى الجميع ]

المسأله الثالثه قد تقدم البحث فى أنه إذا اشترى كرا من طعام مثلاً مؤجلاً بماءه درهم و اشترط تأجيل خمسين بطل فى الجميع على قول و انه يحتمل البطلان فيها خاصه و كذا لو دفع خمسين و شرط الباقي من دين له على المسلم اليه صح فيما دفع قطعاً و بطل فيما قابل الدين (١١) فى

قول وفيه تردد أشبهه عند المصنف الكراهه كما عرفت بل و تقدم ما يستفاد منه حكم.

### [المسألة الرابعة و هي لو شرطاً موضعاً للتسليم فتراضياً بقبضه في غيره جاز]

المسألة الرابعة و هي لو شرطاً موضعاً للتسليم فتراضياً بقبضه في غيره جاز ضروره أنه لهما إسقاط حقهما من الشرط، و ان كان الموضع المشترك ما انصرف اليه العقد شرعاً نعم ان امتنع أحدهما لم يجبر عليه لقوله عليه السلام (١)

«المؤمنون عند شروطهم»

بل و تقدم في باب الصرف ما يستفاد منه حكم.

### [المسألة الخامسة إذا قبضه فقد تعين و برىء المسلم إليه]

المسألة الخامسة و هي إذا قبضه أي المسلم المسلم فيه فقد تعين و برىء المسلم إليه فإن وجد به عيباً كان له الرد بالعيب ف إذا رده زال ملكه عنه، و عاد الحق إلى الذمه سليماً من العيب. لكن في المسالك هنا انه لا أرش له، لم يتعين للحق بل وقع عوضاً عن الحق الكلي مملوكاً له ملكاً مترزلاً- يتخير معه بين الرضا به مجاناً فيستقر ملكه عليه، و بين أن يرده فيرجع الحق إلى ذمه المسلم اليه سليماً، بعد أن كان قد خرج عنها خروجاً مترزلاً. و نبه بقوله عاد على ذلك، حيث ان العود يقتضى الخروج بعد أن لم يكن، فإنه مصير الشئ إلى ما كان عليه بعد خروجه، و تظهر الفائده في النماء المنفصل المتردد بين القبض و الرد، فإنه يكون للقباض، لانه نماء ملكه كمنظائره من النماء المتجدد زمن الخيار، أما المتصل فيتبع العين، و يتفرع عليه أيضاً ما لو تجدد عنده عيب قبل الرد، فإنه يمنع من الرد لكونه مضموناً عليه، و لم يمكنه بعده رد العين كما قبضها.

و به قطع في التذكرة و زاد أن له حينئذ أخذ أرش العيب السابق و ان لم يكن ثابتاً لو لا الطارى، فان المنع منه انما كان لعدم

انحصار الحق فيه، حيث أنه أمر كلي و العيب غير تام في جملة أفراد الحق. فلما طرأ العيب المانع من الرد تعين قبوله،

فصار كالبيع المعين إذا كان معييا فإنه يجوز أخذ أرشه، و يتعين عند مانع من رده، و ربما قيل بجواز رده هنا، لعدم تعيينه ابتداء و العيب الطارى لم يوجب تعيينه. غايه ما فى الباب أن يلزم بأرشه.

قلت: و نحوه يأتى أيضا فى التلف فىلزم بالقيمه لو أراد الرجوع بالبدل، و فيه أن ذلك مناف لما سمعته منهم فى باب الصرف، كما انه مناف لمقتضى الحكم بالرد ضروره أنه لا دليل على الرد الا الاندراج فيما دل عليه فى المبيع، بتقريب انه بالدفع و القبض صار كأنه مورد العقد، الا انه لا يقتضى رده فسخ العقد، كما اقتضاه لو كان المبيع معينا، باعتبار توقف عوده الى ملك مالكة الذى هو المراد من الرد على انفساخ العقد: بخلافه فى الفرض، إذ عوده الى ملك المالك انما يقتضى فسخ مقتضى القبض الذى هو السبب فى ملك هذا الشخص فيبقى مقتضى العقد على حاله، و حيث كان مبنى الرد الاندراج المزبور اتجه حينئذ ان له الرجوع بالأرش، لإطلاق ما دل عليه فى المبيع.

اللهم الا ان يقال انه مخالف لمقتضى الأصل فيقتصر فيه على المتيقن، و هو إذا لم يمكن تحصيل المبيع سالما كما إذا كان معينا أما إذا أمكن كما فى الفرض لان له الرد و الابدال فلا يتجه الرجوع بالأرش.

نعم لو تعيب عنده أو تلف مثلا فتعذر الرد على حسب ما أخذه كان له الأرش كما سمعته من التذكرة، و إلزامه بالأرش المعيب الحادث، أو القيمه لو أراد الإبدال ليس بأولى من إلزام البائع بالأرش، بل هو أولى، و لذا 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 و غيره أن له فسخ العقد أيضا، مضافا الى الابدال و الأرش، و ناقشه الفاضل فيه كما سمعته هناك مفصلا، فلاحظ و تأمل، حتى تعرف قوه القول بالخيار هنا بين الرد و الابدال، و بين الأرش، بل و تعرف أيضا فساد ما قيل هنا

على العبارة و ما شابهها، من ان زوال الملك عند رده انما يكون بعد ثبوته، و المعيب ليس من المسلم فيه، فلا ينتقل عن المسلم اليه و ان عود الحق انما يكون بعد زواله، و هو مستلزم لأحد محذورين.

اما الحكم بالشىء مع وجود نقيضه، أو إثبات الحقيقه من دون لوازمها، و ذلك لان الحكم بالبراءه ان كان صادقا لزم الأول، و الا لزم الثانى، إذ لا بأس بالتزام كون المقبوض المعيب صالحا للأداء عن الحق إذا رضى به المستحق، لانه من جنس الحق و من افراد المسلم فيه، و عيبه ينجبر بالخيار، فيتم الزوال و العود، و لا- بعد فى تحقق الملك متزلزلا- لمكان العيب، و معلوميه إرادته الصحيح لا تقتضى كون المسلم فيه الموصوف بالصحة كما هو واضح، فالنماء المتخلل حينئذ بين القبض الى حال الرد للقبض.

و من ذلك يظهر ما فى جواب الشهيد عن ذلك فى حواشيه بان الحكم بالزوال و العود مبنى على الظاهر حيث كان المدفوع من جنس الحق، و صالحا لانه يكون من جمله أفراده قبل العلم بالعيب، فإذا علم بالعيب زال ذلك الملك الذى حصل ظاهرا و ان لم يزل فى نفس الأمر، فصح إطلاق الزوال و العود بهذا الاعتبار إذ قد عرفت ان الملك حاصل ظاهرا و باطنا، غايه امره التزلزل و هو غير مانع كظائره، و قد تقدم لنا فى باب الصرف ما له نفع تام فى المقام بل منه يستفاد كثير من أحكام.

### **[المسألة السادسة و هى إذا وجد برأس المال المعين عيبا فان كان من غير جنسه بطل العقد]**

المسألة السادسة و هى إذا وجد برأس المال المعين عيبا فان كان من غير جنسه بان كان فضه فبان نحاسا مثلا بطل العقد من أصله ان كان الجميع كذلك، و الا بالنسبه و له حينئذ خيار التبويض، و لو كان العقد بكلى أبدلت إذا لم يتفرق المجلس و الا بطل أيضا و ان كان العيب فى المعين من جنسه كالحشونه و اضطراب السكه رجح بالأرش إنشاء قبل التفرق قطعا، و بعده على الأصح، و يحتمل انفساخ العقد فيما قابله و ان اختار الرد كان له كما فى غيره من الثمن المعيب

و يفسخ العقد، ضروره توقف الرد الى ملك الأول عليه. و ان كان كلياً فله الأرش بناء على المختار، و له الرد و لكن لا يفسخ العقد، لما عرفت من انه انما يقتضى فسخ مقتضى القبض.

نعم قد يقال به فى المقام لا لذلك، بل لاستلزامه عدم قبض الثمن قبل التفرق و فيه ان المقبوض المعيب ثمن، فيكفى قبضه قبل التفرق فى الصحه، و ان تعقبه فسخ مقتضى القبض بعد التفرق، بل لا يبعد لذلك عدم وجوب قبض البديل فى مجلس الرد، للأصل بعد ظهور الأدله فى غيره، كما انه لا يجب قبض الأرش فى مجلس اختياره، باعتباره انه كالجزم من الثمن.

و قد تقدم تحقيق كثير من هذه المطالب فى باب الصرف فلاحظ و تأمل كى تعرف الحكم فى جملة أقسام المسأله، إذ العيب اما ان يكون من الجنس أو من غيره، ثم اما ان يكون فى جملة الثمن أو فى بعضه، ثم اما ان يظهر قبل التفرق أو بعده، ثم اما ان يكون الثمن معيناً أو كلياً فالأقسام ستة عشر و الله أعلم.

