



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

الكتاب الصالح

بمطبعة المطبعة المطبعة المطبعة

تأليف

مطبعة المطبعة المطبعة المطبعة المطبعة
المطبعة المطبعة المطبعة

المجلد ١٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحدائق الناضرة فى احكام العتره الطاهره

كاتب:

يوسف بحراني

نشرت فى الطباعة:

مجهول (بي جا ، بي نا)

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٨	الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ١٩
١٨	اشاره
١٨	[اتمه كتاب التجاره]
١٨	[اتمه احكام العقود و المعاملات]
١٨	اشاره
١٨	الفصل الثانى فى الخيار
١٨	اشاره
١٨	[المقام] الأول-فى أقسامه
١٨	اشاره
٢٠	الأول خيار المجلس
٢٠	اشاره
٢٩	تنبيهات
٢٩	الأول [لو كان العاقد واحدا عن اثنين]
٣٢	الثانى [عدم الخيار لو اشترى من ينعق عليه]
٣٤	الثالث [اختصاص هذا الخيار بالبيع]
٣٤	الرابع [إمكان تداخل الخيارات]
٣٥	الخامس [لو تنازعا فى التفرق]
٣٥	السادس [النداء بالعقد من بعيد]
٣٥	الثانى خيار الحيوان
٣٥	اشاره
٤٢	الأولى [القول بثبوت الخيار فى الإمامه مده الاستبراء]
٤٢	الثانيه-لو باع الدراهم أو المتاع بالحيوان
٤٥	الثالثه-هل مبدء الخيار [من حين العقد أو التفرق]

- ٤٥ الرابع [سقوط خيار الحيوان بالاشتراط]
- ٥٠ الخامسة [هل يثبت الخيار إذا كان الثمن حيواناً؟]
- ٥٠ الثالث-خيار الشرط
- ٥٠ اشاره
- ٥٤ الأول [لو تخلف عن الشرط]
- ٥٥ الثاني [جواز اشتراط مده يرد فيها البائع الثمن و يرتجع المبيع]
- ٥٧ الثالث [هل يملك المبيع بالعقد أو بمضى مده الخيار؟]
- ٥٧ الرابع [حكم منافع المبيع مده الخيار]
- ٥٨ الخامس [لزوم كون الشرط فى متن العقد]
- ٥٨ السادس-خيار الشرط ثابت لمن اشترطه
- ٥٨ السابع-يجب أن يكون المده مضبوطه
- ٥٨ الثامن [مبدأ هذا الخيار]
- ٥٩ التاسع [عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف و لا بالشرط]
- ٥٩ العاشر [جواز اشتراط المؤامره]
- ٦٠ الرابع-خيار الغبن
- ٦٤ الخامس-خيار التأخير
- ٦٤ اشاره
- ٦٦ الأول [شروط هذا الخيار]
- ٦٧ الثاني [عدم سقوط هذا الخيار بمطالبه البائع بالثمن بعد الثلاثه]
- ٦٩ الثالث-لو بذل المشتري الثمن بعد الثلاثه
- ٦٩ الرابع [لو تلف المبيع بعد الثلاثه]
- ٧١ الخامس [لو قبض المبيع و تعذر الثمن]
- ٧١ السادس [لو قبضه المشتري ثم تلف]
- ٧٢ السابع [حمل قوله «ما لا يفسد» على ما هو أعم من الحيوان]
- ٧٣ السادس-خيار ما يفسد ليومه
- ٧٣ اشاره

٧٥	تنبيهات
٧٥	الأول [هذا الخيار فرد من افراد خيار التأخير]
٧٦	الثانى [تخيير البائع بعد مضى اليوم بين الصبر و الفسخ]
٧٦	الثالث [اشتراط عدم التقابض]
٧٧	السابع خيار الرؤيه
٧٧	اشاره
٧٩	فروع
٧٩	الأول:
٨٠	الثانى:
٨٠	الثالث:
٨٠	الرابع:
٨٠	الخامس:
٨٢	«الثامن خيار العيب»
٨٧	المقام الثانى فى أحكام الخيار
٨٧	اشاره
٨٧	الأولى [تبوت خيار الشرط فى تمام أنواع العقود]:
٨٨	الثانيه [بطلان الشرط المؤدى إلى الجهاله و الشرط المخالف للكتاب و السنه]:
٩٢	الثالثه [انتقال الخيار إلى الوراث]:
٩٣	الرابعه [كيفية التملك بالعقد مده الخيار]:
٩٧	الخامسه [تلف المبيع قبل القبض]
١٠١	الفصل الثالث فى أحكام العيوب
١٠١	اشاره
١٠١	الأولى [اقتضاء العقد السلامه]
١١٢	الثانيه [حكم العيب لو كان سابقا على العقد أو لاحقا عنه]
١١٥	الثالثه [تقديم قول المشتري لو اختلفا فى البراءه عن العيوب]
١١٦	الرابعه [أحكام التصريه]

- الخامسه [عدم إطلاق العيب على الثيبوبه] ١٢٢
- السادسه الإباق الحادث عند المشتري ١٢٤
- السابعه [عدم الخيار بالعيب الذى جرت العاده بمثله] ١٢٥
- الثامنه [اختلاف المتبايعين فى زمان حصول العيب] ١٢٦
- التاسعه [إذا اشترى أمه لا تحيض فى سته أشهر و مثلها تحيض] ١٢٧
- العاشر [رد المملوك من أحداث السنه] ١٢٨
- الحادى عشر-إذا حدث فى الحيوان عيب بعد القبض من غير جهه المشتري، و قبل انقضاء الثلاثه ١٣٤
- الثانيه عشر [تعداد العيوب فى المملوك] ١٣٦
- الثالثه عشر [عدم بطلان الخيار بعدم الرد بعد العلم] ١٤١
- الفصل الرابع فى أحكام العقود ١٤٢
- اشاره ١٤٢
- [المطلب الأول-فى النقد و النسيئه ١٤٢
- اشاره ١٤٢
- [المسأله] (الاولى)-من اشترى مطلقا كان الثمن حالا ١٤٣
- المسأله الثانيه [صحه البيع الثانى لو اشتراه البائع فى حال كون البيع الأول نسيئه] ١٤٩
- المسأله الثالثه [عدم وجوب دفع الثمن قبل الأجل] إذا ابتاع شيئا مؤجلا ١٥٥
- المسأله الرابعه [جواز بيع المتاع حالا و مؤجلا بزياده عن قيمته] : ١٥٧
- المسأله الخامسه [عدم جواز تأخير ثمن المبيع بالزياده، و جواز تعجيلها بالنقصان] : ١٥٨
- المسأله السادسه [جواز ابتاع جميع الأشياء حالا و ان لم يكن حاضرا فى الحال] ١٦٤
- المطلب الثانى فيما يدخل فى المبيع ١٦٨
- المطلب الثالث فى التسليم ١٧٧
- اشاره ١٧٧
- الأول [فى القبض و الإقباض] ١٧٨
- الثانى [لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتاع] ١٨٢
- الثالث [كفايه القبض المعترف لإسقاط الضمان] ١٨٣
- الرابع [حكم ما لو كان المبيع مكيبلا أو موزونا] ١٨٣

- الخامس [الحاق المعدود بالمكيل و الموزون] ١٨٦
- السادس [تلف المبيع أو نقصان قيمته قبل التسليم إلى المشتري] ١٨٨
- السابع [حكم النماء قبل القبض] ١٨٩
- الثامن- لو باع جمله فتلّف بعضها ١٨٩
- التاسع إذا باع شيئاً فغصب من يد البائع ١٩٢
- العاشر [بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه] ١٩٣
- اشاره ١٩٣
- فوائد ٢٠٥
- الاولى لو باع على تقدير القول بالتحريم مطلقاً أو في غير التوليه ٢٠٥
- الثانيه [هل الخلاف في الطعام خاصه أو المكيل و الموزون مطلقاً] ٢٠٦
- الثالثه: لو ملك ما يريد بيعه بغير بيع ٢٠٦
- الحادى عشر [لو كان له على غيره طعام من سلم، و عليه مثل ذلك] ٢٠٧
- الثانى عشر- لو كان له على غيره طعام من سلم، فدفع اليه مالا و قال اشتر به طعاما ٢٠٩
- الثالث عشر [إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه] ٢١١
- الرابع عشر- لو كان في ذمته طعام، و أراد منه أو قيمته في بلد أخرى ٢١٢
- اشاره ٢١٢
- الأول- أن يكون الطعام سلفا ٢١٢
- الثانى- لو كان الطعام قرضاً ٢١٥
- الثالث أن يكون غصباً ٢١٦
- الخامس عشر [لو اشترى عينا بعين، و قبض احدى العينين] ٢١٦
- المطلب الرابع في اختلاف المتبايعين ٢١٧
- اشاره ٢١٧
- الأولى [اختلاف المتبايعين في نوع النقد] ٢١٧
- الثانيه- إذا اختلفا في قدر الثمن ٢١٨
- اشاره ٢١٨
- تنبيهات ٢٢١

- الأول [عدم جريان الخلاف لو تنازعا بعد تلفه في-يد البائع] ٢٢١
- الثاني [عدم جريان الخلاف لو كان الثمن معيناً] ٢٢٢
- الثالث [حكم ما لو كانت العين باقية و لكن انتقلت انتقالاً لازماً] ٢٢٢
- الثالثه-لو اختلفا في تأخير الثمن و تأجيله أو في قدر الأجل في اشتراط رهن أو ضميين ٢٢٣
- الرابعه-لو اختلفا في المبيع ٢٢٣
- الفصل الخامس في أقسام البيع بالنسبه الى الاخبار بالثمن و عدمه ٢٢٥
- اشاره ٢٢٥
- الأول في العبارة ٢٢٧
- الثاني-في الأحكام: ٢٢٩
- اشاره ٢٢٩
- الاولى-لو اشترى جملته لم يجز له بيع بعضها مرابحه ٢٢٩
- الثانيه-إذا اشترى نسيئته ثم باعه و لم يخبر بالأصل ٢٣٠
- الثالثه [عدم جواز أن يبيع الإنسان مرابحه بالنسبه إلى أصل المال] ٢٣٣
- الرابعه لو باع مرابحه فظهر أن رأس ماله كان أنقص ٢٣٤
- الخامسه-إذا دفع الى الدلال متاعاً و قومه عليه بقيمه و لم يواجهه البيع ٢٣٥
- السادسه:إذا قال:بعتك بمائه مواضعه العشره درهما - ٢٣٨
- الفصل السادس في الربا - ٢٤١
- اشاره ٢٤١
- [المسأله] الأولى [اشتراط كون العوضين من جنس واحد] ٢٤٩
- اشاره ٢٤٩
- الأول أن يكونا معا ربويين ٢٥٠
- اشاره ٢٥٠
- الأول-أن يكونا ربويين، و يتحد الجنس ٢٥٠
- الثاني أن يختلف الجنس و يكون أحدهما من الأئمان،و الآخر من العروض ٢٥١
- الثالث-أن يختلف الجنس و يكونا عرضيين ٢٥١
- الثاني أن يكونا غير ربويين ٢٥٤

- الثالث: أن يكون أحدهما ربويًا، والأخر غير ربوي ٢٦١
- المسألة الثانية [حكم بيع الحنطة بالشعير] ٢٦١
- المسألة الثالثة [حكم بيع الجنس بما يعمل منه] ٢٦٧
- المسألة الرابعة [في بيع الرطب بالتمر و كل رطب ببابسه] ٢٧٤
- المسألة الخامسة [في أن كل شيء و ما تفرع منه واحد] ٢٧٨
- المسألة السادسة [في حكم بيع اللحم بالحيوان] ٢٨٠
- المسألة السابعة [في أن الربا ليس إلا في المكيل أو الموزون] ٢٨٣
- المسألة الثامنة [في أن المعتبر في المكيل و الموزون عادة البلدان] ٢٨٦
- المسألة التاسعة [موارد عدم جريان الربا] ٢٩٠
- اشاره ٢٩٠
- الأول [المراد بالولد في هذا المقام] ٢٩٥
- الثاني [عدم الفرق بين الزوجه الدائمه و المتمتع بها] ٢٩٥
- الثالث [حكم الربا بين المسلم و المشرك] ٢٩٥
- الرابع [وجه عدم جريان الربا بين السيد و عبده] ٢٩٦
- الخامس [حكم الربا بين المسلم و الذمي] ٢٩٨
- السادس [حكم الربا بين المؤمن و المخالف] ٢٩٨
- تنبيهات ٢٩٩
- الاولى [جواز بيع درهم و دينار أو درهم و متاع بدينارين أو درهمين] ٢٩٩
- الثاني [جواز بيع مد طعام، بمد طعام و ان كان في أحدهما فضل] ٣٠١
- الثالث [حكم بيع السمن بالزيت متفاضلا نسيئته و نحوه] ٣٠٢
- الرابع [جواز بيع الحنطة بالسويق منه و بالخبز و الفالودج المتخذ من النشاء] ٣٠٣
- الخامس [وجه التخلص من الربا] ٣٠٣
- الفصل السابع في الصرف ٣١١
- اشاره ٣١١
- المسألة الأولى [اشتراط التقابض قبل التفرق] ٣١٢
- اشاره ٣١٢

- ٣١٨ فروع
- ٣١٨ الأول [لو قبض البعض]
- ٣١٨ الثاني [لو وكل أحدهما في القبض عنه]
- ٣١٨ الثالث [إذا اشترى دراهم بدنانير، ثم اشترى بها دنانير قبل القبض]
- ٣٢٠ الرابع-لو كان له عليه دراهم فاشترى بها دنانير
- ٣٢٣ المسألة الثانية [وجوب تساوى الجنس مع الاتحاد]
- ٣٢٤ المسألة الثالثة [حكم ما إذا كان في الفضة غش مجهول] :
- ٣٢٧ المسألة الرابعة [فى أحكام بيع تراب المعدن] :
- ٣٣٤ المسألة الخامسة [فى أحكام بيع المراكب و الأشياء المحلاه]
- ٣٤٢ المسألة السادسة [فى حكم ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغه خاتم]
- ٣٤٥ المسألة السابعة- [فى حكم] الأوانى المصبوغة من الذهب و الفضة
- ٣٤٦ المسألة الثامنة [حكم ما لو اشترى ثوبا بمائه درهم الا دينارا أو بمائه دينار الا درهما]
- ٣٤٨ المسألة التاسعة [فى أحكام تراب الصياغة]
- ٣٥١ المسألة العاشرة [فى أن الدراهم و الدنانير يتعين بالتعيين]
- ٣٥١ اشاره
- ٣٥١ الأولى إذا اشترى دراهم بمثلها معينه
- ٣٥٢ الثانيه-لو كان البعض من الجنس و البعض الآخر من غيره
- ٣٥٢ الثالثه-لو كان الجنس واحدا و به عيب
- ٣٥٣ المسألة الحادية عشر-إذا اشترى دراهم بدراهم فى الذمه
- ٣٥٦ المسألة الثانية عشر-إذا اشترى دينارا بدينار فاتفق الزيادة فى الدينار
- ٣٦١ الفصل الثامن فى بيع الثمار
- ٣٦١ اشاره
- ٣٦١ [المطلب] الأول-فى ثمره النخل
- ٣٦١ اشاره
- ٣٦١ [المقام] الأول-فى بيعها عاما واحدا قبل ظهورها مع عدم ضميمة
- ٣٦٧ المقام الثانى-المسألة الأولى بحالها الا أن المبيع مع الضميمة

- المقام الثالث- فى بيعها قبل الظهور أزيد من عام واحد ٣٦٨
- المقام الرابع- فى بيعها بعد الظهور و قبل بدو صلاحها ٣٧٠
- اشاره ٣٧٠
- [الفائده] الأولى [ما المراد ببدا صلاح؟] ٣٧٣
- الثانيه ٣٧٥
- المطلب الثانى فى أثمار سائر الأشجار ٣٧٦
- المطلب الثالث فى الخضر ٣٨٠
- المطلب الرابع فى الأحكام ٣٨٢
- اشاره ٣٨٢
- [المسأله] الأولى لو باع الأصول بعد انعقاد الثمره [و قبلها] ٣٨٢
- المسأله الثانيه [جواز استثناء ثمره شجره أو حصه مشاعه و نحوهما] ٣٨٥
- المسأله الثالثه [إذا باع ما بدا صلاحه فأصيب قبل قبضه] ٣٨٦
- اشاره ٣٨٦
- الأول [مبنا الحكم بتلفه من مال البائع] ٣٨٧
- الثانى ٣٨٨
- الثالث ٣٨٨
- الرابع ٣٨٩
- المسأله الرابعه [حكم المزايئه و المحاقله] ٣٨٩
- اشاره ٣٨٩
- الأول [معنى المزايئه و المحاقله] ٣٨٩
- الثانى [امورد استعمال المزايئه و المحاقله] ٣٨٩
- الثالث [هل يعم حكم المزايئه و المحاقله غيرهما؟] ٣٩١
- الرابع [مستند تحريم المزايئه و المحاقله] ٣٩٤
- الخامس [اختلاف العبارات و النصوص فى التعبير عن المبيع فى المحاقله] ٣٩٤
- السادس هل ينسحب حكم النخل الى غيره من ثمار أشجار الفواكه و غيرها؟ ٣٩٦
- المسأله الخامسه [استثناء العريه من حكم المزايئه] ٣٩٦

- ٣٩٦ اشارة
- ٣٩٧ [فوائد]
- ٣٩٧ اشارة
- ٣٩٨ الاولى [فى شروط بيع العريه]
- ٣٩٩ الثانيه [الخلاف فى موضع النخله هنا]
- ٤٠٠ الثالثه [عدم وجوب التماثل فى الخرص بين ثمرتها بعد الجفاف و ثمنها]
- ٤٠٠ الرابعه [عدم العريه فى غير النخل]
- ٤٠٠ المسأله السادسه [فى القباله]
- ٤٠٣ المسأله السابعه [اجواز بيع الزرع قائما على أصوله]
- ٤١١ الفصل التاسع فى بيع الحيوان
- ٤١١ اشارة
- ٤١١ [المقصد] الأول فيمن يصح تملكه و من لا يصح
- ٤١١ اشارة
- ٤١١ [المسأله] الأولى [فى أحكام بيع الحيوان]
- ٤١٤ المسأله الثانيه [فى أنه لا يستقر للرجل ملك أصوله و لا فروعه]
- ٤٢٥ المسأله الثالثه [فى أحكام اللقيط و المنبوذ]
- ٤٢٩ المسأله الرابعه [فى أنه لو ملك أحد الزوجين صاحبه ينفسخ الزوجيه]
- ٤٣١ المسأله الخامسه [فى أن من أقر على نفسه بالعبوديه قبل منه]
- ٤٣٥ المقصد الثانى فى الأحكام المترتبه على الابتياح و ما يلحق ذلك
- ٤٣٥ اشارة
- ٤٣٥ [المسأله] الأولى [فى أحكام بيع الحامل]
- ٤٣٥ اشارة
- ٤٣٩ تذييب
- ٤٣٩ المسأله الثانيه [فى أن العبد هل يملك شيئاً؟]
- ٤٤٢ المسأله الثالثه [فى حكم من اشترى عبداً و له مال]
- ٤٤٢ اشارة

- ٤٤٨ تذييب
- ٤٤٩ المسأله الرابعه-إذا حدث فى الحيوان عيب
- ٤٤٩ اشاره
- ٤٤٩ أحدها أن يكون ذلك العيب سابقا على البيع مع جهل المشتري به
- ٤٥٠ الثانيه ما لو تجدد بعد العقد و قبل القبض
- ٤٥٠ الثالثه-ما لو قبضه ثم تلف أو حدث فيه عيب فى الثلاثه
- ٤٥١ الرابعه ما لو حدث العيب بعد القبض و بعد مضى الثلاثه
- ٤٥١ المسأله الخامسه
- ٤٥١ اشاره
- ٤٥١ الأول-ما لو استثنى البائع الرأس و الجلد مثلا
- ٤٥٤ الثاني-ما لو اشترك اثنان أو جماعه و شرط أحدهم ذلك
- ٤٥٤ اشاره
- ٤٥٤ تذييب
- ٤٥٤ الثالث-ما لو قال اشتر حيوانا بشركتى
- ٤٥٧ الرابع-ما لو قال له:الربح لنا و لا خسران عليك
- ٤٦٠ المسأله السادسه [ما يستحب و يكره فى شراء المماليك]
- ٤٦٠ اشاره
- ٤٦٧ تنبيهات [فى أحكام التفرقه بين الأطفال و أمهاتهم]
- ٤٦٧ الأول [هل يختص الحكم بالصغير فقط؟]
- ٤٦٨ الثاني-انه على تقدير القول بالتحريم هل يحكم بطلان البيع أيضا أم لا؟
- ٤٦٩ الثالث [هل يعم الحكم الأرحام المشاركه فى الشفقه]
- ٤٦٩ الرابع أنه هل يلحق بالبيع غيره؟
- ٤٧٠ الخامس [موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبن]
- ٤٧٠ السادس [عدم تعدى الحكم إلى البهيمة]
- ٤٧٠ المسأله السابعه [فى وجوب استبراء الأمه على البائع و المشتري]
- ٤٧٠ اشاره

- الأول [كيفية الاستبراء] ٤٧٠
- الثانى [مدته الاستبراء] ٤٧٢
- اشاره ٤٧٢
- فرعان ٤٨٢
- الأول [ملكيه الجاربه فى زمان الاستبراء] ٤٨٢
- الثانى [النفيه مدته الاستبراء] ٤٨٣
- الثالث [موارد سقوط الاستبراء] ٤٨٣
- اشاره ٤٨٣
- الصغيره ٤٨٣
- و منها اليائسه ٤٨٣
- و منها ما لو أخبر البائع بالاستبراء مع كونه ثقه ٤٨٤
- و منها ما لو كانت لامرأه ٤٨٨
- و منها الحامل ٤٨٨
- و منها الحائض ٤٨٨
- المسأله الثامنه [فى أحكام وطئ الحامل] ٤٩٢
- المسأله التاسعه-لو اشترى جاربه و أولدها ثم ظهر أنها مستحقه لغير البائع ٥٠٦
- المسأله العاشره [فى حكم من اشترى جاربه سرقته من أرض الصلح] ٥١٢
- المسأله الحاديه عشر [فى حكم ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام(ع)] ٥١٦
- المسأله الثانيه عشر [فيما لو دفع الى مأذون مالا ليشتري به نسمه] ٥٢١
- المسأله الثالثه عشر [حكم من اشترى عبدا و كان عند البائع عبادان] ٥٢٤
- المسأله الرابعه عشر [فيما إذا كانت الجاربه بين الشركاء فوطئها أحدهم] ٥٢٨
- اشاره ٥٢٨
- الأول [سقوط الحد مع الشبهه] ٥٢٩
- الثانى [الحد هنا الجلد خاصه] ٥٢٩
- الثالث [سقوط الحد بالنسبه الى حصته] ٥٢٩
- الرابع [تقويم الأمه على الواطئ بنفس الوطئ] ٥٣٠

الخامس [صيرورتها مع الحمل أم ولد] ٥٣٢

السادس-المعتبر في قيمه الولد قيمته يوم سقطه حيا ٥٣٢

السابع [عدم دخول الجارية في ملك الواطئ بمجرد الحمل] ٥٣٣

الثامن ٥٣٣

التاسع [عدم وجوب شيء بالوطئ مع عدم الحمل إلا أن تكون بكرا] ٥٣٣

العاشر [حكم مهر الأمة العالمه المطاوعه] ٥٣٤

الحادى عشر [حريه الولد حين انعقاده] ٥٣٤

الثانيه عشر-لو سقط الولد بجنايه جان عليه ٥٣٥

المسأله الخامسه عشر-لو تنازع المأذون بعد شراء كل منهما صاحبه من مولاه فى الأسبق ٥٣٥

تعريف مركز ٥٣٩

الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهره المجلد ١٩

اشاره

سرشناسه : بحراني، يوسف بن احمد، ق ١١٨٦ - ١١٠٧

عنوان و نام پديدآور : الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهره / تاليف يوسف البحراني

مشخصات نشر : قم.

وضعيت فهرست نویسی : فهرست نویسی قبلي

يادداشت : فهرست نویسی براساس جلد هجدهم

يادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ٥٥٦٠٩

ص: ١

[تمه كتاب التجاره]

[تمه أحكام العقود و المعاملات]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين

الفصل الثاني في الخيار

اشاره

و الكلام هنا يقع في أقسامه و أحكامه، فالواجب بسط ذلك في مقامين:

[المقام الأول - في أقسامه]

اشاره

،فبعضهم عددها خمس، و آخر سبعة، و ثالث ثمانية، و أنهاها رابع إلى أربعة عشر قسما، و نحن نذكر الثمانية الدائرة في كلام الأ-كثر-إنشاء الله (تعالى)- و نبين ما دلت عليه الأدلة الشرعية من أحكامها، و ما لم يتم عليه دليل و الله (سبحانه) الهادي إلى سواء السبيل، و الموفق للنجاه من مهاوى الضلال و التضليل.

فنقول: ينبغي أولا- ان يعلم ان مقتضى البيع اللزوم، قال في التذكرة: و الأصل في البيع اللزوم، لان الشارع قد وضعه مفيدا لنقل الملك من البائع إلى المشتري و الأصل الاستصحاب، و كون الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و انما يتم باللزوم ليا من من نقض صاحبه عليه، و انما يخرج عن أصله بأمرين: أحدهما ثبوت الخيار، و الثاني ظهور عيب في أحد العوضين انتهى و هو

جيد، ويدل على لزوم الكتاب أو السنه، نحو قوله (تعالى) (١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و أخبار (٢)

«المؤمنون عند شروطهم». و نحوها و حينئذ فيجب الوقوف على مقتضى هذه القاعده حتى يقوم الدليل على الخروج عنها فى بعض الموارد، و هى ما ذكره فى هذا المقام من الخيار، و نحن نذكر اقسامه واحدا واحدا، معطين البحث فيها حقها من التحقيق، مستمدين الإعانه ممن بيده التوفيق.

الأول خيار المجلس

إشاره

هكذا اشتهر التعبير عن هذا النوع فى ألسنه الفقهاء، قال فى المسالك: اضافه هذا الخيار الى المجلس، اضافه الى بعض أمكنته، فان المجلس موضع الجلوس، و ليس بمعتبر فى تحقق هذا الخيار، بل المعتبر فيه مكان العقد مطلقا، أو فى معناه (٣) و الأصل فيه

قول النبى صلى الله عليه و آله (٤)

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا». و هو أوضح دلالة من عباره الفقهاء. انتهى.

أقول: و الظاهر ان التسميه خرجت بناء على ما هو الغالب من وقوع ذلك حال الجلوس، و الاستقرار فى مكان، و باب التجوز فى مثله واسع، و هو ثابت للمتبايعين -سواء كانا مالكين، أو وكيلين، أو متفرقين- بعد انعقاد البيع بالإيجاب و القبول.

ص: ٤

١-١ (١) سورة المائده الآيه-١.

٢-٢ (٢) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الرقم ٤.

٣-٣ (٣) أقول: لعل المراد بما فى معناه، هو قيامها فى موضع العقد مصطحبين بحيث لم يفارق أحدهما الآخر، زياده على ما كان عليه وقت العقد، فان الخيار باق لهما، و أولى منه لو تقاربا. منه رحمه الله.

٤-٤ (٤) الكافى ج ٥ ص ١٧٠ الوسائل الباب-١- من أبواب الخيار الرقم-٢.

و يدل عليه-زياده على الاتفاق-الأخبار المتضافره:

منها ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن زراره (١) عن أبى جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام الحديث.»

و رواه

المشايخ الثلاثة بسند آخر عن زراره (٢) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قلت له: الرجل يشتري المتاع» الحديث. الى آخر ما نقلناه منه، و سيأتى إنشاء الله تعالى.

و روى

فى الكافى عن محمد بن مسلم فى الصحيح (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام.»

و روى فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن الفضيل (٤) و هو ابن يسار-عن الصادق عليه السلام» قال: قلت: ما الشرط فى الحيوان؟ فقال: إلى ثلاثة أيام للمشتري، قلت:

و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال:

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد

ص: ٥

١- ١) الكافى ج-٥- ص ١٧٠ الوسائل الباب-١- من أبواب الخيار الرقم-٢.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٧١.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٧٠ الوسائل الباب-١- من أبواب الخيار الرقم-١.

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ١٧٠ الوسائل الباب-١- من أبواب الخيار الرقم-٣.

الرضا منهما».

و روى المشايخ الثلاثة عن الحلبي فى الصحيح (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«أىما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع».

و زاد فى الكافى و التهذيب قال: و قال أبو عبد الله عليه السلام:

أن أبى اشترى أرضا يقال لها: العريض، فلما استوجبهما قام فمضى، فقلت يا أبت عجلت بالقيام، فقال: يا بنى إنى أردت أن يجب البيع».

و روى فى الكافى عن محمد بن مسلم (٢) فى الصحيح أو الحسن قال:

« سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: بايعت رجلا، فلما بعته قمت فمشيت خطأ، ثم رجعت الى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا».

و أما ما رواه

الشيخ (٣) عن غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام قال: قال على عليه السلام:

إذا صنف الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا». فقد أجاب الشيخ عنه فى الاستبصار بالبعيد، و الأظهر حملة اما على أن المراد بالصفقه على البيع يعنى إمضاء البيع و التزامه و الرضا به، كما سيأتى -إنشاء الله- ذكره فى مسقطات الخيار، أو على التقيه، و هو الأقرب، فإنه مذهب أبى حنيفة.

و قد نقل عنه، أنه رد على رسول الله صلى الله عليه و آله فى أربعمائيه حديث.

منها حديث

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا». نقله عنه الزمخشري فى كتاب ربيع

ص: ٦

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٧٠ الوسائل الباب-١- من أبواب الخيار الرقم-٦.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٧١ الوسائل الباب-٢- من أبواب الخيار الرقم-١.

٣- ٣) الوسائل الباب-١- من أبواب الخيار الرقم-٧.

الأبرار مع أنه حنفى المذهب.

و قد نقلنا جملة من هذه الأحاديث التى رد بها على النبى صلى الله عليه و آله فى مطاعنه، فى مقدمه كتابنا سلاسل الحديد فى تقييد ابن ابى الحديد بنقل ابن الجوزى من علمائهم و يؤيد ذلك أن الراوى عامى.

و بالجملة فهو على ظاهره غير معمول عليه فى مقابله هذه الاخبار التى سردناها، المؤيده باتفاق الطائفة المحققة على الحكم المذكور، و إطلاق الاخبار المذكوره شامل لما قدمنا ذكره من كون المتبايعين مالكين أو وكيلين أو بالتفريق، لصدق البيعان على الجميع، و هما من وقع منهما الإيجاب و القبول.

ثم ان العلامة فى التذكرة و من تأخر عنه، ذكروا أن مسقطات الخيار فى هذا المقام أربعة.

أحدها- اشتراط سقوطه فى العقد، و لا خلاف فيه بين الأصحاب رضى الله عنهم، و يدل عليه الاخبار (1) الداله على وجوب الوفاء بالشروط إلا شرطاً حرم حلالاً، أو حلالاً حراماً، انما الخلاف فيما لو شرطاه قبل العقد.

قال فى الخلاف: «مسأله: إذا شرطاً قبل العقد أن لا- يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط، و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول، ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعى، ثم قال: دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط، و الأصل جوازه، و عموم الاخبار فى جواز الشرط يتناول هذا الموضع انتهى.

و قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه: و عندى فى ذلك نظر، لان الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع فى متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد، و تبايعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه. انتهى.

ص: ٧

أقول:الظاهر أن كلام الشيخ-رحمه الله-لا يخرج عما ذكره أخيرا بقوله «نعم»و انما مراده ذلك،و لو شرط أحدهما خاصه سقط خياره وحده.

و ثانيها-إيجابهما العقد بعد وقوعه،و التزامهما به بأن يقولوا:تخيرنا،أو اخترنا إمضاء العقد،أو أمضينا العقد أو التزمنا به،و نحو ذلك من الألفاظ الداله على هذا المعنى،و نقل عليه في التذكرة الإجماع.

و لقائل أن يقول:انه حيث لا نص على ما ذكره هنا،و قد عرفت أن مقتضى العقد للزوم كما تقدم ذكره في صدر البحث،و هذا الكلام من قولهما اخترنا أو أمضينا لا يدل على مزيد مما دل عليه العقد بمقتضاه،و ان كان ذلك مؤكدا لما دل عليه العقد من اللزوم،و الروايات دلت على انهما-بعد هذا العقد مؤكدا أو خاليا من التأكيد-لهما الخيار الى أن يفترقا،فيصدق هنا أن لهما الخيار،و ان قالا ما قالاه من هذه الألفاظ،الا أن يقال:ان هذه الألفاظ في قوه اشتراط سقوط الخيار،فيرجع الى الأول.

و بالجملة فإن باب المناقشه غير مسدود فيما ذكره هنا.

ثم انهم ذكروا أنه لو اختار أحدهما و رضى الآخر،فهو في حكم الاختيار أيضا، إذ لا يختص بلفظ،بل كل ما دل على التراضي فهو كاف،و لو أوجه أحدهما خاصه سقط خياره،و لو وقع ذلك في العقد،فالظاهر أنه من قبيل الشروط التي دلت الاخبار على وجوب الوفاء بها،و قبله يبنى على ما تقدم في المسقط الأول.

و لو خير أحدهما صاحبه فسكت،فلا خلاف في بقاء خيار الساكت،و أما المخير فالمشهور أيضا بقاء خياره،و هو قول الخلاف و المبسوط،و وجهه أنه لم يحصل منه ما يدل على سقوط الخيار،و مجرد تخييره صاحبه لا يدل على الإمساك بشيء من الدلالات الثلاث.

و نقل عن الشيخ أيضا القول بسقوط خياره،استنادا الى ما روى

عن النبي

ص: ٨

صلى الله عليه وآله (١) بعد قوله ما لم يفترقا «أو يقل أحدهما لصاحبه اختر». و رد بعدم ثبوت هذه الزيادة في أخبارنا.

و أجاب العلامة في المختلف بعد تسليم صحه الخبر، بأنه خيره فاختر.

و في هذا الجواب ما لا يخفى، إذ لا يخفى أن محل الكلام إنما هو المخير بصيغه اسم الفاعل، و ان تخيره لصاحبه يدل على اختياره الإمساك، و ظاهر كلامه أن الذى اختار إنما هو المخير بصيغه اسم المفعول و هو ليس محل البحث، و بالجمله فالحديث غير ثابت في أخبارنا فلا حجه فيه.

ثالثها: التصرف، فان كان من البائع فى المبيع فهو فسخ منه المعقد، فيبطل البيع، و يبطل خيارهما، و ان كان من المشتري فى المبيع فهو التزام بالمبيع، و يبطل خياره، و يبقى خيار البائع، و ان كان التصرف فى الثمن فالظاهر أن الأمر بالعكس، و لو كان التصرف من المشتري فى المبيع و من البائع فى الثمن فهو التزام بصحة البيع، و بالعكس التزام ببطلانه، و لو تصرفا فى المبيع أو الثمن فظاهر كلامهم أنه يقدم من تصرفه فسخ، فلو تصرفا فى المبيع قدم تصرف البائع، و فى الثمن قدم تصرف المشتري.

و هكذا لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر قدم الفاسخ، و ان تأخر عن الإجازة، لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ، دون الإجازة لأصالتها، و كذا يقدم الفاسخ على المجيز: فى كل خيار مشترك، لاشتراك الجميع فى العله المذكوره.

قال فى التذكرة: «لو اختار أحدهما الإضاء و الآخر الفسخ قدم الفسخ على الإجازة، إذ لا يمكن الجمع، و لا انتفاؤهما، لا شتماله على الجمع بين النقيضين، فيتعين تقدم أحدهما، لكن الذى اختار الإضاء قد دخل فى عقد يفسخ باختيار صاحبه الفسخ، و رضى به، فلا أثر لرضاه به لازما بعد ذلك. انتهى.

ص: ٩

قيل: و المراد من التصرف هنا: ما هو أعم من الناقل وغيره، و أكثر عبارات الأصحاب انما اشتملت على التصرف بقول مطلق، و لهذا ان ظاهر المحقق الأردبيلي -هنا- المناقشه في ذلك، بل في أصل الحكم حيث لم يرد به دليل في النصوص، حيث قال: ثم ان المراد بالتصرف غير ظاهر، و هل هو اللانزم و المخرج عن الملك أو أعم فهو مجمل، و كذا دليله ايضا غير واضح، إذ مجرد التصرف في المبيع مثلا لا يدل على الفسخ من جانب البائع، إذ قد يكون سهوا أو لغرض آخر مباح أو حرام.

و بالجملة انه أعم، الا أن تدل قرينه، و مع ذلك قد لا يكون الفعل كافيا في اختيار الفسخ، و يحتاج الى اللفظ فتأمل انتهى.

و بالجملة فإن جملة من شقوق المسأله لا تخلو من الاشكال، سيما لو وقع التصرف الناقل للمبيع من المشتري مع بقاء خيار البائع كما نبه عليه في المسالك (١).

و رابعها- التفرق بمعنى مفارقه كل منهما صاحبه، و يصدق بانتقال أحدهما من مكانه بحيث يبعد عن صاحبه، و لا يشترط القيام و المشى خطأ، و ان كان أظهر في التفرق كما دلت عليه جملة من الاخبار المتقدمه و لو قاما مصطحبين بحيث لم يحصل التباعد بينهما زياده على حال العقد، فالخيار باق، لعدم حصول الافتراق.

و كذا لو ضرب بينهما بستر رقيق كالثوب و نحوه أو غليظ كالجدار أو مانع من الاجتماع كالنهر العظيم لم يمنع الخيار لعدم صدق الافتراق بشيء من ذلك الذى هو كما عرفت عبارته عن التباعد عن الحد الذى كانا عليه وقت العقد خلافا لبعض العامه هنا حيث أسقط به الخيار.

و كذا لو أكرها على التفرق فإنه لا يسقط الخيار، و الوجه فيه أن الذى دلت الاخبار على كونه مسقطا انما هو التفرق الذى هو فعل اختيارى لهما، و التفريق بينهما قهرا ليس كذلك، فلا يكون داخلا تحت النص.

و بذلك يظهر أن ما ذكره فى الكفايه بقوله و لا أعلم نصا فى هذا الباب و كذا

ص: ١٠

١- ١) حيث قال: بعد ان ذكر أنه لا فرق فى التصرف بين الناقل للملك و غيره ما لفظه لكن لو وقع الناقل من المشتري مع بقاء خيار البائع ففى صحته اشكال. انتهى منه رحمه الله.

قول المحقق الأردبيلي - و قيد المفارقة المسقطه بالاختيار و ما رأيت له دليلا في النص، و لعل وجهه ما يتخيل أن الفعل الجبرى بمنزله العدم، فإنه ما فعله باختياره فكأنه بعد باق في محله خصوصا إذا كان عارفا بالمسألة و أراد الجلوس لعله يظهر له وجه يدل على مصلحته في هذا العقد. انتهى - غير موجه.

و فيه ما عرفت من أن النص الموجب لسقوط الخيار هو الافتراق و التفرق، الظاهر في كونهما باختيار المكلف و إرادته، و هذا هو الذى يناسب الإسقاط بأن يفعل ذلك لأجل إسقاط الخيار كما سمعت من أخبار مولانا الباقر عليه السلام.

و أما الجبر على التفرق فلا يدخل تحت إطلاق اللفظين المذكورين، و لا يصح كونه سببا للغرض المترتب على ذلك.

و بالجملة فإن كلام هذين الفاضلين عندى غير ظاهر.

و اعلم أن الأصحاب -رضى الله عنهم- عبروا هنا بأنه لو أكرها على التفرق و لم يتمكن من التخيير -بمعنى اختيار العقد و البقاء عليه، و هو المسقط الثانى الذى قدمناه، و يتحقق الإكراه بمنعهما من الكلام فعلا بسد أفواههما أو تهديده، فإنه -لا يسقط خيارهما حينئذ بالتفرق، بل لهما الفسخ عند زوال المانع لكن هل يعتبر فى مجلس الزوال، أو يكون الخيار على الفور، و جهان: و كذا لو أخرج أحدهما كرها و منع، فالحكم فيه كذلك.

و فيه ان عدم التمكّن من التخيير بمعنى اختيار العقد، لا يدخل تحت العقد، لان التزام العقد و اختيار البقاء عليه لا يتوقف على الكلام. بل لو تفرقا ساكتين حصل اللزوم فيه، و انما يتوقف على الكلام الفسخ، فيكون الإكراه و المنع من الكلام بسد أفواههما أو تهديدهما هو المعتبر فيه، لا -فى التخيير بالمعنى المذكور، الا أن يراد بالتخيير الكناية عن الفسخ، و الاختيار، و عبائرهم لا تساعد عليه.

و المفهوم من كلام الأصحاب -و هو الظاهر من الاخبار المتقدمه- ثبوت هذا

الحكم لمن أوقع العقد مالكا كان أو وكيلًا، ويثبت للوكيل بمجرد التوكيل على العقد، لأنه من توابع العقد قيل: ولا يبعد ثبوت الخيار للمالك على تقدير كون العاقد وكيله، لأن يده يد الموكل.

و فيه اشكال، لخروجه عن ظواهر الاخبار، وعدم صدق البائع و المشتري عليه، وهى قد ناطت الحكم المزبور بالبيعين، يعنى من وقع منهما عقد البيع و الشراء.

قال فى التذكرة على ما نقل عنه: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان، فالأقرب تعلق الخيار بهما و«بالموكلين جميعا، وإلا فبالموكلين» وفيه ما عرفت من الخروج عن ظواهر النصوص.

و هل يثبت الافتراق بموت أحدهما أو جنون أحدهما أو الإغماء عليه أم لا؟ صرح بالثانى فى الدروس فقال: «و لو مات أحدهما، أو ماتا فللوارث أو الولي، و لو جن أو أغمى عليه فللولي» و هو صريح فى ثبوت الخيار للوارث و الولي، لعدم تحقق الافتراق بذلك، و احتمال فى القواعد سقوط الخيار و ثبوته، و علل الأول بأن مفارقه الدنيا أولى من مفارقه المجلس، فيسقط بطريق أولى.

و رده المحقق الشيخ على فى شرح القواعد بمنع الأولويه قال: فان المراد من الافتراق التباعد فى المكان، و هو انما يكون فى الجسم، فلا يعقل اراده الروح، ثم ان المحقق المذكور اختار الثبوت تمسكا بالاستصحاب، لان ثبوته معلوم بالعقد، و المسقط غير متيقن. انتهى.

و فى الاعتماد على هذا الاستصحاب نظر تقدم ذكره فى مقدمه الاستصحاب من مقدمات كتاب الطهاره (1) و ظاهر المحقق الأردبيلي التوقف فى ذلك، لعدم صدق البائع و المشتري فى الاخبار عليهم.

ص: ١٢

(١-١) ج ١ ص ٥٣.

أقول: والحكم محل اشكال لعدم الدليل الواضح في ذلك.

تنبيهات

الأول [لو كان العاقد واحدا عن اثنين]

قد صرحوا بأنه لو كان العاقد واحدا عن اثنين، ففيه احتمالات ثلاثه:

الأول: ثبوت الخيار ما لم يشترط سقوطه، أو يلتزمه عنهما، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول، وهو ظاهر الشرائع و القواعد.

الثاني - ثبوته دائما ما لم يلتزمه أو يشترط سقوطه، ونقل عن التذكرة، وهو ظاهر اختيار الدروس.

الثالث - عدم ثبوت الخيار أصلا، واختاره بعض فضلاء متأخر المتأخرين، والظاهر أنه الأقرب.

و تفصيل هذه الجملة هو أن الواحد عاقد عن اثنين يشمل ما لو كان العاقد وليا شرعيا يبيع ماله من ولده، أو بالعكس، أو مال ولديه أحدهما على الآخر، ويشمل ما لو كان وكيلًا عن المتبايعين، وكما لو كان أحد المتبايعين وكيلًا عن الآخر و في دخول هذا الفرد (1) تحت العبارة المذكورة ما لا يخفى، وما قيل من أنه يصدق أيضا من أن الواحد عاقد عن اثنين وقائم مقامهما وان كان هو أحدهما لا يخلو من خفاء.

ولهذا ان المحقق الشيخ على (رحمه الله عليه) في شرح القواعد اعترض على عبارة المصنف، وهي مثل هذه العبارة فقال: واعلم ان في قوله: العاقد عن اثنين مناقشه، لأن العاقد عن واحد مع نفسه يخرج من العبارة، ولا وجه لإخراجه بل ينبغي إدراجه، فيكون الحكم واردا عليهما. انتهى.

و الخيار المحكوم بثبوته أعم من كونه لذلك العاقد و لو بالولاية، كما لو كان

ص: ١٣

(١ - ١) إشاره الى ما ذكره في المسالك حيث انه ادعى الصدق في ذلك - منه رحمه الله.

أبا أو جدا يبيع من نفسه، فان له الخيار و للطفل، و له مراعاة الجانبيين، لكن فى الطفل يراعى المصلحة-أو كونه لغير العاقد، كما لو كان وكيلا فى العقد خاصة، فإن الخيار للموكلين، لا له ان قلنا به، و قولهم: ما لم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما انما يتم فيمن له الاشتراط و الالتزام كالأب و الجد، و أما لو كان وكيلا فى إيقاع العقد خاصة لم يكن له ذلك، و لو أريد العموم كان المراد ما لم يشترط أو يلتزم حيث يكون له ذلك.

و كيف كان فالالتزام عنهما لا يدخل فيه ما لو كان هو أحدهما إلا بتكلف شديد.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم ذكروا أن الوجه فى الاحتمال الأول بالنسبة إلى مفارقة المجلس ان المعتبر فى سقوط خيار المتبايعين مفارقة أحدهما مجلس العقد و لما كان ذلك متعذرا هنا-لان الواحد لا يفارق نفسه-اعتبر فيه التمكن، و هو مفارقتة مجلس العقد، لانه مشبه بمفارقة أحد المتعاقدين، و أصل هذا القول نقله فى المبسوط بلفظ قيل و لم يذكر قائله (١) و وجهه ما ذكر.

و رد هذا التوجيه جملة من المتأخرين بأن الواقع فى الاخبار هو الافتراق، لا- مفارقة المجلس، فلو فارقاه مصطحبين لم يبطل خيارهما- كما تقدم ذكره- و ان بقيا مدة طويله. و هو جيد.

و أما الوجه فى الاحتمال الثانى- و هو بقاء الخيار، و انما يسقط بالالتزام بعد

ص: ١٤

١- ١) قال فى المبسوط: إذا أراد ان يشتري لولده من نفسه و أراد الانعقاد ينبغى ان يختار لزوم العقد عند انعقاد العقد، أو يختار بشرط بطلان الخيار، و على كل حال قد قيل انه ينتقل من المكان الأول الذى عقد فيه العقد، فيجرى ذلك مجرى تفرق المتبايعين، كذا قال ابن البراج و لم يسند هذا القول الى أحد من علمائنا بالنص عليه، قال فى المختلف بعد نقل ذلك و هذا القول عندى محتمل. انتهى منه رحمه الله.

العقد، أو اشتراط السقوط-فهو ان ظاهر قولهم (عليهم السلام) «البيعان بالخيار» يعم البائعين بوكيلهما أو وليهما فيثبت في الصورة المذكوره:و أما قولهم (عليهم السلام) «ما لم يفترقا» فهو محمول على اراده السلب،بمعنى أن الخيار ثابت ما لم يحصل افتراق،و هنا لم يحصل افتراق،لعدم ما يحصل به الافتراق،و هو التعدد:و مع كونه محتملا- لعدم الملكة-أى عدم الافتراق عما شأنه الافتراق-فيبطل الخيار هنا بناء على هذا الاحتمال،فإنه يمكن ان يقال:ان صدر الخبر و هو قوله «البيعان بالخيار»دل على ثبوت الخيار،فيثبت الخيار بذلك و يحصل الشك فى المسقط بناء على الاحتمالين المذكورين،فيجب استصحاب الحكم الأول الى ان يثبت المزيل.

قال فى الدروس و العاقد عن اثنين له الخيار و يبطل كلما يبطل به خيار المتعاقدين، و هو ظاهر فى اختيار هذا الاحتمال.

و أما الوجه فى الاحتمال الثالث-و هو عدم ثبوته أصلا-فلان ظاهر الاخبار المتقدمه هو المغايره بين المتعاقدين و التعدد فيها،و دعوى عموم ذلك الوكيل أو الولي عن اثنين خروج عن ظاهر اللفظ،و مع تسليمه فإن الإطلاقات فى الاخبار انما تحمل على الأفراد الشائعه المتكرره،و هى المتبادره عند الإطلاق،كما قرروه فى غير موضع.

و ما أورده على ذلك القول-الذى نقله الشيخ فى المبسوط،و ضعفه به-وارد عليهم فى هذا المقام،و أنه ان وجب الوقوف على ظاهر النص فى الموضوعين، و ان قيل بالتخريج و التحمل فى التأويل و الخروج عن الظاهر،فلا معنى لردهم ذلك القول،كما لا يخفى على المنصف.

و أما ما ذكروه فى قوله «ما لم يفترقا» من احتمال الحمل على السلب فلا يخلو من مسامحه،فإن المتبادر من هذه العبارة بالنظر الى صدر الخبر هو توجه النفي إلى القيد خاصه دون المقيد.و هم قد صرحوا فى محاوراتهم فى هذا البحث بأن

معناه أن المتبايعين بالخيار ما لم يفارق أحدهما الآخر، ويحصل البعد بينهما بما يزيد على وقت العقد، فالمنفى إنما هو الافتراق، دون من يترتب عليه الافتراق، وهما البيعان، ومبنى كلامهم المتقدم إنما يتم على رجوع النفي إلى القيد والمقيد، وهو خلاف ظاهر سياق الخبر كما عرفت.

و يؤيد ما ذكرناه - ما قدمنا ذكره - من أن مقتضى العقد اللزوم كتابا و سنة، و إثبات الخيار الموجب للخروج عن ذلك يحتاج الى دليل واضح، و الركون الى هذه التعليقات العلية و بناء الأحكام الشرعية عليها مجازفه ظاهره.

و بذلك يظهر رجحان وجه المذكور و أنه لا - خيار في هذه الصورة، و اليه يميل كلام المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد و الفاضل الخراساني في الكفاية.

و بالتوقف في هذه المسألة من أصلها صرح شيخنا المحقق الشيخ علي في شرح القواعد، حيث قال بعد البحث في المسألة: و انا في المسألة من المتوقفين و هو في محله، و اليه يميل كلام المسالك، الا أنه قال بعد ذلك «و الأوسط أوسط»

الثاني [عدم الخيار لو اشترى من ينعق عليه]

- المشهور في كلام الأصحاب أنه لو اشترى من ينعق عليه كالأب و الابن و نحوهما فإنه لا خيار للمشتري، و الظاهر أن الوجه فيه الترجيح لأدلة العتق الدالة على أن من اشترى أباه مثلا فإنه ينعق عليه، فلا خيار له بأن يجعله رقبا بعد أن صار معتقا، و لأنه لم يعهد من الشارع عود المعتق رقبا.

و ربما قيل باحتمال عدم الملك في زمن الخيار، و فيه ما تقدم من أن مقتضى العقد اللزوم، فالعقد مملك و متى ثبت الملك ترتب عليه الانعتاق: و الى القول بذلك يميل كلام المحقق الأردبيلي «قدس سره» في شرح الإرشاد، و كذا ظاهرهم أيضا أنه لا خيار للبائع، خصوصا مع علمه بانعتاقه على المشتري.

و اليه يميل أيضا كلام المحقق المشار اليه قال بعد الكلام في المسألة: «و لعل ترجيح العتق الذي يرجح عندهم بأدنى شيء لا يبعد عملا بمقتضى العقد من غير لزوم محذور

الا تخصيص دليل الخيار على تقدير القول بعمومه، على أن في عمومه تأملاً فتأمل.

و لا إجماع حتى يلزم خلافه، بل تخصيصه أيضاً.

أقول: والتحقيق هنا هو أنه قد تقابل إطلاق الاخبار الداله على العتق في مثل هذه الصوره، وإطلاق الاخبار الداله على خيار المجلس هنا، وتخصيص أحد الإطالقين بالآخر يحتاج الى دليل واضح، وليس فليس، والركون الى هذه الاحتمالات المذكوره الناشئه عن مجرد الدعوى ليس بشيء في مقام التحقيق.

هذا بالنسبه إلى المشتري و أما بالنسبه إلى البائع فلا أعرف لهم حجه واضحه في إسقاط خياره، و به يعظم الإشكال في هذا المجال.

قال: في الدروس: أسقط الفاضل الخيار في شراء القريب، أما المشتري فلعتقه عليه، ولأنه وسن نفسه على الغبن، إذ المراد به العتق، و أما البائع فلما ذكر و لتغليب العتق، و يحتمل ثبوت الخيار لهما بناء على أن الملك نافذ بانقضاء الخيار و ثبوته للبائع، لأن نفوذ العتق لا يزيل حقه السابق، و حينئذ يمكن وقوف العتق و نفوذه فيغرم المشتري قيمه لو فسخ البائع و يجري مجرى التلف الذي لا يمنع من الخيار، انتهى.

و ظاهره التوقف في المسأله حيث نسب الإسقاط إلى الفاضل، و أردفه بهذا الاحتمال الذي جمد عليه، و لم يتعرض للقدح فيه.

و حاصل معنى ما ذكره تخصيص أدله العتق بأدله الخيار، بأن يقال: انه يحتمل ثبوت الخيار لهما بناء على ان الاعتاق يتوقف على الملك، و الملك النافذ الذي يترتب عليه العتق انما يحصل بانقضاء الخيار، و إسقاطه بأحد المسقطات المتقدمه منهما معا.

و يحتمل ثبوت الخيار للبائع خاصه، أما المشتري فإنه ينعقد عليه بمجرد

الشراء و انعقاده على المشتري لا- يزيل حق البائع الحاصل بمجرد العقد السابق على الانعقاد، و حينئذ يمكن وقوف العتق على انقضاء الخيار كما هو الاحتمال الأول، و يمكن نفوذه بناء على الاحتمال الثاني بأن ينعتق على المشتري و يبقى خيار البائع، فإن اختار الفسخ فليس له تسلط على العبد لانعقاده و انما يرجع بقيمته اجراء للعبد هنا مجرى المبيع التالف.

و من ذلك يظهر لك أن المسألة محل توقف و اشكال و منشأ الاشكال ما عرفت من تعارض اخبار العتق و إطلاق أخبار الخيار. و ظاهر الأصحاب إبقاء أخبار العتق على إطلاقها، و تخصيص اخبار الخيار بها، فخيار المجلس عندهم ثابت إلا فى هذا الموضوع. و ظاهر الاحتمال الذى ذكره شيخنا المذكور العكس، و لا- أعرف مرجحاً لأحد الطرفين. و به يظهر الاشكال. و الله سبحانه و أولياؤه العالمون بحقيقه الحال.

الثالث [اختصاص هذا الخيار بالبيع]

قد صرح غير واحد من الأصحاب (رضوان الله عليهم) بان هذا الخيار مختص بالبيع بجميع أنواعه إلا- ما عرفت مما وقع فيه الاشكال و الخلاف و لا- يثبت فى غير البيع من عقود المعاوضات، و ان قام مقام البيع كالصلح، و وجهه ظاهر لأن الاخبار انما وردت فى البيع، و حمل غيره عليه قياس لا يوافق أصول المذهب.

و نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه أثبتته فى العقود الجائزه، مثل الوكاله و المضاربه و الوديعه.

و رد بأنه غير جيد، لان العقود الجائزه يصح فسخها فى المجلس و بعده، فلا معنى لإثبات خيار المجلس فيها. و هو جيد.

الرابع [إمكان تداخل الخيارات]

قال فى الدروس: و يثبت فى بيع خيار الرؤيه، و لا يمنعه اجتماع الخيارين، و كذا بيع خيار الشرط و الحيوان، و كذا يثبت فى بيع الصرف تقابضا

أولاً- فإن التزما به قبل القبض وجب على القابل، فلو هرب أحدهما عصي، و انفسخ العقد، و لو هرب قبل الالتزام فلا معصيه، و يحتسب قويا عدم العصيان مطلقا، لان للقبض مدخله في اللزوم فله تركه.

الخامس [لو تنازعا في التفرق]

قال أيضا في الكتاب المذكور: لو تنازعا في التفرق حلف المنكر و لو تنازعا في الفسخ و كانا قد تفرقا قدم منكره، و لو قال أحدهما، تفرقنا قبل الفسخ، و قال الآخر: فسخنا قبل التفرق احتمال تقديم الأول لأصاله بقاء العقد، و تقديم الثاني، لأنه يوافق عليه و يدعى فساده و الأصل صحته، و لان الفسخ فعله انتهى.

و روى الشيخ عن الحسين بن عمر بن يزيد (1) عن أبيه عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

«إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا، فان اختلفا فالقول قول رب السلعه أو يتتاركا».

السادس [النداء بالعقد من بعيد]

قال: لو تناديا بالعقد على بعد مفرط صح العقد و لهما الخيار على الأقوى و ان تقاربا بالتثقل، و وجه عدم الخيار انه لا يجمعهما مجلس عرفا.

الثاني خيار الحيوان

اشاره

و الشرط فيه ثلاثه أيام و المشهور ان الخيار للمشتري خاصه، و عن المرتضى ثبوته للبائع أيضا و يظهر من المسالك ترجيحه و كذا من المحدث الكاشاني في المفاتيح.

ص: ١٩

وقيل بثبوتيه لهما فيما لو كان الثمن حيوانا، ونفى عنه البعد المحقق الشيخ علي في شرح القواعد قال: لان فيه جمعا بين الاخبار الا انه استوجه العمل بالمشهور، ونقل عن ابي الصلاح انه ذهب الى ثبوت الخيار في الإماء مدة الاستبراء.

و استدلل للقول المشهور بصحيحه الفضيل (1) و قد تقدمت في روايات خيار المجلس:

و موثقه الحسن بن علي بن فضال (2) قال:

«سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا (عليه السلام) يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام».

و رواه علي بن أسباط (3) عن ابي الحسن الرضا (عليه السلام) قال:

« سمعته يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري» الحديث.

و صحيحه الحلبي المروي في الفقيه (4) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

« في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، فهو بالخيار إن اشترط أو لم يشترط».

و رواه الشيخ أيضا في الصحيح عن الحلبي مثله.

و صحيحه ابن رثاب (5) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

«الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط» الحديث.

و في الكفايه ادعى دلالة صحيحه زراره (6) و صحيحه محمد بن مسلم (7) على هذا القول- فإن أراد بهما الروايتين الآتيتين- في أدله المرتضى (رضي الله عنه)- فهما بالدلالة على خلاف ما يدعيه أشبه، و الافليس في الباب سواهما، و هذه روايات

ص: ٢٠:

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٧٠.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٦٧ الوسائل الباب-٣- من أبواب الخيار.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٦٤ الكافي ج ٥ ص ٢١٦.

٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ١٢٦ التهذيب ج ٧ ص ٢٤.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٤ الكافي ج ٥ ص ١٦٩.

٦-٦) التهذيب ج ٧ ص ٢٣.

٧-٧) التهذيب ج ٧ ص ٢٤.

المسألة قد استوفيناها فيما ذكرنا و ما يأتي في المقام إنشاء الله تعالى.

أقول: و يدل عليه-بأصرح دلالة لا تقبل التأويل- ما رواه الثقة الجليل

عبد الله ابن جعفر الحميري في قرب الاسناد عن عبد الله و أحمد ابني محمد بن عيسى عن الحسن ابن محبوب عن علي بن رثاب
(١)قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى
ثلاثة أيام نظره، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء».

و الحديث- مع صحه سنده- صريح الدلالة على القول المذكور.

و استدل للمرتضى -

بصحيحه محمد بن مسلم (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان و ما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا».

و يدل عليه-أيضا-

صحيحه زراره (٣) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال:

«سمعته يقول: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان ثلاثة أيام». و نحوه عن محمد بن
مسلم- في الصحيح (٤)- عن ابى عبد الله (عليه السلام) و التقريب في الخبرين الأخيرين أن المتبادر من صاحب الحيوان هو
البائع، و يخدمه أن موثقه الحسن بن علي بن فضال قد فسرت صاحب الحيوان هنا بأنه المشتري، و هو الأقرب، لأن ظاهر هذه
العبارة تدل على انحصار الخيار فيه، و لا قائل بانحصار الخيار في البائع، و بالحمل على المشتري يصح الانحصار، بناء على القول
المشهور و المؤيد المنصور.

قال في المسالك بعد قول المصنف «و الشرط فيه كله ثلاثة أيام للمشتري خاصة دون البائع على الأظهر»: ما صورته: «نبه بالأظهر
على خلاف المرتضى (رضوان الله عليه)- حيث ذهب الى أن الخيار لهما، و

صحيحه محمد بن مسلم

ص: ٢١

١- (١) الوسائل الباب-٣- من أبواب الخيار الرقم ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب-٣- من أبواب الخيار الرقم ٣ التهذيب ج ٧ ص ٢٣.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٠ التهذيب ج ٧ ص ٢٤.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٠ التهذيب ج ٧ ص ٢٤.

عن الصادق عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان». صريحه الدلالة على ما يدعيه.

و ما تقدم في صحيحه الحلبي من إثبات خياره للمشتري غير مناف لثبوته للبائع الأمن حيث المفهوم المخالف و هو ضعيف، فالقول به في غايه القوه ان لم يثبت إجماع على خلافه: و حملت الروايه على ما لو باع حيوانا بحيوان- و هو تخصيص بغير مخصص- و على أن الخيار للمشتري و على البائع، فهو بالنسبه إليهما مده ثلاثة أيام.

و يضعف بان مقتضى الخبر كونه لهما كما في قوله «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» و على ان الخيار للمجموع من حيث هو مجموع فلا يدل على ثبوتة للأفراد و فيه ما مر.

و في الدروس الشهره بل الإجماع على خلافه، و هو يؤذن بدعوى الإجماع، فإن ثبت فهو الحججه، و الا فلا. انتهى.

أقول: لا- يخفى أن ما ذكروه ان سلم في روايات المسأله- المشهوره في كلامهم الا انه لا يجرى في صحيحه ابن رثاب (1) التي قدمنا نقلها عن قرب الاسناد، فإنها صريحه في القول المذكور، و بها يتأيد ذلك المفهوم الذي دلت عليه تلك الأخبار العديده.

على أن لقائل أن يقول: انه و ان كان المفهوم- كما ذكره- ليس بحجه الا ان سوق الكلام في جملة من الاخبار المذكوره تدل على إرادته و اعتباره هنا، مثل قولهما (عليهم السلام) في صحيحتي زراره و

محمد بن مسلم

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان ثلاثة أيام». و نحوهما صحيحه الفضيل المتقدمه في خيار المجلس.

و التقريب في الجميع أنه لو كان الخيار لهما في الحيوان- كما هو المدعى- لما كان لتخصيص أحدهما به وجه- بعد أن ذكر الخيار لهما في غيره- و يفصل في المقام، بل ينبغي أن يقول هما بالخيار في كل من الموضعين.

و يؤيد القول المشهور ان الظاهر ان وجه الحكمه في هذا الخيار أن الحيوان

ص: ٢٢

مظنه للعيوب، و هي قد تخفى كثيرا و لا- تظهر غالبا، و ايضا قد يتعلق به أغراض لا- يمكن الاطلاع عليها الا- بالاختبار و مرور الأيام، فضررب الشارع للمشتري هذه المده لإمكان ظهور عيب خفى فيها، و هذه الحكمة لا يظهر وجهها بالنسبه إلى البائع المطلع على عيوب حيوانه، فلا يكون الخيار مشروعاً في حقه لانتفاء وجه الحكمة.

و يؤيده أيضا- ما قدمنا ذكره- من أن مقتضى العقد كتاباً و سنه اللزوم من الجانبين حتى يقوم دليل على خلافه.

و بالجمله فإن العمده في رد القول المزبور- انما هي صحيحه ابن رثاب المرويه في قرب الاسناد الغير القابل للتأويل بوجه من الوجوه، و ان كانت جميع هذه الوجوه مؤيده لذلك. و من ذلك يعلم أنه يجب جعل التأويل في جانب صحيحه محمد بن مسلم المذكوره بالحمل على أحد المحامل المتقدمه التي أقربها الحمل على ما لو باع حيوانا بحيوان.

و قول شيخنا المتقدم- بأنه تخصيص بغير مخصص- مدفوع بأن ضروره الجمع بين الاخبار أوجب التخصيص. على أنه قد اختار القول بذلك، و جعله وجه جمع بين الاخبار، كما سيأتى في كلامه إنشاء الله تعالى. و أما ما عداها مما ظاهره ذلك أيضا فقد عرفت الجواب عنه.

و احتمال في الوسائل حملها على التقيه، و لعله الأقرب- و ان كان لا يحضرني الان مذهب العامه في هذه المسأله- لما عرفت في مقدمات كتاب الطهاره (1)- من ان الحمل على التقيه لا يتوقف على وجود القائل بذلك منهم، فإنه لما كان الأصحاب سلفاً و خلفاً- سوى المرتضى (رضى الله عنه)- على هذا القول المشهور، و أخبارهم كما عرفت متظافره به، فإنه يعلم بذلك كونه مذهب الأئمه (عليهم السلام) و ليس لما خالف ذلك- مما ورد عنهم- محمل غير التقيه.

ص: ٢٣

(١-١) ج ١ ص ٥.

و من روايات-المسأله-المؤيده للقول المشهور-أيضا زياده على ما قدمناه-ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن ابن سنان (١) و الظاهر أنه عبد الله - قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشتري» (٢).

و زاد فى التهذيب

«شرط له البائع أو لم يشترط قال و ان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع».

و رواه فى الفقيه مرسلا (٣) كما فى الكافى. الا انه قال:

«لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له» (٤).

و العجب من المرتضى - (رضوان الله عليه) - المانع من العمل باخبار الآحاد و الدائر فى أقوله مدار الإجماع - كيف اعتمد على هذا الخبر فى هذا المقام مع مخالفته الأخبار الكثيره المعترضه بالشهره بل الإجماع المدعى فى المقام، و الظاهر أن دليله شىء آخر غير الخبر من الأمور العقلية كما هى قاعدته، فان تعلقه بالاخبار نادر جدا.

ص: ٢٤

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٦٩ التهذيب ج ٧ ص ٢٤.

٢- ٢) ظاهر الخبر المذكور عدم انتقال المبيع فى مده الخيار إلى المشتري كما هو قول الشيخ، و المشهور يحملونه على استقرار الملك و سيأتى تحقيق المسأله فى محله إنشاء الله تعالى.

٣- ٣) الفقيه ج ٣ ص ١٢٨.

٤- ٤) و مما يدل على ما دل عليه هذا الخبر من أن التلف أو الحدث زمن الخيار مضمون على البائع. روايه ابن رباط عن زراره عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال: ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثه أيام فهو من مال البائع» و الظاهر ان الحكم لا خلاف فيه. منه رحمه الله.

و بالجمله فالمعتمد هو القول المشهور. و الله العالم. و تحقيق البحث فى المقام يتم برسم مسائل.

الأولى [القول بثبوت الخيار فى الإمامه الاستبراء]

-لم نقف لأبى الصلاح فيما ذهب إليه من ثبوت الخيار فى الإمامه الاستبراء على دليل، و ظاهر اخبار-المسأله-المتقدمه يرد، مثل قوله (عليه السلام)

فى صحيحه الحلبي (١) المتقدمه

«الخيار فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشتري».

و قوله (عليه السلام) فى صحيحه (٢) ابن رثاب

«الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري، اشترط أو لم يشترط».

و أظهر من جميع ذلك صحيحه على بن رثاب (٣) المتقدم نقلها عن قرب الاسناد، لأن موردها الجاريه بخصوصها، و قد حكم (عليه السلام)

«بان الخيار فيها ثلاثه أيام للمشتري و أنه إذا مضت الثلاثه فقد وجب الشراء و لزم».

و صحيحه عبد الله بن سنان (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

عهده البيع فى الرقيق ثلاثه أيام ان كان بها خبل أو برص أو نحو هذا». الحديث و بذلك يظهر ضعف القول المذكور.

الثانيه- لو باع الدراهم أو المتاع بالحيوان

كان يقول: بعثك هذه الدراهم أو هذا المتاع بهذا الحيوان، فيقول المشتري اشتريتها به.

فالظاهر أن خيار الحيوان-هنا- ثابت لمن انتقل له الحيوان بهذا العقد، و هو البائع للدراهم أو المتاع، نظرا الى ما قدمنا ذكره من وجه الحكمه فى هذا الخيار.

و ثبوت الخيار هنا للبائع غير مناف لما تقدم-بناء على القول المشهور- و ما دل عليه من الاخبار، من أن خيار الحيوان للمشتري خاصه، لأن مبنى تلك المسأله-فى

ص: ٢٥

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٩.

٣-٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار الرقم ٩.

٤-٤) الكافي ج-٥-ص ١٧٢.

النصوص و كلام الأصحاب-انما هو على كون المبيع هو الحيوان بغيره من الأثمان،فجعل الخيار فيها لمشتريه،و هيئنا الحيوان انما وقع ثمننا و قيمه لمبيع آخر فيكون الخيار انما هو لمن انتقل اليه و هو البائع،نظرا الى ما أشرنا إليه من وجه الحكمة في هذا الخيار.

و يمكن الاستدلال عليه في هذه الصورة بالأخبار الداله على أن لصاحب الحيوان الخيار ثلاثة أيام،و هو من انتقل اليه ثمننا أو مثننا،لما تقدم من أنه لا- يصح حمل صاحب الحيوان هنا على المالك،و انما حملناه سابقا على المشتري بقرينه موثقه ابن فضال،من حيث وقوع البيع على الحيوان،و كونه مثننا،و أما لو جعل ثمننا، فإنه يكون الخيار فيه لمن انتقل اليه،و ان سمي بحسب هذه الصورة بائعا.

أو الى ما اخترنا في هذا المقام يشير كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك و الروضه و به صرح المحقق الأردبيلي(رحمه الله عليه)في شرح الإرشاد،الا أن كلامه لا يخلو من خلل في تأديده المطلوب منه و المراد،فإنه قال-بعد ذكر الفرع المذكور.

-و بالجملة انه ثابت لمن ينتقل اليه الحيوان بعقد البيع،سواء يقال له البائع أو المشتري،و أتى بالصيغه بلفظ البيع أو الشراء قدمها أو آخرها،لأن الحكمة في الخيار فيه أن الحيوان مظنه العيب و يختفى فيه كثيرا،و لا- يظهر غالبا،فشرع الخيار ليعلم ذلك و هو يدل على ثبوته لكل من ينتقل اليه.

و العمده في ذلك-الأخبار المتقدمه،مثل

صحيحه زراره أو حسنته (1)قال:

قال:رسول الله(صلى الله عليه و آله)

«البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان ثلاثة أيام».الظاهر أن المراد أن صاحبه الذى عنده و مالكة بالفعل-لا الذى كان- يخير ثلاثة أيام،ثم ذكر صحيحه محمد بن مسلم الموافقه لصحيحه زراره في هذا المتن.

ص: ٢٦

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٧٠.

كما قدمناه ثم قال:الظاهر شمول هذه الاخبار لمن قلناه،و ان قلنا بشمولها لغيره ايضا.انتهى.

و محل الإشكال فى قوله:الظاهر ان المراد صاحبه الذى عنده الى آخره مع قوله قبله ان الخيار ثابت لمن ينتقل اليه الحيوان مؤيدا ذلك بوجه الحكمة المذكوره فى كلامه،فإنه لا يخلو من مدافعه و مناقضه.

الثالثه-هل مبدء الخيار [من حين العقد أو التفرق]

هنا-و كذا فى خيار الشرط الاتى إنشاء الله تعالى -من حين العقد أو التفرق؟قولان:نقل ثانيهما عن الشيخ(رحمه الله عليه)و من تبعه.

و بالأول صرح جملة من محققى متأخرى الأصحاب،و الظاهر أنه الأقرب.

و يؤيده أن المتبادر من الأجل المذكور بعد العقد هو اتصاله بزمان العقد، و هكذا كل ما اشترط من الأجل فى العقود،فان المتبادر منه كون ابتدائه من حين العقد.

و يعضده ظاهر جملة من الاخبار المتقدمه،مثل

قوله(عليه السلام)فى صحيحه زراره (١)

«البيعان بالخيار حتى يفترقا»و صاحب الحيوان ثلاثه أيام.

و قوله

فى صحيحه محمد بن مسلم (٢)

«المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا». فان المفهوم منهما ان كلا الخيارين فى البدء سواء و انما الاختلاف بينهما باعتبار الآخر،فنهايته فى خيار المجلس التفرق،و فى خيار الحيوان إلى ثلاثه أيام و تمام الكلام فى المقام يأتى-إنشاء الله تعالى-فى المقام الثانى فى الأحكام.

الرابعه [سقوط خيار الحيوان بالاشتراط]

-يسقط هذا الخيار عند الأصحاب باشتراط سقوطه فى العقد،و بإسقاطه بعد العقد،و بالالتزام بالعقد،و بالتصرف،و الوجه فى الأول-العمل بما دل على لزوم الوفاء بالشرط و فى الثانى أنه حق لصاحبه،فمتى أسقطه سقط.

و اما الثالث فقد تقدم الكلام فيه فى خيار المجلس،الا ان الظاهر هنا لزوم العقد

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤ الكافي ج ٥ ص ١٧٠.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٤ الكافي ج ٥ ص ١٧٠.

بالاتزام به، و سقوط الخيار بذلك، لما فى روايه

عبد الله بن الحسن بن زيد بن على بن الحسن عن أبيه (١)

«عن جعفر بن محمد (عليهم السلام) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله فى رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثه أيام فمات العبد فى الشرط قال: يستحلف بالله ما رضىه، ثم هو برىء من الضمان». فإنه ظاهر فى أنه متى التزم بالعقد و رضى به سقط الخيار.

و أما الرابع فيدل عليه -بعد الإجماع المدعى فى التذكرة- جملة من الاخبار منها

صحيحه على بن رئاب (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«الشرط فى لحيوان ثلاثه أيام» للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه (الأيام) فذلك رضى منه فلا شرط، قيل له: و ما الحدث؟ قال:

أن لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء.

و صحيحه محمد بن الحسن الصفار (٣) قال:

«كتبت الى ابى محمد (عليه السلام) فى الرجل اشترى من رجل دابه فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ، إله أن يردّها فى الثلاثه أيام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى ركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء الله تعالى».

و روى فى قرب الاسناد عن على بن رئاب فى الصحيح (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى «الى ان قال: قلت له: أ رأيت ان قبلها المشتري أو لامس، قال: فقال: إذا قبل أو

ص: ٢٨

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٨٠ الوسائل الباب-٥- من أبواب الخيار.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ التهذيب ج ٧ ص ٢٤ و فيه (أيام) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٧٥ الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار.

٤-٤) الوسائل الباب-٤- من أبواب الخيار الرقم-٣.

لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته».

قال فى المسالك-بعد نقل مضمون صحيحه على بن رئاب الاولى:-و إطلاق التصرف و الحدث يشمل الناقل و غيره، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابه و تحميلها و حلب ما يحلب و نحو ذلك،و لو قصد به الاستخبار ففى المنع من الرد قول لا بأس به،فان استثنياه اعتبر منه ما يعلم به الحال،بان يركب الدابه قدرا يظهر به فراهتها و عدمه،و يحلب الشاه بحيث يعلم حالها و نحو ذلك فلو زاد عنه منع،و لو ساق الدابه إلى منزله فإن كان قريبا بحيث لا يعد تصرفا عرفا فلا اثر له،و ان كان بعيدا كثيرا احتمل قويا منعه،و بالجمله فكل ما يعد تصرفا و حدثا يمنع و الا فلا.انتهى و هو جيد.

و نقل المحقق الأردبيلى(رحمه الله)فى شرح الإرشاد عن بعض المحققين قال:

قال بعض المحققين:المراد بالتصرف المسقط للخيار هو ما يكون المقصود منه التملك لا-الاختبار، (1)و لا- حفظ المبيع كالركوب لسقى الدابه،ثم قال:و فيه تأمل،لأن ظاهر الروايات أعم من ذلك.

أقول:ان ما ذكره من التصرف لأجل الاختبار لا وجه له فى المقام،فان مقتضى العاده أن المشتري للحيوان لا يشتريه و لا يعقد صيغه البيع حتى يختبره بركوبه معرفه حسن مشيه و عدمه،و الجاربه لا يشتريها حتى ينظر منها الى ما يتعلق به غرضه بنظره باذن المالك،و من هذه الجهه أطلقت الأخبار كون التصرف بعد البيع مسقطا للخيار،فان جميع ما يتوقف عليه غرضه من ذلك الحيوان قد علم قبل البيع،و انما جعل له هذا الخيار هذه المده بالنسبه إلى شىء لم يحصل له الاطلاع عليه من العيوب الخفيه.

ص: ٢٩

١-١) أقول ظاهر المحقق الشيخ على فى شرح القواعد الميل الى هذا القول حيث قال:و لو قصد به الاختبار فقد استثناه بعضهم من التصرف المسقط و ليس ببعيد-منه رحمه الله.

و اما ما ذكره ذلك المحقق من السقى، فإنه لا يتوقف على الركوب ليكون ذلك مستثنى من التصرف المانع من الرد، و الظاهر انه أراد بالتملك، معنى الالتزام بالبيع و الا فالتملك حاصل بأصل العقد.

نعم يبقى الكلام فى التصرف الذى يتوقف عليه حفظ الدابه فى ضمن تلك الثلاثه أيام، من علفها و سقيها و ربطها، و نقلها من مكان الى مكان لأجل حفظها من الحر أو البرد و نحو ذلك، و الأقرب أنه لا يعد من التصرف المانع من الرد لخوف تطرق الضرر بدونه.

و أما مناقشه المحقق الأردبيلي «رحمه الله» فى هذا المقام فى عموم التصرف و شموله لجميع التصرفات - حيث طعن فى دلالة صحيحه على بن رثاب الأولى بالحصر فى الجاربه، فلم يعلم غيرها من الحيوانات و اختصاصه بالإفراد المذكوره فيها، و أنه يمكن ما كان مثلها أو أعلى و أما الأدنى فلا.

و فى صحيحه الصفار بأنها و ان دلت بظاهرها على أن كل حدث مسقط للخيار - الا ان الحدث مجمل، و يمكن أن يكون كل ما هو عيب يكون مسقطا - فالظاهر أنها من المناقشات البعيده الاحتمال، فان الظاهر أن ما ذكر فى الخبرين المذكورين من الجاربه و الدابه و التصرف فيهما بما ذكره فى الخبرين انما خرج مخرج التمثيل، لا الاختصاص و ذكر فى كل منهما من التصرف ما هو المناسب له من قبيل التمثيل أيضا لا الحصر.

فالمراد من الخبرين انما هو ما فهمه الأصحاب (رضوان الله عليهم)، من عموم الحكم فى الحيوان مطلقا، و التصرف بجميع وجوهه فى كل منها بما يناسبه، و الله العالم (1).

ص: ٣٠

١- ١) أقول بذلك يظهر أيضا ما فى كلام الفاضل الخراسانى حيث قال و اعلم أنى لا أعلم دليلا على كون شىء من التصرفات موجبا للزوم، سوى ما ورد فى صحيحه على بن رثاب، و صحيحه محمد بن الحسن الصفار، و ما فى قوته أو أقوى منه، و ان ثبت إجماع فى غيرها كان متبعا، و الا - كان للتأمل فيه مجال. انتهى. و كأنه تبع فى هذا المقام المحقق المشار إليه فى الأصل و قد عرفت - ما فيه من أن ما ذكر فى الخبرين انما خرج مخرج التمثيل لا الحصر كما لا يخفى، و اليه يشير قوله «فأحدث حدثا من أخذ الحافر الى آخره» فان المراد بالحدث هو ما فهمه الأصحاب من التصرف مطلقا، و ان مثل له فى الخبر ببعض الافراد كما لا يخفى على المتأمل. منه رحمه الله.

الخامسه [هل يثبت الخيار إذا كان الثمن حيوانا؟]

قد عرفت فيما تقدم أن من جمله الأقوال في المسأله ثبوت الخيار لهما فيما إذا كان الثمن أيضا حيوانا و اختاره في المسالك، نظرا الى تحقق الحكم من الجانبين، قال: فان اختصاص الخيار بالحيوان لاشتماله على أمور باطنه لا يطلع عليها غالبا إلا بالتروى و الاختبار مده، و فيه جمع بين الاخبار المختلفه ظاهرا.

و هو جيد، سيما على مذهبه في ترجيح قول السيد المرتضى ثم انه في المسالك قال:

و لو كان الثمن خاصه حيوانا ثبت الخيار للبائع خاصه على الأقوى. انتهى.

و بنحوه في الموضوعين صرح في الروضه أيضا (1) و بالجمله، فإن مرجع الكلام في هذه المسأله الى ما قدمناه في الفائده الثانيه، قد عرفت انه أحد الوجوه في حمل الخبر الذي استدل به المرتضى (رضى الله عنه) كما أشار إليه شيخنا المذكور هنا بقوله: و فيه جمع بين الاخبار المختلفه ظاهرا، و ان كان قد رده في كلامه المتقدم نقله عنه في صدر البحث بقوله و هو تخصيص بغير مخصص و قد عرفت ما فيه آنفا.

الثالث - خيار الشرط

اشاره

و الأصل فيه - بعد الإجماع في التذكرة - الأدله العامله من الاخبار الداله على وجوب الوفاء بالشرط الا ما حرم حلالا و حلالا حراما، و الخاصه لهذا المقام و ها نحن نتلوا عليك جمله الأخبار المتعلقة بذلك عامها و خاصها، كما هي قاعدتنا

ص: ٣١

١ - ١) حيث قال: و لو كان حيوانا بحيوان قوى ثبوته لهما كما يقوى ثبوته للبائع وحده لو كان الثمن خاصه و هو ما قرن بالبائ حيوانا، انتهى منه رحمه الله.

فى الكتاب فى كل حكم و باب.

فمنها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سمعتة يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، و لا يجوز على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عز و جل.

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«المسلمون عند شروطهم، الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز».

و ما رواه

الشيخ عن إسحاق بن عمار (٣) عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام)

«أن على بن أبى طالب (عليه السلام) كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما».

و منها ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الشرط فى الإمام أ لا- تباع و لا- تورث و لا- توهب؟ فقال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث، و كل شرط خالف كتاب الله فهو (مردود)».

و نحو هذه الرواية بهذا المضمون مرسله جميل بن دراج، (٥) و مرسله ثانيه له، و المشهور فى كلام الأكثر أنه لو شرط ما ينافى مقتضى العقد كما لو شرط أن لا يبيعه

ص: ٣٢

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٦٩ التهذيب ج ٧- ص ٢٢.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ التهذيب ج ٧ ص ٢٢.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢١٢- في الكافي فهو (رد).

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٥.

أو لا يعتقه أو لا يظاً أو لا يهب، فهذه الشروط باطله، والمشهور بطلان العقد بها أيضاً.

و يظهر من بعض الأصحاب القول بلزوم أمثال هذه الشروط المشروعه، و الاخبار المذكوره تدل عليه، و على المشهور يمكن حملها على الاستحباب، بناء على قواعدهم فى أمثال هذه الأبواب.

ثم ان الفرق بين الميراث و غيره مما ذكر فى الاخبار المذكوره لا يخلو من خفاء و ربما قيل بأن الفرق هو ان اشتراط عدم البيع و الهبه اشتراط ما يتعلق بنفسه، و اشتراط عدم التوريث يتعلق بغيره، و لا أثر فيه لرضاه، و لا يخلو من تكلف، و مقتضى العقد كتابا و سنه هو التصرف فيه بما شاء من أنواع التصرفات، فاشتراط منعه من ذلك كما دلت عليه هذه الاخبار مشكل.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الموثق عن إسحاق بن عمار (١) قال:

«أخبرنى من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) قال سأله رجل و أنا عنده فقال له: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى إلى أخيه فقال له: أبيعك دارى هذه و تكون لك أحب الى من أن تكون لغيرك على أن تشترط لى ان أنا جئتك بثمانها إلى سنه أن ترد على؟ فقال: لا. بأس بهذا ان جاء بثمانها إلى سنه ردها عليه قلت: فإنها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون؟ فقال: الغله للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله».

و رواه الصدوق بطريقه إلى إسحاق بن عمار (٢) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

سأله رجل. الحديث و ما رواه

فى التهذيب عن معاويه بن ميسره (٣) قال:

«سمعت أبا الجارود يسأل

ص: ٣٣

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٧١ التهذيب ج ٧ ص ٢٣.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ١٢٨.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ١٧٦.

أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع دار إله من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر، فشرط أنك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال: له شرطه، قال له أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين قال: هو ماله، وقال أبو عبد الله (عليه السلام): أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري».

و ما رواه

فى الكافى عن سعيد بن يسار (١) فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): انا نخالط أناسا من أهل السواد وغيرهم، فنيبيعهم و نربح عليهم العشره اثنا عشر و العشره ثلاثه عشر و تؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنه و نحوها، و يكتب لنا الرجل على داره أو أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء (و قد باع) و قبض الثمن منه، فنعه ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه ان نرد عليه الشراء، فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدرهم فهو لنا. فما ترى فى ذلك الشراء؟ قال: ارى أنه لك ان لم يفعل، و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه».

و ما رواه

الشيخ عن أبى الجارود (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«ان بعت رجلا- على شرط فإن أتاك بمالك و الا فالبيع لك». و البيع فى الخبر بمعنى الشراء، فإنه من الأضداد كما ذكره أهل اللغه.

و تحقيق البحث فى المقام بما يحصل به الإحاطه بأطراف الكلام و بيان ما يدخل فيه من الأحكام يقع فى مواضع.

الأول [لو تخلف عن الشرط]

-الأشهر الأظهر هو انه متى كان الشرط سائغا فى العقد، ووجب على المشروط عليه الوفاء به فان امتنع كان للمشروط له إجباره عليه، فان لم يمكنه رفع امره الى الحاكم الشرعى فإن تعذر كان له خيار الفسخ، و قيل متى امتنع كان للمشروط له اختيار الفسخ، و سيأتى إنشاء الله تعالى مزيد تحقيق للمسألة فى محله (٣)

ص: ٣٤

١- (١) الكافى ج ٥ ص ١٧٢ الفقيه ج ٣ ص ١٢٨ و فيه (بأنه قد باعه).

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣.

٣- (٣) و هو فى المسألة الاولى من المقام الثانى فى أحكام الخيار.

الثانى [جواز اشتراط مده يرد فيها البائع الثمن و يرتجع المبيع]

-يجوز اشتراط مده يرد فيها البائع الثمن إذا شاء و يرتجع المبيع و فى هذا المقام أحكام.