### [المسأله السابعه إذا اختلفا فى القبض هل كان قبل التفرق أو بعده فالقول قول من يدعى الصحه]

المسأله السابعه إذا اختلفا المسلم و المسلم إليه فى القبض للثمن هل كان قبل التفرق أو بعده، فالقول قول من يدعى الصحه لأصالتها فيه بعد اعترافهما معا بحصوله، إذ هو أيضا مما يقع على وجهين.

فالأصل فيه الصحه كباقي أفعال المسلمين و أقوالهم التى تقع على وجهين، و قد رتب الشارع أثراً على أحدهما دون الأخر، و بذلك يظهر أنه لا- حاجه، أو لا وجه الى تقرير ذلك بأنه لما تعارض أصاله عدم القبض قبل التفرق مع أصاله عدم التفرق قبل القبض تساقطاً، فيحكم باستمرار العقد، و فى الحقيقة لا- نزاع بينهما فى أصل الصحه، و انما النزاع فى طرو المفسد، و الأصل عدمه، ان لم يرجع الى ما ذكرنا الذى من الواضح الفرق بينه و بين ما لو اختلفا فى أصل قبض الثمن، فان القول قول منكر القبض فيه و ان تفرقا، و استلزم بطلان العقد، لأن الأصل عدمه فلا يجرى أصل الصحه المتوقف

على ثبوت الموضوع ذى الوجهين، و يقع الشك في صحته، و أصاله صحه العقل لا تقضى بثبوت ما كان مقتضى الأصل عدمه من الشرائط المتأخره، و أصاله عدم طرو المفسد معارضه بأصاله عدم وجود المصحح.

و نحو ذلك تجرى في قبض الصرف، إذ المسأله من واد واحد، إلا- إذا قلنا هنا بأن التفرق قبل القبض مانع، لا أن القبض قبله شرط، بخلافه في الصرف فإنه يتم حينئذ التمسك باستصحاب أثر العقد ما لم يعلم المانع فتأمل جيدا، و لو اقام كل منهما في مفروض المتن بينه بنى على تقديم بينه الداخلى هو هنا مدعى الصحه أو الخارج لكن الفاضل هنا قدم الأول لقوه جانبه بأصاله عدم طرو المفسد، و لان دعواه مثبتة و الأخرى نافية، و بينه الإثبات مقدمه، و هو كما ترى، خصوصا الأخير ضروره كون البطلان إثباتا أيضا كما هو واضح.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا أنه لو قال البائع قبضته اى الثمن ثم رددته إليك قبل التفرق و أنكر المشتري ذلك بمعنى عدم القبض أصلا فضلا عن الرد كان القول قوله أى المشتري مع يمينه لا البائع كما فى القواعد و الدروس مراعاة لجانب الصحه التى قد عرفت احتياج جريان أصلها إلى وجود الموضوع المدعى عدمه، كما هو مقتضى الأصل، بل هذا عين المسأله السابقه التى قد ذكرناها، و قلنا فيها ان القول قول منكر القبض أصلا، و لو فرض كون الإنكار لما قبل التفرق خاصه، على معنى الاعتراف بقبضه و الرد لكن بعد التفرق، كان عين المذكور فى المتن سابقا، و لا ثمره معتد بها لا عادته، كما انه لا وجه لفرض الإنكار فيه للرد خاصه ضروره ان القول قوله فيه لا البائع، فضلا عن تعليقه بمراعاة الصحه و حينئذ فما فى المسالك فى شرح العبارة لم يظهر لنا وجهه قال: «المراد انها اتفقا الان على كون الثمن فى ذمه المشتري أو عنده، و لكن اختلفا فى كون ذلك على وجه مفسد للعقد بأن لا يكون تقابضا أصلا أو على وجه مصحح بأن يكون البائع

قبضه ثم رده اليه و المصنف هنا قدم قدم قول البائع ترجيحاً لجانب الصحة، مع ان الأصل عدم القبض أيضاً، و تحقق صحة العقد سابقاً كما مر و يمكن ان يقال حينئذ تعارض الأصلان، فيحصل الشك في طرو المفسد و الأصل عدمه فيتمسك بأصل الصحة لذلك.

و فيه ما عرفت سابقاً من ان ذلك لا يستقيم على فرض كون القبض قبل التفرق شرطاً، لأن أصله صحة العقد لا تقتضى بوجود ما يقتضى الأصل عدمه من الشرائط المتأخره كما عرفت. نعم قد يقال: الاختلاف هنا كالاختلاف في السابقه في كون القبض قبل التفرق أو بعده، و لكن أعادها لبيان انه لا- فرق في حكم هذا الاختلاف بين كون الثمن في يد البائع أو يد المشتري، إذ ظهور اليد في الملك بعد اعترافه هنا بوقوع القبض لكن بعد التفرق غير مجد.

و حينئذ فلا وجه لما في المسالك حيث قال بعد الكلام السابق: «و يبقى في المسألة شىء، و هو ان دعوى البائع الرد غير مقبوله كظواهرها، إذ لا- دخل له في الصحة، و انما قدم قوله في أصل القبض مراعاة لجانبها، و حينئذ فمع قبول قوله في القبض هل له مطالبه المشتري بالثمن، يحتمل عدمه لما قلناه من عدم قبول قوله في الرد مع اعترافه بحصول القبض، و يحتمل جواز المطالبه لاتفاق المتبايعين على بقاء الثمن عند المشتري الآن، اما على دعوى البائع فظاهر، و اما على دعوى المشتري فلاعترافه بعدم القبض، فإذا قدم قول البائع في صحة العقد ألزم المشتري بالثمن، و يشكل بأن المشتري حينئذ لا يعترف باستحقاق الثمن في ذمته لدعواه فساد البيع فلا يبقى الا دعوى البائع، و هى مشتمله على الاعتراف بالقبض و دعوى الرد، و هى غير مقبوله في الثانى و المسألة موضع اشكال و لعل عدم قبول قوله في الرد أوجه» و هو من غرائب الكلام خصوصاً إذا كان الثمن الذى اتفقا عليه معينا، و يد المالك بعد استنادها فيه الى بقاء الملك السابق الذى قطعه دعوى البائع الذى فرض



تقديمها على دعواه، لا تجدى، و لو كان الاختلاف فى المسلم فيه أنه حنطه مثلا أو شعير تحالفا و فى قدره أو قدر الثمن أو قدر الأجل فالقول قول منكر الزيادة، أما لو اختلفا فى الحلول فالقول قول المسلم إليه لأنه منكر، و لو اختلفا فى اشتراطه فالقول قول منكره بناء على صحته حالا و فى القواعد و محكى التذكرة «الأقرب أن القول قول مدعيه ان كان العقد بلفظ السلم على اشكال، و على قولنا بصحة الحال فالإشكال أقوى»، و قد أشكل على بعض الشارحين فهم هذه العبارة، و لعله بناء منهم على عدم صحة السلم بلا أجل و ان الفاضل ممن لا يقول بذلك، و على ما قلناه سابقا من أن النزاع فيه فالمراد واضح، و الله أعلم.

### [المسألة الثامنة إذا حل الأجل و تأخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ و الصبر]

المسألة الثامنة: إذا حل الأجل و كان المسلم فيه منقطعاً لآفه و نحوها و تأخر التسليم لعارض لا لتقصير من المسلم ثم طالب به بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ و الصبر بلا خلاف أجده فى الأخير، بل و لا إشكال، لأن مورد العقد الذمه، و الأجل انما هو للتسليم، فاحتمال الانفساخ كما عن أحد قولى الشافعى لكونه كالمبيع التالف قبل قبضه، فى غايه الضعف، لمخالفته للأصل و النص و الفتاوى كاحتمال تعيين دفع قيمه عوضه، فيلزم بها المسلم لأنها البديل عن كل متعذر، بل هو أضعف من الأول لعدم الخطاب الان بالعين كى ينتقل إلى قيمه لتعذرهما، بل التعذر مسقط لأصل خطاب الدفع.

و دعوى أن ذلك من خطاب الوضع لا التكليف واضحة المنع، فلا ريب حينئذ فى أن له الصبر الى وجود المسلم فيه، بل عينه الحلى عليه، و لم يجوز له الفسخ لأصالة اللزوم، الا أن قاعده عدم الوفاء بالشرط كما فى المختلف و الشهره بقسيمها على خلافه، بل ربما أشعر نسبتته فى الدروس إلى الندره، و فى غيرها الى الخطاء

بالإجماع عليه، بل في المختلف «أنه لم يوافق عليه احد من علمائنا، ولا أظن أحدا افتى به.

و فيه أيضا، ان أقوال الفقهاء متطابقه على تسليط المشتري على الفسخ، و عموم الكتاب، لعدم حصول التراضى إذا تعذر المسلم فيه، و الأحاديث متظافره بذلك».