الأول-قد دلت موثقه إسحاق بن عمار و ما بعدها من الاخبار على أنه يجوز اشتراط مده مضبوطة يرد فيها البائع الثمن إذا شاء و يرتجع المبيع، و ظاهر الاخبار المذكوره أنه يكفى مجرد إعطاء الثمن، و المفهوم من كلام الأصحاب من غير خلاف بعرف أنه لا بد من الفسخ و أنه لا يكفى مجرد رد الثمن.

الثانى-لو شرط فى العقد رد المثل أو قيمه فى تلك المده لزم أيضا، قال فى الدروس: فليس للبائع الفسخ بدون رد الثمن أو مثله و لا يحتمل الإطلاق على العين، و لو شرط رد العين احتمل الجواز انتهى.

الثالث-المشهور أنه لا يتوقف الفسخ أو الإمضاء على حضور الآخر أو الحاكم.

نعم ثبوته يتوقف على الاشهاد مع النزاع، و نقل فى الدروس عن ابن الجنيد انه يشترط فى الخيار المختص للفسخ أو الإمضاء الحضور أو حكم الحاكم أو الإشهاد قال:

و فى المشتري لا ينفذ الفسخ و الإمضاء إلا بحضورهما و نقل عن ابن حمزه انه لا بد فى المشتري من اجتماعهما على الفسخ أو لا إمضاء.

و فى المبسوط لا-خلاف فى جواز الإمضاء بغير حضور الآخر، و الظاهر ان ما ذهب اليه ابن الجنيد هنا هو مذهب العامه، فإنه قد نقل المحقق الشيخ على (رحمه الله) فى شرح القواعد توقف الفسخ على أحد الأمرين المذكورين عن أبى حنيفة.

و أنت خبير بان الروايات المذكوره خاليه من التعرض لذكر الفسخ، كما قدمنا الإشاره اليه، و ليس فيها أزيد من رد الثمن فى المده المضروبه و ظاهره هو الرد على المشتري و دفعه اليه، و لو جعل رد الثمن فيها كناية عن الفسخ مثلا فظاهرها اشتراط حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن أو مثله اليه، فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانه الى أن يجيء

المشترى، و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه عدا من تقدم ذكره، الا انه بعيد عن سياق الأخبار المذكوره كما لا يخفى على المتأمل فيها.

الرابع-الظاهر انه لا فرق (١) في هذا الشرط بين وقوعه من البائع بأن يقول:

بعتك هذه الدار بشرط ان تردها على إذا أتيتك بالثمن في ضمن شهر، أو من المشتري بأن يشترط له انك ان أتيتني بالثمن في ضمن المده المعلومه، رجعت عليك المبيع و الذي تضمنته الأخبار المتقدمه الثاني.

قال في الدروس: يجوز اشتراط ارتجاع المبيع عند رد الثمن مع تعيين المده فليس للبائع الفسخ بدون رد الثمن أو مثله، ثم قال: ولو شرط المشتري ارتجاع الثمن إذا رد المبيع جاز، و يكون الفسخ مشروطا برد المبيع، فلو فسخ قبله لغى انتهى.

أقول ظاهر الاخبار المتقدمه انه بعد وقوع العقد مشتملا على هذا الشرط من البائع أو المشتري فإنه بمجرد رد البائع الثمن في المده المضروبه يجب على المشتري رفع اليد عن المبيع و تسليط البائع عليه

لقوله (عليه السلام) في موثقه إسحاق (٢)

«ان جاء بثمانها إلى سنه ردها عليه».

و في روايه معاويه

فأتاه بماله قال: له شرطه،.

و قوله في صحيحه سعيد بن يسار (٣)

«ان جاء بالمال في الوقت فرد عليه».

و ظاهر هذه العبارات ان الفسخ يحصل بمجرد رد الثمن في المده المضروبه و انه يجب على المشتري رد المبيع و رفع يده عنه.

و به يظهر ما في عباره الدروس المذكوره و غيرها من اعتبار الفسخ و تفريع

ص: ٣٦

١- ١) لقوله في خبر إسحاق ان حثت بثمانها إلى سنه، و في روايه معاويه الى ما بين ثلاث سنين و قوله في روايه سعيد بن يسار و لم يأتنا بالدرهم و في روايه أبي الجارود فإن أتاك بمالك و الجميع كما ترى ظاهر في انه لا بد من رده على المشتري منه رحمه الله.

٢- ٢) الوسائل الباب ٨- أبواب الخيار الرقم ١- التهذيب ج ٢٣٧ الرقم ١٣.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٣ الرقم ١٢.

ما ذكره من الأحكام عليه فان دخوله تحت الأخبار المذكوره لا يخلو من غموض و خفاء.

الخامس-قال في الدروس لو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن أو الخيار في بعضه ففي الجواز نظر.

أقول:الظاهر ان وجه النظر المذكور ينشأ من مخالفه النصوص الوارده في المسأله و كون هذا الفرد خارجا عنها،و من عموم «المؤمنون عند شروطهم».

و في المسالك استوجه الثاني و لا يخلو من قرب،فان النصوص المذكوره لا دلالة فيها على حصر الصحه في الصوره المذكوره فيها،و ان ما عداها غير جائز مع ان هذا الشرط سائغ في حد ذاته و لا مانع منه.

الثالث [هل يملك المبيع بالعقد أو بمضى مدة الخيار؟]

من المواضع المتقدمه هل يملك المبيع بالعقد أو بمضى مدة الخيار قولان،و سيأتي تحقيق المسأله إنشاء الله تعالى في المقام الثاني في الأحكام.

الرابع [حكم منافع المبيع مدة الخيار]

قد دلت الأخبار المتقدمه على ان منافع المبيع ضمن مدة الخيار للمشتري،و تلفه من المشتري فيكون ملكا له،و هو موافق للمشهور من أن التلف بعد القبض في زمن الخيار من مال من لا خيار له.

و هذا في صوره ما لو كان الخيار للبائع،و اما لو كان الخيار للمشتري كما تقدم في خيار الحيوان فان تلفه من البائع،كما تضمنته صحيحه

عبد الله بن سنان (1)المتقدمه في خيار الحيوان و قوله فيها

«فان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك في يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع». و هذا ايضا جار على مقتضى القاعده المتقدمه،و هي ان تلف المبيع بعد القبض فهو من مال من لا خيار له.

و تمام الكلام في ذلك يأتي إنشاء الله تعالى في المقام الثاني.

ص: ٣٧

الخامس [لزوم كون الشرط فى متن العقد]

قد تقدم أنه لا بد من كون الشرط فى متن العقد بين الإيجاب و القبول قال فى التذكرة: ولا اعتداد بالشرط قبله أو بعده.

السادس - خيار الشرط ثابت لمن اشترطه

سواء كانا هما معاً، أو أحدهما أو أجنبياً، أو أحدهما مع أجنبى، من غير خلاف يعرف و مستنده عموم أدله وجوب الوفاء بالشروط المتقدم ذكرها.

السابع - يجب أن يكون المده مضبوطة

و الوجه فيه رفع الجهاله المبطله للعقد، و أن الأجل - كما صرحوا به - له قسط من الثمن، فيثول إلى جهاله أحد العوضين، و ان تكون متصله بالعقد أو منفصله عنه مع ضبطها، فلو شرطها متأخره صار العقد لازماً بعد المجلس و جائزاً فيها، اما اتصالها بالعقد فوجهه ظاهر مما تقدم فى خيار الحيوان، و اما جواز اشتراط تأخيرها فوجهه كون الشرط المذكور سائغاً، فيصح اشتراطه، و فى جواز جعل المده متفرقه قولان، و لو لم تكن المده مضبوطة كقدوم الحاج مثلاً أو إدراك الغله بطل الشرط قولاً واحداً.

و هل يبطل العقد قولان: المشهور البطلان، و هذا جار فى كل عقد اشتمل على شرط فاسد، و قيل بصره العقد و ان بطل الشرط.

و قد تقدم تحقيق هذه المسألة و الكلام فيها فى المقدمه الحاديه عشر (1) من مقدمات كتاب الطهاره، و لو أطلقا و لم يعينا مده فالمشهور انه لا يصح و نقل عن الشيخ الصحه و انه ثلاثه أيام مدعياً فيه النص و الإجماع، و رد بعدم وجود خيار الثلاثه فى الاخبار الا فى خيار الحيوان و اما الإجماع فأوضح، حيث لم يقل ذلك سواه.

و الظاهر ان الوجه فى وجوب ضبط المده كما اشترطوه هو رفع الجهاله المبطله للعقد و أن الأجل له قسط من الثمن فيثول الى جهل أحد العوضين.

الثامن [مبدأ هذا الخيار]

قد تقدم النقل عن الشيخ بأن مبدأ هذا الخيار بعد التفرق من المجلس و لم نقف له على دليل، و ثبوت خيار المجلس بأصل الشرع لا يدل على كون مده الخيار المشروط غير ذلك، حتى يكون ابتداءه بعد انقضاء ذلك، إذ لا مانع من

ص: ٣٨

التداخل فى بعض المده كما مر فى خيار الحيوان (١).

التاسع [عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف و لا بالشرط]

قال بعض المحققين (٢) و الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف -لما مر و سيجىء- و لا بالشرط، و هو ظاهر. نعم يمكن بالإسقاط و الالتزام بعده كما فى غيره.

و العمده فى ذلك قول الأصحاب (رضى الله عنهم) فى الكل -و التسلط للإنسان على ماله، و الترغيب على العمل بالقول- و عدم مخالف له، و لانه لا شك فى لزوم الفسخ باختياره، و كذا اللزوم.

و يدل عليه أيضا

روايه السكونى (٣) عن ابى عبد الله (عليه السلام)

«أن أمير المؤمنين صلوات الله عليه قضى فى رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد رضيه و استوجه ثم ليبعه ان شاء، فان أقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه». انتهى. و هو جيد.

و حمل بعض الأصحاب الأمر بالإشهاد هنا على الإرشاد لرفع النزاع أو الاستحباب، و الخبر صريح فى أنه مع الالتزام بالعقد يسقط الخيار، و ظاهره أيضا أنه يسقط بالتصرف، و ان إقامته فى السوق و جعله فى معرض البيع -و ان لم يبعه- تصرف مسقط للخيار.

العاشر [جواز اشتراط المؤامره]

قد صرح الأصحاب بأنه يجوز اشتراط المؤامره يعنى اشتراطهما أو أحدهما استيمار من سمياه و الرجوع الى أمره مده مضبوته، فيلزم العقد من جهتهما و يتوقف على أمره، فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له استثماره و الفسخ، و الظاهر انه لا يتعين عليه، لان الشرط انما هو مجرد استثماره لا الالتزام بقوله، و ان أمر بالالتزام

ص: ٣٩

١-١ (١) ص ٢٥.

٢-٢ (٢) هو المحقق الأردبيلي قدس سره فى شرح الإرشاد منه رحمه الله.

٣-٣ (٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٣ التهذيب ج ٧ ص ٢٣.

لم يكن له الفسخ قطعاً، و ان كان الفسخ أصلح عملاً بالشرط قال في التذكرة: و ليس للشارط ان يفسخ حتى يستأمر و يأمره بالرد، لانه جعل الخيار اليه دونه. قيل: و يمكن أن يكون له الفسخ قبلها، و المخالفه لعدم لزومه. الا- ان يشترط ذلك. قال في التذكرة: هذا القول الثاني للشافعي. كما أن الأول قوله الأول، و هو المعتمد. مع انه في التحرير قال بهذا القول الثاني فقال: و له الفسخ قبل الاستيمار.

أقول لا- ريب ان جواز اشتراط الاستيمار كما هو أصل المسألة لا اشكال فيه، لانه من الشروط السائغة، فلا مانع من اشتراطها، فإن أمره بالفسخ تسلط على الفسخ، و له الخيار بين ان يفسخ و بين ان لا يفسخ، كما في سائر مواضع الخيار، و ان أمره بالالتزام الذي هو مقتضى العقد فليس له المخالفه، و ان كان الفسخ أصلح، لأنه لا يتسلط على الفسخ الا بالشرط، له و هو لم يشترط لنفسه و الفرق بين المؤامره و جعل الخيار لأجنبي ان الغرض من المؤامره الانتهاء إلى أمره، فليس لذلك المستأمر بفتح الميم الفسخ أو الالتزام، و انما إليه الأمر و الرأي خاصه بخلاف من جعل له الخيار.

الرابع- خيار الغبن

بسكون الباء و أصله الخديعه، و المراد هنا البيع و الشراء بغير قيمه مع الجهاله إذا كان الغبن بما لا يتسامح به غالباً بان شراه زياده على قيمه أو باع بنقصان عنها فالمرجع فيه الى العاده لعدم تقديره شرعاً، و هذا النوع من الخيار لم يذكره كثير من المتقدمين، و القول به انما ثبت عن الشيخ و اتباعه، و نقل في الدروس و كذا في المسالك عن المحقق في الدروس القول بعدمه.

و يظهر من التذكرة عدم الخلاف فيه بين علمائنا (1)، و المشهور بين

ص: ٤٠

١- ١) قال في التذكرة: و هو اي خيار الغبن ثابت عند علمائنا و به قال مالك و احمد لقوله لا ضرر و لا ضرار في الإسلام، و لقوله الا- أن تكون تجاره عن تراض منكم، و معلوم بان المغبون لو عرف الحال لم يرض، و لأن النبي صلى الله عليه و آله اثبت الخيار في التلقى و انما أثبتة للغبن، و قال انما يثبت للمغبون خاصه إجماعاً- منه رحمه الله.

المتأخرين ثبوته، و اعترف جمع من المتأخرين بأنهم لم يقفوا فى النصوص على نص عليه بالخصوص، و انما ورد فى تلقى الركبان تخيرهم إذا غبنوا.

و استدلوا عليه ايضا بحديث الضرار(١)، و ما ذكره من حديث الغبن فى تلقى الركبان لم أفق عليه فى كتب الاخبار، و لا فى كتب الفروع ايضا و يمكن ان يستدل عليه بما رواه

فى الكافى (١) عن إسحاق بن عمار عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

«غبن المسترسل سحت».

و عن ميسر (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

«غبن المؤمن حرام».

و فى روايه

«لا يغبن المسترسل فان غبنه لا يحل».

قال فى كتاب مجمع البحرين: و الاسترسال: الاستيناس، و الطمأنينه إلى الإنسان و الثقة به فيما يحدثه و أصله السكون و الثبات، و منه الحديث أيما مسلم استرسل الى مسلم فغبنه فهو كذا، و منه غبن المسترسل سحت، انتهى، و ظاهره وجود حديث رابع زائد على ما نقلناه.

و بالجمله فهذه الاخبار و ان كانت مطلقه الا- أنها داله بإطلاقها على ما نحن فيه من تحريم الغبن فى البيع و المنع منه، و حينئذ فيثبت لصاحبه الخيار.

و كيف كان فثبوته عند الأصحاب مشروط بأمرين كما تقدمت الإشارة إليه.

-أحدهما- جهاله المغبون بالقيمه وقت العقد، فلو عرف القيمه ثم زاد أو نقص مع علمه، أو تجددت الزيادة أو النقصه بعد العقد فلا غبن و لا خيار إجماعا، كما نقله المسالك.

ثانيهما ان يكون الغبن الذى هو عبارته عن الزيادة و النقصه فاحشا لا يتسامح بمثله عادة، مثل ان يبيع ما يساوى مائة: بخمسين و نحوها فلو كان يسيرا

ص: ٤١

١- (٢) الكافى ج ٥ ص ١٥٣.

٢- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٧ الفقيه ج ٣-١٧٣.

يتسامح به كالدرهم بل الأربعة و الخمسه فى الماء فلا غبن.

و قد عرفت ان مرجع ذلك عندهم الى العرف حيث لا- تقدير له فى الشرع و طريق معرفه الثانى ظاهره،لانه يمكن إقامه البيئه على القيمه فيناط بها.

و أما الأول فإن أمكن إقامه البيئه عليه فكذلك و الا فإن ادعاه مع معلوميه عدم إمكان ذلك فى حقه حيث يعلم ممارسته لذلك النوع فى ذلك الزمان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يقبل قوله،و الا فى القبول إشكال ينشأ من أصاله عدم العلم،و لان العلم و الجهل من الأمور التى تخفى غالبا و لا يطلع عليها الا من قبل من هى به،و من أصاله لزوم العقد و وجوب الوفاء به فيستصحب الى أن يثبت المزيل.

و قوى فى الروضه الأول،قال:و الأقوى قبول قوله فى الجهاله بيمينه مع إمكانها فى حقه،و استظهره فى المسالك أيضا الا انه احتمال فيه الثانى،ثم استشكل فيه بأنه ربما تعذر إقامه البيئه،و لم يمكن معرفه الخصم بالحال،فلا يمكنه الحلف على عدمه فتسقط الدعوى بغير بينه و لا يمين.و ما ذكره-قدس سره-جيد بناء على قواعدهم الا أن المسأله لخلوها من النص الواضح موضع توقف.

و حيث ثبت الغبن فإنه يتخير المغبون بين الرد و الإمساك مجانا،و ليس له الأرش إجماعا كما ذكره فى التذكرة،و المشهور فى كلام المتأخرين انه لا يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت،و ان انتفى موجه استصحابا لما ثبت قبله.

نعم لو اتفقا على إسقاطه بالعوض صح كغيره من الخيار،و فيه نظر لأنه ان كان مدرك هذا النوع من الخيار خبر الضرار كما اعترفوا به،فقضيه ذلك ان يكون الضرار، هو المدار،و ظاهر أن بذل التفاوت يدفعه،فينبغى القطع بعدم الخيار اقتصارا فيما خالف الأصل على القدر المتيقن و محل الضروره،و ان كان الإجماع فقد عرفت عدم ثبوته،لما ذكره فى الدروس و غيره من عدم ذكر كثير من المتقدمين لهذا الخيار و ما نقل عن المحقق آنفا.

و تردد العلامه فى التذكره هنا فقال: و لو دفع الغابن التفاوت احتمال سقوط خيار المغبون لانتفاء موجه و هو النقص، و عدمه لانه ثبت له، فلا يزول عنه الا بسبب شرعى انتهى. مع انه قد ادعى الإجماع (1) على عدم ثبوت الأرش به، قالوا و لا يسقط الخيار هنا بالتصرف و ظاهرهم انه سواء كان المتصرف الغابن فى مال المغبون أو بالعكس خرج به عن الملك كالبيع أم منع من الرد كالاستيلاء أم لا.

و لهم فى هذه المسأله تفاصيل و شقوق عديده أنهاها شيخنا فى الروضه و المسالك الى ما يزيد على ما تى مسأله، و أطال فى تقريرها و ليس فى التعرض لذكرها مزيد فائده مع خلوها من النصوص على العموم و الخصوص. فمن أحب الوقوف عليها فليرجع الى أحد الكتابين المشار إليهما.

و المشهور أن الخيار هنا فوري و قيل: بأنه على التراخى، و علل الأول بعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و أن الأصل بناء العقود على اللزوم، فيقتصر فيما خالفه على موضوع اليقين، و هو المقدار الذى يمكن حصوله فيه، و لاقتضاء التراخى الإضرار بالمردود عليه حيث يختلف الزمان، و يؤدى الى تغيير المبيع.

و لا- يخفى ما فى بناء الأحكام الشرعيه على مثل هذه الوجوه من المجازفه و علل الثانى بثبوت أصل الخيار فيستصحب الى ان يثبت المزيل لانتفاء الدليل على خصوص الفوريه، و لا يخفى ان هذا هو الأقرب و الأنسب بقواعدهم و الاربط بضوابطهم.

ص: ٤٣

١ - ١) وجه المدافعه هو ان مقتضى دعوى الإجماع من أنه لا- يجب عليه به أرش ان يكون له الخيار و ان بذل الغابن الغبن، و ذلك لادن اللانزم من الغبن و المترتب عليه انما هو اما هو الخيار بين الإمساك مجاناً أو الرد، لا- التفاوت بين الثمن و القيمه الموجب للغبن سواء بذله الغابن أم لا- و هذا هو الذى ادعى عليه الإجماع، فكيف يتردد مع بذل الغابن الغبن، مع انه ليس بما يترتب على الغبن و انما يترتب عليه مجرد الخيار- منه رحمه الله.

و بالجمله فأصله العدم أقوى مستند فى المقام حتى يقوم دليل على خلاف ذلك و لو جهل الخيار أو الفوريه فالظاهر أنه لا خلاف فى العذر الى ان يعلم ذلك.

الخامس- خيار التأخير

إشاره

اي تأخير إقباض الثمن أو المثلث عن ثلاثه أيام، فلو باع و لم يقبض الثمن و لا سلم المبيع و لا اشتراط تأخير الثمن، فالبيع لازم ثلاثه أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فيها، و الا كان البائع أولى بالمبيع، و الأصل فيه بعد الإجماع الأخبار الوارده عن أهل العصمه عليهم السلام.

و منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح (١) عن على بن يقطين

«انه سأل أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع، و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن قال: الأجل بينهما ثلاثه أيام، فإن قبض بيعه، و الا فلا بيع بينهما».

و عن إسحاق بن عمار (٢) عن عبد صالح عليه السلام قال:

«من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه أيام، و لم يجيء فلا بيع له». و رواه فى الفقيه بطريقه إلى إسحاق ابن عمار مثله.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٣) عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

« اشترى محملاً و أعطيت بعض ثمنه، و تركته عند صاحبه ثم احتبست أياماً ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال: قد بعته فضحكت ثم قلت: لا و الله لا أدعك أو أقاضيك فقال لى: أترضى بأبى بكر بن عياش؟ قلت: نعم فأتيناها فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن أفضى بينكما بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت:

بقول صاحبه قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له».

ص: ٤٤

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٢ الرقم ٩.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢ الرقم ٨.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١ الرقم ٧ الكافي ج ٥-ص ١٧٢.

و ما رواه-

فى الفقيه (١) فى الصحيح عن جميل عن زراره عن أبى جعفر (ع) قال:

«قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: حتى آتيك بثمانه؟ قال: ان جاء بثمانه فيما بينه وبين ثلاثه أيام، و الا فلا بيع له». و رواه فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن زراره مثله:

و رواه فى التهذيب بسند فيه على بن حديد عن زراره عن أبى جعفر (عليه السلام) مثله، و طعن فى هذه الروايه المحقق الأردبيلي (رحمه الله) فى شرح الإرشاد بوجود على بن حديد بناء على نقله لها عن التهذيب، و غفل عن مراجعه الكتابين الآخرين ثم اعتذر عن ضعفها بما هو أضعف، من اصطلاحه الذى بنا عليه.

و أما ما رواه

الشيخ بسند معتبر عن على بن يقطين (٢) قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه و قال: أجيئك بالثمن، فقال: ان جاء فيما بينه و بين شهر، و الا فلا بيع له» (٣). فهو غير معمول عليه عند الأصحاب، و لا- قائل به، و ربما حمل على استحباب الصبر له، و عدم الفسخ الى مضى المده المذكوره.

و تحقيق البحث فى المقام و بيان ما فيه من الأحكام يقع فى مواضع:

الأول [شروط هذا الخيار]

هذا الخيار مشروط عند الأصحاب بشروط ثلاثه، أحدها- عدم قبض الثمن، و الثانى- عدم قبض المبيع، و الثالث عدم اشتراط التأجيل فى الثمن و المثلث و بعض كل منهما و لو ساعه، و الثلاثه ظاهره من الأخبار المذكوره و قبض بعض من كل منهما كلا قبض، مجتمعاً و منفرداً لصدق عدم قبض الثمن و قبض المثلث الذى دلت عليه الروايات.

و لو قبض الجميع أو قبض فلا خيار لاختلال أحد الشروط المتقدمه، و هو

ص: ٤٥

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ الكافى ج ٥ ص ١٧١ التهذيب ج ٧ ص ٢١ الرقم ٥.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٨٠ الرقم ٥٦.

٣- (٣) ظاهر الصدوق فى المقنع القول بالخبر المذكور حيث قال: «إذا- اشترى رجل من رجل جاريه و قال: أجيئك بالثمن فان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له» منه رحمه الله.

الأول (1) على الأول، والثاني على الثاني، و شرط القبض المانع من الخيار كونه باذن المالك، فلا أثر لما يقع بدونه، وكذا لا أثر لما لو ظهر مستحقا لغير المالك أو بعضه.

الثاني [عدم سقوط هذا الخيار بمطالبه البائع بالثمن بعد الثلاثه]

-قد صرحوا بأنه لا- يسقط هذا الخيار بمطالبه البائع بالثمن بعد الثلاثه، و ان كان قرينه الرضا بالعقد، مستندين في ذلك الى الاستصحاب، و هو جيد، بناء على أصولهم من حججه مثل هذا الاستصحاب و قد تقدم الكلام فيه في مقدمات الكتاب.

و من ظاهر اتفاقهم على توقف بطلان العقد و انفكاكه على الفسخ فيما لم يختر الفسخ بعد الثلاثه، فإن البيع باق و له المطالبه بالثمن، و ان المطالبه لا يستلزم زوال خياره و ان كانت مؤذنه بالرضا بالعقد.

و أنت خبير بان المفهوم من ظواهر الأخبار المذكوره هو انفساخ البيع من نفسه بعد مضي الثلاثه، من غير توقف على فسخ لقوله (عليه السلام) في الاخبار المتقدمه، و الا فلا بيع له و مقتضاه بطلان البيع بعد الثلاثه إذا لم يحصل قبض الثمن أو المثل في ضمن تلك الثلاثه، لا أنه يبقى البيع، وكذا الخيار.

بل ظاهر الاخبار أنه لا- خيار هنا بالكلية، فإن غايه ما تدل عليه الاخبار هو أن البيع مع عدم القبض و الإقباض و عدم اشتراط التأجيل صحيح، و لزومه مراعى بهذه الثلاثه، فإن حصل القبض و الإقباض أو أحدهما فيها لزم البيع، و الا بطل من أصله

ص: ٤٤

١ - ١) و هو الأول أى الشرط الأول بناء على الفرض الأول هنا و هو قولنا قبض الجميع، و الثاني أى اختلال الشرط الثاني على الفرض الثاني هنا، و هو قولنا أو قبض -منه رحمه الله.

و أما أن البيع بعد الثلاثه باق و البائع مخير فى الفسخ أو الصبر الى أن يأتى المشتري بالثمن، فلا دلالة فى الاخبار عليه بوجه كما لا يخفى على المتأمل فى سياقها.

و قد نقل القول بالبطلان هنا عن ظاهر ابن الجنييد و الشيخ، و به اعترف العلامة فى المختلف، و ان أجاب بما لا يجدى نفعا قال فى الكتاب المذكور: قال ابن الجنييد (رحمه الله عليه): إذا خرجت الثلاثه و لم يأت بالثمن فلا بيع.

و فى المبسوط روى أصحابنا إذا اشترى شيئاً بعينه بثمان معلوم، و قال للبائع أجيئك بالثمن و مضى فان جاء فى مده الثلاثه كان المبيع له، و ان لم يجيء فى هذه المده بطل البيع.

و ظاهر هذه العبارة يوهم بطلان البيع بعد مضى الثلاثه.

و الذى نص عليه المفيد و الشيخ فى النهايه انه يكون للبائع الخيار ان شاء فسخ البيع، و ان شاء طالب بالثمن، و هو الحق، لنا الأصل بقاء صحه العقد. و الاخبار تعطى الذى قاله الشيخ أولاً و ابن الجنييد، ثم نقل صحيحه زراره المتقدمه و صحيحه على بن يقطين، ثم قال: و الجواب الحمل على انه لا بيع لازم له.

أقول: فيه ان ما ذكره من التأويل مع تعسفه و بعده يتوقف على وجود المعارض و لا معارض هنا الا ما يدعيه من ان الأصل بقاء صحه العقد، و هو أصل غير متأصل (1)

ص: ٤٧

١- ١) أقول: فإن فرض عدم لزومه فى الثلاثه باعتبار تطرق البطلان عليه من جهه عدم التقابض، و انما يلزم و تصير بيعاً مانعاً من الرجوع بذلك، و عدم اللزوم بعد الثلاثه باعتبار الخيار الذى للبائع كما يدعونه فإنه مسلط على الفسخ فالحال ان مشتركاً فى عدم لزوم البيع و تمامه و ان اختلف الوجه فى كل منهما. و أما قولهم ان البيع لازم ثلاثه أيام فإنما يريدون به من حيث عدم الخيار فى ضمن ثلاثه أيام، فلو لم يحصل بطل على أحد القولين، و صار غير لازم من جهه الخيار على القول المشهور، -منه رحمه الله.

و كيف يكون الأصل بقاؤه مع تصريح الأخبار بأنه لا يبيع بعد مضي الثلاثه، و كيف يختص النفي باللزوم كما ادعاه مع انه فى ضمن الثلاثه كذلك، لان لزومه مراعى بحصول التقابض فى ضمن الثلاثه منهما أو قبض أحدهما، و ان اختلف وجه عدم اللزوم فى الحالين.

و بالجمله فان الحق هو ما ذهب اليه ابن الجنيد و الشيخ هنا كما هو ظاهر الاخبار المذكوره و الله العالم.

الثالث- لو بذل المشتري الثمن بعد الثلاثه

، قيل، يحتمل سقوط الخيار:

و هو الذى قطع به العلامة فى كتبه، محتجا بزوال المقتضى لثبوته، و هو الضرر بالتأخير.

و قيل: يحتمل بقاؤه، عملا بالاستصحاب، و زوال مقتضيه بعد ثبوته لم يؤثر فى نظائره.

أقول و الأظهر- بناء على ما قدمنا تحقيقه من بطلان البيع بعد الثلاثه- أن لا- ثمره لهذا الفرع بالكلية، حتى يترتب عليه هذان الاحتمالان، و مع الإغماض عما ذكرنا و الجرى على مقتضى كلامهم فى هذا المقام، فإن الأقوى ما ذهب إليه العلامة، لأن التمسك بهذا الاستصحاب الذى يكررونه فى هذه الأبواب غير مجد نفعاً كما حققنا فى مقدمات الكتاب (1).

الرابع [لو تلف المبيع بعد الثلاثه]

-الظاهر أنه لا خلاف فى أنه لو تلف المبيع بعد الثلاثه، فإنه من مال البائع لما تقرر من القاعده من أنه متى تلف قبل القبض فهو من مال البائع.

و يعضده ظواهر الأخبار المتقدمه الداله على أنه بعد الثلاثه لا يبيع له، و سيما على ما اخترناه من بطلان البيع بعد الثلاثه فإنه من مال بائعه، إنما الخلاف فيما لو هلك فى الثلاثه، فالمشهور أنه كذلك.

ص: ٤٨

وقال المفيد: يكون التلف من المشتري، وهو مذهب المرتضى (رضى الله عنه) و سلا و جمع ممن تبعهم، و عن ابن حمزه أنه ان عرض البائع تسليمه على المشتري و لم يتسلمه فهو من مال المشتري، و الا فمن البائع. و هو ظاهر أبي الصلاح حيث قال:
فان كان تأخيره من قبل المبتاع فهلاكه و نقصه من ماله.

و أورد على القول المذكور بان العرض على البائع لا- يقوم مقام القبض الا- ان يمتنع المشتري من القبض، و لا يرضى به البائع ببقائه فى يده، و حينئذ فلا- فرق بين التلف فى الثلاثه أو بعدها فى كونه من المشتري، بل يخرج على هذا الفرض عن محل المسأله، و هذا المعنى أقرب فى عبارته أبى الصلاح.

و يدل على القول المشهور روايه

عقبه بن خالد المرويه فى الكافى (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال: آتيك غدا ان شاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال:

من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع، و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله».

و نقل بعض المحققين (٢) أنه

روى عنه صلى الله عليه و آله (٣)

«كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، و لم أقف عليها فيما وصل إلينا من الاخبار.

و يؤيده أيضا دخوله تحت القاعده المتقدمه، لأنه يصدق عليه أنه تلف قبل القبض و هذه الروايه من أدله هذه القاعده، و ظاهرها أنه مضمون على البائع ما دام لم يقبضه المشتري، و يخرج من بيته فى الثلاثه و بعد الثلاثه.

ص: ٤٩

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٧٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الخيار الرقم- ١.

٢- ٢) هو المحقق الأردبيلى قدس سره فى شرح الإرشاد و نقله فى موضع آخر عن العلامة فى التذكرة- منه رحمه الله.

٣- ٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٣.

و عن المفيد التعليل لما ذهب إليه بأن المبيع انتقل اليه، فيكون ضمانه عليه، و التأخير لمصلحته، و أجاب في المختلف بالمنع من الملازمه، و نفى البأس عن قول ابن حمزه، و ظاهر أبي الصلاح، مع اختياره القول المشهور، و قد عرفت ما فيه.

و بالجمله فالظاهر هو القول المشهور لما عرفت و الله العالم.

الخامس [لو قبض المبيع و تعذر الثمن]

قد عرفت سابقا أنه لو قبض البائع الثمن أو المشتري المبيع فإنه لا خيار، و نقل في الدروس عن الشيخ بأن له قولاً بأنه لو قبض المبيع و تعذر الثمن فإن للبائع الفسخ، ثم قال: و فيه قوة.

قال في المسالك: «و كان مستنده خبر الضرار، إذ لا نص فيه بخصوصه، و ليس ببعيد، إلا أن التمسك بلزوم العقد و وجوب الوفاء به أقوى، و أخذه مقاصه لدفع الضرر ان تمكن من أخذ العين، و الا فلا يدفع بالفسخ انتهى و هو جيد.

السادس [لو قبضه المشتري ثم تلف]

قال في المختلف: لو قبضه المشتري ثم تلف، فان كان في مده الثلاثه كان من مال المشتري دون البائع، و ان هلك بعدها فكلام الشيخ يشعر بأنه من مال البائع.

و احتج بان له الخيار بعد انقضاء الثلاثه، لأن عبارته هكذا إذا باع الإنسان شيئاً و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المبتاع، فان العقد موقوف ثلاثه أيام، فإن جاء المبتاع في مده ثلاثه أيام كان المبيع له، و ان مضى ثلاثه أيام كان البائع أولى بالمتاع، فان هلك المتاع في هذه الثلاثه أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون مال المبتاع، و ان كان قبضه إياه ثم هلك في مده الثلاثه كان من مال المبتاع دون مال البائع، و ان هلك بعد الثلاثه أيام كان من مال البائع على كل حال. و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع. انتهى.

و هو جيد إلا أن من المحتمل - و ان بعد بالنسبه إلى سياق العبارة المذكوره إلا انه غير بعيد بالنسبه الى طريقه الشيخ في التعبير، و هو الموافق للقواعد،

إذ يبعد من الشيخ كل البعد اراده ما دلت عليه العبارة بظاهرها- أن يكون قوله أخيرا «و ان هلك بعد الثلاثه أيام» انما هو بالنسبه إلى صورته عدم القبض، فيكون قسيما لقوله فان هلك المتاع في هذه الثلاثه، و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون مال المتاع، و ان هلك بعدها كان من مال البائع على كل حال. يعنى أنه أولى بأن يكون من مال البائع لمضى الثلاثه القاطعه لتعلق المشتري به بخلاف ما إذا كان في ضمن الثلاثه التي هو فيها مال المشتري، و يكون جملة و ان كان قبضه إياه ثم هلك الى آخره متوسطه بين الجملتين المتعاطفتين.

السابع [حمل قوله «ما لا يفسد» على ما هو أعم من الحيوان]

قال في المختلف أيضا لم يفرق الشيخان و أتباعهما بين الحيوان و غيره في التربص ثلاثه أيام، و قال في المقنع إذا اشترى رجل من رجل جاريه فقال أجيئك بالثمن، فان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له، و إذا اشترى ما يفسد من يومه كالبقول فان جاء ما بينه و بين الليل و الا فلا بيع له، و إذا اشترى ما لا يفسد من يومه فان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له. انتهى.

ليس في كلام المقنع رحمه الله هنا ما يدل على مخالفه الأصحاب في هذه المسأله بالنسبه إلى الحيوان، لان قوله «و إذا اشترى ما لا يفسد» الى آخره شامل للحيوان و غيره و قوله «إذا اشترى رجل جاريه» الى آخره لا يدل على أن هذا خيار الحيوان بجميع أفراده بأن يحمل ذكر الجاريه على التمثيل.

و انما هذا فتوى بروايه على بن يقطين (١) المتقدمه المشتمله على هذا الحكم المخصوص بالجاريه إذ يبعد منه رحمه الله اطراح اخبار الثلاثه الوارده في خيار الحيوان (٢) مع تعددها و صحتها، و الاقتصار على هذا الخبر الشاذ النادر مع عدم ظهوره في العموم.

ص: ٥١

١- (١) التهذيب ج-٧-ص ٨٠ الرقم ٥٦.

٢- (٢) التهذيب ج-٧-ص ٢٤.

فالظاهر ان هذا الحكم الذى ذكره مخصوص بالجاريه كما هو مورد الخبر المشار اليه، وربما كان منشأ التوهم عدم ذكر خيار الحيوان فى هذا المقام و الكتاب لا يحضرنى الآن.

و بالجمله فالأظهر حمل كلامه على ما ذكرنا تحاشيا عن خروجه عن مقتضى الأخبار الواردة فى خيار الحيوان، و انه ثلاثه أيام للمشتري، أو مع البائع على الخلاف المتقدم.

و يعضد ما قلناه أنه فى الفقيه روى موثقه الحسن بن على بن فضال (١) المتقدمه فى روايات خيار الحيوان الداله على أنه ثلاثه أيام، و مع هذا قال فى الكتاب المذكور: و من اشترى جاريه و قال للبائع أجيئك بالثمن فان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له، و العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل. انتهى.

و حينئذ فالظاهر حمل قوله «ما لا يفسد» على ما هو أعم من الحيوان و غيره، ليوافق فتوى الأصحاب.

نعم- يخرج من ذلك حكم الجاريه بناء على عمله بخبر على بن يقطين (٢) المشار اليه و قد تقدم.

السادس- خيار ما يفسد ليومه

اشاره

و الأصل فى هذا النوع من الخيار ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبى حمزه (٣) أو غيره عن من ذكره عن ابى عبد الله عليه السلام و أبى الحسن عليهما السلام

«فى الرجل يشتري الشىء الذى يفسد من يومه، و يتركه حتى يأتية بالثمن؟ قال: فان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له».

ص: ٥٢

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ الرقم ٧ الوسائل الباب-٣- من أبواب الخيار الرقم-٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٨٠ الرقم ٥٦.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ الرقم ٢٥ الوسائل الباب-٩- من أبواب الخيار.

و نقل فى الوسائل عن الصدوق أنه روى بإسناده

عن ابن فضال عن ابن رباط (١) عن زراره عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث

«قال العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل».

أقول:

روى فى التهذيب عن الحسين بن سعيد عن ابن فضال (٢) و فى الفقيه عن ابن فضال عن ابن رباط عن رواه عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثه أيام فهو من مال البائع».

و زاد فى الفقيه

«و من اشترى جاريه و قال للبائع أجيئك بالثمن فان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له، و العهده فيما يفسده من يومه». الى آخر ما تقدم.

و الظاهر أن هذه الزيادة إنما من كلامه الذى يدخله بين الاخبار، و هو إشاره الى ما تضمنه مرسله ابن أبى حمزه (٣) المذكوره و روايه على بن يقطين (٤) المتقدمه كما أشرنا إليه آنفاً، لا أنه من متن الروايه المذكوره.

و كيف كان فإن الروايه المذكوره لا تخلو عن الإشكال بالنسبه الى ما يترتب على هذا الخيار، و ذلك لان الظاهر أن الخيار انما شرع لدفع الضرر، و إذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل فى يومه، و لا يندفع به الضرر و انما يندفع بالفسخ قبل الفساد.

و فى الدروس عنوانه بما يفسده المبيت، و هو جيد، الا أن فيه خروجاً عن النص و لعله لتلافيه بخبر الضرر، و استتقرب تعديته الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوفه.

ص: ٥٣

١-١) الوسائل الباب ١١- من أبواب الخيار.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٦٧ الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ الرقم-٧.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ الرقم ٢٥.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٨٠ الرقم ٥٦.

و لا يتقيد بالليل (١) و اكتفى فى الفساد بنقص الوصف و فوات الرغبه كما فى الخضروات.

و اللحم و العنب و كثير من الفواكه، و استشكل فيما لو التزم التأخير فوات السوق فعلى هذا لو كان مما يفسده فى يومين تأخر الخيار عن الليل الى حين خوفه.

و هذا كله و ان كان متجهها فى حد ذاته الا انه خارج عن مدلول النص الوارد فى هذا الحكم- كما عرفت- الا ان خبر الضرار (٢) يفيد فى الجميع.

تنبيهات

الأول [هذا الخيار فرد من افراد خيار التأخير]

-الظاهر ان هذا الخيار فرد من افراد خيار التأخير كما يشير اليه كلام العلامة فى التذكرة حيث ذكره فى مسأله من مسائل خيار التأخير، فكأنه قال: خيار التأخير فيما لا يفسد إلى ثلاثه أيام، و فيما يفسد فى يومه الى الليل، و الى ذلك يشير أيضا عبارته المقنع المتقدمه.

ص: ٥٤

١ - ١) قال المحقق الشيخ على فى شرح القواعد و الذى ينبغى ان يعرف- ان لزوم البيع ههنا الى حين خوف الفساد بحسب العاده المستمره و قرائن الأحوال الموجوده بحيث ان يتربص به زياده فسد، لأنه ينبغى لزوم البيع، مده بقائه، ثم حين الشروع فى الفساد يثبت الخيار كما توهمه كثير من العبارات لان الخيار حينئذ مما لا فائده فيه لتحقق الضرر، و ليس فى النص ما ينافى شيئا من ذلك- مردود بأنه كيف لا ينافى ما ذكره، و هو قد اشتمل على السؤال مما يفسد فى يومه، و الخيار بناء على ما يدعونه انما يناط بدخول الليل و هو ظاهر- منه قدس سره.

٢- ٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار.

و يعضده ظاهر كلامهم هنا من حيث عدم القبض و الإقباض، كما فى خيار التأخير المتقدم، و هو ظاهر النص الوارد فى المسأله أيضاً، فحينئذ فعده قسماً برأسه ليس مما ينبغى.

الثانى [تخير البائع بعد مضى اليوم بين الصبر و الفسخ]

-ان مقتضى كلامهم أنه بعد مضى اليوم يتخير البائع بين الصبر و ان فسد، فأخذ الثمن من المشتري، و بين الفسخ و بيعه، أو يتصرف فيه بأى نحو أراد، و لا يرجع الى المشتري، بنحو ما قالوه فى الخيار بعد الثلاثه و المفهوم من الروايه المتقدمه- هنا إنما هو ما ذكرناه- فى روايات خيار التأخير ثلاثه أيام- من بطلان البيع حيث ان العبارة فى الموضوعين واحده، إذ مؤدى (لا يبيع له) هو البطلان، لا ثبوت الخيار، و هو يرجع الى ما قدمنا تحقيقه من أنه ليس هنا خيار بالكلية.

و انما غايه ما يدل عليه الخبر المذكور هنا- كالاخبار فى تلك المسأله- أنه يبقى البيع مراعى بمضى المده المذكوره، فإن قبضه المشتري فيها أو قبض الثمن صح البيع و الا بطل من أصله.

هذا هو ظاهر الاخبار المشار إليها كما عرفت.

و حاصل الخبر هنا أنه يجب على البائع الصبر إلى أول دخول الليل، فان أتى المشتري بالثمن فهو له، فسد أو لم يفسد، و الا بطل البيع كذلك.

هذا ظاهر الخبر المذكور، و وجه الاشكال فيه و جوب الصبر المده المذكوره و ان تضرر بفساد المبيع فيها، و يمكن التفصلى عنه بان رضاه بذلك مع علمه بالحكم الشرعى، و قدومه على البيع و الحال هذه بدفع الاشكال المذكور.

الثالث [اشتراط عدم التقابض]

-قد عرفت سابقاً ان ظاهر كلام الأصحاب- و هو ظاهر الخبر الوارد فى هذه المسأله- أن الشرط هنا عدم التقابض، لا- من الطرفين، و لا- من أحدهما، و حينئذ فلو قبض المشتري السلعه، و لم يقض البائع الثمن، فان البيع يكون لازماً، و لا يقدر بالمده المذكوره و كذا بالعكس، و لو قبض بعض الثمن أو سلم بعض المبيع فكالعدم، لصدق عدم

قبض الثمن، و عدم قبض المبيع المترتب عليهما الحكم المتقدم في الخبر، و في كلام الأصحاب و الله العالم.

السابع خيار الرؤية

إشاره

و هو ثابت لمن لم ير، إذا باع أو اشترى بالوصف، ثم ظهر مخالفا، فان كانت المخالفه بظهور الزيادة على الوصف تخير البائع، و ان كانت بالنقص عنه تخير المشتري، و الأصل فيه-أيضا مضافا الى الاتفاق-هو اشتراط الرؤية أولا في صحه البيع و لزومه، كما يدل عليه ما رواه

في الكافي (١) عن عبد الأعلى بن أعين قال:

« نبت عن ابى جعفر (عليه السلام) انه كره بيعين اطرح و خذ على غير تقليب، و شراء ما لم ير» (٢).

و روى في التهذيب (٣) قال:

نبت عن ابى جعفر-عليه السلام-انه يكره شراء ما لم ير. و الكراهه هنا بمعنى التحريم كما وقع مثله كثيرا في الاخبار، بل هو الأغلب الأكثر فيها.

ص: ٥٦

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٥٤ الوسائل الباب ١٨ من أبواب الخيار الرقم-١.

٢-٢) قال بعض مشايخنا المحققين من متأخر المتأخرين قوله عليه السلام (اطرح و خذ) أى يقول البائع للمشتري اطرح الثمن، و خذ المتاع من غير أن يكون المشتري قلب المتاع و اختبره. و الفرق بينه و بين الثانى أنه فى الثانى لم ير أصلا، و فى الأول رأى من بعيد و لم يختبره، أو يقول المشتري اطرح المتاع، و خذ الثمن الذى أعطيك، فيكون الفساد لجهاله الثمن، و فى الثانى لجهاله المبيع، و على التقديرين لا بد من تقيده بعدم الوصف الراجع للجهاله. و الله العالم. منه قدس سره.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٩ الرقم-٣٠.

الصدوق فى الفقيه و الشيخ فى التهذيب (١) فى الصحيح عن جميل بن دراج قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعه «ففتشها» (٢) ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله (عليه السلام): لو قلبها و نظر منها الى تسع و تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤيه».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن زيد الشحام (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال: لا يشتري شيئا حتى يعلم أين يخرج السهم، فان اشترى شيئا فهو بالخيار إذا خرج».

و توضيح معنى هذا الخبر ما رواه

الشيخان المذكوران فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب (٤) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):

اشترى الغنم، أو يشتري الغنم جماعه ثم ندخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحدا و اثنين و ثلاثه و أربعة و خمسا ثم يخرج السهم قال: لا يصلح هذا، انما يصلح السهام إذا عدلت القسمه.

و المراد منه أنه إذا اشترى عشره مثلا، مائه من الغنم، فيدخل بيتا فيخرج من الغنم كيف ما اتفق، فإذا بلغ المخرج خمس مئة مثلا اخرج اسم رجل، فمن خرج اسمه يعطيه هذه الخمسه، فلم يجوزه - (عليه السلام) - للغرر و عدم تحقق شرائط القسمه، إذ من شروطها تعديل السهام أولا، فربما وقع فى سهم بعضهم كلها سمانا و فى سهم الآخر هزالا.

ص: ٥٧

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ١٧١.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٠ الرقم ٢٩ و فيها (فقلبها) بدل (ففتشها).

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٢٢٣ الرقم ٣- التهذيب ج ٧ ص ٧٩ الرقم ٥٤.

٤- ٤) التهذيب ج ٧ ص ٧٩ الرقم ٥٣ الكافى ج ٥ ص ٢٢٣.

و من أجل هذا انه لو اشترى و الحال هذه فان له الخيار كما صرح به في صحيح الشحام (١) «إذا خرج الردى في ذلك السهم».

و أما إذا أمكن القسمة بعد تعديل السهام، فإنه لا مانع لأنه يشتري متاعا فان اقتسموا بالتعديل فلا خيار، و الا فإن خرج في سهمه الردى كان له الخيار في القسمة، فالمتاع في صحيح الشحام مبني على ما هو دأبهم من شرائهم مجهولا غير معدل، كما يشير اليه قوله في روايه منهال انما يصلح السهام إذا عدلت القسمة.

و كيف كان فمورد الخبرين المذكورين انما هو المشتري، و المدعى - كما هو المتفق عليه بينهم - ثبوت ذلك - أيضا - للبائع الا ان يجبر ذلك بخبر الضرار (٢) و ربما احتمل بعض الأصحاب في صحيحه جميل أن يكون التفتيض من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، و حينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال، الا أن الظاهر بعده غاية البعد عن سياق الخبر المذكور، و مع تسليمه فثبوت كون الجواب عاما - أيضا - محل خفاء و اشكال.

و بالجمله فالظاهر ان مستند العموم انما هو خبر الضرار المجبور باتفاق الأصحاب على الحكم المذكور، قالوا: و لا بد في هذا النوع من الخيار من ذكر الجنس و الوصف الرافعين للجهاله، و ضابط ذلك أن كل وصف يتفاوت الرغبات بثبوتها و التفائه، و يتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثاله، فإنه يجب ذكره، فلا بد من استقصاء صفات السلم كلها كما صرح به العلامة في التذكرة.

فروع

الأول:

لو وصف بها فوقع البيع و الشراء بوصف الغير ثم ظهر الزيادة و النقصان من جهتين تخيراً معاً، و يقدم قول الفاسخ كما تقدم بيانه.

ص: ٥٨

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٧٩ الرقم -٥٤.

٢- ٢) الوسائل الباب ١٧- من أبواب الخيار الرقم ٣-٤.

الثاني:

قال فى الدروس: لو شرطا دفعه فالظاهر بطلان العقد، للغرر، أقول:

و الوجه فيه ان الوصف قائم مقام الرؤيه، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئى و لا موصوف، و يلزم من ذلك الغرر المنهى عنه المبطل للبيع، و الظاهر انه لا- خلاف بينهم فى صحه إسقاط خيار المجلس و الحيوان و العيب، و أما خيار الغبن و التأخير ففيهما احتمال و الصحه أظهر، و أما خيار الرؤيه فالحكم فيه ما عرفت.

الثالث:

ظاهر كلام أكثر الأصحاب اشتراط الفوريه فى هذا الخيار.

الرابع:

قال فى الدروس: لو شرط البائع إبداله ان لم يظهر على الوصف فالأقرب الفساد، أقول: ظاهر كلامه أن الحكم بالفساد أعم من ان يظهر على الوصف أم لا- و فيه انه لا- موجب للفساد (1) مع ظهوره على الوصف المشروط، و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سببا فى الفساد لعموم الأخبار المتقدمه.

نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفه، و لا يجبره هذا الشرط لإطلاق الاخبار فى الخيار، و الأظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة إلى الشرط المذكور، حيث لا تأثير له مع الظهور و عدمه.

و بالجملة فإننى لا اعرف للحكم بفساد العقد فى الصوره المذكوره على الإطلاق وجهها يحتمل عليه، و الله العالم.

الخامس:

لو اشترى برؤيه قديمه تخير أيضا لو ظهر بخلاف ما رآه، و كذا من طرف البائع، الا ان هذا ليس من افراد هذا الخيار الذى هو محل البحث، لانه مقصور على ما لم ير، حيث اشترط فيه الوصف عوضا عن الرؤيه، و لا يشترط وصف ما سبقت رؤيته، و انما يباع و يشتري بالرؤيه السابقه، غايه الأمر انه إذا ظهر بخلاف ذلك، لطول المده أو عروض عارض أو نحو ذلك تخير، بايعا كان أو مشتريا.

ص: ٥٩

(١ - ١) أقول موجب الفساد على ما هو الظاهر ان الشرط المذكور لما كان مخالفا للسنة- فاسده- و اقتضى فساد العقد قضاء

للشرطيہ-منہ رحمہ اللہ.

و ضابطه فى الحيوان كلما زاد عن أصل الخلقه أو نقص و زاد بعضهم عينا كان كالإصبع الزائده أو الناقصه، أو صفه كالحمى و لو يوما بأن يشتره فيجده محموما أو يحم قبل القبض.

أقول: و يدل على الأول ما رواه

فى الكافى عن أحمد بن محمد السيارى (1) قال:

«روى عن ابن أبى ليلى أنه قدم اليه رجل خصما له فقال: ان هذا باعنى هذه الجاربه فلم أجد على ركبها حين كشفتها شعرا و زعمت أنه لم يكن لها قط قال: فقال له ابن أبى ليلى: ان الناس ليحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوا به فما الذى كرهت؟ فقال: أيها القاضى ان كان عيبا فاقض لى به. فقال: اصبر حتى أخرج إليك فإنى أجد أذى فى بطنى ثم دخل و خرج من باب آخر حتى أتى محمد بن مسلم الثقفى فقال له أى شىء تروون عن أبى جعفر (عليه السلام) فى المرأه لا- يكون على ركبها شعرا يكون ذلك عيبا».

فقال له محمد بن مسلم: أما هذا نضا فلا أعرفه، و لكن حدثنى أبو جعفر عن أبيه عن آباءه (عليهم السلام) عن النبى صلى الله عليه و آله «أنه قال: كلما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب، فقال له ابن أبى ليلى: حسبك ثم رجع الى القوم فقضى لهم بالعيب».

ص: ٦٠

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٦٥ الرقم-٢٦ الكافى ج ٥ ص ٢١٥ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب الرقم-١.

و على الثانى فى الجملة ما رواه

فى الكافى عن داود بن فرقد (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جاربه مدركه فلم تحض عنده حتى مضى لها سته أشهر و ليس بها حمل، قال: ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر، فهذا عيب ترد منه». و رواه الصدوق بإسناده عن الحسن بن محبوب.

و للمشتري الخيار بين الرد و القبول مع الأرش فى صورته الجهل بالعيب عند الشراء، و يسقط الرد خاصة دون الأرش بالتصرف فى المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده، و سواء كان التصرف ناقلا للملك أم لا، مغير للعين أم لا.

و نقل عن ابن حمزه أنه إذا تصرف المشتري بعد العلم بالعيب سقط الرد و الأرش معا، و هو مردود بالاخبار الآتية، و كذا يسقط الرد خاصة دون الأرش بحدوث عيب بعد القبض، فإنه مانع من الرد بالعيب السابق، و يسقطان معا بالعلم بالعيب قبل العقد، فان قدومه عليه عالما به رضى بالعيب.

و كذا يسقطان بالرضا به بعده، و فى حكمه إسقاط الخيار و كذا يسقطان ببراءه البائع من العيوب، و الأصل فى بعض هذه الأحكام الاخبار الجارية فى هذا المضمار.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن جميل (٢) عن بعض أصحابنا عن أحدهما - (عليهما السلام)

«فى الرجل يشتري الثوب من الرجل أو المتاع فيجد به عيبا، قال: ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن، و ان كان خاط الثوب أو صبغه أو قطعه رجع بنقصان العيب».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٣) عن زراره عن أبى جعفر (عليه السلام)

ص: ٦١

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٦٥ الفقيه ج ٣-٢٨٥ الكافى ج ٥ ص ٢١٣.

٢-٢) الفقيه ص ١٣٦ الرقم ٣٣ الكافى ج ٥٤ ص ٢٠٧ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٦٠ الرقم ٢.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٢٠٧ الرقم ٣ التهذيب ج ٧ ص ٦٠ الرقم ١.

قال: «أیما رجل اشترى شيئاً و به عیب أو عواز لم يتبرأ إليه منه و لم يبرأ به و أحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و علم بذلك العور أو بذلك العیب انه يمضى عليه البيع و یرد عليه بقدر ما ينقص ذلك الداء و العیب من ثمن ذلك لو لم يكن به».

و ما رواه

فی الكافي عن أبي صادق (١) قال:

«دخل أمير المؤمنين (عليه السلام) و رواه الصدوق مرسلًا قال دخل أمير المؤمنين (عليه السلام) سوق التمارين فإذا امرأه قائمه تبكى و هى تخاصم رجلاً تماراً، فقال لها: مالك؟ فقالت: يا أمير المؤمنين اشتريت من هذا تمرا بدرهم فخرج أسفله ردياً و ليس مثل هذا الذى رأيت فقال له.

رد عليها، فأبى حتى قال له ثلاث مرات فأبى، فعلاه بالدره حتى رد عليها، و كان عليه السلام يكره أن يجلل التمر».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة عن ميسر بن عبد العزيز (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل اشترى زق زيت فوجد فيه دردياً فقال: ان كان ممن يعلم ان ذلك يكون فى الزيت لم یرده عليه، و ان لم يكن يعلم أن ذلك يكون فى الازيت رده عليه».

و ما رواه

فى التهذيب عن جعفر بن عيسى (٣) قال:

«كتبت الى أبى الحسن (ع) جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد، فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري و رضيه، و لم يبق إلا نقده الثمن فربما زهده فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً و أنه لم يعلم بها فيقول له المنادى: قد برئت منها، فيقول له المشتري: لم أسمع البراءة منها أ يصدق فلا- يجب عليه الثمن، أم لا- يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب (عليه السلام): عليه الثمن».

ص: ٦٢

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٠ الفقيه ج ٣ ص ١٧٢ الرقم ٢.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ١٧٢ التهذيب ج ٧-٧ ص ٦٦ الكافي ج ٥ ص ٢٢٩.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٦٦ الرقم ٢٩.

الا أن ظاهر الأصحاب عدم القول بهذه الروايه كما سيأتى تحقيقه إنشاء الله تعالى. فى فصل العيوب.

و ما رواه

فى التهذيب أيضا-عن السكونى (1) عن جعفر عن أبيه عليهم السلام

«أن عليا(عليه السلام)قضى فى رجل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره فوجد فيها ربا فخاصمه الى على(عليه السلام)فقال له على(عليه السلام):لك بكيل الرب سمننا،فقال له الرجل:انما بعته منك حكره،فقال له(عليه السلام)-:انما اشترى منك سمننا و لم يشتر منك ربا».

قال فى الوافى و الحكر الجمع و الإمساك يقال:اشترى المتاع حكره أى جملة.

انتهى،الى غير ذلك من الاخبار الاتيه إنشاء الله فى الفصل الذى فى حكم العيوب، و قد تقدم فى المباحث السابقه ما يدل على بعض هذه الأحكام ايضا.

و العجب من صاحب الكفايه هنا حيث قال:و لو تصرف المشتري سقط الرد دون الأرش للاخبار المتعدده،لكن الأخبار مختصه بمن اشترى جاريه فوطأها ثم وجد بها عيبا.انتهى.

و كأنه لم يقف على هذه الاخبار التى قدمناها صريحه فى الأرش مع التصرف فى المبيع مطلقا جاريه أو غيرها،الا ان عندى فى المقام اشكالا،و هو ان المذكور فى كلامهم انه مع ظهور العيب السابق قبل العقد أو القبض فللمشتري الخيار بين الرد و القبول مع الأرش،و الروايات المتقدمه خاليه من ذكر الأرش،و انما المذكور فيها الرد،و الأرش إنما ذكر فى صورته التصرف المانع من الرد،و مثلها الاخبار الاتيه إنشاء الله تعالى فى شراء الجوارى،و لم أقف على من تنبه لذلك و لا نبه عليه (2).

ص: ٦٣

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٦٦ الرقم ٣٠.

٢- (٢) أقول الى ما ذكرنا من الاشكال هنا أشار المحقق الأردبيلي فى شرحه على الإرشاد إلا انا لم نقف عليه الا بعد تجاوز هذا المقام فاستثناءه بعد ذلك فيما يأتى فى مسأله الرد من احداث السنه فى فصل العيوب فليتراجع منه قدس سره.

و بالجمله فالدليل على التخيير المذكور غير ظاهر من الاخبار الا ان يكون الإجماع، لظهور اتفاقهم على الحكم المذكور.

نعم ذلك مذکور

في الفقه الرضوي (1) حيث قال (عليه السلام)

«فان خرج في السلعه عيب و علم المشتري، فالخيار اليه ان شاء رد و ان شاء أخذه أورد عليه بالقيمه مع أرش العيب». و ظاهر العبارة التخيير بين الرد و بين أخذه من غير أرش أو أخذه مع الأرش و يحتمل أن لفظه (أو) غلط، و انما هو بالواو فيكون مخيرا بين الأول و الثالث.

و الظاهر أن هذه العبارة هي المستند في ذلك، في كلام المتقدمين و جرى عليه جملة المتأخرين كما في جملة من الأحكام التي أسلفنا ذكرها في غير مقام.

و أما باقى شقوق المسأله مما لا- يظهر وجهه من هذه الاخبار، فيمكن استفادته من الرجوع الى القواعد المقرره و الضوابط المعتمده.

و الأرش المذكور في الاخبار المتقدمه عبارته عن نسبه التفاوت بين قيمته صحيحا و قيمته معيبا، فيؤخذ من الثمن بتلك النسبه، لا تفاوت ما بين الصحيح و المعيب، لانه قد يحيط بالثمن أو يزيد عليه، فيلزم أخذه العوض و المعوض، كما إذا اشترى بخمسين و قوم معيبا بها، و قوم صحيحا بمأه أو أزيد، و على اعتبار النسبه يرجع في المثال المذكور بخمسه و عشرين، و على هذا القياس.

و تمام تحقيق المسأله يأتي- إنشاء الله تعالى- في الفصل المعقود للعيب، و هذا ما وعدنا به آنفا من ذكر ثمانية من أفراد الخيار المذكوره في كلام أكثر الأصحاب، و زاد شيخنا في اللغه سته على هذه الثمانية بحيث يبلغ المجموع أربعة عشر، و انما أعرضنا عن ذكرها لعدم وجود النصوص على كثير من أحكامها و سيأتي- إنشاء الله- التعرض لذكرها كل في مقامه، و بيان ما يتعلق بنقضه و إبرامه.

ص: ٦٤

و قد تقدم ذكر كثير منها فى المباحث المتقدمه فى المقام الأول، و بقى الكلام هنا فى مسائل:

الأولى [ثبوت خيار الشرط فى تمام أنواع العقود]:

قد صرح جمع من الأصحاب-رضى الله عنهم- بأن خيار الشرط يثبت فى كل نوع من أنواع العقود، سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق.

أما جواز الشرط فى العقود، فلعوموم الأخبار المتقدمه فى خيار الشرط الداله على جواز الاشتراط إذا كان الشرط سائغا لا يخالف الكتاب و السنه، و قد استثنى من البيع ما يتعقبه العتق، كسواء القريب الذى ينعق عليه، فإنه لا يثبت فيه خيار الشرط، و لا المجلس، و كذا شراء العبد نفسه إذا جوزناه، فإنه مناف لمقتضاه، و سيأتى تحقيق المسأله -إنشاء الله تعالى- فى محلها.

و اما استثناء ما ذكر، فعلى بان النكاح لا يقصد فيه المعاوضه، و الوقف ازاله ملك على وجه القربه، و مثله العتق، و قريب منه الإبراء.

و ادعى فى المسالك الإجماع على استثناء هذه المذكورات أولا، و الظاهر أنه هو العمده عندهم، و الا فهذه التعليقات لا تمنع تطرق المناقشه، فإنها لا تصلح لتخصيص عموم تلك النصوص.

قال فى التذکره: و الأقرب عندى دخول خيار الشرط فى كل عقد معاوضه، خلافا للجمهور، و هو مؤذن بعدم الخلاف عند الأصحاب، و قد الحق بالطلاق الخلع و المبارات، و بالعتق التدبير و المكاتبه المطلقه، و قد عرفت ما فى المحلق به.

و الحق ان المسأله لا يخلو عن شوب الاشكال بالنظر الى إطلاق النصوص، و عدم وجود مخصص يصلح الاعتماد عليه، و ان كان الأحوط الوقوف على ما ذكره (رضى الله عنهم).

الثانيه [بطلان الشرط المؤدى إلى الجهاله و الشرط المخالف للكتاب و السنه]:

لا- خلاف بين الأصحاب فى أن الضابط فى صحه الشرط هو أن لا- يكون مؤديا إلى الجهاله فى المبيع أو الثمن، و لا مخالفا للكتاب و السنه، فلو كان مؤديا إلى الجهاله فى أحدهما بطل، كاشتراط تأخير المبيع فى يد البائع أو الثمن فى يد المشتري ما شاء كل واحد منهما، فإنه يلزم منه الجهاله، فإن للأجل قسطا من الثمن، و إذا كان مجهولا يجهل الثمن، و كذا القول فى جانب المبيع.

و متى كان مخالفا للكتاب و السنه، فإنه يبطل أيضا كاشتراط عدم وطئ الأمه، أو شرط وطئ البائع إياها بعد العقد مره أو أزيد، و اشتراط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو لا يهب.

قال فى المسالك- بعد حد هذه الافراد:- و ضابط ما ينافى مقتضى العقد، بأن يقتضى عدم ترتب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو يقتضيه، و ترتبه عليه، كذا حقه جماعه انتهى.

ثم استشكل اشتراط عدم الانتفاع زمانا معينا، و اشتراط سقوط خيار المجلس و الحيوان و ما شاكل ذلك مما أجمع على صحه اشتراطه.

أقول: و يمكن دفع الإشكال بالنسبه إلى الأول بالوقوف على مقتضى الضابطه المذكوره، و القول ببطلان هذا الشرط حيث لا دليل عليه، و عن الثانى بجميع أفراده بان ذلك ليس من مقتضى العقد، فان مقتضاه اللزوم كما تقدم، و انما جاز الفسخ فى هذه المواضع بدليل خارج أوجب الخروج عن مقتضى العقد.

و أما ما ذكره هنا هو و غيره من اشتراط أن لا- يبيع و لا- يهب فجيد، بناء على الضابطه المذكوره، الا أنه قد ورد فى جملة من الاخبار ما يؤذن بصحه هذا الشرط مثل

مرسله (1) جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما (عليهما السلام)

فى الرجل اشترى جاريه و شرط لأهلها ان لا يبيع و لا يهب قال: يفى بذلك إذا شرط لهم.

ص: ٦٦

و مرسلته الثانيه (1) عن بعض أصحابنا عن أحدهما (عليهما السلام)

«فى الرجل يشتري الجاربه و يشتري لأهلها ان لا يبيع و لا يهب و لا يورث؟ قال: يفى بذلك إذا شرط لهم الا الميراث». و نحوهما فى ذلك صحيحه الحلبي و قد تقدمت فى القسم الثالث فى خيار الشرط و تقدم نبذه من الكلام فيما يتعلق بهذا المقام.

و كذا يبطل الشرط باشتراط غير المقذور للمشروط عليه، كاشتراط حمل الدابه فى ما بعد، أو ان الزرع يبلغ السنبل، سواء شرط عليه ان يبلغ ذلك بفعله أو بفعل الله تعالى، لا اشتراكهما فى عدم المقذوريه.

و لو شرط تبقيه الزرع فى الأرض إلى أو ان السنبل إذا وقع البيع على أحدهما دون الآخر جاز، لان ذلك مقذور له، و لا يعتبر تعيين مده البقاء بل يحمل على ما هو المتعارف عن البلوغ لانه منضبط.

و فى كل موضع يبطل الشرط فهل يختص البطلان به- لانه الممتنع شرعا- دون البيع و لتعلق التراضى بكل منهما، أو يبطل العقد من أصله؟ لأنه غير مقصود بانفراده و ما هو مقصود لم يسلم، و لان للشرط قسطا من الثمن، فإذا بطل يجهل الثمن- قولان: و ما تقدم من قوله تعلق التراضى بهما يضعف بعدم تعلق التراضى و قصده منفردا و هو شرط الصحه.

أقول و ما ذكره فى هذه المسأله فى هذا الموضع و غيره من بطلان العقد باشماله على الشرط الباطل، و عللوه من أن القصد انما تعلق بالجميع- و العقود تابع بالقصود، فما تعلق به القصد غير حاصل، و ما حصل غير مقصود- جيد، الا ان جمله من الاخبار قد دلت على بطلان الشرط فى مواضع مع صحه العقد، و بعض الاخبار يدل على ما ذكره.

ص: ٦٧

١- ١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان فى ذيل حديث الثانى.

فهذه القاعده غير مطرده بالنسبه الى ما دلت عليه الاخبار في الباب كما حققنا ذلك في المقدمه الحاديه عشر من مقدمات الكتاب (١).

و لو شرط عتق المملوك جاز لانه شرط سائغ بل راجح، لكن ان شرط عتقه عن المشتري أو أطلق فلا خلاف في الصحه، و ان شرط عتقه عن البائع، فقولان:

أصحهما العدم،

لقوله-عليه السلام-

«لا عتق إلا في ملك» (٢). و البائع ليس مالكا و عن التذكرة الحكم بالجواز.

و لو مات العبد قبل العتق كان للبائع الخيار أيضا، فإن اختار الفسخ رجع بجميع قيمه.

و في تعيين وقتها أقوال تقدم نقلها في الموضوع الثالث من المسأله السابعه من المقام الثالث في العوضين (٣)- و رد ما قبضه من الثمن لبطلان البيع بالفسخ، و انما يرجع بالقيمه، لأنه مضمون- على المشتري بعد القبض.

أما لو اختار الإمضاء فهل يرجع على المشتري بما يقتضيه شرط العتق من قيمه، فإنه يقتضى نقصانا من الثمن أم يلزم مع اجازته ما عين من الثمن خاصه قولان (٤)

ص: ٦٨

١-١ ج ١ ص ١٣٣.

٢-٢ التهذيب ج ٨ ص ٢١٧.

٣-٣ ج ١٨ ص ٤٦٨.

٤-٤) أحدهما ما ذهب إليه العلامة و جماعه، و هو الأول. و ثانيهما ما يظهر من الدروس محتجا عليه بان الشروط لا يوزع عليه الثمن و رد بأن الثمن لم يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا- له، و انما الشرط محسوب مع الثمن، و قد حصل باعتباره نقصان في قيمه، و طريق تداركه ما ذكر و طريق معرفه ما يقتضيه الشرط أن يقوم العبد بدون الشرط، و يقوم معه، و ينظر التفاوت بين القيمتين، و ينسب إلى قيمه التي هي مع شرط العتق، و يؤخذ من المشتري مضافا إلى الثمن بمقدار تلك النسبه من الثمن. فلو كانت قيمته بدون الشرط مائه و معه ثمانين فالتفاوت بعشرين و نسبتها إلى الثمانين الربع فيؤخذ من المشتري مقدار ربع الثمن مضافا إليه و ذلك هو الذي سأمح به البائع في مقابله شرط العتق منه-قدس سره.

و لو شرط أن لا خساره على المشتري لو باع المبيع بل على البائع فخر، فان هذا الشرط باطل، لمنافاته لمقتضى البيع.

و يدل عليه روايه

عبد الملك بن عتبہ (١) قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل ابتاع منه متاعا على ان ليس على منه و ضيعه هل يستقيم هذا و كيف يستقيم و حد ذلك؟ قال: لا- ينبغى». و لفظ لا- ينبغى و ان كان فى العرف الاذن بمعنى الكراهه، الا- أن و روده بمعنى التحريم فى الاخبار أكثر كثير، و المراد منه هنا ذلك.

و لو شرط فى البيع ان يضمن انسان كل الثمن أو بعضه جاز، كما صرح به جمله من الأصحاب، و كل شرط لم يسلم لمشرطه بان امتنع المشروط عليه من الوفاء به، فهل الواجب جبره على الوفاء به؟- لعموم الأمر بالوفاء بالعقد (٢) الدال على الوجوب،

و قولهم (عليهم السلام)

«المؤمنون عند شروطهم» (٣). الدال على وجوب الوفاء بالشرط، فعلى هذا لو امتنع من الوفاء بالشرط أثم و عوقب بتركه و وجب إجباره على ذلك، و لو لم يمكن إجباره رفع الأمر إلى الحاكم الشرعى ليجبره عليه، ان كان مذهبه ذلك و ان تعذر فسخ إنشاء.

أو انه لا يجب على المشروط عليه، لأن الأصل عدم الوجوب، و للمشروط له و سيله إلى التخلص بالفسخ، فغايه الشرط حينئذ جعل البيع اللازم عرضه للزوال عند فقد الشرط، و لزومه عند الإتيان به، قولان: أظهرهما الأول لما عرفت من حجج القولين.

و يؤكد أيضا انه فى مثل شرط العتق فيه حق لله سبحانه و للعبد، فكيف إبطاله.

ص: ٦٩

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٨ الرقم ٦٢.

٢- ٢) سورة المائدة الآية ١.

٣- ٣) الوسائل الباب ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

و عن الشهيد فى بعض تحقيقاته تفصيل فى هذا المقام، و هو ان الشرط الواقع فى العقد اللازم ان كان العقد كافيا فى تحققه، و لا يحتاج بعده إلى صيغته فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكالة فى العقد، و ان احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقرب العقد اللازم جائزا، و جعل السرفيه ان اشتراطه للعقد كافى فى تحققه كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما فى اللزوم و الجواز، و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد، و قد علق عليه العقد و المعلق على الممكن ممكن، و هو معنى قلب اللازم جائزا.

و استحسن هذا التفصيل فى المسالك، لكنه اختار القول الأول و هو الأظهر كما عرفت، و هذا التفصيل من حيث الاعتبار بالتقريب الذى ذكره لا يخلو من وجه، لكن قد عرفت فى غير موضع ما تقدم ان بناء الأحكام الشرعية على هذه الاعتبارات العقلية مشكل، و القول الأول مطابق لمقتضى النصوص كما عرفت و الله العالم.

الثالث [انتقال الخيار إلى الوارث]:

قد صرح الأصحاب-رضى الله عنهم- بأنه إذا مات من له الخيار انتقل إلى وارثه، من أى أنواع الخيار كان، و الوجه فيه أنه حق مالى قابل للانتقال فيدخل تحت عموم الأخبار الداله على إرث مثل ذلك، و حينئذ فلو كان الخيار خيار شرط ثبت للوارث فى بقيه المده المضروبه، و لو كان غائبا أو حاضرا و لم يبلغه الخبر حتى انقضت مده الخيار سقط خياره بانقضاء المده كالمورث.

و ان كان خيار غبن اعتبر فيه الفوريه حين بلوغه الخبر و علمه بالفوريه على القول بها و ان طالت المده.

و ان كان خيار مجلس و كان الوارث حاضرا فى مجلس البيع قام مقامه فى الخيار و فيه تأمل، لدلاله ظاهر الاخبار على تعلق ذلك بالبيعين الذين أوقعا العقد، و على تقدير قيامه مقامه، فهل يقوم مقامه فى اعتبار التصرف، أو يبقى الحكم معلقا على المفارقة من الميت أو الوارث وجهان.

رجح ثانيهما في المسالك قال: عملاً بظاهر النص فإن ضمير يتفرقا عائد إلى المتبايعين، و التفرق هنا يصدق بانتقال الحي، و بنقل الميت مع عدم المصاحبه، و معها يبقى الى ان يتفرقا.

و اما احتمال سقوط الخيار بالموت لأن مفارقه الدنيا أبعد من مفارقه المجلس فقد تقدم ما فيه في قسم خيار المجلس.

هذا كله مع اتحاد الوارث، فلو تعدد في كل من هذه الأقسام فإن اتفقوا فلا اشكال و ان فسخ بعضهم، و أجاز الآخر، قدم الفاسخ عند الأصحاب و في انفساخ الجميع أو في حصته خاصه، ثم يتخير الآخر لتبعض الصفقه وجهان:

و في خيار المجلس مع عدم حضورهم جميعا للمجلس اشكال.

و بالجمله فإن أكثر هذه الفروع لا يخلو عن الاشكال و الله العالم.

الرابعه [كيفيه التملك بالعقد مده الخيار] :

المشهور بين الأصحاب -رضى الله عنهم- ان المبيع يملك بالعقد ملكا متزلزلا قابلا للفسخ مده الخيار. و نقل عن الشيخ أنه انما يملك بانقضاء الخيار إذا كان الخيار للبائع أو لهما، أما لو كان للمشتري فإنه يملك من حين العقد.

و عن ابن الجنيدي أنه انما يملك بانقضاء الخيار مطلقا، و ربما نقل الإطلاق عن الشيخ أيضا، الا ان عبارته في الخلاف داله على التفصيل المتقدم، لكن ظاهرها انما هو زوال ملك البائع عن المبيع بنفس العقد، متى كان الخيار للمشتري، و أنه لا ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإذا انقضى ملكه بالعقد الأول، و هذا خلاف ما نقلوه عنه، من أنه متى كان الخيار للمشتري فإنه يملك من حين العقد.

و مقتضى ما نقلناه عنه في الخلاف ان الفرق بين الأمرين انما هو باعتبار زوال ملك البائع، و انه لا يزول في صوره ما لو كان الخيار له أو لهما، و يزول فيما كان الخيار للمشتري، و أما المشتري فإنه لا يملكه و لا ينتقل اليه الا بانقضاء الخيار مطلقا.

و هذه صورته في الكتاب نقلها ليزول بذلك عما ذكرناه شبهه الشك و الارتياب.

قال -رحمه الله:العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول فان كان مطلقا فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان، و ان كان مشروطا فإنه يلزم بانقضاء الشرط، فان كان الشرط لهما أو للبائع، فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، و ان كان الخيار للمشتري و حده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لا- ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول-انتهى.

و مقتضاه انه فى صورته ما إذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن المبيع بنفس العقد، و يبقى المبيع مده الخيار بلا مالك لزوال ملك البائع بنفس العقد، و عدم دخوله فى ملك المشتري حتى ينقضى الخيار، و لم أقف على من تنبه لذلك من عبارته مع انها ظاهره فيما قلناه (1).

ص: ٧٢

١ - ١) نعم قد وقفت فى كلام شيخنا الشهيد فى كتاب غايه المراد فى شرح نكت الإرشاد ما يؤيد على ما قلناه حيث قال: بعد ذكر آخر عبارته الشيخ المتقدمه و هذا الكلام يشم منه التناقض، لكون الملك لا يخلو عن مالك، و لا مالك غيرهما قطعا، و قد زال ملك البائع مع الحكم بعدم انتقاله إلى المشتري مع أنه إذا لم ينتقل اليه كان ملكا للبائع، فيكون ملك البائع زائلا غير زائل و ملك المشتري ثابتا غير ثابت، و انه تناقض. ثم أجاب عن ذلك فقال قد يجب بأن الموقوف هو الملك المستقر، و على هذا يرتفع الخلاف انتهى، و هو جيد. و بالجملة فالأمر دائر بين العمل بكلام الشيخ بناء على ظاهره الذى نقله الأصحاب عنه، و اللازم منه ما عرفت من الإشكال فى المورد المذكورين و بين تأويل كلامه بما ذكر من الملك المستقر و به يرجع الى كلام الأصحاب. و يزول الخلاف من البين بمعنى ان العقد سبب تام فى الملك غايه ما فى الباب انه متزلزل فى موضع الخيار حتى يسقط فرفع الخيار موجب للقرار لا جزء عله نقله للملك (منه قدس سره).

و فيه أيضا ان مقتضى ما ذكره في صوره ما لو كان الخيار مشتركا أو للبائع خاصه من جعل ملك المشتري معلقا على انقضاء الخيار، وانه ينبغي أيضا ان يكون ملك البائع الثمن أيضا معلقا على ذلك، و متوقفا عليه، و هذا اشكال آخر في عبارته المذكوره. ثم انه على تقدير هذا القول مطلقا أو مقيدا كما ذكره، فهل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفا عن ملك المشتري من حين العقد أم ناقلا؟ كل محتمل و لكن ظاهر عبارته الشيخ المذكوره الأول.

و يظهر فائده الخلاف في مواضع:

منها النماء المنفصل كاللبن و الحمل و الثمره المتجدده زمن الخيار، فإنه على القول المشهور و كذا على القول بالكشف إذا لم يفسخ يكون للمشتري و على القول بالنقل يكون للبائع.

و منها-الأخذ بالشفعه زمن الخيار، فعلى تقدير عدم الانتقال لا يأخذ بها الا بعد الخيار، و على تقدير الانتقال يأخذ بها من بعد العقد.

و منها-جريانه في حول الزكاه لو كان زكويًا، فإنه بعد العقد على تقدير الانتقال به، و بعد الخيار على تقدير القول الآخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان ما ذكره من الحكم المذكور غير مطرد بالنظر الى الاخبار، فإنها مختلفه في ذلك بالنسبه إلى اختلاف الخيارات، ففي بعضها ما يوافق المشهور و في بعض آخر ما يوافق القول الآخر.

فمن الأخبار الداله على الأول الاخبار الوارده في خيار الشرط، و قد تقدمت في الموضوع المذكور كموثقه إسحاق بن عمار، (1) و روايه معاويه بن ميسره، (2) فإنهما صريحتان في كونه زمن الخيار ملكا للمشتري، و انه لو تلف في تلك المده كان

ص: ٧٣

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٧١.

٢-٢) الوسائل الباب-٨-من أبواب الخيار الرقم-٣.

من ماله، و يحمل عليهما ما أطلق من اخبار المسأله.

و يؤيده أيضا ان المتبايعين أقدموا على ان يكون المبيع للمشتري، و انما شرطا خيارا فى مده معينه، فالباع على اللزوم كما هو مقتضاه، و ليس للبائع إلا مجرد الخيار.

و من الاخبار الداله على القول الأخر

صحيحه ابن سنان- (١) المتقدمه فى القسم الثانى فى خيار الحيوان الداله على أنه

«إذا اشترى الدابه أو العبد و اشترط الى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابه أو يحدث فيه حدث، فضمن ذلك على البائع حتى ينقضى الشرط، و يصير المبيع للمشتري». فإنها ظاهره فى عدم الملك للمشتري، و ان كان الأصحاب حملوها على استقرار الملك.

و موثقه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى أمه بشرط من رجل يوما أو يومين، فماتت عنده، و قد قطع الثمن على من يكون الضمان؟ فقال: ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى بشرطه».

و الجواب عنه بعدم علمه بخيار الحيوان أو التأكيد أو بعد الثلاثه تكلف بعيد عن سياق الخبر.

و مرسله ابن رباط (٣) عن رواه عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثه أيام فهو من مال البائع».

و روايه عبد الله بن الحسن (٤) بن زيد بن على بن الحسين (عليه السلام) عن أبيه عن جعفر بن محمد (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله):

فى رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثه أيام، فمات العبد فى الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضىه و هو برىء من الضمان.

ص: ٧٤

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٦٩ الوسائل الباب ٥- من أبواب الخيار.

٢- ٢) الكافى فى ج ٥ ص ١٧١.

٣- ٣) الوسائل الباب ٥- من أبواب الخيار الرقم ٥.

٤- ٤) الوسائل الباب ٥- من أبواب الخيار الرقم ٤.

و هي ظاهره كما ترى في أن موت الحيوان في الشرط من البائع، إلا أن يلتزم المشتري بالبيع المسقط للخيار.

و بالجمله فروايات خيار الحيوان كما ترى مشتركة في ان تلفه مده الخيار من مال البائع.

و هو خلاف ما عليه القول المشهور، من ان المبيع ملك المشتري الموجب لكون التلف من ماله. و خلاف ما نقلوه عن الشيخ من أنه متى كان الخيار للمشتري، فإنه يوافق القول المشهور في هذه الصورة، مع ان الخيار هنا للمشتري كما هو الأشهر الأظهر.

و هذه الاخبار انما تصت على قول ابن الجنيدي، و أن مضى مده الخيار ناقل لا كاشف، مع أنه قول مرغوب عنه في كلامهم.

و قد تقدم في قسم خيار التأخير ذكر روايه عقبه ابن خالد (١) الداله على تلف المتاع عند البائع، و انه مضمون على البائع حتى يقبضه المشتري، مع أن مقتضى قاعدتهم و قولهم أن المبيع يملك بالعقد هو كونه من ملك المشتري، لخروجه بالعقد عن ملك البائع، و كونه ملكا للمشتري، و أما البناء ثمه على ما ذكروه من قاعده التلف قبل القبض موجب للضمان على البائع.

ففيه انه لا مستند شرعيا لهذه القاعده، و لعل قول الشيخ المفيد و المرتضى و من تبعهما ثمه بكونه من مال المشتري، التفاتا الى هذه القاعده المذكوره هنا من حصول الملك بالعقد، فإنه موجب لذلك الا أن الروايه كما ترى بخلاف ذلك.

و من ذلك يظهر ان الاولى و الأليق هو الوقوف في كل حكم على ما يقتضيه النصوص المتعلقة بذلك الحكم، و عدم الوثوق بهذه القواعد التي يؤسوها.

و الله العالم.

الخامسه [تلف المبيع قبل القبض]

قالوا إذا تلف المبيع قبل قبضه، فهو من مال بايعه، و المراد انه يفسخ

ص: ٧٥

العقد بتلفه من حينه، و يرجع الثمن الى ملك المشتري، و لو كان قد تجدد له نماء بعد العقد و قبل التلف فهو للمشتري، و ليس للمشتري مطالبه البائع بالمثل أو قيمه، و ان كان الحكم بكونه من البائع يوهم ذلك.

و انما عبروا بذلك تبعاً للنص (١) و المراد منه ما ذكر، و حيثئذ فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً ما و يكون التلف كاشفاً عنه، و مثله دخول الدين في ملك الميت، و العبد المأمور بعقده في ملك المعتق عنه.

و حكى في التذكرة و جهها بان الفسخ هنا يكون من أصله، و عليه فلا يحتاج الى التقدير.

هذا كله إذا كان تلفه من الله سبحانه، أما لو كان من أجنبي أو من البائع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن و بين مطالبه المتلف بالمثل أو قيمه، و لو كان التلف من المشتري و لو بتفريطه فهو بمنزلة القبض، فيكون التلف منه و لو كان التلف في زمن الخيار.

فإنه قد قرر له في المسالك ضابطه، و هي ان المتلف ان كان هو المشتري فلا ضمان على البائع مطلقاً، لكن ان كان له خيار أو لأجنبي فاختر الفسخ يرجع الى المشتري بالمثل أو قيمه.

و ان كان التلف من البائع أو من أجنبي تخير المشتري بين الفسخ و الرجوع بالثمن، و بين مطالبه المتلف بالمثل أو قيمه ان كان له خيار، و ان كان الخيار للبائع

و المتلف أجنبي، تخير كما مر و رجع على المشتري أو الأجنبي.

و ان كانت التلف بآفه من الله تعالى سبحانه، فان كان الخيار للمشتري أو له أو لأجنبي، فالتلف من البائع، و الا فمن المشتري، هذا خلاصه كلامهم فى هذا المقام.

و أنت خبير بان ما ذكر من الكلام فى هذا المقام مبنى على ثبوت القاعده القائله «بأن التلف قبل القبض مضمون على البائع» مع انها معارضه بالقاعده الأخرى المتقدمه القائله «بأن المبيع يملك بالعقد».

و التفصلى عن المعارضه بما ذكر هنا من ان المراد بكونه من مال البائع انه يفسخ العقد بتلف المبيع من حينه، بمعنى انه يقدر دخوله فى مال البائع آنا ما قبل التلف و يكون التلف كاشفا عنه- لا يظهر له وجه من النص الوارد فى هذه المسأله، و هو خبر عقبه بن خالد المتقدم، بل ظاهره انما هو ما نقل عن العلامه من الوجه المتقدم، و هو ان الفسخ يكون من أصله و به يحصل الاشكال لتصادم القاعدتين فى المقام.

و الى ما ذكرنا هنا يشير كلام المحقق الأردبيلي-رضوان الله عليه- فى شرح الإرشاد- حيث قال: بعد كلام فى المسأله مما شاه للجماعه- ما لفظه «فتأمل فإن الأمر مشكل لكون الملك للمشتري مثلا قبل القبض فى زمن الخيار على ما مر و بعده، و البائع غير مقصر، و القاعده تقتضى كونه من ماله و ايضا قالوا ان المراد بكونه من مال البائع فسخ العقد، فيكون التالف من مال البائع مثلا و فى ملكه، و ليس للمشتري الا- الثمن أو مثله لو أعطاه، و ليس له طلب مثل المبيع و قيمته، و النماء الحاصل الى حين التلف أيضا مثل الولد و الكنز الذى وجده المملوك و المال الذى وهب له و قبل و قبض، و قال: و هو مشكل أيضا إذا كان ملكا للمشتري و تلف كيف يصير التلف فى ملكه، فقيل بتجدد الملك للبائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزى من الزمان، مثل دخول العبد المأمور بعنقه فى ملك المعنق عنه، و دخول

الديه فى ملك الميت، فتأمل فيه» انتهى كلامه (١) و هو جيد و ان كانت عباراته لا تخلو من تعقيد من حيث غلبه الاعجميه عليه.

و بالجمله فالواجب هو الوقوف على الروايات فى كل حكم حكم كما قدمنا ذكره، و الروايات المتعلقة بهذه المسأله هى ما قدمنا ذكر بعضها فى المسأله المتقدمه، و أشرنا إلى البعض الآخر فيما تقدم، و هى أخبار خيار الشرط الداله على كون المبيع ملكا للمشتري، و أن تلفه منه، و أخبار خيار الحيوان المتقدمه على ان تلفه فى زمن الخيار من ملك البائع، و خبر عقبه بن خالد (٢) الدال على كون التلف من ملك البائع، و عدم البناء و على هذه القاعده التى لا- مستنده لها من النصوص و كل ما يتفرع عليها من الفروع الا ما اقتضته قواعد آخر من الاخبار، و الله العالم.

ص: ٧٨

١- ١) أقول: و حاصل هذا الكلام يرجع الى ملاحظه القاعده الداله على أنه بالعقد يدخل المبيع فى ملك المشتري، و الجمع بينها و بين القاعده المذكوره هنا، و هى «ان تلف المبيع قبل القبض من مال البائع» بأن يقال: انه بالتلف يفسخ البيع من حينه، و يرجع المبيع الى ملك البائع، و الثمن الى ملك المشتري، فيقدر دخوله فى ملك البائع آنا ما قبل التلف و يكون التلف كاشفا عنه، و لا ينافى ذلك كونه قبل ذلك ملكا للمشتري، و ان له نماؤه. و من أجل ذلك انه لا يرجع المشتري بالمثل أو قيمه لخروجه عن ملكه قبل التلف، و صيرورته للبائع فى ذلك الآن المقدر، و انما يرجع بالثمن لبطلان البيع. منه رحمه الله.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٧١.

إشاره

و فيه مسائل

الأولى [اقتضاء العقد السلامه]

قد صرح غير واحد منهم (رضى الله عنهم) بان مقتضى العقد السلامه، و المراد من ذلك هو اللزوم معها، و الخيار مع عدمها، الا ما ربما يتسارع الى الذهن من وقوع العقد على السالم دون المعيب، و الا لزم البطلان لو ظهر معيبا مع وقوع البيع على معين، و مع الإطلاق يجب طلب السالم ان وجد، و الا بطل العقد ان حصل اليأس منه، و لا يكون المعيب داخلا تحت العقد و لا موردا له. و هو خلاف ما عليه الاتفاق نصا و فتوى.

و لو شرطا الصحه فهو لا يزيد على مقتضى العقد، فإن فائدته التأكيد، لأنك قد عرفت ان الإطلاق يقتضى السلامه لأنها الأصل فى الأعيان.

و ربما قيل: ان فائدته جواز الفسخ و ان تصرف لو ظهر عيب، فيفيد فائده زائده على الإطلاق، كاشتراط الحلول.

و كيف كان فان ظهر فى المبيع عيب سابق على العقد، تخير المشتري بين الرد و الأخذ بالأرض، و قد تقدمت الأخبار الوارده فى ذلك، الا أنها كما أشرنا إليه آنفا قاصره عن ذلك، و انما تدل على الرد مع ظهور العيب قبل التصرف، و الأرض

بعد التصرف-الا ما عرفت من عباره الفقه الرضوى و قد تقدمت أيضا مسقطات هذا الخيار، و الاخبار الداله عليه.

و منها التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده، فإنه يسقط به الخيار إلا فى موضعين قد صرحوا باستثنائهما.

أحدهما: إذا اشترى أمه و وطأها ثم ظهرانها كانت حاملا- فإن له الرد، و من المعلوم ان الحمل عيب، لأنه زياده معرضه للتلف و مانعه من بعض الانتفاعات فى الجملة.

و لا شك أيضا أن الوطى تصرف، فمقتضى القاعده عدم جواز الرد حينئذ، بل الاقتصار على الأرش كما فى غير هذا الموضع من التصرفات مع ظهور العيب، لكن قد ورد استثناء هذا الموضع من القاعده، و ظاهر الأصحاب الاتفاق على ذلك أيضا.

و من الاخبار الداله على أن حكم الجاربه إذا ظهر بها عيب غير الحمل حكم غيرها- من أفراد تلك القاعده المشار إليها- ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن طلحه ابن زيد (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل اشترى جاربه فوطأها ثم وجد فيها عيبا، قال: تقوم و هى صحيحه، و تقوم و بها الداء، ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحه و الداء».

و ما رواه فيهما أيضا

فى الصحيح عن منصور بن حازم (٢) عن أبى عبد الله (ع)

«فى رجل اشترى جاربه فوقع عليها و قال: ان وجد فيها عيبا فليس له أن يردها، و لكن يرد عليه بقيمه ما نقصها العيب» قال: قلت: هذا قول على عليه السلام؟ قال: نعم».

و ما رواه

فى التهذيب عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٣) قال:

«سمعت أبا عبد الله

ص: ٨٠

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢١٤ التهذيب ج ٧ ص ١٦ و فى التهذيب (و فيها).

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢١٤ التهذيب ج ٧ ص ١٦ و فى التهذيب (و فيها).

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٦٠ الوسائل الباب ٤٠ من أبواب أحكام العيوب.

(عليه السلام) يقول: أيما رجل اشترى جاريه فوقع عليها فوجد بها عيبا لم يردّها و رد البائع عليه قيمه العيب».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم (١) عن أحدهما (عليهما السلام)

«أنه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها، ثم يجد بها عيبا بعد ذلك قال: لا يردّها على صاحبها، و لكن يقوم ما بين العيب و الصحة فيرد على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجرا».

و ما رواه

في الفقيه عن ميسره، (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

«كان على (عليه السلام) لا- يرد الجارية بعيب إذا وطئت، و لكن يرجع بقيمه العيب، و كان على (عليه السلام) يقول: معاذ الله أن أجعل لها اجرا».

و ما رواه

في التهذيب عن حماد بن عيسى في الصحيح (٣) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: قال علي بن الحسين: كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمه فوطأها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم و له أورش العيب».

و هذه الاخبار كما ترى جاريه على مقتضى القاعده المذكوره، و إطلاقها شامل لما إذا كان العيب حملا أو غيره، الا انه قد وردت الاخبار باستثناء الحمل من حكم العيب المذكور هنا مع الإجماع عليه.

و من الاخبار الداله عليه

في الكافي و التهذيب في الصحيح عن ابن سنان (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه حبلى و لم يعلم بحبلها فوطأها، قال: يردّها على الذى ابتاعها منه، و يرد عليه نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها،

ص: ٨١

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٢١٥ التهذيب ج ٧ ص ٦١ الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣٩ و فيه عن محمد بن ميسر الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٦١ الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢١٤ التهذيب ج ٧ ص ٦١.

و قد قال علي (عليه السلام) لا ترد التى ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها».

و ما روياه فيهما أيضا

عن عبد الملك بن عمرو (١) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا ترد التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و له أرش العيب، و ترد الحبلى و يرد معها نصف عشر قيمتها».

و زاد فى الكافى قال: و فى روياه اخرى

«ان كانت بكرافعشر ثمنها، و ان لم تكن بكرافنصف عشر ثمنها».

و ما رواه

فى التهذيب عن فضيل مولى محمد بن راشد (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع جاريه حبلى و هو لا يعلم، فنكحها الذى اشترى، قال: يردّها و يرد نصف عشر قيمتها».

و رواه بسند آخر صحيح (٣) مشتمل على إرسال ابن ابى عمير عن سعيد بن يسار عن أبى عبد الله (عليه السلام) مثله.

و بإزاء هذه الاخبار ما يدل على معارضتها فيما دلت عليه من وجوب رد نصف العشر.

و منها ما رواه

فى الفقيه و الشيخ فى التهذيب عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يشتري الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى قال: يردّها و يرد معها شيئا».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) عن أبى جعفر (عليه السلام)

فى الرجل يشتري الجارية الحبلى فينكحها و هو لا يعلم؟ قال: يردّها و يكسوها».

ص: ٨٢

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٦٢.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٦٢.

٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ١٣٩ التهذيب ج ٧ ص ٦٢.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٢١٥ التهذيب ج ٧ ص ٦٢ الفقيه ج ٣ ص ١٣٩.

فى التهذيب (١) عن عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى الرجل يشتري الجارية و هى حبلى فيطأها قال: يردّها، و يرد عشر ثمنها».

و الشيخ (رحمه الله) حمل الشىء فى الحديث الأول على نصف العشر، و كذا الكسوه فى الحديث الثانى على ما يكون قيمتها ذلك.

و احتمال بعض مشايخنا حملها على ما إذا رضى البائع بهما.

و اما الحديث الثالث فحمله فى التهذيب على غلط الراوى و الناسخ، بإسقاط لفظ «نصف» ليطابق ما رواه هذا الراوى بعينه و غيره، ثم قال: و لو كانت الرواية مضبوطة لجاز ان تحمل على من وطأ الجارية مع العلم بأنها حبلى، فحينئذ يلزمه عشر قيمتها عقوبه، و انما يلزمه نصف العشر إذا لم يعلم بحبلها و وطأها ثم علم بالحبل، انتهى.

و كتب عليه بعض مشايخنا (٢) فى الحاشيه ما صورته: أنت خير بأن هذا ليس ببعيد من جهه اللفظ، لكن الحكم بالرد و الحال هذه مشكل. انتهى (٣)

ص: ٨٣

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٦٢ الكافى ج ٥ ص ٢١٥ و فى بعض النسخ ابن عمير.

٢- ٢) هو الشيخ على بن سليمان البحرانى (قدس سره) فى حواشيه على الكتاب. منه رحمه الله.

٣- ٣) قال المحقق الأردبيلى (قدس سره) فى شرح الإرشاد: و لو لا الإجماع لأمكن الجمع بينهما بحمل ما فيه العشر و نصف العشر على الاستحباب، و الباقيه على كفايه ما يصدق عليه الشىء و الكسوه، و فيه من البعد ما لا يخفى، و لو تم هذا لأمكن أيضا القول بحمل الرد فى هذه الاخبار على الاستحباب لو لا الإجماع، لمعارضتها بما ذكرناه من الاخبار الوارده على أن وطء الأمه ثم ظهور العيب فيها انما يوجب الأرش خاصه، كما هو مقتضى القاعده المعتضده بالاتفاق و النصوص، مع انه لا يقول به، منه رحمه الله.

أقول:نقل فى الدروس (١)عن الحلبي وجوب رد العشر فى الصورة المذكوره،و حينئذ فتصلح هذه الروايه دليلا له.

و عن ابن إدريس التفصيل بالبكاره و الثيوبه،و يمكن حمل هذه الروايه أيضا على ذلك،و ان ندر الفرض.

قال بعض أصحابنا:و لا- استبعاد فى اجتماع البكاره مع الحمل،فإنه ممكن و ان كان نادرا.انتهى.و حينئذ فلا يبعد حمل الروايه على أنها كانت بكرا و ان ندر الفرض، لجواز حصول الحمل بالمساحقه و الجماع فى الدبر كما صرحوا به،و يؤيده مرسله الكافى المتقدمه.

قال بعض محققى متأخر المتأخرين:و لزوم نصف العشر فى أكثر الأخبار مبنى على ما هو الغالب من ثيوبه الحلبي،فان كانت بالفرض النادر بكرا فعليه أن يرد معها عشر قيمتها لما مر فى النكاح من أن قيمه بضع الأمه الباكراه انما هو العشر.انتهى.

و فى الدروس عن ابن الجنيد التقييد بكون الحمل من المولى،قال:و يلوح من النهايه.

ص: ٨٤

١- ١) قال فى الدروس:و لو وطئ ما بعد العلم بالحمل فعليه الأرش و يظهر من التهذيب جواز الرد و يلزمه عشر قيمته عقوبه،و جعله محتملا- للروايه،و أكثر الأخبار مقيده بعدم العلم.انتهى. و هو ما أشار إليه شيخنا المذكور فى الأصل من الاشكال،و ظاهرهم رضوان الله عليهم أن التصرف بالوطء بعد العلم بالحبل انما يوجب الأرش خاصه دون الرد،و الرد وجوب نصف العشر انما هو موضع الجهل. و الظاهر أن المستند فيه الوقوف على ظواهر نصوص المسأله من الجهل بالحمل،لأنها على خلاف القاعده المقرره المؤيده بالاخبار و الاتفاق، فيقتصر محل الخلاف على مورد النص-منه قدس سره.

أقول: و هو ظاهر اختيار العلامة في المختلف، و يرد عليه أولاً أنه يدافع إطلاق النصوص المتقدمة، فإن ظاهرها وجوب الرد في الصورة المذكورة، سواء كان الحمل من المولى أو من غيره.

و ثانياً- أنه لا وجه للتقييد بالتصرف بالوطء، بل اللازم هو الرد على كل حال، لبطلان البيع بظهور كونها أم ولد.

و كيف كان فالأظهر هو القول المشهور للأخبار المتقدمة، و ارتكاب التأويل فيما عارضها بأحد الوجوه المذكورة.

و لشيخنا في المسالك هنا كلام جيد في المقام لا بأس بنقله، و ان طال به زمام الكلام لما فيه من الفوائد الجمه الظاهره لذوى الأفهام، قال رحمه الله بعد ذكر المصنف أصل المسأله، ما صورته: تحرير هذه المسأله يتوقف على مقدمات:

الاولى- أن تصرف المشتري في المبيع المعيب يمنع من رده، و ان جاز له أخذ الأرش.

الثانية- أن الحمل في الأمه عيب سواء شرط خلوها عن الحمل أم لا، و لان ولادتها تشتمل على الخطر، و هو نقص محض ان قلنا أن الحمل لا يدخل في بيع الأمه كما هو المشهور، و الا كان نقصاً من وجه، و زياده من وجه، و هو كاف في ثبوت الخيار أيضاً.

الثالثه- أن الوطى تصرف بل هو من أقوى أنواع التصرف و الأصل فيه أن يكون مانعاً من الرد.

الرابعه- أن وطئ المالك حال الوطى لا يستعقب عليه ضماناً للبضع، لانه تصرف في ماله و ان فسخ المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه المجوزه له.

الخامسه- أن المولى لو وطأ أمته جاز له بيعها مع عدم تيقن الحمل، ثم و ان ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع لكونها أم ولد، و هذه المقدمات كلها إجماعيه.

السادسه- أن وطأ أمه الغير جهلاً- بتحريمه يوجب على الواطئ عشر قيمتها ان كانت بكراً و نصف العشر، ان كانت ثيباً، لدلاله النصوص على هذا التقدير.

السابعة-أن الفسخ بالعيب يبطل العقد من حينه لأمن أصله،لتحقق الملك بالعقد، و جواز الاستمرار عليه،فلا معنى لرفع ما قد ثبت. (١)

إذا تقرر هذه المقدمات فنقول:إذا اشترى أمه و تصرف فيها ثم علم بعيب سابق لم يجز له ردها،بل يتعين الأرش،لكن وردت النصوص هنا باستثناء مسأله-و هي ما لو كان العيب حبلا،و كان التصرف بالوطء فإنه حينئذ يرد لها و يرد معها نصف العشر لمكان الوطى.

و هذا الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدمات من حيث جواز الرد مع التصرف و فى وجوب شىء على المشتري مع أنه وطأ أمته،و فى إطلاق وجوب نصف العشر مع أن ذلك عقر الثيب،و المسأله مفروضه فيما هو أعم منها.

ص: ٨٦

١-١) أقول:هذا مبنى على أن المبيع بالعقد ينتقل إلى المشتري،و أن الانتفاعات و النماء فى مده الخيار له و ان رد المبيع بالعيب بعد ذلك،إلا أنك عرفت مما سبق أن النصوص مختلفه فى ذلك،و اخبار خيار الحيوان متفقه على أن تلفه فى زمن الخيار من مال البائع،و هو مؤذن بعدم الانتقال للمشتري،و لهذا نقل عن بعض الأصحاب أن المبيع زمن الخيار و النماء للبائع،و حينئذ فلا استبعاد هنا بأن الفسخ بالعيب يبطل العقد من أصله. و بذلك يظهر أيضا المناقشه فيما ذكره فى المقدمه الرابعه من ان وطء المالك حال الوطى لا- يستعقب عليه ضمان للبضع،فإنه تصرف فى ملكه، فإنه بناء على ما قلنا ليس فى ملكه،فالضمان حينئذ ثابت،و تخصيصه بنصف العشر على ما هو الأغلب الأكثر من ثيبويه الحامل،لما عرفت فيما تقدم فى غير موضع من الكتاب من الإطلاق فى الأحكام الشرعيه انما يحمل على الغالب الأكثر،دون الفروض النادره. و بالجمله فإن باب المناقشه فيما ذكره قدس سره،غير منسد،و به يظهر صحه القول المشهور و الله العالم،منه قدس سره.

و لأجل هذه المخالفات التجأ بعض الأصحاب (١) إلى حملها على كون الحمل من المولى البائع، فإنها تكون حينئذ أم ولد، و يكون البيع باطلاً و الوطاء في ملك الغير جهلاً، فيلزم فيه العقر، و إطلاق نصف العشر مبنى على الأغلب من كون الحبل مستلزماً للثبوت و لو فرض -على بعد- كونها حاملاً بكرًا كان اللازم العشر.

و في هذا دفع لهذه الإشكالات، إلا أنه مدافع لإطلاق النص بالحمل، و بنصف العشر من غير تقييد بكونه من المولى و كونها ثيباً.

و فيه أيضاً أنه لا- وجه لتقييد بكونه بالوطء بل اللازم حينئذ الرد على كل حال، لبطلان البيع، و ليس تقييد الحمل المطلق في النصوص الصحيحة و فتوى أكثر الأصحاب و كون المراد رد نصف العشر خاصة، أولى من استثناء هذا النوع من التصرف من بين سائر التصرفات.

و كون المنفعة مضمونه على المشتري أما بناء على أن الفسخ يبطل العقد من أصله، نظراً إلى أن العيب يقتضى تزلزل العقد، فمع اختيار الرد ينكشف لنا عن عدم الملك، و أن العقد موقوف على اختيار الرضا بالعيب- أو أن ضمان المنفعة قد وجد في المصراه على ما يأتي، و يكفي في التخصيص بكون المردود نصف العشر، موافقته للغالب الأكثر من أن الحامل لا تكون بكرًا.

و بالجملة فالعدول عن ظواهر هذه الاخبار و النصوص الكثيرة- مع قول أكثر الأصحاب بها لمناسبة الأصول- غير واضح.

و على هذا فيكون الرد على وجه الجواز لا لزوم ان لم يكن الحمل من المولى و يختص بالوطء انتهى.

أقول: و الأظهر ما قدمنا لك ذكره في غير مقام- من أن الأولى هو الدوران في

ص: ٨٧

١- ١) الظاهر انه ابن الجنيد و الشيخ في النهايه و العلامه في المختلف حيث انهم كما عرفت حملوا النصوص على ذلك، و قد عرفت ما فيه و اليه أشار بقوله ههنا بقوله: إلا انه مدافع لإطلاق النص الى آخره، منه قدس سره.

الأحكام مدار النصوص، و ما دلت عليه بالعموم أو الخصوص، وافقت قواعدهم أم لم توافق، و اليه يشير هنا قوله فى إجمال البحث المتقدم بقوله: و بالجمله فالعدول عن ظواهر النصوص الى آخره.

الموضع الثانى حلب المصره و سيجىء حكمه إنشاء الله (تعالى).

الثانيه [حكم العيب لو كان سابقا على العقد أو لاحقا عنه]

قد عرفت أنه متى كان العيب سابقا على العقد، فإن للمشتري الخيار بعد ظهوره بين الرد، و الأخذ بالأرض.

و أما لو تجدد بعد العقد و قبل القبض، فإنه لا خلاف فى أن له الرد، و انما الخلاف فى أنه مع أخذه و الرضا به هل له الأرض أم لا؟ قولان: كلاهما للشيخ.

قال فى النهايه: من اشترى شيئا و لم يقبضه ثم حدث فيه عيب كان له رده، فإن أراد أخذه و أخذ الأرض كان له ذلك.

و قال فى الخلاف: إذا حدث فى المبيع عيب فى بد البائع كان للمشتري الرد و الإمساك، و ليس له اجازة البيع مع الأرض، فلا يجبر البائع على بذل الأرض بلا خلاف، فان تراضيا على الأرض كان جائزا، و كذا قال فى المبسوط، و تبعه ابن إدريس على ذلك.

و الى الأول ذهب العلامة فى المختلف، و نقله عن ابن البراج و أبى الصلاح، و احتج فى المختلف لما ذهب اليه، قال: لنا ان المبيع لو تلف لكان من ضمان البائع فكذا أبعاضه و صفاته، لأن المقتضى لثبوت الضمان فى الجميع و هو عدم القبض - موجود فى الصفات، ثم نقل عن الشيخ أنه احتج بأن الأصل ثبوت البيع و لزومه، و عدم التسلط بالأرض، و انما أوجبنا له الخيار بين الرد و القبول، لدفع الضرر اللاحق بإيجاب القبول فيبقى الباقي على الأصل.

ثم أجاب عنه بأن التزامه بأحد هذين نوع ضرر، إذ الحاجه قد مست إلى المعاوضه، و الا لم توجد، و التزامه جميع الثمن ضرر عظيم، لانه دفعه فى مقابله الجميع بصفاته فلا يجب دفعه عن البعض. انتهى.

و ما ذكره رحمه الله في تعليل ما اختاره، وكذا في الجواب عما نقله عن الشيخ و ان كان لا يخلو عن قوه، الا أن المسأله لما كانت عاربه عن النص-سيما مع ما عرفت من أنه لا وجود للأرش إلا في صورته التصرف و أنه ليس له الرد، و انما له الأرش- أشكال الحكم بذلك.

و أما ما هو المشهور من أنه مع ظهور العيب مطلقا تقدم على العقد أو تأخر عنه فإنه مخير بين الرد و الأرش، فلم نقف له في الاخبار على أثر، و انما تضمنت الرد خاصة، كما قدمنا ذكره في خيار العيب.

و بالجمله فلتوقف في الحكم المذكور مجال، و ربما حمل الإجماع الذي ادعاه في الخلاف على عدم الأرش على إجماع العامه، و فيه ما لا يخفى.

و لو قبض بعضه ثم حدث في الباقي عند البائع حدث كان الحكم في الباقي ما تقدم في تجدد العيب بعد العقد و لو قبل القبض على أحد القولين، نظرا الى أن سبب الرد هو العيب الحادث في البعض، و قد حدث حين كون ذلك البعض مضمونا وحده، فيتعلق به وحده جواز الرد دون المقبوض.

و فيه أنه يستلزم تبعض الصفقه المنهى عنه، و قيل: و هو الأظهر انه يتخير بين رد الجميع و أخذ أرش العيب (1).

و لو حدث فيه عيب بعد القبض يمنع من الرد بالعيب السابق، دون الأرش عند الأصحاب، و لم أقف فيه على نص.

قالوا: و لا فرق بين العيب الحادث بين كونه من جهه المشتري أو غير جهته

ص: ٨٩

١- ١) بناء على ما عرفت من ظاهر اتفاقهم على انه بظهور العيب السابق على العقد يتخير بين الرد و الأرش، و كذا ما هو المشهور في العيب المتأخر عن العقد قبل القبض كما عرفت، فان هذه المسأله من فروع تلك المسأله و قد عرفت ما في الأصل-منه رحمه الله.

و استثنوا من ذلك ما لو كان المبيع حيوانا و حدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري، فإنه لا يمنع من الرد و لا الأرش لأنه حينئذ مضمون على البائع، و سيأتي الكلام في هذه المسألة.

قيل: و الظاهر ان كل خيار مختص بالمشتري كذلك.

و لو اشترى شيئين صفقة و علم بالعيب في أحدهما، لم يجز رد المعيب منفردا، لما يتضمنه من ضرر تبعض الصفقة على البائع، و انما له ردهما معا- ان لم يتصرف فيهما و لا في أحدهما- أو أخذ أرش المعيب متى تصرف في أحدهما، و ان كان الصحيح، سقط رد المعيب، لأنهما بمنزلة مبيع واحد، و كذا الحكم فيما اشترى اثنان شيئا واحدا كان لهما رده أو إمساكه مع الأرش، و ليس لأحدهما رد نصيبه دون صاحبه، للزوم تبعض الصفقة.

هذا هو المشهور في هذه الصورة.

و نقل عن الشيخ و جماعه: جواز التفرق في هذه الصورة، لجريانه مجرى عقدين بسبب تعدد المشتري، فان التعدد في المبيع يتحقق بتعدد البائع، و بتعدد المشتري، و بتعدد العقد، و لان العيب جاء من قبله حيث باع من اثنين، و ارتكب التشقيص، فان كل واحد منهما صار مشتريا للبعض، فهو بمنزلة البيعين. (1)

و أنت خبير بأن هذا انما يتم مع علمه بالتعدد، و حينئذ فلو قيل بالتفصيل- بين علمه بالتعدد فيجوز التفرق، و جهله بذلك، فليس لهما الا الاتفاق في الرد أو الأرش، كما اختاره العلامة في التحرير- لكان قريبا.

و ظاهر المحقق الأردبيلي الميل اليه، و كذا شيخنا الشهيد الثاني في المسالك الا انه قال: و ان كان القول بالجواز مطلقا متوجها.

ص: ٩٠

١- ١) و أيده المحقق الأردبيلي بعدم ثبوت كون التشقيص عيبا مطلقا بالدليل، مع عموم دليل ثبوت الخيار بين الرد و الأرش- منه رحمه الله.

و فيه ان الظاهر ان الجهل عذر شرعى كما مر تحقيقه فى مقدمات الكتاب (١) على تفصيل فيه.

الثالث [تقديم قول المشتري لو اختلفا فى البراءة عن العيوب]

المشهور فى كلام الأصحاب (رضوان الله عليهم) من غير خلاف يعرف انه إذا قال البائع: بعت بالبراءة، و أنكر المشتري، و لم يكن للبائع بينه فالقول قول المشتري بيمينه، للخبر المتفق عليه (٢)

«البينه على من ادعى، و اليمين على من أنكر».

و لأن الأصل عدم صدور البراءة منه حتى يتحقق.

قال المحقق الأردبيلي (قدس سره-) فى شرح الإرشاد بعد ذكر نحو ما قلناه:

«و لا يلتفت الى ما فى الخبر عن جعفر بن عيسى فى مكاتبة الى أبى الحسن (عليه السلام) «فيقول له المنادى: قد برئت منها، فيقول له المشتري: لم أسمع البراءة منها، أ يصدق فلا- يجب عليه الثمن، أم لا يصدق، فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن». لضعفه مع الكفايه، و مخالفه القاعدة» انتهى.

و العجب هنا من صاحب الكفايه حيث جعل هذا الخبر مؤيدا لعموم

«البينه على المدعى، و اليمين على من أنكره» و هو على العكس من ذلك.

أقول: و المفهوم من سياق الخبر المذكور أن إنكار المشتري انما وقع مدلسه، لعدم رغبته فى المبيع، و الا فهو عالم بتبرئ البائع، و الامام (عليه السلام) إنما ألزمه الثمن من هذه الجهة، و نحن قدمنا الخبر المذكور فى خيار العيب، و لكن نعيده هنا إزاحه لثقل المراجعة، ليظهر لك صحه ما ادعيناه.

و هو ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن جعفر بن عيسى (٣) قال:

«كتبت الى أبى الحسن (عليه السلام) جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى،

ص: ٩١

١-١ (١) ج ١ ص ٧٧.

٢-٢ (٢) الوسائل الباب-٣- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

٣-٣ (٣) التهذيب ج ٧ ص ٦٦.

فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه و لم يبق الا نقهه الثمن فربما زهده، فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً و أنه لم يعلم بها، فيقول له المنادى:

قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها أ يصدق فلا- يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن».

فإنه ظاهر في أنه عالم بالنداء بالبراءة، و أنه رضيه مع ذلك، الا أنه لما تجدد له زهده و عدم الرغبة فيه، ادعى عدم علمه بالعيوب و عدم سماعه النداء، فهذه الدعوى إنما نشأت من حيث زهده فيه و عدم رغبته، لا من حيث العيوب.

و حينئذ فلا يكون الخبر مخالفا للقاعده المتفق عليها، و لا يحتاج الى طرحه، و كثيرا ما يحكمون (عليهم السلام) في بعض الأحكام بمقتضى علمهم بالحال، فكيف مع ظهور ذلك في السؤال.

الرابعه [أحكام التصريه]

-التصريه تدليس يثبت به الخيار بين الرد، و الإمساك بالثمن بلا أرش، كما في خيار التدليس في غير هذا الموضع و التصريه مصدر من قولك صريت إذا جمعت بين الصرى، و هو الجمع.

يقال: صرى الماء في الحوض إذا جمعه، (1) و صريت الشاه تصريه إذا تركت حبلها أياما حتى يجتمع اللبن في ضرعها، و الشاه مصراه و تسمى المصراه محفله أيضا، و هو من الحفل، و منه قيل للمجمع: محفل.

و المراد هنا أن يربط إحلاف الشاه و نحوها يومين أو ثلاثه، فيجتمع اللبن في ضرعها، و يظن الجاهل بحالها أنها لكثرت ما تحلبه كل يوم، فيرغب في شرائها.

قال في المسالك: «و الأصل في تحريمه مع الإجماع النص

ص: ٩٢

(١- ١) قال في المصباح المنير: و صرى الماء صريا طال مكثه، و يتعدى بالحركه فيقال: صريته صريا من باب رمى إذا جمعته فصار كذلك، و صريته بالتشديد مبالغه، منه رحمه الله.

عن النبي (صلى الله عليه و آله) و هو من طرق العامه (١) و ليس فى أخبارنا تصريح به، لكنه فى الجملة موضع وفاق، انتهى.

أقول:

و روى الصدوق (عطر الله مرقده) فى كتاب معانى الاخبار عن محمد ابن هارون الزنجانى على بن عبد العزيز عن أبى عبيد (٢) رفعه إلى النبي (صلى الله عليه و آله) قال:

«لا تصروا الإبل و الغنم فإنه خداع، من اشترى مصراه فإنه بأحد النظيرين، ان شاء ردها و رد معها صاعا من تمر.

و الظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور، لعدم وجوده فى كتب الاخبار، حسبما اعترف به شيخنا المتقدم ذكره.

و كيف كان فالكلام هنا يقع فى مواضع، الأول- أنه إذا اختار الرد قالوا يرد معها لبنها الموجود وقت البيع، لأنه جزء من المبيع، فإذا فسخ البيع رده، كما رد المصراه، فإن تعذر فمثله، و ان تعذر فقيمه وقت الدفع و مكانه.

أما اللبن المتجدد بعد العقد ففى رده وجهان، من إطلاق الرد فى الاخبار، و من أنه نماء المبيع الذى هو ملكه، و العقد انما يفسخ من حينه، قال فى المسالك:

و هو الأقوى.

أقول: قد عرفت أنه لا نص فى المسألة، كما اعترفوا به كيف يستند فى الوجه الأول إلى إطلاق الاخبار.

اللهم ان يراد أخبار العامه، و فيه ما لا يخفى، و به يظهر قوه الوجه الثانى مضافا الى ما ذكره فى تعليقه.

ثم انه لو امتزج الموجود حاله البيع بالمتجدد صار شريكا و رجعا الى الصلح، و للشيخ قول بأنه مع ردها يرد معها ثلاثه أمداد.

ص: ٩٣

١- ١) سنن البيهقى ج ٥ ص ٣١٨.

٢- ٢) الوسائل الباب-١٣- من أبواب الخيار الرقم-٢ لكن عن القاسم ابن سلام بإسناد متصل.

و استدلل له بعض المحققين (١)

بحسنه الحلبي (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

في رجل اشترى شاه فأمسكها ثلاثه أيام ثم ردها، قال: إن كان في تلك الثلاثه الأيام يشرب لبنها رد معها ثلاثه أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء. قال: و الروايه مختصه بصوره شرب اللبن، و لا يبعد العمل بمضمونها لحسنها مع اعتضاها بغيرها. أقول: فيه أولاً أن الشيخ انما حكم بذلك في المصراه، و ما تضمنه الخبر المذكور ليس كذلك، فلا يكون منطبقاً على المدعى.

و ثانياً- إن الروايه المذكوره تضمنت جواز الرد بعد الثلاثه، و هو مخالف لمقتضى القاعده المتفق عليها نصاً و فتوى، و إن المشتري ليس له الخيار في الحيوان إلا- في ضمن الثلاثه، و أما بعدها فلا- و حمل الروايه على كون الرد في الثلاثه بعيد عن مقتضى سياقها، و حاق لفظها.

و ثالثاً- إن مقتضى كلامهم أنه بالعقد ينتقل الى ملك المشتري، فالمشتري في ضمن الثلاثه انما تصرف في ملكه، فكيف يضمه، و يعطى بعد الرد ثلاثه أمداد عوضاً عنه، (٣).

و رابعاً- أنه لا ريب في انه ضمن الثلاثه قد أنفق على الشاه ما لعله أكثر من قيمه لبنها، فكيف أهمل ذلك في الروايه، أو مثلها، و بالجملة فالاستناد في الحكم المذكور الى هذه الروايه مع ما عرفت لا يخلو من غفله أو مسامحه.

و نقل عن الشيخ قول آخر، و هو انه: يرد معها صاعاً من تمر أو بر، قيل: و هو

ص: ٩٤

١- ١) هو الفاضل الخراساني في الكفايه منه رحمه الله.

٢- ٢) الوسائل الباب-١٣- من أبواب الخيار الرقم-١.

٣- ٣) أقول هذا الوجه الثالث إلزامي حيث أنهم يقولون بذلك و الا فقد عرفت من أخبار الحيوان أنه انما ينتقل للمشتري بعد الثلاثه كما تقدم تحقيقه منه رحمه الله.

منصوص عن النبي (صلى الله عليه و آله) من طرق العامه و لعله في روايه أخرى غير التي قدمنا نقلها عن الصدوق فإنها اشتملت على صاع التمر خاصه.

الثاني قد صرحوا بأنه لو ثبت التصريه بإقرار البائع أو البيئه قبل أن يحلبها ثبت له الخيار، و لا يحتاج الى الاختبار بمضى ثلاثه أيام لو لم يثبت ذلك.

و ربما صرح بعضهم بالفوريه، لأن التصريه التي هي تدليس و موجه لجواز الرد قد ثبتت، فيكون مقتضاها ايضا ثابتا، الا ان الظاهر من كلام بعض انه لا- مانع من جواز الصبر و الاختبار، لاحتمال الارتفاع بهبه من الله عز و جل، فلا يثبت له بزوال الموجه، لأن التصريه غير موجه من حيث هي هي، و انما هي موجه من حيث الاستظهار بمعرفه ما فيه، مما يوجب زياده الثمن و الرغبه.

قال في المسالك: فلو ثبت بإقرار البائع أو البيئه جاز الفسخ قبل الثلاثه، لكن بشرط النقصان، فلو تساوت أو زادت هبه من الله تعالى فالأشهر زوال الخيار لزوال الموجه له مع احتمال بقاءه، و مثله ما لو لم يعلم العيب حتى زال انتهى.

و نقل عن الشيخ في الخلاف انه قوى جواز الرد مع ثبوت التصريه و ان زالت، و صار اللبن زائدا كل يوم على لبن الأول، أو ساواه.

و في المبسوط صرح بسقوط الخيار كما هو المشهور. و لو لم يثبت بأحد الأمرين المتقدمين فلا بد من اختبارها ثلاثه أيام، فإن اتفقت فيها الحلبات عاده، أو زادت اللاحقه فليست مصراه، و ان اختلفت في الثلاثه و كان بعضها ناقصا عن الأول نقصانا خارجا عن العاده، و ان زاد بعد الثلاثه ثبت الخيار بعد الثلاثه بلا فصل على الفور.

الثالث-ظاهر الأصحاب الإجماع على ثبوت التصريه في الشاه، و المشهور ذالك أيضا في الناقه و البقره، بل قيل: انه إجماع.

قال شيخنا في الروضه: فإن ثبت فهو الحجه، و الا فالمنصوص الشاه، و إلحاق غيرها بها قياس، انتهى.

ص: ٩٥

أقول: و أى نص هنا ورد فى الشاه و بذلك اعترف «قدس سره» فى المسالك، انه فى الموضوعين إنما التجأ إلى الإجماع، قال فى الكتاب المذكور بعد قول المصنف (رحمه الله): و تثبت التصريه فى الشاه قطعاً، و فى الناقه و البقره على تردد، ما لفظه:

وجه التردد من عدم النص ظاهر عندنا على هذا الحكم، لكن الشاه محل وفاق فيحتمل إلحاق الناقه و البقره بها، لمساواتهما لها فى العله الموجبه للخيار، و هى كون اللبن مقصود مع التدليس، كما ادعى الشيخ الإجماع على إلحاقها بها، فان ثبت فهو الحججه، و الا فى إثبات الحكم المخالف للأصل، بغير النص و الإجماع إشكال.

ثم نقل عن ابن الجنيد، أنه طرد الحكم فى سائر الحيوانات حتى الأدمى، قال و فى بعض الاخبار من طرق العامه ما يدل عليه، و هو مناسب لمقابله المدلس، و فى الدروس انه ليس بذلك البعيد. انتهى.

و يظهر من المحقق الأردبيلي (عطر الله مرقده) الميل إلى إلحاق البقره و الناقه فى الموضوع المذكور، لكن لا من حيث التصريه، بل من حيث التدليس و حصول الضرر المنفى عقلاً و نقلاً لو لم يتخير، قال فى بيان وجه الإشكال فى إلحاق الفردين المذكورين: و وجه الاشكال عدم وجود النص و الإجماع، و وجود العله الموجبه فى الشاه، فالثبوت ليس ببعيد، لما تقدم من العله فى الشاه، إذ لا نص، بل التدليس الموجب لذلك، و الا لزم الضرر المنفى عقلاً و نقلاً، مؤيداً بأخبار العامه، انتهى.

هذا خلاصه كلامهم فى هذه المسأله.

و قد عرفت خلو أصل المسأله من المستند، و الظاهر أن أصل هذه المسأله انما هى فى كلام العامه، لأنها مرويه فى أخبارهم، و الأصحاب كثيراً ما يستلقون الاخبار و الأحكام و الفروع من كتبهم.

قال المحقق الأردبيلي (قدس سره) فى بعض مواضع البحث فى هذه المسأله ما لفظه:

و الظاهر أنه لا دليل للأصحاب على رد الشاه و اللبن عينا أو مثلا أو قيمه بعد التصرف الموجب للسقوط، بل فى هذه المسأله مما لا نص فيه للأصحاب، كما قال المصنف و الشارح و غيرهما، و انما هى المذكوره فى بعض كتب العامه و أخبارهم.

و لهذا قالوا المراد برد اللبن رد اللبن الموجود حال البيع، و قبل أن تصير الشاه للمشتري، و هو بناء على مذهبهم من كون المبيع زمن الخيار ملك البائع فلا إشكال حينئذ، و لكن يشكل ذلك على مذهب الأصحاب بناء على ما تقرر عندهم (1) الى آخر كلامه زيد فى مقامه و الله سبحانه العالم بأحكامه.

الرابع قد عرفت مما تقدم فى المسأله الأولى انهم استثنوا من التصرف المسقط للرد بالعيب أمرين، ثانيهما حلب الشاه المصراه و هو مبنى على أن التصريه من قبيل العيوب.

و الظاهر من كلام جملهم أنها تدليس، و خيار العيب و أحكامه على حده، و خيار التدليس و أحكامه على حده و لا يدخل إحداهما فى الآخر، و لهذا عد فى المعه كلا منهما على حده و جعل التصريه فى التدليس.

و المفهوم من كلامهم ان خيار حكم التدليس هو التخيير بين الرد و الإمساك بغير أرش، تصرف أو لم يتصرف متى ظهر التدليس، و حكم خيار العيب هو التخيير قبل التصرف، بين الرد و الإمساك بالأرش، و بعد التصرف ليس إلا- الإمساك مع الأرش، و ليس له الرد.

و المفهوم من كلامهم أيضا ان التدليس انما هو عبارته عن اشتراط أمر زائد، ثم يظهر عدمه، و أما العيب فإنما يتعلق بذات المبيع مما يوجب نقصه و خروجه عن أمثاله أو أبناء نوعه.

ص: ٩٧

١- ١) أقول المراد بما تقرر عندهم ما تقدم ذكره من أن المبيع ينقل بالعقد الى ملك المشتري منه رحمه الله.

و بالجمله فإنه متى جعلت التصريه من قبيل التدليس لم يتوجه الاستثناء الذى ذكره كما عرفت و الله العالم.

الخامسه [عدم إطلاق العيب على الثيوبه]

-أطلق جمهور الأصحاب (رضوان الله عليهم) أن الثيوبه ليست عيبا، نظرا الى أن أكثر الإماء لا- يوجدون الاثبيات، فكانت الثيوبه بمنزله الخلقه الأصلية، و ان كانت عارضه.

و استشكل ذلك فى المسالك فى الصغيره التى ليست محل الوطى، فإن أصل الخلقه و الغالب فى مثلها البكاره، فينبغى أن يكون الثيوبه عيبا.

قال: و نقل مثل ذلك فى التذكره عن بعض الشافعيه، و نفى البأس عنه، و هو كذلك، بل يمكن القول بكونها عيبا مطلقا، نظرا الى الأصل، و هو ظاهر ابن البراج انتهى.

أقول: صورته عبارته التذكره هكذا إطلاق العقد فى الأمه لا يقتضى البكاره و لا الثيوبه، فلا يثبت الخيار بأحدهما مع الإطلاق.

و قال بعض الشافعيه: إلا أن تكون صغيره، و كان المعهود فى مثلها البكاره، و لا بأس به عندي، لأن البكاره أمر مرغوب اليه، و انما بذل المشتري المال بناء على بقائها على أصل الخلقه، فكان له الرد قضاء للعاده. انتهى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه على المشهور لو اشترط البكاره فظهر كونها ثيبا حال البيع بالبينه، أو إقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار لزمان البيع، بحيث لا يمكن تجدد الثيوبه فيه، فالمشهور أنه يتخير بين الرد و الإمساك، و ان جهل ذلك لم يكن له الرد، لان ذلك قد يذهب بالنزوه و العله و نحو ذلك.

و قال الشيخ فى النهايه: من اشترى جاريه على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يكن له ردها، و لا الرجوع على البائع بشيء من الأرش، لأن ذلك قد يذهب من العله و النزوه انتهى.

و مثله ابن البراج فى الكامل حيث قال: ان ابتاعها على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يكن له ردها، ولا أورش فى ذلك انتهى.

أقول: و يدل على هذا القول

موثقه سماعه (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع جاريه على انها بكر فلم يجدها على ذلك قال: لا- ترد عليه و لا- يجب عليه شىء، لانه يكون يذهب فى حال مرض أو أمر يصيبها».

و العلامه فى المختلف تأول كلام الشيخ بالحمل على ما إذا لم يعلم سبق الثيوبه على العقد، و على هذا يمكن حمل الروايه أيضا، و فى التعليل اشعار بذلك.

و هل يثبت له الأرش مع اختيار الإمساك؟ الظاهر من كلام الأكثر ذلك.

و يدل عليه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن يونس (٢)

«فى رجل اشترى جاريه على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال: يرد عليه فضل قيمه إذا علم أنه صادق».

و الظاهر أن وجوب الأرش هنا مبنى على العلم بالثيوبه حال البيع بأحد الوجوه المتقدمه، جمعا بينه و بين الخبر المتقدم، و الخبر الأول قد عرفت أنه محمول على الجهل بذلك.

قال: فى الدروس: ان مع فوات الشرط يتخير بين الفسخ و الإمضاء بغير أورش إلا فى اشتراط البكاره، فظهر سبق الثيوبه، فإن الأرش مشهور، و ان كانت روايه يونس به مقطوعه، و فى المسالك الأقوى ذلك لان فواته مما يؤثر فى نقصان قيمه تأثيرا بينا، ثم قال: و يحتمل العدم، لأن الأرش جزء من الثمن، و هو لا يوزع على الشروط انتهى.

و ظاهره فى الكفايه التوقف هنا، و هو فى محله، لعدم اسناد الروايه المذكوره الى الامام (عليه السلام)، و لو كانت مسنده لما كان عنها معدل.

ص: ٩٩

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٦٥ الكافى ج ٥ ص ٢١٥ الرقم ١١.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢١٦ التهذيب ج ٧ ص ٦٤.

و نقل فى المسالك عن بعض الأصحاب: أنه ذهب الى عدم التخيير بفوات البكاره مطلقا، يعنى مع الشرط و عدمه، و الظاهر أنه اشاره الى ما قدمنا نقله عن الشيخ فى النهايه و ابن البراج فى الكامل.

ثم انه لو انعكس الفرض بأن شرط الثوبه فظهرت بكر ا قيل: فالأقوى تخييره أيضا بين الرد و الإمساك، لكن بغير أرش، لجواز تعلق غرضه بذلك، لعجزه عن البكر و قيل: لا رد هنا لزياده قيمه البكر.

السادسه الإباق الحادث عند المشتري

لا يرد به العبد، و انما يرد به إذا حصل عند البائع أو غيره من الملاك السابقين، و بالجمله حصوله قبل البيع، و هل يكفى فى ثبوت ذلك حصوله و لو مره واحده؟ ظاهر جمع منهم ذلك و به صرح فى التذكره، و شرط بعض الأصحاب الاعتقاد، قيل: و أقل ما يتحقق به مرتين.

و الذى وقفت عليه من الاخبار هنا ما رواه

الكلىنى و الشيخ فى الصحيح عن أبى همام (1) قال:

«سمعت الرضا(عليه السلام) يقول: يرد المملوك من أحداث السنه من الجنون و الجذام و البرص، فقلت: كيف يرد من أحداث السنه قال:

هذا أول السنه و إذا اشترت مملوكا به شىء من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه رددته على صاحبه، فقال له محمد بن على: فالإباق من ذلك، فقال: ليس الإباق من ذلك الا ان يقيم البيئه أنه كان آبق عنده».

و ظاهر هذا الخبر أنه لا بد من ثبوت الإباق عند البائع، و أنه تكفى المره الواحده، كما صرح به فى التذكره.

ص: ١٠٠

قد روى فى التهذيب فى الموثق عن محمد بن قيس (١) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«قضى على (عليه السلام) أنه ليس فى إباق العبد عهده الا أن يشترط المبتاع».

و روى فى الكافى فى الصحيح عن محمد بن قيس (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«ليس فى الإباق عهده».

و الظاهر أن المراد بالعهد هنا الخيار، لما فى حديث يونس (٣) أن العهده فى الحيوان وحده إلى سنة و فى حديث عبد الله بن سنان (٤) «و عهده يعنى الرقيق السنة» و حينئذ فمقتضى الخبرين المذكورين بعد الجمع بينهما لحمل مطلقهما على مقيدهما هو أنه لا- خيار فى الإباق الا- أن يشترط المشتري عدم ذلك و هو مشكل، لما عرفت من كلام الأصحاب مما ظاهرهم الاتفاق عليه، مع الصحیح المتقدمه، و لم أطلع على من تعرض لذكر هذين الخبرين فى المقام، فضلا عن الجواب عنهما، قالوا و لو تجدد عند المشتري فى الثلاثه فهو كما لو وقع عند البائع.

السابعه [عدم الخيار بالعيب الذى جرت العاده بمثله]

- المشهور فى كلام الأصحاب (رضوان الله عليهم)، أنه إذا اشترى زيتا أو بذرا (٥) أو نحوهما فوجد فيه ثفلا فان كان مما جرت العاده بمثله لم يكن له رد و لا أورش، و كذا لو كان كثيرا و علم به قبل البيع. و فى حسنه ميسر. المتقدمه فى قسم العيب التفصيل بنحو آخر.

قال: ان كان المشتري يعلم أن الدردي يكون فى الزيت فليس عليه أن يرده،

ص: ١٠١

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٧.

٢-٢) الوسائل الباب-١٠- من أبواب العيوب.

٣-٣) الوسائل الباب-٢- من أبواب أحكام العيوب الرقم-٥.

٤-٤) الكافى ج ٥ ص ١٧٢.

٥-٥) البذر هو دهن الكتان و هو على حذف مضاف أى دهن البذر و الثفل بالضم و السافل ما استقر تحت الشئ من الكدر- منه رحمه الله.

و ان لم يكن يعلم فله أن يردده، ويمكن إرجاع الروايه الى ما ذكره بمعنى أنه ان كان يعلم أن هذا بحسب العاده مما يكون فى الزيت و نحوه لم يكن له الرد، و الا فله، الا أنه يبقى فرد آخر و هو ما إذا لم يعلم ذلك و ظن أنه خالص من الثفل.

و الأقرب أن الحكم فيه ما ذكره الأصحاب، تزيلا للعاده منزله العلم بذلك، كما فى كثير من المواضع، و نظرا الى ان مثل ذلك هنا ليس عيبا، لاقتضاء طبيعه الدهن كون ذلك فيه غالبا.

الا- انه ربما أشكل ذلك فيما لو كان كثيرا و علم به، باعتبار الجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر، و المشاهده فى مثل ذلك غير كافيه.

و يمكن اندفاع ذلك بان معرفه مقدار الجميع كافيه، كما فى معرفه مقدار السمن بظروفه جمله من دون العلم بالتفصيل، و نحوه التراب فى الحنطه و الشعير و نحوهما و التبن فى الأولين، و أما ما عدا ذلك فلا إشكال فى كونه عيبا يترتب عليه أحكامه.

الثامنه [اختلاف المتبايعين فى زمان حصول العيب]

-إذا قال المشتري: هذا العيب كان عند البائع، و أنكر البائع ذلك فالقول قول البائع مع يمينه عملا بالقاعده المنصوصه، و لأصالة عدم التقدم الا ان يكون للمشتري بينه أو شاهد حال.

و المراد بشاهد الحال نحو زياده الإصبع و اندمال الجرح مع قصر زمان البيع، بحيث لا يحتمل تأخره عاده.

و يعتبر فى شاهد الحال هنا كونه مفيدا للقطع، فيقدم قول المشتري حينئذ بغير يمين، و لو شهد الحال للبائع كذلك، كطراوه الجرح مع تطاول زمان البيع فلا يمين عليه ايضا، و حيث يفتقر البائع إلى اليمين، فلا بد أن يحلف على القطع بعدم العيب، لا على عدم العلم، ان كان اختبر المبيع قبل البيع، و اطلع على خفايا أمره، كما يشهد بالقطع على الاعتبار، و بالعداله و غيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار، الظاهر، و لو لم يكن اختبره ففى جواز حلفه على القطع، عملا بأصالة

العدم و اعتمادا على ظاهر السلامه نظر، و استقرب في التذكرة هنا الاكتفاء بالحلف على نفي العلم، و استحسنة في المسالك لاعضاده بأصالة عدم التقدم، فيحتاج المشتري الى إثباته.

التاسعة [إذا اشترى أمه لا تحيض في سنة أشهر و مثلها تحيض]

قالوا إذا اشترى أمه لا تحيض في سنة أشهر و مثلها تحيض كان ذلك عيبا، لانه لا يكون الا لعارض غير طبيعي.

أقول: هذا قول الأكثر، و عليه تدل

روايه داود بن فرقد (١) قال:

« سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية مدركه فلم تحض عنده حتى مضى لها سنة أشهر و ليس بها حمل، فقال: ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه.»

و أنت خبير بأنه و ان اشتمل السؤال على تأخر الحيض سنة أشهر، الا أن الجواب لم يتقيد به، فإنه (عليه السلام) انما علق الحكم على حيض مثلها، و أراد به نفي الصغر و اليأس، و ان كان ذلك مستفادا من الإدراك، فإن من المعلوم ان من كانت كذلك فان مثلها تحيض في تلك المده، و حينئذ فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد من غير تقييد بالسته الأشهر كان حسنا.

و يظهر من ابن إدريس على ما نقله عنه في المسالك نفي الحكم رأسا، و إنكار كون عدم الحيض عيبا، و الروايه به صريحه في رده كما عرفت.

ثم ان ما دل عليه الخبر، من جواز الرد بعد سنة أشهر مما لا اشكال فيه إذا لم يتصرف تصرفا موجبا لسقوط الخيار كما تقدم، و أما مع التصرف فظاهر الخبر كونه كذلك أيضا، فإن عدم التفصيل دليل على العموم، في أمثال هذا المقام، و يؤيده أن العاده قاضيه بأنه لا تمضى على المملوك قدر هذه المده من غير تصرف، بأن يأمره مولاه افعل كذا و افعل كذا من الأغراض و المطالب التي تتعلق غرض السيد بها و هو مشكل، لقيام الأدله كما عرفت سابقا على أن التصرف مسقط للخيار، الا أن يقال:

ص: ١٠٣

باستثناء هذا العيب للروايه المذكوره.

العاشر [رد المملوك من أحداث السنه]

قد صرح الأصحاب و به نطقت الأخبار بأنه يرد المملوك من أحداث السنه،بمعنى أن هذه الأمراض إذا حدثت ما بين الوقت البيع الى تمام السنه كان للمشتري رد المملوك بها،و ان لم يكن الرد فى السنه،لأن خيار العيب ليس على الفور.

و يؤيده روايه أسباط الاقيه،و عدها بعضهم بالجنون و الجذام و البرص،و زاد بعض القرن،و الذى وقفت عليه من الاخبار هنا صحيحه أبى همام (١)المتقدمه قريبا فى المسأله السادسه،و قد تضمنت الثلاثه المتقدمه.

و منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن محمد بن على (٢)و هو مجهول،و ان احتمل بعض مشايخنا كونه الحلبي قال:

«سمعت الرضا-(عليه السلام)يقول:يرد المملوك من أحداث السنه من الجنون و الجذام و البرص و القرن،قال:فقلت:و كيف يرد من أحداث السنه؟قال:فقال:هذا أول السنه-يعنى المحرم-فإذا اشترت مملوكا فحدث فيه من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه رددته على صاحبه».

و ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى (٣)و الشيخ فى التهذيب (٤)عن ابن فضال عن أبى الحسن الرضا(عليه السلام)

«أنه قال:ترد الجاريه من أربع خصال:من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدبه»كذا فى التهذيب،و فى الكافى-و القرن الحدبه الا أنها تكون فى الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر».

ص: ١٠٤

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٦٣.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٦٤.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٢١٦.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٦٤.

فى الكافى عن على بن أسباط عن أبى الحسن الرضا(عليه السلام) قال:

«سمعتة يقول:الخيار فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري،و فى غير الحيوان أن يتفرقا و احداث السنه ترد بعد السنه،قلت:و ما أحداث السنه؟قال الجنون و الجذام و البرص و القرن،فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد صاحبه الى تمام السنه من يوم اشتراه».

الصدوق فى كتاب الخصال فى الموثق عن ابن فضال(1)عن أبى الحسن(عليه السلام) قال:

«فى أربعة أشياء خيار سنه،الجنون و الجذام و البرص و القرن». و أكثر هذه الاخبار قد اشتمل على هذه الأربعة،فيجب حمل ما عداها عليها.

بقى الكلام هنا فى مواضع:الأول-ذكر الحدبه فى روايه ابن فضال على تقدير روايه الكافى الظاهر أنه تفسير للقرن،و هو خلاف المعروف،لان القرن كما هو المشهور بين الفقهاء و اللغويين هو شىء كالسن يكون فى باطن الفرج يمنع من الجماع،و على تقدير روايه التهذيب يكون معطوفه على الأربع المذكوره،و هو بعيد أيضا،لخلو الأخبار المذكوره فى المسأله عن ذلك:سيما مع اختلاف الكتابين فى ذلك.

و قيل:ان المراد به أن القرن و الحدبه يشتر كان فى كونهما بمعنى النسق، لكن أحدهما فى الفرج و الآخر فى الصدر،و لا يخفى ما فيه،و بالجملة فإنه يشكل الاعتماد على هذه الروايه فى عد الحدبه.

الثانى ظاهر المحقق الأردبيلي هنا الاستشكال فى عد القرن فى جمله هذه العيوب،لعدم عده فى صحيحه أبى همام المقطوع بصحتها،و عدم ظهور القول به.

و أنت خبير بما فيه،فان روايات المسأله كلها عدا الصحيحه المذكوره قد اشتملت عليه،و رد هذه الاخبار كلها باعتبار خلو تلك الروايه عنه مع إمكان تقييدها

بهذه الاخبار بعيد، فإن غايه الأمر أنها مطلقه، لا أن فيها ما يدل على نفيه، لتحصل المخالفه الموجهه لترجيحها لصحتها، بناء على هذا الاصطلاح الذى بنى عليه.

و أما قوله لعدم ظهور القول به، فإن فيه أن الشهيد فى الدروس قد عدّه فى جمله هذه الأربعة، بل قال فى المسالك و المشهور ثبوت الحكم للأربعة المذكوره فى روايه على بن أسباط، مع أن منها القرن كما عرفت.

ثم ان المحقق المذكور استشكل أيضا فى عد البرص هنا، لورود أن العهده فيه ثلاثه أيام فى

حسنه عبد الله بن سنان، (١) و هى ما رواه عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

عهده البيع فى الرقيق ثلاثه أيام ان كان بها خبل أو برص أو نحو هذا، و عهده السنه من الجنون فما بعد السنه فليس بشىء.

و أقول: و الاشكال هنا ظاهر، الا- أن الأظهر هو العمل بهذه الأخبار الكثيره التى فيها الصحيح باصطلاحهم، سيما مع اعتضاها باتفاق الأصحاب على عد البرص منها، و يحتمل و ان بعد ان لفظ البرص فى الحسنه المذكوره تحريف «مرض» من بعض الرواه، فإن قرب التحريف بين أحد هذين اللفظين إلى الآخر مما لا ينكر.

الثالث- ظاهر هذه الاخبار الرد فى المده المذكوره و ان تصرف، إذ يبعد كل البعد أن يشتري الإنسان مملوكا و يبقى مده سنه لا يأمره بفعل و لا- يكلفه بشىء يوجب التصرف، مع ما علم علما يقينا من أن اشتراء المماليك انما هو للخدمه و الانتفاع بهم فى وجوه المنافع المترتبه عليهم، و المفهوم من كلام الأصحاب هنا تقييد الخيار فى هذه المده بعدم التصرف، فلو تصرف فليس له الأرش عملا بالقاعده المتقدمه فى العيب (٢).

ص: ١٠٦

١- (١) الكافى ج ٥ ص ١٧٢.

٢- (٢) قال فى الدروس بعد عد الأربعة المذكوره، و هذه الأربعة يرد بها الرق، و لو تجددت ما بين العقد و السنه ما لم يتصرف و الا فالأرش. انتهى و نحوه العلامه فى القواعد و الإرشاد و غيرهما منه رحمه الله.

و أنت خير بما فيه من البعد، بالنظر الى ظواهر هذه الاخبار، بالتقريب الذى ذكرناه، و ليس فى شىء من هذه الاخبار إشارة فضلا عن التصريح الى التقييد بعدم التصرف، ضمن هذه المده المذكوره، و حينئذ فلا يبعد استثناء هذه العيوب من قاعده عدم جواز الرد مع التصرف، و ليس تقييد هذه الاخبار بعدم التصرف كما هو ظاهر كلامهم بأولى من تقييد الأردبيلي تلك بعدم هذه العيوب و الى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الأردبيلي قدس سره.

الرابع- قد استشكل شيخنا الشهيد الثانى هنا فى حكم الجذام، حيث قال بعد أن ذكر أن المشهور ثبوت الحكم للأربعة: و لكن يبقى فى حكم الجذام إشكال، فإنه يوجب العتق على المالك قهرا كما سيأتى، و حينئذ فإن كان حدوثه فى السنه دليلا على تقدمه على البيع، لما قيل فى تعليل الرد بهذه الأحداث: ان وجودها فى السنه دليل على حدوثها قبل البيع، لأنها تكن فى البدن سنه، ثم تخرج، فيكون عتقه على البائع، فيكشف ظهوره عن بطلان البيع، فلا يتجه الخيار.

و ان حمل على الظاهر كان حدوثه فى ملك المشتري موجبا لعتقه قبل أن يختار الفسخ، إذ ليس له اختيار حتى يتحققه، و متى تحققه حكم بعتقه شرعا قبل الفسخ فيشكل جوازه بعد العتق، و قد تقدم نظيره.

و يمكن حله بان الحكم بعتقه بالجذام مشروط بالفعل، كما هو ظاهر النص، و لا يكتفى بوجوده فى نفس الأمر، فلا يعتق على البائع قبل بيعه، لعدم ظهوره، و لا- بعده قبل الفسخ، لعدم ملكه، و عتقه على المشتري موقوف أيضا على ظهوره، و هو متأخر عن سبب الخيار، فيكون السابق مقديما، فيتخير، فان فسخ عتق على البائع بعده، و ان اختار الإمضاء عتق على المشتري بعده، فينبغى تأمل ذلك. انتهى.

أقول: ما ذكره (قدس سره) فى تعليل عدم انعاقه على البائع جيد لما ذكره، و انما الإشكال فيما ذكره من عدم عتقه على المشتري، و تعليله ذلك بأن انعاقه على المشتري موقوف على ظهوره، و هو متأخر عن سبب الخيار، فانى لا أعرف له

وجها وجيها، إذ لا يخفى أن سبب الخيار إنما هو ظهور هذه العيوب المذكورة، كما تنادى به الاخبار المتقدمه (١) ولا أعرف له سببا غير الظهور، فكيف يتم قوله، ان الظهور متأخر عن سبب الخيار، و يترتب على ذلك ما ذكره من حصول الخيار له، لتقدم سببه على سبب العتق، وبالجملة فإنى لا أعرف لما ذكره (قدس سره) وجها و لعله لضعف فهمى القاصر.

و يمكن أن يجاب بأن الانعتاق بالجدام و نحوه، إنما هو فى الملك المستقر الذى لا يتعقبه خيار و لا فسخ، و ما نحن فيه ليس كذلك، فإنه مراعى بمضى السنه سالما من العيوب المذكوره، إذ مع ظهورها فى هذه المده فله رده، فهو غير مستقر، و ملخص البحث أن هذه الروايات مع كثرتها و صحه بعضها صريحه فى الرد بهذه العيوب التى من جملتها الجدام، و قد اتفقت على الرد به، على أن ما ذكره من الخيار فى الصوره المذكوره سيأتى إنشاء الله تعالى فى المقام ما فيه.

ما روى فى الانعتاق بالجدام إنما هو روايه السكونى (١) و ان كان ظاهرهم الاتفاق على القول بها، و هى تضعف عن معارضه هذه الاخبار لو ثبتت المعارضه و المنافاه، فالواجب هو العمل بهذه الاخبار و حمل روايه السكونى على استقرار الملك.

ص: ١٠٨

١-٢) الكافى ج ٦ ص ١٨٩ الفقيه ج ٣ ص ٨٤ الوسائل الباب ٢٣ من أبواب العتق الرقم ٢.

و بذلك يظهر ما فى قوله تفريعا على ما قدمه، فان فسخ عتق على البائع بعده، و ان اختار الإمضاء عتق على المشتري بعده، و أين هذا التفصيل من ظاهر الاخبار المذكوره، و هى انما تضمنت الرد بظهور أحد هذه العيوب خاصه، و بالجمله فالمسأله غير خاليه عن شوب الاشكال.

الخامس- ظاهر الأصحاب (رضوان الله عليهم) هو أنه بظهور أحد هذه العيوب ضمن السنه فإنه يتخير بين الرد و الأخذ بالأرث، كما هو قضيه خيار العيب، و الروايات المذكوره على كثرتها انما تضمنت للرد خاصه، و هى موافقه للروايات التى قدمناها فى خيار العيب حيث انها تضمنت الرد خاصه، و أما الأرث فإنما هو فى صورته التصرف المانع من الرد.

و يظهر من التحقق الأردبيلى (قدس سره) الموافقه لنا هنا-فيما فهمناه من أخبار المسأله حيث قال هنا فى تقييد المصنف الرد بعدم التصرف و معه الأرث خاصه- ما لفظه: و أما انه إذا تصرف فليس له الا الأرث فلا يجوز الرد، و قبله كان مخيرا، فلما تقدم و ثبت عندهم ان الرد يسقط مع التصرف فى العيب مطلقا دون الأرث، إلا ما استثنى، و ليس هذا منه.

و قد مر الإشاره الى أنى ما رأيت دليلا صحيحا صريحا فى التخيير مطلقا، و لكن يظهر عدم الخلاف منهم، و هم أعرف. انتهى.

و أشار بقوله و قد مر الإشاره الى آخره الى ما ذكره سابقا فى خيار العيب من المناقشه فى عدم دليل يدل على الخيار بين الرد و القبول مع الأرث بعد ظهور العيب، و عدم وجوب شىء من مسقطات الخيار.

حيث قال-بعد المناقشه لهم فى المقام بما يطول به الكلام- ما لفظه: نعم يوجد فى الاخبار ما يدل على الرد بالعيب قبل الحدث، و التصرف و الأرث بعده، مع عدم البراءه من العيوب. انتهى.

و هو جيد كما أسلفناه ذكره ثمه، إلا أنك قد عرفت مما قدمنا فى خيار العيب

دلالة ظاهر عبارته كتاب الفقه الرضوي (١) على ما ذكره الأصحاب، فلعلها كانت هي المستند، وان غفل عنها المتأخرون، لعدم وصول الكتاب إليهم، وقد ذكرنا في غير موضع من كتب العبادات نظائر لذلك تدفع الاستبعاد.

و أنت خبير بان هذا الكلام و ان كان الأنسب به بحث خيار العيب، إلا- انا لم نقف عليه في كلام المحقق المذكور الا- بعد الوصول الى هذا المكان، فذكرناه هنا مؤيدا لما فهمناه من الاخبار الواردة في المسألة ما سبق، و ما هنا، و الله العالم.

الحادي عشر- إذا حدث في الحيوان عيب بعد القبض من غير جهة المشتري، و قبل انقضاء الثلاثة

، فالأقرب أنه يجتمع الخياران للمشتري، و ان بقي خيار العيب بعد الثلاثة، إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة.

و المنقول عن المحقق- في الدرس على ما نقله في الدروس- أنه ليس له الرد إلا- بأصل الخيار، لا بالعيب، و يشير اليه قوله- في الشرائع،- و ما يحدث في- الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار، فلا يمنع الرد في الثلاثة (٢).

قال في المسالك: المفهوم من قوله لا يمنع الرد و جعل الثلاثة ظرفا له،- أن الرد بخيار الثلاثة لا بهذا العيب الحادث، و وجه عدم منعه من ذلك ظاهر، لان العيب الحادث في الثلاثة من غير جهة المشتري مضمون على البائع كالعيب السابق، فلا يكون مؤثرا في رفع الخيار، و هذا هو المنقول من مذهب المصنف

ص: ١١٠

١-١ (١) ص ٦٤.

٢-٢) قال في الدروس و لو حدث في المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد، و ان كان قبل القبض أو في مده خيار المشتري المشروط أو الأصل فله الرد ما دام الخيار، و لو خرج الخيار ففي الرد خلاف بين ابن نما و تلميذه المحقق، فجوزه ابن نما، لانه من ضمان البائع، و منعه المحقق، لان الرد لمكان الخيار، و قد زال. انتهى و الناقل ذلك- في الدرس- الشهيد (رحمه الله)- في اللمعة، منه رحمه الله.

فى المسأله، (١)و المنقول عن ابن نما و هو شيخ المحقق أن الخيار فى المسأله المذكوره بالعب الحادئ بالتقريب المذكور آنفا، و هو كون هذا العب الحادئ كالعب السابق مضمونا على البائع، فكما يتخير المشتري، بالسابق يتخير بهذا أيضا بين الرد و الأخذ بالأرئ.

و تظهر فائده الخلاف فى ثبوت الخيار بعد تمام الثلاثه و عدمه، فعلى الأول يرتفع، دون الثانى، لما عرفت من ان خيار العب لا يتقيد بالثلاثه، و غايه ما يلزم حصول الخيار فى الثلاثه بعلمتين من العب، و كون المبيع حيوانا، و هو غير مانع، فان علل الشرع ليست عللا- حقيقيه يمتنع اجتماعهما، و انما هى معرفات كما فى اجتماع خيار المجلس و الحيوان، و الشرط و الغبن و العب، فإنه يمكن اجتماعها على عين واحده.

و كذا تظهر الفائده هنا فيما لو شرط إسقاط بعضها، فلو أسقط الخيار الأصلى أو المشترط فله الرد بالعب على قول ابن نما دون قول المحقق، قال فى المسالك:

و قول ابن نما هنا أوجه.

و قال فى الروضه و الأقوى التخير بين الرد و الأرئ كالمقدم، لاشتراكهما

ص: ١١١

١ - ١) أقول: و يزيدو أيضا كما أنه قد منع فى هذا الموضع أنه ليس له الرد الا- بالخيار دون العب، مع أنه صرح فى الشرائع بأن الحادئ الموجب لنقص الحيوان فى الثلاثه من مال البائع و كذا التلف مع حكمه بعد ذلك بلا فصل بعدم الأرئ فيه، و هذا مما ينافى كلامه المتقدم، فان مقتضاه إسقاط ما يترتب على العب بالكلية، و هذا الكلام يقتضى أنه بالعب و التلف مضمون على البائع، كالجمله، لزم منه الحكم بالأرئ، إذ لا معنى لكون الجزء مضمونا الا ثبوت أرشه، لأن الأرئ عوض الجزء الفائت أو التخير بينه و بين الرد كما أن ضمان الجمله يقتضى الرجوع بمجموع عوضها، و هو الثمن. منه رحمه الله.

فى ضمان البائع و عدم المانعاه من الرد، و هو المنقول عن شلخه نجيب الدين ابن نما. انتهى.

و منه يعلم وجه الا وجهيه الذى ذكره فى المسالك.

ثم ان ظاهر عباره القواعد هنا الموافقه لما ذكره المحقق، حيث قال: و كل عيب يحدث فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار فإنه لا- يمنع الرد فى الثلاثه قال المحقق الشيخ على: و الخيار الواقع فى عباره يراد به خيار الحيوان، و كذا كل خيار مختص بالمشتري انتهى. و لم ينقل هنا فى المسأله خلافاً، و لعله لعدم الوقوف على ما نقل عن ابن نما هنا.

الثانيه عشر [تعداد العيوب فى المملوك]

-عد العلامه فى القواعد العيوب فى هذا المقام، فقال: و حقيقته- يعنى العيب- هو الخروج عن المجرى الطبيعى، لزياده أو نقصان موجب لنقص المالىه، كالجنون، و الجذام، و البرص، و العمى، و العور، و العرج، و القرن، و الفتق، و الرتق، و القرع، و الصمم، و الخرس، و أنواع المرض سواء استمر، كما فى الممرض، أو لا كالعارض و لو حمى يوم، و الإصبع الزائده، و الحول، و الخوص، و السبل، و هو زياده فى الأجفان، و التخنيث، و كونه خنى. و الجب و الخصاء و ان زادت بهما قيمته، و بول الكبير فى الفراش، و الإباق، و انقطاع الحيض سته أشهر و هى فى سن من تحيض، و الثفل الخارج عن العاده فى الزيت أو البزر، و اعتياد الزنا و السرقة، و البخر و الضناء (1) الذى لا- يقبل العلاج، و كون الضيعة منزل الجنود، و ثقيل الخراج، و استحقاق القتل بالرده أو القصاص، و القطع بالسرقة أو الجنايه، و الاستسعاء فى الدين، و عدم الختان فى الكبير دون الصغير و الأمه، و المجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجلبه.

ص: ١١٢

١- ١) قال فى مصباح المنير: ضنى من باب تعب مرض مرضاً ملازماً حتى أشرف على الموت فهو ضن بالنقص، و الضناء بالفتح و المد اسم منه على آخوندى.

و الثيوبه ليست عيبا، و لا- الصيام و لا- الإحرام، و لا الاعتداد، و لا التزويج و لا معرفه الغناء و النوح، و لا العسر على اشكال، و لا الكفر، و لا كونه ولد زنا و ان كان جاريه، و لا عدم المعرفه بالطبخ أو الخبز، و غيرهما، انتهى.

و زاد فى الدروس الحذب فى الظهر و الصدر، و السلع، و عدم شعر الركب قال: و هى قضيه ابن أبى ليلى مع محمد بن مسلم، و الحبل فى الأمه، دون الدابه، و الخيانه، و الحمق البين، و شرب المسكر، و النجاسه فى غير قابل التطهير، أو فيه إذا احتاج زوالها الى مؤنه و اقتضى نقصا فى المبيع، و كونه لزيه، و كونه أعس على الأقرب.

ثم قال: أما الكفر و الغناء و عدم معرفه الصنائع، و كونه محرما أو صائما، أو حجاما أو حائكا فليس بعيب، ثم قوى كون الكفر عيبا، وفاقا لابن الجنيد و الشيخ فى أحد قولييه.

و نقل فى الدروس عن الشيخ أنه لم يجعل البخر فى الرقيق، و لا بول الكبير فى الفراش و لا الزنا عيبا، و كذا عدم الختان مطلقا.

أقول: و المراد بالخروج عن المجرى الطبيعى: أى كل ما يزيد أو ينقص عن أصل الخلقه التى خلق عليها أكثر ذلك النوع و أغلبه، و فى اندراج ثقيل الخراج و منزل الجنود الذى عدّه هنا فى ذلك محل اشكال، لاختصاص ما ذكره بالحيوان الا أن يرد بعبارة ما هو أعم مما ذكر، و مما جرى به العاده الغالبه، ليكون على نهج مقتضى الطبيعه.

ثم ان فى تقييده بكونه موجبا لنقص المالىه كما ذكره فى التذكره أيضا إشكال لانتقاض ذلك بالخنثى و المجهود و عدم الشعر على العانه فإنها عيوب، مع أنها موجب لزياده المالىه، فكان الأظهر أن يقيد العبارة بقوله غالبا، و لهذا ان جمله من الأصحاب لم يذكروا هذا القيد، كالمحقق فى الشرائع، و هو (قدس سره) فى القواعد و غيره، و من ثم استشكل جمله منهم فى الأرش فى هذه العيوب الثلاثه،

حيث أن العله في الأرش النقصان، و هو منتف هنا.

و القرن- في نهايه ابن الأثير- بسكون الراء: شىء يكون في فرج المرأه كالسن يمنع من الوطى، و يقال له: العفل، و في كتاب الجمهوره لابن دريد بالتحريك قال: و امرأه قرناء، و هى التى يظهر قرنه رحمها من فرجها، و هو عيب، و الاسم القرن، و ضبطها ضبطا معتمدا محرکه.

و الفتق: بالتحريك على ما ذكره في النهايه قال: الفتق بالتحريك انفتاح المثانه، و قيل: انفتاح الصفاق إذا دخل في فراق البطن، و قيل هو أن ينقطع اللحم الذى على الأنثيين.

قال بعض المحققين: و ضبطه في الغربيين بالتحريك أيضا، قال: هكذا أقرأنيہ الأزهرى، و على حاشيه الفائق بخط بعض الأفاضل ان هذا و هم و افتراء على الأزهرى، و أنه وجد بخطه بالإسكان و عليه صح انتهى.

و الرتق: على ما ذكره جمله من أهل اللغه بالتحريك- هو أن يكون الفرج ملتحما ليس فيه للذكر مدخل، و رتقت المرأه رتقا من باب تعب، فهى رتقاء إذا انسد مدخل الذكر من فرجها، فلا يستطاع جماعها.

و القرع: بالتحريك قال في الجمهوره: و قرع رأس الإنسان يقرع: إذا انحأت شعره. الذكر أقرع، و المرأه قرعاء.

و الحرص (1): قال في كتاب المصباح المنير: حرص حرصا من باب تعب أشرف على الهلاك فهو حرص تسميه بالمصدر مبالغه.

و الحول قال في القاموس: الحول محرکه ظهور البياض في مواخر العين، و يكون السواد من قبل الماق، أو إقبال الحدقه على الأنف، أو ذهاب حدقتها قبل

ص: ١١٤

(١-١) لم يذكر هذا في صدر المسأله في كلام العلامة، و كأنه سقط هناك من النسخ التى عندنا و الله اعلم. منه رحمه الله.

مؤخرها، أو أن تكون العين كأنما تنظر الى الحجاج، أو ان تميل الحدقه إلى اللحاظ و في كتاب الجمهوره حول الرجل حولاً إذا كان أحد سواد عينيه في موقه، و الآخر في لحاظه. و في كتاب مجمع البحرين: و رجل أحول العين و حولت عينه، و احولت ايضاً بالتشديد.

و الخوص بالخاء المعجمه و الصاد المهمله، قال في كتاب مصباح المنير:

(الخوص) مصدر من باب تعب، و هو ضيق العين و غورها، و في القاموس الخوص بالخاء المعجمه. محرکه غؤور العينين، حوص كفرح فهو أخوص، و بالمهمله محرکه: ضيق في مؤخر العين أو في إحداهما. حوص كفرح فهو أخوص.

و السبل: و قد فسره المصنف بأنه زياده في الأجفان، و قال في القاموس و السبل غشاوه العين من انتفاخ عروقها الظاهره في سطح الملتحمه، و ظهور انتساج شىء فيما بينهما كالذخان.

و التخنيث: أى كونه مخنثاً ممكناً من نفسه، و هو من أقبح العيوب.

و الجب: قال في القاموس: الجب القطع كالجاب، و الاجتباب و استئصال الخصييه.

و الخصاء قال في القاموس: و خصاه خصاً سل خصيئته، فهو خصى و مخصى، و فى الصحاح: خصيت الفحل خصاء ممدوداً إذا سللت خصيئته.

و السلعه: قال فى كتاب المصباح المنير: السلعه خراج كهيئه الغده يتحرك بالتحريك، قال الأطباء: هى ورم غليظ غير ملتزق باللحم، يتحرك عند تحريكه، و لها غلاف و تقبل التزايد، لأنها خارجة عن اللحم. و لهذا قال الفقهاء: يجوز قطعها عند الأمن. انتهى.

و العس و الاعس: هو قوه اليد اليسرى على ما تقوى عليه اليمنى مع ضعف اليمنى، و وجه الإشكال فى كلام العلامة المشار إليه بالأقربيه فى عبارته الدروس،

من أن المطلوب من المنافع حاصل، و من خروجه عن المجرى الطبيعي الذي تضمنته روايه محمد بن مسلم، و وجه الأقربيه التي ذكرها في الدروس ظاهر لدخوله تحت الروايه المذكوره.

أقول: و الأصل في هذه المسأله

قول النبي (صلى الله عليه و آله) في روايه محمد بن مسلم المتقدمه في خيار العيب (١)

«كلما كان في أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب». مضافا الى ما ورد في النكاح من ذكر بعض هذه العيوب الا انه يشكل الحكم في كثير مما عدوه هنا مع عدم دخوله تحت الكليه المذكوره، سيما مع كون بعضه عيبا في العرف مثل المخنث، و ما ذكر من حكم الضيعه في كلام العلامة، و من ثم اعترض بعضهم على عد الكفر عيبا بأنه ليس خروجا عن المجرى الطبيعي، الا أن يقال: ان

قوله (عليه السلام) (٢)

«كل مولود يولد على الفطره». قد يدل على خروجه عنه، و فيه ما لا يخفى.

و بالجملة فالمسأله في جملة من الموارد لا تخلو من الاشكال، لعدم الدليل العام الشامل لجميع ما ذكره، و ما ذكره هنا في عباره القواعد من تقييد الزنا و السرقة بالاعتیاد، خلاف ما صرح به في التذکره و التحرير، فإنه صرح بالحكمين خاليا من قيد الاعتیاد، و هو الذي صرح به في الدروس ايضا.

قال المحقق الشيخ علي (رحمه الله) في شرح الكتاب: و ظني أن الاعتیاد غير شرط، لأن الإقدام على القبيح مره يوجب الجرأه، و لترتب وجوب الحد الذي لا يؤمن معه الهلاك عليها، ثم قال: فعلى هذا يكون شرب الخمر عيبا، و مال في التذکره إلى عدمه.

أقول: و في اندراج الزنا و السرقة تحت كليه العيوب المذكوره في الخبر

ص: ١١٦

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٦٥ ح ٢٦.

٢-٢) البحار ج ٣ ص ٢٧٩.

اشكال، لما عرفت، مع أنهما عيب عرفا، ثم قال المحقق المذكور على اثر الكلام المتقدم: و لو حصلت التوبه الخالصه المعلوم صدقها بالقرائن القويه فى هذه المواضع بعد تحقق العيب، ففى زوال الحكم نظر، انتهى.

أقول: الظاهر أنه لا إشكال فى زوال الحكم، لتصريح الاخبار (1).

«بأن التائب من الذنب كمن لا- ذنب له». -سيما إذا كانت توبه نصوحا كما فرضه، و كيف لا و بالتوبه النصوح يزول الفسق، و تثبت العدالة الموجبه للأمانه، و قبول الشهاده، و أى عيب يبقى حينئذ بعد ذلك، حتى أنه (قدس سره) تنظر فى زوال العيب.

و ما اختاره فى كفارات القواعد من أن التولد من الزنا ليس عيبا هو أحد القولين، و فى الدروس اختار كونه عيبا، و احتمل فى حواشى القواعد كونه عيبا لحصول النقص فى نسب الولد.

و فيه أولا- أن هذا ليس فيه خروج عن المجرى الطبيعى الذى بنوه عليه ثبوت العيب، و ثانيا أن المقصود من الجاربه، المالىه لا الاستيلاء، نظير ما صرحوا به فى المتعه.

الثالثه عشر [عدم بطلان الخيار بعدم الرد بعد العلم]

-المعروف من مذهب الأصحاب- من غير خلاف يعرف- انه إذا علم بالعيب و لم يرد لم يبطل خياره، و لو تناولت المده. نعم جعله فى التذكره أقرب، و ربما أشعر ذلك بخلاف فى المسأله، الا- أنه لم ينقل، و يحتمل كون ذلك فى مقام الرد على الشافعى، حيث نقل عنه الفوريه فى هذا الخيار، قال: فى المسالك و هو محتمل ان لم يثبت الإجماع بالتقريب السابق فى نظائره، انتهى.

و لا فرق عندهم بين أن يكون الغريم حاضرا أو غائبا، خلافا لأبى حنيفه حيث شرط حضور الغريم فى جواز الفسخ.

ص: ١١٧

(١-١) الوسائل الباب-٨٦ من أبواب جهاد النفس الرقم-٨-١٤.

إشاره

و البحث هنا يقع فى مطالب أربعة،

[المطلب الأول- فى النقد و النسيئه

إشاره

أى البيع الحال و المؤجل،سمى الأول نقدا باعتبار كون الثمن منقودا و لو بالقوه،و الثانى مأخوذ من النسيء و هو تأخير الشىء،تقول:أنسأت الشىء إنساء:أى أخرته، و النسيئه اسم:وضع موضع المصدر.

قال شيخنا الشهيد الثانى(عطر الله مرقده):و اعلم أن البيع بالنسيبه إلى تعجيل الثمن و المثلثن و تأخيرهما و التفريق،أربعه أقسام:فالأول النقد،و الثانى بيع الكالئ بالكالئ بالهمز اسم فاعل أو مفعول من المراقبه،لأن كلا من الغريمين يرتقب صاحبه لأجل دينه،و مع حلول المثلثن و تأجيل الثمن هو النسيئه،و بالعكس السلف،و كلها صحيحه عدا الثانى،و قد ورد النهى عنه (1)و انعقد الإجماع على فساده.

ص: ١١٨

١-١) المستدرک ج ٢ ص ٤٩١ و فى الحديث نهى(صلى الله عليه و آله) عن بيع الكالئ بالكالئ بالهمزه و بدونه،و معناه بيع النسيئه بالنسيئه، و ذلك كان يسلم الرجل الدراهم فى طعام إلى أجل فإذا حل الأجل،يقول الذى حل عليه الطعام ليس عندى طعام،و لكن بعنى إياه إلى أجل،فهذه نسيئه انقلب إلى نسيئه نعم لو قبض الطعام و باعه إياه لم يكن كاليا بالكالئ«منه رحمه الله».

أقول:الظاهر أن النهى عن بيع الكالى بالكالى ما هو من من طريق العامه (١)و الذى فى أخبارنا انما هو النهى عن بيع الدين بالدين كما فى روايه طلحه بن زيد (٢)

و فى الصحيح (٣)فى بيع الدين قال:

«لا يبيعه نسيئاً،فلما نقدا فليبعه بما شاء».

و يظهر من التذكرة ان بيع الكالى بالكالى هو أن يبيع الدين بالدين،سواء كان مؤجلاً أم لا (٤)و ظاهرهم تحريم الأمرين كليهما و سيجىء تحقيق المسأله إنشاء الله تعالى فى كتاب الدين.

و فى هذا المقام مسائل.

[المسأله] (الاولى) -من اشترى مطلقاً كان الثمن حالاً

من غير خلاف،و يدل عليه ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى عن عمار بن موسى فى الموثق (٥)عن أبى عبد الله(ع)

«فى رجل اشترى من رجل جاريه بثمان مسمى ثم افترقا؟قال:وجب البيع، و الثمن إذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد».

أقول:يعنى إذا لم يشترط التأخير،و لو اشترط التعجيل أفاد التأكيد، لما عرفت من أن الإطلاق يقتضى التعجيل.

ص: ١١٩

١-١) سنن البيهقى ج ٥ ص ٢٩٠.

٢-٢) الوسائل الباب-٥-من أبواب الدين الرقم ١-الكافى ج ٥ ص ١٠٠.

٣-٣) الوسائل الباب-٦-من أبواب أحكام العقود الحديث-٨.

٤-٤) قال ابن الأثير فى النهاية:نهى عن الكالى بالكالى أى النسيئه بالنسيئه، و ذلك أن يشترى الرجل شيئاً الى أجل،فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضى به،فيقول بعنيه إلى أجل آخر بزايده شىء فيبيعه منه،و لا يجرى بينهما تقابض.انتهى منه.