و حاصل مراده الرد على الحللى بأن الكتاب و السنه و الإجماع على ذلك و

فى موق ابن بكير(١)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف فى شىء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها و لم يستوف سلفه، قال: فليأخذ رأس ماله أو لينظره»

بل قيل: انه يدل عليه الاخبار المستفيضه المتقدم أكثرها سابقا فى بيع السلف بعد حلوله فإنها و ان لم تكن ظاهره فى انقطاع المسلم فيه، الا انها إذا جوزت الفسخ مع عدمه، فمعه بطريق اولى، و فيه ان المستفاد منها بعد ملاحظتها جميعا و إرجاع مطلقها الى مقيدها جواز أخذ رأس المال إذا عجز المسلم إليه خاصة عن الأداء، و ظاهرها كون ذلك مرادا للبائع مسئولا له، و انه كالأحسان من المشتري إليه، بل قد عرفت ان المحكى عن الأكثر كون المراد منها المعاوضه عن المسلم اليه بقدر رأس المال لا الفسخ.

و على كل حال فهى غير ما نحن فيه من ان له الفسخ قهرا رضى البائع به أولا و الأولويه المزبوره فرع القول بالأصل، و هو ممنوع، لأصالة اللزوم، إذ المسلم اليه ان وصل عجزه الى حد الإعسار شرعا، فالحكم الإنظار إلى الميسره، بل الفسخ غير مفيد، و الا- فالمتجه أن له إزامه به كغيره من الديون، و لعله لذلك كله أو بعضه توقف فى الاستناد الى هذه النصوص لإثبات هذا الحكم فى الرياض.

لكن قد يقال: بمنع ظهور بعضها فى كون الفسخ بالتراضى منهما، خصوصا نحو

صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «لا بأس بالسلم في الحيوان إذا سميت الذي تسلم فيه ووصفته، فان وفيته و الا فأنت أحق بدراهمك»

بل الظاهر أن مدار الفسخ فيها على قاعده الشرائط، ضروره كون الأداء في الوقت المخصوص منها، فالمتجه جعل المدار فيه على ذلك، وقد تقدم لنا سابقا أن المتجه أولا جبره على أداء الشرط، و مع التعذر يتسلط على الفسخ و قد مضى تحقيق الحال فيه فلاحظ و تأمل جيدا، فإنه قد يمنع استفاده الشرطيه من ذلك على الإطلاق، و الا لثبت مثله في النسيئه على ان المراد من اشتراط الأجل هو عدم استحقاق المطالبه إليه فيعود الاستحقاق الذي هو حاصل من مقتضى العقد.

نعم قد يقع على جهه الشرطيه فيترتب عليه الخيار حينئذ من هذه الجهه، فالعمده في ثبوت الخيار هنا انما هو من جهه النصوص و الفتاوى، ثم ان الظاهر عدم الفرق في الخيار المزبور بين كون التأخير لتفريط من البائع و بين غيره كما إذا لم يطالبه به المشتري حتى انقطع، نعم قد صرح غير واحد بسقوط الخيار لو كان بتقصير من المشتري بمعنى انه عرض عليه فامتنع عن القبض، و لعله كذلك لأصالة اللزوم، و كونه السبب في إدخال الضرر على نفسه فلا يندرج في إطلاق الخبر المزبور.

و كيف كان ففي حواشي الشهيد عن السيد العميد ان له مضافا الى الفسخ و الصبر المطالبه بقيمه المسلم فيه عند الأداء و استحسنة في المسالك، و محكى الميسيه، بل جزم به في الروضه كما مال إليه في الرياض،

لأنها البديل عند تعذر الحق، فهو كتلف المثلى الذي يتعذر مثله فإنه ينتقل إلى قيمه، و فيه أولا انه خلاف ظاهر النص، بل و الأصحاب كما عن القطيفي الاعتراف به، بل صرح بعدمه الكركي في حاشيه الإرشاد في شرح قوله فيه، و لو أخر التسليم فللمشتري الفسخ أو الإلزام قال: «ظاهر العبارة

مشكل. لأن تأخير التسليم اما ان يكون مع وجود المسلم فيه و إمكان تسليمه فليس للمشتري فسخ، بل له إزامه بالتسليم أو مع انقطاعه و تعذر تسليمه، و حينئذ يتخير بين الفسخ و أخذ الثمن ان كان باقيا أو مثله في المثلى و القيمة في غيره، و بين الصبر الى قابل، و ليس له إزامه بشىء حينئذ، و لا- فرق في ذلك بين ان يكون تعذر التسليم بتفريط المسلم إليه بأن أخره حتى انقطع أولا، و ليس له فى شىء من ذلك إزامه بالقيمة، لكن يجوز المعاوضه عليه بالتراضى (الى ان قال) و من حملها على ان المراد إذا أخر البائع التسليم حتى انقطع المسلم فيه بتفريطه، يتخير المشتري بين الفسخ و الإزام بقيمه يومئذ».

فقد أغرب لبعده الحمل عن العبارة، و فساد الحكم فى نفسه، إذ ليس له إزامه بالقيمة فى المذكور إلا بالتراضى كما قدمناه.

و كيف كان فالعبارة مشكله و الحكم أشكل، و هو صريح فيما ذكرنا، و ان كان لا يخلو من نظر إذا كان التأخير بتفريط من البائع كما انه لا يخلو من نظر فى أصل اشكال العبارة، إذ يمكن حملها على اراده الصبر من الإزام فيها، بل هو متعين بملاحظه فتواه فى باقى كتبه.

نعم ما ذكره من عدم الإزام بالقيمة جيد مع عدم التقصير من البائع، إذا كان عدم الأداء لانقطاع المسلم فيه بأفه سماويه و نحوها، إذ لا خطاب بالأداء أصلا كى ينتقل إلى القيمة، فأصل وجود المسلم فيه مقدمه لوجوب أدائه فيسقط بعدمها حينئذ و لا دليل على الانتقال إلى القيمة فالأصل براءة ذمه المسلم اليه منها، كما ان الأصل براءة ذمه المسلم من وجوب قبولها عليه لو بذلت له، بل قيل ان صحيحى محمد بن قيس (١) المتقدمين سابقا فى بيع المسلم اليه بعد حلوله ظاهر ان أو صريحان فى عدم الإزام بالقيمة،

بل قد ينقدح من ذلك محمل آخر للنصوص السابقة التي ادعى دلالتها على عدم جواز إلزام المسلم إليه بأزيد من الثمن، على ان يكون المراد منها عدم الإلزام بالقيمة عوض المسلم فيه فلاحظ و تأمل.

و مما يزيد ذلك كله تأييدا ما ذكره غير واحد من الأصحاب بل لا خلاف أجده فيه بينهم، من ان فى حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم اليه قبل وجوده و قبل الأجل، نظرا إلى أنه دين فيشملة عموم ما دل على حلول ما

على الميت من الدين بالموت، و دعوى ان للمسلم الإلزام بالقيمة فيه مع عدم التقصير فيه بوجه من الوجوه كما ترى.

نعم له المعاوضه عليه بأزيد من ثمنه و انقص و مساوى كما عرفته سابقا، و هو غير ما نحن فيه من الإلزام بالقيمة، بل قد يقال: ان ذلك لا يجتمع مع خيار الفسخ و الصبر، ضروره و جوب القبول على المشتري لو بذلها له فليس له الفسخ و لا الصبر، و قد عرفت أن مبنى الإلزام بالقيمة أنها عوض مال له قد تعذر، ففي الحقيقه قد رجع دينه الان إلى القيمة، فمع بذله له يتعين القبول كالمثلى إذا تعذر مثله و هو كما ترى.

و ليس هذا الخيار فوريا للأصل و إطلاق النص، بل صرح ثانى الشهيدين بعدم سقوطه لو صرح بالإمهال، و ان كان لا يخلو من اشكال، و لذا توقف فيه فى التذكرة و الدروس و التنقيح، فاحتمل فى الأول بعد أن جعل عنوان المسأله أنه لو أجاز ثم بدا له فى الفسخ و جوب الصبر و أنه كإجازه زوجه العنين، و احتمل أن له الفسخ، و لا يكون ذلك إسقاط حق، فكان كزوجه المولى إذا رضيت بالمقام ثم ندمت، و نحوه ما فى الدروس قال و لو صرح بالإمهال ففى بطلان خياره نظر من تجدد الحق حالا فحالا فهو كخيار المولى منها و لأنه كتأخير الدين المؤجل، و من أن الإمهال أحد شقى التخيير و قد أثره و أولى بالإبطال ما إذا قال: أبطلت خيارى.

قلت: لا إشكال فى السقوط مع اراده اختيار الصبر خاصه من الإمهال، ضروره

كونه حينئذ كالإسقاط، أما إذا أمهل لا بهذا العنوان بل لان له عدم الفسخ، لم يكن ذلك إسقاطا و الشك كاف في بقاء الخيار مع الإطلاق و الأمر سهل. و لو علم الانقطاع قبل الأجل ففي الخيار وجهان، لم يرجح أحدهما في القواعد و التذكرة و الدروس و غيرها، و لكن الاولى عدم، وفاقا للروضه و المسالك و غيرهما، اقتصارا فيما خالف الأصل الدال على اللزوم على المتيقن، و التفاتا الى عدم وجود المقتضى الان، إذ لم يستحق عليه شيئا، و منه يعلم وجه ترجيح تأخير الحث في الحالف على أكل الطعام غدا فأتلفه قبل الغد، لتصريح غير واحد بابتناء ما هنا عليه فلاحظ و تدبر.

و لو كان المسلم فيه يوجد في بلد آخر ففي الدروس «لم يجب نقله مع المشقه و لا- مع عدمها إذا كان قد عين البلد، و الا وجب» لكن في التذكرة «يحصل الانقطاع بأن لا يوجد المسلم فيه أصلا بأن يكون ذلك الشيء ينشأ من تلك البلده، و قد أصابته جائحه مستأصله، و هو انقطاع حقيقى، و فى معناه ما لو كان يوجد فى غير تلك البلده، و لكن إذا نقل إليها فسد، و إذا لم يوجد الا عند قوم مخصوصين و امتنعوا من بيعه فهو انقطاع، و لو كانوا يبيعونه بثمان غال فليس انقطاعا، و وجب تحصيله ما لم يتضرر المشتري به كثيرا، و ان أمكن نقل المسلم فيه من غير تلك البلده إليها وجب نقله مع عدم التضرر الكثير»، و هو جيد.

و كيف كان ف لو قبض المسلم البعض من المسلم فيه و تعذر الباقي كان له الخيار فى الباقي بين الفسخ فيه- و استرداد ما يخصه من الثمن، لوجود المقتضى فيه إذ احتمال كونه لتعذر الكل خاصه مقطوع بعدمه نصا و فتوى، و بين الصبر الى وجوده كتعذر الكل، و له أيضا الفسخ فى الجميع لتبعض الصفقه عليه بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، لكن قد يشكل الأول بما ذكره فى خيار العيب من أنه ليس له تبعض الصفقه اختيارا، فلا يجوز له الفسخ فى أحد المبيعين صفقه إذا ظهر فيه عيب، بل ليس لأحد المتبايعين الفسخ لو كان المبيع معيبا دون

الأخر و مثله آت فى المقام.

اللهم الا- أن يمنع عليهم كون المدرك فى المنع هناك التبعض بل الإجماع أو غيره، كما سمعته سابقا فلا حظ فتأمل، بل قد يشكل أيضا بأنه لا تبعض صفقه.

و انما هو تأخير أداء لبعض المسلم فيه، و ما

فى صحيح عبد الله بن سنان (١) «عن أحدهما عليهما السلام أ رأيت إن أوفانى بعضا (أى من المسلم فيه) و عجز عن بعض أ يجوز أن آخذ بالباقي رأس مالى؟ قال: نعم ما أحسن ذلك»

و غيره كصحيح الحلبي (٢) و نحوه ظاهر فى نفى البأس عن آخذ ذلك بالتراضى منهما، مع أنها لا ظهور فيها فى انقطاع المسلم فيه، و عدم

إمكان تحصيله، و يدفع بأن تأخير الأداء و لو فى البعض كاف فى ثبوت الخيار فى الجميع للتضرر، خصوصا إذا قلنا بأن منشأ جواز الفسخ عدم حصول الشرط، و على كل حال فقد صرح بعضهم بأن للبائع الخيار إذا اختار المشتري الفسخ فى البعض، لتبعض الصفقه عليه أيضا، و قواه جماعه و هو كذلك إذا لم يكن ذلك بتفريط منه و تقصير، و الله أعلم.

### [المسألة التاسعه إذا دفع الى صاحب الدين عروضاً على أنها قضاء و لم يساعره احتسبت بقيمتها يوم القبض ]

المسألة التاسعه لا خلاف فى أنه إذا دفع الى صاحب الدين عروضاً على أنها قضاء عن الدين و لم يساعره احتسبت بقيمتها يوم القبض بل فى المسالك الاتفاق عليه، و

قال محمد بن الحسن الصفار (٣) «كتبت إليه فى رجل عليه مال فلما حل عليه المال أعطاه به طعاماً أو قطناً أو زعفراناً و لم يقاطعه على السعر [الثانى] (٤) بعد شهرين أو ثلاثه ارتفع الطعام و الزعفران و القطن أو نقص، بأى السعرين يحسبه؟ هل لصاحب الدين سعر يومه الذى أعطاه و حل ماله عليه أو السعر الثانى بعد شهرين أو

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب السلف الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب السلف الحديث- ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب أحكام العقود- الحديث ٥ مع اختلاف يسير.

٤- ٤ هكذا كان فى النسخ المصححه لكن فى الوسائل و التهذيب فلما كان و هو الصحيح.

ثلاثه يوم حاسبه فوقع عليه السلام ليس له الا على حسب سعر وقت ما دفع اليه الطعام إن شاء الله».

و لا ينافيه

قوله أيضا «و كتبت اليه الرجل استأجر أجيرا ليعمل له بناء أو غيره من الاعمال و جعل يعطيه طعاما أو قطنا و غيرهما ثم تغير الطعام و القطن عن سعره الذى كان أعطاه، إلى نقصان أو زياده أ يحسب له سعره يوم أعطاه أو سعر يوم حاسبه؟ فوقع عليه السلام يحسب له سعر يوم شارطه فيه»

بعد اراده يوم القبض من يوم الشرط بناء على أنه يوم الشرط أو لم يتغير السعر الا بعد يوم القبض فلا يقدر الفصل بينه و بين يوم الشرط، خصوصا بعد أن رواه فى الكافى كذلك.

و بعد وضوح عدم الفرق بينه و بين الدين الذى قد حل فى كون المدفوع ملكا للقباض الذى هو صاحب الدين، و حيث كان من غير جنس الدين لو فرض كونه نقدا و جب ملاحظه قيمته فى ذلك الوقت حتى يكون وفاء، بل يكون كدفع المجانس. نعم قد يقال: مقتضى ذلك لو كان الدين عرضا و قد دفع عرضا آخر و جب ملاحظه ما يساوى العرض المدفوع من العرض الذى هو دين فى يوم القبض فيبرء منه بذلك المقدار، لا أنه يلاحظ قيمه فيهما، لكن فى المسالك لو كان الدين من غير النقد الغالب أحتسب أيضا به يوم دفع العوض قضاء، و لعل ذلك لعدم معرفه قيمه بغير النقد الذى هو المرجع فى أمثال ذلك، و تنصرف اليه الاروش و الجنايات و غيرها، و لو كان الدين قسما خاصا من النقد فدفع عنه آخر احتسب بما يساويه منه فى يوم القبض، كما استفاصنت به النصوص، منها

ما رواه إبراهيم بن ميمون (١) عن ابى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير و لا- يصارفه فتصير



الدنانير بزياده أو نقصان قال: له سعر يوم أعطاه»

و

فى بعضها(١)تعلييل ذلك «بأنه قد حبس منفعتها عليه»

و الظاهر أن ذلك كناية عن انتقالها الى القابض، و زوال ملك الدافع عنها، و به يحصل حبس منفعتها عنه، و إذا انتقلت الى ملك القابض سقط بإزائها ما يساويها من ذلك الدين بصرف ذلك اليوم، لأنها لم تنتقل اليه مجاناً و إنما انتقلت عوضاً، فلا بد من سقوط عوضها ذلك اليوم بصرف ذلك اليوم الذى هو يوم المعاوضة، و حينئذ فهو إشاره الى ما قدمناه هذا و تقدم، و يأتى ما له نفع فى المقام إذا المسأله غير خاصه بالسلم و ليست هى فى الحقيقه من البيع، و الا لوجب معرفه المقدار و غيره من أحكام البيع، بل هى معاوضه مستقلة

### [المسأله العاشره و يجوز الدين بعد حلوله على الذى هو عليه ]

كما أن المسأله العاشره كذلك لا مدخلية لها فى السلم إذ قد عرفت الحال فى بيعه قبل الحلول، و بعده أما غيره ف يجوز الدين بعد حلوله على الذى هو عليه بلا خلاف فيه بيننا و لا اشكال بل و على غيره وفاقاً للمشهور، شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً، بل لعلها كذلك بعد انحصار الخلاف فى الحل، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع عدا ما يحكى عنه من الإجماع المتبين خطأؤه فى تحصيله، بعدم موافقه أحد ممن تقدمه أو تأخر عنه له فى ذلك، بل ليس فيما حضرني من نسخه السرائر ذلك، و ان أطال فى ترجيح ما ذهب اليه من المنع، بأنه ليس بيع عين مشاهده، و لا مشخصه موصوفه و لا كليه موصوفه إذا لا خير سلم و ليس هو منه قطعاً، كما أنه ليس من الأولين كذلك لعدم تعيين الدين و تشخصه الا بالقبض، بل أورد على نفسه أن الإجماع منعقد بغير خلاف على صحه بيع الدين و إمضائه و عموم أخبارهم على ذلك، و أجاب بأنا عاملون بالإجماع و متبعون لظواهر القرآن فى بيع الدين على من هو عليه دون غيره، و ظاهره وجود معقد إجماع مطلق.