٥-٥) الوسائل الباب-١-من أبواب أحكام العقود الرقم ٢.

قال في الدروس: فان شرطه تأكد، و أفاد التسلط على الفسخ إذا عين زمان النقد و أدخل المشتري به، أقول: هذا مبني على مذهبه في المسأله (١).

و أما على القول الآخر فإن الشرط لازم يجب الوفاء به، و يجبر على ذلك، و قد تقدم ذكر المسأله في المسأله الاولى من المقام الثاني في أحكام الخيار (٢) و ان اشترط تأجيل الثمن، و جب أن تكون المده معينه مضبوطه لا- تقبل الزيادة و النقصان (٣) فلو شرط التأجيل و لم يعين، أو عين أجلا يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج و إدراك الغله، أو عين ما هو مشترك بين أمرين أو أمور- كالنفر من منى فإنه مشترك بين أمرين، و شهر ربيع فإنه مشترك بين شهرين- لا يصح، هذا هو المشهور، و قيل: يصح، و يحمل على الاولى في الجميع، لتعليقه الأجل على اسم معين و هو يتحقق بالأول، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد، ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط.

أقول: و المستفاد من الاخبار (٤) انما هو الأول، و هو الذي عليه العمل، و لا فرق في المده بين كونها قصيره أو طويله، بل قال في المسالك: «فلو شرطها ألف سنه- و نحوها- صح و ان علما أنهما لا يعيشان إليها عاده، للعموم، و لان الوارث يقوم مقامهما.

ص: ١٢٠

١ - ١) حيث انه قال في بحث الشرط: يجوز اشتراط سائغ في البيع، فيلزم الشرط عليه من طرف المشتري عليه، فان أدخل به فللمشترط الفسخ، و هل يملك إجباره عليه فيه نظر انتهى منه قدس سره.

٢ - ٢) ص ٦٥.

٣ - ٣) و من أصرح الاخبار في ذلك قول أمير المؤمنين (عليه السلام) في روايه غياث بن إبراهيم «لا بأس بالسلف كيلا معلوما إلى أجل معلوم، و لا تسلمه الى دياس و لا الى حصاد» اي لا يكون الأجل دق الطعام أو حصاده، و هو صريح في المدعى منه قدس سره.

٤ - ٤) الوسائل الباب-٣- من أبواب السلف الرقم-٥.

أقول: ما ذكره شيخنا (قدس سره) من عدم الفرق هنا بين المده القصيره و الطويله-هو المشهور فى كلام الأصحاب، و نقل عن ابن الجنيد أنه منع من أقل من ثلاثه أيام فى السلف، و من أكثر من ثلاث سنين مطلقاً.

و الذى وقفت عليه هنا من الاخبار ما رواه

فى الكافى عن أحمد بن محمد (١) قال:

«قلت لأبى الحسن (عليه السلام): انى أريد الخروج الى بعض الجبال فقال:

ما للناس بد من أن يضطربوا سنتهم هذه، فقلت له: جعلت فداك انا إذا بعناهم بنسيئته كان أكثر للربح، قال: فبعهم بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين؟ قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث؟ قال: لا».

و ما رواه

عبد الله بن جعفر الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن ابى نصر (٢)

«أنه قال لأبى الحسن الرضا (عليه السلام) ان هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق، فقال: ان أردت الخروج فاخرج فإنها سنه مضطربه، و ليس للناس بد من معاشهم، فلا تدع الطلب، فقلت: انهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنه؟ قال: بعهم، قلت: سنتين؟ قال:

بعهم قلت: ثلاث سنين؟ قال: لا يكون لك شىء أكثر من ثلاث سنين».

و لعل ابن جنيد استند الى ذلك، و ان كانت أقواله فى جل الأحكام بعيده المداعن أخبارهم (عليهم السلام) و الظاهر حمل الخبرين المذكورين على الكراهه لما يستلزمه من طول الأمل، أو من حيث صعوبه تحصيله بعد هذه المده الطويله، لما هو معلوم من أحوال الناس فى ثقل أداء الدين، و لا سيما إذا كان بعد أمثال هذه المده.

ص: ١٢١

١-١) الوسائل الباب-١- من أبواب أحكام العقود الرقم ١-الكافى ج-٥ ص ٢٠٧.

٢-٢) الوسائل الباب-١- من أبواب أحكام العقود الرقم-٣.

و لو باع بثمان حالاً، و بأزيد منه مؤجلاً- أو فاوت بين أجلين فى الثمن كان يقول بعتك حالاً بمائه، و الى شهر بمائتين، أو مؤجلاً إلى شهر بمائه، و الى شهرين بمائتين- فالمشهور البطلان، لجهاله الثمن، لتردده بين الأمرين. و قيل: ان للمشتري أن يأخذه مؤجلاً بأقل الثمنين (١).

و يدل على هذا القول ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس (٢) عن أبى جعفر (ع) و الصدوق فى الفقيه عن محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام): من باع سلعه فقال: ان ثمنها كذا و كذا يدا بيد، و ثمنها كذا و كذا نظره، فخذها بأى ثمن شئت، و جعل صفقتها واحده فليس له الا أقلهما

ص: ١٢٢

١- ١) أقول: الذى وقفت عليه فى كلام المتقدمين من الخلاف انما هو فى الصورة الاولى: و هو البيع بثمان حالاً و بأزيد مؤجلاً، و مذهب الشيخ فى النهايه هو أن له أقل الثمنين و أبعد الأجلين، و المفيد قال: لا يجوز البيع كذلك، ثم قال: فان ابتاع انسان على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين فى آخر الأجلين، و عن السيد المرتضى انه مكروه، و عن ابن الجنيد انه لا يحل، و عن سلال انه باطل غير منعقد، و هو قول أبى الصلاح، و عن ابن البراج مثل مذهب الشيخ المفيد، و ظاهر كلاهما أن العقد صحيح غير لازم، و التعبير بالبطلان كناية عن عدم لزومه، و الا فلا معنى لقولهما ان اجرى البيع على هذا الشرط، كان الحكم ان للبائع أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين، و عن ابن حمزه انه لا- يصح، و عن ابن إدريس أنه لا- يجوز و يبطل البيع، و هو المشهور بين المتأخرين من العلامه و المحقق و من تأخر عنهما. منه رحمه الله.

٢- ٢) الكافى ج ٥-ص ٢٠٦ الفقيه ج ٣ ص ١٧٩.

و ان كانت نظره» و زاد فى الكافى «قال:- و قال على (عليه السلام): من ساوم بثمانين أحدهما عاجل و الآخر نظره فليسم أحدهما قبل الصفقه».

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) (١).

«أن عليا (عليه السلام) قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين، بالنقد كذا و بالنسيئه كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال: هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين، يقول: ليس له الا أقل النقدين إلى الأجل الذى أجله بنسيئه».

و الأصحاب قد ردوا هذا القول بالضعف و الندور، و روايته بالضعف و الشذوذ، حتى المحدث الكاشانى فى المفاتيح، و الظاهر أنهم لن يقفوا الا على روايه السكونى، و الا فروايه محمد بن قيس صحيحه بروايه الفقيه، و حسنه لا تقصر عن الصحيح، بناء على الاصطلاح الغير الصحيح على روايه الكافى، إلا أن الزيادة التى فى صحيحه محمد بن قيس على روايه الكافى لا تخلو من منافره لما دلت عليه الصحيحه المذكوره، فإن الظاهر أن المراد منها كما ذكره بعض مشايخنا (نور الله مراقدهم) هو أنه لا يجوز هذا التردد، بل لا بد من أن يعين أحدهما قبل العقد و يوقعه عليه.

و قال بعض المحققين: لعل معناه أن يعين كل واحد منهما قبل وقوع البيع و على هذا فلا منافره فى العبارة المذكوره، و ظاهر الفاضل الخراسانى فى الكفايه اختيار هذا القول، للخبرين المذكورين مع صحه الأول منهما و هو جيد، الا أن ذلك غير خال من الاشكال من حيث هذه الزيادة التى فى الكافى، فإنها ظاهره فى موافقه القول المشهور بالتقريب الذى ذكرناه أولا، و ان كانت على الاحتمال الآخر غير منافية.

و ظاهر جمله من الأصحاب الاستناد فى رد هذا القول الى ما روى من النهى «عن يعين واحده» و الظاهر انه اشار الى ما رواه

فى التهذيب عن سليمان

ص: ١٢٣

بن صالح (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن.

و عن عمار السباطي (٢) في الموثق عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

« بعث رسول الله (صلى الله عليه وآله) رجلا من أصحابه واليا فقال له: انى بعثتك الى أهل الله يعنى أهل مكة-فانهم عن بيع ما لم يقبض، وعن شرطين في بيع و عن ربح ما لم يضمن».

قال فى الوافى قيل أريد «بشرطين فى بيع» ما أريد «ببيعين فى بيع» فى سابقه و هو ان يقول بعثتك هذا الثوب نقدا بعشره، و نسيه بخمسه عشر، و انما نهى عنه، لأنه لا يدرى أيهما الثمن الذى يختاره ليقع عليه العقد انتهى ثم قال:

و ربما يفسر «بيعين فى بيع» بان يقول بعثتك هذا بعشرين، على ان تبغى ذلك بعشره أو بما يشمل المعنيين انتهى.

أقول: ان هذين الخبرين غير خليين من الإجمال المانع من الاعتماد عليهما فى الاستدلال، و الخروج بهما عن صريح الخبرين المتقدمين لا يخفى ما فيه.

نعم يبقى الإشكال فى ذينك الخبرين بما ذكره المحقق الأردبيلي طاب ثراه فى هذا المقام، حيث قال-بعد الكلام فى بيان سند الصحيحه المذكوره-و بالجمله الظاهر اعتبار سندها، و لكن فى مضمونها تأمل و ان عمل به، لان المالك انما رضى بالبيع بالثمن الكثير نظره، فكيف يلزم بأقلهما نظره، و معلوم أن رضا الطرفين شرط فى العقد،

«و لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه (٣). و الحاصل أن الأدله العقلية

ص: ١٢٤

١-١) الوسائل الباب-٢-من أبواب أحكام العقود الرقم ٢ التهذيب ج ٧ ص ٢٣٠.

٢-٢) الوسائل الباب-١٠-من أبواب أحكام العقود الرقم ٦ التهذيب ج ٧ ص ٢٣١.

٣-٣) الوسائل الباب ٣-من أبواب مكان المصلى الرقم ١-٣.

و النقلية كثيره على عدم العمل بمضمونها فلا يعمل به و ان كانت صحيحه، فكيف العمل بها مع كونها حسنه لوجود إبراهيم بن هاشم لو سلم ما تقدم، و ان كان الظاهر ان إبراهيم لا بأس به، و ما تقدم صحيح.

و تقديم مثل هذه على الأدله العقلية و النقلية- و تخصيصهما به و الحكم بصحة البيع- لا- يخلو عن شىء لأجل ذلك، لا لأنها تستلزم الجهالة و الغرر كما فهم من التذكرة، لأن دخولها تحت الغرر المنفى و الجهل الممنوع غير ظاهر، لان الاختيار اليه، و على كل من التقديرين الثمن معلوم، على أنه قد تقرر أن الأجل بالأقل، و لا لأن فى سندها جهالة و ضعف كما فى شرح الشرائع. لأن ذلك غير ظاهر، بل الظاهر ما عرفت، فينبغى أما العمل بمضمونها و فيه بعد، و اما تأويلها فتأمل انتهى و هو جيد.

و الروايتان المذكورتان و ان كان موردهما مخصوصا بما إذا كان البيع بثمن حال و مؤجل، الا أن الأصحاب عدوهما أيضا الى ما إذا باع الى وقتين متأخرتين بتفاوت بين الثمنين من حيث قرب الأجل و بعده، كما تقدم، و أنت خير بما فيه.

المسألة الثانية [صحة البيع الثانى لو اشتراه البائع فى حال كون البيع الأول نسيئه]

المشهور بين الأصحاب أنه لو اشتراه البائع فى حال كون البيع الأول نسيئه صح البيع الثانى، سواء كان قبل الأجل أو بعده، بجنس الثمن و غيره، بزياده أو نقيصه، و قيل: بالتحريم فى ما إذا كان البيع بجنس الثمن بزياده أو نقصان، و قيل: بتخصيص ذلك بالطعام، و القول بالصحة فيما اتفقوا عليه مشروط بأن لا يشترط فى بيعه الأول بيعه من البائع، و الا لبطل البيع الأول سواء كان حالا أو مؤجلا و سواء شرط بيعه من البائع بعد الأجل أم قبله.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى هذا المقام ما رواه

الصدوق فى الصحيح عن منصور بن حازم (1) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له

ص: ١٢٥

المطلوب: أبيعك هذا الغنم بدراهمك التي لك عندي فرضي قال: لا بأس بذلك».

و مورد هذه الروايه هو شراء ما باعه عليه نسيئته بعد حلول الأجل بما هو أعم من الزيادة أو النقيصه بالنسبه إلى الثمن الأول من غير شرط سابق، و منه يعلم عدم الفرق في الجواز بين حلول الأجل و قبله إذا لم يكن طعاما.

و بالسند المتقدم

عن منصور بن حازم (1) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك، فأتى المطلوب الطالب لابتاع منه شيئا، قال: لا يبيعه نسيئا، فأما نقدا فليبيعه بما شاء».

قال في الوافي: «شيئا» أى من ذلك المتاع الذى عليه، و لا يبعد أن يكون تصحيف نسيئا انتهى و هو جيد.

أقول: و هذا الخبر ظاهر في جواز شراء ما باعه نسيئته قبل حلول الأجل بزيادة أو نقيصه نقدا، و الظاهر أنه انما منع من بيعه نسيئته لاستلزامه بيع الدين بالدين، لأن هذه الأشياء دين على من اشتراها، فمتى باعها بثمان مؤجل لزم بيع الدين بالدين، و فيه كلام (2) يأتي إنشاء الله تعالى في مسأله الدين بالدين و تحقيق ما هو المراد من ذلك.

و كيف كان فان هذا الخبر مناف لما قدمنا نقله عنهم من تجويزهم شراء النسيئته حالا أو مؤجلا، لدلاله الخبر كما ترى على التخصيص بالنقد و المنع من النسيئته.

ص: ١٢٦

١- (١) الوسائل الباب-٦- من أبواب أحكام العقود الحديث ٨- التهذيب ج ٧ ص ٤٨.

٢- (٢) و هو أن جمله من الأصحاب منهم شيخنا الشهيد الثانى صرحوا بأن الدين بالدين الممنوع- فى الاخبار منه- انما هو ما إذا كان العوضان دينا قبل العقد، كما لو باعه الدين الذى فى ذمته، بدين آخر له فى ذمته، أو فى - ذمه ثالث، أو تبايعا دينا فى ذمه غريم لأحدهما، بدين فى ذمه غريم آخر للآخر، و نحو ذلك، لا- ما إذا باع دينا بمؤجل فى العقد، لأنه انما صار دينا بالعقد، و اشترط التأجيل فيه، و هذا الخبر كما ترى ظاهر فى خلاف ما ذكره، إذ لا وجه للنهى هنا الا من حيث لزوم بيع الدين بالدين، كما لا يخفى. منه رحمه الله.

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن بشار بن يسار (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه الذى يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، فقلت له: اشترى متاعى؟ فقال:

ليس هو متاعك و لا بقرک و لا غنمک». و هو ظاهر فى جواز الشراء بالزيادة و النقصان قبل الأجل و بعده بجنس الثمن أو غير جنسه.

و روى فى الكافى و التهذيب عن الحسين بن المنذر (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) يجيئنى الرجل فيطلب العينه فاشترى له المتاع مرابحه، ثم أبيعها إياه، ثم أشتريه منه مكانى؟ قال: فقال: إذا كان بالخيار ان شاء باع، و ان شاء لم يبع (٣) و كنت ايضا بالخيار ان شئت اشتريت، و ان شئت لم تشتري فلا بأس، قال: قلت: فإن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، و يقولون:

ص: ١٢٧

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٠٨ التهذيب ج ٧ ص ٤٨ الوسائل الباب-٥ من أبواب أحكام العقود.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٠٢ التهذيب ج-٧ ص ٥١ الوسائل الباب-٥-من أبواب أحكام العقود.

٣- ٣) فان قوله: إذا كان بالخيار ان شاء باع الى آخره كناية عن تحقق البيع الأول، فإنه متى تحقق وجب انتقال كل من العوضين الى مالكة فصار لكل منهما الخيار فيما انتقل اليه بخلاف ما إذا حصل الشرط فى العقد الأول، فإنه يرفع الخيار و الاختيار. منه رحمه الله.

ان جاء به بعد أشهر صلح. فقال: ان هذا تقديم و تأخير فلا بأس به». و فى هذا الخبر إيماء إلى انه مع الشرط لا يصح البيع، و انه لا بد من تحقق العقد الأول واقعا و عدم توقفه على شرط.

و أظهر منه فى ذلك ما رواه

الحميرى فى قرب الاسناد عن على بن جعفر (1) عن أخيه موسى (عليه السلام) قال:

«سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم، ثم اشتراه بخمسة دراهم أ يحل؟ قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس». و رواه

على بن جعفر فى كتابه، الا أنه قال:

«بعشره دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد».

و هو أظهر فى عنوان المسألة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر كلام الأصحاب أنه لا دليل فى الاخبار على ما ذكره من البطلان بالشرط فى العقد الأول و انما استدل عليه العلامة فى التذكرة باستلزامه الدور، و ناقشه جملة من المتأخرين، منهم شيخنا الشهيد الثانى قال (قدس سره) فى المسالك: و اختلف كلامهم فى تعليل البطلان مع الشرط المذكور، فعلمه فى التذكرة باستلزامه الدور، لان بيعه له يتوقف على ملكه له، المتوقف على بيعه، و رد بأن الموقوف على حصول الشرط هو اللزوم لا- الانتقال، و تمنع توقف تملك المشتري على تملك البائع، بل تملكه موقوف على العقد المتأخر عن ملك المشتري، و لانه وارد فى باقى الشروط كشرط العتق، و البيع للغير مع صحته إجماعا، و علل أيضا بعدم حصول القصد الى نقله عن البائع، و يضعف بأن الفرض حصوله، و اراده شرائه بعد ذلك لا ينافى حصول قصد النقل، و ألا لم يصح إذا قصدا و ان لم يشترطا، و قد صرحوا بصحته. انتهى.

أقول: و قد عرفت الدليل على ذلك من الخبرين المذكورين، فلا حاجة

ص: ١٢٨

الى هذه التعليقات، و لكنهم لم يقفوا عليهما، و السبب فى ذلك هو قصور النظر عن تتبع الاخبار.

و أما القول بالبطلان فيما إذا كان البيع الثانى بجنس الثمن الأول مع الزيادة أو النقصان فهو للشيخ-قدس سره- فى النهايه قال فى الكتاب المذكور:

إذا اشترى نسيئه فحل الأجل و لم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه، فإن أخذه بنقصان مما باع، لم يكن ذلك صحيحاً، و لزمه ثمنه الذى كان أعطاه به، فإن أخذ من المبتاع متاعاً آخر بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس» انتهى.

و استند-قدس سره فيما ذكره-الى ما رواه

فى التهذيب عن خالد بن الحجاج (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل مسمى، فلما جاء الأجل أخذته بدراهمى، فقال: ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى، فقال: لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه».

و أنت خير بأن هذا الخبر مع صحه العمل به غير منطبق على مدعاه من وجوه، أحدها- من حيث أن موردها الطعام، و مدعاه أعم كما تقدم فى عبارته، و لهذا خص البعض الحكم بالطعام كما قدمنا الإشارة إليه، و ثانيها- تخصيصه ذلك بالعين التى باعها فإنه حكم بالجواز فى عبارته المذكوره فى غيرها، و مورد الروايه أعم من ذلك، و ثالثها- تخصيصه المنع بالزيادة و النقص، أما المثل فجائز عنده و الروايه ظاهره المنع فى الجميع.

و ما رواه

فى الفقيه عن عبد الصمد بن بشير (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

ص: ١٢٩:

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ مع اختلاف يسير الفقيه ج ٣ ص ١٣٠ الاستبصار ج ٣ ص ٧٧.

قال: «سأله محمد بن القاسم الحنطال فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل، فأجىء وقد تغير الطعام من سعره، فيقول: ليس عندى دراهم، قال: خذ منه بسعر يومه، فقال: أفهم-أصلحك الله- انه طعامى الذى اشتراه منى قال: لا تأخذ منه حتى يبيع و يعطيك، قال: أرغم الله أنفى رخص لى فرددت عليه فشدد على».

و هذا الخبر أورده الشيخ فى الاستبصار بيانا لما اختاره من عدم جواز البيع بأكثر مما باعه: و اعترضه بعض مشايخنا (١)-عطر الله مراقدهم فى حواشيه على الكتاب-«بأن هذا الخبر ليس فيه دلالة على دعواه بوجه من الوجوه، لان المعنى أن السائل لما طمع أن يرخص له أخذ طعامه الذى دفعه اليه، مع أن القيمة قد زادت و الحال أنه لا يستحق إلا دراهم، فلم يرخص له أن يأخذه إلا بسعر يومه. انتهى.

و أما ما يدل على المشهور فما تقدم من صحيحه بشار بن يسار، و صحيحه منصور بن حازم، (٢) و ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الموثق فى بعض، و الصحيح فى بعض عن يعقوب بن شعيب (٣) و عبيد بن زراره قال:

«سألنا أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع طعاما بدراهم إلى أجل، فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه فقال: ليس عندى دراهم خذ منى طعاما قال: لا بأس به انما له دراهم يأخذ بها ما شاء».

و الشيخ حمل هذا الخبر على عدم الزيادة، و سياق الخبر ظاهر فى خلافه (٤)

ص: ١٣٠

١- ١) هو شيخنا الشيخ على بن سليمان القدسى البحرانى فى حواشيه على الكتاب منه رحمه الله عليه.

٢- ٢) ص ١٢٧ و ١٢٦.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٨٦ التهذيب ج ٧ ص ٣٣ الفقيه ج ٣ ص ١٦٦.

٤- ٤) فان ظاهر سياقه أن الذى يستحقه انما هو الدراهم فهو يشتري بالدراهم ما شاء من طعام و غير طعام و لو قيل باشتراط المثل كما يدعيه للزم ذلك فى غير الطعام أيضا و هو لا يقول به. منه رحمه الله.

و بالجمله فإن الاخبار هنا انما تعارضت فى الطعام خاصه، و المشهور- فى كلام الأصحاب- -الجمع بينها بحمل روايه خالد بن الحجاج- فإنها هى الظاهره فى المنع- على الكراهه.

المسأله الثالثه [عدم وجوب دفع الثمن قبل الأجل] إذا ابتاع شيئاً مؤجلاً

فإنه لا- يجب عليه دفع الثمن قبل حلول الأجل، بل لا يجوز طلبه، لوجوب الانظار بالشرط الواقع فى العقد، و الأظهر أيضاً عدم وجوب قبضه على البائع لو دفعه إليه المشتري قبل الأجل. قال: بعض المحققين: «و قد يتخيل الوجوب، لأن إلا لرجل لرعايه حال المشتري و الترفه له، كالرخصه له، لا لأجل البائع، و لهذا يزداد الثمن، فإذا حصل الثمن الزائد للبائع نقدا فهو غايه مطلوب التجار، فلا ينبغى الامتناع عنه و أيضاً قد يتضرر المشتري بعدم الأخذ و لان الظاهر أن أخذ الحق مع دفع صاحبه واجب عندهم عقلا و نقلا و قد أفاد الأجل عدم وجوب الدفع، لا عدم وجوب الأخذ فتأمل. و لان الظاهر من قولنا بعثك هذا بكذا إلى مده كذا أن زمان الأداء الى تلك المده موسعا، فذلك الزمان نهايه الأجل للتوسعه بمنى عدم التضييق إلا فى ذلك الزمان كالواجب الموسع و لا شك ان الأخذ أحوط إلا مع ظهور ضرر عليه» انتهى.

أقول: جميع ما ذكره- (قدس سره) من الوجوه- جيد لكن غايته إفاده الأولويه فإن الوجوب حكم شرعى يترتب على تركه العقوبه و المؤاخذه منه سبحانه، فلا- بد له من دليل واضح من آيه أو روايه، لانحصار الأدله الشرعيه عندنا فى ذلك، و مجرد هذه التقريبات العقلية لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه كما قدمنا ذكره فى غير مقام.

و يجب الدفع بعد حلول الأجل و مطالبه البائع، فان لم يطالب و أراد المشتري الدفع و جب على البائع أخذه، و لو امتنع رفع الأمر إلى الحاكم الشرعى، فاما أن يجبره على قبضه، أو يقبضه الحاكم الشرعى حسبه، و مع تعذر الحاكم.

فالظاهر قيام عدول المؤمنين بذلك، كما يفهم من جملة من الاخبار، وبذلك تبرأ ذمه المشتري، فان تلف بغير تفريط فلا ضمان على المشتري ولا على الأمين من الحاكم والقائم مقامه، وهكذا الحكم في سائر الحقوق الماليه.

ولو تعذر الحاكم ومن يقوم مقامه فلو عزله و أبقاه أمانه عنده و تسلط عليه صاحبه بحيث متى اراده قبضه، فالظاهر انه يبرء بذلك من ضمانه، وانه يخرج بذلك عن عهده، وانه يجب على صاحبه أخذه، و الا كان مضيعا لما له، بل يمكن ذلك مع وجود الحاكم أيضا، لأن الحاكم انما هو وكيل مع عدم وجود الموكل و إمكان مثله، و الى ذلك أشار في التذكرة في أحكام السلف، الا ان المشهور هو الرجوع الى الحاكم أو لا.

قيل: و يجوز للمشتري التصرف فيه بعد تعيينه، فيرجع الى ذمته، و لو تجدد له نماء فهو له. قال في المسالك: و مقتضى ذلك انه لا يخرج عن ملكه و انما يكون تلفه من البائع عقوبه له و فيه نظر» (١) انتهى.

و لو امتنع المشتري من دفعه بعد حلول الأجل و مطالبه البائع، فظاهر كلام الأصحاب هنا وجوب رفع الأمر الى الحاكم أولا، و مع تعذره فالمقاصه ان لم يتمكن من الأخذ قهرا، و ظاهر الاخبار المقاصه و ان كان موردها أعم مما نحن فيه.

ثم انه مع إمكان الرجوع الى الحاكم الشرعي فلا اشكال. و أما مع تعذره و عدم إمكان تحصيله قهرا أو مقاصه فهل يرفع الأمر الى حاكم الجور؟ إشكال ينشأ

ص: ١٣٢

١ - ١) أقول وجه النظر هو أنه متى كان عزله و تعيينه على حده موجبا لبراءه الذمه و خلو عهده المشتري، فهو ينتقل بذلك إلى البائع، و يكون النماء له و التلف منه، و لا معنى لكون النماء للمشتري، و التلف على البائع عقوبه، إذا الجميع انما يترتب على الانتقال كما عرفت. منه رحمه الله.

من النهى عن الترافع الى الجبت و الطاغوت،الا- أن الظاهر- كما ذهب إليه جملة من أصحابنا- هو اختصاص تحريم الترافع إليهم بوجود الحاكم الشرعى، كما هو ظاهر جملة من اخبار المسألة، و بعضها و ان كان مطلقا فإنه يجب حمله على المقيد، عملا بالقاعده، و أيضا فظاهر الاخبار المشار إليها هو المنع من الترافع فى إثبات الحق بالبينه أو اليمين، دون مجرد الاستعانه بهم على أخذه مع ثبوته، و عدم إنكار الخصم ذلك، كما هو محل البحث.

و متى انتقل الأمر إلى المقاصه أو الأخذ منه قهرا فيجب مراعاة الأسهل فالأسهل، فإن وجد الجنس المساوى لا يتعدى الى غيره، و ينبغى- سيما إذا كان مؤمنا- المسامحه و السهوله فى الاقتضاء لما ورد فى ذلك و عدم المقاصه التامه، و قد تقدم حديث الصادق (عليه السلام) (1). فى إنكاره على من استقضى حقه، و أنه إسائه منهى عنها، و هكذا الحكم فى طرف البائع إذا باع سلما، و كذا سائر الحقوق.

المسألة الرابعه [جواز بيع المناع حالا و مؤجلا بزياده عن قيمته] :

يجوز بيع المناع حالا و مؤجلا بزياده عن قيمته، و قيد ذلك بعضهم بكون المشتري و البائع عالمين بالقيمه، و أورد على ذلك أن مقتضاه أنهما لو لم يكونا عالمين بالقيمه لا يصح البيع مع أنه ليس كذلك، فإنه يصح البيع، و ان ثبت للجاهل منهما خيار الغبن متى كان مما لا يتسامح به، كما تقدم فى خيار الغبن (2) و يمكن حمل كلام من ذكر هذا القيد على أنه أراد بالجواز اللزوم مجازا، إذ مع الجهل و ثبوت الغبن لا يلزم.

ثم انه ينبغى أن يعلم أنه لا بد من تقييد الصحه مع الزيادة بعدم استلزام السفه بأن يتعلق بالزيادة غرض صحيح عند العقلاء، اما لقلتها أو لترتب غرض آخر يقابل الزيادة، كالصبر عليه بدين حال و نحو ذلك.

ص: ١٣٣

١- (١) الوسائل الباب-١٦- من أبواب الدين الرقم-١.

٢- (٢) ص ٤١.

المسألة الخامسة [عدم جواز تأخير ثمن المبيع بالزيادة، و جواز تعجيلها بالنقصان] :

لا- يجوز تأخير ثمن المبيع ولا شىء من الحقوق الماليه بزيادة فيها، و يجوز تعجيلها بنقصان منها. أما الأول- فلاستلزام الزيادة فى هذه الصوره الربا. نعم يجوز التأجيل فى عقد لازم كالبيع و نحوه بزيادة فى ثمن ما يبيعه إياه و ان زادت على ثمنه الواقعى أضعافا مضاعفه، و هذا من الحيل الشرعيه فى التخلص من الربا. و عليه ظاهر اتفاق الأصحاب- (رضوان الله عليهم)- و به استفاضت الاخبار كان يكون له فى ذمته مائه درهم حالا، و يريد تأجيلها إلى سنه بزيادة عشرين درهما مثلا، فان الطريق فى ذلك أن يبيعه خاتما قيمته درهم مثلا بعشرين درهما، و يشترط تأجيل الثمن مع المأه الدرهم التى فى ذمته إلى سنه، فإنه لا شك فى صحته.

و يدل على ذلك من الاخبار ما رواه

فى الكافى عن محمد بن إسحاق بن عمار (1) قال:

«قلت لأبى الحسن (عليه السلام): ان سلسيل طلبت منى مائه ألف درهم على أن يربحنى عشره آلاف درهم فاقترضتها تسعين ألفا و أبيعها ثوبا أو شيئا تقوم على بألف درهم بعشره آلاف درهم؟ قال: لا بأس».

قال فى الكافى: و فى روايه أخرى

«لا بأس به أعطها مائة ألف، و بعها الثوب بعشره آلاف و اكتب عليها كتابين».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (2) عن محمد بن إسحاق بن عمار قال:

«قلت للرضا (عليه السلام): الرجل يكون له المال قد حل على صاحبه يبيعه لؤلؤه تسوى مائه درهم بألف درهم و يؤخر عنه المال الى وقت؟ قال: لا بأس، قد أمرنى أبى ففعلت ذلك، و زعم أنه سأل أبا الحسن (عليه السلام) عنها فقال له: مثل ذلك».

و ما رواه

الشيخان المذكوران فى الصحيح عن محمد بن إسحاق بن عمار (3)

ص: ١٣٤

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٠٥.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٠٥ التهذيب ج ٧ ص ٥٣.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٢٠٥ التهذيب ج ٧ ص ٥٣.

قال: «قلت لأبي الحسن (عليه السلام): يكون لى على الرجل دراهم فيقول: أخرنى بها و أنا أربحك فأبيعه جبه تقوم على بألف درهم بعشره آلاف درهم، أو قال: بعشرين ألفا و أخره بالمال؟ قال: لا بأس».

و ما رواه

عن عبد الملك بن عتبة (١) قال:

«سألته عن الرجل أريد أن أعينه المال، و يكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى ما لا أزيدة على مالى الذى لى عليه، أ يستقيم أن أزيدة مالا- و أبيعه لؤلؤه تساوى مائة درهم بألف درهم فأقول له: أبيعك هذه اللؤلؤه بألف درهم على أن أؤخرك بثمنها و بمالى عليك كذا و كذا شهرا، قال: لا بأس».

و ما رواه

فى الكافى عن مسعده بن صدقه (٢) فى الموثق عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينه عيناها إياه فلما حل عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد أن يقلب عليه و يربح أ يبيعه لؤلؤا و غير ذلك ما يسوى مائة درهم بألف درهم و يؤخره؟ قال: لا بأس بذلك، قد فعل ذلك أبى (عليه السلام) و أمرنى أن أفعل ذلك فى شىء كان عليه».

و مما يؤيد ذلك زياده على ما ذكرنا ما رواه

فى التهذيب عن محمد بن سليمان الديلمى عن أبيه عن رجل كتب الى العبد الصالح (٣) (عليه السلام)

«يسأله انى أعامل قوما أبيعهم الدقيق أربح عليهم فى القفيز درهمين إلى أجل معلوم، و انهم يسألونى أن أعطيهم عن نصف الدقيق دراهم، فهل لى من حيله أن لا أدخل فى الحرام؟ فكتب (عليه السلام) إليه: أقرضهم الدراهم قرضا و ازدد عليهم فى نصف القفيز بقدر ما كنت تربح عليهم».

ص: ١٣٥

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٠٦-التهذيب ج ٧ ص ٥٢.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٣١٦.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥.

المشايخ الثلاثة- (نور الله تعالى مرآدهم)- في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج (1) قال:

«سألته- (عليه السلام) الى أن قال: -فقلت له:

أشترى ألف درهم و ديناراً بألفي درهم؟ فقال: لا- بأس بذلك ان أبي (عليه السلام)، كان اجري على أهل المدينة مني، و كان يقول: هذا فيقولون: انما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم، و لو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، و كان يقول لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال».

في الكافي و التهذيب في الصحيح (2) عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«كان محمد بن المنكدر يقول لأبي: يا أبا جعفر- رحمك الله- و الله انا لنعلم أنك لو أخذت ديناراً و الصرّف بثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين، ما وجدته، و ما هذا الا فراراً، و كان أبي يقول:

صدقت و الله، و لكنه فرار من باطل الى حق».

و العجب أنه- مع هذه الاخبار التي رأيت، و اتفاق الأصحاب على ذلك- كان بعض من يدعى الفضل من المعاصرين بل الأفضليه ينكر ذلك و يقول ببطالانه، مستندا الى أن البيع المذكور غير مقصود. و ما هو إلا محض اجتهاد في مقابله النصوص، و رد على أهل الخصوص.

الشيخ عن يونس الشيباني (3) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يبيع البيع و البائع يعلم أنه لا يسوى، و المشتري يعلم أنه لا يسوى الا أنه يعلم أنه سيرجع فيه فيشتره به منه قال: فقال: يا يونس ان رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال لجابر بن عبد الله: كيف أنت إذا ظهر الجور و أورثتم الذل؟ قال:

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٦ التهذيب ج ٧ ص ١٠٤ الفقيه ج ٣ ص ١٨٥.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٧ التهذيب ج ٧ ص ١٠٤.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩.

فقال له جابر: لا- أبقيت الى ذلك الزمان، و متى يكون ذلك بأبى أنت و أمى؟ قال: إذا ظهر الربا يا يونس، و هذا الربا، و ان لم تشتريه منه رده عليك؟ قال:

قلت: نعم قال: فقال: لا تقربنه فلا تقربنه».

حيث أنه بإطلاقه دل على المنع مما دلت تلك الاخبار على جوازه، فأجاب عنه بعض مشايخنا فى حواشيه على كتب الاخبار بالحمل على الكراهه و قال فى الوافى بعد نقله على أثر الأخبار المتقدمه: -لا- منافاه بين هذا الخبر و الاخبار المتقدمه، لأن المتبايعين ههنا لم يقصدا البيع و لم يوجبا فى الحقيقه، و هناك اشترط ذلك فى جوازه-انتهى و الجميع لا يخلو من البعد (1) و الأظهر عندى حمل الخبر على التقيه لما دلت عليه الاخبار المتقدمه (2) من تشديد العامه فى المنع من هذه الصوره و أما الثانى: و هو جواز التعجيل بالنقصان، فقد صرح به الأصحاب من غير خلاف يعرف فى الباب، و هو يكون بالإبراء أو الصلح، و الوجه فى الإبراء ظاهر، إذ لو أبرأه من الكل لصلح، فكذا من البعض، و كذا الصلح، و يسمى صلح الحطيظه، و هو الذى وردت به الاخبار.

منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن ابان (3) عن حدثه عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين، فيقول له

ص: ١٣٧

١- ١) أما الأول فلما اشتمل عليه الخبر من مزيد التأكيد فى النهى المستفاد من الحديث النبوى المستشهد به على ذلك، و أما الثانى فلان المتبادر من قوله الرجل يبيع البيع انما هو إيجاب البيع و قصده كما لا يخفى. منه رحمه الله.

٢- ٢) ص ١٣٦.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٨ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦.

قبل أن يحل الأجل: عجل لى النصف من حقى على أن أضع عنك النصف، أ يحل ذلك لواحد منها؟ قال: نعم».

و ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن ابن ابى عمير (١) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: انقذنى كذا و كذا و أضع عنك بقيته أو يقول: أنقذ فى بعضه و أمد لك فى الأجل فيما بقى عليك، قال: لا أرى به بأساً، انه لم يزد على رأس ماله، قال الله جل ثناؤه (٢) «فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» .

و رواه

الشيخ فى التهذيب و الصدوق و فى الفقيه عن محمد بن مسلم (٣) فى الصحيح الا أن فيه

«فى الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى». و هو الظاهر و لعل اللام فى روايه الكافى هنا بمعنى على.

و ما رواه

فى الكافى (٤) عن أبان عن زراره عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

سألته عن رجل اشترى جاريه بثمان مسمى ثم باعها فربح فيها قبل أن ينقذ صاحبها الذى هى له. فأتاه صاحبها يتقاضاه، و لم ينقذ ماله، فقال صاحب الجاريه للذين باعهم: اكفونى غريمى هذا و الذى ربحت عليكم فهو لكم قال:

لا بأس».

و رواه

فى الفقيه عن الحلبي فى الصحيح (٥) عن ابى عبد الله (عليه السلام)

«أنه سئل عن رجل» الحديث.

ص: ١٣٨

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ عن ابن ابى عمر عن حماد عن الحلبي عنه (عليه السلام).

٢- ٢) سورة البقره- الايه ٢٧٩.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٧ الفقيه ج ٣ ص ٢١ و فيه (عليه دين).

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ٢١١ التهذيب ج ٧ ص ٦٨ الفقيه ج ٣ ص ١٣٨.

قال بعض مشايخنا (عطر الله مراقدهم) في حواشيه على الكافي: و الظاهر أنه باعهم للمشتري بأجل فلما طلب البائع الأول منه الثمن حط من الثمن بقدر ما ربح ليعطوه قبل الأجل، و هذا جائز كما صرح به الأصحاب، و ورد به غيره من الاخبار انتهى. و هو جيد. و الا فلو كان الثمن نقدا فإنه لا معنى لهذه المصالحه بإسقاط بعض حقه ليكفوه غريمه.

ثم انه لا يخفى عليك ما فى دلالة هذه الاخبار من سعة الدائره فى العقود الشرعيه، فإن ما اشتملت عليه هذه الاخبار من التراضى بالألفاظ الداله على إسقاط بعض الثمن بتعجيله قبل حلول الأجل هى ألفاظ عقد الصلح.

المسأله السادسه [جواز ابتياع جميع الأشياء حالا و ان لم يكن حاضرا فى الحال]

قال الشيخ فى النهايه: لا بأس بابتياع جميع الأشياء حالا و ان لم يكن حاضرا فى الحال، إذا كان الشىء موجودا فى الوقت أو يمكن وجوده، و لا- يجوز أن يشتري حالا- ما لا- يمكن تحصيله، فأما ما يمكن تحصيله فلا بأس به و ان لم يكن عند بائعه فى الحال» انتهى.

و منع ابن إدريس من ذلك، و نسب هذا القول الى خبر واحد شاذ رواه الشيخ عن ابن سنان لا- يجوز العمل به، و لا- التعويل عليه، قال: لأننا قد بينا أن البيع على ضريرين بيع سلم، و لا بد فيه من التأجيل، و بيع عين أما مرثيه مشاهده، أو غير حاضره، و هو ما يسمى بخيار الرؤيه و ما أورده الشيخ خارج عن هذه البيوع لا مشاهده و لا موصوف بوصف يقوم مقام المشاهده، فدخل فى بيع الغرر،

و النبى (صلى الله عليه و آله)

«نهى عن بيع الغرر» (١).

و

«بيع ما ليس عند الإنسان» (٢). و لا فى ملكه الا ما أخرجه الدليل من السلم، و لان البيع حكم شرعى يحتاج فى إثباته إلى دليل شرعى، و لا يرجع عن الأمور

ص: ١٣٩

١- ١) الوسائل الباب-٤٠- من أبواب آداب التجاره الرقم-٣.

٢- ٢) الوسائل الباب ٧- من أبواب أحكام العقود الرقم-٢.

المعلومه بالدلاله القايره، بالأمر المظنونه، وأخبار الآحاد التي لا توجب علما و لا عملا. انتهى.

و قال ابن ابى عقيل: البيع عند آل الرسول (عليهم السلام) بيعان، أحدهما بيع شىء حاضر قائم العين، والأخر بيع شىء غائب موصوف بصفه مضمونه الى أجل.

انتهى و هو ظاهر قول ابن إدريس.

و المستفاد من الاخبار الوارده فى هذا المقام هو ما قدمنا نقله عن الشيخ (قدس سره).

و منها ما رواه

الصدوق فى الفقيه فى الصحيح عن عبد الرحمن (١) بن الحجاج قال

سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا؟ قال: ليس به بأس، قلت: انهم يفسدونه عندنا، قال: و أى شىء يقولون فى السلم؟ قلت: لا يرون به بأسا، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان الى غير أجل و ليس هو عند صاحبه فلا يصلح، فقال: إذا لم يكن أجل كان أجود ثم قال:

لا بأس أن يشتري الرجل الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل و حالا لا يسمى له أجلا الا ان يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه فى غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالا (٢).

ص: ١٤٠

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٧٩ التهذيب ج ٧ ص ٤٩.

٢- (٢) أقول و هذه الروايه رواه الشيخ فى التهذيب و فيها «و ليس هو عند صاحبه إلى أجل، فقال: لا- يسمى له أجلا- الا- أن يكون» الى آخره، و هو من تحريفات الشيخ، و الصحيح ما نقلناه فى الأصل عن الفقيه، لانه هو الذى يستقيم به المعنى كما يخفى. (منه رحمه الله) و يمكن أن يكون التحريف من النسخ. على آخوندى.

و فى صحيحه أحرى لعبد الرحمن (١) المذكور عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«ان أبى كان يقول: لا بأس أن تبيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه».

و معنى تجده يعنى تقدر عليه فى ذلك الوقت.

أقول: و هما مع صحه السند صريحتا الدلالة فى صحه ما ذكره الشيخ، و بطلان ما ذكره ابن إدريس الموافق لمذهب العامه، كما يشير إليه الروايه، و قد تضمنت الإنكار على المانعين من هذه الصوره، و التعجب من تسويغ السلم و منع هذه الصوره، باعتبار أن البيع الخالى من الأجل أجود، و انما كان أجود لوجود المبيع يومئذ، و القدره على تسليمه بخلاف السلم، فإنه قد يتعسر تسليمه بعد الأجل، و فى ذلك إشاره إلى كون هذا أولى بالصحه من السلم الذى وافقوا على جوازه.

و يعضده أن الأجل فى السلم انما جعل إرفاقا بالبائع، لا أنه شرط فى صحه المعاوضه، فيكون المعاوضه هنا سائغه، لما عرفت من ان القدره على التسليم هنا أتم و الحكمه فى معاوضه البيع انما يتم بالقدره على التسليم، و إذا كانت أتم و أجود فى صوره النزاع و جب أن يكون الحكم فيه ثابتا، و ما ذكره من افراد البيع، لا- دليل على الحصر فيها، لتكاثر الاخبار بهذا الفرد الذى هو محل البحث.

و من الاخبار المذكوره أيضا ما رواه

فى الفقيه عن الكنانى (٢) قال:

« سألته عن رجل اشترى من رجل مائه من صفر بكذا و كذا و ليس عنده ما اشترى منه فقال: لا بأس إذا أوفاه الوزن الذى اشترط عليه».

و ما رواه

فى التهذيب عن الشحام (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى

ص: ١٤١

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٠٠ و الوسائل الباب ٧- من أبواب أحكام العقود الرقم ٣.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٧٩ الوسائل الباب ٧- من أبواب أحكام العقود الرقم ٤.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٤.

رجل اشترى من رجل مائه من صفر و ليس عند الرجل شىء منه، قال: لا بأس به إذا أو فاه دون الذى اشترط له». كذا فى نسخ التهذيب، و الظاهر أن قوله «دون» وقع تحريف الوزن كما فى الخبر المتقدم، كم و مثل ذلك للشيخ (قدس سره). و ما رواه

الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يأتينى يريد منى طعاما و بيعا و ليس عندى أ يصلح لى أن أبيعهُ إياه و اقطع سعره ثم أشتريه من مكان آخر و ادفع اليه قال: لا بأس إذا قطع سعره».

و كان ابن إدريس ظن انه لا مستند لهذا القول إلا صحيحه عبد الله بن سنان التى أشار إليها، إلا ان قوله مبنى على أصله الغير الأصيل من رد الأخبار التى عليها بناء الشريعة بين العلماء جيلا بعد جيل، و هو مما لا يلتفت اليه و لا يعول عليه فى حقير و لا جليل.

و أما ما رواه

فى التهذيب عن سليمان بن صالح (2) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن سلف و بيع، و عن بيعين فى بيع، و عن بيع ما ليس عندك، و عن ربح ما لم يضمن».

و ما رواه

فى آخر الفقيه (3) فى مناهى النبى (صلى الله عليه و آله) قال:

«و نهى عن بيع ما ليس عندك و نهى عن بيع و سلف» الخبر.

ففيه أولا- أنه يضعف عن معارضه ما ذكرنا من الاخبار المؤيده بعمل

ص: ١٤٢:

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٤٤ الوسائل الباب-٧- من أبواب أحكام العقود الرقم ٢.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٠ الرقم ٢٥.

٣-٣) الفقيه ج ٤ ص ٤ الوسائل الباب-٧- من أبواب أحكام العقود الرقم-٥.

الأصحاب، و ثانياً- أنه يمكن حمله على بيع عين في ملك غيره، لجواز أن لا يبيعها صاحبها، لا ما إذا كان البيع في الذمه كما هو محل البحث جمعاً بين الاخبار.

المطلب الثاني فيما يدخل في المبيع

قالوا: والضابط الاقتصار على ما يتناول اللفظ لغه و عرفاً، قيل: والمراد بالعرف ما يعم الخاص و العام، و ظاهرهم أن المراد بالعرف ما هو المتعارف بين الناس في إطلاق ذلك اللفظ، و ما يراد منه و يستعمل فيه أعم من ان يكون عاماً في جميع الأصقاع و البلدان أو خاصاً، باعتبار اصطلاح كل بلد و كل قطر على استعمال ذلك اللفظ في ذلك المعنى.

و الأظهر أن يقال: ان الواجب هو حمل اللفظ على الحقيقه الشرعيه ان وجدت، و الا فعلى عرفهم عليهم السلام، لانه مقدم على عرف الناس ان ثبت، و الا فعلى ما هو المتعارف في السن المتخاطبين، و المتبادر في محاوراتهم و ان اختلفت في ذلك الأصقاع و البلدان، ثم مع تعذر ذلك فاللغه، و ربما قدم بعضهم اللغه على العرف.

و مما يشير الى ما ذكره الأصحاب في هذا الباب ما رواه

الشيخ في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (1) انه كتب الى أبي محمد (عليه السلام)

«في رجل

ص: ١٤٣

١- (١) الوسائل الباب-٣٠- من أبواب أحكام العقود الرقم ١ و التهذيب ج ٧ ص ١٥٠ الرقم ١٣ و ١٤.

اشترى من رجل بيتا فى داره بجميع حقوقه، و فوقه بيت آخر، هل يدخل البيت الأعلى فى حقوق البيت الأسفل أم لا؟ فوق (عليه السلام): ليس له الا ما اشتراه باسمه و موضعه إنشاء الله تعالى».

و كتب إليه (١)

«فى رجل اشترى حجره أو مسكنا فى دار بجميع حقوقها، و فوقها بيوت و مسكن آخر، يدخل البيوت الأعلى و المسكن الأعلى فى حقوق هذه الحجره و المسكن الأسفل الذى اشتراه أم لا؟ فوق (عليه السلام): ليس له من ذلك الا الحق الذى اشتراه إنشاء الله.

و ظاهر الخبرين أن المرجع الى ما صدق عليه ذلك اللفظ عرفا، و ظاهرهما عدم دخول البيت الأعلى فى حقوق البيت الأسفل فلا يدخل فى البيع.

و مما يشير الى الرجوع الى اللغة فى أمثال ذلك ما رواه الثقة الجليل

على ابن إبراهيم القمى فى تفسيره (٢) فى تفسير قوله عز و جل (٣) «لَهُ مَعْقَبَاتٌ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَ مِنْ خَلْفِهِ يَحْفَظُونَهُ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ عَنِ الصَّادِقِ (عليه السلام) أن هذه الآيه قرئت عنده فقال لقارئها: أ لستم عربا، فكيف تكون المعقبات من بين يديه، و انما العقب من خلفه، فقال الرجل: جعلت فداك كيف هذا فقال: إنما أنزلت

«له معقبات من خلفه و رقيب من بين يديه يحفظونه بأمر الله» و من الذى يقدر بحفظ الشيء من أمر الله و هم الملائكة الموكلون بالناس».

و رواه العياشى فى تفسيره أيضا، (٤) و فى الخبر المذكور دلالة على وقوع

ص: ١٤٤

١- ١) الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب أحكام القعود الرقم ١ و التهذيب ج ٧ ص ١٥٠ الرقم ١٣ و ١٤.

٢- ٢) تفسير البرهان ج ٢ ص ٢٨٣.

٣- ٣) سورة الرعد الآيه- ١١.

٤- ٤) تفسير البرهان ج ٢ ص ٢٨٣.

التغيير فى القرآن كما هو أصح القولين و أشهرهما، و قد بسطنا الكلام فى ذلك فى موضع أليق.

قال فى المسالك: و قد حقق العلامة قطب الدين الرازى أن المراد تناول اللفظ بالدلاله المطابقه و التضمنيه، لا الالتزاميه، فلا يدخل الحائظ لو باع السقف و هو حسن. انتهى.

و قال المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد: و المراد بالمعانى ما يفهم منها بحسب التخاطب اراده اللفظ ذلك، مطابقا كان أو تضمننا أو التزاما.

أقول: و هو الأظهر بالنظر الى ما قدمنا عنهم من الحواله إلى العرف.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان الأصحاب (رضوان الله عليهم)، ذكروا هنا ألفاظا و ذكروا مدلولاتها بحسب العرف.

فمن ذلك لفظ الأرض و الساحه و البقعه، و العرصه، فلا يندرج تحتها الشجر الذى فيها و لا الزرع، و لا البذر الكامن فيها.

و نقل عن الشيخ انه لو قال: بحقوقها دخل (1) قال فى المسالك: بل يفهم منه انها تدخل و ان لم يقل بحقوقها محتجا بأنها من حقوقها، ثم قال:

و المنع متوجه إلى الأمرين، و الأقوى عدم الدخول مطلقا الا مع دلالة اللفظ أو القرائن عليه، كقوله: و ما اشتملت عليه أو و ما أغلق عليه بابها. انتهى.

و هو جيد.

ص: ١٤٥

١ - ١) قال فى المبسوط: إذا باع أرضا فيها بناء و شجر، و قال فى العقد بحقوقها، دخل البناء و الشجر، و ان لم يقل بحقوقها لم يدخلها، و تبعه ابن البراج و ابن حمزه، و هو ظاهر كلام ابن إدريس - منه رحمه الله.

الشيخ في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (١)

«في رجل اشترى من رجل أرضا بحدودها الأربعة، وفيها زرع و نخل و غيرهما من الشجر، و لم يذكر النخل و لا الزرع و لا الشجر في كتابه، و ذكر فيه أنه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها و الخارجة منها، أي يدخل الزرع و النخل و الأشجار في حقوق الأرض أم لا؟ فوقع (عليه السلام): إذا ابتاع الأرض بحدودها و ما أغلق عليه بابها، فله جميع ما فيها إنشاء الله تعالى» (٢). و هو ظاهر في الرد على ما نقل عن الشيخ، و صريح فيما ذكره في المسالك.

ثم انه لو كان المشتري جاهلا- بوجود تلك الأشياء في الأرض كما لو اشتراها بالوصف أو الرؤيه قبل الزرع و الغرس، فله الخيار بين فسخ البيع و أخذ ثمنه، و بين أخذها بذلك الثمن و الرضا به و إبقائه مجانا، كذا ذكره جملة من الأصحاب، و لم أقف هنا على نص.

قال بعض المحققين: و لعل دليله أن وجود هذه الأشياء فيها سبب لتعطيلها غالبا- و العقد يقتضى الانتفاع بالفعل- من غير مضي زمان كثير عادة- ففيه ضرر على المشتري. انتهى.

ص: ١٤٦

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١٣٨ الرقم ٨٤.

٢- ٢) قال ابن إدريس: قوله «و ما أغلق عليه بابها» يريد بذلك جميع حقوقها و الجواب مطابق للسؤال. قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه: و نحن نمنع هذا التفسير و نقول: بموجب الحديث، فإنه إذا اشترى بما أغلق عليه بابه، دخل الجميع بلا خلاف، و لعل الامام (عليه السلام) أشار الى الجواب بطريق المفهوم و هو عدم الدخول، فإنه علق الدخول بقوله «و ما أغلق عليه بابها» و يفهم من ذلك عدم الدخول عند عدمه. انتهى و هو جيد. منه رحمه الله.

قالوا: ويدخل الأحجار المخلوقة في تلك الأرض دون المدفونه، والظاهر أن وجه الفرق هو دخول الأولى في مفهوم اللفظ عرفا كالتراب، فإن الجميع من اجزاء الأرض بخلاف الثانيه، فإنها بمنزله الأمتعه المدفونه، و على البائع نقلها و تسويه الحفر، و يتخير المشتري أيضا عندهم مع الجهل، و حصول الغرر ببقائها و انه لا خيار للمشتري ان تركها البائع مع عدم الضرر.

و من ذلك البستان، و لا ريب في دخول الأرض و الأشجار، لأنه داخل في مفهومه لغه و شرعا، أما البناء فان كان حائطا لذلك البستان فالظاهر دخوله لما ذكر، و في غيره- كالبناء لسكنى حافظ البستان و حارسه، و الموضع المعد لوضع الثمره و لجلوس من يدخله و نحو ذلك- إشكال، ينشأ من عدم دخوله في مسماه لغه، و لهذا يسمى بستانا و ان لم يكن شىء من ذلك- و من إطلاق البستان عليه ظاهرا إذا قيل: باع فلان بستانه و فيه بناء.

أقول: و الوجه الأول من وجهى الإشكال أجود، الا- أنه يدخل فيه الحائط أيضا فإن الظاهر أنه يسمى بستانا و ان لم يكن عليه حائط، و الأقوى في ذلك الرجوع الى العرف، فان عد جزء منه أو تابعا له دخل، و الا فلا، و الظاهر أن ذلك يختلف باختلاف البقاع و الأزمان و أوضاع البناء.

و من ذلك الدار، و لا- ريب في دخول الأرض و البيوت التى اشتملت عليها تحتانيه أو فوقانيه مع الحيطان الدائر عليها، و السقوف، الا أن يكون البيت الا على مستقلا بالسكنى، بأن يكون له باب على حده من غير هذه الدار المذكوره، فيكون ممتازا كالدار على حده، و حينئذ لا- يدخل البيت الأعلى و حيطانه و سقفه، و الظاهر دخول أرضه التى هى سقف البيوت التحتانيه الداخلة في الأرض المفروضه، و تدخل فيها الأبواب و الأغلاق المنصوبه، و السلاسل، و الحلق فى الأبواب و ان لم يسمها، و الأخشاب المستدخلة فى البناء، و الأوتاد المثبتة فيه، و السلم المثبت فى الأبنيه على حذوا الدرج، و الوجه فى دخول جميع هذه اقتضاء العرف كونها من

اجزاء الدار و توابعها و مرافقها، و لو كان فى الدار حمام معد لها أو بئر أو حوض فالظاهر دخولها، و كذا خوابى المثبتة فى الأرض أو الحائط بحيث تصير من اجزائها و توابعها عرفاً.

و فى دخول المفاتيح خلاف و إشكال ينشأ من خروجها عن اسم الدار- و كونها منقولة فىكون كالألات المنتفع بها فى الدار- و من أنها من توابع الدار و كالجزم من الأغلاق المحكوم بدخولها، و أظهر فى الخروج مثل الدلو و البكرة و الرشا و السرير، و الرف الغير المثبت كالموضوع على الخشب، و السلم الغير المثبت، و الأقفال الحديد و مفاتيحها، و الكنوز، و الدفائن و نحو ذلك.

و لو كان فى الدار نخل أو شجر و لم يذكره فى البيع لم يدخل، و قال الشيخ فى المبسوط بالدخول، و الكلام هنا كما تقدم فى الأرض.

و من ذلك الشجر، و يندرج فيه الأغصان و الورق و العروق لقضاء العرف بشموله لذلك، و يستحق الإبقاء معروسا- و لا يستحق الغرس- بل سقيه للإبقاء خاصة، و الظاهر تخصيص ذلك بالشجر الرطب، فإنه هو الذى يتعلق الغرض بإبقائه، دون اليابس الذى يقتضى العادة بأنه يقطع للحطب و الوقود و البناء و نحو ذلك، و لو استثنى شجره من البستان الذى باعه أو اشتراها من مالكها خاصة، لم تدخل الأرض فى البيع، لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف عليه الانتفاع بالشجره و ثمرتها من الدخول إليها و سقيها و حرثها و جمع ثمرتها، و يستحق أيضا مدى جرائدها فى الهواء و عروقها فى الأرض.

و يدل على ذلك فى الجملة ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن السكونى (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«قضى النبى (صلى الله عليه و آله) فى رجل باع نخلا و استثنى عليه نخله، فقضى له رسول الله (صلى الله عليه و آله) بالمدخل إليها

ص: ١٤٨

و المخرج منها و مدى جرائدها».

و روى فى الفقيه عن السكونى (١) عن أبىه عن آباءه (عليهم السلام) قال

قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) الحديث:.

و روى فى الكافى و التهذيب عن عقبه بن خالد (٢)

«ان النبى (صلى الله عليه و آله) قضى فى هرائر النخل أن تكون النخلة و النخلتان للرجل فى حائط الأخر، فيختلفون فى حقوق ذلك، فقضى فيها أن لكل نخلة من أولئك من الأرض مبلغ جريده من جرائدها حين بعدها».

أقول: قوله «حين بعدها» أى منتهى طول الجريده إذا طالت، و أما قوله «هرائر» فقد اختلفت فيه نسخ الحديث اختلافا فاحشا ففى بعضها كما ذكرنا، و فى بعض «بالواو» عوض الراء الاولى، و فى بعض بالزاي عوضها، و فى بعض نسخ التهذيب «هذا النخل»، و الظاهر كما استظهره فى الوافى حريم النخل، فوقع التحريف.

و روى فى التهذيب عن محمد بن الحسن الصفار (٣) فى الصحيح قال:

« كتبت اليه (عليه السلام) فى رجل باع بستانا فيه شجر و كرم فاستثنى شجره منها، هل له ممر الى البستان الى موضع شجرته التى استثناها، و كم لهذه الشجره التى استثناها من الأرض التى حولها؟ بقدر أغصانها أو بقدر موضعها التى هى ثابتة فيه؟ فوقع (عليه السلام): له من ذلك على حسب ما باع و أمسك فلا يتعد الحق فى ذلك إنشاء الله تعالى».

ص: ١٤٩

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ٥٧.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٩٥ و فيه «هوائر» من الهور بمعنى السقوط أى فى مسقط الثمار للشجره التهذيب ج ٧ ص ١٤٤ الرقم ٢٦.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٩٠ الرقم ٢٤.

أقول: لا- يخفى ما فى الجواب من الإجمال المانع من الاعتماد عليه فى الاستدلال و مع ذلك فان الظاهر أن يقال: له من ذلك على حسب ما استثنى، و ربما أشعر بأنه مع استثناء الشجره فلا ينصرف ذلك الا الى ما دخل تحت مفهوم هذا اللفظ عرفاً، و هو مشكل بناء على ما عرفت من كلام الأصحاب و من الاخبار المتقدمه.

و من ذلك النخل بالنسبه إلى ثمرته قبل التأبين و بعده، و المشهور فى كلامهم أنه لو باع نخلا قد أبر ثمرها فهو للبائع، لأن اسم النخله لا يتناوله الا أن يشترطه المشتري، و ان لم يكن مؤبراً فهو للمشتري.

أقول: و يدل على الحكم الأول ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن يحيى بن أبى العلاء (1) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): من باع نخلاً- قد لقح، فالثمره للبائع الا- أن يشترط المبتاع، قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بذلك».

و عن غياث بن إبراهيم (2) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام): من باع نخلاً قد أبره فثمرته (للذى باع)، الا أن يشترط المبتاع ثم قال:

قضى به رسول الله (صلى الله عليه و آله)».

و روى فى الكافى عن عقبه بن خالد (3) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«قال قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) ان ثمر النخل للذى أبرها الا ان يشترط المبتاع».

و أما الحكم الثانى فلم أقف فيه على دليل الا- مفهوم الروايات المتقدمه، و من ثم ناقش فى الحكم بعض الأصحاب، و توقف آخرون كما يؤذن به كلام المحقق فى الشرائع حيث نسب الحكم المذكور الى فتوى الأصحاب.

قال فى المسالك: انما نسب القول الى فتوى الأصحاب، لقصور المستند

ص: ١٥٠

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٧٧ التهذيب ج ٧ ص ٨٧ الرقم ١٢.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٧٧ التهذيب ج ٧ ص ٨٧ و فى الكافى (للبيع).

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٧٨.

النقلى عن افاده الحكم المذكور، فإنه إنما دل على أن النخل المؤبر ثمرته للبائع، لا على أن ما لا يؤبر ثمرته للمشتري الا من حيث المفهوم الضعيف، والأصل يقتضى الملك لبائعه، وعدم انتقاله إلى المشتري، إذ العقد انما وقع على الأصول و هى مغايره للثمره انتهى و هو جيد.

و اعترف فى المختلف أيضا بضعف الدليل الا- أنه قال: لكن الإجماع يعضده، مع أنه نقل عن ابن حمزه أن الاعتبار فى دخول الثمره و عدمه يبدو الصلاح و عدمه، فمتى باعها بعده فالثمره للبائع، و قبله للمشتري الا مع الشرط، و كأنه لم يعتبر خلافه.

و الظاهر أنه لا خلاف فى كون الثمره للبائع مطلقا فيما لو انتقل النخل بغير البيع، كالميراث و نحوه، و كذا فى غير النخل من أفراد الشجر، لان كون الثمره للمشتري على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع النص و الوفاق، و هو بيع النخل فلا يتعدى الى غير البيع، و لا الى غير النخل من أفراد الشجر.

و لو باع المؤبر من النخل و غير المؤبر كان لكل حكمه المتقدم عندهم، و ظاهر إطلاقهم أنه لا فرق فى ذلك بين كون ذلك فى نخله واحده- قد أبر بعض طلعتها دون بعض- أو فى نخلات متعدده أبر بعضها، و لم يؤبر الباقي، و به أفتى فى الدروس.

و فرق العلامة فى التذكرة بين النخلة الواحده، و النخلات المتعدده، فحكم فى الأول بكون الجميع للبائع، محتجا عليه بأنه يصدق عليه أن قد باع نخلا قد أبر، فيدخل تحت نص أنه للبائع، و بما فى افتراقهما فى الحكم من العسر و عدم الضبط، و فى الثانى بتفريق الحكم.

و ربما احتمل بعضهم هنا وجها ثالثا، و هو دخول الجمع فى البيع لصدق عموم التأبير فى الجميع. و الظاهر الأوفق بظاهر النص هو الأول، فإن تعليق

الحكم يشعر بالعليه، فيكون التأبير هو العله، فأينما وجد ترتب عليه حكمه، و ينتفى حيثما انتفى.

المطلب الثالث فى التسليم

اشاره

إطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع و الثمن، فيجب على المتبايعين دفع العوضين من غير أولويه.

قال المحقق الأردبيلي فى شرح الإرشاد بعد قول المصنف فى الكتاب المذكور «يجب على المتبايعين دفع العوضين من غير أولويه تقديم» ما لفظه: اعلم ان الأكثر هكذا قالوا، و حاصله أنه انما يجب عليها معا الدفع بعد أخذ العوض، و يجوز لكل المنع حتى يقبض و كأنهم نظروا الى ان البيع معاوضه محضه، و لا- يجب على كل منهما الدفع الا لعوض مال الآخر، فما لم يأخذ ذا العوض، لا- يجب إعطاء العوض، و المسأله مشكله كسائرهما، لعدم النص، و ثبوت الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر، و عدم جواز الحبس حتى يقبض حقه، و جواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الآخر ان أمكن له على اى وجه كان، لان ذلك هو مقتضى الملك، و منع أحدهما الآخر و ظلمه لا- يستلزم جواز الظلم للآخر و منعه حقه، فيجبرهما الحاكم معا على ذلك ان امتنعا، فيعطى من بد و يأخذ من آخر، أو يقبض لأحدهما و يأمره بالإعطاء انتهى.

أقول: ما ذكره (قدس سره) جيد، الا أن فى فهم ذلك من العبارة المذكوره -و نحوها من عبارتهم فى هذا المقام اشكال، و ذلك فإن غايه ما يفهم من هذه العبارة -التي ذكرها فى الإرشاد- هو أنه لما كان إطلاق العقد يقتضى وجوب تسليم المبيع و الثمن، فالواجب حينئذ على كل من البائع و المشتري دفع ما وجب عليه تسليمه

من غير أولويه تقديم أحدهما على الآخر، خلافا للشيخ حيث ذهب الى أنه يجب على البائع أولا تسليم المبيع، محتجا بأن الثمن تابع للمبيع، والغرض من هذه العبارة انما هو بيان تساويهما في وجوب التسليم، بدون تقديم أحدهما على الآخر كما زعمه الشيخ (رحمه الله عليه) فالكلام انما خرج في معرض الرد عليه، و أين هذا من المعنى الذى ذكره، وهو أنه لا يجب على أحدهما التسليم الا بعد دفع الآخر، وأنه يجوز لكل منهما الامتناع حتى يقبض، اللهم الا ان يكون قد اطلع على تصريح بذلك من غير هذا الموضوع، و الا فهذه العبارة و نحوها لا اشعار فيها، فضلا عن الدلالة بشيء من ذلك.

و تحقيق الكلام فى هذا المقام - يتوقف على بسطه فى مواضع

الأول [فى القبض و الإقباض]

- لا يخفى أن القبض من الأمور المعتره شرعا لما يترتب عليه من الأحكام العديده بالنسبه إلى الوصيه و الهبه و الرهن، فان للقبض فيها مدخلا باعتبار شرطيته للصحح أو اللزوم، فان و كذا بالنسبه إلى البيع، فمن أحكامه فيه انتقال ضمان المبيع إلى المشتري بعده ان لم يكن له خيار، و كونه على البائع قبله، و جواز بيع ما اشتراه بعد القبض مطلقا، و تحريمه أو كراهته قبله على بعض الوجوه، و جواز فسخ البائع مع تأخير الثمن، و عدم قبض المبيع بعد ثلاثه أيام، و غير ذلك، و مع هذا لم يرد له تحديد شرعى يرجع فيه اليه.

و من ثم ان الأصحاب انما رجعوا فيه الى العرف بناء على قواعدهم فى كل ما لم يرد له تحديد شرعى، مع ان الغالب فى العرف الاختلاف باعتبار تعدد الأقطار و البلدان، و أن لكل قطر اصطلاحا و عاده غير ما سواه، و المسأله من أجل ذلك فى غايه من الاشكال و الداء العضال، لعموم البلوى به فى جمله من الأحكام كما عرفت.

و الذى وقفت عليه مما يتعلق بهذا المقام روايتان الأولى -

صحيحه معاويه،

ص: ١٥٣

بن وهب (١) قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه الا ان توليه».

قال فى المسالك بعد نقل هذه الروايه: فجعل قبض المكيل و الموزون كيله أو وزنه بالنسبه إلى جواز بيعه. (٢)

و اعترضه المحقق الأردبيلي فى شرح الإرشاد فقال: وهذه لا أفهم دلالتها لان ظاهرها أن البيع قبل القبض لا يجوز حتى يكيل أو يزن، وذلك لا يدل على كون القبض ذلك و هو ظاهر، ولا يدل على ذلك بضم السؤال إذ يصح جواب السائل هل يجوز قبل القبض؟ بأنه لا يجوز بدون الكيل، يعنى لا بد من الكيل الذى القبض حاصل فى ضمنه أى لا بد من القبض و شىء آخر، الى آخر كلامه زيد فى مقامه، و به يظهر سقوط الروايه عن درجه الاستدلال فى هذا المجال.

و الثانيه:

روايه عقبه بن خالد (٣) عنه (عليه السلام)

«فى رجل اشترى متاعا من آخر و أوجه، غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه».

ص: ١٥٤

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ الرقم ٣٤ و فيه (الا أن يوليه الذى قام عليه).

٢-٢) أقول: يمكن أن يؤيد ما ذكره فى المسالك و هو المشهور بين الأصحاب من جعل الكيل و الوزن قبضا، بان يقال: ان الروايه قد دلت على انه مع التوليه لا يحتاج الى الكيل و الوزن، وهذا لا يتم الا على تقدير كون الكيل و الوزن قبضا، فإن التوليه تصح بدون القبض، و اما على تقدير كونها شرطا فى صحه البيع، و القبض انما هو عباره عن النقل و التحويل فكيف يصح البيع توليه مع اختلال أحد شرائط البيع و هو الوزن و الكيل هنا. فتأمل. منه رحمه الله.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٧١ التهذيب ج ٧ ص ٢١.

و غاية ما يدل عليه هذا الخير هو أنه يعتبر في انتقال الضمان من البائع إلى المشتري نقل المتاع و إخراج من بيت البائع، و ليس فيه تفسير للقبض بأنه عبارة عما ذا، مع أن ظاهر الخبر أنه يعتبر في انتقال الضمان الإخراج من بيت البائع، و لا- قائل به كما ستعرف.

بقي الكلام في الدلالة العرفية التي اعتمدها في المقام. قال في المسالك:

و العرف يدل على أن إقباض غير المنقول يتحقق بالتخليه مع رفع يد البائع عنه، و عدم مانع للمشتري من قبضه، و أما في المنقول فلا- يتحقق الا- باستقلال يد المشتري به، سواء نقله أم لا- و كذا في طرف البائع بالنسبة إلى الثمن، و هذا مطرد في المكييل و الموزون و غيرهما، إلا أنهما خرجا عنه بالنص الصحيح فيبقى الباقي و هو الأقوى. انتهى. (1) و هو جيد إلا في استثنائه المكييل و الموزون «بالنص الصحيح»، و لقد عرفت آنفا من أن غاية ما يدل عليه النص هو اعتبار الكيل و الوزن في المكييل و الموزون، لا ان القبض فيهما هو الكيل و الوزن، ثم قال: و المراد بالتخليه حيث تعتبر، رفع المانع للمشتري من قبض المبيع ان كان، و الاذن له فيه، و لا يختص ذلك بلفظ، بل كل ما دل عليه كاف فيه.

و فيه أولا- ان ظاهر كلامه المتقدم كون التخليه أمرا آخر غير رفع المانع حيث أنه أضافه الى التخليه، و هنا فسرنا به، و ثانيا أنه لا وجه لاعتبار

ص: ١٥٥

١- ١) ثم قال في إتمام عبارته المذكورة: لا يقال: قد نقل في التذكرة لإتمام الاستدلال بهذه أن الإجماع عندنا حاصل على منع جواز بيع الطعام قبل القبض، فلو لم يكن الكيل هو القبض المطلوب و يتحقق القبض بدونته، لم يكن لقوله «حتى يكيل» معنى لأننا نقول على تقدير تحقق الإجماع معناه الجواز بعد القبض مع باقى الشرائط و الكيل من جملته، إلا أن كيله هو القبض. انتهى. منه رحمه الله.

الاذن هنا بعد انتقال المبيع إلى المشتري بالعقد، وكون البائع هنا في حكم الأجنبي فلا وجه لتوقف قبضه على اذنه.

إذا عرفت ذلك فاعلم انه قال في كتاب المصباح المنير: قبضت الشيء قبضا: أخذته. و قال في نهايه الأثيريه: و القبض الأخذ بجميع الكف. أقول:

و هذا هو الذى يتبادر فى العرف الان، الا أنه فى المنقول ظاهر و ان تفاوتت أفراده فى ذلك باعتبار المقبوض، ففى مثل الدراهم و المتاع هو القبض باليد، و فى مثل الحيوان هو نقله، و فى مثل المكييل و الموزون هو تحويله بالوزن و الكيل أو بدونهما فإنه يصدق القبض بمجرد ذلك.

و أما فى غير المنقول فالظاهر هو الوقوف فيه على ما رسمه الأصحاب. قال فى الدروس: و القبض فى غير المنقول التخليه بعد رفع اليد، و فى الحيوان نقله، و فى المنقول كيله أو وزنه، أو عدده أو نقله، و فى الثوب وضعه فى اليد. انتهى و هو ظاهر فيما قلناه الا أن اضافته العد الى الكيل و الوزن خارج عن مورد الروايه التى استندوا إليها فى الحكم المذكور على ما عرفت فيها، و هو ايضا خلاف ما هو المشهور من الاقتصار على مورد الخبر المذكور.

و قال الشيخ فى المبسوط: القبض فيما لا ينقل و يحول هو التخليه، و ان كان مما ينقل و يحول، فان كان مثل الدراهم و الجواهر و ما يتناول باليد، فالقبض هو التناول، و ان كان مثل الحيوان كالعبد و البهيمة، فإن القبض فى البهيمة أن يمشى بها الى مكان آخر، و فى العبد أن يقيمه الى مكان آخر، و ان كان اشتراه جزافا كان القبض فيه أن ينقله من مكانه، و ان اشتراه مكاييله فالقبض فيه أن يكييله، و تبعه ابن البراج و ابن حمزه.

و قال فى المختلف: و الأقرب أن المبيع ان كان منقولا فالقبض فيه هو النقل أو الأخذ باليد و ان كان مكيلا أو موزونا فقبضه هو ذلك، أى الكيل و الوزن، و ان لم يكن منقولا فالقبض فيه التخليه. انتهى. و كلام الشيخ راجع

فى التحقيق اليه،الا فى المكيل و الموزون،حيث اقتصر فى قبضه على الكيل و الوزن.

و بذلك يظهر ما فى عبارته المسالك هنا من الإجمال فى تفسير،القبض فى المنقول،فإنه ربما أوهم رجوعه إلى التخليه فى غير المنقول.و اكتفى بعضهم بالتخليه مطلقا فى منقول أو غير منقول،و هو مذهب المحقق فى الشرائع (1).

قال فى الدروس:و لا بأس به فى نقل الضمان لا فى زوال التحريم أو الكراهه عن البيع قبل القبض.

أقول:لا- يخفى ما فى هذا التفصيل،فان الجميع مترتب على القبض فان صدق القبض بالتخليه،وجب ترتب أحكام القبض على ذلك مما ذكر هنا و ما لم يذكر،و الا فلا مطلقا.

الثانى [لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتاع]

قال فى المسالك:لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتاع،فان كان بغير اذن البائع فلا بد من تجديد الاذن فى تحقق القبض بالنسبه إلى رفع التحريم أو الكراهه،و اما بالنسبه إلى مثل الضمان فيحتمل قويا تحققه بدونه،كما لو قبضه بغير اذن البائع،و يحتمل توقف الأمرين على تجديده،لفساد الأول شرعا،فلا يترتب عليه أثر،و لو كان بإذنه كالوديعة و العاربه لم يفتقر الى تجديد اذن و لا تخليه.انتهى.

ص: ١٥٧

١- ١) أقول:لا يبعد أن يكون مراد الأصحاب بكون الكيل و الوزن قبضا انما هو بمعنى وزنه و كيله،لأجل القبض و النقل،لا من حيث كونه كيلا- و وزنا،فإنه هو الغالب المتعارف،و لذلك أنه لو قبضه المشتري بالوزن أو الكيل،ثم باعه ممن حضر وزنه و كيله،فإنه لا يحتاج إلى إعاده الوزن أو الكيل،و انما يحتاج الى النقل ليتحقق به القبض،و بالجمله فإن القبض انما يتحقق بالنقل و التحويل سواء كان فى معنى الوزن و الكيل أو بدونهما كما فى الصوره المفروضه.منه رحمه الله.

و فيه أنه لا دليل على ما ذكره «قدس سره» لا من النص و لا من الاعتبار، و عقد البيع قد اقتضى النقل إلى المشتري، و القبض و التسليم إلى المشتري حاصل و الفرق بين كون القبض قبل البيع شرعياً أو غير شرعي مع كونه لا دليل عليه - لا ثمره له بعد ما عرفت. و مع كونه غير شرعي قبل البيع لا يمنع من كونه شرعياً بعد البيع و الانتقال إليه بالعقد الصحيح.

و بالجملة فشرط صحة البيع كلها حاصله، فلا وجه لما ذكره، و إلى ما ذكرناه هنا يميل كلام المحقق الأردبيلي (قدس سره) حيث قال: لو كان المبيع بيد المشتري، فالظاهر أنه لا يحتاج إلى تجديد القبض و الاذن مطلقاً، و لا مضى زمان، لو جود القبض الذي هو شرط، و الموجب لجواز البيع و غيره، كما قيل ذلك في الهبة المقبوضة، و التفصيل بما إذا كان القبض مشروعاً و عدمه - فإنه لا بد حينئذ لرفع التحريم و الكراهه، و يحتمل لرفع الضمان أيضاً - ليس بواضح.

الثالث [كفايه القبض المعتبر لإسقاط الضمان]

-الظاهر أن القبض المعتبر من نقل أو تخليه يكفي لإسقاط الضمان، و ان كان المبيع مشغولاً بأمته البائع كالصندوق الذي فيه المتاع و البيت الذي فيه الأمتعه، و يكون مكلفاً بأن يفرغه، و هو خيرته في المسالك، و نقله بالنسبه إلى الثاني عن التذكرة، و احتمال في المسالك توقف القبض على اذن المالك في نقل الأمتعه و الظاهر ضعفه، لحصول البيع الشرعي بشروطه و عدم ظهور مانعيه ما ذكره مع وجوب تفريغه.

الرابع [حكم ما لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً]

-قال في المسالك - لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فلا يخلو اما أن يكون قد كيل قبل البيع و وزن أولاً، بأن أخبر البائع بكيله أو وزنه، أو باعه قدراً منه معيناً من صبره مشتمله عليه، فان كان الأخير فلا بد في تحقق قبضه من كيله أو وزنه للنص المتقدم، و ان كان الأول ففي الافتقار إلى اعتباره ثانياً - لأجل القبض - أو الاكتفاء بالاعتبار السابق و جهان، من إطلاق توقف الحكم على الكيل و الوزن و قد

قوله (عليه السلام) (١)

«لا تبعه حتى تكيله أو تزنه». لا يدل على أزيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع-و من كون الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لأجل صحه البيع، فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد، و به صرح العلامة و الشهيد (رحمه الله) و جماعه، و هو الأقوى.

و يدل عليه قوله (عليه السلام)، في الخبر السابق «الأن توليه» فإن الكيل السابق شرط لصحة البيع، أو ما قام مقامه، فلا بد منه في التولية و غيرها، و مقتضى قوله «الأن توليه» أنه معها لا- يتوقف على كيل أو وزن، و دل ذلك على أنهما لأجل القبض، لا لأجل صحه البيع.

و أما الثاني فإن اكتفينا بالاعتبار الأول في الأول، كفى الاخبار فيه-و اختارهما في التذكرة-و ان لم نكتف بالسابق في الأول لم يكتف بالأخبار في الثاني بطريق أولى.

و قد روى محمد بن أبي حمزه (٢) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله، فصدقناه و أخذناه بكيله، فقال: لا بأس، فقلت:

أ يجوز أن أبيع كما اشتريته منه بغير كيل؟ قال: لا، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله». انتهى.

أقول: مرجع البحث هنا ان الكيل و الوزن هل وجوبهما في المكيل و الموزون من حيث كونهما شرطا في صحه البيع، أو من حيث كونهما قبضا للبيع، يترتب عليهما ما يترتب على القبض الذي هو النقل و الأخذ باليد، و نحو ذلك مما تقدم في غير المكيل و الموزون.

و الظاهر من الاخبار المانعه من بيع ما لم يقبض إذا كان مكيلا أو موزونا هو الثاني، بالتقريب الذي ذكره من جواز البيع تولى بدون كيل أو وزن، و لو كان ذلك شرطا في صحه البيع لما جاز ذلك، إذ لا فرق بين التولية و غيرها في اعتبار هذا الشرط.

ص: ١٥٩

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧ و فيه محمد بن حمران.

و يعضده انه قد وقع التعبير عن الكيل و الوزن فى هذا المقام بالقبض فى جملة من الاخبار.

ففى صحيحه منصور بن حازم (١)

«إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن توليه».

و فى صحيحه على بن جعفر (٢) عن أخيه موسى (عليه السلام)

«انه سأله عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال إذا ربح لم يصلح حتى يقبض و ان كان يوليه فلا بأس، و سأله عن الرجل يشتري الطعام أ يحل له أن يولى منه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه شىء فلا بأس، فإن ربح فلا يصلح حتى يقبضه». و نحوهما غيرهما.

و كذا فى صحيحه معاوية بن وهب المتقدمه (٣) قد عبر بالكيل و الوزن عن لفظ القبض فى هذه الروايات.

و مثلها

روايه أبى بصير (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه، إلا ان يوليه، كما اشتراه» الحديث.

و بالجملة فإن استثناء التولية فى هذه الاخبار مما ذكرنا و ما لم نذكره انما يتجه على تقدير كون الكيل و الوزن قبضا، و البيع توليه صحيح مع عدم القبض و لو كان اعتبارهما انما هو من حيث كونها شرطا فى صحة البيع لم يتجه صحة التولية هنا كما عرفت.

ص: ١٦٠

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ الفقيه ج ٣ ص ١٢٩.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦.

٣-٣) ص ١٥٤ التهذيب ج ٧ ص ٣٥.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٧.

نعم يشكل الحكم بان مقتضى ما ذكر أنه لو اشترى الطعام و اكتاله ثم باعه ممن حضر كيله-،فان الواجب بمقتضى ما ذكر-هو كيله مره أخرى،ليتحقق به قبض المشتري الثانى و هو الذى قواه،و نقله عن العلامة و الشهيد(رحمه الله) مع أن ظاهر الاخبار الوارده هنا هو العدم.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبد الملك بن عمرو (١)قال:

قلت لأبى عبد الله(عليه السلام):أشترى الطعام فأكتاله و معى من قد شهد الكيل و انما اكتلته لنفسى،فيقول:بعنيه فأبيعه إياه بذلك الكيل الذى كتله؟قال:لا بأس».

و نحوه ما رواه

فى الفقيه عن خالد بن الحجاج الكرخى (٢)قال:

قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):أشترى الطعام من الرجل ثم أبيعه من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول:ابعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته،قال لا بأس».

و يمكن أن يقال فى وجه الجمع بين ظواهر هذه الاخبار انه لما كان الغالب أن الكيل و الوزن انما يقعان فى حال القبض،و انه بهما يحصل القبض و التحويل من البائع إلى المشتري،صح إطلاق القبض عليهما بهذا الوجه فى الاخبار المتقدمه و ان كانا شرطا فى صحه البيع،و اما جواز البيع توليه فى تلك الاخبار بدونهما،فلعله مستثنى من القاعده المذكوره،حيث أن التوليه عباره عن أن يعطيه ما اشتراه برأس ماله، و يجعله محله فى ذلك العقد،الا انى لم أجد به قائلا،و المسأله لما عرفت غير خاليه من الاشكال و لهذا كثر فيها التردد و الاحتمال.

الخامس [إلحاق المعدود بالمكيل و الموزون]

قال فى المسالك:ألحق فى الدروس المعدود بالمكيل و الموزون فاعتبر فى قبضه عده بعد البيع،و لم يكتف بعد السابق.و فيه نظر،لعدم النص

ص: ١٦١

١- (١) الكافى ج ٥ ص ١٧٩ التهذيب ج ٧ ص ٣٨.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

و تحقق القبض فيه عرفا مع نقل المشتري له كغيره من المنقولات، و الحاقه بهما نظرا الى اشتراط اعتباره في صحه بيعه لا يوجب ذلك عندنا، و اكتفى فيه ايضا عن اعتبار المكييل و الموزون و المعدود بنقله، و الخبر الصحيح حجه عليه و قريب منه مختار العلامه في المختلف، فإنه اكتفى فيهما بأحد أمور ثلاثه، النقل، و القبض باليد، و الاعتبار بالكيل أو الوزن، و في النقل ما مر، و في القبض باليد ما دل عليه خبر عقبه بن خالد (1) من اعتبار النقل. و مال في الدروس أيضا الى أن التخليه كافيه مطلقا في نقل الضمان، لا في زوال التحريم أو الكراهه عن البيع قبل القبض، و خبر عقبه حجه عليه ان اعتبره.

و التحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكييل و الموزون قبل اعتباره بهما، لا- على أن القبض لا- يتحقق بدونهما، و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك، لان الاعتبار بهما قبض و زياده، و حينئذ فلو قيل:

بالاكتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بمقتضى العرف و الخبر الأخر، و بتوقف البيع ثانيا على الكيل و الوزن أمكن ان لم يكن احداث قول. انتهى كلامه.

أقول ما ذكره هنا من التحقيق جيد، و بالقبول حقيق، الا- ان فيه أولا- ما يدل على رجوعه عما قدمه، سيما في اعتراضه هنا على الدروس بأن الخبر الصحيح حجه عليه، و قد تكرر في كلامه السابق على هذا الكلام المبالغه في دلاله الخبر على أن القبض في المكييل و الموزون هو كيله و وزنه، و أنه لا يتحقق القبض بدون ذلك.