و على كل حال فلا-ريب فى ضعف قوله، إذ لا مانع من كونه بيع عين موصوفه، و ان لم يكن سلما و لا مشخصه لعموم أدله البيع، بل مقتضاها جواز البيع قبل الأجل كما هو صريح التذكرة و الروضه، و ظاهر المختلف و اللمعه و جماعه، و لا معارض لها، إذ الإجماع المدعى انما هو فى السلم خاصه، و دعوى عدم الفرق واضحه المنع، كدعوى عدم الملكيه للبائع قبل الأجل فى نحو القرض المؤجل، و مهر الزوجه و نحوهما من أفراد الدين، و كذا عدم القدره على التسليم بعد ما عرفت من عدم اعتبار القدره فعلا فى صحه البيع، فما فى الدروس و ظاهر الإرشاد و محتمل النافع أو ظاهره من المنع ضعيف، هذا كله فى أصل جواز البيع.

و أما ما يباع به فان باعه بما هو حاضر مشخص صح بلا خلاف و لا اشكال و كذا ان باعه بمضمون فى العقد حال صح أيضا لعدم صدق الدين عليه، ضروره عدم كون المراد منه التأخير بل غايه المراد منه الكلى الصادق على أفراد متعدده، أما إذا كان مضمونا قبل العقد بان يكون مؤجلا ثم يحل الأجل فالمتجه فيه المنع لانه بيع دين بدين كالحال بالمؤجل السابق، و اعتبار الأجل فى الدين على تقدير تسليمه كما نص عليه بعض أهل اللغه بل نسب الى ظاهر بعض الأصحاب انما يراد منه اعتباره حين ثبوته بمعنى ان الدين ما يضرب فيه الأجل أول مره، و لا ينافيه خلوه عنه فى ثانى الحال، و لذا أطلق الأصحاب على الدين بعد حلول أجله لفظه إطلاقا حقيقيا و هو المتداول عرفا و لا يصح السلب عنه فيه حينئذ.

لكن فى الرياض فى شرح عبارته النافع التى هى كعبارته المتن هنا، إطلاق العباره يقتضى عدم الفرق بين ما لو كان مؤجلا ثم حل الأجل أو كان غير مؤجل فى الأصل، كما إذا بيع بدينار كلى غير مستقر فى ذمته قبل البيع، و لا اشكال فيه لما مر، مع عدم صدق الدين عليه حقيقه كما يأتى، و يشكل فى الأول ان لم يكن إجماع كما هو ظاهر الروضه حيث جعل الجواز أقوى و هو مشعر بل ظاهر فى

وقوع الخلاف، ووجهه قوه احتمال صدق الدين عليه، بناء على تضمنه الأجل، و لو فى الزمان السابق على العقد، فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين، ووجه الجواز اما الشك فى الصدق، أو لزوم الاقتصار فى المنع فى بيع الدين بالدين المخالف للأصل على محل الوفاق، و ليس منه محل الفرض، لوقوع الخلاف، و الخبر المانع عنه و ان كان عاما الا انه قاصر سندا يشكل الاعتماد عليه فيما عدا الإجماع.

و ربما يوجه باختصاص الدين بالمؤجل كما فى كلام الأصحاب و جماعه من أهل اللغة، و محل الفرض بعد انقضاء أجله ليس كذلك الى آخره، و هو من غرائب الكلام، ضروره ظهوره فى أن الجواز بالمضمون السابق مظنه الإجماع، و فيه أن المراد بالمضمون فى كلام الأصحاب ما قابل العين، أى الكلى فى العقد فلا يشمل المضمون سابقا، بل ينبغى القطع بذلك، إذ لا خلاف بينهم فى أن بيع المضمون المؤجل سابقا بمضمون سابقا كذلك من بيع الدين بالدين، سواء كانا حالين أو مؤجلين أو أحدهما حالا و الآخر مؤجلا، إنما البحث فيما صار دينا بالعقد، و هو الذى أشار إليه المصنف بقوله.

و ان اشترط تأجيله أى الثمن فى بيع الدين بعد حلوله قيل و القائل المشهور يبطل لانه بيع دين بدين فيشملة النص و الإجماع و قيل يكره و هو الأشبه عند المصنف و جماعه، للأصل و العمومات التى يجب الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقن، و هو ما كان عوضا حال كونه دينا، كما هو مقتضى تعلق الباء به، و المضمون عند العقد ليس بدين، و انما يصير دينا بعده، فلم يتحقق بيع الدين به و الا لزم مثله فى بيعه بالحال الذى لم يعرف من أحد المنع فيه، و الفرق غير واضح. و دعوى إطلاق اسم الدين عليه ان أرادوا به قبل العقد فممنوع، و بعده فمشارك بين الحال و المؤجل، فيلزم أن لا يصح بحال كما عرفت، و إطلاق بيع الدين بالدين عليه عرفا مجازا، على معنى أن الثمن بقى فى ذمته دينا بعد

البيع، و لو اعتبر مثل هذا الإطلاق جاء مثله في الحال إذا لم يقبضه، خصوصا إذا أمهله به من غير تأجيل.

و فيه منع كون المراد من النص ذلك لا غير، و تعلق الباء أعم، إذ يمكن كون المراد المنع من بيع الدين بالدين المقابل للعين و الحال اى لا تبع الدين بهذا الصنف من البيع فيكون التعريف إشاره الى هذا القسم من البيع المعهود في الذهن و حينئذ فأظهر الفردين المؤجل في العقد لا العكس و قد تقدم في تأجيل ثمن السلف ما يستفاد منه المفروغيه من تناول بيع الدين بالدين للمؤجل ثمنه بالعقد، و أنه من الواضحات فلا ريب حينئذ في أن الأشبه خلاف ما ذكره المصنف.

و قد تحصل من مجموع ما ذكرنا المنع من بيع الدين السابق بالدين السابق في الصور الأربعة أى الحالين و المؤجلين و المختلفين، و اما إذا كانا مضمونين بالعقد فالمؤجلان منهما لا ريب في بطلانه، بل يمكن اندراجه في بيع الكالى بالكالى و قد عرفت الحال فيه في تأجيل ثمن السلف إذ هو هو، و الحالان منهما لا إشكال في صحتهما للعمومات كالمختلفين، و أما إذا كان أحدهما مضمونا بالعقد و الآخر قبله فان كان المضمون سابقا سلما لم يجز بيعه قبل حلوله مطلقا و جاز بعده إذا كان الثمن حالا، و ان لم يكن سلما جاز قبل حلوله بعين حاضره، و بكلى مضمون بالعقد حال لا مؤجل على الأقوى، و لو جعل المضمون سابقا ثمنا لعين أو كلى حال جاز قطعا إذا كان حالا، من غير فرق بين السلم و غيره و ان كان مؤجلا فوجهان، إذا كان سلما أقواهما العدم، بناء على عدم الفرق في المنع بين جعله ثمنا أو ثمنا قبل حلول اجله و ان لم يكن سلما فالأقوى الجواز بل ينبغى القطع به إذ هو كالعكس فتأمل جيدا.

و قد تلخص مما ذكرنا جواز بيع الحال بالحال مع عدم أجل لهما في السابق فضلا عن الحالين بالعقد، و عن الحال كذلك بالمؤجل السابق أو بالعقد، لما عرفته من عدم اراده ما يشمل الكلى المضمون حالا، و قيمه المغصوب و نحوها من بيع الدين بالدين

و مدار البحث على اعتبار الأجل في صدق اسم الدين هنا و صدقه عليه بعد حلوله و على عدم اعتبار سبق الدينه في صدق بيع الدين بالدين و الله العالم.

### [المسأله الحاديه عشر إذا أسلف في شىء و شرط مع السلف شيئاً معلوماً صح ]

المسأله الحاديه عشر لا خلاف في انه إذا أسلف في شىء و شرط مع السلف شيئاً معلوماً صح من غير فرق بين الرهن و الضمين و غيرهما و ان كانا معقداً نفى الخلاف المحكى عن التذكرة، إذا المدرك في الجميع و هو عموم الوفاء بالعقود، و المؤمنون، و غيرهما مما دل على صحه الشرط متحد، و

نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم (١) «عن السلف و البيع، و عن البيعين»

في الخبر القاصر سنداً المجمع 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 أدله الشرائط حينئذ بحالها لا معارض لها. نعم يعتبر في الشرط المعلوميه و نحوها كما في غير السلم من أنواع البيع، و ليس الشرط في عقد السلم سلماً بل ليس هو في عقد البيع بيعاً بل هو مملك مستقل في عقد البيع.