و ثانيا أن ما ذكره من التوقف في القول بالاكتفاء في نقل الضمان في المكييل و الموزون بالنقل، لاستلزامه احداث قول في المسأله. فيه أن ذلك مقتضى كلام الشهيد في الدروس و العلامه في المختلف الذي قدمه هنا، حيث إنهما صرحا بان القبض

ص: ١٦٢

فى المكىل و الموزون كما يكون بالكىل و الوزن، يكون بالنقل أيضا، و أن القبض بالنقل موجب لعدم الضمان، و ان اشتراط الكىل و الوزن فى بيعه ثانيا لازاله التحريم أو الكراهه، فهو ليس بإحداث قول فى المسأله، كما ذكره.

السادس [تلف المبيع أو نقصان قيمته قبل التسليم إلى المشتري]

قالوا و إذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البائع و كذا ان نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشتري رده، و فى الأرش تردد.

قال فى المسالك: موضع التردد ما لو كان العيب من قبل الله تعالى، و منشؤه من تعيينه على ملك المشتري لا من قبل أحد، و من أنه مضمون على البائع بأجمعه، فضمان أجزائه أولى، فالأقوى ان له الأرش ان لم يفسخ، و لو كان التعيب من أجنبى أو من البائع تخير المشتري بين الرجوع على المتلف بالأرش و بين فسخ العقد، فان فسخ رجوع البائع على الأجنبى بالأرش. انتهى.

أقول: أما الحكم الأول فقد تقدم الكلام فيه فى المقام الثانى فى أحكام الخيار (١) و بينا ثمة ما فيه من الاشكال، و مستنده -عند الأصحاب بعد الإجماع- روايه عقبه بن خالد المتقدمه فى الموضوع الأول. (٢)

و أما الثانى فلم أقف فيه على نص، و ظاهرهم الاتفاق على أنه يتخير بين رد المبيع و أخذ ثمنه، و بين إمساكه، و انما الخلاف فى صورته اختيار الإمساك هل يمسكه بثنه أو يرجع بالأرش على البائع فيما إذا كان العيب من جهه الله تعالى، و قد رجح فى المسالك الثانى نظرا الى أن ضمان الكل يستلزم ضمان البعض بالطريق الاولى.

و يمكن خدشه بما صرحوا به فى صورته تلف الجميع من انه يبطل البيع، و ينتقل المبيع إلى البائع كما قدمنا نقله عنهم فى الموضوع المتقدم ذكره، بخلاف

ص: ١٦٣

١-١ ص ٧٧.

٢-٢ ص ١٥٤.

ما هنا، فإنه باق على ملك المشتري، و لعل مثل هذا لا يؤثر فى الضمان.

و بالجمله فإن الحكم لما لم يكن منصوصا-و الفرق بين الكل و البعض ظاهر مما ذكرنا-فالحكم بالأرش محل اشكال، سيما مع ما حققناه فى الموضوع المتقدم ذكره، من ان قضيه العقد كون المبيع ملكا للمشتري، و قضيه كونه ملكا للمشتري أن تلفه منه و ان كان فى يد البائع، و الأصل عدم الضمان على البائع بعد انتقال المبيع عنه الا بالتفريط و لو بمنعه المالك.

السابع [حكم النماء قبل القبض]

قد صرحوا بأنه إذا حصل للمبيع نماء قبل القبض كالنتاج أو ثمره النخل أو اللقطة كلقطه العبد التى يمكن تملكها و لو بعد التعريف كان ذلك للمشتري، فإن تلف الأصل سقط الثمن عن المشتري ان لم يدفعه، و الا استرجعه و له النماء، و لو تلف النماء من غير تفريط لم يلزم البائع دركه.

أقول: أما الحكم الأول فيجد لان المبيع بالعقد ينتقل الى ملك المشتري قبضه أو لم يقبضه، فكذا نماؤه، و هكذا الثمن أيضا، فإنه بالعقد ينتقل إلى البائع و نماؤه تابع له أيضا.

و أما الثانى-فهو مبنى على القاعده المتفق عليها عندهم، و هو أن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، و على أن التلف انما يبطل البيع من حينه، كما هو المشهور عندهم، فيكون النماء السابق على وقت التلف و ما فى حكمه كلقطه العبد للمشتري و أما لو قلنا بأنه يبطله من أصله كما تقدم نقله احتمالا عن العلامة فهو، للبائع.

و أما الثالث. فوجهه ان النماء فى يد البائع أمانه لا يضمونها الا مع التفريط اقتصارا فيما خالف الأصل-و هو ضمان مال الغير مع عدم العدوان-على ما دل عليه الدليل.

الثامن- لو باع جملة فتلف بعضها

فظاهر بعض الأصحاب هو التفصيل هنا بأنه ان كان للتالف قسط من الثمن كان المشتري مخيرا بين فسخ العقد، و بين

الرضا بالباقي بحصته من الثمن، و ان لم يكن له قسط كان المشتري مخيرا بين الرد، أو أخذه بجمله الثمن.

قال في المسالك: ضابط الأول ما يمكن افراده بالبيع، كأحد العبدین و القفيزین، و الثاني ما لا يمكن افراده كيد العبد، و الفرق بينهما الموجب لاختلاف الحكم ان الأول لا يبقى مع فواته أصل المبيع بل بعضه، و الثاني يبقى معه أصل المبيع، و الجزء التالف بمنزله الوصف كيد العبد و نحوها من أعضائه التي فواتها لا يخل ببقاء العبد. انتهى.

و نحوه كلام المحقق الشيخ على (قدس سره) في شرح القواعد، و مقتضى كلام أصحاب هذا القول أنه لا أرش في الصورة الثانية، بل يكون مخيرا بين الرد و الأخذ بمجموع القيمة، لأن الفات هنا لا قسط له من الثمن فلا أرش، لأن الأرش هو مقدار حصته من الثمن.

و ظاهر جملة من الأصحاب - و قيل: انه هو المشهور و هو اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك و المحقق الشيخ على في تعليقاته على الشرائع، و في شرح القواعد - هو وجوب الأرش في الصورة المذكورة.

قالوا: لأن القيمة - تزيد بوجوده، و تنقص بعدمه، و فواته من أظهر العيوب و أبينها، للقطع بأن المبيع هو المجموع، و قد فات بعضه فيتخير بين الرد لتبعض الصفقة، و الأخذ بالأرش، و ظاهر كلامه في المسالك (1) ان الأمر كذلك في الصورة الأولى أيضا - و هو ماله قسط من الثمن و يمكن افراده بالبيع - من أنه يتخير بين الرد لتبعض الصفقة، و الأخذ بالأرش، و الظاهر أنه ليس الأمر كذلك، بل الحكم هنا مع عدم الفسخ انما هو تقسيط الثمن على الجزء الفائت و الباقي، و أخذ الباقي بقسطه من الثمن، و ظاهر كلام المحقق المتقدم ذكره اختصاص الكلام بالصورة الثانية أيضا، و ان الحكم في الصورة الأولى انما هو ما ذكرناه، و به صرح في الدروس أيضا حيث قال: و لا إشكال في توزيع الثمن على العينين فصاعدا لو تلف بعضها،

ص: ١٦٥

١ - ١) حيث قال: بعد ذكر القول الأول الذي اختاره المصنف: و الأقوى ثبوت الأرش فيه كأول الى أن قال: و لان المبيع هو المجموع، و قد فات بعضه فيتخير المشتري بين الرد لتبعض الصفقة في الموضوعين و الأرش. انتهى منه رحمه الله.

و له الفسخ. انتهى، و بالقول الأول أفتى المحقق فى الشرائع، و تنظر العلامة فى القواعد فى ثبوت الأرش فى الصورة الثانية.

أقول: و مما يؤيد القول الثانى هنا هو أنهم قد صرحوا فى باب العيب الموجب للخيار و الأرش بأنه عبارة عن كل ما خرج عن أصل الخلقه الطبيعى بزياده عضو أو نقصانه، و منهم المحقق فى الشرائع الذى نفى الأرش هنا حيث قال: القول فى أقسام العيوب، و الضابط أن كلما فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب، و الزيادة كالإصبع الزائده، و النقصان كفوات عضو الى آخره، و هو ظاهر فيما قلناه، و المسأله المفروضه هنا أحد جزئيات هذه القاعده، فىكون الحكم فيها هو الأرش - مع عدم الفسخ، لا الأخذ بالقيمه، كما ذكره.

و بما حققناه فى المقام يظهر لك ما فى كلام المحقق الأردبيلى (طاب ثراه) هنا حيث قال - فى أثناء البحث فى المسأله المتقدمه فى الموضوع السادس - ما لفظه:

و الظاهر عدم الفرق بين حدوث عيب و نقص شىء و جزء له قسط من الثمن، مع عدم صحه إيقاع العقد عليه، مثل يد العبد و رجله، و أما فوات الجزء الذى له قسط منه و يصح العقد عليه كموت عبد من عبيد، فالظاهر أنه يبطل فى الميت، فيسقط و يسترد قيمته، مثل ما قيل فى أمثاله، و فى الآخر ثبت الخيار للمشتري بين الفسخ و أخذ الثمن، و الرضا به بقيمته من غير شىء، لتبعض الصفقه.

و لعله يفهم عدم الخلاف عندنا من التذكرة، فإن فيه أولاً أن صحه إيقاع العقد عليه مستقلا و عدم الصحه انما جعل ضابطا لما له قسط من الثمن، و ما ليس له قسط، فكلما له قسط من الثمن يصح إيقاع العقد عليه مستقلا، كأحد العبيد، و ما لم يكن كذلك - كيد العبد - لا يصلح إيقاع العقد عليه مستقلا.

و الضابط الآخر لذلك أيضا هو ما لا يبقى معه أصل المبيع، كالعبد من العبيد، و ما يبقى كيد العبد مثلا، فيد العبد لا قسط لها من الثمن على كل من الضابطين، لأنها لاتباع مستقلة، و انه يبقى معها أصل المبيع، و هو قد حكم بأن لها قسطا من الثمن مع عدم صحه إيقاع العقد عليها و هو خروج عن الضابط الأول.

و ثانيا أن ما ذكره من عدم الخلاف مع ما عرفت من أن القول بالأرش قد صرح به جملة منهم، بل هو المشهور كما ذكره بعضهم، و ان العلامة فى القواعد قد توقف فى ذلك.

قالوا هذا كله إذا كان الفئات جزا من المبيع، و أما لو كان وصفا محضا، كما لو كان العبد كاتبا فنسى الكتابه قبل القبض، فللمشترى الرد خاصه، أو الإمساك بجميع الثمن، لأن الفئات ليس جزا للمبيع، و من ثم لو شرط كونه كاتبا فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد.

التاسع إذا باع شيئا فغصب من يد البائع

فإن أمكن استعادته من الغاصب في زمن يسير، بحيث لا يفوت فيه منفعه مقصوده يستلزم فواتها نقصا معتبرا، أو فوات غرض مقصود للمشترى، فليس للمشترى الفسخ، و يجب على البائع استعادته مع الإمكان، لأن التسليم واجب عليه، و لا يتم الا بذلك، و ان تعذرت استعادته أو أمكنت، لكن بعد مضي زمان يفوت فيه ما ذكرنا من المنافع المقصوده، و الأغراض المطلوبه، فإن للمشترى الخيار حينئذ بين الفسخ و الرجوع الى ثمنه، و بين الرضا بالبيع و انتظار حصوله، و له الانتفاع بما لا يتوقف على القبض، كعتق العبد و نحوه.

ثم ان تلف في يد الغاصب فهو مما تلف قبل القبض، فيبطل البيع و لو مع رضائه بالصبر، و يحتمل أن يكون الرضاء به قبضا، و نحوه ما لو رضى به في يد البائع، و لو امتنع البائع من تسليمه فللمشترى الأجره إذا سلمه بعد مده تلزم فيها الأجره لو كان له أجره، و يحتمل ان يكون له الفسخ كما في أخذ الغاصب له ظلما، لانه غاصب في هذه الحال.

و لو حبسه لنقد الثمن فان ذلك له على ما يظهر من الأصحاب، فلا أجره له حينئذ، و قد تقدم الكلام في ذلك في صدر هذا المقام، و كل موضع يجوز الحبس و المنع فننقله المبيع على المشتري، لأنه ماله و له نماؤه، و ان لم يمكن من قبضه يكون في ضمان البائع.

إشاره

-اختلف الأصحاب فى بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه، فعن الشيخ المفيد أنه يكره ذلك فيما يكال أو يوزن، و ليس بمفسد للبيع، و لا مانع من مضيه، و نحوه الشيخ فى النهايه، و قال فى المبسوط: إذا ابتاع شيئاً و أراد بيعه قبل قبضه، فان كان طعاماً لم يجوز بيعه حتى يقبضه إجماعاً، فأما غير الطعام من سائر الأموال فإنه يجوز بيعه قبل القبض، و نحوه قال فى الخلاف فى موضع، يجوز بيع ما عدا الطعام قبل أن يقبض.

و قال ابن أبى عقيل: كل من اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فباعه قبل أن يقبضه فالبيع باطل، و ان كان مما لا يكال أو يوزن فباعه من قبل أن يقبضه فالبيع جائز، و الفرق بينهما أن السنه جاءت عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) بإبطال بيع الطعام و جميع ما يكال و يوزن قبل القبض، و اجازته فيما سوى ذلك، و اختار ابن البراج فى المذهب قول الشيخ فى المبسوط، و فى الكامل قوله فى النهايه.

و عن ابن حمزه أنه منع من بيع الطعام قبل القبض، سواء كان بيعاً أو قرضاً، و غير الطعام جوز بيعه قبل القبض على كل حال، الا أن يكون سلفاً.

قال الصدوق فى المقنع: لا- يجوز أن يشتري الطعام من بيعه قبل أن يكتاله، و ما لم يكن فيه كيل و لا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه، و قال فى موضع آخر منه: و لا بأس أن يشتري الرجل النخل و الثمار ثم يبيعه قبل أن يقبضه،

و روى فى حديث

«أنه لا بأس أن يشتري الطعام من بيعه قبل أن يقبضه و يوكل المشتري بقبضه».

و قال أبو الصلاح: يصح بيع ما استحق تسليمه قبل أن يقبضه، و ينوب قبض الثانى عن الأول و أطلق.

و المشهور بين المتأخرين من المحقق و العلامه و من بعدهما هو القول بالجواز

على كراهه، و الاخبار فى المسأله على غايه من الاختلاف و الاضطراب، فلا بد من بسطها و نقلها ليظهر ما هو حقيقه الحق منها و الصواب، بتوفيق الملك الوهاب، و بركه أهل الذكر الأطياب.

فمن الأخبار الداله على القول بالتحريم ما رواه

الصدوق فى الصحيح عن منصور بن حازم (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن توليه، فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه».

قال فى الفقيه بعد هذه الروايه: يعنى أنه يؤكل المشتري بقبضه.

و ظاهر المحدث الشيخ محمد الحر فى الوسائل أن هذه الزيادة من أصل الروايه، حيث أدرجها فيها (٢) و هكذا نقلها فى المختلف أيضا عن الفقيه، و الأقرب انها من كلام صاحب الفقيه، كما يظهر من المحدث الكاشانى فى الوافى، حيث لم ينقلها فى الروايه.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن الحلبي (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«انه قال فى الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكتال، قال: لا يصلح له ذلك».

و ما رواه

فى التهذيب أيضا بسند آخر فى الصحيح عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله و أبى صالح (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) مثله، و زاد و قال:

«لا تبعه حتى تكيله».

ص: ١٦٩

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ١٢٩ التهذيب ج ٧ ص ٣٥.

٢- ٢) الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام العقود الرقم ١.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٧٨ التهذيب ج ٧ ص ٣٦.

٤- ٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٦.

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب فى الصحيح عن الحلبي (1) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قوم اشتروا بزا فاشتركوها فيه جميعا و لم يقتسموه أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس به، و قال: ان هذا ليس بمنزله الطعام، لان الطعام يكال».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب فى الصحيح فى الكتاب الأول عن منصور (2) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ييعا ليس فيه كيل و لا- وزن، إله أن يبيعه مرابحه قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه؟ فقال: لا بأس بذلك ما لم يكن فيه كيل و لا وزن، فان هو قبضه فهو أبرأ لنفسه».

و ما رواه

فى التهذيب عن معاوية بن وهب (3) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبيعه حتى يكيه أو يزنه، الا أن يوليه بالذى قام عليه».

و عن سماعه فى الموثق (4) قال:

«سألته عن الرجل يبيع الطعام أو الثمره، و قد كان اشتراها و لم يقبضها قال: لا- حتى يقبضها، الا أن يكون معه قوم يشاركهم فيخرجه بعضهم عن نصيبه من شركته بربح، أو يوليه بعضهم فلا بأس».

و روى فى التهذيب (5) قال:

«و سألت على بن جعفر أخاه موسى بن جعفر (عليه السلام) عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و ان كان يوليه فلا- بأس، و سأله عن الرجل يشتري الطعام أ يحل له أن يولى منه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه شيء فلا بأس، فإن ربح فلا يصلح حتى يقبضه».

ص: ١٧٠

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٣٦ التهذيب ج ٧ ص ٥٥.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣٦ التهذيب ج ٧ ص ٥٦.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٦.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٦.

و طريق الشيخ فى التهذيب الى على بن جعفر صحيح، فتكون الروايه صحيحه، فما ذكره فى المسالك من أن الشيخ ذكرها فى التهذيب بغير اسناد و جعلها بذلك ضعيفه، غفله مما ذكرناه.

و رواه على بن جعفر فى كتابه و رواه الحميرى فى قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن على بن جعفر (1) مثله.

و عن أبى بصير (2) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه؟ قال: لا يعجبني أن يبيعه كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه، إلا أن يوليه كما اشتراه، فلا بأس أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع، و ما كان من شىء عنده ليس بكيل و لا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه».

أقول: و هذه الاخبار كلها كما ترى ظاهره الدلاله على القول المذكور، و مقتضاها تصريحها فى بعض و تلويحا فى آخر عموم الحكم للمكيل و الموزن، لا بخصوص الطعام.

و يؤيدها أيضا ما رواه

فى الكافى عن على بن أبى حمزه (3) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«سألت عن الرجل يشتري متاعا ليس فيه كيل و لا وزن أ يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس».

و جمله من هذه الاخبار قد دلت على النهى الذى هو حقيقه فى التحريم،

ص: ١٧١

١- ١) الوسائل الباب ١٦- من أبواب أحكام العقود الرقم ٩.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧ الوسائل الباب ١٦- من أبواب أحكام العقود الرقم ١٦.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٢٠٠ الوسائل الباب ١٦- من أبواب أحكام العقود الرقم ٨.

كصحيحه منصور بن حازم (١) و صحيحه عبد الرحمن بن ابي عبد الله و ابي صالح (٢) و صحيحه معاويه بن وهب (٣) و موثقه سماعه (٤).

و ما عدا هذه الاخبار فإنها و ان لم تكن مثلها في الصراحة، الا أنها بمعونه هذه الاخبار ظاهره تمام الظهور؟ خصوصا لفظ لا يصلح، فان ذكر هذه الألفاظ- في ضمن هذا السياق الذي سيقى عليه الاخبار الناهيه الصريحه في التحريم- قرينه ظاهره على أن المراد بها ما أريد بالنهاي- في تلك الاخبار- التحريم، و ان كانت في حد ذاتها أعم من ذلك، كما لا يخفى على المنصف المتدرب.

ثم انه لا- يخفى أن جمله من هذه الاخبار قد دلت على استثناء التوليه فيجوز البيع قبل القبض في هذه الصوره، و في بعضها تخصيص المنع بالربح، فيفهم منه الجواز مع المواضعه، الا أن عجز صحيحه على بن جعفر صريح في المنع مع المواضعه أيضا، و حينئذ فيحمل ما دل على ذكر الربح على مجرد التمثيل دون التخصيص، فيختص الجواز بالتوليه خاصه، كما هو مفاد أكثر الاخبار، و يجب حمل الأخبار الداله على النهي مطلقا على غير التوليه جمعا.

استدل القائلون بالجواز- و منهم المحقق الأردبيلي، فإنه قد أطال في ذلك، و نحن ننقل كلامه ملخصا، فإنه قد بالغ في نصره القول المشهور بين المتأخرين بجده و جهده، فاستدل- بعموم القرآن و الاخبار الداله على جواز البيع، و الأصل، و بأن الناس مسلطون على أموالهم، و حصول التراضي مع عدم المانع عقلا، و عدم الخروج عن قانون و قاعده.

و صحيحه منصور بن حازم (٥) عن ابي عبد الله (عليه السلام)

«في رجل أمر

ص: ١٧٢

- ١-١) الوسائل الباب ١٦- من أبواب أحكام العقود الرقم-١.
- ٢-٢) الوسائل الباب ١٦- من أبواب أحكام العقود الرقم-١٤.
- ٣-٣) الوسائل الباب ١٦- من أبواب أحكام العقود الرقم-١١.
- ٤-٤) الوسائل الباب ١٦- من أبواب أحكام العقود الرقم-١٥.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٥٠.

رجلا يشتري له متاعا فيشتره منه؟ قال: لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما يشتريه».

و صحيحه محمد بن مسلم (1) عن ابي جعفر (عليه السلام) قال:

«سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لى متاعا لعلى أشتريته منك بنقد أو نسبه فابتاعه الرجل من أجله قال: ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعد ما يملكه». فان قوله بعد التملك، و بعد الشراء كالصريح فى الجواز قبل القبض مطلقا، فافهم.

و يدل عليه أيضا

صحيحه محمد الحلبي (2) عن ابي عبد الله (عليه السلام).

قال:

«سألته عن الرجل يشتر الثمره ثم يبيعه قبل ان يأخذها؟ قال: لا بأس به ان وجد ربحا فليبع».

و صحيحه محمد بن مسلم (3) عن أحدهما (عليهما السلام)

«انه قال فى رجل اشترى الثمره ثم يبيعه قبل أن يقبضها قال: لا بأس».

و لا يخفى أن الثمره مكيل، بل طعام على بعض الإطلاقات، و الأول صريح فى الجواز مع إرادته المرابحه، فيحمل ما يدل على عدم جوازها على شده الكراهه للجمع، فتأمل.

و يؤيد الجمع

روايه ابي بصير قال:

«سألته ابا عبد الله (عليه السلام) اشترى طعاما قبل أن يكيه؟ قال: ما يعجبني» الحديث. كما قدمنا نقله (4).

ثم قال: و هذه صريحه فى الكراهه مرابحه، و كراهه المكيل و الموزون قبل القبض، و عدم البأس فى غيرهما.

و كذا ما فى

روايه ابن الحجاج الكرخي (5) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام):

- ١-١) التهذيب ج ٧ ص ٥١.
- ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٨٩.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٨٩.
- ٤-٤) ص ١٦٠.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٩ الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

اشترى الطعام إلى أجل مسمى، فطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه؟ قال:

لا بأس أن تبع إلى أجل كما اشتريت» إلى آخره.

و كذا

روايه جميل بن دراج (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، و يوكل الرجل المشتري منه بكيه و قبضه؟ قال: لا بأس».

و يؤيده أيضا أن أكثر أخبار المنع وردت بلفظ لا يصلح، و هو ظاهر فى الكراهه و ليست بصريحه فى التحريم، و التى بغير لفظ لا يصلح ليست أيضا بصريحه فى التحريم قبل القبض، مثل روايه معاويه الاثيه، لان فيها النهى عن البيع قبل الكيل، و مع الإجمال فى قوله «الا أن توليه، الذى قام عليه».

نعم روايه منصور ظاهره فيه، و يمكن تأويلها، و بالجمله الأدله التى أفادت العلم لا- ينبغى الخروج عنها الا- بدليل قوى. انتهى ملخصا.

أقول: لا يخفى ما فيه على المنصف النبى من التكلف و الخروج عن القواعد المقرره و الضوابط المعتمده، أما ما استدل به أولا من الأصل و عمومات القرآن و الاخبار و أن الناس مسلطون على أموالهم، ففيه أن ما دلت عليه الاخبار المذكوره خاص، و مقتضى القاعده تخصيص تلك العمومات به، و الأصل يجب الخروج عنه بالدليل، و هو موجود بالتقريب الذى قدمناه ذيل تلك الاخبار.

و بذلك يظهر لك ما فى قوله- و عدم الخروج من قانون و قاعده- و كيف لا يكون فيما ذهب اليه خروج عن قاعده، و مورد هذه الاخبار أخص مما استدل به من العمومات، و قاعده المسأله تقتضى الحكم بالخاص على العام، و المقيد على المطلق.

ص: ١٧٤

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦ الكافى ج ص ١٧٩.

و أما صحيحه منصور بن حازم و صحيحه محمد بن مسلم فالقول فيهما كذلك أيضا، فإن المبتاع فيهما مطلق، شامل بإطلاقه للمكيل و الموزون و غيرهما، و الواجب تخصيصهما بما عدا المكيل و الموزون، كما أفصحت به صحيحه منصور ابن حازم التي هي أول تلك الاخبار، من قوله (عليه السلام) «إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن» إلى آخره، فإنها قد فصلت بين المتاع المكيل و الموزون و غيرهما، و به يجب الحكم على إطلاق الخبرين المذكورين.

و نحوها صحيحه الأخرى و غيرها، و به يتأكد ما أوردنا على قوله «و عدم الخروج عن قانون و قاعده».

و أما صحيحه محمد الحلبي و صحيحه محمد بن مسلم الواردتان في بيع الثمار فهما ليسا من محل البحث في شيء، حيث أن الظاهر من الاخبار من المكيل و الموزون هنا انما هو ما أمكن كيله و وزنه بالفعل، لا بالقوه، قربه أو بعیده، و الثمره انما هي من قبيل الثاني، و مع أنهما أخص من محل البحث، و معارضتان بموثقه سماعه المتقدمه.

و بذلك يظهر ما في قوله «و لا- يخفى أن الثمره مكيل» فإنه ان أراد بالفعل فهو ليس كذلك، كما هو ظاهر لكل ناظر، و ان أراد بالقوه فهو ليس محل البحث الذي دلت عليه الاخبار.

و أما روايه أبي بصير و قوله (عليه السلام) فيها «ما يعجبني» فهو أعم من التحريم و الكراهه، و هذا اللفظ يساوق قولهم في مواضع «ما أحب» الذي قد وقع استعماله في التحريم في مواضع، و سياق الخبر إلى آخره ظاهر في ذلك.

و بذلك يظهر ما في قوله «و هذه صريحه في الكراهه»، و ما أدري من أين حصلت له هذه الصراحه مع الإجمال في اللفظ المذكور، و دلالة السياق على ما ذكرنا من التحريم، و أن سياق هذه الروايه سياق الروايات الصريحه في التحريم بالنهي

عن ذلك، فهذا اللفظ هنا مراد به ما دلت عليه تلك الألفاظ الصريحة فى النهى.

و أما روايه ابن الحجاج الكرخى -فهى مع ضعفها و قصورها عن معارضه ما قدمناه من الاخبار-مخصوصه بما إذا اشترى الطعام بثمان مؤجل، و أراد بيعه مرابحه بثمان مؤجل، حيث أنه لا- يصح نقدا لأين الأجل له قسط من الثمن، فموردها أخص من محل البحث، فلا تنهض حجه على تمام المدعى.

و أما روايه جميل فهى ظاهره فيما ادعى، لكنها لا تبلغ قوه المعارضه لما قدمناه من الاخبار.

و كيف كان فإنه قد ظهر بما قرناه أنه ليس فى الاخبار ما يدل على هذا القول المشهور بينهم إلا روايه جميل المذكوره على ما هى عليه من الضعف، و الا- فقد عرفت حال ما عداها، و بذلك يظهر ما فى قوله «و بالجمله الأدله التى أفادت العلم لا ينبغى الخروج عنها الا بدليل قوى» فإنه مجرد دعوى خاليه من الدليل، بعد ما عرفت من أحوال أدلته التى هى من هذا القبيل.

ثم أنه قال (قدس سره): ثم انه يمكن حمل أخبار المنع مع ما عرفت فيها من عدم التصريح بالنهى و التحريم، و إمكان التأويل للجمع المذكور على عدم وقوع الكيل و الوزن فى الشراء الأول، و هى ليست بصريحه فى وجودها الى آخر كلامه.

أقول: انظر الى هذا الكلام المنحل الزمام، و المختل النظام، الذى هو من أضعف الأوهام، أما أولا فمن حيث إنكاره النهى عن ذلك، و قد عرفت الأخبار الصحيحه الصريحه فى النهى الذى هو حقيقه فى التحريم.

و أما ثانيا فمن حيث حمله للاخبار النهى على عدم وقوع الكيل و الوزن فى الشراء الأول، مع أن هذا هو موضوع المسأله، و محل الخلاف الذى اختلف

فيه الأقوال و الاخبار، لان موضوع المسأله انه هل يجوز بيع المكييل و الموزون ثانيا قبل قبضه من البائع الأول أم لا؟ و القبض فى المكييل و الموزون هو كيله و وزنه لأجل القبض، كما عرفت. و الروايات بعضها بلفظ عدم القبض، و بعضها بلفظ الكيل و الوزن، و المرجع إلى أمر واحد.

و روايه جميل التى اعتمدها دليلا على الجواز، صريحه فى جواز بيعه قبل قبضه، و أن يوكل المشتري الثانى فى القبض عنه، ليقبض و كاله عنه، و يقبض لنفسه، فهو و كيل فى القبض و الإقباض، و هو صريح فى جواز البيع قبل الكيل و الوزن.

و بالجمله فإن كلام هذا المحقق هنا لا- يخلو عن غفله و استعجال، و عدم تأمل فيما سطره من المقال، لظهور ما فيه من الاختلال، هذا و العجب أن من قواعد أصحاب هذا الاصطلاح الدوران مدار الأخبار الصحيحه الأسانيد، و العمل بها، و طرح ما عارضها، و أنهم لا يجمعون بين الاخبار الا بعد التساوى فى الصحه، و إلا فتراهم يطرحون الضعيف من البين، و لم أقف على من وقف على هذه القاعده هنا الا قليل منهم.

قال فى المسالك بعد- أن نقل الاستدلال على الجواز بخبرى جميل و ابن الحجاج الكرخى، و على العدم بصحاح الحلبي و منصور بن حازم و معاويه بن وهب، و نقل عنهم الجمع بين الاخبار، بحمل اخبار المنع على الكراهه- ما لفظه:

و هذا الجمع انما يتم لو كانت الاخبار متكافئه فى وجوب العمل بها، لكن الأمر هنا ليس كذلك، لان اخبار المنع صحيحه متظافره، و خبر التسويغ فى طريق أولهما على بن حديد و هو ضعيف، و الآخر مجهول، فالقول بالمنع أوضح، و هو خير العلامه فى التذكره و الإرشاد، و الشيخ فى المبسوط، بل ادعى عليه الإجماع جماعه من الأصحاب. انتهى.

و هو جيد هذا مع ما عرفت فى غير موضع مما تقدم ما فى الجمع بين الاخبار بالكراهه و الاستحباب- كما هو القاعده المطرده عندهم فى جميع الأبواب- من عدم الدليل على ذلك، من سنه و لا كتاب، بل عدم الاستقامه فى حد ذاته، كما لا يخفى

على المنصف من أولى الألباب، لأن الاستحباب و الكراهه حكمان شرعيان يتوقفان على الدليل الواضح، و مجرد اختلاف الاخبار ليس بدليل على ذلك. و أيضا فإن الأصل فى الأمر الوجوب، و فى النهى التحريم، كما حققه المحققون فى الأصول، و عليه دلت الآيات و الروايات كما سلف تحقيقه فى المقدمات (١) من أول كتاب الطهاره و حملهما على غير ذلك مجازا يتوقف على القرينه و اختلاف الاخبار ليس من قرائن المجاز.

و أنت إذا تدبرت فى أخبار المسأله نفيًا و إثباتًا ظهر لك ان الحكم بالتحريم كان شائعًا فى الصدر الأول بين أصحاب الأئمه (عليهم السلام) كما يشير إليه روايه على بن أبى حمزه، و صحيحه الحلبي المشتمله على شراء البر، و صحيحه منصور الثانيه، فإنها تشعر بتوهم سريان التحريم الى غير المكيل و الموزون، فحصل السؤال عنه و هو يشعر بشهره الحكم بالتحريم فى الموزون و المكيل حتى توهم إلحاق غيرهما بهما، كما لا يخفى (٢).

و بالجمله فالظاهر عندى هو القول بالتحريم إلا فى صورته التوليه، كما نصت عليه الاخبار المتقدمه، و ارتكاب التأويل فى خبرى ابن الحجاج و جميل المذكورين ان أمكن، و الا فالرد إلى قائلهما.

فوائد

الأولى لو باع على تقدير القول بالتحريم مطلقا أو فى غير التوليه

هل يقع البيع باطلا، أو يصح و ان أثم و صرح بالأول ابن ابى عقيل فى عبارته المتقدمه فى صدر المسأله، و بالثانى قطع العلامه فى المختلف. فقال: و لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع، و لم يتعرض الى دليل فى المقام، و كأنه مبنى على ما اشتهر عندهم من أن النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد، انما ذلك فى العبادات، و الحق

ص: ١٧٨

١-١) ص ج ١ ص ١١٢.

٢-٢) أقول ملخص الأقوال هنا ثلاثه، الجواز مطلقا، و المنع مطلقا، و التفصيل بين التوليه و غيرها فيجوز فيها و يحرم فى غيرها. منه رحمه الله.

فى ذلك هو التفصيل الذى قدمنا ذكره فى كتاب الصلاة (1) و تقدمت الإشارة إليه أيضا قريبا من أنه ان كان النهى فى المعاملات من حيث عدم صلاحية المعقود عليه للدخول تحت العقد، فالأظهر بطلان العقد، وان كان بسبب أمر خارج فالأظهر الصحة، والظاهر أن ما هنا من قبيل الأول، و هو اختياره فى المسالك- أيضا- قال:

و يؤيده أن النهى هنا راجع الى نفس البيع، فيبطل كبيع المجهول و نحوه، و لتعلق النهى فيه بمصلحه لا تتم إلا بإبطاله.

الثانية [هل الخلاف فى الطعام خاصة أو المكيل و الموزون مطلقا]

- أكثر الأصحاب جعلوا محل الخلاف هو الطعام، و الظاهر من الاخبار المقدمه بالنظر الى حمل مطلقها على مقيدها و عامها على خاصها هو المكيل و الموزون مطلقا، و سياق جملة من الاخبار المتقدمه ظاهر فى ذلك أوضح الظهور، و ذكر الطعام فى بعض انما خرج مخرج التمثيل، لأنه أشهر أفراد المكيل و الموزون، و أكثرها دورانا فى المعاملات.

ثم انه على تقدير الاختصاص بالطعام فهل المراد به كلما أعد للأكل - كما هو موضوعه لغه- أو يختص بالحنطه و الشعير لانه معناه شرعا؟ كما نبهوا عليه فى موارد، منها حل طعام أهل الكتاب- قولان: و بالثانى صرح فخر المحققين فى بعض فوائده على ما نقلوه عنه، و فى دعوى اختصاص طعام أهل الكتاب بالحنطه و الشعير نظر، إذ الظاهر من الاخبار الشمول لجميع الأفراد الموزونه من الحبوب مثل العدس و الذره و نحو ذلك.

الثالث: لو ملك ما يريد بيعه بغير بيع

جاز و ان لم يقبضه، كالميراث و الصداق للمرأة و الخلع و نحوها.

قال فى المسالك: المنع على القول به مشروط بأمرين- انتقاله بالبيع، و نقله به، فلو انتقل بغيره أو نقله بغيره لم يحرم، أما الأول فلا نعلم فيه خلافا، و اما

ص: ١٧٩

الثانى فهو المشهور، غير أن الشيخ ألحق به الإجاره، محتجا بأنه ضرب من البيوع، و هو ممنوع، و كذلك منع من الكتابه، بناء على أنها بيع العبد من نفسه، و هو مع تسليمه لا- يستلزم المنع، لان العبد ليس مما يكال أو يوزن، و غايه المنع عندنا ان يكون المبيع مقدرًا بهما. انتهى.

ثم انه على تقدير الجواز فى الميراث و نحوه مما تقدم، قد استثنى بعضهم من ذلك صورًا منها- ما إذا اشترى الميت قبل الموت مكيلا أو موزونا و لم يقبضه، فإنه لا يجوز للوارث بيعه قبل قبضه، و رد بأن انتقاله الى الوارث بالإرث واسطه بين البيعين.

و منها فى الصداق إذا اشترى المصدق الصداق مثلا- و لم يقبضه، و أصدقه المرأة قبل القبض، و أرادت المرأة بيعه و الحال كذلك، و أوجب عنه بما أوجب عن سابقه، فإن إصداقه للمرأة واسطه بين البيعين، و هكذا القول فى عوض الخلع إذا اشترته المرأة و لم تقبضه، ثم جعلته عوضًا للخلع، و أراد الزوج بيعه و الحال كذلك، فإن جعله عوضًا للخلع واسطه بين البيعين أيضًا، فالاستثناء غير واضح لثبوت الواسطه فى الجميع.

الحادى عشر [لو كان له على غيره طعام من سلم، و عليه مثل- ذلك]

-المشهور أنه لو كان له على غيره طعام من سلم، و عليه مثل ذلك، فأمر غريمه ان يكتال لنفسه من الآخر، فإن قلنا بتحريم بيع ما لم يقبض حرم هنا أيضًا، و ان قلنا: بالكراهه اكره هنا أيضًا، ذكر ذلك الشيخ فى الخلاف و المبسوط، و تبعه الجماعة لأن المحتال قبض المحال عوضًا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه، فيكون من قبيل بيع ما لم يقبض، و قيل: بأن هذا ليس من تلك المسألة فى شىء، لما عرفت من أن المنع من بيع ما لم يقبض تحريما أو كراهه مشروط بشرطين، انتقاله بالبيع، و نقله به، و ما ذكر فى هذا الفرض و ان كان تبعًا من حيث أن السلم فرد من أفراده، الا ان الواقع من أسلم إما حواله لغريمه فى القبض، أو وكاله له فيه، و كل منهما ليس ببيع، و دعوى أن الحواله ملحقه بالبيع فى حيز المنع.

أقول: و يؤيد هذا القول ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) في الصحيح في بعض و الموثق في أخرى عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (1) قال:

« سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل عليه كرم من طعام فاشترى كرا من رجل آخر، فقال: للرجل انطلق فاستوف كرك فقال: لا بأس به. » و هو ظاهر في المراد عار عن و صمه الإيراد.

و به يظهر قوة القول المذكور، مضافا الى ما تقدم من ان الواقع هنا انما هو حواله لا بيع.

و أجاب الشهيد في بعض تحقیقاته عن ذلك بأن مورد السلم لما كان ماهيه كلبه ثابتة في الذمه منطبقه على افراد لا نهايه لها، فأى فرد عينه المسلم اليه، تشخص بذلك الفرد، و انصب العقد عليه، فكأنه لما قال للغريم: اکتل من غريمي فلان قد جعل عقد السلم معه، و اردا على ما في ذمه غريمه المستسلف منه، و لما يقبضه بعد، و لا ريب أنه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مورد السلم الذى هو بيع يكون بيعا للطعام قبل قبضه، فيتحقق الشرطان، و يلتحق بالباب، قال: و هذا من لطائف الفقه.

قال في المسالك بعد نقل ذلك:- و هذا التحقيق غايه ما يقال هنا في توجيه كلام الشيخ و من تبعه، الا انه مع ذلك لا يخلو من نظر، لأن مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة في الذمه لما كان أمرا كليا، كان المبيع المتحقق به هو الأمر الكلى، و ما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحواله و غيرها ليس هو نفس المبيع، و ان كان الأمر الكلى انما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصه فإنها ليست عينه، و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معييا رجع الحق إلى الذمه، و المبيع المعين ليس كذلك، و نظير ذلك ما حققه الأصوليون من أن الأمر بالكلى ليس أمرا بشىء من جزئياته الخاصه و ان كان لا يتحقق الا بها.

ص: ١٨١

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٧٩ التهذيب ج ٧ ص ٣٧ الفقيه ج ٣ ص ١٢٩.

و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض، و كونه حينئذ بيعا غير واضح، فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجه، نعم لا بأس حينئذ بالكراهه خروجا من خلاف الشيخ و الجماعة و تحرزا عما هو مظنه التحريم انتهى و هو جيد.

الثاني عشر- لو كان له على غيره طعام من سلم، فدفق اليه مالا و قال اشتر به طعاما

، فان قال: اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك، بمعنى أنه و كله في القبض و الإقباض قالوا: صح الشراء خاصة، دون القبض و الإقباض، لأنه لا يجوز أن يتولى طرفي العقد، ذكره الشيخ و تبعه جملة ممن تأخر عنه و تردد في الشرائع.

قال الشيخ: لأنه لا يجوز أن يكون و كيلا لغيره في قبض حق نفسه من نفسه، و جملة من المتأخرين قد صرحوا بالجواز، لأن الأصل ذلك، و لأنه و كله في الإقباض، و المغايره الاعتباريه في القابض و المقبوض منه كافي، و مثله تولى طرفي العقد.

أقول: و قد تقدم الكلام في مسأله تولى الواحد طرفي العقد في الموضوع الخامس من المسأله الخامسه من المقام الأول من الفصل الأول في البيع (1) قالوا:

و لو قال: اشتر لك لم يصح الشراء، و لا يتعين له بالقبض، و علل بأن مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه ما دام على ملك الغير، و هذا هو الفارق بين هذه و سابقها، حيث حكم بصحة الشراء ثمه، و نقل عن الشيخ في الخلاف جواز ذلك هنا، و جعله قبضا للطعام بجنس الدراهم أو قبضا للدراهم، و رد بعدم وجود دليل يدل على ما ادعاه. نعم لو علم من الدافع إرادته أحد الأمرين و قبل القابض صح ذلك.

أقول: و الذي وقفت عليه في هذا المقام روايات، منها- ما رواه

المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي (2) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن رجل

ص: ١٨٢

١-١) ج ١٨ ص ٤١٦.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٥ التهذيب ج ٧ ص ٢٩ الفقيه ج ٣ ص ١٦٤.

أسلفته دراهم فى طعام فلما حل طعامى عليه بعث الى بدراهم فقال: اشتر لنفسك طعاما و استوف حقه؟ قال: أرى أن يولى ذلك غيرك، و تقوم معه حتى تقبض الذى لك، و لا تتولى أنت شراءه». و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الموثق عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أسلف دراهم فى طعام فحل الذى له فأرسل إليه بدراهم فقال: اشتر طعاما و استوف حقه هل ترى به بأسا؟ قال: يكون معه غيره يوفيه ذلك».

و ما رواه

فى التهذيب فى الصحيح عن يعقوب بن شعيب (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الآخر أحمال رطب أو تمر، فيبعث إليه بدنانير فيقول: اشتر بهذه و استوف منه الذى لك؟ قال: لا بأس إذا ائتمنه».

أقول: الظاهر من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض هو أن النهى عن الشراء فى الخبرين الأولين إنما هو لخوف التهمة، كما أفصح به الخبر الثالث، و حينئذ فيجوز له الشراء متى أمن التهمة، و على ذلك تكون الاخبار ظاهره فى جواز الشراء و القبض و الإقباض، و به يظهر عدم الالتفات الى ما ذكره من التوجيهات الركيكه، و الأمر فى ذلك- فى الاخبار سيما فى باب البيوع و الطهارات و النجاسات و نحوها- أوسع من ذلك، كما لا يخفى على من مارسها و تأملها.

و من الظاهر أن قوله: اشتر لنفسك طعاما كما فى الخبر الأول، مثل قولهم «اشتر لك» الذى حكموا فيه بعدم صحه الشراء، «و استوف حقه» فى جميع هذه الاخبار كناية عن الإقباض، فهو و كيل من جهة صاحب الدراهم فى الاشتراء، و القبض و الإقباض، و قوله «اشتر لك»، أو اشتر لنفسك» إنما هو عبارة عن توكيله فى الشراء بتلك الدراهم، فلا معنى لقولهم انه يمتنع شراء شىء به لنفسه ما دام

ص: ١٨٣

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٨٦ التهذيب ج ٧ ص ٣٠.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ فى ذيل حديث مع اختلاف يسير.

على ملك الغير، وبالجملة فإن الأمر فى هذا الباب أوسع مما ذكره.

والمحدث الكاشانى فى الوافى قد حمل النهى فى الخبرين الأولين على غير البصير بالمسأله الفقهيه فى هذا المجال، فان دفع الدراهم فى هذه الصوره أعنى وقت حلول مال السلم و عدم وجوده عند المسلم اليه قد يكون لفسخ البيع، لعدم وجوده، فلا يستحق أزيد من رأس ماله، وقد يكون لتوكيل صاحب الطلب فى شرائه و قبضه و إقباضه، فيصح مع الزيادة، و ما ذكره (قدس سره) جيد فى غير هذين الخبرين من أخبار الباب الذى عقده لذلك.

و الوجه فى المنع فى هذه الاخبار التى ذكرناها انما هو ما قدمناه من خوف التهمه، كما صرح به فى الخبر الثالث، و يؤيده أن هذين الخبرين لم يتعرض فيهما لجواز الزيادة و عدمها، و قد حققنا ذلك فى حواشينا على الكتاب المذكور و الله العالم.

الثالث عشر [إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه]

قالوا إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه، فان لم يكن حضر كيله و لا وزنه، فالقول قوله، و ان كان حضر فالقول قول البائع، قيل:

و انما كان القول قول البائع فى الثانيه مع أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه فى الصورتين، عملاً بالظاهر، من أن صاحب الحق إذا حضر لاستيفاء حقه يحتاط لنفسه، و يعتبره مقدار حقه، فيكون هذا الظاهر مرجحاً لقول البائع و مقوياً لجانبه، و معارضاً للأصل، فيقدم قوله يمينه، و هذه مما رجح فيها الظاهر على الأصل و هو قليل. انتهى.

أقول: الظاهر من العبارة الأولى التى قدمنا نقلها عنهم أن حضور الكيل و الوزن فى هذا المقام أعم من أن يكون الكيل و الوزن لذلك المشتري، أو للبائع فإنه قد تقدم فى جملة من الاخبار و به صرحوا ايضاً أنه يجوز الشراء بالكيل و الوزن الذى أخذ به البائع إذا حضر المشتري الثانى ذلك، و التعليل الذى ذكره هذا

القائل انما يتم على تقدير الصورة الأولى، دون الثانية، فإن المشتري الثاني حال الكيل و الوزن للبائع الذى هو المشتري الأول لا يصدق عليه انه حضر لاستيفاء حقه، و أنه يحتاط لنفسه، بل الحق فى تلك الحال انما هو حضر لغيره و ان كان هو من جملة الحاضرين، و أنه بعد ذلك الكيل و الوزن قد أخذه به و اعتمد عليه.

و بالجملة فإن التعليل المذكور لا يتم فى إحدى صورتين المذكورتين، و تخصيص العبارة الأولى بهذه الصورة يحتاج الى ما يدل عليه، و ظاهرها انما هو العموم كما قدمناه، و به لا يتم الدليل المذكور كلياً، ثم انه على تقدير التخصيص بهذه الصورة فإن التعليل المذكور لا يخلو أيضاً من شىء، فإنه بمقتضى ما ذكره أنه قد تعارض الأصل و الظاهر و، ان الأصل مرجح لجانب المشتري، و الظاهر مرجح لجانب البائع، و مقتضى تعارضهما تساقطهما، و التوقف فى ذلك إلا مع وجود المرجح لأحدهما، و هو لم يذكر هنا مرجحاً للظاهر يوجب تقديمه على الأصل، اللهم الا أن يراد أن الظاهر رافع لحكم الأصل، كالخبر الدال على خلاف مقتضى الأصل، فإنه يجب الخروج به عن مقتضى الأصل، و المراد بالتعارض هنا انما هو ذلك، و الظاهر أنه هو المراد فى أمثال هذا المقام.

و فيه مع ذلك جوار الغفلة و السهو من ذلك المشتري، أو الاعتماد على كيل البائع و وزنه، فلا يمكن الخروج به عن الأصل المذكور، و بالجملة المسألة - لخلوها من النص - لا يخلو من التوقف و الاشكال و الله العالم.

الرابع عشر - لو كان فى ذمته طعام، و أراد منه أو قيمته فى بلد أخرى

اشاره

غير البلد التى استقر الطعام فيها بذمته فهو لا يخلو عن ثلاثه شقوق،

الأول - أن يكون الطعام سلفاً

قالوا: إذا أسلفه فى طعام بالعراق مثلاً، ثم طالبه بالشام لم يجب عليه دفعه، لان مال السلم يتعين دفعه عند الإطلاق فى بلده، و فى موضع التعيين ان عين الموضع، فدفعه فى غير بلد يتعين دفعه فيه غير واجب، سواء كانت قيمته وقت المطالبة مخالفه لقيمه فى بلد التسليم أم مساويه، قالوا: و هذا لا شبهه فيه.

أقول لم أقف على دليل يدل على ما ادعوه هنا من أنه مع الإطلاق يتعين

التسليم فى بلده، فان وجد الدليل تم ما رتبوه على ذلك، و الا فلا، فليتأمل.

قالوا و لو طالبه فى ذلك البلد الأخر بالقيمه و رضى المسلم اليه بالدفع، قيل لم يجوز، لانه بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه، بناء على القول بالتحريم فى تلك المسأله، أو يكره بناء على القول بالكراهه ثمه.

و قيل: و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين بالجواز من غير تحريم و لا كراهه لأن ذلك ليس بيعا، و انما هو استيفاء للحق، غايته أنه بغير جنسه، و مثل هذا لا يسمى بيعا، فلا يحرم.

و ربما قيل: بكراهته، خروجا من خلاف الشيخ القائل بالتحريم و تخلصا من عرضه التحريم. هذا كله إذا رضى المسلم اليه بالدفع.

أما لو لم يرض فهل يجبر على ذلك؟ بناء على الجواز فى الأول، المشهور العدم، لان الواجب فى ذمته هو الطعام لا القيمه و ما فى ذمته لا يجب دفعه فى البلد المذكور، فأولى أن لا يجب عليه دفع ما لم تجر عليه المعاوضه، و لم يقتضيه عقد السلم.

و ذهب بعض الأصحاب و منهم العلامه فى التذكره إلى وجوب دفع القيمه حينئذ، مستندا الى أن الطعام الذى يلزمه دفعه معدوم، فكان كما لو عدم الطعام فى بلد يلزمه التسليم فيه و رد بأن فيه منعا ظاهرا، إذ ليس ثمه طعام يلزم دفعه حتى ينتقل إلى القيمه.

أقول: و مما يدل على ما هو المشهور- من جواز أخذه الثمن متى وقع الرضا من الطرفين بذلك- ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبان (1) عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله (عليه السلام)

فى الرجل يسلف الدراهم فى الطعام إلى أجل، فيحل

ص: ١٨٦

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٨٥ التهذيب ج ٧ ص ٣٠.

الطعام، فيقول: ليس عندي طعام، ولكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمه قال: لا بأس بذلك».

و عن ابن فضال (1) قال:

كتبت الى أبي الحسن (عليه السلام): الرجل يسلفني في الطعام، فيجيء الوقت و ليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم».

و ما رواه

في الكافي و الفقيه في الصحيح عن العيص بن القاسم (2) عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطه، حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام، و وجد عنده دوا و رقيقا و متاعا، أ يحل أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال:

«نعم، يسمى كذا و كذا بكذا و كذا صاعا».

و بذلك يظهر لك ضعف ما ذهب اليه الشيخ و أتباعه من عدم جواز أخذ القيمة للعله التي ذكرها، و الظاهر أن الوجه في الجواز هو ما ذكره، من أن ذلك استيفاء لحقه، لا بيع ليلزم ما ذكر، و لا ينافي ذلك قوله في الرواية الثالثة «يسمى كذا و كذا بكذا و كذا صاعا» فإن المراد منه أنه حيث كانت القيمة عروضاً لا- دراهم فلا بد من تشخيصها في مقابلة الطلب الذي له، ليحصل بذلك استيفاء حقه.

و أما ما ذكره- من عدم جبره لو طلب صاحب السلم قيمته، لأن الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة- فهو جيد ان تم ما ذكره من عدم وجوب التسليم مع الإطلاق إلا في بلد السلم، إلا أنك قد عرفت أنا لم نقف له على دليل.

و مما يؤيد مذهب العلامة في التذكرة هنا- لزوم الضرر بصاحب الحق، فإن توقف إيصال حقه على الوصول الى بلد السلم- مع أنه ربما لا يتيسر له الرجوع إليها أو يتعذر عليه ذلك- موجب لما ذكرناه، فإذا لم يجب على من عليه السلم دفع مال السلم- لتوقفه على الوصول الى تلك البلد التي وقع السلم فيها، و لم يجب عليه دفع قيمته، و الحال أن رجوع صاحب الطلب الى تلك البلد غير ممكن- فاللازم

ص: ١٨٧

١- ١) الكافي ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٣٠.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٦ التهذيب ج ٧ ص ٣١ الفقيه ص ١٦٥.

فوات حقه، و هو عين الضرر.

اللهم الا أن يقال بالجوار في هذه الصورة من حيث دفع الضرر، و أن هذه خارجه عن محل البحث، و الخلاف انما هو فيما إذا لم يكن كذلك، فيتم ما ذكره على ما عرفت فيه.

الثانى - لو كان الطعام قرضا

قالوا: جار أخذ العوض إذا تراضيا على ذلك لانتفاء المانع المذكور في الصورة الاولى، و هو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه، و انما الإشكال في وجوب دفع العوض في غير بلد القرض، لأن إطلاق القرض منزل على قبضه في بلده، فليس للمقرض المطالبه في غيره، كما أنه لو بذل له المقترض لم يجب عليه قبضه أيضا، لما في نقله الى ما عينه الشارع موضعا للقبض من المؤنه، و إذا لم يجب دفع عين الحق فكذا قيمته، لعدم وقوع المعاوضه عليها و اختار العلامه في المختلف وجوب دفع المثل وقت المطالبه، فإن تعذر فالقيمه ببلد القرض.

أقول: لم أقف بعد التبع و الفحص على دليل لما ذكره هنا ايضا، من أن إطلاق القرض منزل على قبضه في بلده، و أنه لأجل ذلك ليس للمقرض المطالبه في غيره، و لا يجب عليه القبض ايضا لو بذله المقترض له في غيره، بل ربما دل ظاهر بعض الاخبار على خلاف ذلك.

مثل ما رواه

الشيخ في الموثق عن سماعه (1) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن رجل لى عليه مال، فغاب عنى زمانا، فأرأيتة يطوف حول الكعبه فأتقاضاه قال: (عليه السلام): لا تسلم عليه و لا تروجه حتى يخرج من الحرم». فان ترك الاستفصال يفيد عموم المقال كما ذكره في غير مقام.

ص: ١٨٨

و يشير الى ما ذكرناه من المناقشه فى الموضوعين المذكورين كلام المحقق الأردبيلى قال بعد ذكر نحو ما ذكره من الأحكام المترتبة على ذينك الحكمين:

ما لفظه كل ذلك ظاهر مما تقدم إذا قيل بتعيين موضع السلف و القرض للطلب فيه و هو محل التأمل.

ثم قال: و يمكن الرجوع الى القرائن، و مع عدمها الى العرف الغالب بين الناس كما سلف فى تعيين زمان السلف و مكانه انتهى.
و بالجملة فالظاهر بناء على ما ذكرناه هنا هو قريب ما ذكره فى المختلف، الا ان الظاهر ان تخصيصه القيمة ببلد القرض مبنى على ما نقلناه عنهم و قد عرفت ما فيه.

الثالث أن يكون غصبا

فقيل: انه لا يجب دفع المثل، و يجوز دفع القيمة بسعر البلد التى استقر الطعام فى الذمه فيها، و نسب القول المذكور للشيخ مساويا بينه و بين القرض فى الحكم.

و قيل: و هو الأشهر بجواز مطالبه الغاصب بالمثل حيث كان، و بالقيمة الحاضره عند الإيعاز، و علل بأنه حق تثبت عليه بعدوانه، فيعم كل مكان، و هو مؤاخذا بأسوء الأحوال.

و وجه وجوب القيمة عند الإيعاز انه وقت الانتقال إلى القيمة فى المثل و استقرب فى المختلف قول الشيخ فى القيمة، و هى قيمة بلد القرض، لانه غصبه هناك، فإذا تعذر المثل وجب عليه قيمته فيه.

و نقل ما عليه الأكثر عن والده و احتمل بعضهم أعلى القيم من حين الغصب الى حين الدفع، و الظاهر هو القول المشهور فى كل من الأمرين المذكورين و الله العالم.

الخامس عشر [لو اشترى عينا بعين، و قبض احدى العينين]

قالوا: لو اشترى عينا بعين، و قبض احدى العينين و بقيت الأخرى عند بائعها، ثم باع القابض ما قبضه، ثم تلفت العين الأخرى عند بائعها بطل

البيع الأول، ولا- سبيل إلى إعادته ما بيع ثانياً، لأن تلك العين كانت ملكاً خالصاً للبائع، وإنما طرأ البطلان على العقد بعد انتقال العين، فلا- يؤثر فيما سبق من التصرفات، وعلى هذا فيلزم على البائع الثاني دفع المثل إن كانت العين مثليه، وقيمه إن كانت قيمه، كما لو تلفت العين.

بقي الكلام في القيمة هل هي قيمته يوم البيع، أو يوم تلف العين الأخرى يحتمل الأول لأنه وقت تعذر المثل، والثاني لأن القيمة لم تكن لازمه للبائع، وإنما لزم بتلف العين الأخرى الموجب لبطلان البيع، واستجوده في المسالك.

قيل: ويستفاد من ذلك أن تلف المبيع قبل قبضه إنما يبطل المبيع من حينه، لا من أصله، ولا لاسترد العين، وتظهر الفائدة في ذلك وفي النماء.

أقول لم أقف في هذه المسألة على نص بالخصوص، وبذلك يظهر ما في الفائدة المذكورة، فإنه لو كان الحكم المذكور منصوصاً لصحت هذه الفائدة وأما إذا كان ذلك إنما هو بمجرد فتواهم وكلامهم فإنه لا ثمره لهذه الاستفادة والله العالم.

المطلب الرابع في اختلاف المتبايعين

إشاره

وفيه مسائل

الأولى [اختلاف المتبايعين في نوع النقد]

- إذا عين المتبايعان نقداً مخصوصاً تعين، وإن أطلقا فإن كان نقد البلد متحداً انصرف الإطلاق إليه، وإن كان متعدداً انصرف إلى ما هو الغالب، لما عرفت في غير موضع مما تقدم من أن الإطلاق إنما ينصرف إلى الأفراد الغالبة المتكرره، ولو كثرت النقود فيها ولا- غلبه في شيء منها بطل، لأن تعدد النقود في البلد بمنزلة اللفظ المشترك، ولا يحمل على أحد معانيه إلا مع القرينه، ومع الغلبه فالقرينه ظاهره، ومع التساوى فاللازم بطلان البيع، لمجهوليه الثمن أو المبيع.

ص: ١٩٠

بقى الإشكال فى ان الغلبه قد تكون فى الاستعمال، و قد تكون فى الإطلاق، بمعنى أن الاسم يغلب على أحدها، و ان كان غيره أكثر استعمالا كما يتفق ذلك فى بعض النقود، فان اتفقت الغلبه فيهما، فلا إشكال فى الحمل على الأغلب و ان اختلفت بأن كان أحدهما أغلب استعمالا و الآخر أغلب وصفا، ففى ترجيح أحدهما- أو كونهما بمنزله المتساوى نظرا الى تعارض المرجحين- اشكال، و هكذا الكلام فى الكيل و الوزن.

الثانيه- إذا اختلفا فى قدر الثمن

إشاره

فادعى البائع أكثر، و ادعى المشتري أقل فالمشهور بين الأصحاب- بل ادعى عليه الشيخ الإجماع- أن القول قول البائع يمينه ان كانت السلعه قائمه، و قول المشتري مع يمينه ان كانت تالفه.

و يدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة مسندا فى روايتي

الكلىنى و الشيخ عن أحمد بن محمد بن أبى نصر (١) عن رجل عن أبى عبد الله (عليه السلام) و مرسلا فى الفقيه (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى الرجل يبيع الشىء فيقول المشتري:

هو بكذا و كذا بأقل مما قاله البائع، قال: القول قول البائع مع يمينه إذا كان الشىء قائما بعينه» (٣). و التقريب فيها أنها تدل بمنطوقها على تقديم قول البائع مع قيام عين المبيع، و بمفهومها على تقديم قول المشتري مع تلف العين، و لا يضر إرسال الخبر المذكور، لروايه المشايخ الثلاثة له، و لما ذكره من استثناء مراسيل أحمد بن محمد بن أبى نصر، لانه ممن أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه، و لعمل جل الأصحاب بها لا سيما المحدثين الثلاثة، و غيرهم من المتقدمين و جل المتأخرين قال فى الوافى- بعد ذكر الخبر المذكور:- و الوجه فيه أن مع بقاء

ص: ١٩١

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ٢٦.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ١٧١.

٣- ٣) يعنى قيام السلعه و تلفها- منه رحمه الله.

العين يرجع الدعوى الى رضا البائع، و هو منكر لرضاه بالأقل، و مع تلفه يرجع الى شغل ذمه المشتري بالثمن، و هو منكر للزيادة (١).

أقول هذا الوجه الذى ذكره هنا قد احتج به بعض القائلين بالقول المشهور و قد تنظر فيه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك قال: لاتفاقهما على انتقال العين إلى المشتري و ملكه لها، و انما الخلاف بينهما فيما يستحق فى ذمه المشتري، فلا وجه لتقديم قول البائع، بل المشتري هو المنكر فى الموضوعين، ثم قال: فالمعتبر حينئذ هو النص. انتهى و هو جيد متين.

و ما ذكره (قدس سره) هنا قد احتمله العلامة فى القواعد قولاً فى المسألة، و نقله فى التذكرة قولاً عن بعض العامة، و قوله و ظاهر المحقق الأردبيلي تقويه القول المذكور، قال: و هو الظاهر الموافق للقوانين، و كذا يظهر من المسالك أنه أقوى الأقوال، و هو كذلك، فإنه الا وفق بالقواعد الشرعية، الا أنه لا معدل عن النص المذكور، لما قدمنا ذكره، و يمكن تأييد الخبر المذكور بما رواه فى الكافي:

و التهذيب. عن الحسين بن عمر بن يزيد عن أبيه (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

« قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) إذ التاجر ان صدقا بورك لهما و إذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا فان اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا».

ص: ١٩٢

١- ١) أقول مرجع هذا الوجه الذى ذكره الى أن المبيع متى كان باقيا فالأصل عدم انتقاله من ملك البائع إلا برضاه، و هو لا يرضى الا بما يرضاه، و فيه ما عرفت فى الأصل من الاتفاق على انتقال المبيع إلى المشتري، و رجوع الاختلاف الى الثمن لزيادة و نقيصه، و الأصل عدم الزيادة بعد الاعتراف بالبيع، فدعوى المشتري مطابق لهذا الأصل، فالقول قوله حينئذ يمينه، هذا هو مقتضى الأصول و القواعد كما ذكرناه فى الأصل. منه رحمه الله.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ٢٦.

و التقريب فيه ان الظاهر أن الاختلاف بينهما مع وجود السلعه كما يشير اليه قوله أو يتتاركا، و قد جعل القول فيه قول البائع، و محل الاختلاف و ان كان مطلقا الا أن ما نحن فيه داخل تحت الإطلاق، و سيجيء -إنشاء الله تعالى- أن القول قول البائع في سائر الاختلافات الآتية.

و في المسأله أقوال آخر أيضا، منها- أن القول قول من هي في يده، الا أن يحدث المشتري فيها حدثا، فيكون القول قوله مطلقا، و هو مذهب ابن الجنييد و نفى عنه البأس في التذكرة، و وجه هذا القول بالنسبه إلى الأقل أن من كان المبيع في يده يحكم له بالملك، و يصير غير ذي اليد مدعيا، و بتقريب آخر أن من ليس في يده يدعى انتزاعه بما يقربه من الثمن، و ذو اليد ينكر ذلك، فيكون القول قوله، ترجيحا لليد، فان الخارج هو المدعى.

و أما بالنسبه إلى حدث المشتري فإنه دليل اليد، فيكون القول قوله مطلقا، و فيه ما عرفت آنفا من أن مرجع الاختلاف و النزاع انما هو في الثمن، لا في أصل المبيع، للاتفاق على انتقاله بالمبيع.

و منها أنهما يتحالفان مطلقا، لان كلا منهما مدع و منكر، و ذلك لان العقد الذي تضمن الأقل و تشخص به ينكره البائع، و العقد الذي تضمن الثمن الأكثر و تشخص به ينكره المشتري، فيكون هذا النزاع في قوه ادعاء كل منهما عقدا ينكره الآخر، فيتحالفان و يبطل البيع، و هذا القول احتمله العلامة في كثير من كتبه، و صححه ولده في الإيضاح، و نسبه في الدروس الى الندور مع أنه اختاره في قواعده،- و أورد عليه بمنع المغايره الموجه لما ذكر لاتفاقهما على عقد واحد، و على انتقال المبيع إلى المشتري به، و ثبوت الثمن الأقل في ذمه المشتري، و انما يختلفان في الزائد فأحدهما يدعيه، و الآخر ينكره، فلا وجه للتحالف.

و منها- أن القول قول المشتري مع قيام السلعه أو تلفها في يده أو في

يد البائع بعد الإقباض، و الثمن معين، و الأقل لا يغير أجزاء الأكثر، و لو كان مغايرا تحالفا، و فسخ العقد، و احتج على الأول بأن المشتري منكر، و على الثاني بأن التحالف فى عين الثمن، و كل منهما ينكر ما يدعيه الآخر، فيتحالفا، ذهب الى هذا القول العلامة فى المختلف و هو يرجع الى تقديم قول المشتري مطلقا، حيث يكون الاختلاف فى كميته الثمن، و قد عرفت قوته بحسب القواعد، الا أن النص على خلافه (١).

تنبيهات

الأول [عدم جريان الخلاف لو تنازعا بعد تلفه فى - يد البائع]

قال فى المسالك بعد الكلام فى المسألة: هذا البحث كله إذا وقع

ص: ١٩٤

١-١) قال فى المختلف: و المعتمد أن نقول: ان السلعة اما أن تكون باقيه أو تالفه، فإن كانت تالفه فاما أن تكون قد تلفت فى يد البائع قبل الإقباض، أو فى يد المشتري أو فى يد البائع بعد الإقباض فإن تلفت فى يد البائع قبل الإقباض بطل البيع، و لا معنى للتحالف و ان تلفت فى يد المشتري أو فى يد البائع بعد الإقباض، أو كانت قائمه فلا- يخلو اما أن يكون الثمن معيناً أو فى الذمه، فإن كان معيناً فاما أن يكون الأقل مغايرا لأجزاء الأكثر أو لا، فإن كان مغايرا تحالفا و فسخ البيع، و ان لم يكن فالقول قول المشتري، و يحتمل التحالف، لئانه على تقدير المخالفه يكون التحالف فى عين الثمن كما تحالفا فى قدره، و لا ريب أنه مع التحالف فى عين الثمن يتحالفا فكذا هنا، و أما على باقى التقادير فلان البائع يدعى الزيادة فى الثمن، و المشتري ينكرها، فالقول قوله مع اليمين، كما لو تلفت السلعة أو كانت فى يد المشتري، و اما احتمال التحالف على هذه التقادير غير تقدير المخالفه، فلأنهما متداعيان كل منهما مدع، فإن البائع يدعى العقد بعشرين، و المشتري يدعى العقد -بعشره، و العقد بعشرين غير العقد بعشره. انتهى و جوابه علم مما فى الأصل، أما بالنسبة إلى التحالف فلما عرفت فى جواب القول بالتحالف، و أما بالنسبة الى ان القول قول المشتري يمينه فلما عرفت من -انه و ان كان قويا فى حد ذاته الا- أن النص دل على خلافه. و الله العالم (منه رحمه الله).

النزاع بعد قبض المشتري، أو قبله مع بقاء عين المبيع، أما لو وقع بعد تلفه في يد البائع، فإن العقد يفسخ، ولا يظهر للنزاع أثر إن لم يكن البائع قد قبض الثمن، ولو كان قبضه كان كالدين في ذمته أو الأمانة عنده، فيقدم قوله في قدره، ومثله ما لو اختلفا في قدر الثمن بعد قبض البائع له والإقاله أو الفسخ بأحد وجوهه.

أقول: ينبغي تقييد انفساخ العقد بتلفه في يد البائع بما لو لم يحصل إقباض بالكلية، والافلو تلف في يده بعد حصول الإقباض و العود اليه ثانيا، فان الحكم فيه كما في صورته الإقباض.

الثاني [عدم جريان الخلاف لو كان الثمن معينا]

موضع الخلاف- كما أشار إليه العلامة في المختلف و صرح به شيخنا الشهيد الثاني في المسالك- ما لو كان الثمن في الذمه، ليتمكن جريان الأقوال فيه، فلو كان معينا كما لو قال البائع: بعثك بهذا العبد أو بهذا الدينار فقال المشتري:

بل بهذه الأمه أو الدرهم، فإنه يتعين التحالف قطعا، لأن كلا- منهما مدع و منكر، و هو ضابط التحالف، و هذا لا يطلق عليه الاختلاف في القدر، كما هو محل البحث.

نعم قد يتفق مع التعيين الاختلاف في القدر أيضا، و به يندرج تحت البحث حينئذ، كما لو قال: بعثك بهذين الدينارين أو الدرهمين، فقال: بل بأحدهما معينا، فان الحكم فيه كالذمه، و الأقوال المتقدمه تجرى فيه.

الثالث [حكم ما لو كانت العين باقيه و لكن انتقلت انتقالا لازما]

- أنه على تقدير القول المشهور من الفرق بين قيام العين و تلفها لو كانت العين باقيه، لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالا لازما بالبيع، أو العتق أو الهبه

اللازمه مثلا. فهل يكون ذلك من قبيل التلف، أم لا؟ إشكال ينشأ من صدق التلف بذلك، و عدمه، إذ المتبادر من التلف هو زوال العين عن الوجود و هنا ليس كذلك، و ان كان في حكم التلف من خروجها عن الانتفاع بالنسبه إلى المشتري.

و يمكن أن يقال: ان النص دل على أن القول قول البائع إذا كانت العين قائمه، و المتبادر منه وجودها بين المتبايعين في يد أحدهما، كما يشير إليه الخبر الثاني من قوله «أو يتتاركا» و مفهومه حينئذ ما لم يكن موجوده في يد أحدهما، و التعبير بالتلف انما وقع في عبارته بعض الأصحاب، و جعلوه مفهوما مخالفا لقوله «قائمه» بناء على حمله على مجرد الوجود، و الظاهر منه انما هو ما ذكرناه، فان وجودها بعد انتقالها بناقل شرعى لازم لا يدخل تحت منطوق الخبر المذكور.

و كيف كان فالحكم غير خال من شوب الاشكال. و كذا يجرى الإشكال في الانتقال الغير اللازم كالبيع في زمن الخيار للبائع، و الهبه قبل القبض أو بعده حيث يجوز الفسخ، و أنه هل يجرى مجرى التلف أم لا؟.

الثالثه- لو اختلفا في تأخير الثمن و تأجيله أو في قدر الأجل في اشتراط رهن أو ضمير

فالقول قول البائع مع يمينه، لأنه في هذه المواضع كلها منكر، و ربما قيل: بالتحالف هنا أيضا، كما في سابق هذه المسأله، لأن أحدهما يسند الملك الى سبب مخصوص، و الآخر ينفيه و يسنده الى سبب آخر، ففي الحقيقه الملك بقول أحدهما غير الملك بقول الآخر، و كل منهما مدع، و مدعى عليه، فيتحالفان، و وجه ضعفه يعلم مما سلف، و ذلك لأنهما اتفقا على صدور العقد، و حصول الملك للمشتري، و الثمن للبائع، و انما حصل النزاع في أحد هذه الأمور الزائده على ذلك و البائع ينكره، فيقدم قوله في نفيه.

الرابعه- لو اختلفا في المبيع

، فقال البائع: بعتك ثوبا، فقال المشتري: بل ثوبين، فان القول قول البائع بيمينه، لانه منكر لبائع الزائد، مع اتفاقهما على أمر مشترك، و هو بيع الثوب الواحد.

هذا حيث لا يكون المتنازع معينا، و الا فالحكم التحالف، كما لو قال البائع:

بعتك هذا الثوب، و قال المشتري: بل هذين الثوبين، مشيرا الى غير ذلك الثوب المعين، فإنه يتعين القول بالتحالف، لعدم الاتفاق على شيء.

و كذا أيضا يجب تقييد أصل المسألة بما إذا لم يختلفا في الثمن على كل من التقديرين، لأنه حينئذ يمكن الأخذ بالمشترك بين كلاميهما، بخلاف ما لو قال:

بعتك هذا بألف، فقال: بل هذا و هذا بألفين، فلأنه لا مشترك بين كلاميهما يمكن الأخذ به، فلا بد من التحالف كما ذكره في التذكرة.

و اعلم أن ضابط التحالف -المقطوع به في كلامهم- ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر، بحيث لا يتفقان على أمر كما هنا، و مثله ما لو اختلفا في الثمن المعين، أو فيهما معا، و مثله ما لو ادعى أحدهما البيع، و الآخر الصلح.

و لو اتفقا على أمر واحد و اختلفا في وصف زائد أو قدر بحيث كانت الدعوى من طرف واحد، كما في المواضع التي قدمناها حلف المنكر، و أما من أجرى التحالف في مثل تلك المواضع فقد عرفت بطلانه، لخروجه عن الضابطه المذكوره، و كما يجرى ذلك في البيع فكذا في الصلح و الإجاره و نحوهما.

بقي هنا شيء ينبغى التنبيه عليه، و هو أنه إذا ادعى البائع: أنى بعتك هذا الثوب، فقال المشتري: بل هذا إشارة إلى ثوب آخر، فإن الحكم كما عرفت التحالف، و بطلان البيع، فإذا حلف البائع على نفى ما يدعيه المشتري بقى الثوب على ملكه، فإن كان في يده، و الا- انتزعه من يد المشتري، و إذا حلف المشتري على نفى ما يدعيه البائع، و كان الثوب في يده لم يكن للبائع مطالبته به، لأنه لا يدعيه، و ان كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه، لأنه معترف بأنه للمشتري، و له ثمنه في ذمته، فإن كان البائع قد قبض الثمن رده على المشتري، و يأخذ الثوب قصاصا، و ان لم يكن قبضه أخذ الثوب قصاصا أيضا بذلك الثمن، و لو زاد فهو مال لا يدعيه أحد، كذا فصله العلامة في التذكرة.

و لو ماتا المتبايعان فاختلف و رثتهما، فذهب جمع من الأصحاب الى أن القول قول ورثة البائع في قدر المبيع، و ورثة المشتري في قدر الثمن.

أما كون القول قول ورثة البائع في قدر المبيع فهو جار على قول مورثهم، لان القول قوله لو كان حيا كما تقدم.

و أما أن القول قول ورثة المشتري في قدر الثمن مع أنه ليس كذلك في مورثهم، لأنهم منكرون.

و ذهب الأ-كثر الى أن الورثة في ذلك كالمورثين فيقدم قول ورثة البائع مع بقاء السلعة، و قول ورثة المشتري مع تلفها، و لو اختلف الورثة في عين الثمن أو عين المبيع فالحكم التحالف، كما تقدم ذكره في المتبايعين.

الفصل الخامس في أقسام البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن و عدمه

إشارة

، و هو لا يخلو عن أقسام أربعة لأنه اما أن يخبر بالثمن، أو لا، الثاني-المساومه، و الأول-اما أن يبيع معه برأس ماله، أو بزياده عليه، أو نقيصه عنه، و الأول-التولية، و الثاني-المرابحه، و الثالث-المواضعه، و زاد بعضهم قسما خامسا، و هو إعطاء بعض المبيع برأس ماله، ذكره الشهيد في الدروس و اللمعه، و لم يذكره كثير منهم قال: و التشريك جائز، و هو أن يجعل له نصيبا بما يخصه من الثمن، قال شيخنا الشهيد الثاني: و في بعض الاخبار دلالة عليه، و قد يجتمع الأقسام الخمسه في عقد واحد، بأن اشترى خمسه ثوبا بالسويه، لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون، و الآخر خمسه عشر، و الثالث عشره، و الرابع خمسه، و الخامس لم يبين، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين بعد اخبارهم بالحال، و الرابع شرك في حصته، فهو بالنسبه إلى الأول مواضعه، و الى الثاني توليه، و الثالث مرابحه، و الرابع تشريك، و الخامس مساومه.

و على هذا القياس اجتماع قسمين منها، و ثلاثة و أربعة بالتقريب المذكور.

أقول: و المفهوم من الاخبار أن أفضل-هذه الأقسام-المساومه، و ان المرابحه مكروهه،

فروى ثقة الإسلام فى الكافى فى الضعيف و الشيخ فى التهذيب فى الصحيح، عن محمد بن مسلم (١) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): انى أكره بيع عشره بإحدى عشره، و عشره باثنى عشره، و نحو ذلك من البيع و لكن أبيعك كذا و كذا مساومه، قال: و أتانى متاع من مصر، فكرهت أن أبيعته كذلك و عظم على فبعته مساومه».

و عن جراح المدائنى (٢) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام):

انى اكره بيع ده يازده و ده دوازده، و لكن أبيعك بكذا و كذا».

و روى فى الكافى عن الحلبي (٣) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«قدم لأبى متاع من مصر فصنع طعاما و دعى له التجار، فقالوا له نأخذ منك بده دوازده فقال لهم أبى: و كم يكون ذلك؟ قالوا فى عشره آلاف ألفين، فقال لهم: أبى انى أبيعكم هذا المتاع باثنى عشر ألفا فباعهم مساومه».

و روى فى الفقيه عن عبيد الله الحلبي و محمد الحلبي (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال

«قدم لأبى متاع» الحديث. الا أنه لم يذكره «فباعهم مساومه» و علل استحباب المساومه زياده على ما ورد فى النصوص المذكوره بأن فيه سلامه عن الاخبار بالكذب، إذ قد يقع المخبر فى الكذب، و صعوبه أداء الامانه، و البعد عن مشابهه الربا.

أقول: و يعضده ما يأتى فى شروط المرابحه من كثره المفاسد فيها، و يدل

ص: ١٩٩

١-١) الكافى ج ٥ ص ١٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٥٥.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٥٥ و ٥٤.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ١٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٥٥ و ٥٤.

٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ١٣٥.

على جواز المراهجه صريحا ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن العلاء (١) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل يبيع الرجل البيع فيقول أبيعك بده دوازده أو ده يازده فقال: لا- بأس إنما هذه المراضه، فإذا جمع البيع جعله جمله واحده».

و رواه الحميرى فى قرب الاسناد عن محمد بن خالد الطيالسى (٢) عن العلاء مثله، الا انه قال:

«لا بأس انما هو البيع يجعله جمله واحده».

أقول: يعنى يجعل الانتفاع و رأس المال جمله واحده فى حال البيع، و المراضه انما هى قبل البيع، و فيه إشارة إلى الكراهه فى حال البيع، كما تقدم بأن يقول: أبيعك بكذا أو ربح كذا.

و أظهر منهما فى الجواز أيضا ما رواه

الشيخ عن على بن سعيد (٣)

«قال سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل يبتاع ثوبا فيطلب منه مراهجه، ترى ببيع المراهجه بأسا إذا صدق فى المراهجه، و سمي ربحا دانقين أو نصف درهم فقال: لا بأس» الحديث.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان الكلام هنا يقع فى موضعين،

الأول فى العبارة

إما بالنسبه إلى المساومه فهى البيع بما يتفقان عليه، من غير تعرض لذكر الثمن، سواء علمه المشتري أو لم يعلمه، و هو أفضل الأقسام كما عرفت، و أما المراهجه فيجب فيها علم المتعاقدين برأس المال، و الربح و الغرم و المؤن إن ضمها، و يجب على البائع الصدق فى الثمن، و المؤن و ما طرء من موجب النقص و الأجل و غيره، فان لم يحدث فيه زياده، قال: اشتريته بكذا، أو تقوم على بكذا، و ان زاد بفعله من غير غرامه مالىه أخبر بذلك، بأن يقول: اشتريته بكذا، و عملت فيه عملا يساوى كذا،

ص: ٢٠٠

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٥٤.

٢- ٢) الوسائل الباب ١٤- من أبواب أحكام العقود الرقم ٥.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٥٥.

و ان كانت الزيادة باستئجار عليه فيقول: تقوم على بكذا أو اشترت بكذا و استأجرت بكذا، و ان طرء فيه عيب ذكره.

و لا بد من ذكر الجنس و الصرف و الوزن ان تعددت النقود، و اختلف صرفها و وزنها، كما لو كان صرف بعض الدينير عشره دراهم، و بعضها أكثر أو أقل، و كذا الوزن، و أما لو اتحد النقد لم يفتقر الى ذلك.

و بالجمله فلا بد من الاخبار بالثمن، و كلما تجدد مما يوجب زياده أو نقيصه و اضافه ما ينفقان من الربح اليه (١).

و أما التوليه فهو أن يعطيه المتاع برأس ماله، من غير زياده فيقول: وليتك أو بعتك أو ما يشاكل ذلك من الألفاظ الداله على النقل، لكن ان وقع العقد بلفظ بعتك و نحوه من الألفاظ الداله على مطلق البيع، فيكون المفعول الثمن، أو ما قام على و نحو ذلك مما لا يتضمن الزيادة على ما أنفقته، و ان وقع بلفظ وليتك فليكن مفعوله

ص: ٢٠١

١ - ١) أقول و من ذلك أيضا ما لو اشترى بثمان و رجع بأرش العيب، فإنه يجب أن يسقط ذلك من الثمن، و يخبر بالباقي، لأن الأرش جزء من الثمن، فقد قبض بعضه، و لا بد من بيانه، و ان كان قوله اشتريته بكذا حقا الا أنه قد طرء عليه النقصان، و لو جنى العبد ففداه السيد، لم يجز أن يضم الفديه إلى ثمنه، لان ذلك أمر خارج عن البيع، و لو جنى عليه فأخذه أرش الجنايه لم يضعها من الثمن، و الفرق بينه و بين أرش العيب أن أرش العيب ثابت بأصل العقد فكأنه مستثنى من الثمن، بخلاف الجنايه الطاريه فإنها حق آخر كنتاج الدابه نعم لو نقص بالجنايه و جب الاخبار بالنقص هذا مقتضى ما أورده في هذا المقام. منه رحمه الله.

العقد، و يقتصر على ذلك، و إذا قبل لزمه مثله جنسا و قدرا و صفه، و لو قال: وليتك السلعه بكذا و كذا احتمل الاجزاء كما ذكره في الدروس.

و أما المواضعه فهى كالمرابحه فى الاخبار بالثمن، و نحوه مما زاد أو نقص حسبما تقدم، إلا أنها بنقيصه معلومه، فيقول: بعتك بما اشتريته أو تقوم على و وضعه كذا.

و أما التشريك فهو أن يقول: شركتك بالتضعيف بنصفه بنسبه ما اشترت مع علمهما بقدره، و لو قال: أشركتك بالنصف فكذلك، و لزمه مثل نصف الثمن، أما لو قال: أشركتك فى النصف فإنما له الربع، إلا أن يقول: بنصف الثمن، فيتعين النصف، و لو لم يبين الحصة و انما قال: فى شىء منه، أو أطلق بطل للجهل بالمبيع، و احتمل بعضهم حمل الثانى على التنصيف، و التشريك- فى الحقيقه- عباره عن بيع الجزء المشاع برأس ماله، إلا أنه يختص عن مطلق البيع بصحته بلفظ التشريك.

الثانى- فى الأحكام:

اشاره

و فيه مسائل.

الاولى- لو اشترى جمله لم يجز له بيع بعضها مباحه

و ان قوم كلا منها بقيمه الا أن يخبر بالحال، و يدل عليه ما رواه

ثقه الإسلام فى الصحيح عن أبى حمزه الثمالى (١) عن أبى جعفر (عليه السلام)

«قال سألته عن الرجل يشتري المتاع جميعا بالثمن، ثم يقوم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس ماله جميعا أ يبيعه مباحه؟ قال: لا حتى يبين له أنه انما قومه».

و روى فى الكافى و الفقيه فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام)

ص: ٢٠٢

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٥٥ عن محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام).

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٩٧ عن محمد بن مسلم عن أبى حمزه بتفاوت يسير الفقيه ج ٣ ص ١٢٦.

«فى الرجل يشتري المتاع جميعا بثمان ثم يقوم كل ثوب بما يسوى، حتى يقع على رأس ماله جميعا يبيعه مرابحه ثوبا ثوبا؟ قال: لا حتى يبين له انما قومه».

و علل أيضا بأن المبيع المقابل بالثمان هو المجموع، لا الافراد، و ان تقوم بها و قسط الثمن عليها فى بعض الموارد كما لو تلف بعضها، أو ظهر مستحقا.

و المشهور أنه لا- فرق فى ذلك بين تماثل اجزاء تلك الجملة أو اختلافها، خلافا لابن الجنيد على ما نقل عنه من الجواز فى المتماثلة، كقفيز من حنطه، و ضعفه ظاهر، و ربما أشعر ظاهر الخبرين المذكورين بصحة البيع كذلك مرابحه، و هو ظاهر إطلاق جملة من العبارات، كما عبرنا به فى صدر المسألة جريا على كلامهم.

الا- أن الظاهر كما صرح به جملة من محققى المتأخرين أنه و ان كان البيع كذلك صحيحا الا أنه ليس من قبيل المرابحه، و ان جاز إطلاقها عليه مجازا لكونه بصورة المرابحه.

الثانية- إذا اشترى نسيئه ثم باعه و لم يخبر بالأصل

قال الشيخ فى النهاية: كان للمبتاع من الأجل مثل ماله، و به قال: ابن البراج و ابن حمزه، و هو الظاهر من كلام ابن الجنيد، فإنه قال: و من باع مرابحه كان للمشتري من نظره و غيرها فى الثمن ما كان للبائع عند الشراء، و قال الشيخ فى الخلاف و المبسوط: إذا اشترى سلعه بمائه إلى سنة، ثم باعها فى الحال مرابحه و أخبر أن ثمنها مائه فالبيع صحيح بلا خلاف، فإذا علم المشتري بذلك كان بالخيار بين أن يقبضه بالثمان حالا، أو يرده بالعيب، لأنه تدليس، و هو اختيار ابن إدريس، و هذا هو المشهور فى كلام المتأخرين عن العلامة و من تأخر عنه، نظرا الى ان مقتضى القواعد فى مثله ذلك.

و يدل على الأول ما رواه

ثقة الإسلام فى الكافى عن هشام بن الحكم (1)

ص: ٢٠٣

فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى الرجل يشتري المتاع إلى أجل فقال:

ليس له أن يبيعه مرابحه إلا إلى أجل الذى اشتراه إليه، فإن باعه مرابحه و لم يخبره كان للذى اشتراه من الأجل مثل ذلك».

و ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن أبى محمد الواشى (١) و هو مجهول قال:

« سمعت رجلا يسأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى من رجل متاعا بتأخير إلى سنه، ثم باعه من رجل آخر مرابحه، إله أن يأخذ منه ثمنه حالا و الربح؟ قال:

ليس عليه الا مثل الذى اشترى، ان كان نقد شيئا فله مثل ما نقد، و ان كان لم يكن نقد شيئا فالمال عليه إلى الأجل الذى اشتراه».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم عن ميسر بيع الزطى (٢) قال:

« قلت: لأبى عبد الله (عليه السلام) انا نشترى المتاع بنظره فيجىء الرجل فيقول:

بكم تقوم عليكم؟ فأقول: بكذا و كذا فأبيعه بربح، فقال: إذا بعته مرابحه كان له من النظره مثل مالك، قال: فاسترجعت و قلت: هلكننا، الحديث. و أجاب العلامة فى المختلف عن هذه الاخبار قال: و الجواب أنها محمول على ما إذا باعه بمثل ما اشتراه و أخفى عنه النسيئه و لم يشترط النقد، فإنه و الحال هذه يكون له من الأجل مثل ما كان للبائع على اشكال. انتهى.

و مرجعه إلى أنه مع عدم ذكره النسيئه وقت البيع، فاما أن يذكر الحلول، أو يشترط النقد، و ان كان إطلاق العقد كما تقدم انما ينصرف الى ذلك أولا، و على الأول فالحكم ما ذكره المتأخرون من التخيير فى المقام، و على الثانى يحمل الاخبار.

ص: ٢٠٤

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٥٩.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٩٨ التهذيب ج ٧ ص ٥٧ الفقيه ج ٣ ص ١٣٤ و فى النسخ اختلاف فليراجع المصادر.

و ظاهر المحقق الأردبيلي الميل الى ذلك أيضا، و حينئذ يكون هذا قولاً ثالثاً في المسأله، و أنت خير بما في هذا التفصيل من البعد، أما أولاً- فلأنه متى كان إطلاق العقد انما ينصرف الى الحلول و النقص فذكره في اللفظ لا يزيد الا على مجرد التأكيد، فكيف يترتب عليه حكم بخصوصه.

و أما ثانياً- فلان إطلاق الاخبار شامل للصورتين، و تخصيصها يحتاج الى دليل، و مجرد ما ادعوه من قاعده العيب- و أنها تقتضى التخيير و هذا من قبيله- يمكن تخصيصها بهذه الاخبار، و استثناء هذا الجزئي من القاعده، على أنك قد عرفت فيما تقدم أنه لا دليل على ما ادعوه من الخيار في العيب، زياده على الإجماع كما تقدم تحقيقه و بالجملة فالظاهر عندي هو العمل بالأخبار المذكوره.

بقي الكلام في تتمه الروايه الثالثه التي طوينا نقلها آنفا و هي قول الراوى

«قلت: فاسترجعت و قلت: هلكننا، فقال: لم، قال: قلت: لان ما في الأرض ثوب أبيعته مرابحه فيشتري متى و لو وضعت من رأس المال حتى أقول تقوم بكذا و كذا قال: فلما رأى ما شق على قال: أفلا أفتح لك بابا يكون لك فيه فرج؟ قلت: بلى قال: قل: قام على بكذا و كذا و أبيعك زياده كذا و كذا و لا- تقل بربح». هكذا في روايه صاحب الفقيه، و في غيره قال: قلت: لان ما في الأرض من ثوب «إلا» أبيعته مرابحه يشتري و لو وضعت من رأس المال حتى أقول تقوم بكذا و كذا» و أبيعك بكذا و كذا الى آخر ما تقدم، و لا يخفى ما في هذه العبارة من الاختلال، و عدم ظهور معنى مستقيم، و ما ذكر في إصلاحها لا يخلو من تكلف بعيد عن الظاهر.

و أنت خير بأن ظاهره تخصيص بيع المرابحه بأن يقول: بربح كذا، و أما لو قال زياده كذا بعد الاخبار برأس المال فليس مرابحه، بل مساومه، و الظاهر أنه لا قائل به، إذ لا فرق بين اللفظين في كون البيع مرابحه، كما يدل عليه الاخبار و كلام الأصحاب، و يشكل العدول به عن ظواهر غيره من الاخبار، و الله العالم.

الثالثه [عدم جواز أن يبيع الإنسان مرابحه بالنسبه إلى أصل المال]

قال الشيخ فى النهايه: لا يجوز أن يبيع الإنسان مرابحه بالنسبه إلى أصل المال، بأن يقول أبيعك هذا المتاع بربح عشره واحدا أو اثنين بل يقول بدلا من ذلك: هذا المتاع تقوم على بكذا أو أبيعك إياه بكذا، بما أراده، وكذا قال الشيخ المفيد.

وقال سلا: لا يصح لو قال: بعتك هذا بربح العشره واحدا أو أكثر بالنسبه.

وقال أبو الصلاح: لا يجوز بيع المرابحه بالنسبه إلى الثمن كقوله: أربح عليك فى كل عشره دراهم من ثمنه درهما، وانما يصح بيع المرابحه بأن يخبر بجملة الثمن، ويربح فى عين المبيع.

وقال ابن البراج: لا يجوز فى بيع المرابحه حمل الربح على المال، مثل أبيعك هذا المتاع بكل عشره منه واحدا أو اثنين، بل يحمل الربح على المتاع.

وقال فى المبسوط: يكره بيع المرابحه بالنسبه إلى أصل المال، وليس بحرام، وان باع كذلك كان البيع صحيحا، وكذا قال فى الخلاف، وبه قال ابن إدريس، والعلامه و من تأخر عنه.

أقول: منشأ هذه الأقوال الاختلاف فى الاخبار المتقدمه فى صدر الفصل، الداله على النهى عن نسبه الربح الى المبيع أو الثمن، والمراد بنسبته إليه إضافته إليه اما بواسطة حرف الجر، مثل و الربح فيه، أو بغير واسطته مثل و ربحه كذا، و ظاهر الاخبار المتقدمه باعتبار ضم بعضها الى بعض انما هو الكراهه، قيل:

لانه يشبه الربا.

و الظاهر عندى منها انما هو كراهه البيع مرابحه، و أن الأفضل بيع المساومه، كما يفهم من صحيح الحلبي أو حسنه المتقدم، لا من حيث ضم الربح الى المبيع أو رأس المال كما ذكروه، فان عدوله (عليه السلام) الى البيع مساومه دون الفرد الآخر من المرابحه، - مما يشير الى ما ذكرناه، و كذلك صحيح محمد بن مسلم المتقدم، فإن ضيقه (عليه السلام) انما هو من بيع المرابحه مطلقا، لا من خصوص

ذلك النوع، ولهذا عدل إلى المساومه.

الرابعه لو باع مرابحه فظهر أن رأس ماله كان أنقص

فالمشهور أن للمشتري الخيار بين رده و بين أخذه بالثمن، وقيل: انه يأخذه بإسقاط الزياده، و رجح الأول بأنه الثمن الذى وقع عليه العقد، فلا يثبت غيره، و ثبوت الكذب فى الاخبار ينجبر بلحوق الخيار.

و المسأله غير منصوصه فيما أعلم، الا أن الأقرب هو القول المشهور، لما ذكر، و لأصالة الصحه، و ظهور الكذب لا يوجب بطلان البيع، و لا نقص الثمن بعد وقوع التراضى به و العقد عليه، و غايه ما يوجهه الإثم للخيانه، و الجبر بالخيار.

و صرح بعضهم بثبوت الخيار و ان انتقل المبيع من المشتري أو تلف فى يده؟ قال: و الأقوى أن بقاءه على ملك المشتري غير شرط فى الخيار، فله الفسخ مع تلفه، أو خروجه عن ملكه مع رد مثله أو قيمته، لأصالة بقاء الخيار.

و على القول بإسقاط الزياده يسقط ربحتها ايضا، و لا خيار له، لانه قد رضى بالأكثر، فأولى أن يرضى بالأقل.

و ربما احتمل ثبوت الخيار ايضا لغروره و كذبه و قد يكون له غرض فى الشراء بذلك المبلغ، لأبرار قسم، أو انعقاد وصيه، أو نحو ذلك، و لو قال: اشتريته بأكثر لم يقبل منه، لانه قوله الثانى مناف للأول، لتكذيبه نفسه بالإقرار الأول، و مثل ذلك غير مسموع شرعا و الا لم يتم أكثر الإقرارات فيلغو حينئذ قيل: و لو اقام بينه على ادعاء الأكثر لم تقبل، لانه كذبها بإقراره الأول (1).

ص: ٢٠٧

١-١) هذا القول للشيخ فى المبسوط قال: لو قال رأس مالى مائه ثم قال: غلطت و الثمن مائه و عشره لم يقبل قوله، و لو اقام بينه على انه أخطأ و ان شراؤه كان أكثر لم يقبل منه، لانه كذبها بالقول الأول، و لا يلزم المشتري اليمين بأنه لا يعلم بأنه اشتراه بأكثر من ذلك، لانه لا دليل عليه، فان قال: و كيلي كان اشتراه بمائه و عشره و اقام بذلك بينه قبلت بينته، قال: و ان قلت: لا يقبل لانه كذبها القول الأول كان قويا انتهى و الأظهر ما عليه الأكثر فى المسألتين، فله إقامه البينه فى الصوره التى ذكرنا فى الأصل، لانه ادعى شيئا لو صدقه الغريم لثبت حقه، فله إقامه البينه عليه، و اليمين على خلافه و التكذيب ممنوع، لانه ادعى شيئا خفيا غير مناف لما شهدت به البينه و هو الغلط و نحوه، و له المطالبه باليمين لو ادعى عليه العلم كما فى غير هذا الموضوع. منه رحمه الله.

و فيه على إطلاقه اشكال لجواز الغلط في الاخبار الأول، أو الاستناد الى اخبار وكيله مثلا، كان يقول أخبرني و كيلي انه شراه بكذا، أو ورد على خط بذلك ثم يظهر خلافه، فإنه يتجه قبول قوله ان أظهر لإنكاره تأويلا محتملا، بمعنى سماع بينته عليه، و لو ادعى على المشتري العلم بكون الثمن زائدا، توجهت عليه اليمين بنفيه، سواء ادعى الغلط أم لا، و ربما قيل بسماع دعواه مطلقا، نظرا إلى إمكان الغلط، و نفى عنه البأس في المسالك.

الخامسة- إذا دفع الى الدلال متاعا و قومه عليه بقيمه و لم يواجه البيع

لم يجز للدلال بيعه مرابحه إلا- بعد الاخبار بصوره الحال، سواء كان ما قومه عليه يربح فيه أم لا، و الوجه فيه ظاهر، مما تقدم في المسألة الأولى، و الاخبار بصوره الحال لا يوجب كونه مرابحه كما تقدم تحقيقه ثمه، و ان كان بصوره المرابحه، و لهذا لا يجب على التاجر الوفاء بالربح له، لانه ليس بيع مرابحه.

و المشهور ان للدلال اجره المثل سواء كان التاجر دعاه أو الدلال ابتداء، و انما كان له الأجره في الصورتين، لانتفاء البيع فيهما مع كونه مأمورا بعمل له أجره بحسب العاده، و إذا فات الشرط رجع الى أجره المثل.

و نقل عن الشيخين (عطر الله مرقدهما) إنهما أثبتا للدلال ما زاد على ما عين له من القيمه في صوره ابتداء التاجر، و ان لم يزد لم يكن له شيء، و اما في صوره ابتداء

الدلال و التماسه ذلك فإنهما جعللا له أجره المثل، و تبعهما القاضى.

أقول: قال الشيخ فى النهايه: و إذا قوم التاجر متاعا على الواسطه بشىء معلوم، و قال له: بعه فما زدت على رأس المال فهو لك، و القيمه لى كان جائزا و ان لم يواجهه البيع، فان باع الواسطه المال بزياده، على ما قوم عليه كان له، و ان باعه برأس المال لم يكن على التاجر شىء و ان باعه بأقل من ذلك كان ضامنا لتمام القيمه، ثم قال: و متى أخذ الواسطه المتاع على ما ذكرناه فلا يجوز له أن يبيعه مرابحه و لا يذكر الفضل على القيمه فى الشراء.

و قال ابن إدريس بعد نقل كلام الشيخ المذكور: و ما أورده شيخنا غير واضح، و لا مستقيم على أصول مذهبنا، لان هذا جميعه لا بيع مرابحه، و لا- اجاره، و لا- جعله محققه، فإذا باع الواسطه بزياده على ما قوم عليه لم يكن للواسطه فى الزياده شىء، لأنها من جملة ثمن المتاع، و المتاع للتاجر ما انتقل عن ملكه بحال، و للواسطه أجره المثل، لانه لم يسلم له العوض فيرجع الى المعوض، و كذلك ان باع برأس ماله، فان باعه بأقل مما أمره به كان البيع باطلا، و قوله متى أخذ الواسطه المتاع على ما ذكرناه لا يجوز له أن يبيعه مرابحه، و لا يذكر الفضل على القيمه فى الشراء. (١)

قال محمد بن إدريس: و أى شراء بين التاجر و الواسطه حتى يخبر بالثمن، و ليس هذا موضع بيع المرابحه فى الشريعه بغير خلاف، و انما أورد أخبار الآحاد فى هذا الكتاب إيرادا لا اعتقادا على ما وردت به ألفاظها صحيحه كانت أو فاسده، على ما ذكره و اعتذر به فى خطبه مبسوطه انتهى.

ص: ٢٠٩

١- ١) أقول الظاهر ان كلام الشيخ هنا انما خرج مخرج التنبيه على دفع توهم كون ذلك مما يدخل فى بيع المرابحه، كما أشار إليه (عليه السلام) فى روايه سماعه المذكوره فى الأصل، فكلامه هنا جار نحو الروايه المذكوره، و لا بأس به، فاعتراضه عليه هنا مما لا وجه له، منه رحمه الله.

أقول: و مما يدل على ما ذكره الشيخان من الاخبار التي طعن فيها هنا بأنها من الآحاد ما رواه

الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام)،

«انه قال في رجل قال لرجل: بع ثوبي هذا بعشره دراهم فما فضل فهو لك فقال:

ليس به بأس».

و رواه الكليني في الصحيح أو الحسن مثله.

و عن زراره (2) في الصحيح قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) «ما تقول في رجل يعطى المتاع فيقول: ما ازددت على كذا و كذا فهو لك، فقال: لا بأس».

و عن سماعة (3) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«أنه سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق، و قد قوموا عليه قيمه، و يقولون بع فما ازددت فلك؟ فقال:

لا بأس بذلك و لكن لا يبيعهم مباحه». و رواه الكليني و الصدوق مثله.

و عن زراره في الموثق (4) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يعطى المتاع فيقال له: ما ازددت على كذا و كذا فهو لك؟ فقال: لا بأس».

و جمله من تأخر من الأصحاب تأولوا هذه الاخبار بالحمل على الجعالة، فيلزم ما عينه لذلك، قالوا و لا يقدر فيها الجهالة كما اعترض به ابن إدريس على كلام الشيخ، لأن الجهالة في مال الجعالة إذا لم يؤد الى النزاع غير قاذح كما سيأتي - إنشاء الله تعالى - في بابها.

أقول: و من المحتمل قريبا خروج هذه الاخبار مخرج وجوب الوفاء بالوعد، كما دلت عليه الآية و الرواية، فيجب الوفاء به و فيه تأكيد لما ذكره الأصحاب، و به يضعف ما ذكره ابن إدريس من كون الزيادة للتاجر، و انما للدلال أجره المثل.

ص: ٢١٠

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ الكافي ج ٥ ص ١٩٥.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٥٤.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ الكافي ج ٥ ص ١٩٥ الفقيه ج ٣ ص ١٣٥.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ عن أبي عبد الله عليه السلام.

ثم ان الشيخ فى النهايه قال على أثر العبارة المتقدمه: فإذا قال الواسطه للتاجر:

خبرنى بثمان هذا المتاع و اربح على فيه كذا و كذا ففعل التاجر ذلك غير انه لم يواجه البيع، و لا ضمن هو الثمن ثم باع الواسطه بزياده على رأس المال و الثمن، كان ذلك للتاجر، و له أجره المثل لا أكثر من ذلك، و ان كان قد ضمن الثمن كان له ما زاد من الربح، و لم يكن للتاجر أكثر من رأس المال الذى قرره معه انتهى.

و الأصحاب (رضوان الله عليهم) قد حملوا ذلك على أن التاجر لم يعين له شيئاً- كما فى الصورة الاولى- و لم يعقب كلام الدلال بما يدل على الرضا بما ذكره الدلال، بل سكت عن ذلك، و الا فلو عقب كلام الدلال بما يدل على الرضا بما قاله و عينه، كان كما لو ابتدأه، كما لو قال لمن ذهب عبده: أرد عليك عبدك على أن لى نصفه أو ثيابه ابتداء منه، فقال المولى: نعم لك ذلك، فإنه يستحق ما عينه له.

و بالجملة فإنه فى هذه الصورة لا بيع و لا جعله، فلماذا وجب على التاجر أجره المثل للدلال و على هذا يتم و يجتمع كلام الشيخ مع كلام الأصحاب و الروايات الواردة فى الباب من غير منافاه فى المقام.

السادسه: إذا قال: بعتك بمائه مواضعه العشره درهما

، قال فى المبسوط: يكون الثمن تسعين، و قال فى الخلاف اختلف الناس فيها، فقال أبو حنيفه و الشافعى: تسعون و عشره أجزاء من أحد عشر جزء من درهم، و قال أبو ثور: تسعون، ثم قال:

دليلنا- ما ذكره حذاق العلماء و هو أن البيع مرابحه و مواضعه، فان باعه مرابحه، ربح درهم على كل عشره كان مبلغ الثمن مائه و عشره و كان قدر الربح جزء من أحد عشر جزء من الثمن، و يجب أن يكون المواضعه حط جزء من أحد عشر جز عن الثمن، و إذا كان مائه حطت منه جزا من أحد عشر جزء، ينحط تسعه، من تسعه و تسعين، و يبقى درهم ينحط منه جزء من أحد عشر.

وقيل: فيه أيضا: وقوله: وضيعه درهم من كل عشره، معناه يوضع من كل عشره، يبقى لى درهم من أصل رأس المال، وتقديره وضيعه درهم بعد كل عشره، فيكون الثمن أحد و تسعون الا جزا من أحد عشر جزء من درهم.

قالوا: إذا أرادت مبلغ الثمن فى ذلك فعقد الباب فيه أن تضيف الوضيعه الى رأس المال، ثم تنظر كم قدرها، فما اجتمع فأسقط ذلك القدر من رأس المال، و هو الثمن.

و بابه إذا قال: رأس المال عشرون بعثكها برأس مالى مواضعه العشره درهمان و نصف، فتضيف الى العشرين قدر الوضيعه، و هو خمسه دراهم فيصير خمسه و عشرين، فينظر كم خمسه، من خمسه و عشرين، فإذا هو خمسها، فيسقط من رأس المال و هو عشرون الخمس أربعة تبقى ست عشره.

ثم قال: و قول أبى ثور أقوى عندى، لأنه إذا قال: مواضعه عشره واحد، أضاف المواضعه الى رأس المال، فرأس المال مائه فيجب فيه عشره فيبقى تسعون، و لم يضيفه الى ما يبقى فى يده، و لو قال ذلك لكان الأمر على ما قاله، و أما حمل الوضيعه على الربح و اضافه ذلك الى أصله فهو قياس، و نحن لا نقول به، انتهى و فيه عدول - عما قاله فى صدر كلامه - الى ما اختاره فى المبسوط.

و الأصحاب (رضوان الله عليهم) قد اختلفوا أيضا فى ذلك كما اختلف العامه (1) و تفصيل الكلام فى ذلك بوجه أوضح أنه ذلك قال: بعثك بمأه و وضيعه درهم من كل عشره، فقيل: بأن الثمن تسعون، لأن الوضع من نفس العشره يقتضى ذلك، حملا «للمن» على الظاهر من التبويض، و قيل: بأن الثمن أحد و تسعون

ص: ٢١٢

١ - ١) قال فى القواعد: و لو قال: وضيعه درهم من كل عشره فمتى كان الثمن مائه لزمه تسعون، و لو قال: من كل أحد عشر، كان يحط تسعه دراهم و جزء من أحد عشر جزء من درهم، و كذا لو قال: بوضيعه درهم لكل عشره انتهى. منه رحمه الله.

إلا جزءاً من أحد عشر جزء من درهم، حملاً «لمن» على ابتداء الغايه، و يكون التقدير من كل عشره تسلم لى، و مثله ما لو قال: لكل عشره درهم، و وجهه أن الوضيعه للعشره غير العشره، كما أن الربح فى العشره زائدا على العشره، فهو بمنزله ما لو قال: من كل أحد عشر واحد.

و ربما قيل هنا أيضا ببطلان العقد، لتكافى الاحتمالين الموجب لجهاله الثمن و تردده بين القدرين المذكورين، و ربما رجح الأول بما قدمنا ذكره، من أن وضيعه العشره لا- يكون من نفس العشره دون ما عداها، لان الموضوع من جنس الموضوع منه، فيكون الإضافه بمعنى من التبعية، و ربما رجح الثانى بما تقدم فى صدر كلام الشيخ من أن المواضعه على حد المرابحه، للتقابل بينهما، فكما اقتضت المرابحه المعنى الثانى فكذا المواضعه، و يضعف المرجح الأول- بأن اللفظ لا بد فيه من تقدير، و كلا التقديرين محتمل- و الثانى بمنع الملازمه، و قيام الاحتمال ان لم تدل قرينه على أحدهما، و اعترض شيخنا الشهيد الثانى على الأصحاب فى هذا المقام و ما وقع لهم من الاختلاف و النقص و الإبرام- بأن المراد من الجنس الذى يكون الإضافه المعنويه فيه بمعنى من، أن يكون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف اليه، بحيث يصح إطلاقه على المضاف و على غيره أيضا، و الاخبار به عنه، كخاتم فضه، و باب ساج لا جزا من كل، حيث لا يصح إطلاقه كبعض القوم، و يد زيد، فإنك ترديد بالقوم الكل، و الكل لا يطلق على البعض، و كذا القول فى يد زيد، و الحاصل أن (من) التى تتضمنهما الإضافه هى التبيينيه، لا التبعية، كما فى خاتم فضه و أربعة دراهم، و شرط (من) التبيينيه أن يصح إطلاق المجرور بها على المبين، كما فى قوله تعالى (1) «فَاجْتَبُوا الرَّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ» و قد صرح بهذا التحقيق الشيخ رضى، و ابن هشام، و ناهيك بهما، و حينئذ فينبغى القول بحمل الإضافه فى المسألتين على معنى (من) رأساً، لأن الموضوع المضاف بعض العشره، و لا يصح الاخبار به عنه، فيتعين كونها بمعنى اللام.

ص: ٢١٣

نعم يمكن مع ذلك كون الوضیعه من نفس العشره، كما استفاد ذلك من إضافته إلى الثمن. انتهى كلامه (قدس سره).

و ناقشه فی ذلك المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد بما يطول ذكره، مما ليس فی التعرض له كثير فائده، و الغرض من نقل كلامهم فی المقام ليس إلا- بیان أنه لا- يجوز الرجوع الى التعليلات العقلیه فی الأحكام، لعدم انضباطها و وقوفها على حد، لاختلاف الافهام، و المسأله عاریه من النص و لا یبعد القول فیها بالبطلان لما عرفت من الاحتمالات المؤدیة إلى الجهاله. و الله العالم.

الفصل السادس فی الربا

اشاره

و هو لغه الزیاده قال الله تعالى (۱) «فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ» و شرعا على ما ذكره بیع أحد المتماثلین المقدرین بالکیل أو الوزن بالآخر مع الزیاده فی أحدهما حقیقه (۲) أو حکما، أو اقتراض أحدهما مع الزیاده و ان لم یكونا مقدرین بهما، إذا لم یکن البازل للزیاده حربیا و لم یکن المتعاقدان والدا مع ولده، و لا زوجا مع زوجته، و على تقدير القول بثبوتة فی كل معاوضه یبدل البیع بالمعاوضه على أحد المتماثلین الى آخر ما تقدم، و تحریمه ثابت بالكتاب، و السنه، و الإجماع قال الله تعالى عز و جل (۳) «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» و قال (۴) «يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَ يُزْبِی الصَّدَقَاتِ» و قال (۵)

ص: ۲۱۴

- ۱- ۱) سورة الروم الآیه-۳۹.
- ۲- ۲) كالدراهم بدرهمین، و الزیاده الحکمیة مثل زیاده الأجل بأن یبیع قفیزا نقدا بقفیز نسیئته، فإن فیہ زیاده حکمیة من حیث أن للأجل قسط من الثمن و كذا لو كانت الزیاده منفعه مثل أجره دابه أو دار أو نحو ذلك منه رحمه الله.
- ۳- ۳) سورة البقره الآیه-۲۷۵.
- ۴- ۴) سورة البقره الآیه-۲۷۶.
- ۵- ۵) سورة البقره الآیه-۲۷۵.

«الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ»

و روى الصدوق فى الفقيه فى الصحيح عن هشام بن سالم (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«قال درهم ربا أشد عند الله من سبعين زنيه كلها بذات محرم» و رواه الشيخ فى الصحيح عن هشام مثله الا انه ترك (عند الله).

و روى فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن محمد بن قيس (2) عن أبى جعفر (عليه السلام)

«قال قال أمير المؤمنين (عليه السلام): آكل الربا و موكله و كاتبه و شاهده فيه سواء».

و عن ابن بكير فى الموثق (3) قال:

«بلغ أبى عبد الله (عليه السلام) عن رجل أنه كان يأكل الربا و يسميه اللبأ فقال: لأن أمكننى الله عز و جل منه لا ضربن عنقه».

و عن سعد بن طريف (4) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«أخبث المكاسب كسب الربا».

و روى فى الفقيه عن أبى بصير (5) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«درهم ربا أشد من ثلاثين زنيه كلها بذات محرم مثل خاله و عمه».

و روى فى الفقيه و التهذيب مسندا فى الثانى و مرسلا فى الأول (6) عن على (عليه السلام) قال:

«لعن رسول الله (صلى الله عليه و آله) الربا و آكله و مؤكله

ص: ٢١٥

١-١) الفقيه ج ٣ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤ الكافى ج ٥ ص ٢٤٤.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٤٤.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ١٤٧.

٤-٤) الكافى ج ج ص ١٤٧.

٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤.

٦-٦) الفقيه ج ٣ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٥ و ليس فيه كلمه (و موكله).

و بايعه و مشتريه و كاتبه و شاهديه». الى غير ذلك من الاخبار.

أقول: لا خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في التحريم مع العلم، و عليه حملت الأخبار المذكوره، و كذلك لا خلاف في العذر مع الجهل، كما

رواه في الكافي في الصحيح عن هشام بن سالم (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يأكل الربا و هو يرى أنه له حلال، قال: لا يضره حتى يصيبه متعمدا، فإذا أصابه متعمدا فهو بالمنزله التي قال الله عز و جل». و نحوها

صحيحه الحلبي (2) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): كل ربا أكله الناس بجهاله ثم تابوا فإنه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبه». و على ذلك أيضا يدل الآيه الشريفه أعنى قوله سبحانه (3) «فَلَهُ مِمَّا سَلَفَ» انما الخلاف في وجوب رد ما أخذه حال الجهاله بالتحريم إذا علم بعد ذلك، فذهب الشيخ في النهايه و الصدوق في المقنع -على ما نقله في المختلف- الى العدم.

قال في المختلف: و رواه الصدوق في الفقيه، ثم نقل عن ابن الجنيد أنه قال: و من اشتبه عليه الربا لم يكن له ان يقدم عليه الا بعد اليقين بأن ما يدخل فيه حلال، فان قلد غيره أو استدلل فأخطأ ثم تبين له ان ذلك ربما لا يحل، فان كان معروفا رده على صاحبه، و تاب الى الله تعالى و ان اختلط بماله حتى لا يعرفه، أو ورث مالا -يعلم أن صاحبه كان يربي، و لا يعلم الربا بعينه، فيعزله جاز له أكله، و التصرف إذا لم يعلم فيه الربا (4).

ص: ٢١٦

١- ١) الكافي ج ٥ ص ١٤٤ التهذيب ج ٧ ص ١٥ رواه عن الحلبي.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ١٤٥.

٣- ٣) سورة البقره الآيه-٢٧٥.

٤- ٤) أقول: لا- يخفى أن فرض المسأله أنه أكل الربا حال الجهل، و بعد العلم بالتحريم تاب عن ذلك، فحمل ما سلف على الذنب- كما ذكروه مع أنه لا ذنب في حال الجهل، و هو بعد العلم بالتحريم قد تركه- لا يخلو من تعسف. منه رحمه الله.

وقال ابن إدريس فى السرائر: قال شيخنا فى نهايته: فمن ارتكب الربا بجهاله و لم يعلم أن ذلك محظورا فليستغفر الله تعالى فى المستقبل، و ليس عليه فيما مضى شىء، و متى علم أن ذلك حرام ثم استعمله فكل ما يحصل له من ذلك محرم عليه، و يجب رده على صاحبه.

قال محمد بن إدريس: قول شيخنا رحمه الله- فمن ارتكب الربا بجهاله و لم يعلم ان ذلك محظورا فليستغفر الله فى المستقبل، و ليس عليه فيما مضى شىء المراد بذلك ليس عليه شىء من العقاب بعد استغفاره، لا أن المراد بذلك أنه ليس عليه شىء من رد المال الحرام، بل يجب عليه رده على صاحبه، لقوله تعالى (١) «وَإِنْ تَبُتُّمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ» فأما قوله (٢) «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ» المراد به- و الله أعلم- فله ما سلف من العذر و غفران الذنب، و حق القديم سبحانه بعد انتهائه و توبته، لأن إسقاط الذنب عند التوبه تفضل عندنا، بخلاف ما يذهب إليه المعتزله.

و قيل فى التفسير- ذكره شيخنا فى التبيان و غيره من المفسرين- أن المراد بذلك ما كان فى الجاهليه من الربا بينهم، فقال «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ» فأما ما يجرى من المسلم فيجب رده على صاحبه، سواء كان جاهلا لحاله غير عالم انه محرم أو كان عالما بذلك، فإنه يجب رد الربا على من أربى عليه من المسلمين جميعا، فلا يظن ظان و لا يتوهم متوهم على شيخنا فيما قال غير ما حررناه. انتهى.

و الى هذا القول ذهب العلامة فى المختلف أيضا، قال: لأنها معاوضه باطله، فلا ينتقل بها الملك كغيرها من المعاوضات، و احتج للشيخ بالآيه اعنى قوله سبحانه «فَلَهُ مَا سَلَفَ» .

ص: ٢١٧

١- ١) سورة البقره الآيه- ٢٧٩.

٢- ٢) سورة البقره الآيه- ٢٧٥.

ابن بابويه (١) عن الباقر (عليه السلام) قال:

«قال: رسول الله (صلى الله عليه وآله) قد وضع ما مضى من الربا و حرم ما بقى، فمن جهله وسعه جهله حتى يعرفه».

و عن الصادق (عليه السلام) (٢)

«كل ربا أكله الناس بجهاله ثم تابوا فإنه يقبل منهم - إذا عرف منهم - التوبه». ثم أجاب عن الجميع بالعود الى الذنب بمعنى سقوطه عنهم بالتوبه، أو ما كان فى زمن الجاهليه.

أقول: و الذى وقفت عليه من الاخبار ما رواه

المشايخ الثلاثة، (عطر الله مراقدهم)، فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٣) الا أنه فى الفقيه مرسلا قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام)» كل ربا أكله الناس بجهاله ثم تابوا فإنه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبه، و قال: «لو أن رجلا ورث من أبيه ما لا و قد عرف أنه فى ذلك المال ربا و لكن قد اختلط فى التجاره بغيره حلال كان حلالا طيبا فليأكله، و ان عرف منه شيئا معزولا انه ربا فليأخذ رأس ماله و ليرد الربا».

و زاد فى الكافى و الفقيه

«و أيما رجل أفاد مالا كثيرا فيه من الربا فجهل ذلك. ثم عرفه بعد، فأراد أن ينزعه فيما مضى فله، و يدعه فيما يستأنف».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«أتى رجل أبى فقال: انى ورثت مالا و قد علمت أن صاحبه الذى ورثته منه قد كان يربو و قد عرفت أن فيه ربا و استيقن ذلك، و ليس

ص: ٢١٨

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١٦ فى ذيل حديث الوسائل الباب-٥- من أبواب الربا.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٤٥ التهذيب ج ٧ ص ١٦ مع اختلاف يسير الفقيه ج ٣ ص ١٧٥.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٤٥ التهذيب ج ٧ ص ١٦ الفقيه ج ٣ ص ١٧٥ و فيه و الكافى (و قد أعرف) بدل (عرفت).

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ١٤٥ التهذيب ج ٧ ص ١٦ الفقيه ج ٣ ص ١٧٥ و فيه و الكافى (و قد أعرف) بدل (عرفت).

يطيب لى حاله، لحال علمى فيه، و قد سألت فقهاء أهل العراق و أهل الحجاز فقالوا: لا- يحل أكله من أجل ما فيه، فقال أبو جعفر (عليه السلام): ان كنت تعلم أن فيه مالا- معروفا ربا و تعرف أهله، فخذ رأس مالك، و رد ما سوى ذلك، و ان كان مختلطا فكله هنيئا فإن المال مالك، و اجتنب ما كان يصنع صاحبه، فان رسول الله (صلى الله عليه و آله) قد وضع ما مضى من الربا و حرم عليهم ما بقى، فمن جهله و سعه له جهله حتى يعرفه، فإذا عرف تحريمه حرم عليه، و وجب عليه فيه العقوبة إذا ارتكبه كما يجب على من يأكل الربا».

و ما رواه

فى الكافى عن أبى الربيع الشامى (1) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أربا بجهاله، ثم أراد أن يتركه، فقال: أما ما مضى فله، و ليركه فيما يستقبل، ثم قال: ان رجلا أتى أبا جعفر (عليه السلام) فقال: انى قد ورثت مالا و قد علمت أن صاحبه كان يربو، و قد سألت فقهاء أهل العراق و فقهاء أهل الحجاز، فذكروا أنه لا يحل أكله فقال أبو جعفر (عليه السلام): ان كنت تعرف منه شيئا معزولا و تعرف أهله و تعرف أنه ربا فخذ رأس مالك، و دع ما سواه، و ان كان المال قد اختلط فكله هنيئا مريئا، فان المال مالك، و اجتنب ما كان يصنع صاحبك فان رسول الله (صلى الله عليه و آله) قد وضع ما مضى من الربا فمن جهله و سعه أكله فإذا عرفه حرم عليه أكله، فإن أكله بعد المعرفه و وجب عليه ما وجب على آكل الربا».

و رواه ابن إدريس فى مستطرفات السرائر (2) من كتاب المشيخه للحسن ابن محبوب نحوه.

ص: ٢١٩

١-١) الكافى ج ٥ ص ١٤٦ الوسائل الباب-٥-من أبواب الربا الرقم-٤.

٢-٢) السرائر ص ٤٧٥.

فى التهذيب فى الصحيح عن محمد بن مسلم (١) قال:

«دخل رجل على أبى جعفر (عليه السلام) من أهل خراسان قد عمل بالربا حتى كثر ماله ثم انه سأل الفقهاء فقالوا: ليس يقبل منك شىء الا- أن ترده إلى أصحابه، فجاء الى أبى جعفر (عليه السلام) فقص عليه قصته فقال له أبو جعفر (عليه السلام): مخرجك من كتاب الله عز و جل (٢) «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ» و الموعظه التوبه».

أحمد ابن محمد بن عيسى فى نوادره (٣) عن أبيه على ما نقله فى الوسائل قال:

«ان رجلا أربا دهرًا من الدهر فخرج قاصدا الى أبى جعفر (عليه السلام) يعنى الجواد (عليه السلام) فقال له: مخرجك من كتاب الله يقول الله «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ» و الموعظه هى التوبه فجعله بتحريمه ثم معرفته به فما مضى فحلال، و ما بقى فليستحفظ».

الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى على ما نقله فى كتاب بحار الأنوار (٤) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): ما خلق الله حلالا و لا حراما الا و له حد كحدود الدار، فما كان من حدود الدار فهو من الدار حتى أرس الخدش فما سواه، و الجلده و نصف الجلده، و ان رجلا أربا دهرًا من الدهر فخرج قاصدا الى أبى جعفر (عليه السلام) فسأله عن ذلك، فقال له مخرجك من كتاب الله يقول الله».

الحديث المتقدم الى آخره هذا ما وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسأله.

و الظاهر منها بعد رد بعضها الى بعض هو ما ذهب اليه الشيخ و الصدوق فى هذه المسأله، فإن ظاهر صحيحه هشام بن سالم المتقدمه هو حل ما أكله حال الجهل،

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٥ الوسائل الباب-٥- من أبواب الربا الرقم ٧.

٢-٢) سورة البقره الآيه ٢٧٥.

٣-٣) الوسائل الباب-٥- من أبواب الربا الرقم ١٠.

٤-٤) بحار الأنوار ج ٢ ص ١٧٠ الرقم ٨ ط الحديث.

و أنه لا- يضره ذلك حتى يكون متعمدا معنى بالإثم، و لا- يجب عليه رده إلا في صورته العلم، و كذلك قوله (عليه السلام) في الرواية الخامسة و السادسة، «فما مضى فحلال و ما بقى فليتحفظ» فإنه كالصريح، بل صريح في حل ما أكله حال الجهل، و هو أيضا ظاهر الروايات الباقية، فإنها متفق في أنه مع الجهل لا يجب عليه رده، كما أفتى به فقهاء العامة.

بقي الكلام في تفصيله (عليه السلام) في الاخبار الثلاثة الأول، و فرق بين ما كان معزولا، و ما كان مختلطا بمال حلال، و هو بظاهرة موافق لما تقدم نقله عن ابن الجنيد، و يمكن حمل رد المعزول على الأولويه و الاستحباب، و ان كان الجميع حلالا من حيث الجهل، كما ينادى به سياق الأخبار المذكورة، سيما الخبر الخامس و السادس كما عرفت.

و اما احتمال الحمل على الحل من حيث الاختلاط كما صار اليه بعض أفاضل متأخري المتأخرين (١) لا من حيث الجهل، فهو بعيد عن سياق الأخبار المذكورة.

و أما قول العلامة- (رحمه الله) لأنها معاوضه باطله، فهو ممنوع، لأنها من حيث الجهل صحيحه بحسب ظاهر الشرع، و ثبوت البطالين بعد العلم يحتاج الى دليل، إذ الحل و الحرمة و الطهاره و النجاسه و نحوها مما تبني على علم المكلف و عدمه، لا على الواقع و نفس الأمر، كما مر تحقيقه في كتاب الطهاره من هذا الكتاب (٢).

و أما استدلال ابن إدريس و مثله العلامة في المختلف بقوله تعالى

ص: ٢٢١

١ - ١) و هو المحدث الكاشاني و الفاضل الخراساني في الكفايه حيث ذهب الى أن الحرام المختلط بالحلال في المحصور حلال، و قد أوضحنا بطلانه في كتابنا الدرر النجفيه. منه رحمه الله.

٢ - ٢) ج ١ ص.

«وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُؤُسٌ أَمْوَالِكُمْ» فَإِنَّ فِيهِ إِسْبَاقَ الْآيَةِ عَلَى الْإِخْتِصَاصِ بِالْعَالَمِ الْمُتَعَمِّدِ، وَهَذِهِ صَوْرَتُهَا (١) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبِّ إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ» الْآيَةَ، وَمِنَ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّهْدِيدَ بِالْحَرْبِ لَا يَتَوَجَّهُ إِلَّا إِلَى الْعَالَمِ.

وَيُؤَيِّدُهُ تَأْيِيدًا مَا رَوَاهُ الطَّبْرَسِيُّ فِي كِتَابِ مَجْمَعِ الْبَيَانِ (٢) عَنِ الْبَاقِرِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فِي سَبَبِ النُّزُولِ مِنْ أَنَّ الْوَلِيدَ بْنَ الْمَغِيرَةَ كَانَ يَرِبِي فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَقَدْ بَقِيَ لَهُ بَقَايَا عَلَى تَقْيِيفِ فَأَرَادَ خَالِدُ بْنُ وَلِيدِ الْمَطَالِبَةَ بِهَا بَعْدَ أَنْ أُسْلِمَ، فَتَزَلَّتْ الْآيَةُ.

وَأَمَّا تَأْوِيلُ قَوْلِهِ سَبْحَانَهُ «مَا سَلَفَ» بِمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْمَعْنَى فَهُوَ تَعْسُفٌ مُحْضٌ، وَالظَّاهِرُ مِنَ الْآيَةِ أَنَّهَا هِيَ حُلُّ مَا سَلَفَ مِمَّا أَكَلَهُ حَالُ الْجَهْلِ كَمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ الْأَخْبَارُ الْمُتَقَدِّمَةُ، قَالَ أَمِينُ الْإِسْلَامِ الطَّبْرَسِيُّ فِي كِتَابِ مَجْمَعِ الْبَيَانِ «فَلَهُ مَا سَلَفَ» مَعْنَاهُ مَا أَخَذَهُ وَأَكَلَ مِنَ الرِّبَا قَبْلَ النَّهْيِ، وَلَا يَلْزِمُهُ رَدُّهُ.

قال الباقر (عليه السلام) (٣):

«من أدرك الإسلام و تاب مما كان عمله في الجاهلية وضع الله عنه ما سلف». انتهى.

وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى اخْتِيَارِ الطَّبْرَسِيِّ لِمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّيْخُ وَالصَّدُوقُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَالْحَمْلُ عَلَى مَا سَلَفَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، لَا يَنَافِي مَا سَلَفَ مِنْ حَيْثُ الْجَهْلُ فِي الْإِسْلَامِ أَيْضًا، لِإِشْتِرَاكِ الْجَمِيعِ فِي الْجَهْلِ الْمَوْجِبِ لِحُلِّ مَا تَقَدَّمَ، وَظَاهِرُ الْمُحَقِّقِ فِي النَّافِعِ الْقَوْلِ بِذَلِكَ أَيْضًا، حَيْثُ قَالَ: «لَوْ جَهَلَ التَّحْرِيمَ كَفَاهُ الْإِنْتِهَاءُ».

وَبِمَا قَرَّرْنَاهُ وَأَوْضَحْنَاهُ يَظْهَرُ لَكُمْ أَنَّ الْأَظْهَرَ هُنَا هُوَ مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ وَالصَّدُوقُ وَكَيْفَ كَانَ فَتَحْقِيقُ الْبَحْثِ فِي هَذَا الْفَصْلِ يَقَعُ فِي مَسَائِلِ

[المسألة] الأولى [اشتراط كون العوضين من جنس واحد]

إشارة

ص: ٢٢٢

١- (١) سورة البقرة الآية ٢٧٩.

٢- (٢) الوسائل الباب-٥- من أبواب الربا الرقم ٨.

٣- (٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٩.

من الشروط المعتبره فى الربا أن يكون العوضان من جنس واحد، والمراد بالجنس هنا الحقيقه النوعيه باصطلاح أهل المنطق، فإنه يسمى جنسا بحسب اللغه، و ضابطه أن يتناولهم لفظ خاص كالحنطه و الأرز و نحوهما.

و ينبغى أن يستثنى من هذه الضابطه الشعير، فإنه فى باب الربا من أفراد الحنطه مع أنه لا يتناوله لفظها و دخوله بالنص.

و أما العلس و السلت على القول بأنهما من أفراد الحنطه و الشعير فدخولهما فيهما ظاهر و ان اختصا باسم آخر، و الا فمقتضى الاسم عدم الإلحاق، فلا يجوز بيع أحد المتجانسين بالآخر مع الزيادة، و يجوز البيع وزنا بوزن و ان كان أصلهما الكيل على أحد القولين، نظرا الى أن الوزن أضبط، حتى قيل انه أصل الكيل، بل نقل بعضهم الإجماع على جواز بيع الحنطه و الشعير وزنا، مع الإجماع على كونهما مكيلين فى زمنه (صلى الله عليه و آله) و قيل: بالعدم نظرا الى ورود الشرع و العرف بالكيل، فلا يعتبر بغيره، فيرجع حينئذ الى ما علم من عصره (صلى الله عليه و آله) و عصور الأئمه (عليهم السلام) فى كونه مكيلا- أو موزونا، و مع الجهل بذلك إلى عادته البلد.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الثمن و المثلن اما أن يكونا ربويين، أو غير ربويين أو يكون أحدهما خاصه ربويا فبهينا أقسام ثلاثه

الأول أن يكونا معا ربويين

اشاره

، و حينئذ فلا يخلو اما أن يتحد الجنسان أو يختلفا، و على الثانى فلا يخلو أيضا اما أن يكون أحدهما من النقود و الآخر عرضا من العروض، فبهينا أيضا أقسام ثلاثه

الأول- أن يكونا ربويين، و يتحد الجنس

، و الواجب المساواه فى القدر و الحلول، فلا- يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئه، و ان تساويا فى القدر جاز، قال فى المختلف: و لا أعرف فى ذلك

خلافاً الا- قولاً- شاذاً للشيخ، ذكره في الخلاف فإنه قال: إذا باع ما فيه الربا من المكيل و الموزون مختلف الجنس جاز بيع بعضه ببعض متماثلاً يدا بيد، ويكره نسيئه ثم اعتذر عنه بأنه قد يطلق على المحرم اسم المكروه. انتهى (1) وهو جيد،

الثاني أن يختلف الجنس و يكون أحدهما من الأثمان، و الآخر من العروض

و لا خلاف في الصحة نقدا و نسيئه، لأنه مع النسيئه في أحدهما اما أن يكون من قبيل بيع النسيئه المتقدم جوازه ان كان الأجل في الثمن، أو من قبيل السلف ان كان الأجل في المبيع، و كلاهما جائزان.

الثالث- أن يختلف الجنس و يكونا عرضين

فإنه يجوز أحدهما بالآخر نقدا متفاضلا و متماثلا بلا خلاف، و انما الخلاف في النسيئه مع التفاضل، فهل يجوز أم لا؟ قال الشيخ في النهاية و ابن حمزه: بالأول، و قال المفيد و سلار و ابن البراج:

بالتاني، و نص ابن ابي عقيل و ابن الجنيدي على التحريم.

و قال الشيخ في المبسوط: بالكراهه، و به قال ابن إدريس و العلامه في

ص: ٢٢٤

١- ١) ثم انه استدل على هذا الإطلاق قال في هذا الكتاب: بأنه يكره الأكل و الشرب في آنيه الفضه و قصد التحريم، أقول: لا يخفى أن لفظ الكراهه كما شاع استعماله في التحريم في الاخبار فالمتقدمون كثيرا ما يجرون على نحو الاخبار في هذا الأبواب، ثم ان ظاهر الشيخ في المبسوط موافقه ما ذكر في الخلاف حيث قال: و ان باع بعض الجنس-يعنى مما يكون الثمن و المثلن ربويين-بجنس مثله متفاضلا جاز، و الأحوط أن يكون يدا بيد. انتهى، و أنت خير بأن ظاهر هذه العبارة لا تقبل التأويل المتقدم، و منه يقرب ان مراده بالكراهه في عبارة الخلاف انما هو معنى الأصولي، و حينئذ يكون المسأله محل خلاف، الا أن قوله ضعيف، مردود بالأخبار الداله على كون ذلك ربا كما سيظهر لك إنشاء الله تعالى. منه رحمه الله.

المختلف،احتج القائلون بالجواز بالأصل،و ما نقل شائعا من

قوله(عليه السلام) (١)

«إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم». هذا ما احتج به فى المختلف لهذا القول.

أقول:و يدل عليه أيضا ما رواه

فى التهذيب و الفقيه عن سماعه فى الموثق (٢)قال:

«سألته عن الطعام و التمر و الزبيب؟فقال:لا يصلح شىء منه اثنان بواحد الا أن تصرفه نوعا الى نوع آخر،فإذا صرفته فلا بأس به اثنين بواحد و أكثر من ذلك». و إطلاقه دال على الجواز يدا بيد و نسيئه.

و نحوه أيضا ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٣)عن أبى عبد الله(عليه السلام)فى حديث

«قال.و يكره قفيز لوز بقفيزين،و قفيز تمر بقفيزين،و لكن صاع حنطه بصاعين من تمر،و صاع تمر بصاعين من زبيب».

الحديث،الا ان احتمال تقييد إطلاقهما بالاخبار الاتيه قائم.

ثم انه فى المختلف نقل الاحتجاج للمانعين بما رواه

الحلبى (٤)فى الصحيح عن الصادق(عليه السلام) قال:

«ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شىء من الأشياء يتفاضل،فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدا بيد،فأما نظره فلا يصلح». ثم أجاب بأن الربا من شرطه اتحاد الجنس على ما بينه علمائنا،ثم حمل الخبر على الكراهه.

أقول:و مما يؤيد هذه الروايه أيضا ما رواه

فى الكافى عن محمد بن سنان (٥)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شىء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدا بيد،فأما نظره فلا تصلح».

ص: ٢٢٥

(١-١) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٠.

(٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٥ الرقم ١٢ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٩١ عن محمد عن أبي عبد الله (عليه السلام) التهذيب ج ٧ ص ٩٣.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٧ ص ٩٣ وفي المصدرين ليس فيهما لفظ (ابن سنان).

فى التهذيب عن زياد بن أبى غياث (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) مثله الا أنه قال:

«و أما نسيئته فلا يصلح». و لفظ لا يصلح عند الأصحاب من الألفاظ الظاهره فى الكراهه، و لهذا حملوه ما ورد بهذا اللفظ على ذلك، و أيدته ما ذكر من أن شرط الربا اتحاد الجنس.

و روى فى الكافى عن سماعه (٢) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«المختلف مثلان بمثل يدا بيد لا بأس به».

و فى صحيحه محمد بن مسلم (٣) قال:

«إذا اختلف الشيطان فلا بأس به مثلين بمثل يدا بيد».

و فى صحيحه الحلبي (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الزيت بالسمن اثنين بواحد، قال: يدا بيد لا بأس به». و لعل مستند القول بالكراهه هو الجمع بين أدله القولين، و يؤيده ما ذكره الثقة الجليل

على بن إبراهيم (٥) على ما نقل فى الكافى فى فصل طويل فى هذا الباب قال:

«فإذا اختلف أصل ما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد، و يكره نسيئته». الا أن احتمال التحريم فى هذا اللفظ قائم، لكثرة إطلاقه على ذلك فى الاخبار و كلام المتقدمين، و كذا لفظ «لا يصلح» فإنه كثيرا ما يستعمل فى الاخبار فى مقام التحريم و كيف كان فالمسألة لا تخلو من شوب الإشكال.

الثانى أن يكونا غير ربويين

كثوب بثويين، و عبد بعبدتين، و دابه بدابتين، و لا خلاف فى أنه يجوز ذلك نقدا و أما نسيئته فقولان: المنع و هو قول الشيخ

ص: ٢٢٤

١-١) التهذيب ج ٥ ص ١١٨.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٩٠.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٥.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٢١.

فى النهايه، فإنه قال: لا يجوز، وكذا فى الخلاف و الشىخ المفيد و ابن ابن عقيل و ابن الجنيد. و قال الشىخ فى المبسوط: يكره، و هو المشهور بين المتأخرين، و أطلق الصدوقان الجواز.

احتج القائلون بالجواز بالأصل، و

قوله (عليه السلام) (١).

«إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم». و أن المقتضى موجود، و المانع مفقود، أما المقتضى فهو عموم أدله البيع. و أما عدم المانع فلأنه ليس الا الربا و هو منفى هنا بالاخبار.

و منها ما رواه

المشاىخ الثلاثة بأسانيد عديده فمنها الموثق و الصحيح عن عبيد بن زرار (٢) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا يكون الربا الا فيما يكال أو يوزن».

و ما رواه

فى الكافى عن منصور (٣) فى الموثق قال:

«سألته عن الشاه بالشاتين، و البيضة بالبيضتين، قال: لا بأس ما لم يكن كيلا أو وزنا».

و ما رواه

فى الفقيه عن داود بن الحصين (٤)

«أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الشاه بالشاتين، و البيضة بالبيضتين قال: لا بأس ما لم يكن مكيلا و لا موزونا».

و ما رواه

فى التهذيب عن منصور بن حازم (٥) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن البيضة بالبيضتين؟ قال: لا بأس به، و الثوب بالثوبين؟ قال: لا بأس به، و الفرس بالفرسين؟ قال: لا بأس به، ثم قال: كل شىء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال و لا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد».

ص: ٢٢٧

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٤٦ التهذيب ج ٧ ص ١١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٥.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٧ ص ١١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨.

٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ١٧٨.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ١١٩.

و ما رواه

فى التهذيب أيضا فى الموثق عن زراره (١) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«لا بأس بالثوب بالثوبين».

و ما

فى كتاب الفقه الرضوى (٢) قال: (عليه السلام) -بعد نقل روايه عن أبيه عليه السلام-

«و سئل عن الشاه بالثوبين و البيضة بالبيضتين؟ فقال: لا بأس ما لم يكن كيلا و لا وزنا،

و قال: أيضا (عليه السلام)

و لو أن رجلا- باع ثوبا بثوبين، أو حيوانا بحيوانين من أى جنس يكون، لا يكون ذلك من الربا». و إطلاق الجواز فى هذه الاخبار شامل للنقد و النسيئه.

احتج القائلون بالمنع بجملة من الاخبار أيضا منها ما رواه

المشايخ الثلاثة نور الله تعالى مراقدهم فى الصحيح عن زراره (٣)

«عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: البعير بالبعيرين، و الدابة بالدابتين يدا بيد ليس به بأس» و زاد فى الفقيه «قال: لا بأس بالثوب بالثوبين يدا بيد و نسيئه إذا و صفتها».

و روه أيضا بأسانيدهم، و فيها

الصحيح عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٤)

«قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن العبد بالعبدين، و العبد بالعبد و الدراهم؟ قال: لا بأس بالحيوان كله يدا بيد». و هما مشعران بالمنع عن النسيئه، كما يشعر إليه الزيادة التى فى الخبر الأول.

و ما رواه

فى التهذيب فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الثوبين الرد بين بالثوب المرتفع و البعير بالبعيرين،

- ١-١) التهذيب ج ٧ ص ١١٩.
- ٢-٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٠.
- ٣-٣) الکافی ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ ص ١١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٧.
- ٤-٤) الکافی ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٧ ص ١١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٧.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ١٢٠.

و الدابه بالدابتين، فقال: كره ذلك على (عليه السلام) فنحن نكرهه، الا أن يختلف الصنفان، قال: فسألته عن الإبل و البقر و الغنم أو إحداهن في هذا الباب؟ قال:

نعم نكرهه». و القائلون بالجواز حملوا هذه الاخبار على الكراهه، و الأظهر حملها على التقيه كما اختاره بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين قال: لا- خلاف بين العامه في جواز بيع الحيوان بالحيوانين حالا، و انما الخلاف بينهم في النسيئه فذهب الأكثر منهم الى عدم الجواز، و ذهب بعضهم الى عدم الجواز في المعدود.

أقول: و الى ذلك يومى

خبر سعيد بن يسار (1) المروى في الكافي و الفقيه قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن البعير بالبعيرين يدا بيد و نسيئه؟ فقال:

نعم لا- بأس إذا سميت بالأسنان جذعين أو ثنين، ثم أمرنى فخطت على النسيئه». فإن الظاهر من الأمر هنا بضرب الخط على النسيئه بعد نفى البأس انما هو لثلا يراه العامه أو لثلا ينقل عنه.

و مثله قال فى النهايه ذيل هذا الخبر، «لان الناس يقولون لا» و انما فعل ذلك للتقيه انتهى، و الظاهر أنه من كلام الصدوق رحمه الله

و روى الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن سعيد بن يسار (2) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن البعير بالبعيرين يدا بيد و نسيئه؟ قال لا بأس به، ثم قال: خط على النسيئه». و مما ذكرنا يظهر قوه القول المشهور. (3)

ص: ٢٢٩

١- (١) الكافي ج ٥ ص ١٩١ الفقيه ج ٣ ص ١٧٧.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١١٧.

٣- (٣) أقول العجب من صاحب الكفايه، فإنه قال فى صحيحه سعيد بن يسار تصريح بجواز بيع البعير بالبعيرين نسيئه مع أن الخبر دل على أنه (عليه السلام) أمر بالخط على النسيئه إيذانا بعدم الجواز، فكيف غفل عن تتمه الخبر و استدل به على جواز البيع نسيئه و الحال كما ترى، و بالجملة فالخبر ظاهر بالمنع، و لكن الجواب عنه ما ذكرنا فى الأصل منه رحمه الله.

الثالث: أن يكون أحدهما ربويا، والأخر غير ربوي

و لا- خلاف في جواز بيع أحدهما بالآخر نقدا و نسيئه كيف اتفق الا مع تأجيلهما، تساويا في الأجل أو احتلفا،لأنه من قبيل بيع الدين بالدين، كما تقدم الإشارة اليه، و ان كان بعض صوره لا يخلو من المناقشه كما سيأتى إنشاء الله- تعالى-تحقيقه في باب الدين.

المسأله الثانيه [حكم بيع الحنطه بالشعير]

-الأظهر الأشهر أن الحنطه و الشعير هنا جنس واحد،فلا يجوز التفاضل بينهما نقدا و لا نسيئه،و لا بيع أحدهما بالآخر نسيئه و ان تساويا، و هو مذهب الشيخين،و ظاهر الصدوق في الفقيه.حيث رواه و لم ينكره،و سلا ر و أبو الصلاح و ابن حمزه.

و قال ابن الجنيد:أنهما نوعان،و قال ابن أبي عقيل:و قد قيل لا يجوز بيع الحنطه بالشعير الا مثلا بمثل سواء،لأنهما من جنس واحد،بذلك جائت بعض الآثار عنهم(عليهم السلام)ثم قال:و القول و العمل على الأول،و الى هذا القول مال ابن إدريس،و أكثر من القولين في ذلك،و طول بما لا معتمد عليه و لا معول.

قال:لا خلاف بين المسلمين العامه و الخاصه أن الحنطه و الشعير جنسان مختلفان حسا و لفظا،و لا خلاف بين أهل اللغه و اللسان العربى في ذلك،فمن ادعى أنهما كالجنس الواحد فعليه الدلاله،و أخبار الآحاد ليست حجه،ثم لم يذهب الى هذا القول سوى الشيخ أبى جعفر و الشيخ المفيد،و من قلدهما،بل جمله أصحابنا المتقدمين و رؤساء مشايخنا الماضين لم يتعرضوا لذلك،بل أفتوا و صنفوا أن مع اختلاف الجنس يجوز بيع الواحد بالآخرين،

و قوله(عليه السلام) (1)

ص: ٢٣٠

«إذا اختلف الجنسان فيعوا كيف شئتم». و الحنطه و الشعير مختلفان صوره و شكلا، و لونا و طعما، و إدراكا و حسا، ثم أطال بما لا يرجع الى طائل و لا يعود الى حاصل.

و جوابه فيما ادعاه من الإجماع المعارضه أولا- بدعوى الشيخ الإجماع- فى الخلاف- على خلاف ما ذكره، و ثانيا المنع من الإجماع الذى يدعيه لما عرفت، فإنه لم يذهب الى ما ذهب اليه الا ابن الجنيد و ابن أبى عقيل، و من عداهما من المتقدمين فهو اما مصرح بكونهما جنسا واحدا فى هذا الباب، أو أنه لم يتعرض لذكرهما، و ان ذكروا أن مع اختلاف الجنس يجوز البيع كيف اتفق.

فالعمل عندنا على الاخبار الواردة فى المقام السالمه من المعارض، و رده لها بأنها أخبار آحاد مردود، بأن الواجب عليه- مع رد هذه الاخبار و نحوها من اخبار الشريفه الوارده فى جملة الأحكام- هو الخروج من هذا الدين و هذه الشريعة إلى دين آخر، و شريعه أخرى، و تعلقه بالإجماع تعلق بما هو أوهن من بيت العنكبوت و انه لأوهن البيوت، كما تقدم تحقيقه فى مقدمات الكتاب فى مجلد كتاب الطهاره (1) و فى باب صلاه الجمله.

و أما الاخبار الداله على ما قلناه فمنها ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله مراقدهم) عن أبى بصير (2) و غيره فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«الحنطه و الشعير رأسا برأس (لا يزداد) واحد منهما على الآخر».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (3) عن

ص: ٢٣١

١- ١) ج ١ ص ٣٥.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٩٥ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ فى الكافى و الفقيه. (لا يزداد).

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ (و ليس فيه كلمه لا يباع).

أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «لا يباع مختومان من شعير، بمختوم من حنطه (و لا يباع) الا مثلا بمثل و التمر مثل ذلك، قال: و سئل عن الرجل يشتري الحنطه فلا يجد عند صاحبها الا شعيرا أ يصلح له أن يأخذ اثنين بواحد؟ قال: لا، إنما أصلهما واحد» و زاد فى الكافى «و كان على (عليه السلام) يعد الشعير بالحنطه».

و عن هشام بن سالم (١) فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سأله رجل عن الرجل يبيع الرجل الطعام الأكرار، فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه، فيقول له خذ منى مكان كل قفيز حنطه قفيزين من شعير حتى تستوفى ما نقص من الكيل؟ قال: لا يصلح لأن أصل الشعير من الحنطه، و لكن يرد عليه من الدراهم بحساب ما نقص من الكيل» (٢).

و عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٣) فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): أ يجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير؟ فقال: لا- يجوز الا- مثلا- بمثل ثم قال: ان الشعير من الحنطه».

أقول: لعل الوجه فيما اشتملت عليه هذه الاخبار من أن الشعير من الحنطه و أن أصلهما واحد، هو ما رواه

الصدوق بإسناده (٤)

«أن على بن أبى طالب (عليه السلام)

ص: ٢٣٢

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٩٦.

٢- ٢) أقول قد اشتهر فى كلام الأصحاب أن لفظ (لا يصلح) من ألفاظ الكراهه كما تقدم ذكره فى غير مقام، مع أنه هيهنا إنما أريد به التحريم قطعاً، و مثله غيره من الاخبار، و الحق أن هذا اللفظ من الألفاظ المتشابهه المحتمل له للحمل على كل من المعنيين الا مع القرينه، فالاستدلال به على الكراهه بقول مطلق مما لا وجه له. منه رحمه الله.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٨٨ التهذيب ج ٧ ص ٩٦.

٤- ٤) المستدرک ج ٢ ص ٤٨١.

سئل عما خلق الله الشعير؟ فقال: ان الله (تبارك و تعالى) أمر آدم (عليه السلام) أن ازرع مما اخترت لنفسك، وجاءه جبرئيل بقبضه من الحنطه، فقبض آدم (عليه السلام) على قبضه، و قبضت حواء على أخرى فقال: آدم (عليه السلام) لحواء لا تزرعى أنت، فلم تقبل أمر آدم، فكلما زرع آدم جاء حنطه، و كلما زرعت حواء جاء شعيرا». و به يزول الاستبعاد الذى ذكره جملة من أولئك الأمجاد.

و ما رواه

فى التهذيب فى الصحيح عن صفوان (١)

«عن رجل من أصحابه عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: الحنطه و الشعير لا بأس به رأسا برأس».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث قال:

«و لا يصلح الشعير بالحنطه إلا واحدا بواحد» الحديث.

و ما رواه

فى التهذيب عن أبى بصير (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الحنطه بالشعير، و الحنطه بالدقيق؟ فقال: إذا كان سواء فلا بأس، و الا فلا».

و عن محمد بن قيس (٤) فى الصحيح عن أبى جعفر (عليه السلام):

قال:

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام): لا تبع الحنطه بالشعير الا يدا بيد، و لا تبع قفيزا من حنطه بقفيزين من شعير» الحديث.

و هذه الاخبار على كثرتها و صحتها لا معارض لها سوى ما ذكره من الوجوه التخريجه العليه التى لا يجوز التعويل عليها فى تأسيس الأحكام الشرعيه و الله العالم.

بقى الكلام هنا فى الجمع بين القاعده المتفق عليها فى كلام الأصحاب و هى

ص: ٢٣٣

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٩٥.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٩٥.

ما عرفت آنفا من اشتراط اتحاد الجنس فى الربا-الذى هو عبارته عن الحقيقة النوعية، و لا ريب أن الحنطة و الشعير فى غير باب الربا جنسان، كما فى باب الزكاه و فيما لو حلف أو نذر أن لا يأكل الحنطة، فإنه لا يحث بأكل الشعير و نحو ذلك، و لاختلاف مفهومها لغه و عرفاً،- و بين الاخبار المذكوره الداله على وقوع الربا فيهما بمعاوضه أحدهما بالآخر، و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك تخصيص القاعده المذكوره بالأخبار، بمعنى أنهما جنسان لاختلاف مفهومهما لغه و عرفاً، إلا فى الربا للأخبار المتقدمه فإنهما فيه من جنس واحد، و أنت خير بان ظاهر جملة من الاخبار المتقدمه أنهما جنس واحد مطلقاً، لا بخصوص الربا، و أنه انما وقع الربا فيهما من هذه الحثيه الثابته لهما مطلقاً، كما يفسره حديث الصدوق المذكور، لا أن اتحادهما مخصوص بالربا، و لا مناص عن الإشكال إلا بخرم القاعده المذكوره و ابطالها و قد قدمنا فى الأبحاث المتقدمه أن الواجب هو الوقوف على موارد النصوص، و عدم الاعتماد على قواعدهم المذكوره فى غير موضع، و اختلاف التسميه لا ينافى الاتحاد حقيقه، كما فى الحنطة و الدقيق، فإن الحقيقة واحده و ان اختلف الاسم.

و كأنه الى ما ذكرنا أشار فى التذكرة فقال: و بالجملة الاعتماد على أحاديث أهل البيت (عليهم السلام) و الاختصاص باسم، لا يخرج المهيه عن التماثل كالحنطة و الدقيق. انتهى.

و بالجملة ان اتحاد الاسم و اختلافه علامه غالبه مبنى عليها الحكم ما لم يحصل أقوى منها، و لهذا يعمل على الاسم فى غير الحنطة و الشعير، و فيهما أيضاً فى غير باب الربا مما أشرنا إليه آنفا و ان كانت حقيقتهما واحده، و أصلهما واحد بالنصوص المتقدمه، لكون أحكام الشرع تابعه للاسم و الإطلاق العرفى، لا- الحقيقى النفس الأمرى إلا- مع دليل يدل عليه، و لما دلت النصوص على الاتحاد حقيقه و ان ذلك كاف فى باب الربا، فلا- يحتاج الى اتحاد الاسم، و ان عمل عليه فى غير ذلك و الله العالم.

المسألة الثالثة [حكم بيع الجنس بما يعمل منه]

-الظاهر انه لا- خلاف فى أن كلما يعمل من جنس واحد فإنه يحرم التفاضل فيه، كالحنطة و دقيقها، إذ الطحن لا يخرجها عن الحقيقة، وكذا كل جنس مع فرعه، مثل التمر و الدبس و الرطب و العصير، و العنب و الزبيب.

و الدبس و نحو ذلك، فيجوز بيع الحنطة بدقيقها متساويا لا متفاضلا و لا نسيئه قال: فى التذكرة و قد بينا أن أصل كل شىء و فرعه واحد، يباع أحدهما بالآخر متساويا لا متفاضلا، و لا يجوز نسيئه إذا كان مما يكال أو يوزن، فيجوز بيع الحنطة بدقيقها و دقيق الشعير و بسويقهما، و السويق بالدقيق عند علمائنا أجمع، و ادعى أيضا الإجماع فى الاتحاد بين الحنطة و بين جميع ما يعمل منه، حتى بينها و بين الخبز و الهريسه، و كذا بين جميع أنواع اللبن، و ما يحصل منه حتى بين الحليب و الكشك، و الكامخ.

و قال فى التذكرة أيضا: يجوز بيع الحنطة بالخبز متساويا نقدا، و لا يجوز نسيه و لا متفاضلا، و يجوز بيع الخبز بالخبز يابسا و رطبا و مختلفين، و بيع الفالودج بالحنطة، و نقل منع العامه فى الكل.

أقول: و الذى وقفت عليه من الاخبار فى هذا المقام ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الموثق عن سماعه (١) قال:

«سألته عن الحنطة و الدقيق؟ فقال: إذا كانا سواء فلا بأس».

و ما رواه أيضا

عن محمد بن مسلم (٢) فى الصحيح عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«قلت: ما تقول فى البر بالسويق؟ فقال: مثلا بمثل لا بأس به، قلت: انه يكون له ريع أو يكون له فضل، فقال: أليس له مؤنه؟ قلت: بلى قال: هذا بذا، و قال:

إذا اختلف الشيطان فلا- بأس مثلين بمثل يدا بيد». قال فى الوافى: لعل مراد السائل أن البر له ريع أن فيه فضل، لانه يزيد إذا أخبز، بخلاف السويق.

ص: ٢٣٥

١-١) الكافى ج ٥ ص ١٨٨ التهذيب ج ٧ ص ٩٥.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٥.

أقول: بل الظاهر انما هو أنه متى بيع أحدهما بالآخر كيلا، لأنهما من المكيلات (١) فإن الحنطة تكون أثقل، و السويق و هو الدقيق المقلو أخف، فيحصل الريع و الزيادة في الحنطة، و لهذا قيل: بالمنع هنا، و المشهور الجواز، فأجاب (عليه السلام) بأن هذه الزيادة في مقابله مؤنه طحنه إذا طحن ليكون دقيقا، فيكون في قوه دقيق بدقيق متساويين.

و ما رواه

في الكافي في الصحيح عن زراره و محمد بن مسلم (٢) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال:

«الحنطة بالدقيق مثلا بمثل، و السويق بالسويق مثلا بمثل و الشعير بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به».

و ما رواه

في التهذيب و الفقيه في الصحيح عن زراره (٣) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال:

«الدقيق بالحنطة و السويق بالدقيق مثلا بمثل لا بأس به».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن سماعه في الموثق (٤) قال:

«سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن العنب بالزبيب؟ قال: لا - يصلح الا - مثلا - بمثل، قلت: و التمر و الزبيب، قال: مثلا - بمثل». و في التهذيبيين على ما نقله في الوافي «قلت و الرطب و التمر» قال: و هو الصحيح، لجواز اختلاف الوزن في غير الجنسين كما صرح

ص: ٢٣٦

١ - ١) أقول: لا - خلاف بينهم في أن الحنطة في زمنه (صلى الله عليه و آله) أنه من المكيل، و أما الدقيق فقيل: انه من الموزون، و الذى صرح به جملة من المحققين منهم المحقق الأردبيلي أنه كان مكيلا، قال: و الظاهر كونها في زمانه مكيلا كذلك، كما نقل ذلك في الحنطة بالإجماع انتهى منه رحمه الله.

٢ - ٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٩.

٣ - ٣) التهذيب ج ٧ ص ٩٤ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨.

٤ - ٤) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ ص ٩٧.

به في الحديث الآخر، و أشار به الى ما ذكره الكليني على أثره الخبر المذكور قال: و في حديث آخر بهذا الاسناد «قال: المختلف مثلان بمثل يدا بيد لا بأس به».

و عن أبي الربيع (1) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ما ترى في التمر و البسر الأحمر مثلا بمثل؟ قال: لا بأس، قلت: و البختج و العصير مثلا بمثل؟ قال: لا بأس به».

أقول: و البختج العصير المطبوخ، و هو معرب الپخته.

أقول: دلت هذه الاخبار على أن الحنطة و الدقيق و السويق متحده، و كذلك العنب و الزبيب، و العصير مطبوخا أو غير مطبوخ نوع واحد، و يمكن إلحاق ما عداها من فروع كل منهما، كما ذكره العلامة بالتقريب المتقدمه فإنها كلها متفرعه من الحنطة و العنب، و على هذا القياس غيرهما من سائر الأنواع و فروعها.

الا ان في المقام إشكالا أشار إليه المحقق الأردبيلي (قدس سره) و لا بأس بنقل كلامه، قال بعد ذكر كلام العلامة هنا و نقل بعض أخبار المسألة ما ملخصه: لكن فيه تأمل من حيث عدم انطباقه على القوانين، من حيث أنه لا يصدق على الكل اسم خاص و أن له حقيقه واحده، و لهذا لو حلف شخص أن لا يأكل أحدهما لا يحث يأكل الآخر، فيحتمل أن يكونا جنسين، و جواز بيع أحدهما بالآخر يكون كذلك، و يكون الشرط للكراهه مع عدمه كما مر في سائر المختلفات.

و يمكن أن يقال: الضابط أحد الأمرين اما الاتفاق في الحقيقه، أو الاتحاد في الاسم، و هنا الأول، و لم يتحقق الثاني، و فيه تأمل.

و من حيث إنه لا شك أن الحنطة إذا جعلت دقيقا تزيد، و هو ظاهر، و دلت عليه صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه و انطباق الوجه المذكور فيها على قواعدهم

ص: ٢٣٧

(١-١) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ ص ٩٨.

يحتاج إلى التأمل، فلا ينبغي صحة بيع أحدهما بالآخر متساويا أيضا، للزيادة كما في اليابس من جنس بآخر رطبا، مثل الرطب و التمر و العنب و الزبيب كما سيحىء فلا ينبغي النظر الى مثل هذه الزيادة في وقت آخر بتبديل و تغيير، مع أنه معتبر عندهم كما سمعت في الرطب و التمر فتأمل في الفرق.

و من حيث إن الظاهر كونهما من المكيل في زمانه (صلى الله عليه و آله) كما نقل ذلك في الحنطه بالإجماع، على أنه يمكن أن يختار الوزن، لأنه أصل، و يجوز بيع المكيل به، لإجماع المنقول- في شرح الشرائع- على جواز بيع الحنطه بالوزن مع كونه مكيلا بالإجماع، و لكن الظاهر أنه تحصل الزيادة في الحنطه على الدقيق بعد الطحن، فان اختار الوزن تحصل هذه باعتبار الكيل، و ان اختار الكيل تحصل الزيادة باعتبار الوزن، و هو ظاهر، فيمكن التوجيه بما تقدم و لعل الأول أولى، و الاجتناب أحوط. انتهى كلامه، (زيد مقامه).

أقول: منشأ هذه الإشكالات مراعاة القوانين التي صرحوا بها في هذا الباب من اشتراط اتحاد الجنس، و أن الجنس، عبارته عما ذا و احتمال كون الاتحاد و الاختلاف بالنظر الى الحقيقة الأصلية و ان اختلفت أسماء أفرادها، أو أنه لا بد من الاتحاد في الاسم، لدوران الأحكام الشرعية في جملة من المواضع مداره، و الظاهر عندي من الاخبار الواردة في هذا الباب هو أن المراد انما هو الأول، و هو الاتحاد في الحقيقة و ان تعددت أسماء أفرادها، لقوله (عليه السلام) في اخبار بيع الشعير بالحنطه:

«أصلهما واحد» و قوله: «ان الشعير من الحنطه»، و منعهم (عليهم السلام) في الاخبار المتقدمه هنا من التفاضل في العنب و ما خرج منه و تفرع عليه من زبيب و عصير و دبس، و كذا الحنطه و ما تفرع عليها من دقيق و سويق و خبز و نحو ذلك، و هكذا في التمر و الرطب الدبس و نحو ذلك، فيصير كل من هذه الأصول و ما تفرع منه نوعا واحدا، و حقيقة واحده و ان تعددت الأسماء، فإنه لا عبره بتعددتها

فى هذا الباب و ان اعتبر ذلك فى غيره من سائر أبواب الفقه، و دارت الأحكام مدار التسميه.

و يعضد ما ذكرنا ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى عن على بن إبراهيم (1) عن رجاله فى جل من المعاوضات، قال فيه ما صورته:

و ما كيل أو وزن مما أصله واحد فليس لبعضه فضل على بعض كيلا بكيل، أو وزنا بوزن، فإذا اختلف أصل ما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد و يكره نسيئه، الى ان قال: و ما كان أصله واحدا و كان يكال أو يوزن فخرج منه شيء لا يكال و لا يوزن فلا بأس به يدا بيد، و يكره نسيئه، و ذلك كالقطن و الكتان فأصله يوزن و غزله يوزن، و ثيابه لا - توزن فليس للقطن فضل على الغزل، و أصله واحد، فلا يصلح الا مثلا بمثل وزنا بوزن فإذا صنع منه الثياب صلح يدا بيد و الثياب لا بأس الثوبان بالثوب». الى آخره و ظاهر الكلينى القول بذلك حيث نقله و لم ينكره و لم يتعرض لرده بل حمل عليه، و بذلك يظهر صحه ما ذكرناه.

و اما التمسك بأنه لو حلف ان لا يأكل أحدها فإنه لا يحنث بأكل الآخر فإنه مردود بما قلناه، من اختصاص هذا الحكم بباب الربا كما سمعت من أخباره، و أما ما عداه فإنه لا نزاع فى ترتب الأحكام و دورانها مدار صدق الاسم، و به يظهر ضعف ما ذكره فى الحثيه الاولى.

و أما ذكره فى الحثيه الثانيه من أن الحنطه بالدقيق مستلزم للربا للزيادة فى الحنطه، فهو مسلم، الا أن أكثر الأخبار المتقدمه قد دل على الجواز، و لا مجال لردها مع صحتها و صراحتها، و لعل الزيادة على هذا الوجه غير ملتفت إليها، على أنه (عليه السلام) قد أجاب عن ذلك بأن هذه الزيادة فى مقابله المؤنه فى طحن الحنطه، كما قدمنا ذكره.

و اما قوله: و انطبق الوجه المذكور فيها على قواعدهم يحتاج إلى التأمل،

ص: ٢٣٩

فان فيه أولا- ما قدمنا ذكره- ان من الواجب الوقوف على ما دلت عليه الاخبار وافقت قواعدهم أو خالفوها، و عدم ظهور وجه الفرق- بين هذه الصورة، و بين بيع الرطب بالتمر، من حيث حصول الزيادة الحكيمه فى الموضوعين، و اليه أشار بقوله فتأمل فى الفرق- لا- يدل على العدم، بل يمكن ان يجعل ما ذكره (عليه السلام) وجه فرق، بأنه و ان حصلت الزيادة الحكيمه فى ذلك الوقت، الا- انه بعد صيروره الحنطه دقيقا، و ظهور الزيادة على ذلك الدقيق المقابل حسا، فان هذه الزيادة تكون فى مقابله أجره الطحن.

و ثانيا أنه من الجائز عدم الالتفات الى مثل هذه الزيادة الحكيمه كما أشار إليه بقوله فلا ينبغى النظر الى مثل هذه الزيادة فى وقت آخر، بل المعتبر فى الزيادة- الموجه للربا- انما هى الزيادة الحسيه حال الكيل و الوزن، و حينئذ يحمل تعليقه (عليه السلام) على أنه تعليل اقناعى لرفع استبعاد المخالفين.

و أما مسأله الرطب بالتمر- الموجه لدخول الشبهه هنا- فسيأتى الكلام فيها إنشاء الله- تعالى- و نقل الخلاف فيها، و بيان أن جملة من الأصحاب حملوا الأخبار الواردة فيها على الكراهه دون التحريم، و بعض الأصحاب قصر الحكم على مورد النص من الرطب بالتمر خاصه، فلا يتعدى الى غيره.

و بذلك يظهر لك ما فى قوله، مع أنه معتبر عندهم فى الرطب و التمر، و بالجملة فالواجب الوقوف على النص و العمل به، و ارتكاب التأويل بما يرجع به الى غيره من نصوص المسأله، و هو حاصل بما ذكرناه.

و بما أوضحناه يظهر لك ايضا ما فى كلام المحقق المتقدم ذكره فى شرح قول المصنف، «و الشىء و أصله كالزبد و الثمن و اللبن»، حيث قال: قد مر بيانه و ان كان فيه تأمل من جهه عدم الاتحاد الاسم و الخاصيه، فلو لا الإجماع

المفهوم من التذكرة لأمكن القول بالاختلاف، الى ان قال: إذ الدليل على الكليه غير واضح، لانه ما وجد شىء صحيح صريح فى الكليه، و الاسم غير صادق، و الاختلاف ممكن حقيقه، بل هو الظاهر لاختلاف الخواص، مثل الخل و التمر، و الجبن و الحليب، و يؤيده ما فى

صحيحه عبد الرحمن (1) بن ابى عبد الله قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن بيع الغزل بالثياب (المنسوجه) و الغزل أكثر وزنا من الثياب، قال: لا- بأس». ، الى ان قال: و بالجمله الدليل غير قائم على الاتحاد بين الشىء الربوى و أصله كليه، بل قائم على عدمه، و الأصل و أدله إباحه البيع دليل الجواز، الا ان كلام الأصحاب ذلك، فالخروج عنه مشكل، و الاحتياط يقتضيه، و المسأله من المشكلات كلها محلها، و قد ادعى الإجماع فى أكثرها، حتى بين الحليب و اللبن و الكشك و الكامخ، و الحنطه و الخبز، بجميع أنواعه و الهريسه فما ثبت الإجماع فيه لا يمكن الخروج عنه، و ظاهر التذكرة الإجماع فى كل أصل مع فرعه، و فرع كل أصل مع آخر فتأمل انتهى.

أقول: انه و ان لم يوجد هنا نص على الكليه المذكوره كما ذكره و لكن لا يخفى ان ما أشرنا إليه من النصوص الوارده هنا و ان كان موردها جزئيات مخصوصه، الا- ان الحكم فيها ليس مقصورا على تلك الجزئيات، لعدم الخصوصيه، بل يتعدى الى ما ضاهاها، و إذا ضم إليها ما نقلناه عن الثقة الجليل على بن إبراهيم من الكلام الذى نقله عن مشايخه، و عليه اعتمد أيضا ثقته الإسلام، إذ من المعلوم ان نقله له فى كتابه ليس الا- بقصد الإفتاء و العمل عليه، كالاخبار التى نقلها فى ذلك الكتاب، و من الظاهر الواضح الظهور ان هؤلاء الأجلاء الذين هم من أرباب النصوص لا يذكرون هذا الكلام و يفتون به الا مع ظهوره لهم عن أهل العصمه (صلوات الله عليهم)

ص: ٢٤١

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ ص ١٢٠ و فى الكافى (المبسوطه) بدل المنسوجه.

و هذا مما لا يخلجه الشك و الريب، و الكلام المذكور صريح فى الكليه المذكوره، فلا مجال للتوقف فيه، و اما إيراده صحيحه عبد الرحمن فى بطلان الكليه المذكوره، فقد ظهر جوابه من كلام على بن إبراهيم المتقدم الدال على ان الفرع الملحق بأصله فى هذا الباب انما هو إذا كان مثله فى كونه مكيلا- أو موزونا مثل أصله و الثياب ليست كذلك، كما صرح به، فلا- ورود لما أورده (قدس سره) هذا كله فيما:

يعمل من جنس واحد، كما تقدم فى صدر المسأله، فلو كان من جنسين فإنه لا اشكال و لا خلاف فيما أعلم فى جواز بيعه بهما، و ينصرف كل جنس من الثمن الى ما يخالفه من المبيع، و من أجل ذلك لا يشترط مساواه جملة الثمن للمبيع قدرا، و لا يعتبر معرفه كل واحد من الجنسين، بل يكفى معرفه المجموع، و يجوز أيضا بيعه بأحدهما، و يشترط هنا زيادته على مجانسه زياده تموله، بحيث يمكن فرض كونهما ثنا فى بيع ذلك الجنس الآخر لو بيع منفردا و ان قلت و فى حكم المعمول من جنسين ما لو ضم أحدهما إلى الآخر، و باعهما فى عقد واحد و ان تميزا لتساوى الفرضين فى العله المسوغه للبيع و الله العالم.

المسأله الرابعه [فى بيع الرطب بالتمر و كل رطب يبابسه]

-اختلف الأصحاب فى بيع الرطب بالتمر، بل كل رطب يبابسه، فقال الشيخ فى النهايه: لا يجوز بيع الرطب بالتمر، مثلا بمثل، لأنه إذا جف نقص، و لا يجوز بيع العنب بالزبيب الا مثلا بمثل، و تجنبه أفضل، و قال فى الخلاف: لا يجوز بيع الرطب بالتمر، فأما بيع العنب بالزبيب أو ثمره رطبه يبابسها مثل التين الرطب بالجاف، و الخوخ الرطب بالقديد، و ما أشبه ذلك فلا نص لأصحابنا فيه، و الأصل جوازه لان حملها على الرطب قياس، و نحن لا نقول به.

و قال فى المبسوط: لا يجوز بيع الرطب بالتمر، لا متفاضلا و لا متماثلا على حال، و كذا الخبز لا يجوز بيع لينه يبابسه، لا متماثلا و لا- متفاضلا، ثم قال فى موضع آخر منه: بيع الرطب بالتمر لا يجوز إذا كان حرضا مما يؤخذ منه، فأما إذا كان تمرا موضوعا على الأرض فإنه يجوز، و أما بيع العنب بالزبيب، و الكمثرى الرطب

والتين الرطب بالمقدد منه و ما أشبه ذلك، فلا نص لأصحابنا فيه، والأصل جوازه لقوله تعالى (١) «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ثم قال: و لا يجوز بيع الحنطه المبلوله بالجافه وزنا مثلا- بمثل، لانه يؤدي الى الربا لان مع أحدهما ماء فينقص إذا جف، و التفاضل لا يجوز لفقد الطريق الى العلم بمقدار الماء، و قال في الاستبصار: ان بيع الرطب بالتمر، مكروه لا محرم.

و قال ابن ابي عقيل: لا يجوز بيع التمر اليابس بالرطب، و لا الزبيب بالعنب، لان الزبيب و التمر يابسان، و الرطب و العنب رطبان، و إذا يبسا نقصا، و كذا الفاكهه اليابسه بالفاكهه الرطبه، مثل التمر بالرطب.

و قال ابن الجنيد: لا يشتري التمر اليابس بالرطب، لنهى النبي (صلى الله عليه و آله) عن ذلك، و هذا فى الفاكهه و غيرها من اللحم إذا كان من جنس واحد، و سواء كان جفافه بالنار أو الهواء.

و قال ابن البراج: لا- يجوز بيع الرطب بالتمر مثلا- بمثل، و لا- غير ذلك، و قال ابن حمزه: لا- يجوز بيع الرطب بالتمر و لا العنب بالزبيب، لا متماثلا و لا متفاضلا.

و قال ابن إدريس: قول الشيخ: لا- يجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل، -لأنه إذا جف نقص- غير واضح، بل يجوز ذلك، و مذهبنا ترك التعليل و القياس، لانه كان يلزم عليه أنه لا يجوز بيع رطل من العنب برطل من الزبيب، و هذا لا يقول به أحد من أصحابنا بغير خلاف، و أيضا لا خلاف أن بيع الجنس بالجنس مثلا بمثل جائز سائغ، و المنع منه يحتاج الى دليل، و قوله تعالى (٢) «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» قال: و قد رجع شيخنا عما ذكره فى نهايته فى الثالث من استبصاره فقال:

ص: ٢٤٣

١-١) سورة البقره الآيه ٢٧٥.

٢-٢) سورة البقره الآيه-٢٧٥.

الوجه فى هذه الاخبار ضرب من الكراهه دون الحظر.