و حينئذ لو أسلف في غنم و شرط أصواف نعجات معينه اتجه ما نسبه المصنف الى القيل بقوله قيل: يصح و القائل الشيخ و الفاضل و الشهيدان و المقداد و الكركى و غيرهم و قيل كما عن السرائر لا يصح و هو الأشبه عند المصنف و الموجود في السرائر ان جعل في جملة السلف أصواف النعجات المعينه فلا يجوز السلف في المعين، و بيع الصوف على ظهر الغنم أيضاً لا يجوز سواء كان سلفاً أو بيوع أعيان و هو غير ما نحن فيه، إذ لا ريب في

البطلان إذا جعله من جملة السلف لمعلوميه اشتراط كونه مضموناً في الذمه، إنما الكلام في ملكها بالشرط في عقد السلم و هو ليس سلماً بل و لا بيعاً غير سلم، فلو قلنا بعدم جواز بيعها لأنها من الموزون - مع أن الأصح

الجواز مع المشاهده لعدم موزونيتها بهذا الحال كالثمره على النخل - أمكن القول بالجواز من حيث الشرط لعموم أدلته، اللهم الا ان يدعى رجوع الجهاله الى أحد العوضين، و فيه منع واضح.

و على كل حال فما ذكره من المنع فيما فرضه ليس مما نحن فيه: و بذلك ظهر انفراد المصنف فى مختاره نعم حكى عن تلميذه الابى أنه مال اليه أو قال به، و لا ريب فى ضعفه ان أريد البطلان من حيث الاشتراط فى عقد السلم، أما إذا أريد به بطلان هذا الشرط فى نفسه من غير فرق بين السلم و غيره فله وجه، و ان كان الأوجه خلافه خصوصا بناء على التحقيق من جواز البيع على الظهر مع المشاهده.

كما أنه ظهر بما ذكرنا ما فى رد المختلف على ابن إدريس فإنه بعد أن حكى كلامه قال: يجوز إذا كان الصوف مشاهدا أن يكون شرطا فى السلم لا جزءاً من البيع ثم قال:

و لو فرضنا جزءاً لم يكن محالاً لانه يجوز السلف حالاً فيمكن أن يكون بعضه كذلك و نحوه فى المسالك و غيرها إذ فيه أنه ان جاز كونه حالاً - فلا بد ان يكون كلياً فى الذمه و لا يجوز ان يكون مشخصاً و احتمال ارادته بالجواز حالاً انه يباع بلفظ السلم خلاف الظاهر، هذا. و عن المهذب البارع ان موضوع المسألة أن يكون شرط الأصواف أن تجز حالاً، فلو عينها و شرط تأجيل الجز إلى أمد السلف أو شرط أصواف نعجات فى الذمه غير مشاهده لم يصح قولاً - واحداً، و كأنه نظر الى ظاهر ما وقع فيه الخلاف، و الا فالإجماع ممنوع كما اعترف به فى المسالك و غيرها.

و فى حواشى الشهيد «التحقيق أنه ان كان شرط الصوف الموجود أو ما يتجدد مقيداً بامده معينه صح، و ان لم يكن موجوداً حال الشرط لم يصح» بل عن إيضاح النافع انه بعد ان ذكر ما ذكر الشهيد قال: «و ان شرط الصوف مؤجلاً ففيه نظر، و لعل الأقرب الصحه، لأن المشروط لا يشترط معرفته و لا حصوله، فإنه قد يشترط حمل الأمه و الشجره فيكون معناه ما تحمل ان حملت».

و فى المسالك بعد أن قوى الصحه مع شرط الجز حالا و الإطلاق قال: «و لو شرط تأجيل الجز إلى أجل السلم فلا يخلو اما أن يشترط دخول المتجدد أولاً، و فى الأول يحتمل الصحه، لأنه شرط مضبوط، و قد صرح جماعه من الأصحاب بجواز مثل ذلك فى الصوف و اللبن استقلالاً، و نحن فيما سلف شرطنا فيه كون المجهول تابعاً، فحينئذ لا إشكال أيضاً مع الشرط، و فى الثانى يبنى على أمرين، أحدهما ان شرط تأجيل الثمن إذا كان عينا هل هو جائز أم لا- و الحق جوازه. بل ادعى عليه فى التذكرة الإجماع، و مثله الثمن المعين، و الثانى ان اختلاط مال البائع بالمبيع هل هو مانع من صحه البيع أم لا و لا شبهه فى عدم منعه، و قد تقدم نظيره فيمن اشترى لقطه أو جزءه و آخر قطعها فامتزجت بمال البائع، و حينئذ فطريق التخلص الصلح قلت: و بهذا يظهر لك ما فى إجماع المهذب، بل لا يبعد جواز ما ذكره من الصوره الأخيره إذا فرض الضبط على وجه ترتفع به الجهاله القادحه فى الشرط، و الله اعلم.

و لو شرط المسلم اليه ان يكون الثوب من غزل امرأه معينه، أو الغله من قراح بعينه لم يضمن المسلم اليه المسلم فيه اى لم يصح السلم، فلا- ضمان، إذ هو لازم لها، و علله فى المسالك بإمكان ان لا يتفق ذلك للمرأة بأن تمرض أو تموت أو تترك العمل إمكاناً مساوياً لتقيضه، و كذا القراح يمكن ان يخيس، و لا- يظهر منه ما يطابق الوصف و هو جيد، و أجود منه قوله و الضابط اعتبار ما لا يتخلف عنه المسلم فيه عادة، كالبلد الكبير بالنسبه إلى الأرض و الأهل، بل ظاهره قبل ذلك عند البحث عن السلم فى الجلود انه لا إشكال فى جوازه مع اشتراط الغله من قريه معينه لا يخيس عادة، و هو كذلك، و عليه يحمل

الصحيح (١) «عن رجل اشترى طعام قريه بعينها فقال لا بأس ان خرج فهو له، و ان لم يخرج كان ديناً عليه»

و فى الخبر الآخر (٢) «الرجل

١- ١ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب السلف الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب السلف الحديث- ٣.

يشترى طعام قربه بعينها و ان لم يسم له قريه بعينها أعطاه من حيث شاء».

لكن فى تقييده ذلك بالنسبه إلى الأرض و الأهل لا يخلو من مناقشه، الا ان يكون المراد منه ارتفاع عزه الوجود بذلك، لكثره الأهل و الأرض فهو ليس كامرأه معينه، و لا- كقراح معين، كما أن تعلييل أصل الحكم فى الرياض لا- يخلو منها أيضا قال: «المسأله الثانيه لا يجوز استناد السلف الى معين، لانه ابتياع مضمون كلى فى الذمه غير مشخص، الا بقبض المشتري، و يتفرع عليه أنه لو شرط ثوبا من غزل امرأه بعينه، أو غله من قراح، أى مزرعه معينه لم يضمن و لا يصح، لان تشخيص المسلم فيه بأحد الأمور المزبوره خروج عن حقيقه السلف، كما مرت إليه الإشاره.

نعم لو استند الى معين قابل للإشاعه و لا يقضى التعيين فيه الى عسر التسليم عاده جاز، كما لو أسلف على ماء رطل من تمر البصره، فإن ذلك يجرى مجرى الصفات المشترطه فى السلف كالحداره و الصرابه، و عليه يحمل الخبران» و فيه أنه لا دلالة فى الشرط المزبور على التشخيص المذكور، فالمدار فى المنع فيه و نحوه على عزه الوجود و غلبته التى قد عرفت البحث فيها، و انها ترجع إلى القدره على التسليم أولا فلاحظ و تأمل و الله اعلم.

#### [المقصد الرابع فى الإقاله]

#### أشاره

المقصد الرابع من المقاصد التى استدعاها النظر فى السلف فى الإقاله و ان كانت هى غير مختصه، فيه بل و لا مختصه بالبيع و لذا كان الاولى جعلها بمنزله الخاتمه لكتاب البيع كما فعله بعضهم الا انه لما منع بعض العامه وقوعها فى بعض السلف ناسب جعل البحث فيها مقصدا من مقاصده كمناسبه جعل القرض و دين المملوك كذلك لاشتراك الجميع فى تحقق صدق الدين و الأمر سهل.

و على كل حال فلا ريب فى مشروعيتها بل رجحانها للنادم المسلم

قال الصادق عليه السلام



في خبر ابن حمزه (١) «أيما عبد أقال مسلما في بيع أقال الله عشرته يوم القيمة»

و أرسله

في الفقيه، لكن قال: «أيما مسلم أقال مسلما ندامه في البيع»

و

قال أيضا في خبر سماعة بن مهران (٢) «أربعة ينظر الله عز و جل إليهم يوم القيمة أحدهم من أقال نادما»

و

في مرسل الجعفرى (٣) «ان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لم يأذن لحكم بن حزام في التجاره حتى ضمن له اقاله النادم»  
الحديث الى غير ذلك من النصوص.