وقال العلامه فى المختلف: المعتمد تحريم كل رطب مع يابسه الا العريه.

وقال فى الدروس: و ماله حاله جفاف و رطوبه يباع مع اتفاق الحال، و لو اختلف الحال فالمشهور منع بيع الرطب بالتمر متساويا و متفاضلا للروايه.

وقال فى الاستبصار: -و تبعه ابن إدريس- بالجواز متساويا على الكراهه، لعدم التصريح فى الروايه، و أما العنب بالزبيب و نحوه مما ينقص عند الجفاف فبعض من منع هناك فيه جوز هنا متماثلا فى القدر، و منع منهما ابن الجنيد و الحسن و ابن حمزه و الفاضل، و هو أولى، و ظاهره التوقف فى مسأله بيع الرطب بالتمر، حيث اقتصر على نقل الخلاف خاصه، و حكمه بالأولويه فيما عدا ذلك.

وقال المحقق فى الشرائع: و فى بيع الرطب بالتمر تردد، و الأظهر اختصاصه بالمنع، اعتمادا على أشهر الروايتين.

وقال فى المسالك- بعد نقل بعض أخبار المسأله المشتمله على عله التحريم:

و الأقوى التحريم و التعديه الى كل ما فيه العله المذكوره، هذا ما حضرنى من أقوالهم.

و أما الاخبار الوارده فى المقام فمورد أكثرها الرطب بالتمر، و منها ما رواه

الكلىنى و الشيخ فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا يصلح التمر اليابس بالرطب، من أجل أن التمر يابس و الرطب رطب، فإذا يبس نقص» الحديث.

و صحيحه محمد بن قيس (2) عن أبى جعفر (عليه السلام) فى حديث

«أن أمير المؤمنين (عليه السلام) كره أن يباع التمر بالرطب عاجلا، بمثل كيله إلى أجل من أجل أن التمر يبس فينقص من كيله».

ص: ٢٤٤

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٤.

و روايه داود بن سرحان (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا يصلح التمر بالرطب، ان الرطب رطب و التمر يابس، فإذا يبس الرطب ينقض.»

و روايه داود الأبرار (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سمعتة يقول: لا يصلح التمر بالرطب التمر يابس و الرطب رطب.»

و موثقه سماعه (٣) قال:

«سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن العنب بالزبيب؟ قال: لا يصلح الا مثلا بمثل، قلت: و الرطب و التمر قال: مثلا بمثل.» هكذا في روايه الشيخ الخبر المذكور في التهذيبيين. و في روايه الكليني له، جعل عوض «و الرطب و التمر» «و التمر و الزبيب» و روايه الشيخ أصح، لأنه مع اختلاف الجنس لا بأس باختلاف الوزن،

و روايه أبي الربيع (٤) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) ما ترى في التمر و البسر الأحمـر مثلا بمثل؟ قال: لا. بأس به، قلت: فالبختج و العصير مثلا بمثل؟ قال: لا بأس به.»

أقول لا يخفى أنهم في غير موضع من الأحكام متى ورد بلفظ «لا يصلح أو يكره» فإنما يحملونه على الكراهه بالمعنى الأصولي دون التحريم، كما تقدم ذكره في غير موضع، و قد تقدم التحقيق منا في غير موضع (٥) أن الحق أن هذه الألفاظ و نحوها

ص: ٢٤٥

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٩٠ الاستبصار ج ٣ ص ٩٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٠ الاستبصار ج ٣ ص ٩٣.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧.

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ ص ٩٧.

٥- (٥) أقول: و أما ما ذكره المحقق الأردبيلي - حيث أنه اختار التحريم في الجميع، من أن الظاهر أن «الكراهه» بمعنى التحريم، لما مر أن عليا (عليه السلام) لا يكره الحلال حقيقه - أنه من الظاهر الذي لا يمكن إنكاره - كما لا يخفى على المتتبع بالاجبار، و ورود الكراهه في الاخبار بالمعنيين المذكورين، و مجرد ورود الكراهه بمعنى التحريم في بعض الاخبار لا يقتضى حملها هنا على التحريم، بل غايه الأمر أن يكون محتمله للأمرين، و هو قد صرح أيضا بأن «الكراهه و لا يصلح» انما يستعمل غالبا في المباح، فكيف يكون الظاهر هنا هو التحريم، ما هذه إلا مجازفه ظاهره، كما لا يخفى على المتأمل المنصف. (منه رحمه الله).

من الألفاظ المتشابهة، لوقوعها في الاخبار بمعنى التحريم تاره، و بمعنى الكراهه بالمعنى الأصولى أخرى، فالأخبار المذكوره غير صريحه فى التحريم، فلا- يمكن الخروج بها عن أدله الجواز من الأصل، و عموم ما دل على جواز البيع كتابا و سنه، و خصوص موثقه سماعه و روايه أبى الربيع المذكورتين و كذا ما دل على صحه البيع مع تماثل الجنسين الربويين فى الوزن مطلقا، و بذلك يظهر أن ما ذكر- من أن هذه الروايات صحيحه لا تعارضها روايه سماعه و لا روايه أبى الربيع- ليس فى محله، لأنها و ان كانت صحيحه، الا أنها غير صريحه فى المطلوب لما عرفت، سيما مع اعترافهم فى غير موضع بذلك، كما ذكرناه، فكيف يستندون الى هذه الألفاظ فى التحريم هنا، و مجرد كثرتها و تعددها و صحه أسانيدها لا تكون قرينه على التحريم.

و الظاهر أنه لأجل ما ذكرنا اختار فى الكفايه الكراهه، وفاقا للشيخ فى كتابى الاخبار، و ابن إدريس، و هو ظاهر الشهيد فى الدروس، و أما تعديه الحكم الى غير الرطب و التمر بناء على ثبوت التحريم فيهما، فهو مبنى على حجه العله المنصوصه، و فى ذلك كلام تقدم فى مقدمات الكتاب فى صدر مجلد كتاب الطهاره (١).

و كيف كان فالمسأله هنا لا تخلو من شوب الاشكال، و الاحتياط مطلوب فيها على كل حال و الله العالم.

المسأله الخامسه [فى أن كل شىء و ما تفرع منه واحد]

قد عرفت مما تقدم أنه من المقرر فى كلامهم أن كل شىء و ما تفرع منه جنس واحد، و كلما اشترك فى الدخول تحت حقيقه من الحقائق فهو جنس واحد، فالعنب و التمر و ما يخرج منهما و يتفرع عليهما جنس واحد، و هكذا الحنطه و ما يتفرع عليها جنس واحد، و منه الشعير كما تقدم و لحم المعز و الضأن جنس واحد، و لدخولهما تحت لفظ الغنم، و البقر و الجاموس عندهم جنس واحد، و لدخولهما تحت جنس البقر، و العراب و هى الإبل العربيه، و البخاتى و هى الإبل الخراسانيه جنس واحد و الطيور عندهم أجناس فالحمام كله (٢) جنس على قول.

ص: ٢٤٦

١- (١) ج ١ ص ٦٣.

٢- (٢) قيل: وجه الخلاف هنا هو الشك فى أن مقوليه الحمام على ما تحته مقوليه النوع على أصنافه أو مقوليه الجنس على أنواعه، فعلى الأول يحرم بيع بعضها ببعض مطلقا، و على الثانى يختص كل نوع بحكمه، و لما كان الوقوف على ذاتيات الحقائق عسيرا جدا و لم يمكن من جهة الشرع قاطع لشىء، حصل الخلاف، و بهذا يحصل الفرق بين أفراد الحمام، و أفراد البقر بالنسبه إلى الجاموس، فإنه قد ثبت شرعا أنهما نوع واحد، تعددهما فى باب الزكاه كذلك، و كيف كان فينبغى أن يعلم أن الربا فى الحمام و نحوه من الطير انما هو فى لحمه إذا بيع وزنا، و الا فلو بيع عددا أو جزافا فلا، الا على القول بحصول الربا فى المعدودات أيضا. (منه رحمه الله).

وقيل: ما يختص من أنواعه باسم فهو جنس مغاير، واللحوم مختلفه باختلاف أسماء حيواناتها، والألبان تتبع الحيوان في التجانس والاختلاف، والادهان تتبع ما يستخرج منه، والزبد والسمن والحليب والمخيض والأقط واحد، تابع لما يستخرج منه، والخلول تابعه لأصولها، فخل التمر مخالف لخل العنب، قالوا والوحشى من الحيوانات مخالف لانسيه، وقد ادعى في التذكرة الإجماع على أكثر هذه الأحكام، فان ثبت، والافللنظر فى بعضها مجال.

و من ذلك لحوم البقر و الجاموس، و دعوى أنهما جنس واحد، لدخولهما تحت لفظ البقر، كما يدل عليه كلام أهل اللغة، فلو لا الاتفاق على ذلك لأمكن المناقشه بالنظر الى العرف، فإنه يابى ذلك، مع أنه مقدم على اللغة عندهم، و مما يؤيد كونهما نوعا واحدا ضم أحدهما إلى الأخر فى الزكاه، و جعلهما جنسا واحدا، و من ذلك الحكم بأن الوحشى من الحيوانات مخالف لانسيه، مع اندراجهما تحت لفظ واحد و حقيقه واحده، و هى المدار فى الاتحاد، و اختلاف الصور و الخواص و نحو ذلك قد تقدم أنه غير منظور و لا معتبر، كما فى الشعر و الحنطه و غيرهما.

قال الشيخ في النهاية: لا- يجوز بيع الغنم باللحم لا- وزنا و لا- جزافا، وكذا قال المفيد و سلار و ابن البراج، و في الخلاف و المبسوط:

لا- يجوز بيع اللحم بالحيوان إذا كان من جنسه، كلحم الشاه بالشاه، و لحم البقر بالبقر، و ان اختلف لم يكن به بأس، و كذا قال ابن حمزه، و هو مذهب ابن الجنيد أيضا، و قال ابن إدريس: يجوز ذلك إذا كان اللحم موزونا، سواء اتفق الجنس أولا يدا بيد، و سلفا أيضا ان كان اللحم معجلا، دون العكس، إذ لا يجوز السلف في اللحم، و يجوز في الحيوان.

قال في المختلف بعد نقل ما ذكرناه، و الأقرب الأول، لنا أنه أحوط و أسلم من الربا، و لأنه قول من ذكرنا من علمائنا، و لم نقف لغيرهم منا على مخالف، و ابن إدريس قوله محدث لا- يعول عليه، و لا- يثلم في الإجماع، و لان الشيخ احتج عليه في الخلاف بإجماع الفرقه- و نقله حجه لثقتة و عدالته و معرفته،- و بما رواه

غياث ابن إبراهيم (1) في الموثق عن الصادق (عليه السلام)

«أن أمير المؤمنين (عليه السلام) كره اللحم بالحيوان». لا- يقال: ان غياث ابن إبراهيم بترى و المتن غير دال على المطلوب، إذ الكراهه لا- تدل على التحريم، لأننا نقول: ان غياثا و ان كان بتريا (2) الا- أن أصحابنا وثقوه، فيغلب على الظن ما نقله، و الظن يجب العمل به، و الكراهه تستعمل كثيرا في التحريم.

احتج ابن إدريس بأن المقتضى- و هو قول الله تعالى (3) «أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعُ» -موجود، و المانع- و هو الربا- منفي، لأن الربا انما ثبت في الموزون، و الحيوان الحى ليس بموزون، و الجواب المنع من نفي المانع، و من كون المانع هو الربا خاصة، و لو قيل: بالجواز في الحيوان الحى دون المذبوح جمعا بين الأدله كان

ص: ٢٤٨

١- ١) الكافي ج ٥ ص ١٩١.

٢- ٢) و في الجمع: البترية بضم الموحده فالسكون فرق من الزيدية.

٣- ٣) سورة البقره الآيه- ٢٧٥.

قويا.انتهى كلامه زيد إكرامه.

أقول:هذا كلامه هنا،و فى التحرير اختار الجواز،استضعافا للروايه المذكوره،و فى الإرشاد قال:و يجوز بيع لحم الغنم بالشاه على رأى،ثم انه لا- يخفى ما فى كلامه هنا من المجازفه و الضعف الظاهر لكل ناظر،و ما ذكره ابن إدريس هو الموافق للقواعد الشرعيه،و الروايه ينبغى حملها على الكراهه بالمعنى المصطلح،كما هو أحد معنيها فى الاخبار،لعدم ظهور الموجب للتحريم،و أصاله الصحه أقوى مستمسك فى المقام.

و من ثم ان العلامه فى آخر كلامه قد عدل عما ذكره أولا و سجل به، و قوله:و لو قيل:-مع أن هذا قول ابن إدريس-لا معنى له،الا- أن يريد من المتقدمين، و الظاهر أن مراده ذلك،حيث انهم لا- يعتبرون بأقوال المعاصرين،و انما يعولون على أقوال المتقدمين،كما يشعر به كلامه،و ظاهر كلامه-قدس سره-فى هذا المقام أن محل الخلاف هنا هو الحيوان الحى مع اللحم،كما هو صريح كلام ابن إدريس، و يشير اليه قوله-هنا-(و لو قيل)،الى آخره.

و ظاهر المحقق الأردبيلى فى شرحه على الإرشاد أن محل الخلاف انما هو الشاه المذبوحه،قال:ينبغى عدم الخلاف بالجواز بالشاه حال حياتها متفاضلا،و نسيئه، و الخلاف بعد الذبح مع أحد الأمرين،فمن حيث أن العاده بيعها بالوزن بعده فيتحقق شرط الربا و هو الجنسيه و الوزن هنا،و من حيث أن المذبوح ليس يتعين بيعه بالوزن،لعدم تحقق ذلك عاده،بل الظاهر جواز بيعه حينئذ جزافا،فليس بموزون،-الى أن قال:-و بالجمله لو ثبت أن بيع الحيوان المأكول بعد الذبح لا يجوز الا وزنا لا يجوز باللحم من جنسه متفاضلا و نسيئه،و الا فلا.

أقول:فيه زياده على ما تقدم أن ظاهر كلام الأصحاب أن الحيوان بعد الذبح لا يباع الا بالوزن،و أنه ليس محل خلاف كما ادعاه،مع أن كلامه فى المقام لا تخلو

من تدافع، لأنه في الحثية الأولى ذكر أن العاده بيعه بالوزن بعد الذبح، و بنى التحريم على ذلك، و في الحثية الثانية نفى عدم تحقق ذلك عادة، و بنى عليه الجواز، و هل هو الا تناقض ظاهر كما لا يخفى على كل ناظر، فضلا عن الخير الماهر.

ثم ان ممن اختلف كلامه في هذه المسألة أيضا المحقق، فقال: في الشرائع، بالتحريم، و في النافع. بالكراهه كما ذهب اليه ابن إدريس، و هذا القول الأخير هو الذى نقله عنه في نكت الإرشاد، و قال في المسالك - بعد قول المصنف «و لا - يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه» الى آخره: - هذا هو المشهور بين الأصحاب، و خالف فيه ابن إدريس فحكم بالجواز، لان الحيوان غير مقدر بأحد الأمرين و هو قوى مع كونه حيا، و الا فالمنع أقوى، و الظاهر أنه موضع النزاع انتهى.

و هو مؤيد لما قدمنا ذكره، و تنظر صاحب الكفاية فيه لعله مبنى على ما ذكره الأردبيلي مما قدمنا نقله عنه، و قد عرفت ما فيه.

و بالجمله فالتحقيق أن كلام المتقدمين و من تبعهم من المتأخرين شامل للحيوان الحى و المذبوح، كما هو ظاهر كلام العلامة في المختلف، في رده على ابن إدريس، حيث التجأ إلى جواز أن يكون المانع أمر آخر غير الربا، و مثله الشهيد في نكت الإرشاد، (1).

ص: ٢٥٠

١ - ١) أقول: قال الشهيد في نكت الإرشاد - بعد قول المصنف و يجوز بيع اللحم بالشاه على رأى - ما لفظه: هذا مذهب ابن إدريس و نجم الدين، و زاد ابن إدريس جواز إسلاف اللحم فى الحيوان لا - العكس، لعموم «أَخِيْلَ اللّٰهُ اَلْمُبَيْعِ» و لان الربا انما هو فى الموزون و المكيل، و ظاهر أن الشاه ليست أحدهما، و أجب بأن العام يخصص بدليل، و بمنع اختصاص الربا بما ذكره، و نمنع أنه من باب الربا، بل هو محرم لعله، لا - من جهة الربا، ثم نقل مذهب الشيخين و من تبعهما، و ذكر احتجاج العلامة، و ظاهره التوقف، حيث اقتصر على نقل الأقوال، و لم يوضح شيئا و قال فى الدروس: و لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه على الأصح، و تجوز ابن إدريس شاذ انتهى. منه رحمه الله.

و ابن إدريس و من تبعه- كالشهيد الثاني و المحقق الشيخ على، و اليه أشار العلامة في آخر كلامه في المختلف، و هو مذهبه في التحرير و الإرشاد، و المحقق في النافع- فصلوا بين الحي و المذبوح، فوافقهم في المذبوح، لكونه بعد الذبح لحما لا يباع الا بالوزن، و خالفهم في الحي، لعدم بيعه وزنا، و هو الحق في المقام، و به يظهر أن محل الخلاف انما هو في الحي خاصة، و يزيدك بيانا ما ذكره في شرح اللمعة، حيث قال المصنف: «و لا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل» فقال الشارح: كلحم الغنم بالشاه ان كان مذبوحا لأنه في قوة اللحم، فلا بد من تحقق المساواة، فلو كان حيا فالجواز قوى لأنه حينئذ غير مقدر بالوزن. انتهى.

المسألة السابعة [في أن الربا ليس إلا في المكيل أو الموزون]

-الأشهر الأظهر أنه لا- ربا إلا في المكيل و الموزون، فما ليس كذلك يجوز بيعه متساويا و متفاضلا، و قيل: بثبوتها في المعدود أيضا، و نقل عن الشيخ المفيد و ابن الجنيد و سائر.

و الذي يدل على الأول جملة من الاخبار-منها ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) بأسانيد عديدة في الموثق عن عبيد بن زرارة (١) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا يكون الربا الا فيما يكال أو يوزن».

و ما رواه

في الكافي عن منصور بن حازم (٢) في الموثق قال:

«سألته عن الشاه بالشاتين، و البيضه بالبيضتين، قال: لا بأس ما لم يكن كيلا و لا وزنا».

و ما رواه

في الفقيه عن داود بن الحصين (٣)

«أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام)

ص: ٢٥١

١- (١) الكافي ج ٥ ص ١٤٦ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ الفقيه ج ٣ ص ١٧٥.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٧ ص ١١٨.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٧٨.

عن الشاه بالشاتين و البيضه بالبيضتين قال. لا بأس ما لم يكن مكبلا و لا موزونا».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

لا بأس بمعاوضه المتاع ما لم يكن كيبلا أو وزنا». و نحوها موثقه أخرى لمنصور بن حازم، و قد تقدمت فى المسأله الاولى.

و ما رواه

فى الكافي (٢) عن على بن إبراهيم عن رجاله عن ذكره فى فصل طويل فى المعاوضات قال:

«و ما عد عددا و لم يكل و لم يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد، و يكره النسيئه».

و قال فى كتاب الفقه الرضوى (٣)

«و اعلم أن الربا ربا آن ربا يؤكل و ربا لا يؤكل، فاما الربا الذى يؤكل فهو هديتك الى رجل تطلب الثواب أفضل منه، فأما الربا الذى لا يؤكل، فهو ما يكال أو يوزن».

و احتج الأصحاب على ذلك- زياده على الاخبار- بان الأصل الجواز، و لأن الإنسان مسلط على ماله، و حاكم فيه، فلا يمنع فيه الا بدليل، و نقل عن الشيخ المفيد أنه احتج بعموم النهى عن الربا، و هو فى اللغه الزياده، و هى متحققه فى المعدود.

و بما رواه

محمد بن مسلم (٤) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الثوبين الرديين». الخبر و قد تقدم فى المسأله الاولى.

و موثقه سماعه (٥) قال:

«سألته عن بيع الحيوان اثنين بواحد، فقال: إذا سميت الثمن فلا بأس».

ص: ٢٥٢

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٢.

٣-٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٩.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٢٠.

و أجاب فى المختلف عن الدليل الأول بأن الزيادة المطلقة غير معتبره، بل لا بد من شرائط معها، فخرجت الحقيقة اللغوية عن الإرادة، و عن الأحاديث بأن الكراهة قد تكون للتزويه بل هو المعنى المتعارف منها.

أقول: أما الخبر الأول فقد تقدم احتمال خروجه مخرج التقيه أيضا.

و أما خبر الثانى فمن المحتمل قريبا أن يكون لفظ الثمن هنا وقع تحريف لفظ السن، كما ورد فى موثقه سعيد بن يسار قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن البعير بالبعيرين يدا بيد و نسيئه؟ فقال: نعم لا بأس إذا سميت بالأسنان جذعين أو ثنتين، ثم أمرنى فخططت على النسيئه» (١). و قد تقدم أن الأمر بالخط على النسيئه انما وقع تقيه كما ذكره بعض مشايخنا (رضوان الله عليهم).

و الشيخ (رضوان الله عليه) فى الاستبصار قد حمل هذا الخبر على الاستظهار و الاحتياط، قال: لأن الأفضل و الأحوط أن يقوم كل واحد منها على جهه و يكون البيع على القيمة، و ان لم يكن ذلك محظورا. و أيده بما رواه

فى الصحيح عن ابن مسكان (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

أنه سئل عن الرجل يقول: عاوضنى بفرسى فرسك، و أزيدك قال: لا يصلح، و لكن يقول: أعطنى فرسك بكذا و كذا و أعطيك فرسى بكذا و كذا». و كيف كان فالعمل على القول المشهور و الله العالم.

المسأله الثامنه [فى أن المعتبر فى المكيل و الموزون عادة البلدان]

قالوا المعتبر فى الكيل و الوزن ما كان فى عهده (صلى الله عليه و آله) فمتى علم ذلك، اتبع و جرى فيه الربا و ان تغير حاله بعد، و لا فرق بين أن يكون ذلك فى بلده (عليه السلام) أو غير بلده إذا أقر أهله عليه، و ما لم يعلم حاله يتبع عادة البلدان، فان اختلفت كانت لكل بلد حكم نفسه، مصيرا الى العرف الخاص

ص: ٢٥٣

١- (١) الكافى ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٧ ص ١١٨.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٢٠.

عند تعذر العلم، فكل بلد يكون فيها مكيلا أو موزونا يثبت فيه الربا، و كل بلد لا يكون كذلك يجوز البيع متفاضلا و نسيئه من غير مانع.

قال: بعض المحققين و الظاهر أن الحكم للبلد، لا لأهله و ان كان في بلده غيره، و لا يخفى ما فيه من الغموض، و ان كان مراده أن الحكم لأهل البلد الساكنين فيها دون من خرج منها الى بلد ليست كذلك، و قيل: و هو منقول عن الشيخين و سلا.ر.

و ابن إدريس يغلب جانب التقدير بالكيل أو الوزن على جانب العدد و الجزاف أخذا بالأحوط (١).

و وجه الأول بأن المعبر العرف عند عدم الشرع، و كما أن عرف تلك البلد التقدير، فيلزمه حكمه، و عرف الأخرى الجزاف مثلا فيلزمه حكمه، صرفا للخطاب الى المتعارف من الجانيين. (٢)

ص: ٢٥٤

١- ١) أقول: التحقيق ان هذين القولين ينحلان إلى ثلاثة أقوال: أحدها- اعتبار التقدير في جميع الأشياء حذرا من الغرر المقتضى الى التنازع، و لأنه الأحوط، و هو قول الشيخ في النهاية، و تبعه سلا.ر. ثانيها- اعتبار حكم الأغلب و الأعم، لأن المعروف من عادة الشرع اعتبار الأغلب دون النادر، و هذا مدلول عبارته الشيخ المفيد، و تبعه ابن إدريس: و ثالثها- اعتبار كل بلد حكم نفسه، و هو مذهب الشيخ في المبسوط و المحقق و العلامة و غيرهم منه رحمه الله.

٢- ٢) كما إذا كان ذلك الجنس مكيلا أو موزونا في بلد فإنه ربوي محرم على أهل تلك البلد ببيعه متفاضلا، و لو أن أحد أهل هذه البلد خرج الى بلد يباع فيها ذلك الجنس جزافا فإنه يجوز له شراؤه جزافا و لا يحرم عليه الزيادة باعتبار أنه في بلده ربويا، و الظاهر أن هذا مراد المحقق المذكور، و ان كانت عبارته عن تأديته ظاهره القصور. منه رحمه الله.

و وجه الثانى بصدق المكييل و الموزون على ذلك فى الجملة،قالوا:انه قد ثبت أن أربعة كانت مكييله فى عهده(صلى الله عليه و آله)و هى الحنطه و الشعير و التمر و الملح،نقل عليه فى التذكرة إجماع الأمة،فلا يباع بعضها ببعض الا كيلا و ان اختلف فى الوزن،و استثنى فى التذكرة-ما يتجافى منه فى المكيال،كالقطع الكبار من الملح،فيباع وزنا لذلك،و ما عداها ان ثبت له فى عهده(صلى الله عليه و آله)أحد الأمرين،و الا رجع الى عادة البلد.

و لو عرف أنه كان مقدرا فى عهده(صلى الله عليه و آله)و جهل اعتباره بأحدهما قالوا:احتمل التخيير،و تعين الوزن،لأنه أضبط و اختاره فى التذكرة،و استحسنته فى المسالك.

أقول:و فى حكم الأربعة المذكوره فى الاتفاق على كونهما من المكييل فى عهده (صلى الله عليه و آله)الدينانير و الدراهم و كونهما موزونه،لاتفاق الأمة كما ذكره فى التذكرة أيضا على ثبوت الربا فى هذه الستة أعنى الأربعة المتقدمه مع هذين،و من الظاهر أن هذين ليست من المكييل،فليس إلا أنهما موزونه،و يعضده استفاضه الأخبار بأنهما من الموزون فى عصرهم(عليهم السلام).

ثم أقول:لا يخفى أن جميع الحبوب من حنطه و شعير و أرز و عدس و ماش و التمر و الرطب و نحوها و ما يتفرع من كل منها و كذا الألبان و الادهان و نحوها فى هذه الأزمنه المتأخره انما تباع بالوزن،و الكيل الذى كان أولا غير معمول عليه بين الناس بالكليه،فيشكل الحكم فى هذه الأجناس الأربعة التى اتفقوا على كونها مكييله فى عصره(صلى الله عليه و آله)باعتبار بيعها وزنا،حيث انهم صرحوا بأن ما كان مكيلا لا يجوز بيعه بغير الكيل،و كذا الموزن مع قطع النظر عن حصول الربا و عدمه و هكذا يجرى فى باب الربا ايضا،و قد صرح فى التذكرة بأنه لا يجوز بيع شىء من المكييل بشىء من جنسها وزنا بوزن و ان تساويا.

نعم نقل فى المسالك-عن بعضهم-انه نقل الإجماع على جواز بيع الحنطه

و الشعير وزنا، مع الإجماع- كما عرفت- على كونهما مكيلين في عصره (صلى الله عليه و آله) و قال في التذكرة أيضا: و ما أصله الكيل يجوز بيعه وزنا سلفا و تعجيلا، و لا يجوز بيعه بمثله وزنا، لان الغرض في السلف و المعجل تعيين جنس معرفه المقدار، و هو يحصل بهما، و الغرض هنا المساواه، فاخص المنع في بعضه ببعض به، و قال أيضا: كما لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا، كذا لا يجوز بيعه مكيلا، إلا إذا علم عدم التفاوت فيه، و كذا المكيل لا يجوز بيعه جزافا و لا موزونا الا مع عدم التفاوت، و قال أيضا: لو كان حكم الجنس الواحد مختلفا في التقدير- كالحنطة المقدره بالكيل، و الدقيق المقدر بالوزن- احتمل تحريم البيع بالكيل و الوزن للاختلاف قدرا، و تسويغه بالوزن.

أقول لقائل أن يقول: ان المستفاد من الاخبار ثبوت الكيل و الوزن في الجملة، و أن البيع في جملة من الاخبار انما يقع بهما، و أن الربا انما يقع فيهما، و لم يرق لنا دليل واضح أن ما كان مكيلا- لا- يجوز بيعه وزنا، و كذا العكس سواء كان في باب الربا أو غيره، سيما مع ما صرح به جملة منهم من أن الوزن أضبط، و انه الأصل، و عموم أدله جواز البيع كتابا و سنه يقتضى الجواز كيف اتفق من أحد هذين الأمرين، و يعضده ما تقدم من نقل الإجماع على جواز بيع الحنطة الشعير وزنا مع الإجماع على أنها من المكيل في عصره (صلى الله عليه و آله).

و بالجملة فأقصى ما يستفاد من الأدلة في باب البيع هو وجوب معرفه المبيع و الثمن بالوزن أو الكيل، دفعا للغرر و النزاع، و كذا في باب الربا أنه لا- يقع إلا في المكيل أو الموزون، و اما ان ما علم كونه في الزمن السابق مكيلا أو موزونا لا يجوز الخروج من أحدهما إلى الآخر فلم نقف فيه على دليل، و أصاله العدم قائمه، و أصاله الصحة في العقود ثابتة، حتى يقوم دليل على الخروج عن ذلك.

و كيف كان فالأولى مراعاة الاحتياط في أمثال هذه المقامات و الله العالم بحقائق أحكامه.

-المشهور في كلام الأصحاب (رضوان الله عليهم) انه لا- ربا بين الوالد و ولده، و لا- بين المولى و مملوكه، و لا- بين الرجل و زوجته، و عن المرتضى (رضى الله عنه) في بعض أجوبته: انه حكم بثبوت الربا بينهم، و حمل الخبر الوارد بالنفى على النهي، و جعله من قبيل قوله (سبحانه) (١):

«فَلَا رَفَثَ وَ لَا فُشُوقَ» الا انه صرح بالرجوع من ذلك، و انتصر للقول المشهور و ادعى عليه الإجماع قال- (قدس سره): قد كنت فيما تأولت- في جواب مسائل وردت من الموصل- الأخبار التي يرويها أصحابنا المتضمنه لنفى الربا بين من ذكرناه- -على ان المراد بذلك و ان كان بلفظ الخبر- معنى الأمر، كأنه قال: يجب ان لا يقع بين ما ذكرناه ربا، كما قال الله (تعالى) (٢) «وَ مَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا» و قوله (تعالى) (٣) «فَلَا رَفَثَ وَ لَا فُشُوقَ وَ لَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» و

قوله عليه السلام (٤)

«العاريه مردوده (٥) و الزعيم غارم». و معنى ذلك كله معنى الأمر و النهي، و ان كان بلفظ الخبر و اعتمدنا في نصره هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن و ان الله حرم الربا على كل متعاقدين بقوله (٦) «لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا» و هو شامل للوالد و ولده، و الرجل و زوجته، ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب لأنى وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرناه، و غير مختلفين فيه في وقت من الأوقات، و إجماع هذه الطائفة قد ثبت انه حجه، و يخص بمثله ظواهر القرآن، و الصحيح نفي الربا بين من ذكرناه الى آخر كلامه زيد في مقامه.

ص: ٢٥٧

١- ١) سورة البقره الآيه ١٩٧.

٢- ٢) سورة آل عمران الآيه-٩٧.

٣- ٣) سورة البقره الآيه-١٩٧.

٤- ٤) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٧.

٥- ٥) المستدرک ج ٢ ٤٩٧.

٦- ٦) سورة آل عمران الآيه-١٣.

و ابن الجنيد فصل هنا بين الوالد و ولده فقال: لا ربا بين الوالد و ولده، إذا أخذ الوالد الفضل الا ان يكون له وارث أو عليه دين.

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه

فى الكافى عن عمرو بن جميع (١) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام) ليس بين الرجل و ولده ربا، و ليس بين السيد و عبده ربا». و رواه

فى الفقيه مرسلا عن النبى (صلى الله عليه و آله) مثله، قال: فى الكافى و بهذا الاسناد (٢)

«قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): ليس بيننا و بين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم الف درهم بدرهم، نأخذ منهم و لا نعطيهم».

و رواه فى الفقيه (٣) مرسلا بنقصان قوله

«نأخذ منهم الف درهم بدرهم». و إثبات ما قبله و ما بعده.

و ما رواه

فى الكافى عن زراره و عن محمد بن مسلم (٤) عن ابى جعفر (عليه السلام) قال:

«ليس بين الرجل و ولده و لا بينه و بين عبده، و لا بينه و بين اهله ربا، انما الربا فيما بينك و بين ما لا تملك، قلت: فالمشركون بينى و بينهم ربا؟ قال: نعم، قلت: فإنهم مماليك، فقال: انك لست تملكهم، انما تملكهم مع غيرك أنت و غيرك فيهم سواء، و الذى بينك و بينهم ليس من ذلك، لان عبدك ليس مثل عبدك و عبد غيرك». و رواه فى التهذيب عن زراره و محمد عنه (عليه السلام): مثله.

و ما رواه

فى الفقيه مرسلا (٥) قال:

«قال الصادق (عليه السلام): ليس بين المسلم و بين الذمى ربا، و لا بين المرأة و زوجها ربا».

و ما رواه

فى الفقيه (٦)

«قال سأل على بن جعفر أخاه موسى بن جعفر (عليه السلام)

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ١٤٧ الفقيه ج ٣ ص ١٧٦.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٤٧ الفقيه ج ٣ ص ١٧٦.
- ٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٧٦.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٤٧ التهذيب ج ٧ ص ١٧.
- ٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ الوسائل الباب ٧ من أبواب الربا الرقم ٥-٦-٧.
- ٦-٦) الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ الوسائل الباب ٧ من أبواب الربا الرقم ٥-٦-٧.

«عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم، على ان يؤدى العبد كل شهر عشرة دراهم أ يحل ذلك؟ قال: لا بأس». و رواه فى التهذيب مسندا عن على بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) مثله»

و رواه على بن جعفر فى كتابه عن أخيه (عليه السلام) مثله، و زاد،

و سألته عن رجل اعطى رجلا- ثمانمائة درهم يعمل بها على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر هل يحل ذلك؟ قال: لا هذا الربا محضاً.

و قال (عليه السلام) فى كتاب الفقه الرضوى (1)

«و ليس بين الوالد و ولده ربا، و لا بين الزوج و المرأة، و لا بين المولى و العبد، و لا بين المسلم و الذمى». انتهى.

قال فى الكفاية: و مستند المشهور روايه زراره و محمد بن مسلم مؤيده بروايه عمرو بن جميع، و شىء منها لم يبلغ حد الصحة، مع ان عموم الكتاب و الاخبار الكثيره يخالفه، فان ثبت إجماع كان هو المتبع، و الا فالصواب العمل بالكتاب انتهى.

و ضعفه أظهر من أن يخفى، فإنه لا خلاف بين الأصحاب- ممن ذهب الى هذا الاصطلاح المحدث و من لم يذهب إليه- فى العمل بهذه الاخبار و لم يقل أحد منهم غير المرتضى و من يحذو حذوه و هو أقل قليل على غير هذه الاخبار لصحتها و صراحتها.

فأما صحتها عند المتقدمين فظاهره، و أما عند المتأخرين فلجبر ضعف أسانيدھا باتفاق الأصحاب على العمل بها، و بها خصصوا عموم الكتاب و الاخبار المذكوره، على أن الدليل غير منحصر فى الرويتين المشار إليهما فى كلامه، بل هو مضمون أخبار عديده، و فيها الصحيح كروايه على بن جعفر بروايه الفقيه، فان طريقه فى المشيخه الى على بن جعفر صحيح، و هى من مرويات كتابه، و هو من الأصول المشهوره الثابته الصحة.

و بالجملة فإن ما ذكره هنا، من المناقشات الواهيه التى لا يلتفت إليها، و الظاهر

ص: ٢٥٩

انه تبع في هذا المقام المحقق الأردبيلي حيث أشار الى ذلك فقال-بعد نقل روايتي عمرو بن جميع و زراره و محمد بن مسلم و نقل دعوى المرتضى الإجماع-ما ملخصه:و الإجماع غير ظاهر،و لهذا ذهب السيد الى الثبوت،و قال:معنى نفى الربا نهى مثل «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ» و ابن الجنييد ذهب الى عدم الثبوت من جانب الوالد فقط،و الحديث غير صحيح،و عموم أدله التحريم قوى،و يمكن أن يقال:لا ربا بين الرجل و ولده بمعنى جواز أخذ الوالد من مال ولده لا العكس، و يؤيد بأخبار آخر مثل أن الولد و ماله لوالده.انتهى.

و فيه أولا- ما عرفت آنفا،و ثانيا ان الاستناد في عدم ظهور الإجماع إلى كلام المرتضى المذكور عجب منه (قدس سره) فان المرتضى قد عدل عن هذا الكلام بعد ظهور الإجماع له، كما صرح به في كلامه المتقدم،و هو مؤذن بأن قوله بهذا القول وقع غفله و ذهولا- عن ملاحظه الإجماع، فلما انكشف له ثبوت الإجماع عدل عنه الى قول المشهور فصار هذا الكلام في حكم العدم، فكيف يصلح لان يطعن به على دعوى الإجماع.

و ثالثا أن ما ادعاه من حمل نفى الربا بين الوالد و الولد-على الصورة المذكوره مستندا الى الاخبار المشار إليها-مردود بما حققناه في تلك المسألة، من أن هذه الاخبار على ظاهرها مخالفه للعقل و النقل، كتابا و سنه، مع معارضتها بغيرها، و بينا أنها انما خرجت مخرج التقيه، فلا اعتماد عليها في حد ذاتها فضلا عما ذكره هنا.

و بالجملة فإن مناقشته في المقام-بعد ما عرفت من اخبارهم (عليهم السلام) و اتفاق الأصحاب على العمل بها قديما و حديثا-مما لا ينبغي أن يصغى إليها، و لا يعرج في مقام التحقيق عليها، و لم يبق الا خلاف ابن الجنييد، و ضعفه-كسائر أقواله التي ينفرد بها- أظهر من أن يذكر، و أقواله غالبا لا يخرج عن مذهب العامه، و لهذا صرح جملة من علماء الرجال بإطراح أقواله لعمله بالقياس المتفق على النهى عنه في الشريعة نضا و فتوى، مع ظهور الأخبار المذكوره في رده، فنقل المحقق المذكور

لقوله للتسجيل به على الطعن في الإجماع غير حقيق بالاتباع والاستماع.

بقى الكلام هنا في مواضع -

الأول [المراد بالولد في هذا المقام]

هل المراد بالولد في هذا المقام، هو الولد النسبي دون الرضاعي، و أن يكون للصلب فلا يتعدى الى الجد مع ولد الولد؟ إشكال ينشأ من الاقتصار في الرخصة على مورد اليقين، و من صحة إطلاق الولد شرعا على من ذكرناه من ولد الولد بل ولد البنت، كما تقدم تحقيقه في كتاب الخمس. و كذا الولد الرضاعي، إلا أن الظاهر في الولد الرضاعي بعده، لعدم انصراف الإطلاق إليه ما لم يقيد، و أما الولد مع الام فلا إشكال في ثبوت الربا بينهما، و بما ذكرنا من تخصيص الولد بالنسبي و أن يكون للصلب صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك و الروضة مع احتمال المعنى الآخر، و نحوه المحقق الشيخ علي (قدس سره) في شرح القواعد، و بالعموم صرح في الدروس فقال: ولا بين الولد و والده و ان علا و الاحتياط يقتضى الاقتصار على المعنى الأول.

الثاني [عدم الفرق بين الزوجه الدائمه و المتمتع بها]

-الأ- كثر على أنها لا- فرق في الزوجه بين الدائمه و المتمتع بها، و به صرح العلامة في أكثر كتبه و غيره، لعموم النص و نقل عن العلامة في التذكرة انه خص الزوجه بالدائم، مستندا الى أن التفويض في مال الرجل انما ثبت في حق الدائم، فإن للزوجه أن يأخذ من مال الرجل المأدوم. و رد بأن في معارضه ذلك لعموم النص منع ظاهر.

و ظاهر المحقق الأردبيلي المناقشه هنا أيضا بناء على ما قدمنا نقله عنه، حيث قال: و أما بين الزوجه و الزوج فمثل ما تقدم، فان كان إجماع يقتصر عليه مثل الدائمه، كما اختاره في التذكرة مؤيدا بجواز أكلها من بيت زوجها، و في بعض الروايات الصحيحه تسلط الزوج على مالها بحيث لا يجوز لها العتق إلا بإذنه، فلا يبعد عدمه بينهم من الطرفين على تقدير الإجماع، و الا فعموم أدله منع الربا متبع. انتهى و ضعفه ظاهر مما قدمناه.

الثالث [حكم الربا بين المسلم و المشرك]

-الظاهر من كلام أكثر الأصحاب أنه لا ربا بين المسلم و الحربى،

بمعنى أن للمسلم أخذ الفضل منه، دون العكس، فإنه محرم، وأطلق جماعه نفى الربا بينهما من غير فرق بين أخذ المسلم الزيادة أو الحربى. و ممن أطلق الشيخ فى النهايه، و مقتضاه جواز أخذ الحربى الزيادة، و رده ابن إدريس و هو الحق.

و بنحو ما ذكره الشيخ صرح ابن البراج، فقال: و لا ينعقد الربا بين الوالد و ولده، و السيد و عبده، و الحربى و المسلم، و المرأه و زوجها، يجوز أن يأخذ كل واحد ممن ذكرنا من صاحبه الدرهم بدرهمين، و الدينار بدينارين.

و الذى يدل على ما هو المشهور ما تقدم نقله عن النبى (صلى الله عليه و آله) بروايه الكافى و الفقيه (1) من نفى الربا بين المسلم و أهل الحرب، و ان المسلم يأخذ منهم و لا يعطيهم، و هو صريح فى المطلوب، و لا يضر ضعف السند عندنا سيما مع تأيد ذلك بحل مال الحربى، و قد صرح فى التذكرة بأنه لا فرق بين كونه معاهدا أم لا، لأن الحربى فىء لنا و أمانه، و ان منع من أخذ ماله من غير حق، إلا أنه إذا رضى بدفع الفضل انتقض أمانه فيه.

بقى الكلام فى روايه زراره و محمد بن مسلم من حيث دلالتها على حصول الربا بين المسلم و المشرك، و لم أقف على من تعرض لنقلها فى المقام، فضلا عن الجواب عنها إلا المحقق الأردبيلي، و ظاهره الجمع بينها و بين الروايه المتقدمه - مع ميله الى العمل بروايه زراره و محمد بن مسلم لوضوح سندها و تأييدها بعموم الأدله كما أشار إليه آنفا - بحمل الروايه الأولى على غير المعاهد، و حمل هذه على المعاهد، و الأصحاب كما تقدم فى كلام العلامة لم يفرقوا بينهما، كما هو ظاهر الخبر الأول.

الرابع [وجه عدم جريان الربا بين السيد و عبده]

-نفى الربا فى الاخبار المتقدمه بين السيد و عبده، أما من حيث عدم ملكه فالبيع غير صحيح، و الأمر واضح، لصدق عدم الربا، و أما بناء على ملكه فيكون العله النص، و ان لم يظهر له وجه ينزل عليه، و كان الأولى لمن يقول بعدم

ص: ٢٦٢

ملكه ترك ذكره في هذا المقام، الا أنه لما ورد به النص تعرضوا له. (١)

و ظاهر المحقق الأردبيلي هنا أيضا المناقشه في الحكم على تقدير القول بملكه، قال: و أما عدم الثبوت بين العبد و سيده، فبناء على القول بأنه لا يملك واضح، و أما على القول الآخر فلا يظهر، إذ الروايه غير صحيحه، و لا يعرف غيرها، الا أن يدعى الإجماع فيقتصر على موضعه و هو الفن الخاص لا المكاتب مطلقا، و لا المشترك كما يشعر به الروايه المتقدمه. انتهى.

و فيه أن الروايه التي أشار إليها، و هي روايه زراره و محمد بن مسلم (٢) و ظاهره أنه لم يطلع على غيرها و ان كانت غير صحيحه باصطلاحه الذي يدور مداره، الا أن روايه علي بن جعفر صحيحه كما أشرنا إليه آنفا (٣)، و موردها المملوك و سيده، فلا مجال لما ذكره من المناقشه، و عدم ظهور الوجه من النص ليحمل عليه لا يدل على العدم، و الواجب التسليم لما ثبت عنهم (عليه السلام) سواء ظهر لنا الوجه فيه أم لا، و قد صرح الأصحاب بأنه لا بد هنا من اختصاص الملك بالسيد، فلو كان مشتركا ثبت

ص: ٢٦٣

١-١) أقول: و من هنا قال ابن إدريس معترضا على الشيخ: فأما قولهم: و لا بين العبد و سيده، فلا فائده فيه، و لا لنا حاجه الى هذا التعليل و أى مال للعبد، و انما الربا بين الاثنين مالكين، و اعترضه العلامة بأن هذا الكلام ليس بجيد، فان الشيخ نقل الحديث، و هو قول الصادق (عليه السلام) و ليس بين السيد و عبده ربا، و نفى الربا قد يكون لنفى الملك، و قد يكون لغير ذلك، فنفى التملك عله لنفى الربا، فأى مأخذ على الشيخ حيث ذكر الحكم المعلل، و لم يذكر علته، إذ كانت معروفه، ثم ان الشيخ يذهب الى أن العبد يملك، انتهى و هو جيد. منه رحمه الله.

٢-٢) تقدم في ص ٢٥٨ في ص ٢٥٩.

٣-٣) تقدم في ص ٢٥٨ في ص ٢٥٩.

الربا بينه و بين كل من الشركاء، و يدل عليه ما تقدم فى روايه زراره و محمد بن مسلم (١). و المدبر و أم الولد فى حكم القن، و فى المكاتب بقسميه إشكال، ينشأ من إطلاق النص و من انقطاع سلطنته عليه، فهو كالأجنبى منه، و ظاهر كلام المحقق المتقدم ذكره ثبوت الربا بينه و بين سيده، و هو ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك أيضا، مع احتمال عدم الاحتياط ظاهر.

الخامس [حكم الربا بين المسلم و الذمى]

-المشهور بين الأصحاب ثبوت الربا بين المسلم و الذمى، لعموم أدله التحريم، و لان مال الذمى محترم. و ذهب السيد المرتضى و ابنا بابويه و جماعه الى عدم ثبوته، و عليه دلت الأخبار المتقدمه.

و الذى يقرب عندى أن هذه الاخبار انما صرحت بنفى الربا بين المسلم و الذمى، بناء على أن أهل الكتاب فى تلك الأعصار فضلا عن زماننا هذا-قد خرقوا الذمه، و لم يقوموا بها كما صرح به جملة من الاخبار، و من ثم دل جملة من الاخبار على أن مالهم فىء للمسلمين، و جواز استرقاقهم، كما صرح به جملة من الأصحاب أيضا، و حينئذ فلا إشكال. و على هذا فيختص جواز أخذ الفضل بالمسلم، دون الذمى كما تقدم فى الحربى (٢).

السادس [حكم الربا بين المؤمن و المخالف]

-لا يخفى انه حيث أن المشهور بين متأخرى أصحابنا هو الحكم بإسلام المخالفين، و وجوب اجراء حكم الإسلام عليهم فإنه يكون الحكم فيهم كما فى المؤمنين. و أما على ما يظهر من الاخبار و عليه متقدمو علمائنا الأبرار و جملة من متأخرى المتأخرين فى قرب هذه الأعصار-من أن حكمهم حكم الحربى فى جواز القتل و أخذ المال و النجاسه و نحو ذلك من الأحكام، لاستفاضه الاخبار بل تواترها معنا بكفرهم و شركهم، و ما يترتب على ذلك من الأحكام المتقدمه و نحوها، فينبغى دخولهم فى الكافر الذى دلت عليه الاخبار المتقدمه، و أن يكون حكمهم كذلك،

ص: ٢٦٤

١-١) ص ٢٥٨.

٢-٢) ص ٢٥٨.

و بطريق أولى الخوارج، و نحوهم ممن اتفقوا على كفرهم و نجاستهم و جواز قتلهم و أخذ أموالهم، و ان لم يتعرضوا هنا لذكرهم، الا أن مقتضى ذلك دخولهم تحت إطلاق الكافر و المشرك و الحربى و نحوها من هذه الاخبار. و الله العالم.

تنبيهات

الاولى [جواز بيع درهم و دينار أو درهم و متاع بدينارين أو درهمن]

ظاهر الأصحاب جواز بيع درهم و دينار أو درهم و متاع بدينارين أو درهمن، بل نقل فى المسالك أنه موضع وفاق و قال العلامة فى التذكرة: و هو جائز عند علمائنا أجمع، و به قال أبو حنيفة حتى لو باع ديناراً فى خريطه بمأه دينار جاز.

أقول: و يعضده ما تقدم فى آخر المسألة الثالثة من أن ما يعمل من جنسين ربويين أو يضم أحدهما إلى الآخر فى عقد واحد، فإنه لا خلاف و لا إشكال فى بيعها بهما أو بأحدهما بشرط زيادته على مجانسيه، و ينصرف كل من الثمن الى ما يخالفه من المبيع، و يدل على ذلك جملة من الاخبار.

منها ما رواه

فى التهذيب عن الحسن بن صدقه (١) عن أبى الحسن الرضا (عليه السلام) قال:

«قلت له: جعلت فداك انى أدخل المعادن و أبيع الجواهر بترابه بالدنانير و الدراهم، قال: لا بأس به، قلت: و أنا أصرف الدراهم بالدراهم و أصير الغله و ضحا و أصير الوضح غله؟ قال: إذا كان فيها (ذهب) فلا - بأس قال: فحكيت ذلك لعمار بن موسى (الساباطى) (٢) قال: كذا قال: لى أبوه، ثم قال لى: الدنانير اين تكون؟ قلت: لا - أدرى، قال عمار، قال لى أبو عبد الله (عليه السلام): تكون مع الذى ينقص».

ص: ٢٦٥

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١١٧ و فيه «دنانير» بدل كلمه (ذهب).

٢- ٢) كلمه الساباطى زياده فى التهذيب و ليس فى النسخه المطبوعه.

أقول: والوضح هو الدرهم الصحيح الذى لا- ينقص شيئاً، والغله بالكسر الدراهم المغشوشه. و فى بعض الاخبار «فبعثنا بالغله فصرفوا ألفاً و خمسين بألف» فزياده الذهب حينئذ يكون فى جانب الغله ليقع كل فى مقابله مخالفه.

و ما رواه

عن ابى بصير (١) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الدراهم بالدراهم و عن فضل ما بينهما فقال: إذا كان بينهما نحاس أو ذهب فلا بأس».

و عن عبد الرحمن بن الحجاج (٢) فى حديث قال:

«قلت له: اشترى الف درهم و دينار بألفى درهم؟ قال: لا بأس بذلك، ان أبى (عليه السلام) كان اجراً على أهل المدينه منى، و كان يقول هذا، فيقولون انما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم، و لو جاء بألف درهم لحم لم يعط ألف دينار، فكان يقول لهم: نعم الشئ الفرار من الحرام الى الحلال». الى غير ذلك من الاخبار الاتيه فى باب الصرف إنشاء الله- تعالى- مثل أخبار المراكب المحلاه، و السيف المحلى

كروايه أبى بصير (٣) قال:

سألته عن السيف المفضض يباع بالدراهم، قال:

إذا كانت فضته أقل من النقد فلا بأس، و ان كانت أكثر فلا يصلح.

و بالجملة فقد اتفق الإجماع و الاخبار فى الدلاله على صحه ذلك، و يزيده تأكيداً أن الربا انما يكون فى بيع أحد المتجانسين المقدرين بالكيل أو الوزن مع التفاضل، أو نسيئته الآخر، و ما نحن فيه ليس كذلك، لان المركب من الجنسين أو مع ضم أحدهما إلى الآخر فى العقد ليس بجنس واحد، الا أن شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك قد أورد هنا إشكالا فى المقام، فإنه بعد أن نقل اتفاق أصحابنا على

ص: ٢٦٦

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٩٨.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٠٤.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١١٣ الوسائل الباب-١٥ من أبواب الصرف.

الحكم المذكور، ونقل عن الشافعي الخلاف في ذلك محتجا بحصول التفاوت عند المقابله على بعض الوجوه، كما لو بيع مد و درهم بمدين، و الدرهم ثمن لمد و نصف بحسب قيمه الحاضره، ثم أجاب عنه بأن الزيادة حينئذ بمقتضى التقسيط لا بالبيع، فإنه انما وقع على المجموع بالمجموع.

قال: ويشكل الحكم لو احتيج الى التقسيط شرعا، كما تلف الدرهم المعين قبل القبض أو ظهر مستحقا مطلقا، و كان فى مقابله ما يوجب الزيادة المفضيه إلى الربا، فإنه حينئذ يحتمل بطلان البيع من رأس، للزوم التفاوت فى الجنس الواحد، كما لو باع مدا و درهما بمدين أو درهمين مثلا، فان الدرهم التالف إذا كان نصف المبيع، بأن كانت قيمه المد درهما يبطل البيع فى نصف الثمن، فيبقى النصف الآخر، و حيث كان منزلا على الإشاعه، كان النصف فى كل من الجنسين، فيكون نصف المدين و نصف الدرهمين فى مقابله المد، فيلزم الزيادة الموجه للبطلان الى آخر ما ذكره من الكلام، و تعدد الاحتمال فى المقام.

و فيه ان هذا لا يوجب إشكالا فى أصل المسأله لخروجها بهذا الفرض عما هى عليه أولا، و الغرض انما هو بيان صحه الحكم بما ذكرنا كما اتفقت عليه الاخبار و الإجماع فى الصوره المفروضه، و أما مع الخروج عنها الى فرض آخر كما إذا اتفق الأمر كما ذكره، فهى مسأله أخرى، يرجع فيها إلى الأصول المقرره و القواعد المعتميره، فلا اشكال بحمد الله الملك المتعال.

الثانى [جواز بيع مد طعام، بمد طعام و ان كان فى أحدهما فضل]

قال فى الخلاف: يجوز بيع مد طعام، بمد طعام و ان كان فى أحدهما فضل، و هو عقد التبن أو زوان، و هو حب أصغر منه دقيق الطرفين، أو شيلم و هو معروف، و احتج بالآيه (١) و عدم المانع، و نحوه فى المبسوط الا أنه قال فيه:

و قال قوم لا يجوز و هو الأحوط، و المشهور بين الأصحاب الجواز، صرح به ابن إدريس و من تأخر عنه، و احتجوا بأنها تابعه، فلا يؤثر فى المنع، و لا فى المماثله

ص: ٢٦٧

والتجانس، و لهذا لو اشترى منه طعاما و دفع اليه مثل ذلك مما جرت العاده بكونه فيه، ووجب عليه القبض.

و بالجمله فإن جرى العاده بذلك و استمرار الناس على الرضاء به و أخذه في الأجناس أسقط حكم الزيادة به فيما نحن فيه، و نحوه الدردي في الخل و الدبس، و الثقل في البزر و نحو ذلك. نعم لو زاد ذلك عن مقتضى العاده فلا إشكال في المنع.

الثالث [حكم بيع السمن بالزيت متفاضلا نسيئه و نحوه]

-منع الشيخ في النهايه- عن بيع السمن بالزيت متفاضلا نسيئه، و المشهور بين الأصحاب الصحة، لا اختلاف الجنس، و الظاهر أنه استند الى ما رواه في التهذيب (١) و كذا رواه

الصدوق في الفقيه في الحسن عن عبد الله بن سنان

«قال سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول لا ينبغي للرجل إسلاف السمن في الزيت، و لا الزيت بالسمن».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عبد الله بن سنان (٢) قال:

« سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أسلف رجلا زيتا على أن يأخذ سمننا قال:

لا- يصلح». و الأصحاب قد حملوها على الكراهه، و هو أحد احتمالي الشيخ أيضا في كتابي الاخبار، فإنه جمع بين هذين الخبرين، و بين روايه وهب، بحمل هذين الخبرين اما على المنع من إسلاف الزيت في السمن إذا كان بينهما تفاضل- لان التفاضل بين الجنسين المختلفين انما يجوز إذا كان نقدا، و إذا كان نسيئه فلا- يجوز - و اما أن يكون على الكراهه، قال: و لأجل ذلك قال: «لا يصلح و لا ينبغي و لم يقل أنه لا يجوز و ذلك حرام. انتهى».

و منع في النهايه- أيضا من بيع السمس بدهنه، و الكتان بدهنه و تبعه ابن إدريس و قال- في المختلف بعد نقل ذلك عنهما:- و الحق أنه لا يجوز التفاضل فيهما و يجوز التساوي، لنا أنهما إما متساويان في الجنس فيباع أحدهما بمتساويه

ص: ٢٦٨

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣ الفقيه ج ٣ ص ١٦٧.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣.

فى المقدار، و اما مختلفان فى باع أحدهما بالآخر مطلقا. انتهى. و هو جىء.

الرابع [جواز باع الحنطة بالسوق منه و بالخبز و الفالودج المتخذ من النشاء]

-قال فى الخلاف و المبسوط: يجوز باع الحنطة بالسوق منه و بالخبز و الفالودج المتخذ من النشاء مثلا- بمثل، ثم قال فى المبسوط: «و لا- يجوز متفاضلا يءا بىء، و لا- يجوز نسيئه، و أما الفالودج فى يجوز باعه بالحنطة أو الءقوى متفاضلا ما لم يؤء الى التفاضل فى الجنس، لان فىه غير البشاء.

و التحقىء أن ما ذكره بالنسبه الى الفالودج ان باع بأقل منه وزنا بءىء يحصل التفاضل اما بجنسه أو بغير جنسه لم يءز، و إلا جاز، لأن المقتضى للمنع ثبوت الربا و ان باع بأزىء منه وزنا، فإنه لا ربا، لان هذه الزىءاء فى الحنطة الءى هو الثمن فى مقابله ما اشتمل علىه الفالودج من الجنس الأءر.

الخامس [ءوءه التءلص من الربا]

-قء يتءلص من الربا بوءه، منها- أن باع أحد المتبايعىن سلءته من صاءه بجنس غيرها، ثم يشترى صاءه ذلك الجنس بالثمن (1) و كءا لو تواهبا بأن وهب كل منهما الأءر سلءته لصاءه، أو أقرض كل واحد منهما سلءته ثم تبارىا، و كءا لو تبايعا و وهبه الزىءاءه، كل ذلك من غير شرط.

قال شىءنا الشهىء الثانى فى المسالك- و نعم ما قال:- و لا يقءح فى ذلك كون هذه الأمور غير مقصوءه بالءاء، و العقوء تابعه للقصوء، لان قصد التءلص من الربا انما يتم مع القصد الى باع صءىء، أو قرض أو غيرهما من الأنواع المذكوره، و ذلك كاف فى القصد، إذ لا يشترط فى القصد الى قصد جمىع الغاىاء المترتبة علىه، بل يكفى قصد غاىه صءىءه من غاىاءه، و ان من أراد شراء ءار مثلا لىواجرها و يتكسب بها، فان ذلك كاف فى الصءه، و ان كان لشراء الءار غاىاء أءر أقوى من هذه و أظهر فى نظر العقلاء، و كءا القول فى غير ذلك من افراد العقوء، و قء وء

ص: ٢٢٩

(١- ١) مثاله كما لو كان لزىء مء من حنطه ىرىء باعه على عمرو بمءىن من شعىر، فان زىءا باع مء الحنطه على عمرو بمء من أرز، و يشترى عمرو ذلك الأرز بمءىن من شعىر، ىءفه الى زىء. منه رحمه الله.

أخبار كثيرة ما يدل على جواز الحيله على نحو ذلك. انتهى و هو جيد.

و ظاهر كلام المحقق الأردبيلي هنا يشير الى التوقف في ذلك، قال في تمثيل ما أشار المصنف: مثل ان أراد بيع قفيز حنطه بقفيزين من شعير أو الجيد بالرديين، و غير ذلك يبيع المساوى بالمساوى قدرا و يستوهب الزائد، و هو ظاهر لو حصل القصد في البيع و الهبه، و ينبغى الاجتناب عن الحيل مهما أمكن، و إذا اضطر يستعمل ما ينجيه عند الله، و لا ينظر الى الحيل، و صوره جوازها ظاهر لما عرف من عله تحريم الربا: فكأنه الى ذلك أشار في التذكرة بقوله: لو دعت الضرورة إلى بيع الربويات مستفضلا مع اتحاد الجنس الى آخره، و ذكر الحيل. انتهى.

المسألة العاشرة- اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في تحقق الربا و ثبوته في غير البيع من المعاوضات، و بالعموم صرح الشهيد الثانى و ثانى المحققين فى المسالك و شرح القواعد، و ذكر بعض المحققين أنه قول الأكثر، و بالاختصاص يشعر كلام المحقق فى كتاب البيع من الشرائع، و العلامه فى الإرشاد و القواعد، الا أن المحقق فى باب الغصب صرح بثبوته فى كل معاوضه، و هو ظاهر اختياره فى باب الصلح، و العلامه فى باب الصلح من القواعد تردد فى ذلك على ما نقله الشارح المتقدم، و ظاهر صاحبى المسالك و شرح القواعد الاستناد فى العموم الى قوله عز و جل «وَ حَرَّمَ الرَّبَا» (١).

و فيه أن أمين الإسلام الطبرسى فى كتاب مجمع البيان قال فى تفسير الآيه المذكوره، معنى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرَّبَا» أحل الله البيع الذى لا- ربا فيه و حرم البيع التى فيه الربا، و على هذا فيكون الآيه دليلا- للاختصاص بالبيع، و لا- أقل أن يكون محتمله لذلك، و عليه يكون الآيه متشابهه لا تصلح للدلاله على شىء من القولين.

و التحقيق أن المعلوم من الاخبار ثبوته فى البيع و القرض، و أما غيرهما فإشكال ينشأ من عموم أدله الحل- كأصالة الإباحه و دلالة الآيات و الروايات على أن حصول

ص: ٢٧٠

التراضى كاف فى الإباحه و حصر المحرمات، و لىس هذا منها، «و الناس مسلطون على أموالهم» (١) خرج ما خرج من ذلك بدليل، و بقى الباقي - و من أن الربا قد ثبت تحريمه بالكتاب و السنه و الإجماع، و أنه لغه بمعنى الزيادة مطلقا، و لم يثبت له معنى شرعى و لا عرفى يوجب الخروج عن معناه لغه، و ما ذكره الأصحاب فى تعريفه مما قدمنا ذكره فى أول الفصل مجرد اصطلاح، و لكل أن يصطلح على ما شاء مما قام له دليله، و حينئذ فتعين حمله على معناه اللغوى، خرج منه ما خرج بدليل من إجماع و نحوه، و بقى الباقي تحت التحريم، و يؤيده ما فى كتاب مجمع البيان (٢) فى عله تحريم الربا، حيث قال: اما عله تحريمه فقد قيل: هى ان فيه تعطيل المعايش و الإجلايب و المتاجر إذا وجد المربى من يعطيه دراهم و فضلا بدراهم لم يتجر، و قال الصادق (عليه السلام): «انما شدد فى تحريم الربا لثلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف قرضا أو رفا». انتهى.

أقول و نظير هذا الخبر الذى ذكره ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن سماعه (٣).

فى الموثق قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): انى رأيت الله قد ذكر الربا فى غير آيه (و كرره) فقال: أو تدرى لم ذلك؟ قلت: لا قال: لثلا يمتنع الناس عن اصطناع المعروف».

و عن هشام بن سالم (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«انما حرم الله

ص: ٢٧١

١- ١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

٢- ٢) تفسير المجمع ج ٢ ص ٣٩٠ طبع صيدا.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٤٦ التهذيب ج ٧ ص ١٧ و فيه (و كبره) بدل (و كرره).

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ١٤٦ التهذيب ج ٧ ص ١٧.

الربا لكيلا- يمتنع الناس من اصطناع المعروف» (١). و الظاهر أن المراد بالمعروف هو ما ذكره في الخبر الأول من القرض و الرد، و أما ما ذكره بعض الأفاضل من أن خبر كتاب مجمع البيان إنما هو مضمون هذين الخبرين، و أن قوله قرضا و رفا إنما هو من كلام صاحب الكتاب تفسيرا منه للمعروف فالظاهر بعده، لما علم من نقله في هذا الكتاب كثيرا أخبارا ليست في الكتب الأربعة، و أيضا فلفظ خبره غير ألفاظ هذين الخبرين، و من القاعده المعهودة بين المحدثين في نقل الاخبار أنه متى أريد تفسير بعض الألفاظ في الخبر يشيرون الى ذلك بلفظ يدل عليه.

و روى الصدوق بإسناده عن هشام بن الحكم (٢)

أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن عله تحريم الربا، فقال: انه لو كان حلالا لترك الناس التجارات و ما يحتاجون اليه، فحرم الله الربا ليفر الناس من الحرام الى الحلال و الى التجارات من البيع و الشراء، فيبقى ذلك بينهم في القرض.

و يعضد ما ذكرناه من العموم أيضا ما نقله في كتاب مجمع البيان (٣) عن ابن عباس، قال: «كان الرجل منهم إذا حل دينه على غريمه، فطالبه به، قال المطلوب منه: زدني في الأجل و أزيدك في المال، فيتراضيان عليه و يعملان به، فإذا قيل لهم: هذا ربا، قالوا: هما سواء، يعنون بذلك ان الزيادة في الثمن حال البيع، و الزيادة فيه بسبب الأجل عند محل الدين سواء فذمهم الله به، و ألحق الوعيد بهم

ص: ٢٧٢

١- ١) أقول: و يعضده ما رواه الصدوق في العلل فيما كتبه الرضا (عليه السلام) في جواب مسائل محمد بن سنان في حديث قال فيه: و عله تحريم الربا بالنسيئه لعله ذهاب المعروف، و تلف الأموال، و رغبة الناس في الربح، و تركهم القرض، و القرض صنائع المعروف. الحديث منه رحمه الله.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٧١.

٣- ٣) تفسير المجمع ج ٢ ص ٣٨٩ ط صيدا.

وخطأهم في ذلك بقوله (١) «أَحْرَبَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» الى ان قال: و الفرق بينهما ان الزيادة في أحدهما لتأخر الدين و في الآخر لأجل البيع» الى آخره، و الظاهر انه لذلك صرح الأصحاب بتحريم الزيادة لزياده الأجل مع أن ذلك ليس بيعا و لا قرضا.

و الظاهر أنه الى ذلك يشير ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) في الصحيح و الحسن (٢) بأسانيد عديده و اختلاف لا يضر بالمعنى، عن ابى جعفر و أبى عبد الله (عليهما السلام)

«أنه سئل عن الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له: انقذني كذا و كذا، و أضع عنك بقيته، أو يقول: انقذني بعضه، و أمد لك في الأجل فيما بقى؟ قال: لا أرى به بأسا، انه لم يزد على رأس ماله، قال الله جل ثناؤه «فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ، لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ». فان فيه إشارة الى عدم جواز التأجيل بالزيادة على الحق، و ان كان على سبيل الصلح، فإنه ربا، كما يشير اليه ذكر الآيه، و الربا و ان حصل بالنقص أيضا الا أن الخبر المذكور و غيره دل على جوازه.

و يعضد هذا الخبر الذى هو فى قوه أخبار متعدده، كما أشرنا إليه آنفا ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الحسن عن أبان (٣) عن حدثه، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين، فيقول له قبل أن يحل الأجل:

عجل النصف من حقى على أن أضع عنك النصف، أ يحل ذلك لواحد منهما؟ قال: نعم».

ص: ٢٧٣

١- (١) سورة البقره الآيه-٢٧٥.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ الفقيه ج ٣ ص ٢١.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٨ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦.

ثم ان من الاخبار الداله على وقوعه فى القرض ما رواه

فى الفقيه مرسلا مقطوعا، (١) قال:

«الربا رباء ان، ربا يؤكل و ربا لا يؤكل، (٢) فأما الربا الذى يؤكل فهديتك الى الرجل تطلب منه الثواب أفضل منها، فذلك الربا الذى يؤكل، و هو قول الله عز و جل «وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبًّا لِيُرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ» (٣) و أما الربا الذى لا يؤكل فهو أن يدفع الرجل الى الرجل عشرة دراهم على أن يرد عليه أكثر منها، فهذا الذى نهى الله عنه، فقال يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ

« (٤) الاية.

و قال الرضا (عليه السلام) فى كتاب الفقه الرضوى (٥):

«و اعلم أن الربا رباء ان ربا يؤكل و ربا لا يؤكل، فأما الربا الذى يؤكل فهو هديتك الى الرجل تطلب الثواب أفضل منه، فأما الربا الذى لا يؤكل، فهو ما يكال و يوزن، فإذا دفع الرجل الى رجل عشرة دراهم على أن يرد عليه أكثر منها فهو الذى نهى الله عنه،

ص: ٢٧٤

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ١٨٢.

٢- (٢) أقول صدر عبارته الى قوله و أما الربا الذى لا- يؤكل فهو ان يدفع الى آخره مأخوذ من روايه إبراهيم بن عمر اليماني (المذكور فى الفقيه) (الفقيه ص ١٧٥). و قوله و اما الربا الذى لا- يؤكل مأخوذ من كلامه (عليه السلام) فى كتاب الفقه الرضوى (عليه السلام) كما ذكرناه، و يقصد تمام العبارة زياده على ما ذكرناه، فان ما فى الفقيه عين عبارته كتاب الفقه الرضوى كما ذكرناهما، و بذلك يظهر أن ما توهمه بعض المحققين من أنه من كلام الصدوق حيث ذكره ذيل صحيحه شعيب بن يعقوب فهو هنا غلط محض منه رحمه الله.

٣- (٣) سورة الروم الآيه-٣٩.

٤- (٤) سورة البقره الآيه-٢٧٨.

٥- (٥) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٩.

فقال يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا «الايه.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن خالد بن الحجاج (١) قال:

«سألته عن رجل كانت لى عليه مائة درهم عددا قضانيها مائة درهم وزنا قال: لا بأس ما لم تشارط، قال: و قال: جاء الربا من قبل الشروط، و انما يفسده الشروط».

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن داود الأزارى (٢) قال:

«لا يصلح ان تقرض ثمره و تأخذ أجود منها بأرض أخرى غير التى أقرضت فيها».

و من هذه الروايات يظهر ضعف تخصيص الربا بالبيع، كما أشرنا إليه آنفا، و مما يمكن الاستدلال به للقول بالعموم أيضا إطلاق جملة من الاخبار المتقدمة فى المسائل السابقة، مثل

صحيحه عمر بن يزيد (٣) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«يا عمر قد أحل الله البيع و حرم الربا، فاربح و لا تربه، قلت: و ما الربا؟ قال:

دراهم بدراهم، مثلان بمثل».

و التقريب فيها ان الدراهم بالدراهم يجرى فى جميع المعاضات التى تكون بالدراهم كذلك، و ذكر الدراهم و المثل بالمثلين انما خرج مخرج التمثيل.

و موثقه عبيد بن زراره (٤) عن ابى جعفر (عليه) قال:

«لا يكون الربا الا فيما يكال أو يوزن».

و صحيحه الحلبي (٥) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا يصلح التمر اليابس بالرطب».

ص: ٢٧٥

- ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٩١ الرقم-٢٩.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٦.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٤٦ التهذيب ج ٧ ص ١٧.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤.

و صحيحه أبى بصير (١) وغيره عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«الحنطه و الشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر».

و روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) يجوز قفيز من حنطه، بقفيزين من شعير؟ قال: لا يجوز إلا مثلا بمثل».

و صحيحه الحلبي (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«الفضه بالفضه مثلا بمثل ليس فيه زياده و لا نقصان الزائد و المستزيد فى النار».

و صحيحه محمد بن مسلم (٤) قال:

«سألته عن الرجل يدفع الى الطحان الطعام فيقطعه على ان يعطى صاحبه لكل عشره أرطال اثنى عشر دقيقا؟ فقال:

لا قلت: الرجل يدفع السمس الى العصار، و يضمن لكل صاع أرطالا مسماه، قال لا».

و ظاهر هذه الروايه المنع من تقبيل الحنطه على الطحان بالدقيق و السمس على العصار، و لهذا عد علامه تحريم التقبيل و استدل بالروايه المذكوره، و بالجملة فإن الاحتياط فى القول بالعموم ان لم يكن هو الأظهر، و الله العالم.

الفصل السابع فى الصرف

إشاره

و هو لغه الصوت، و شرعا بيع الأثمان: و هى الذهب و الفضه بالأثمان، قيل:

كأنه انما سمى بذلك لما يشتمل عليه من الصوت عند تقليبها فى البيع و الشراء،

ص: ٢٧٦

١- ١) الكافى ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٩٧ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٨ التهذيب ج ٧ ص ٩٦.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٩٨.

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٦ الفقيه ج ٣ ص ١٤٧.

و انما سمي الجنس المذکوران ثمننا لأنهما يقعان عوضا عن الأشياء، و يفترقان بباء العوض غالبا، بل نقل العلامة قطب الدين الرازی عن شيخه العلامة الحلبي (قدس سرهما) انهما ثمن و ان اقترنت الباء بغيرهما، حتى لو باع دينارا بحيوان ثبت للبائع الخيار مدعيا على ذلك الاتفاق.

و تحقيق الكلام في هذا الفصل يقع في مسائل.

[المسألة الأولى] اشتراط التقابض قبل التفرق

اشاره

-ينبغي أن يعلم انه يشترط في الصرف-زياده على ما يشترط في مطلق البيع و في الربا-التقابض قبل التفرق، فلو تفرقا قبل التقابض بطل، و الكلام في التفرق هنا على حسب ما تقدم في خيار المجلس (1) و ربما عبر بعضهم بالمجلس، يعنى التقابض في المجلس، و الأظهر ما ذكرناه كما عبر به كثير منهم، إذا المدار على عدم التفرق، فلو فارقا المجلس مصطحين فإنه ما لم يفترقا يصح التقابض.

ثم انه قد وقع الخلاف هنا في موضعين، أحدهما- أنه قد صرح العلامة في التذكرة بأن القبض قبل التفرق شرط و واجب أيضا، بمعنى أنهما لو تركاه يأثمان بذلك كما يأثمان بالربا، فإن أراد التفرق قبله يفسخان العقد، ثم يفترقان و الا يأثمان، و هو ظاهر في قطعه بوجوب الوفاء به، و التأثيم بتركة اختيارا، و جعله بمنزلة الربا، حتى أوجب عليهما التفاسخ قبل التفرق لو تعذر عليهما التقابض، و جعل تفرقهما قبله بمنزلة الربوى نسيته، فإن بطلانه لا يغنى عن الإثم به.

و هو ظاهر عباره الدروس أيضا حيث قال: و يجب فيه التقابض قبل التفرق، و ان كان الوجوب في مثل هذا المقام قد يعبر عنه عن الشرط، و يسمى بالوجوب الشرطي، و قد تقدم نظير هذه المسألة في كتاب الطهارة، في الطهارة بالماء النجس و كيف كان فالظاهر بعد ما ذكره، إذ غايه ما يستفاد من الاخبار بطلان العقد للإخلال بشرطه.

ص: ٢٧٧

و ثانيهما اشتراط التقابض فى المجلس أو قبل التفرق هو المشهور، و نقل عن الصدوق العدم، فيصح التقابض، و ان لم يكن فى أحد الوصفين المذكورين.

و الذى يدل على المشهور جملة من الاخبار، و منها ما رواه

الكلىنى و الشيخ (روح الله رويهما) عن عبد الرحمن بن الحجاج (1) فى الصحيح 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 واحدة 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 يبيعه، و يدفع اليه الورق و يقبض منه الدنانير حيث يدفع اليه الورق».

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن منصور بن حازم (2) فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال:

«إذا اشترت ذهاباً بفضه أو فضه بذهب، فلا تفارقه حتى تأخذ منه، و ان نزا حائطاً فانز معه».

و عن محمد بن قيس (3) فى الصحيح عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام): لا يبتاع رجل فضه بذهب الا يدا بيد، و لا يبتاع ذهاباً بفضه إلا يدا بيد».

و عن محمد بن مسلم (4) قال:

«سألته عن الرجل يبتاع الذهب بفضه مثلاً بمثلين، فقال: لا بأس به يدا بيد».

و عن الحلبي (5) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ابتاع من رجل ديناراً فأخذ بنصفه بيعة و بنصفه

ص: ٢٧٨

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٢ التهذيب ج ٧ ص ٩٩.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٩.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٩٩ الكافي ج ٥ ص ٢٥١.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٩٨.

٥- (٥) الكافي ج ٥ ص ٢٤٧ التهذيب ج ٧ ص ١٠٠.

ورقا؟ قال: لا بأس به، و سألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقا أو يبعها، و يترك نصفه حتى يأتي بعد فيأخذ منه ورقا أو يبعها قال: «ما أحب أن أترك شيئا حتى آخذه جميعا فلا تفعله».

قال المحقق الأردبيلي -بعد نقل هذه الاخبار-: و في دلالة الكل تأمل، إذ ليست الاخبار بصريحه في الاشتراط، بل و لا في الإثم، لأن يدا بيد كأنه كناية عن النقد لا النسيئه، فلا يدل على اشتراط القبض، و لفظ ما أحب يشعر بالاستحباب و هو ظاهر.

و في التهذيب و الاستبصار أخبار كثيره صريحه في جواز النسيئه في بيع الذهب و الفضة بعضا ببعض، و أصل الصحة و عموم الأدله أيضا يقتضى عدم البطلان بالمفارقة انتهى.

أقول: لا- يخفى ما في هذه المناقشه من الضعف الظاهر للخبر الماهر، أما ما ذكره من عدم الدلالة على الإثم فجيد، و اما دعوى عدم الصراحة في الاشتراط فالخبر الأول منها صريح الدلالة في المنع من التأخير بعد نقد الدراهم و وزنها الى أن يرسل غلامه معه، و المفروض أنهم في دار واحده كما صرح به في الخبر، فلم يرض (عليه السلام) الا ان يرسل الغلام معه و يجعله وكيلا في البيع و التقابض في المكان الذي تدفع فيه الورق، و أى نص أصرح من ذلك.

و مثله صحيحه منصور الداله على النهى عن المفارقة حتى يأخذ منه، و النهى حقيقه في التحريم، و المبالغه في أنه ان نزا حائطا فانز معه، لثلا يحصل المفارقة الموجه لبطلان العقد، فهل فوق هذا التصريح بالشرطيه من مزيد ان لم نقل بالوجوب كما قيل به، ما هذا الأعجب عجيب من هذا المحقق الأريب.

و أما قوله «ان يدا بيد» كأنه كناية عن النقد لا النسيئه، ففيه أنه لا يخفى أن حقيقه هذا اللفظ المتبادر من حاق النظر فيه انما هو التقابض في المحل، و المعنى

الذى ذكره انما هو معنى مجازى كما يشير اليه قوله (كأنه) و حمل اللفظ على خلاف حقيقته لا يصار اليه الا بدليل يمنع من اراده حقيقته، و الأمر انما هو بالعكس.

و أما لفظ لا- أحب فيانه و ان اشتهر بينهم أنه من ألفاظ الكراهه، إلا أنا قد حققنا فى غير موضع مما تقدم أن هذا من الألفاظ المتشابهه، لاستعماله فى الاخبار بمعنى التحريم كثيرا مع استعماله فيها بمعنى الكراهه، فلا- يحمل على أحدهما إلا بالقرينه، و القرينه هنا على اراده التحريم، قوله عليه السلام فى آخر الخبر المذكور «فلا تفعله» الذى هو نهى و حقيقه فى التحريم، مع اعتضاد ذلك بباقى أخبار المسأله التى قد عرفت صراحتها فى الحكم المذكور.

و بذلك يظهر لك أن الاخبار المذكوره كلها متفقه الدلاله على الشرطيه، و لو ادعى الوجوب من بعضها كما قيل به لم يكن بعيدا لهذه النواهى، من قوله «فلا تفارقه، و لا تفعله» و لأمر بأن ينز معه الحائط.

و بالجملة فإن الظاهر أن هذا المقال انما نشأ من الاستعجال و عدم التأمل فيما نقله من الاخبار بعين التحقيق و الاعتبار.

و أما الاخبار التى أشار إليها فهى كما ذكره و هى مستند الصدوق فيما تقدم نقله عنه.

و منها ما رواه

الشيخ عن عمار الساباطى (1) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا بأس أن يبيع الرجل الدينار بأكثر من صرف يومه نسيئه».

و عن عمار الساباطى فى الموثق (2) و رواه

الصدوق عن عمار أيضا عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«قلت له: الرجل يبيع الدراهم بالدنانير نسيئه قال: لا بأس».

ص: ٢٨٠

(١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٠٠.

(٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٠٠ الفقيه ج ٣ ص ١٨٣.

و عن عمار الساباطى (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«الدنانير بالدرهم بثلاثين أو أربعين أو نحو ذلك نسيئه لا بأس».

و عن زراره (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام)

«قال لا بأس ان يبيع الرجل الدينار نسيئه بمائه و أقل و أكثر».

و عن عمار الساباطى (٣) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«عن الرجل هل يحل له أن يسلف دنانير بكذا و كذا درهما إلى أجل معلوم قال: نعم، و عن الرجل يحل له أن يشتري دنانير بالنسيئه قال: نعم انما الذهب و غيره فى الشراء و البيع سواء».

و عن محمد بن عمرو (٤)

«قال كتبت الى ابى الحسن الرضا (عليه السلام) ان امرأه من أهلنا أوصت أن ندفع إليك ثلاثين ديناراً، و كان لها عندي، فلم يحضرني فذهبت الى بعض الصيارفه، فقلت: أسلفني دنانير على أن أعطيك ثمن كل دينار ستة و عشرين درهماً، فأخذت منه عشرة دنانير بماء تين و ستين درهماً و قد بعثتها إليك، فكتب (عليه السلام) الى: وصلت الدنانير».

قال الشيخ بعد نقل اخبار العمار: الأصل فيها عمار، فلا تعارض الأخبار الكثيره السابقه، ثم قال: و يحتمل ان قوله (نسيئه) صفه لدنانير، و لا- يكون حالاً- للبيع، بمعنى ان من كان له على غيره دنانير نسيئه جاز ان يبيعها عليه فى الحال بدراهم و يأخذ الثمن عاجلاً. انتهى.

و لا يخفى ما فيه من البعد، و أكثر المتأخرين من أصحاب هذا الاصطلاح المحدث، ردوا هذه الاخبار بضعف الاسناد، و اعتمدوا على الإجماع حيث لم يظهر الخلاف فى المسأله الا من الصدوق، و خلاف معلوم النسب غير قادح فيه، و اليه

ص: ٢٨١

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٠٠ و ص ١٠١.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٠٠ و ص ١٠١.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٠٠ و ص ١٠١.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٠٠ و ص ١٠١.

و بعضهم ممن يعمل بالموثق احتمال الجمع بين الاخبار بحمل ما دل على المشهور على الفضل و الاستحباب، و ما دل على مذهب الصدوق على الجواز، و هذه القاعده الغالبه بينهم فى الجمع بين الاخبار مع تعارضها.

و الأقرب عندى هو حمل هذه الاخبار الأخيره على التقيه، و إن لم يعلم القائل الان بذلك كما أوضحناه فى مقدمه الاولى من مقدمات الكتاب المتقدمه فى جلد كتاب الطهاره (٢) فإن الأخبار المذكوره ظاهره فى المخالفه، و اتفاق الأصحاب قديما و حديثا على الحكم المذكور- مع تظافر أخبارهم به- دليل ظاهر على كونه ذلك مذهب أئمتهم (عليهم السلام)، فان مذهب كل امام لا يعلم الا- بنقل اتباعه و علمهم به، و تخرج الأخبار المذكوره شاهدا، و حينئذ فلا مناص فيما خالف ذلك عن الحمل على التقيه التى هى فى الأحكام الشرعيه أصل كل بليه، و قد تقدم فى مقدمه المشار إليها دلالة الأخبار المتكاثره على إيقاعهم (عليهم السلام) الاختلاف فى الأحكام و ان لم يكن بها قائل من أولئك الطغام الذين هم أضل من الانعام.

و ربما احتمال بعض المحدثين حمل الأخبار المذكوره على الأخذ بطريق القرض، قال: فإنه يجوز رد العوض بحسب التراضى فيما بعد من غير شرط و لو بزياده، كما يأتى إنشاء الله تعالى.

و لا- يخفى بعده من سياق الأخبار المذكوره، ثم احتمال التقيه أيضا و هو جيد لما ذكرناه، و مما يرجح الأخبار الأوله موافقتها للاحتياط، و هذا من جملة المرجحات المنصوصه فى مقام اختلاف الاخبار، كما اشتملت عليه روايه زراره و الله العالم.

ص: ٢٨٢

١- ١) حيث قال: و نبه بالأشهر على خلاف الصدوق بن بابويه حيث لم يعتبر المجلس استنادا الى روايات ضعيفه، و الأصحاب كلهم على خلاف فر بما كان الشرط إجماعيا. انتهى منه رحمه الله المسالك ص ٢٠١.

٢- ٢) جلد ١ ص ٥.

الأول [لو قبض البعض]

قالوا: لو قبض البعض صح فيما قبض حسب، و بطل في غير المقبوض، و يتخير كل منهما في فسخ المقبوض و إمضائه لتبعض الصفقه ان لم يكن حصل منهما تفريط في تأخير القبض، و الا فلا، و لو اختص أحدهما بعدم التفريط اختص بالخيار.

أقول: قد تقدم

في صحيحه الحلبي (١)

«في الرجل يبتاع من رجل بدينار هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقا أو يباع و يترك نصفه حتى يأتي بعد فيأخذ منه ورقا أو يباع قال: ما أحب أن أترك شيئا حتى آخذه جميعا فلا يفعله». و ظاهر الخبر مع صحه سنده بطلان المعامله من رأس، لا الصحه في النصف و التخيير في الباقي كما ذكره.

الثاني [لو وكل أحدهما في القبض عنه]

قالوا: لو وكل أحدهما في القبض عنه فقبض الوكيل قبل تفرقهما صح، و لو قبض بعد التفرق بطل، قال في المسالك: الضابط في ذلك أن المعتبر حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدين، فمتى كان الوكيل في القبض غير المتعاقدين، اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدين، و لا اعتبار بتفرق الوكيلين، و متى كان المتعاقدان وكيلين اعتبر تقابضهما في المجلس، أو تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين، و بنحو ذلك صرح المحقق الثاني في شرح القواعد.

الثالث [إذا اشترى دراهم بدنانير، ثم اشترى بها دنانير قبل القبض]

المشهور بين الأصحاب أنه إذا اشترى الإنسان دراهم بدنانير، و قبل قبض الدراهم من البائع اشترى بها دنانير لم يصح الثاني، لأن ذلك العوض في الصرف موقوف على التقابض، و لم يحصل فيكون قد باع ثانيا ما لم يملكه، و حينئذ

ص: ٢٨٣

فلو افترقا و الحال كذلك بطل العقدان معا.

أما الأول فلعدم التقابض و أما الثانى فلما عرفت من بيع ما لم يملكه، و الأصل فى ذلك ما ذكره الشيخ فى النهايه، و تبعه أكثر الأصحاب عليه قال: إذا باع الإنسان دراهم بالدنانير لم يجز له أن يأخذ بالدنانير دراهم مثلها الا بعد أن يقبض الدنانير، ثم يشتري بها دراهم إنشاء.