و كيف كان ف هي عندنا فسخ في حق المتعاقدين أو ورثتهما، بناء على قيامهم مقامهما في ذلك، كما صرح به في التذكرة و غيرهما كالشفيع، لا بيع سواء كان المبيع عقارا أو غيره، و سواء وقعت قبل القبض أو بعده، و سواء كانت بلفظ الإقالة أو الفسخ، بل لو وقعت بلفظ البيع بناء على صحتها به إذا كان المقصود به محض الفسخ، كما في التذكرة، و ظاهر جامع المقاصد، و ان كان لا يخلو من اشكال، خلافا لمخالفينا فبين مطلق أنها بيع، و مقيد لها في حق الشفيع، و آخر بالعقار، و رابع بما بعد القبض، و خامس إذا كانت بلفظ الإقالة، و لا-ريب في ضعف الجميع، لعدم قصد معنى البيع، بل المقصود خلافه، و رد الملك ليس تمليكا جديدا فلا يجرى عليها شىء من أحكام البيع، بل و لا غيره من المعاوضات الموجهه ملكا جديدا لما عرفت من انها تفيد رد الملك بفسخ العقد الذى قد اقتضى خلافه.

و من هنا لا تجوز الإقالة بزياده عن الثمن لعدم ما يصلح مملكا للزياده المفروضه و لا

نقصان لعدم ما يصلح مملكا لما بقى من الثمن مثلا بعد فسخ

١-١ الوسائل الباب-٣- من أبواب آداب التجاره الحديث-٢.

١-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب آداب التجاره الحديث-٥.

١-٣ الوسائل الباب-٣- من أبواب آداب التجاره الحديث-١.

العقد فيما قابله تماما، بلا خلاف أجده فيهما الا ما حكاه الشهيد في حواشيه عن الإسكافي قال: و لو اصطاح المتبايعان بزياده أو نقيصه صح عند ابن الجنيد، و الأصحاب على خلافه، لأنها فسخ لا بيع، قلت: مضافا الى

صحيح الحلبي (١) عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال: لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد».

بناء على ان مبنى ذلك فساد الإقالة و بقاء الثوب على ملك المشتري، بل الظاهر عدم الصحة حتى لو ذكرت الزيادة و النقيصه بصوره الشرط الذى هو مملك بنفسه و ان كان بواسطه العقد، لبطلان هذا الشرط باعتبار مخالفته لمقتضى الإقالة التى هى بمعنى الفسخ، و رد كل عوض الى مالكه.

و حينئذ تبطل الإقالة بذلك لفوات الشرط فى صحه عقد الإقالة كالمعلومه فى المبيع أو فوات الشرط فى ضمن عقدها الذى علق الرضاء بالفسخ عليه، كما فى كل شرط فاسد فى العقد، بناء على فساد العقد بفساده بل ربما ظهر من

بعضهم عدم بناء ذلك على الخلاف فى اقتضاء فساد الشرط فساد العقد و عدمه اما لخصوص النص المزبور المتمم بعدم القول بالفصل، بناء على أن المراد منه ما يشمل المعاوضه و الشرطيه، و ان ذكر لفظ الباء بل لعله الظاهر منه عند التأمل، أو لأن بطلان الشرط هنا باعتبار منافاته لمقتضى العقد كما عرفت، و لا خلاف فى اقتضائه فساد العقد لعوده عليه بالنقض، انما الخلاف فى غيره أو لغير ذلك.

لكن لا يخفى عليك ما فى ذلك كله من النظر ان لم يتم إجماع عليه، كما لعله الظاهر من بعضهم حتى أنه صرح بأنه لا فرق فى المنع عن الزيادة و النقيصه بين الحكيمه

و العينيه، فلو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يأخذ الصحاح عوض المكسر و نحوه لم يصح و لكنك خير بأن ذلك ان تم فهو فى خصوص زياده الثمن و نقصانه عينا أو حكما كانظار الثمن و إعطاء الصحيح عوض المكسر كما صرح به فى التذكرة و غيرها، أما إذا لم يرجع الى شىء من ذلك بحيث يكون شرطاً خارجاً عن الثمن، فقد يقال: ان مقتضى عموم

«المؤمنون»

و غيره صحته، و ليس هذا تمليكا بالإقاله بل هو بالشرط الذى ألزمه عقد الإقاله، و دعوى رجوع كل شرط إلى زياده الثمن و نقصانه واضحه المنع، اللهم الا أن يقال: ان فائده الشرط التسلط على فسخ العقد الذى قد اشترط فيه ان لم يوف بالشرط، و لذا قيل ان الشرائط فى العقود اللازمه انما هى للزومها، بل قيل ان فائدتها قلب اللازم جائزا من أول الأمر و ان كان التحقيق خلافه.

و على كل حال فهو غير صحيح فى الإقاله لعدم معهوديه تزلزل الفسخ، فلا يصح فسخ الإقاله حينئذ بعدم الوفاء بالشرط، و يعود العقد على ما كان، فلا يصح أصل الشرط، و فيه منع انحصار فائده الشرط فى ذلك، إذ لا مانع من كونه حينئذ كالشرط فى العتق و الوقف و نحوهما مما لا يتسلط المشتري به على الفسخ، و أن المراد به مجرد الإلزام و انسلاخ الشرطيه التى هى بمعنى التعليق منه غير قادح، لكن و مع ذلك كله فالمسأله لا تخلو من اشكال. و ان كان مقتضى ذلك عدم جواز اشتراط الخيار فى الإقاله، بل و لا- يتسلط على فسخها بعيب و نحوه لما عرفت، بل مقتضاه أيضا عدم الجواز فى معاطاتها، بناء على صححتها فيها للسيره المستمره، و أنها تفيده فائده عقدها كمعاطاه البيع فى إفاده الملك، لصدق اسمها عليها، لما عرفت من أن الفسخ منى تحقق لزم، لعدم معهوديه تزلزله، فلا يكون فرق حينئذ فى ذلك بين المعاطاه و العقد، بخلافه فى البيع و نحوه، فإن المعاطاه فيه و ان افاده الملك الا انه يصح الرجوع فيه قبل التلف و التصرف، بخلاف العقد.

نعم قد يمنع كون الإقاله من العقود المصطلحه، و لذا لم يصرح الأكثر ان لم يكن

الجميع بكونها عقداً، بل اقتصروا على أنها فسخ، بل أطلق في الدروس وقوعها بقول تقايلنا و تفاسخنا و مقتضاه و لو مع الاقتران، بل صرح بذلك في الروضه و لو أنها منها لوجب فيها تقديم الإيجاب على القبول، بل احتمال في الدروس قيام الالتماس مقام قبولها، فيجربى حينئذ الالتماس عليها من أحدهما فبقول الآخر أقلتك، بل احتمال الاكتفاء بالقبول الفعلى لو قال أحدهما ابتداء من دون سبق التماس أقلتك، و من المعلوم عدم الاجتزاء بنحو ذلك في العقود اللانزمه، فرجع حاصل المسأله الى ان الإقاله كفسخ الخيار، و ان افترقا بتوقفها على تراضيهما به فيها- بخلافه، فكل لفظ دل عليه يكتفى به، و أما الأفعال المقصود اراده الفسخ بها الداله عليه فقد يقال: بالاجتزاء بها، لكون المدار على ما يدل على طيب النفس بالفسخ، كما عساه يشعر به

خبر هذيل بن صدقه الطحان (١) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب فينطلق به الى منزله و لم ينفذ شيئاً فيبدو له فيرده هل ينبغي ذلك له؟ قال: لا الا أن تطيب نفس صاحبه»

و يحتمل العدم اقتصارا على المتيقن، و كذا الكلام في المركب من القول و الفعل على اختلاف الاحتمالين قوه و ضعفا في الإيجاب و القبول.

و على كل حال فذلك على تقدير الفسخ به ليس من المعاطاه التي ذكروها في عقود المعاوضات، و كان منشأ توهم عقديتها حتى انقده منه البحث في جريان المعاطاه فيها وجود صوره العقد في بعض عباراتها، و هو أقلتك و قبلت و مراعاة الاتصال بينهما، و نحو ذلك من أحكام العقد، لكنك خبير بأعميه ذلك من العقد الذي يذكر فيه حكم المعاطاه فتأمل جيدا و من ذلك ينقدح ان المراد بالبطلان مع اشتراط الزيادة و النقصان من حيث كون ذلك شرطا في صحتها، كالمعلومه في المبيع لا من حيث الاشتراط فيها، و انه شرط باطل، بل لعل ذلك اولى مما ذكرناه سابقا في شرح

العباره، و الله أعلم.

و كيف كان ف تصح الإقاله فى جميع ما وقع عليه العقد و فى بعضه سلما كان العقد أو غيره لإطلاق أدله الإقاله معتصدا بعدم الخلاف فيه عدا ما حكاه الشهيد فى حواشيه عن ابن المتوج إذا اتحد البائع و المشتري و العقد فإن الإقاله لا تصح إلا فى الكل دون البعض رادا عليه بان المنقول خلافه، بل ضعفه واضح و دعوى عدم معقوليه الفسخ فى البعض دون البعض غير مسموعه كدعوى ان الإقاله فى بعض السلم مطلقا أو إذا لم يكن يسيرا مستلزم ما

«نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عنه من البيع و السلف فى بيع واحد»<sup>(١)</sup>

لأنه إذا أقاله فى بعض و رد بعض رأس المال يصير فى معنى القرض لانه رد مثله و يصير الباقي بيعا.

و فيه مع أن السلف حينئذ بمعنى القرض لا- المصطلح أنه منقوض بأرش العيب و باليسير بناء على جوازها فيه، و رد المثل لا يوجب كونه قرضا. و إلا- لزم كون البيع إذا قيل و لم يكن العوض موجودا كذلك، على أنه قد يمنع الاجتماع، لأنه انما يكون إذا شرط فى البيع ذلك، و اما لو أسلفه شيئا و باعه شيئا آخر و لم يشترط أحدهما فى الآخر جاز عندهم، و يمكن اراده المستدل بناء على أن الإقاله بيع، و قد عرفت بطلانه كل ذلك بعد التسليم الخبر المزبور و تسليم كون المراد منه ذلك، فلا ريب حينئذ فى جواز الإقاله فى الكل و البعض فى السلم و غيره، و يتقسط الثمن حينئذ على النسبه، و الجهاله فى مثله غير قاده قطعاً: نعم فى التذكرة لو أقاله فى بعض السلم ليجعل له الباقي، أو عجل المسلم اليه البعض ليقيله فى الباقي فهى فاسده، أما لو قال للمسلم اليه عجل لى حقى و أخذ دون ما استحقه بطييه من نفسه كان جائزا، لأنه نوع صلح و تراض و الله أعلم.

## [فروع ثلاثة]

### إشاره

فروع ثلاثة

### [الفرع الأول لا تثبت الشفعه بالإقاله]

الأول قد ظهر لك أنه لا تثبت الشفعه بالإقاله و لا خيار مجلس و لا صرف و لا غيره من أحكام البيع، لأنها تابعه للبيع و هي فسخ ليست بيعا، عندنا، لا فى حق الشفيع و لا غيره، بل و لا عقد معاوضه فلا يجرى عليها شىء من أحكام عقود المعاوضه.

### [الفرع الثانى لا تسقط أجره الدلال بالتقابل ]

الفرع الثانى من الواضح أنه لا- تسقط أجره الدلال و الوزن و الناقل و نحوهم بالتقابل، لسبق الاستحقاق الذى لا ينافى ثبوته القابل الطارى الذى هو فسخ من حينه.

### [الفرع الثالث إذا تقايلا رجع كل عوض الى مالكة ]

الفرع الثالث: إذا تقايلا- رجع كل عوض الى مالكة لانفساخ العقد الذى نقلهما عنهما و حينئذ فإن كان موجودا عندهما على مقتضى العقد الذى تقايلا فيه أخذه و ان كان مفقودا مثلا ضمن بمثله ان كان مثليا و الا بقيمته يوم التلف كما صرح به جماعه كظائره، لأن الضمان متعلق بالعين ما دامت، فإذا تلفت تعلق بقيمتها يومئذ، و ليس المراد من الضمان اشتغال الذمه بالقيمه يوم التلف، إذ لا- يعقل اشتغال ذمه المالك بقيمه ماله، بل المراد قيام القيمه يوم التلف مقام العين فى صحه تعلق الإقاله، لمعالميه بدليه المثل و القيمه عن العين فى كل ما يتعلق بها، و ربما احتتمل القيمه يوم القبض لانه ابتداء الضمان، و ضعفه واضح، كوضوح ضعف احتمال الأعلى من يوم القبض الى يوم التلف أو الإقاله.

نعم قد يقال: بضمان القيمه يوم الإقاله، لأنه يوم التعلق، و فيه ان الإقاله لا تشغل ذمه، بل ليست الا فسخا للعقد، فلا بد من قيام بدل العين قبلها، اللهم الا ان يقال ان القيمه يوم التلف قامت مقام العين، فمع فرض تغيرها الى يوم الإقاله تقوم كل

قيمه مقام الأخرى إلى قيمه يوم الإقالة، إذ ليس قيام القيمة يوم التلف مقام العين بأولى من قيام كل من افراد القيمة عن الأخر، بل هو أولى، بل الظاهر الذى قام مقام العين كلى القيمة، و ان قارنت تلك الخصوصية فى يوم التلف، و لا تشغل ذمه بها حتى يتشخص، فيبقى كل فرد من افرادها قائما مقام الأخر إلى يوم الإقالة، فيتعين ذلك الفرد، لانه هو الذى قارن الاستحقاق، فتأمل جيدا فإنه دقيق، و منه يظهر الفرق بين القيمة فى الإقالة و بين الإقالة فى تلف المغصوب.

و على كل حال فالتلف غير مانع من صحه الإقالة كما انه غير مانع من الفسخ بالخيار، للإطلاق الأدله. نعم ينافيها التلف بناء على أنها بيع لعدم معقوليه بيع المعدوم.

نعم احتمال فى التذكرة فيما لو اشترى عباين فتلّف أحدهما صحتها على هذا التقدير، لأنها تصارف القائم فيستتبع التالف، مع ان الأقوى خلافه، و لو تقايلا و المبيع فى يد المشتري، نفذ تصرف البائع فيه، لأنها فسخ، و لا يصح بناء على أنها بيع، و أنه لا يجوز التصرف فى المبيع قبل قبضه، و لو تلف فى يده انفسخت الإقالة بناء على أنها بيع، لان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه، و صححه عندنا الا ان الظاهر كونه مضمونا على المشتري لأنه مقبوض على حكم العوض كالمأخوذ قرضا و سوما، لكن فى التذكرة ان الواجب فيه ان كان متقوما، أقل القيمتين من يوم العقد و القبض، و فيه بحث، و كذا لو تعيب فى يده فإنه يأخذ الأرش منه عندنا، أما على أنها بيع تخير بين إجازه الإقالة مجانا و بين فسخها و أخذ الثمن، بناء على أن حكم البيع كذلك، و لو كان العيب فى يد المشتري قبل الإقالة اقتصر عندنا على أخذ الأرش، لأنه كتلف الكل، أما على البيع و الجهل به يتجه جواز الرد، الى غير ذلك مما لا يخفى عليك جريانه على القولين. نعم ينبغى أن يعلم أن الإقالة تسبب رد كل من العوضين الى المالك إذا كان باقيا على مقتضى العقد الأول أما إذا فرض أن المشتري مثلا باعه ثم استوهبه، أو اشتراه أو ورثه أو نحو ذلك، فقد يقال: بعدم اقتضاء الإقالة رد العين

ضروره عدم اقتضاء فسخ العقد الأول ذلك، لان الفرض انتقاله اليه بعقد آخر، مع احتمال القول بأنه بالإقاله يخاطب برد العين مع التمكن منها كيف ما كان، وفيه منع واضح، ولذا لا يجب عليه شراؤها و ان كان متمكنا منه، بل قد يقال: بعدم وجوب الفسخ عليه لو فرض انتقالها عنه بعقد جائز اللهم الا أن يدعى ان الإقاله منه فسخ له، وفيه منع بل قد يقال: بعدم وجوب دفع العين لو كان قد فسخ العقد بعد الإقاله، لانه دخول جديد في ملكه بعد تعلق حق المقال بالقيمه، و ان كان لا يخلو من نظر، فتأمل جيدا و الله أعلم.

و على كل حال فقول المصنف وفيه وجه آخر فسرته في المسالك بأن القيمي يضمن بمثله، ثم ضعفه و هو كذلك، بل لم يعرف نقل هذا الوجه عن أحد في نظائر المسأله، و ربما فسر بعدم صحه الإقاله مع التلف، و هو أضعف من السابق، إذ لا خلاف بيننا في صحتها معه نعم في التحرير بعد أن صرح برد الثمن مع الإقاله ان كان باقيا، و مثله ان كان تالفا أو قيمته ان لم يكن مثليا قال: «لو تقايلا- بالثمن رجع كل عوض الى مالكة، فلو كان المعوض تالفا فالوجه صحتها، و كان الحكم كما قلناه في الثمن» و ظاهره الفرق بين الثمن و المضمن حيث جزم في الأول و جعله الوجه في الثاني، لكن ضعفه واضح و الله أعلم.

إلى هنا تم الجزء الرابع و العشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله و منه و قد بذلنا غاية جهدنا في تصحيحه و مقابلته للنسخه المصححه التي قوبلت بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه و قد خرج بعون الله تبارك و تعالى خاليا من الأغلاط إلا نرا زهيدا زاغ عنه البصر و يتلوه الجزء الخامس و العشرون في أحكام القرض إنشاء الله تعالى.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