و خالفه ابن إدريس فقال: ان لم يتفارقا من المجلس الا بعد قبض الدراهم المبتاعه بالدنانير التى على المشتري الأول، فلا بأس بذلك، و ان لم يكن قبضه الدنانير التى هى ثمن الدراهم الأول المبتاعه، هذا إذا عينا الدراهم الأخيره، فان لم يعيناها فلا يجوز ذلك، لانه يكون بيع دين بدين، و ان عيناها لم يصرح بيع دين بدين، بل يصير بيع دين بعين.

و رده العلامه فى المختلف بأنه غير جيد قال: أما أولا فلان الشيخ يمنع من بيع ما يكال و يوزن قبل قبضه، و أما ثانيا فحكمه بأنه لو اشترى بثمان غير معين كان قد اشترى بالدين ليس بمعتمد. انتهى ملخصا.

أقول: اما ما ذكره من التعليل للبطلان فى الوجه الأول، فهو وجه آخر ايضا لعدم الصحه، زياده على الوجه الذى قدمناه، و هو عدم ملكه لعدم التقابض الذى هو شرط فى صحه الملك فى الصرف.

و اما ذكره فى الوجه الثانى فهو مبنى على ان الثمن متى لم يكن عينا بل فى الذمه، و ان كان حالا غير مؤجل هل هو من قبيل الدين، فيصدق على بيع الدين به أنه بيع دين بدين، أم لا يصدق ذلك حتى يكون دينا قبل وقوع العقد؟ و ظاهر اختيار جمله من الأصحاب الثانى، و منهم شيخنا الشهيد الثانى، فإنه صرح بأن ذلك ليس من بيع الدين بالدين، و انما يصدق ذلك فيما إذا كان دينا قبل العقد، و ظاهر العلامه هنا ذلك أيضا، و قد تقدمت الإشارة الى هذه المسألة و سيأتى تحقيقها إنشاء الله تعالى فى باب الدين، قال فى المسالك. بعد نقل ملخص كلام ابن إدريس:-

و ينبغي القول بالصحة مطلقا إذا تقابضا قبل التفرق، و غايه ما يحصل فى البيع الثانى أن يكون فضوليا، فإذا لحقه القبض صح، و سيأتى أن بيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع. انتهى.

الرابع - لو كان له عليه دراهم فاشترى بها دنانير

صح و ان لم يتقابضا، و كذا لو كان له عليه دنانير فاشترى بها دراهم، لأن النقدين من جنس واحد، و ما فى الذمه بمنزله المقبوض، فلا يحتاج الى تقابض زائد على ذلك.

أقول: و الأصل فى هذه المسأله ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) فى الصحيح عن إسحاق بن عمار (1) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) يكون للرجل عندى الدراهم الوضح فيلقانى فيقول لى: كيف سعر الوضح اليوم؟ فأقول له: كذا و كذا، فيقول لى: أليس عندك لى كذا و كذا ألف درهم وضحا؟ فأقول: نعم، فيقول: حولها الى دنانير بهذا السعر و أثبتها لى عندك فما ترى فى هذا؟ فقال لى: إذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك، فقلت: انى لم أوازنه و لم أناقده، انما كان كلاما بينى و بينه، فقال: أليس الدراهم من عندك و الدنانير من عندك، فقلت: بلى، قال: لا بأس بذلك».

و نحوه

موثق عبيد بن زراره (2) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون لى عنده دراهم فأتيه فأقول: حولها لى دراهم و أثبتها عندك و لم أقبض منه شيئا؟ قال: لا بأس».

و جمع من الأصحاب عبروا فى هذا المقام بعباره الخير، قال فى النهايه:

إذا كان للإنسان على صير فى دراهم أو دنانير فيقول له حول الدنانير الى الدراهم، أو الدراهم الى الدنانير، و ساعره على ذلك كان جائزا و ان لم يوازنه فى الحال و لا يناقده، لأن النقدين من عنده.

ص: ٢٨٥

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٤٥ التهذيب ج ٧ ص ١٠٢ الفقيه ج ٣ ص ١٨٦.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٤٧ التهذيب ج ٧ ص ١٠٣.

و اعترضه ابن إدريس هنا فقال: ان أراد بذلك أنهما افترقا قبل التقابض في المجلس، فلا يصح ذلك و لا يجوز بغير خلاف، لان
الصرف لا- يصح أن يفترقا من المجلس الا بعد التقابض، و ان افترقا قبل أن يتقابضا بطل البيع و الصرف، و ان أراد أنهما تقاولا
على السعر، و عينا الدراهم المبتاعه و الدينانير المبيعه و تعاقد البيع و لم يوازنه و لا ناقده، بل نطق البائع بمبلغ المبيع ثم تقابضا قبل
التفرق و الانتقال من المجلس كان ذلك جائزا صحيحا، و ان أراد الأول كان باطلا بلا خلاف، يدل عليه قوله في المبسوط تصح
الإقالة في جميع السلم و بعضه، فإن أقاله من الجميع برىء المسلم اليه من المسلم فيه، و لزمه رد ما قبضه من رأس المال ان كان
قائما، و ان كان تالفا لزمه مثله، فان تراضيا بقدر بدله من جنس آخر بأن يأخذ الدراهم بدل الدينانير أو بالعكس كان جائزا، فإن
أخذ الدينانير بدل الدراهم أو بالعكس و جب التقابض في المجلس، لانه صرف، و ان أخذ عوضا آخر جاز أن يفارقه قبل القبض،
لانه بيع عوض معين بثمن في الذمه. انتهى.

أقول: ما ذكره ابن إدريس جيد على مقتضى أصله الغير الأصيل، و الا فأى مانع من ذلك بعد دلاله الأخبار عليه، و استثناء ذلك
من قاعده العرف بالاكتفاء بهذا الكلام بينهما من حيث اتحاد من عليه الحق، فيكون كالتقابض، و ربما حمل كلام الشيخ المذكور
على التوكيل، و كذلك الخبران المذكوران، فان قوله حول الدراهم الى الدينانير، أو الدينانير الى الدراهم نوع توكيل، و حينئذ فلا
اشكال و ان لم يتقابضا في المجلس.

قال في المسالك: و ربما بنوا حكمهم على مقدمات يلزم من صحتها صحة الحكم هنا، الاولى- ان الأمر بالتحويل توكيل في تولى
طرفي العقد، فان التوكيل لا ينحصر في اللفظ، الثانيه- أنه يصح تولى طرفي العقد من الواحد.

الثالثه- أنه يصح أيضا توليه طرفي العقد. الرابعه- ان ما في الذمه مقبوض.

الخامسه- ان بيع ما في الذمه للغير من الدين الحال بثمن في ذمته ليس بيع دين بدين.

السادسه ان الوكيل فى البيع إذا توقفت صحته على القبض يكون وكيلا فيه، و الا فإن مطلق التوكيل فى البيع لا يقتضى التوكيل فى القبض و إذا سلمت هذه المقدمات صحت المسأله، انتهى.

و هو جيد لو ثبت توقف صحه البيع عليها، الا- أن الظاهر أنه ليس كذلك، و ان كان جواز بعضها مما يفهم من الخبرين المذكورين، و العمده هو ورود النص بذلك و لا- يجب علينا تطلب وجهه و سببه، كما فى أكثر النصوص التى لا يمكن معرفه العله فيها لما ذكر فيها من الأحكام، و الظاهر أنه لا مخالف فى هذا الحكم سوى ابن إدريس، و كل من تأخر عنه رد كلامه لما ذكر فيها، و ظاهر المحقق الأردبيلي هنا الميل الى ما ذهب اليه ابن إدريس، حيث قال بعد قول المصنف «و لو كان له عليه دراهم فاشترى بها دنانير أو بالعكس صح و ان لم يتقابضا» ما صورته (1): يعنى إذا كان لزيد مثلا- على عمرو فى ذمته دراهم فضه و قال: اشترت منك الدنانير بها، صح الصرف، و لا- يحتاج الى التقابض بأن يوكله فى قبضه له الدنانير، و لا تعيينه لنفسه ما به الدنانير من الدراهم و ان كان مطلقا و فى الذمه، و لا- الى مضى زمان يسع التقابض، فلو تفرق قبله لم يبطل، فيطالبه بالدنانير لحصول القبض و فيه تأمل واضح، لان الدراهم و ان كانت مقبوضه، و لكن الدنانير غير مقبوضه للمشتري فما حصل التقابض، و هو قبض كل واحد مال الآخر الذى انتقل إليه بواسطة البيع و الشراء و هو ظاهر. نعم يمكن ذلك لو و كله فى القبض و التعيين للمشتري الدنانير، بل ينبغى تعيينه الدراهم أيضا ثم القبض لنفسه قبل التفرق، و يمكن ان يكون المراد أن يكون الدنانير أيضا فى ذمه المشتري

ص: ٢٨٧

١- ١) كذا صورته العبارة فى الأصل المنقول منه، و الظاهر انه لا يخلو من غلط، الا أن المعنى ظاهر، و هو أنه لا يحتاج ايضا الى تعيين الدنانير للمشتري و بيان كميتها و عددها و الدراهم للبائع و بيان قدرها، كما هو مشروط فى البيع فى غير هذه الصوره، بل يكفى التهاتر الواقع بعد وقوع المقاوله على السعر و تعيينه، و ان كان الجميع فى الذمه مطلقا. منه رحمه الله.

فهي أيضا مقبوضه له، وحينئذ يكون كل المال المنتقل إلى الآخر مقبوضا له، و الظاهر صحة البيع و عدم الاحتياج الى التوكيل للتعين و القبض، و لا- الى مضي زمان، لصدق القبض المفهوم من الاخبار التي هي دليل الحكم، لانه يصدق أنه باع يدا بيده، و المبيع و المشتري مقبوض لهما، و أنه أخذ قبل التفرق، و هو ظاهر من غير فرق بين المتجانسين المتساويين و المختلفين مطلقا، الا أنه يجيء فيه الاشكال من جهة أنه بيع دين بدين، و الظاهر عدم جوازه. انتهى.

أقول: ظاهر هذا الكلام أن قائله قد غفل عن ملاحظه الخبرين المتقدمين في المسأله، و ظن أن هذا الحكم انما وقع في كلام الأصحاب، و لهذا تأوله بقوله و يمكن أن يكون المراد الى آخره، و أن هذا الفرض انما يجرى في عباره المصنف المذكوره لا في الاخبار، لأنها صريحه في كون الثمن و المثلث انما هو عند الذي عليه الطلب، و يؤيده ما قلناه أنه في جميع الأحكام يبالغ في تتبع الاخبار و نقلها و إيرادها من مؤالف و مخالف، هنا لم يتعرض للخبرين المذكورين بالكليه، و لو بالإشاره، و انما تكلم على عباره المصنف كى يبين مراده أولا، ثم ناقشه بمناقشه ابن إدريس للشيخ، مع أن المصنف و غيره إنما أخذوا الحكم المذكور من الخبرين، و لكنهم عبروا بهذه العباره لصراحتها في البيع و الشراء، بخلاف لفظ التحويل الذي في الخبرين، و حينئذ فالعذر له ظاهر، و الا فلو أنه اطلع على الخبرين و مع هذا عدل عن القول بما دلا عليه، لأجاب عنهما و تأولهما كما هي عادته و قاعدته، و بالجملة فإن كلامه هنا بالنظر الى الخبرين مما لا يلتفت اليه، و لا يعرج عليه، و الله العالم.

المسأله الثانيه [وجوب تساوى الجنس مع الاتحاد]

قالوا: إذا اتحدت الجنس و جب التساوى قدرا و ان اختلفا في الجوده و الرداءه و الصفه، و إذا اختلفا فيه جاز الاختلاف زياده و نقصانا.

أقول: أما وجوب التساوى مع الاتحاد فلما استفاضت به الاخبار من أن الزياده مع الاتحاد رباء محض

كصحيحه الحلبي (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

ص: ٢٨٨

قال: «الفضه بالفضه مثلا بمثل ليس فيه زياده و لا نقصان، الزائد و المستريد في النار».

و روايه وليد بن صبيح (١) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول الذهب بالذهب، و الفضه بالفضه الفضل فيهما هو الربا المنكر».

و صحيحه محمد بن مسلم (٢)

«عن أبي جعفر (عليه السلام) أنه قال: الورق بالورق وزنا بوزن، و الذهب بالذهب وزنا بوزن».

و صحيحه إسحاق بن عمار (٣) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام):

الدرهم بالدرهم و الرصاص؟ فقال: الرصاص باطل». الى غير ذلك من الاخبار، و في الخبر الأخير دلاله على حصول الربا بالزيادة و ان كانت من غير الجنس.

و اما جواز البيع مع الاتحاد و ان اختلفا في الجوده و الرءاءه فلما تقرر عندهم من أن جيد كل جنس و رديه واحد (٤) و يدل عليه

صحيحه الحلبي (٥) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يستبدل الكوفيه بالشاميه و زنا بوزن فيقول الصيرفي: لا أبدل لك حتى تبدل لي يوسفيه بغله و زنا بوزن، فقال: لا بأس فقلت: إن الصيرفي إنما طلب فضل اليوسفيه على البغله، فقال: لا بأس به».

و روايه أبي بصير (٦) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يستبدل الشاميه بالكوفيه و زنا بوزن فقال: لا بأس به». و أما مع الاختلاف فلا اشكال لعدم

ص: ٢٨٩

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٩٨.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٨.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٤٦.

٤-٤) قال في الشرائع: و يستوى في وجوب التماثل المصوغ و المكسور و جيد الجوهر و رديه، و ظاهر بعض مشايخنا وجود القول هنا بالمنع من حيث ان الجوده زياده حكميه فيحصل بها الربا حينئذ، و الروايات ترده. منه رحمه الله.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٢٤٧.

المانع مع استكمال شروع البيع كما تقدم فى فصل الربا.

المسأله الثالثه [حكم ما إذا كان فى الفضة غش مجهول]:

قد صرحوا بأنه إذا كان فى الفضة غش مجهول لم يبع الا بالذهب أو بجنس غير الفضة و كذلك الذهب».

قال فى المسالك: هذا مبنى على الغالب من أن المغشوش لا يباع بوزنه خالصا، لان البيع مبنى على المماكسه و المغالبه، فلا يدفع المشتري بوزن المغشوش صافيا، و الا- فلو فرض وقوع ذلك صح بيعه بجنسه أيضا، بل متى علم زياده الخالص عن مجانسه المغشوش صح و ان لم يبلغ قدر المجموع من النقد و الغش. انتهى.

أقول: الوجه- فيما ذكره (قدس سره)- هو أنه إذا بيع المغشوش بالخالص وزنا فإنه يكون الزيادة التى فى الخالص فى مغالبه الغش، فلا- مانع حينئذ، لكن لما كان بناء البيع و الشراء على ما ذكره لم يجز ذلك الا مع علم المشتري و رضاه بذلك، و أما إذا كان الغش معلوما فإنه يجوز بيعه بمثل جنسه مع زياده تقابل الغش و كذا لو جهل بان جهل قدره، و لكن علم أنه لا يزيد عن النصف، فإنه يجوز بيعه بزياده يسيره عن النصف من جنسه، و ينصرف الزائد فى مقابله الغش، و معنى المقابله فى هذا المواضع أن تصلح عوضا فى مقابله الغش بحيث تتمول و ان لم يكن قدره قيمه.

و كيف كان فالظاهر أنه لا بد من التقابض قبل التفرق فى المقام الذى يصح فيه البيع كما هو الشرط فى الصرف.

قال العلامة فى التذكرة الدراهم و الدنانير المغشوشه إذا علم مقدار الغش فيها جاز بيعها بجنسها بشرط زياده فى السليم تقابل الغش ليخلص من الربا لو بيع بقدر الصافى منها، و يجوز بيعها بغير الجنس مطلقا، و ان لم يعلم مقدار الغش و جب أن تباع بغير جنسها حذرا من الربا، لإمكان أن يتساوى الصافى و الثمن فى القدر، فيبقى الغش زياده فى أحد متساويين.

ابن سنان (١) في الصحيح عن الصادق (عليه السلام) قال:

«سألته عن شراء الفضة فيها الرصاص بالورق و إذا خلصت نقصت من كل عشره درهمين أو ثلاثة؟ قال: لا يصلح الا بالذهب، و سألته عن شراء الذهب فيه الفضة و الزبيق و التراب بالدنانير و الورق، فقال: لا تصارفه الا بالورق». و لو بيع بوزن المغشوش فإنه يجوز، إذ الفاضل من الصافي يقابل الغش، إذا ثبت هذا فإنه لا- يجوز إنفاقه إلا- بعد إبانته و إيضاح حاله، الا أن يكون معلوم الصرف بين الناس. انتهى.

أقول: لا- يخفى: أن الخبر المذكور بحسب ظاهره مناف لما قدمناه مما ظاهرهم الاتفاق عليه من جواز بيع المغشوش بجنسه الخالص إذا كان مساويا له في الوزن، لانصراف الزيادة التي في الخالص الى الغش، لانه قد نهى (عليه السلام) عن شراء الفضة التي فيها الرصاص بالورق، و أمر بالذهب، و من المعلوم أنه لا- يقع الشراء الا- بالوزن، و قد عرفت أنه مع تماثلهما في الوزن و تساويهما يصح البيع، لانصراف الزيادة التي في الخالص الى الغش الذي في الآخر، فالواجب حمل الخبر على ما ذكره شيخنا المتقدم ذكره من أنه لما كان بناء البيع و الشراء على المماكسة و المغالبه- فالمشترى لا يبذل فضه خالصه أو ذهباً خالصاً في مقابله غش- منع (عليه السلام) من هذه المقابله الا بغير الجنس.

المسألة الرابعة [في أحكام بيع تراب المعدن] :

قالوا: و لا- يباع تراب معدن الفضة بالفضه، و انما يباع بالذهب و كذا معدن الذهب انما يباع بالفضه لا بالذهب احتياطاً في الموضوعين، (٢) و لو جمعا في صفقة جاز بيعهما بالذهب و الفضة معا و يجوز بيع جوهر الرصاص و الصفر بالذهب و الفضة و ان كان فيه يسير فضه أو ذهب، لان الغالب غيرهما، و أنه يجوز

ص: ٢٩١

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ١٠٩.

٢- (٢) أقول المراد بالاحتياط يعني ان مستند الوجوب هو الاحتياط و التحرز من الوقوع في الربا لا- بمعنى الاستحباب كما هو المتبادر. منه رحمه الله.

إخراج الدراهم المغشوشه مع جهاله الغش إذا كانت معلومه الصرف بين الناس، و ان كانت مجهوله الصرف لم يجز إنفاقها إلا بعد ابانه حالها، و هذا الكلام يتضمن جمله من الأحكام.

الأول-حكم بيع تراب المعدن، أما بيع كل منهما بالآخر فلا شك في جوازه، لعدم الربا بالزيادة مع اختلاف الجنس، و كذا يصح أيضا بيعه بمثله (١) إذا علم المقدار و التساوى ان لم يكن لما صحبه من المعدن قيمه و الا فبالمثل مع اشتماله على زياده تقابل تراب المعدن، و لكن لما كان الفرض بعيدا لم يذكروا ذلك.

و أما بيعهما بالتقدين إذا جعلنا في صفقه واحده فلا إشكال أيضا في صحته للتخالف، و انصراف كل الى ما يخالفه، و يدل عليه

روايه عبد الله مولى عبد ربه (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الجوهر الذى يخرج من المعدن، و فيه ذهب و فضه و صفر جميعا كيف نشتره؟ فقال تشتريه بالذهب و الفضة جميعا».

و روايه عبد الله بن سنان (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن شراء الذهب فيه الفضة بالذهب؟ قال لا يصلح الا بالدنانير و الورق». و يمكن هنا أيضا البيع بأحدهما إذا تحقق في الثمن اشتماله على مثل معدنه و زياده تقابل المعدن الآخر و هو ظاهر، و الظاهر أنه لبلد فرضه لم ينجها عليه، و أظهر جوازا البيع بغيرهما.

ص: ٢٩٢

١- ١) اى بمثل الفضة أو الذهب، و لهذا قال: إذا علم المقدار، و أما بيعه بمثل الجميع من التراب و بما فيه من الذهب أو الفضة، فلا يجوز إذ لم يكن للتراب قيمه، لان ما فيه من التراب لا قيمه له، فيبقى الزائد فى المقابل بغير عوض و يلزم الربا فيه. منه رحمه الله.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ١١١ الكافى ج ٥ ص ٢٤٩.

٣- ٣) التهذيب ج ٨ ص ١٠٩.

و كيف كان فلا بد من اعتبار شرائط البيع الأخر، و الظاهر ان مثل هذا لا يدخل في باب الصرف فيشترط في صحته التقابض في المجلس أو قبل التفرق، لانه لا يصدق عليه بيع الأثمان بالأثمان، و عدم صدق الذهب و الفضة و انما هو تراب الذهب و تراب الفضة، الا- ان الذى يظهر من اخبار بيع السيوف المحلاه (١) كما يأتى إنشاء الله- تعالى- اشتراط التقابض قبل التفرق، فينبغى أن يكون هنا أولى، و الاحتياط لا يخفى.

الثانى ما ذكره من أنه يجوز بيع الرصاص بالفضه و الصفر بالذهب، و ان اشتمل كل منهما على يسير من جنس ما يبيع به، فهو مما لا خلاف فيه و لا اشكال، لاضمحلال ما فى كل منهما من يسير الذهب و الفضة فى جنب ما هو فيه، و صدق الاسم بدونهما، و الأحكام تابعه لصدق التسميه و هو بمنزله الحليه التى تعمل فى سقوف البيوت و جدرانها غير مقصوده بالبيع، و لا ملحوظه فيه، فلا يشترط حينئذ فى صحه البيع العلم بزياده الثمن عن ذلك اليسير من الذهب أو الفضة، ليكون فى مقابله الجنس الأخر.

و يدل على ذلك أيضا

صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى الأسرب يشتري بالفضه، فقال: ان كان الغالب عليه الأسرب فلا بأس به». و الظاهر أن المراد الغلبه فى صدق الاسم كما يدل عليه الخبر الاتى لا الغلبه فى الجنس.

و ما رواه

فى الكافى عن معاويه بن عمار (٣) و غيره عن أبى عبد الله (عليه السلام)

ص: ٢٩٣

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

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٤٨ التهذيب ج ٧ ص ١١٢.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥١ التهذيب ج ٧ ص ١١١.

قال: «سألته عن جوهر الأسرب و هو إذا خلص كان فيه فضه أ يصلح ان يسلم الرجل فيه الدراهم المسماه؟ فقال إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك يعنى لا يعرف إلا بالأسرب».

أقول: و يحتمل أن يكون هذا التفسير من الامام (عليه السلام) و يحتمل أن يكون من الراوى، و احتمال كونه من الكليني بعيد.

و أما التعليل فى جواز البيع فى الصورة المذكوره بما تقدم نقله عنهم من أن جواز ذلك لكون الصفر و الرصاص هو الأكثر و الغالب فلا- يحسم ماده الشبهه، فإن مجرد الأغلبه غير كاف فى جواز البيع بذلك النقء كيف اتفق، حتى لو كان عشرا يمكن تمييزه لم يجر بيعه بجنسه الا مع الزياءه فى الثمن عليه بحيث تقابل مقابل الآخر كما تقدم و يمكن حمل كلامهم على أن المراد الغلبه المستولىه على النقء بحيث اضمحل معه تجوزا كما تجوزوا فى قولهم فى باب الأحداث النوم الغالب على الحاستين، بمعنى اضمحلال الحس بهاتين الحاستين تحت النوم.

الثالث ما ذكره من أنه يجوز إخراج الدراهم المغشوشه الى آخره، فإنه يدل عليه جملة من الاخبار.

منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن عمر بن يزيد (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

فى إنفاق الدراهم المحمول عليها فقال: إذا كان الغالب عليها الفضة، فلا بأس بإنفاقها».

أقول: المراد بالمحمول عليها المغشوشه حيث إنه حمل عليها من غيرها، كما يظهر من الاخبار الآتية.

و عن ابن رئاب (٢) قال:

«لا أعلمه إلا عن محمد بن مسلم قال: قلت لأبى

ص: ٢٩٤

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٥٣ التهذيب ج ٧ ص ١٠٨.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢٥٣ التهذيب ج ٧ ص ١٠٩.

عبد الله (عليه السلام): الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثم يبيعهها؟ فقال: إذا كان بين الناس ذلك فلا بأس». كذا في الكافي، والمراد إذا كان رائجا بين الناس، وفي التهذيب «إذا بين ذلك فلا بأس» وهو معنى صحيح إلا أن الأول أوفق بأخبار المسألة.

و ما رواه

في الكافي عن حرير (١) قال:

«كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) فدخل قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها؟ فقال: إذا كان جوازا لمصر».

و عن أبي العباس البقباق (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الدراهم المحمول عليها؟ فقال: إذا أنفقت بما يجوز بين أهل المدينة أو البلد فلا بأس، وإن أنفقت ما لا يجوز بين أهل المدينة فلا».

و ما رواه

في التهذيب عن عمر بن يزيد (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن إنفاق الدراهم المحمول عليها؟ فقال إذا جازت الفضة (المثلين) فلا بأس».

و عن محمد بن مسلم (٤) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال:

«جاء رجل من أهل سجستان فقال له: إن عندنا دراهم يقال لها الشاهيه تحمل على الدراهم دانقين؟ فقال: لا بأس به إذا كان يجوز».

و عن محمد بن مسلم (٥)

«قال، سألته عن الدراهم المحمول عليها؟ قال: لا بأس بإنفاقها».

و عن المفضل بن الجعفي (٦)

«قال كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) فالقى بين يديه الدراهم فقال: أيش هذا؟ قلت: ستوق، قال: و ما الستوق؟ فقلت: طبقتين

ص: ٢٩٥

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢٥٣.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٠٨ الرقم-٦٩-وفى الوافى(الثلثين)بدل المثلين.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٠٨ الرقم-٧١.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ١٠٨ الرقم-٦٨.

٦-٦) التهذيب ج ٧ ص ١٠٨ الرقم-٧٢.

فضه، و طبقه من نحاس، و طبقه من فضه؟ فقال: اكسرهما فإنه لا يحل بيع هذا و لا إنفاقه» (١).

قال فى الوافى الستوق بالضم و الفتح معا و تشديد التاء، و تستوق بضم التاء المزيف البهرج الملبس بالفضه، «طبقتين فضه» الصواب طبقه من فضه و كأنه مما صحفه النساخ، و حمل منع إنفاقه فى التهذيبين على ما إذا لم يتبين أنه كذلك: فيظن الأخذ أنه جيد. انتهى.

أقول: الظاهر أن المراد من هذه الاخبار و كذا ما قدمناه من كلام الأصحاب انما هو بيان جواز إنفاق هذه الدراهم فى سائر المعاملات دون ما يتعلق به الربا و يدخل فى الصرف، و قوفا على قواعد الأصحاب المذكوره فى سابق هذه المسأله، فلو أريد المعامله بها فى أحد هذين الوجهين فلا بد من مراعاة شروطهما كما تقدم، و مرجع ذلك الى أنه متى كان عادة البلد المعامله بذلك النقد المغشوش مع معلوميه حاله

ص: ٢٩٦

١ - ١) قال ابن إدريس فى كتاب السرائر: أما استفهام الامام (عليه السلام) ما هو التسوق، فإنها كلمه فارسىه غير عربيه، و هى مفتوحه السين الغير المعجمه مشدده التاء المنقطه من فوقها نقطتين المضمومه، فالواو و القاف و معناها ثلاث طبقات، لان ست بالفارسىه ثلاثه، و توق طبقات و هو الزايف الردى البهرج، قال الصولى فى كتاب الأوراق: اعترض مخلص الشاعر الموصلى الخليفه المعتمد لما دخل الموصل بمدح، و حلفه ان يسمعه فأحضره و سمع مدحه، ثم قال: أنشدنى هجاءك لأهل الموصل فأنشده. هم قعدوا فانتفوا لهم حسبا يجوز بعد العشاء فى العجب حتى إذا ما الصباح لاح لهم تبين ستوقهم من الذهب و الناس قد أصبحوا صيارفه أعلم شىء لبهرج النسب انتهى منه رحمه الله.

عندهم كهذه الفروش التى فى بلد ان الروم، و الطويله التى فى بلاد الأحساء، فإنها من الصفر الملبس بالفضه، فلا بأس بالمعامله بها و إنفاقها، و ما عدا ذلك، فلا يجوز إنفاقه إلا مع الا علام بحاله، كما تقدم نقله عن العلامه فى آخر عبارته المتقدمه، و على هذا حمل الشيخ خير المفضل المذكور.

و يدل على ذلك صريحا ما رواه

فى التهذيب عن جعفر بن عيسى (١) قال:

« كتبت الى أبى الحسن الأول (عليه السلام): ما تقول: جعلت فداك فى الدراهم التى أعلم أنها لا- تجوز بين المسلمين إلا بوضيعة، تصير الى من بعضهم بغير وضيعة لجهلى به، و انما أخذته على أنه جيد، أ يجوز لى أن آخذه و أخرجته من يدى اليه على حد ما صار الى من قبلهم؟ فكتب (عليه السلام): لا- يحل ذلك، و كتبت اليه: جعلت فداك هل يجوز ان وصلت الى رده على صاحبه من غير معرفته به أو إبداله منه، و هو لا يدري أنى أبدله منه و أورده عليه؟ فكتب (عليه السلام) لا يجوز».

و مما ذكرنا يظهر ما فى كلام المحقق الأردبيلي (طاب ثراه) فى هذا المقام من النظر الظاهر لسدوى الأفهام، و ذلك فى موضعين: أحدهما أنه قال فى سابق هذه المسأله بعد بيان حكمها ما صورته: و فى الاخبار الكثيره المعتبره أنه يجوز بيعه بمثل ما فيه ان كان الغالب هو أو الغش بحيث يطلق عليه اسم ذلك، فالظاهر ان المراد أن أحدهما مضمحل و لا قيمه له، ثم استدل بحسنه عمر بن يزيد الاولى من الروايات المتقدمه، و روايه على بن رثاب عن محمد بن مسلم و صحيحه عبد الرحمن الحجاج الوارده فى الأسرب، و روايته الأخرى الوارده أيضا فيه.

و أنت خبير بما قدمنا تحقيقه أن المراد من روايتى عمر بن يزيد و على بن رثاب المذكورتين فى كلامه انما هو إنفاق الدراهم المغشوشه فى المعامله فى غير ما يدخل فى الربا بالصرف، و ان كان الغش كثيرا كما صرح به (عليه السلام) فى روايه

ص: ٢٩٧

(١-١) التهذيب ج ٧ ص ١١٦ الرقم ١١٢.

عمر بن يزيد الثانيه من قوله (عليه السلام) «إذا جازت الفضه الثلثين فلا- بأس» فإنه يعطى جواز المعامله بما يكون الغش فيه يبلغ الربع و على ذلك يدل إطلاق جملة من أخبار المسأله، و تمسكه فى ذلك بخبرى عبد الرحمن بن الحجاج ليس فى محله، لان هذا حكم آخر كما فصلناه هنا.

قال فى المسالك فى هذه المسأله: و لا يخفى أن المراد هنا الغش المعبر، دون ما يستهلك لقلته، نبه عليه فى التذكرة انتهى، و بالجمله فالخبران اللذان أوردهما أولا- انما هما من قبيل باقى الأخبار التى سردناها، و قد عرفت المراد منها، و ليسا من أخبار المسأله المتقدمه كما ظنه، و محمل التأويل فيهما، و الخبران الأخيران قد تقدم محلها، و ليس هما من أخبار المسأله السابقه أيضا كما توهمه.

و ثانيهما ما ذكره و قبله المحقق الشيخ على فى شرح القواعد من حمل الصرف فى كلام المتقدمين- كالعباره التى قدمنا نقلها عنهم فى صدر المسأله من قولهم يجوز إخراج الدراهم المغشوشه مع جهاله الغش إذا كانت معلومه الصرف، و ان كانت مجهوله الصرف لم يجز إنفاقها- على الصرف بمعنى معلوميه قيمه ما فيها من الصافى أو قيمته، و كذا مجهوليه الصرف بمعنى عدم العلم بقدر ما فيه من الصافى.

و المفهوم من الاخبار التى قدمناها أن المراد بالصرف فى عباراتهم انما هو الرواج فى المعامله و مضيها بين الناس من غير توقف فى أحدها لمكان الغش مع العلم بذلك، فمتى كان رائجاً فى المعامله جاز إنفاقه، و ان لم يكن رائجاً فى تلك البلد و لا متعاملاً به و جب الاعلام بغشه، سواء علم قدر ما فيه من الخالص أو لم يعلم.

و بما ذكرناه صرح شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك- فقال بعد ذكر عباره المصنف كما قدمنا ذكره فى صدر المسأله:- المراد بكونها معلومه الصرف كونها متداوله بين الناس مع علمهم بحالها، فإنه يجوز حينئذ إخراجها، و ان لم يعلم بقدر

ما فيها من الغش، فلو كانت مجهوله الصرف بحيث لو علموا بحالها ما قبلوها وجب على مخرجها ابانه حالها، بأن يقول: إنها مغشوشه و ان لم يبين قدر غشها الى آخره.

المسأله الخامسه [فى أحكام بيع المراكب و الأشياء المحلاه]

-المراكب المحلاه إذا علم ما فيها من الحليه يجوز بيعها بجنسها بشرط أن يزيد الثمن عما فيها، أو توهب الزيادة من غير شرط و يجوز بيعها ايضا بغير جنسها مطلقا، و ان جهل ما فيها- و ان أمكن نزعها من غير ضرر-بيعت بغير جنس الحليه، و ان بيعت بجنس الحليه قيل: يجعل معها شىء من المتاع، و تباع بزيادة عما فيها تقريبا، دفعا لضرر النزع، هكذا قالوا.

و الذى وقت عليه من الاخبار منها-

روايه إبراهيم بن هلال (١) قال:

« قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): جام فيه ذهب و فضه، أشتريه بذهب أو فضه؟ فقال: ان كان تقدر على تخليصه فلا، و ان لم تقدر على تخليصه فلا بأس.»

و صحيحه عبد الله بن سنان (٢) قال:

« سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شراء الذهب فيه الفضة و الزيت و التراب بالدنانير و الورق فقال: لا تصارفه الا بالورق قال: و سألته عن شراء الفضة فيها الرصاص و الورق إذا خلصت نقصت من كل عشره درهمين أو ثلاثه قال لا يصلح الا بالذهب.»

و روايه أبى بصير (٣) قال:

« 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 به أو ليعطى الطعام.»

و موثقه محمد بن مسلم (٤) قال:

سئل عن السيف المحلى، و السيف الحديد

ص: ٢٩٩

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١١٢.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٢٤٩ التهذيب ج ٧ ص ١٠٩.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٠ التهذيب ج ٧ ص ١١٢ و ص ١١٤.

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ٢٥٠ التهذيب ج ٧ ص ١١٢ و ص ١١٤ و ليس فى الكافى كلمه بالفضه).

المموه (بالفضه) يبيعه بالدراهم؟ قال: نعم و بالذهب، و قال: انه يكره أن يبيعه بنسيئه، و قال: إذا كان الثمن أكثر من الفضه فلا بأس». كذا في الكافي، و في التهذيب (بع بالذهب) مكان: نعم و بالذهب.

و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (1) قال:

«سألته عن السيوف المحلاه فيها الفضه تباع بالذهب إلى أجل مسمى؟ فقال: ان الناس لم يختلفوا في النساء أنه الربا، و انما اختلفوا في اليد باليد، فقلت له: فتبيعه بدراهم بنقد؟ فقال: كان أبي (عليه السلام) يقول: يكون معه عرض أحب الي، فقلت: إذا كان الدراهم التي تعطى أكثر من الفضه التي فيها؟ فقال: و كيف لهم بالاحتياط بذلك؟ قلت له:

فإنهم يزعمون أنهم يعرفون ذلك فقال: ان كانوا يعرفون ذلك فلا بأس، و الا فإنهم يجعلون معه العرض أحب الي».

و صحيحه عبد الله بن سنان (2) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضه بنساء إذا نقد ثمن الفضه و الا فاجعل ثمن فضه طعاما و لينسه ان شاء».

و روايه منصور الصيقل (3) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«قال سألته عن السيف المفضض تباع بالدراهم؟ قال: ان كانت فضته أقل من النقد فلا بأس، و ان كانت فضته أكثر فلا يصلح».

و عن أبي بصير (4) قال:

«سألته عن المفضض» الحديث مثله.

و روايه منصور الصيقل (5) ايضا عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

قلت له: السيف أشتريه و فيه الفضه تكون الفضه أكثر أو أقل؟ قال: لا بأس به».

ص: ٣٠٠

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ التهذيب ج ٧ ص ١١٣.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ١١٢.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ١١٣.

٤- ٤) التهذيب ج ٧ ص ١١٣.

٥- ٥) التهذيب ج ٧ ص ١١٣.

و روايه عبد الله بن جذاعه (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن السيف المحلى بالفضه يباع بنسيئه؟ قال: ليس به بأس، لأن فيه الحديد و السير».

و ما رواه

الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن العلوى عن جده على بن جعفر (٢) عن أخيه موسى بن جعفر (عليهما السلام) قال:

«سألته عن الفضه فى الخوان و القصعه و السيف و المنطقه و السرج و اللجام تباع بدراهم أقل من الفضه أو أكثر قال: تباع الفضه بدنانيير، و ما سوى ذلك بدراهم». و رواه على بن جعفر فى كتابه.

أقول: ينبغى أن يعلم أولاً أن من القواعد المقرره فى كلام الأصحاب - و هو المستفاد من الاخبار كما تقدم ذكره فى باب الربا- أن المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسيهما مطلقاً، و بهما معا سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا- إذا عرف قدر الجملة، و سواء أمكن تخليصهما أم لا، و يجوز أيضاً بكل واحد منهما إذا علم زيادته عن جنسه بحيث يصلح ثمناً للآخر و ان قل و لم يكن قيمته واقعا (٣)، و حينئذ فما دلت عليه روايه إبراهيم بن هلال «من النهى عن شراء اللجام إذا كان يقدر على تخليصه» لعله محمول على الكراهه، و الا- فلو شراه بأحدهما مع زيادته على ما فيه من ذلك الجنس الأخر فلا- إشكال فى صحته، بناء على ما عرفت.

و ما دلت عليه صحيحه عبد الله سنان الاولى- من أنه لا يصلح شراء الفضه المغشوشه بالرصاص بالورق- قد تقدم بيان لوجه فيه فى المسأله الثانيه.

ص: ٣٠١

١- ١) الوسائل الباب-١٥- من أبواب الصرف الحديث-١٠.

٢- ٢) الوسائل الباب-١٥- من أبواب الصرف الحديث-١١.

٣- ٣) اشتراط العلم كما ذكرنا مذهب الأكثر، و به صرح فى الدروس و مثله الشهيد الثانى فى الروضه، و بالاكْتفاء بالظن الغالب صرح الشهيد فى اللمعه و الظاهر الأول. منه رحمه الله.

و ما فى روايه أبى بصير-من نفى البأس عن بيع السيف المحلى بالنقد-فيحمل على المخالفه فى جنسى النقد و الحليه، أو زياده الثمن ان كان من جنسها، و ما نفى عنه البأس من بيعه نسيئه إذا نقد مثل ما فى الفضه ظاهر فى كون ذلك من باب الصرف كما تقدمت الإشاره إليه، فيشترط فيه التقابض فى المجلس بالنسبه إلى الحليه، و ما قابلها من الثمن، فإذا نقد مثل الفضه، فلا بأس بالنسبه فى الباقي، و الا فليجعل جنسا آخر كالطعام، و مثل هذه فى ذلك صحيحه عبد الله سنان.

و أما موثقه محمد بن مسلم-فعلى تقدير نسخه الكافى-فيها دلالة على جواز البيع بالدرهم، لكن لا بد من التقييد بزيادتها على ما فيه من الفضه لما عرفت، و على تقدير نسخه التهذيب فيها دلالة على المنع من الدرهم، و يحمل على عدم معلوميه الحليه، ليحصل المخرج من الوقوع فى الربا بالزياده فى الثمن، فلا- يباع حيثئذ إلا بجنس آخر، كما دلت عليه صحيحه عبد الرحمن الحجاج، و كراهه نسيئه فى الروايه أعم من أن يكون بالدرهم أو الدينير، و المراد بالكراهه التحريم كما هو شائع فى الاخبار، لما عرفت من أنه يلحقه حكم الصرف هنا، و قوله فيها إذا كان الثمن أكثر من الفضه فلا- بأس فيه، دلالة على جواز البيع بالدرهم مع زيادتها على ما فيه من الحليه، ليكون الزيادة فى مقابله الجنس الآخر.

و أما صحيحه عبد الرحمن الحجاج، فان قوله فيها أن الناس لم يختلفوا فى النسيء أنه الربا، مؤكدا لما قلناه من حصول الربا بالنسيئه، لما تقدم من أن له قسطا من الثمن، و فيه دلالة ظاهر على اعتبار الزيادة الحكميه فى الربا، خلافا لابن إدريس من تخصيصه الزيادة الموجهه للربا بالعينيه.

و قوله «فقلت: فنيبعه بدرهم بنقد» الى آخر الخبر ملخصه أنه ان علم مقدار الفضه التى فى الحليه، فالمخرج من الوقوع فى الربا زياده الدرهم على الفضه المذكوره، و ان لم يعلم فلا تباع الا بجنس آخر تحرزا من الوقوع فى الربا،

بان يكون الفضة التي في الحليه أزيد من الدراهم المنقوده، بقى الإشكال فيه من قوله «انما اختلفوا في اليد باليد» مع انا لا نعلم خلافا في اشتراط التقابض في النقدين، و لم يذهب أحد إلى القول بعدم التقابض في النقدين و انما الخلاف في غيرهما كما تقدم، و الظاهر ان هذا الكلام إشارة الى ما ذكره محيي السنه من علماء العامه (1) ان ذلك كان قديما في عصره (صلى الله عليه و آله) ثم نسخ، و بقى عليه أقوام لم يصل إليهم النسخ، و منهم ابن عباس.

و أما روايه منصور الاولي فالمعنى فيها ظاهر مما عرفت.

و أما روايه الثانيه ففي ظاهرها نوع اشكال و الظاهر أن المعنى فيها هو ما في روايته الاولي، و أن المراد بقوله أكثر أو أقل لا بالنسبه الى ما قابله من الثمن إذا كان دراهم، بل المراد كثيرا أو قليلا، و لا بد من أقليته بالنسبه إلى الثمن لينطبق على الاخبار الباقية.

و أما روايه عبد الله بن جذاعة فحملها الشيخ في الاستبصار على التقييد بأن نقد مثل ما فيه من الفضة، ليوافق ما تقدم مما دل على الحكم المذكور.

و أما روايه علي بن جعفر فما ذكر فيها، أحد الوجوه الموجهه للخروج عن الربا، و ليس ذلك مخصوصا به لما عرفت مما تقدم.

بقى الكلام في مواضع مما تقدم نقله عنهم في صدر المسأله: منها قولهم أنه مع العلم بما فيها من الحليه تباع بالجنس بشرط الزيادة، فإن فيه أنه يمكن ذلك في صورته الجهل بقدرها إذا علم زياده الثمن على الحليه، فإنه يمكن تصور العلم بالزيادة و ان جهل القدر.

ص: ٣٠٣

١ - ١) قال محيي السنه المذكور: فقال كان- في الابتداء حين قدم النبي (صلى الله عليه و آله) المدينه- بيع الدراهم بالدراهم و الدنانير بالدنانير متفاضلا جائزا يدا بيد، ثم صار منسوخا بإيجاب المماثله، و قد بقى على المذهب الأول بعض الصحابه، و ممن لم يبلغهم النسخ كان عبد الله ابن عباس، و كان يقول: أخبرني أسامه أن النبي (صلى الله عليه و آله) قال: انما الربا في النسيئه. منه رحمه الله.

و منها قولهم و توهب الزيادة من غير شرط، و المراد منه أن المخرج من الربا هنا أن يهبه الزيادة، لكن لا يقع ذلك شرطا فى عقد البيع بأن يبيعه بشرط أن يهبه الزيادة، لاستلزامه الزيادة الحكيمه فى أحد الجنسين، لان الشرط زياده حكميه كما سيأتى إنشاء الله- تعالى- بيانه فى اشتراط صياغه الخاتم، و هذه الزيادة انما يتحقق و يحتاج الى التخلص بهبتها فيما إذا وقع البيع بالثمن على الحليه خاصه إذا فرضت قدر الثمن أو زائده عليه، فإنه يبقى ما فيه الحليه زياده فى البين، و هو ظاهر، و لو وهبه الزيادة قبل البيع صح أيضا، و يجب تجريد عقد الهبه عن شرط بيع الباقي بمثله، كما وجب تجريد عقد البيع عن شرط الهبه كما عرفت، لرجوع الأمرين الى ما تقدم من لزوم الزيادة الحكيمه.

و منها قولهم فى صوره الجهل بقدر الحليه و ان بيعت بجنس الحليه، «قيل:

يجعل معها شىء من المتاع، الى آخره فان فيه أنك قد عرفت انه مع الجهل بقدرها يجوز بيعها بجنسها مع العلم بزياده الثمن عليها، فإنه يمكن فرضه و يصح البيع، سواء جعل معها شىء آخر أم لا، و يصح أيضا مع عدم العلم بزياده الثمن عليها أن يضم الى الثمن متاع آخر، لينصرف الثمن الى ذى الحليه، و المتاع إلى الحليه.

و أما على هذا القول الذى نقل، فان ظاهره ضم المتاع إلى الحليه، و هو غير ظاهر الاستقامه، لأنه مع ضم المتاع الى المبيع من الحليه و ذى الحليه يزيد الضرر و المحذور، حيث يحتاج الى مقابله الثمن بها مع الباقي، و الظاهر أنه لذلك نقلوه بلفظ قيل إيذانا بضعفه، و هذا القول للشيخ فى النهايه و ذكر بعض الأفضل أن الشيخ تبع فى ذلك روايه وردت بهذه الصيغه و نسبت الى و هم الراوى، و لم نقف عليها فيما وصل إلينا من الاخبار.

ثم انه ينبغى تقييد هذه الاخبار الوارده فى هذا المضممار بما إذا كانت الحليه متموله، و الافلو كانت من قبيل حليه الجدران و السقوف فلا يترتب عليها الأحكام المذكوره كما تقدمت الإشارة اليه. و الله العالم.

المسألة السادسة [في حكم ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغه خاتم]

قال الشيخ في النهاية (١) لا بأس أن يبيع درهما بدرهم و يشترط معه صياغه خاتم، أو غير ذلك من الأشياء، وقال ابن إدريس:

وجه الفتوى -بذلك على ما قاله (رحمه الله)- أن الربا هو الزيادة في العين إذا كان الجنس واحداً، و هنا لا زيادة في العين، و يكون ذلك على وجه الصلح في العمل فهذا وجه الاعتذار له إذا سلم العمل به، و يمكن أن يحتج على صحته بقوله - (تعالى) - (٢) «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» ، و هذا بيع، و الربا المنهى عنه غير موجود ههنا، لا حقيقه لغويه، و لا حقيقه عرفيه و لا شرعية.

أقول:الأصل في هذه المسألة ما رواه

الشيخ عن أبي الصباح الكناني (٣)

ص: ٣٠٥

١- ١) أقول قال في النهاية السيوف المحلاه و المركب المحلاه إذا كانت محلاه بالفضه و علم مقدار ما فيها جاز بيعها بالذهب و الفضه، فإن بيع بالفضه فيكون ثمن السيف أكثر مما فيه من الفضه، و ان لم يعلم مقدار ما فيها و كانت محلاه بالفضه فلا تباع الا بالذهب، و ان كانت محلاه بالفضه و أراد بيعها بالفضه و ليس لهم طريق إلى معرفه مقدار ما فيها فليجعل معها شيئاً آخر، و يبيع حينئذ بالفضه إذا كان أكثر مما فيه تقريباً، و لم يكن به بأس، و قال ابن إدريس بعد نقل ذلك: ولى فيه نظر، و لم يبين وجه النظر، قال في المختلف بعد نقل ذلك: و الحق أن الفضه ان علم مقدارها جاز بيعها بأكثر منها، ليحصل من الثمن ما يساوى المقدار من الحليه في مقابلته، و الزيادة في مقابله السيف، و ان لم يعلم يبعث بثمان غير الفضه أو بالفضه مع علم زياده الثمن، أو يضم الى الثمن شيئاً فيكون الفضه في مقابله السيف، و المضموم في مقابله الحليه لانتفاء الربا انتهى. و هو جيد. منه رحمه الله.

٢- ٢) سورة البقره الآيه-٢٧٥.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ١١٠.

قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يقول للصائغ: صغ لي هذا الخاتم و أبادل لك درهما طازجا بدرهم غله؟ قال: لا بأس». و الطازج الخالص معرب تازه، و الغله المغشوش.

و جمله من الأصحاب قد عبروا هنا بأنه يجوز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغه خاتم، تبعاً للشيخ، و ظاهر كلام الشيخ تعديده الحكم الى غير الصياغه، بأن يبيعه درهما بدرهم و يشترط خياطه ثوب أو نحو ذلك.

قيل. و فى تعديده الحكم فى الثمن و المثلين بأن يبيع دينارا بدينار و يشترط عملاً و يبيع عشرة دراهم بعشره، و يشترط عملاً اشكالاً، و الأقرب الجواز تفرعاً على الجواز هنا أيضاً لأن الزيادة المذكوره ان أوجبت الربا لزم التحريم فى الجميع، و الا فلا.

و جمله من الأصحاب كالمحقق و غيره عبروا هنا بلفظ و روى -جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغه خاتم- إيذاناً بالتوقف فى الحكم المذكور و منع جمله منهم من تعدى موضع النص.

و التحقيق أن الروايه المذكوره لا صراحه فيها فيما ذكروه من البيع و انما تضمنت اشتراط ابدال درهم بدرهم فى صياغه الخاتم لا البيع بشرط الصياغه.

نعم ربما يقال: ان الإبدال من قبيل الصرف، و الزيادة فيه تصير من قبيل الربا، و الجواب عنه أن يقال. ان اشتراط الصياغه انما هو فى جانب الغله، و على ذلك لا يتحقق الزيادة، لما عرفت من أن الدرهم الطازج هو الصحيح، و الغله المراد بها المغشوش، فالزيادة الحكيمه التى هى الصياغه إذا جعلت مع المغشوش، قابلت الزيادة التى فى الخالص من الفضه على المغشوش، و حينئذ لا مانع فى البيع و لا غيره و لا فى شرط صياغه خاتم و لا غيره من الأعمال متى كان المفروض مثل ما وقع فى الروايه من النقصان فى أحد العوضين ليجبر بالعمل المشترط.

و بذلك يظهر لك ما فى الفروض المذكوره فى كلام ذلك القائل فى تعديده الحكم الى بيع دينار بدينار، و عشره دراهم بعشره
أخرى و نحو ذلك، فإنه على إطلاقه ممنوع، لحصول الربا بالزيادة الحكيمه، بل ينبغى تقييده بما دلت عليه الروايه من نقص أحد
العوضين ليصح الاشتراط، و يندفع الربا.

و أما ما ذكره ابن إدريس من تخصيص الربا بالزيادة العينيه فى أحد الجنسين فيرده ما تقدم

فى صحيحه عبد الرحمن الحجاج من قوله (عليه السلام) (١)

«أن الناس لم يختلفوا فى النسب أنه الربا». و نحوها غيرها من الاخبار المانعه من البيع نسيئه لذلك.

و أما ما ذكره المحقق الأردبيلي (عطر الله مرقده) من أن ظاهر قوانينهم أنه ليس الحياده زياده تجبر بشيء، و لهذا لا يتحقق الربا
بين الجيد فى غايه الجياده و الردى فى غايه الرداءه مع التساوى فى المقدار، و يتحقق مع التفاوت، و ان كان فى جانب الردى
بشيء يسير لا يقابل الجياده التى فى الجيد، و هو صريح كلامهم انتهى.

ففيه انه ينبغى أن يعلم أن هنا شيئين، أحدهما أن تكون الفضة خالصه، و إذا عملت دراهم جعل فيها غيرها من نحاس أو رصاص
أو غيرها و يسمى حينئذ مغشوشه و ثانيهما أن تكون الفضة من أصلها و معدنها رديه غير جيده، و المراد من الدراهم الجياد و
الدراهم الرديه انما هو ما كان باعتبار أصل الجوهر، لا من حيث ضم شيء اليه و عدمه، و ما نحن فيه انما هو من قبيل الأول، لأن
الغله كما ذكرنا هى الدرهم المغشوش بغيره، و ما اعترض به انما هو من الثانى، و هو مما لا خلاف فيه، لأنه ليس فيه شيء غير
الفضه من الأشياء الخارجيه عنها، إلا أن فضته ليست جيده، و يدلك على ذلك ما تقدم فى المسأله الثالثه فى الفضة المغشوشه
من أنها لا تباع الا بغير الجنس، أو به مع الزياده فى الثمن ليقابل ما فيها من الغش. و بالجمله فإن كلامه

ص: ٣٠٧

هنا غفله عن الفرق بين الأمرين. والله العالم.

المسألة السابعة - [في حكم الأواني المصبوغة من الذهب و الفضة

و 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 و كان أحدهما أغلب بيعت بالأقل، و ان تساويا تغليبا بيعت بهما، هكذا صرح به بعضهم.

وقيل: ان أصل هذا الكلام للشيخ و تبعه عليه الجماعه، و هو على إطلاقه مدخول، و يحتاج الى تنقيح.

و ذلك فإنك قد عرفت فيما تقدم في المسألة الخامسة أن من القواعد المتفق عليها نصا و فتوى أن المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسيهما مطلقا، و بهما معا سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا إذا عرف قدر الجملة، و سواء أمكن تخليصهما أم لا، و يجوز أيضا بكل واحد منهما إذا علم زيادته عن جنسه، بحيث تصلح ثمننا للآخر و ان قل، سواء أمكن التخليص أيضا أم لا، و سواء علم قدر كل واحد أم لا، و ما ذكر هنا من هذه المسألة أحد جزئيات القاعده المذكوره، و وجه الدخول في هذا الكلام في مواضع.

الأول قوله: ان كان أحدهما معلوما جاز بيعه بجنسه من غير زياده و بغير الجنس و ان زاد، فان فيه أنه ان أراد بيعه ببيع ذلك الجنس خاصه دون المجموع فهذا لا- وجه له، لان فرض المسألة هو بيع المركب من الذهب و الفضة لا أحدهما، و حينئذ فما ذكر خارج عن محل المسألة، و ان كان المراد بيع المجموع، اشترط في بيعه بجنس أحدهما زياده الثمن على جنسه ليكون تلك الزيادة في مقابله الأخر، و ان أراد بيع المجموع بجنسه أي الجنسين معا، فلا- معنى لاشتراط عدم الزيادة، لأن كل واحد من الجنسين ينصرف الى مخالفه، فلا تضر الزيادة هنا و لا النقصان، و لا فرق في هذين القسمين بين أن يعلم قدر كل واحد منهما أو يجهل، كما تقدم

الإشارة إليه في القاعده، فلا وجه للتقييد بالعلم بهما.

الثانى- قوله و ان لم يعلم و أمكن تخليصهما لم يبع بالذهب و لا- بالفضه، و بيعت بهما أو بغيرهما، فإنه فيه أنه لا مانع من بيعه بوزنه ذهباً أو فضه مطلقاً، لحصول المماثله فى الجنسين و المخالفه بالنسبه إلى الجنس الأخر، فلا مدخل للربا فى ذلك، و كذا مع الزيادة على قدر المركب، و كذا مع نقصانه إذا علم زياده الثمن على مجانسه بما يتمول، فما ذكر من المنع من بيعه بأحدهما على تقدير إمكان التخليص لا يظهر له وجه، بل يجوز حينئذ بيعه بهما و بأحدهما و بغيرهما و بالأقل سواء أمكن التخليص أم لا.

الثالث- قوله و ان لم يمكن و كان أحدهما أغلب يبع بالأقل، فإن فيه أنه بمقتضى القاعده المتقدمه يجوز بيعه بهما و بغيرهما، و بالأقل و الأكثر إذا علم زياده الثمن على جنسه كما تقدم، فالتقييد بالأقل عار عن النكته.

و اعتذر الشهيد- (رحمه الله)- لهم عن ذلك بأن ذكر الأقل محافظه على طلب الزيادة، و رد بأن الزيادة المعتره فى الثمن عن جنسه يمكن تحققها مع الأقل و الأكثر و مع ذلك فالارشاد إلى الزيادة غير كاف فى التخصيص الموجب لتوهم المنع من غيره.

الرابع قوله: «و ان تساويا تغليباً يبع بأحدهما» فإن فيه أنه مع تساويهما لا ينحصر الجواز فى البيع بأحدهما، بل يجوز بيعه بهما أو بأحدهما مع الزيادة و بغيرهما فلا وجه للتخصيص بأحدهما، و لا فرق فى ذلك أيضاً بين إمكان التخليص و عدمه، و لا بين العلم بقدر كل منهما و عدمه. نعم يعتبر العلم بالجمله و الله العالم.

المسأله الثامنه [حكم ما لو اشترى ثوباً بمائه درهم الا ديناراً أو بمائه دينار الا درهما]

-قال الشيخ فى المبسوط: إذا اشترى ثوباً بمائه درهم الا ديناراً أو بمائه دينار الا درهما لم يصح، لان الثمن مجهول، لانه لا يدرى كم حصه الدرهم من الدينار و لا كم حصه الدينار من الدرهم الا بالتقويم، و الرجوع الى أهل الخبره، و كذا قال ابن البراج، و قال فى النهايه: و لا يجوز أن يشتري بدينار الا درهما، و علل بالجمله.

وقال ابن إدريس: لا يصح أن يشتري الإنسان سلعه بدينار غير درهم، ولا بدرهم، غير دينار، لأن ذلك مجهول قال محمد بن إدريس: قولنا لا يصح، نريد به العقد لا يصح، وقولنا لأنه مجهول المراد به الثمن مجهول، وإذا كان الثمن مجهولا فالعقد وبيع لا يصح، ووجه كون الثمن في هذه الصورة مجهولا - لأنه لا يدرى كم حصه الدراهم من الدينار، ولا كم حصه الدينار من الدراهم الا بالتقويم، والرجوع الى أهل الخبره، وذلك غير معلوم وقت العقد، فهو مجهول، فان استثنى من جنسه فباع بمائه دينار الا دينارا أو بمائه درهم الا درهما صح البيع، لان الثمن معلوم، وهو ما بقى بعد الاستثناء. انتهى.

وقال ابن الجنيد لو باع ثوبا بمائه درهم غير دينار نقدا جاز، فان باعه نسيئه لم يصح البيع، لانه لا يعلم قدر الدينار من الدرهم وقت الوجوب، وكذا كل ما اختلف جنسها، وجملة من الأصحاب عبروا بما يرجع الى كلام الشيخ فى المبسوط.

أقول: والأصل فى هذه المسألة الاخبار. ومنها ما رواه

فى الكافى عن حماد (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«يكره أن يشتري السلعه بدينار غير درهم، لانه لا يدرى كم الدرهم من الدينار».

و ما رواه

الشيخ عن السكونى (٢)

«عن جعفر عن أبيه عن علي (عليهم السلام) فى الرجل يشتري السلعه بدينار غير درهم الى أجل؟ قال: فاسد، فلعل الدينار يصير بدرهم».

و عن أبى جعفر عن أبيه عن وهب (٣)

«و عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) أنه كره أن يشتري الرجل بدينار الا درهما و الا درهمين نسيئه، و لكن يجعل ذلك بدينار إلا ثلثا و الا ربعا و إلا سدسا أو شيئا يكون جزءا من الدينار».

ص: ٣١٠

١-١ الكافى ج ٥ ص ١٩٧.

٢-٢ التهذيب ج ٧ ص ١١٦ الرقم ١٠٨.

٣-٣ التهذيب ج ٧ ص ١١٦ الرقم ١٠٩.

«عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم، لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم».

أقول: و ملخص الكلام فى هذا المقام—و هو الذى يجتمع عليه الاخبار، و ما نقلناه من كلام علمائنا إلا علام—هو ان يقال ان البيع ان وقع نقدا فإنه لا بد فى صحته من علم المتعاقدين بنسبه المستثنى من المستثنى منه، فان لم يعلما أو أحدهما لم يصح البيع لمكان الجهالة فى الثمن، و ان وقع نسيئه فإن شرطا فى الدرهم أو الدينار المستثنى ما كان متعاملا به وقت العقد أو أطلقا فيرجع الى التفصيل المتقدم من علم النسبه صح البيع، و الا بطل لمكان الجهل، و ان شرطا الدرهم أو الدينار المتعامل به وقت حلول الأجل فأولى بالبطلان لانه لا يدري ما يصير إليه الأمر فى ذلك الوقت، و اليه يشير قوله (عليه السلام) فى روايه السكونى، «فلعل الدينار يصير بدرهم» و على هذا فلا اختلاف بين كلام ابن الجنيد، و كلام الشيخ فى هذه المسألة، و أنت خبير بأن الأنسب بهذه المسألة هو ذكرها فى المقام الثالث من الفصل الأول، لأنها متعلقه بجهل الثمن، و لكن الأصحاب لما ذكروها فى باب الصرف جربنا على منوالهم فى ذلك.

المسألة التاسعة [فى أحكام تراب الصياغه]

—تراب الصياغه ان علم—بالقرائن المفيدة لذلك—إعراض أصحابه عنه جاز للصائغ تملكه كغبره مما يعلم أعراض ملاكه عنه، و فى الاكتفاء بالظن اشكال، و الا فإن علم ملاكه وجب رده عليهم، و ان علم بعضهم وجب التخلص منه و لو بالصلح، و الا فالواجب الصدقة به أو بثمانه عن ملاكه، كما هو الحكم فى نظائره، لكن متى أراد بيعه فلا يبيعه الا بجنس آخر من العروض أو بالذهب و الفضه معا، حذرا من الربا لو بيع بأحدهما، لجواز زياده ما فيه من جنس الثمن من ذلك الثمن أو مساواته، فيلزم الربا.

ص: ٣١١

أما لو علم زيادة الثمن من ذلك الجنس على جنسه بحيث تصلح الزيادة لمقابله الجنس الآخر فلا بأس.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى هذه المسأله ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن على بن ميمون الصائغ (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عما يكنس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به فاما لك و اما لأهله، قال: قلت فان فيه ذهباً و فضه و حديداً فبأى شىء أبيعه؟ قال: بعه بطعام، قلت: فان كان لى قرابه محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم».

و ما رواه

الشيخ عن على الصائغ (٢) قال:

«سألته عن تراب الصواغين و انا نبيعه قال: اما تستطيع ان تستحله صاحبه؟ قال: قلت: لا إذا أخبرته اتهمنى، قال بعه، قلت: بأى شىء أبيعه، قال: بطعام، قلت: فأى شىء اصنع به؟ قال: تصدق به اما لك و اما لأهله، قلت: ان كان ذا قرابه محتاجاً فأصله؟ قال: نعم».

قال فى الوافى لعل وجه التردد فى «لك و لأهله» احتمال أعراض المالك عنه و عدمه.

أقول: الظاهر بعده، لأن الصدقه به انما هى حكم مجهول المالك، و مع معلوميه الاعراضى عنه و قصد تملكه لا يكلف بالصدقه، بل هو ماله يتصرف فيه كيف يشاء، و لا يتعين عليه التصديق، بل الظاهر أن المراد انما هو التصديق به عن صاحبه مع الضمان لمالكة متى ظهر و لم يرض بالصدقه، كما فى نظائره، فإن ظهر له صاحب و رضى بالصدقه أو لم يظهر بالكلية، فالصدقه لصاحب المال، و ان ظهر و لم يرض بالصدقه كانت الصدقه لك و عليك ضمانه، هذا هو الظاهر كما لا يخفى على الخبير الماهر. (٣)

ص: ٣١٢

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٥٠ التهذيب ج ٧ ص ١١١.

٢-٢) الوسائل الباب-١٦- من أبواب الصرف الرقم-٢.

٣-٣) أقول: ما استظهرنا من الوجه المذكور ظاهر من الخبر الأول و أما الثانى فإن ظاهره وجود المالك و معرفته، و كان خوف التهمه الحقه بمجهول المالك، فأمر (عليه السلام) فيه بالصدقه اما له ان اتفق علم المالك و عدم الرضاء بها أو بالنظر الى يوم القيمة، و اما للمالك ان رضى بعد العلم على أحد الوجهين المتقدمين. منه رحمه الله.

و ظاهر الروايه الثانيه جواز بيعه و الصدقه بثمانه و ان علم المالك إذا خاف التهمه.

و المفهوم من كلام الأصحاب أنه مع معلوميه المالك لا يجوز الصدقه، بل يجب التخلص منه بأى وجه اتفق، قال فى المسالك: و لو كان بعضهم معلوما فلا بد من محالته و لو بالصلح، لأن الصدقه بمال الغير مشروطه باليأس من معرفته، و على هذا فيجب التخلص من كل غريم يعلمه. انتهى.

و فيه أن ما ذكره و ان كان هو مقتضى القواعد الشرعيه و النصوص المرعيه، الا أنه مع دلالة النص على ما ذكرناه يجب تقييد ذلك بالخبر المذكور كما هو مقتضى القاعده المشهوره، و ما دل عليه الخبران من البيع بالطعام الظاهر أنه خرج مخرج التمثيل - بالأسهل، و الا فإنه يصح البيع بالنقدين أو غيرهما من العروض، قيل:

و يلحق به باقى أرباب الحرف كالحداد و الخياط و الطحان و الخباز، و فيه اشكال قال فى المسالك: و لو ظهر بعض المستحقين و لم يرض بالصدقه ضمن حصته مع احتمال العدم. (1)

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال لان هذه المسأله من جزئيات القاعده فى مال مجهول المالك، و حكمه الضمان بعد ظهور المالك و عدم الرضا بالصدقه، و اليه

ص: ٣١٣

١ - ١) ظاهر كلام المسالك اختيار الضمان مع احتمال العدم، و قال الفاضل الخراسانى فى الكفايه و لو ظهر بعض الأرباب بعد الصدقه و لم يرض بها فهل يضمن؟ فيه احتمالان، و ظاهره تساوى احتمالين، و فيه ما عرفت فى الأصل و الله العالم. منه رحمه الله.

يشير هنا ما ذكره (عليه السلام) في الخبرين من قوله «إما لك أو لأهلك» كما قدمنا بيانه و قال في المسالك أيضا: ومصرفه مصرف الصدقه الواجبه، وقيل: المندوبه.

أقول: احتمال المندوبه بمعنى غير الفقير المستحق بعيد جدا، فإن إطلاق الصدقه في الكفارات و النذور و نحوها انما يتبادر الى المستحق من الفقراء و المساكين دون الأغنياء، كما صرحوا به، و لو كان الصائغ من ذوى الاستحقاق فهل يجوز له آخذه لنفسه اشكال، من أمره (عليه السلام) له بالصدقه، و المتبادر منه غيره من أفراد المستحقين، و لا- بأس بالصدقه على عياله أو قرابته كما صرح به فى النص.

و الله العالم.

المسأله العاشره [فى أن الدراهم و الدنانير يتعين بالتعيين]

اشاره

-لا- خلاف فى ان الدراهم و الدنانير يتعين بالتعيين، فلو اشترى بدراهم معينه تعين الوفاء بها بجميع مشخصاتها، لعموم الوفاء بالعقود كما لو باع عرضا معيناً، فإنه يجب الوفاء به، و المقتضى لوجوب الوفاء ثابت فى الجميع فلا يجوز دفع غيرها، و لا يجوز إبدالها، و لو تلفت قبل القبض انفسخ البيع، و لم يكن له دفع العوض و ان حصلت المساواه فى الأوصاف، و لا- للبائع المطالبه بذلك، و ان وجد البائع بها عيبا لم يستبدلها، و انما له الخيار بين فسخ العقد و الرضا بها.

إذا عرفت ذلك فنقول: هيهنا صوراً،

الأولى إذا اشترى دراهم بمثلها معينه

-كما لو قال: بعثتك هذه الفضه بهذه مثلا فوجد ما صار اليه من البيع من غير جنس الدراهم كما لو ظهرت نحاسا أو رصاصا- كان البيع باطلا، لا-ن ما وقع عليه العقد -و هو ذلك الفرد المشار اليه- غير مقصود بالشراء، و ما هو مقصود بالشراء لم يقع عليه العقد، فيقع البيع باطلا، لتخلف القصد عما وقع عليه العقد، و لا فرق فى ذلك بين الصرف و غيره، فلو باعه ثوبا كتانا فظهر صوفا، و كذا لو باعه بقله فظهرت فرسا بطل البيع، و يجب رد الثمن و ليس له الأبدال، لوقوع العقد على عين مشخصه، فلا يتناول غيرها و لا الأرش، لعدم وقوع الصحيح و المعيب على هذه العين، و ربما يخيل تغليب الإشاره هنا و هو باطل، و قد تقدم الكلام فى ذلك.

الثانيه- لو كان البعض من الجنس و البعض الآخر من غيره

فالظاهر أنه لا خلاف بينهم في صحة العقد فيما كان من الجنس، و البطلان في غيره، لوجود شروط الصحة في الأول، و انتفائها في الثاني، و عدم توقف صحة البعض على البعض الآخر و قد تقدم نظير ذلك فيما لو باع ما يملك و ما لا يملك، فإنه لا خلاف بينهم في الصحة فيما يملك، و البطلان أو الحكم بكون البيع فضوليا فيما لا يملك، الا ان للمشتري الخيار-لتبعض الصفقه-بين الفسخ، و أخذ ما كان من الجنس بقسط من الثمن و حيث يختار المشتري الثاني و هو أخذ الجيد بحصته من الثمن، يتخير البائع أيضا مع جهله بالعيب لتبعض الصفقه أيضا، و أكثر عباراتهم و ان كانت انما اشتملت على تخيير المشتري خاصة، الا انها محموله على ما هو الغالب من أن الجهل بالعيب انما يكون من المشتري دون البائع لثبوت العيب في ملكه، و اطلاعه عليه غالبا فلو فرض خلاف ذلك ثبت له الخيار أيضا، كما أن المشتري لو اطلع عليه و رضى به لا خيار له.

الثالثه- لو كان الجنس واحدا و به عيب

كخشونه الجوهر و اضطراب السكه بأن يكون سكتته مخالفه للسكه الجاربه في المعامله، فلا يخلو اما أن يكون العيب المذكور شاملا- للجميع أو مختصا بالبعض، فان كان الأول تخيير المشتري بين رد الجميع و إمساكه كما في سائر المعيبات، و ليس له رد البعض، للزوم تبعض الصفقه على البائع، و لا طلب البدل، لان العقد انما وقع على ذلك العين، و ان كان الثاني تخيير أيضا بين رد الجميع و إمساكه، و الظاهر أنه لا خلاف فيه، و انما الخلاف في أنه هل له رد المعيب وحده أم لا؟ فقيل: بالأول، و هو الذي رجحه العلامة في التذكرة، و علل بانتقال الصحيح بالبيع، و ثبوت الخيار في الباقي لعارض العيب لا يوجب فسخ البيع فيه، و قيل: بالثاني لأن رد المعيب وحده يفضى الى تبعض الصفقه على الآخر، فيمنع منها كما لو كان كله معيبا، فان كل جزء منه موجب للخيار، و به قطع المحقق و جماعه.

و أنت خبير بما فيه من المخالفه لما تقدم فى الصوره الثانيه مما ظاهرهم الاتفاق عليه من الصحه فى البعض، و البطلان فى البعض.

ثم انه ينبغى أن يعلم أنه لا أرش فى جميع هذه الصور المذكوره فى هذه الصوره الثالثه، لأنها مفروضه فى بيع الفضه بالفضه، أو الذهب بالذهب، و العوضان متجانسان متساويان فى القدر، فلو أخذ أرش العيب لزم زياده قدر المعيب عن الصحيح، و لا يجبر عيبه الجنسى، لما تقرر من أن جيد الجوهر و رديه جنس واحد.

نعم لو كان مختلفين كالدرهم بالدنانير أو بالعكس جاز له اختيار الإمساك بالأرش ما دام فى المجلس، فلو تفرقا لم يجز لاشتراط التقابض فى الصرف قبل التفرق، إلا أن تفرض المسأله فى غير الأثمان مما لا يجرى فيه حكم الصرف فلا بأس.
و الله العالم.

المسأله الحاديه عشر - إذا اشترى دراهم بدراهم فى الذمه

ثم وجد ما انتقل اليه غير ما هو المقصود بالشراء، اما بأن يكون غير الجنس أو يكون به عيب لا يخرج به عن الجنسيه، و على الأول فاما أن يكون الجميع أو البعض.

فهيهنا صور ثلاث. الأولى - أن يكون غير الجنس و يكون الجميع، و الحكم فيه - كما ذكره الأصحاب (رضوان الله عليهم) - أن له المطالبه بالبدل هنا، بخلاف ما تقدم فى سابق هذه المسأله، لأن العوض هنا فى الذمه، و هو أمر كلى، و المدفوع لما لم يكن من جنس ذلك الكلى امتنع كونه عوضاً، و إذا امتنع كونه عوضاً كان له المطالبه لحقه ما لم يحصل التفرق.

الثانيه - الصوره المذكوره مع كونه البعض، و حكمها أنه يبطل فى البعض الذى هو غير الجنس، و يصح فى الآخر ان كان ظهور ذلك بعد التفرق، و ان كان قبل التفرق فله المطالبه بالبدل، لما تقدم ذكره فى سابق هذه الصوره.

الثالثه - ان يكون عيباً لا يخرج به عن الجنسيه، كخشونه الجوهر و اضطراب السكه، و الحكم فيه التخيير بين الرد و الإمساك بالثمن من غير أرش، أما التخيير فمن

حيث العيب كما في غيره من المبيعات المعيبه، و أما عدم الأرش فلما تقدم في سابق هذه المسأله من استلزامه الربا، و لو اختار الإمساك فله المطالبه بالبدل قبل التفرق بلا اشكال و خلاف، لان ما في الذمه أمر كلي محمول على الصحيح السالم من العيب، فمتى كان المدفوع معيبا و جب إبداله قبل التفرق، لان المقبوض في حكم العدم، انما الخلاف و الاشكال في وجوب الأبدال و عدمه بعد التفرق، و ذلك أنه بالنظر الى أن الإبدال يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق، و ان المبيع حقيقه انما هو البدل، و قد حصل التفرق قبل قبضه، فيكون الصرف باطلا، فلا يجوز له أخذ البدل، (١).

و الى هذا يميل كلام الشهيد فى الدروس حيث قال: و ان لم يتعين فله الأبدال ما دام فى المجلس و ان تفرقا لم يجز الأبدال على الأقرب، و له الرد. انتهى و بالنظر الى تحقق التقابض فى العوضين قبل التفرق، -لان المقبوض و ان كان معيبا الا ان عيبه لا يخرج عن حقيقته الجنسيه و صحه العوضيه. لأجل ذلك انه قد ملكه المشتري، بدليل أن نماءه من حين العقد الى وقت الرد له، و الفسخ بالرد طار على الملك بسبب ظهور العيب، فيكون البيع صحيحا و له طلب البديل بعد التفرق.

و توضيحه -زياده على ما ذكره المحقق الشيخ على (قدس سره) فى شرح القواعد- أن ما فى الذمه و ان كان أمرا كلياً، الا أنه إذا عين فى شىء و قبضه المستحق تعين و ثبت ملكه له، فإذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته، تداركا لفائت حقه، فإذا فسخ رجع الحق إلى الذمه، فتعين حينئذ عوضا صحيحا.

و بهذا يظهر أن الأول كان عوضا فى المعاوضه و قد قبضه قبل التفرق، فيتحقق شرط الصحه، فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارى على العوض المقتضى لعوده إلى الذمه، و كون البديل عوضا فى الجملة لا يقتضى نفي عوضيه غيره، فلا يقتضى التفرق

قبل قبضه التفرق قبل قبض العوض في المعاوضه. و هو واضح. و كان الأصح ثبوت المطالبه بالبدل. انتهى.

و هو ظاهر في اختياره صحه البيع، و مثله أيضا شيخنا الشهيد الثاني في المسالك و العلامه في الإرشاد، و تردد المحقق في الشرائع في ذلك، و نحوه العلامه في القواعد، و المسأله لخلوها من النص الواضح مع تدافع هذه التعليقات محل الاشكال، سيما- مع ما عرفت في غير موضع- من عدم صحه تأسيس الأحكام الشرعيه على مثل هذه التعليقات العقلية، الغير المبنيه على شىء من القواعد المستفاده من الاخبار المعصوميه، على أن ما ادعاه (قدس سره) من قوله، «و بهذا يظهر ان الأول كان عوضا» الى آخره، مدخول بأنه بعد الرد و عدم الرضا بذلك العيب انكشف عدم صحه المعاوضه، و عدم كونه متعينا لما وقع عليه العقد، و الا لم يكن له الرد و طلب البدل، فكيف يتحقق بقبضه أولا شرط صحه الصرف، و هو قبض العوض قبل التفرق.

و بالجمله فالتعليقات العقلية لا تقف على حد، و لا ينتهى إلى عد، و لهذا استشكل بناء الأحكام الشرعيه عليها، هذا كله فيما ظهر الجميع معينا من الجنس.

أما لو ظهر بعضه خاصه اختص بالحكم حسبما تقدم لكن ليس له افراده بالرد هنا، للزوم تبعيض الصفقه على البائع إلا مع رضاه و الله العالم.

المسأله الثانيه عشر- إذا اشترى دينارا بدينار فاتفق الزيادة في الدينار

الذى هو ثمن غلطا أو عمدا، فإن الزيادة تكون في يد البائع أمانه للمشتري، و هى مشاعه في الدينار، هذا إذا كان البيع و الشراء في الذمه، و تبين بعد الدفع زياده الدينار الذى هو ثمن.

أما لو كانا معينين فإنه يبطل الصرف، لاشتمال أحد العوضين على زياده عينيه، و كذا لو كان الزائد معيناً، و المطلق مخصوصا بقدر ينقص عنه بحسب نوعه، و الحكم بكون الزائد أمانه في يد المشتري كما تقدم أحد القولين في المسأله قالوا لأصالة البراءه من الضمان، و لانه لم يقبضها بسبب مضمون مرسوم و لا غضب

و لا بيع فاسد، و انما قبضها باذن مالکها، فيكون كالودعي.

و قيل: انها تكون مضمونه عليه، لانه قبضها على أنها أحد العوضين الذين جرى عليها عقد المعاوضه، فتكون مضمونه، نظرا: الى مقتضى العقد و لأنه أقرب الى الضمان من المقبوض بالسوم، و لعموم (1).

«على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

و أورد عليه بأن قبضه على جهه العوض غير قادح مع ظهور عدمه، و مقتضى العقد لم يدل على ضمان غير العوضين، و كونها أقرب من المضمون بالسوم انما يجرى لو سلم كون المقبوض بالسوم مضمونا، و هو محل النزاع، و عموم الخبر بحيث يشمل محل النزاع في حيز المنع، فان الثابت على الأخذ بمقتضى الخبر غير معين، فجاز كون الواجب على اليد الحفظ و نحوه الى أن يؤدي، و يرشد إليه الأمانات المقبوضه باليد، مع عدم الحكم بضمانها و انما القدر المتفق عليه و وجوب حفظها.

أقول: و المسألة حيث كانت عاربه عن الدليل اتسع فيها دائره القول و القيل، و هكذا كل مسأله من هذا القبيل، ثم انه مع الحكم بكون الزيادة أمانه فحكمها مختلف بالنسبه إلى العمد و الخطاء، فإنها على تقدير العمد أمانه مالكيه لا يجب ردها الا مع طلب المالك و ان وجب حفظها، كما في سائر الأمانات التي يؤمنها مالکها، و على تقدير الغلط، فيحتمل كونها أمانه شرعيه و ان كانت مدفوعه من المالك، الا- أنه لعدم علمه بها و كون ذلك غلطا، يكون حكمها كما لو باعه صندوقا فوجد فيه متاعا، فإنه يكون أمانه شرعيه مع استناد الدفع الى المالك نظرا الى جهله بها، و يحتمل كونها مالكيه نظرا الى استناد دفعها اليه، و صدق تعريفها المشهور على ما نحن فيه، لأنهم جعلوا مناطها الاستناد الى دفع المالك أو من في حكمه.

و تظهر الفائدة في وجوب اعلام المالك بها و ردها عليه على تقدير كونها شرعيه،

ص: ٣٢٠

(١-١) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤.

فان ذلك حكم الأمانة الشرعيه كما يأتي في محله إنشاء الله تعالى، وحينئذ فلو ترك أثم و ضمن.

و ظاهر المحقق الأردبيلي المناقشه هنا، فإنه قال بعد نقل ذلك عنهم: وفيه تأمل، لأنه قد يتلف في الطريق مع أنه غير مأذون فيه، و ان أمكن أن يقال الظاهر أنه محسن غير مفرط، إذ الفرض ذلك مع الا- من من التلف في الطريق، و ان الغالب رضا صاحبه بذلك، و لا- يبعد وجوب الا- علام أو الرد في صورته الجهل، اما كونه فورياً فغير ظاهر نعم ينبغي ذلك بحيث لا يفوت غرض يتعلق بذلك المال، و لا يعد القابض مهملاً و مقصراً. انتهى.

و هو جيد و ما نفى عنه البعد جيد حيث انه لا- نص فيها على ما ذكره، و فيما ذكره جمع بين الحقين، و مما يرجح القول بأنها شرعيه ان حكم الأمانة المالكيه عندهم انه يجب حفظها حتى يطلبها مالكيها، و فيما نحن فيه المالكي لا علم له بها لانه دفعها جاهلاً بها، فكيف تيسر طلبه لها و هو لا يعلمها بالكلية، و انها يجب على المالكي حفظها الى آخر الدهر، ثم انه على تقدير الغلط فاما ان يتبين الحال قبل التفرق، أو بعده، فان كان قبله فلكل منهما استرداد الزائد و إبداله، و ليس للآخر الامتناع تحذراً من الشركه، و ان كان بعد التفرق فان جوزنا الأبدال للعيب الجنسي كما تقدم في القول به فكذلك، و الا ثبت الخيار لكل منهما لعيب الشركه، و لو كانت الزيادة يسيره يتسامح بها فلا بأس، و لهذا يستحب الإعطاء زائداً و الأخذ ناقصاً، و قد يكون ذلك لاختلاف الموازين و المكائيل.

و مما يدل على ذلك الأخبار الوارده في فضول المكائيل و الموازين و منها ما رواه

في الكافي عن علي بن عطيه (1) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام)

ص: ٣٢١

(١-١) الكافي ج ٥ ص ١٨٢ التهذيب ج ٧ ص ٤٠.

فقلت انا نشترى الطعام من السفن ثم نكيه فيزيد؟ قال: فقال لي و ربما نقص عليكم قلت: نعم، قال: فإذا نقص يردون عليكم؟ قلت: لا قال: لا بأس».

و ظاهر هذا الخبر يدل على جواز أخذ الزيادة و ان كانت زائده على ما يتسامح به إذا كانوا في حال ظهور النقصان لا يردون عليكم النقيصه، و لعله محمول على اختلاف المكائيل، و ان مكيال البائع كان زائدا على مكيال المشتري تاره و ناقصا عنه أخرى.

و ما رواه

في الفقيه في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن فضول الكيل و الموازين؟ فقال: إذا لم يكن تعديا فلا بأس».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله مراقدهم) عن إسحاق المدائني (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«قلت: ان صاحب الطعام يدعو كيالا فيكيل لنا و لنا أجرا فيعيرونه فيزيد و ينقص؟ فقال: لا بأس ما لم يكن شيء كثير غلط».

و ما رواه

في الكافي في الصحيح عن العلاء بن رزين (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«قلت له: اني أمر بالرجل فيعرض على الطعام، و يقول لي:

قد أصبت طعاما من حاجتك فأقول له: أخرجه أربحك في الكر كذا و كذا، فإذا أخرجه نظرت إليه فإن كان من حاجتي أخذته، و ان لم يكن من حاجتي تركته، قال: هذه المراوضه لا بأس بها، قلت: فأقول له: أعزل منه خمسين كرا أو أقل أو أكثر، فيكيه فيزيد و ينقص و أكثر ذلك ما يزيد لمن هي؟ قال: هي لك، ثم قال (عليه السلام): اني بعثت معتبا أو سلا ما فابتاع لنا طعاما فزاد علينا بدينارين، فقتنا به عيالنا بمكيال قد عرفناه، فقلت له: قد عرفت صاحبه؟ قال: نعم فرددناه

ص: ٣٢٢

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٨٢ التهذيب ج ٧ ص ٤٠ الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٠ التهذيب ج ٧ ص ٣٨ و فيه اختلاف يسير. الفقيه ج ٣ ص ١٣٠.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٨٢.

عليه، فقلت: رحمك الله تفتينى بأن الزيادة لى و أنت تردها، قال: فقال: قد علمت أن ذلك كان له و كان غلطا، قال: نعم، انما ذلك غلط الناس لأن الذى ابتعنا به انما كان ذلك بثمانيه دراهم أو تسعه، ثم قال: و لكنى أعد عليه الكيل».

و ظاهر الخبران الذى شراه (عليه السلام) من الطعام كان ما يساوى قيمته ثمانيه دراهم أو تسعه - و التردد الظاهر أنه من الراوى - و زاد فيه ما يساوى دينارين فرد (عليه السلام) تلك الزيادة، لأن زيادة هذا المقدار لا - يكون الا - عن غلط، بخلاف ما افتى به الراوى، فإنه يمكن استناده الى التفاوت فى المكائيل و انه مما يتعارف بين الناس.

و أما قوله فى الوافى و قوله: «بدينارين» متعلق بقوله «فابتاع» فالظاهر أنه سهو من صاحب الكتاب، بل انما هو متعلق بقوله فزاد، و كيف لا و هو (عليه السلام) قد صرح فى آخر الخبر بأن الذى ابتاع انما كان بثمانيه دراهم أو تسعه، و هو ظاهر فى كون ما قابل الدينارين كان هو الزائد، و لذا أمر برده، و قوله فى الخبر «فقلت له: عرفت صاحبه» يحتمل أن يكون من قول الامام (عليه السلام) لمعتب أو سلام، و يحتمل أن يكون من قول الراوى للإمام (عليه السلام) و تكون جمله معترضه بين قوله «عرفناه» و قوله «فرددناه» و ربما أشعر هذا الخبر بكون الزيادة الكثيره الواقعه غلطا أمانه شرعيه، لأن حكم الأمانه المالكيه عندهم هو حفظها حتى يطلبها المالك، و الأمانه الشرعيه وجوب ردها، أو إعلام المالك بها و هو (عليه السلام) فى هذا الخبر قد أمر بردها على المالك، و بالجمله فالخبر ظاهر فى تأييد القول المذكور زياده على ما قدمناه و الله العالم.

إشاره

من النخل و الفواكه و الخضر و ما يلحق ذلك من الأحكام، و البحث في هذا الفصل في مطالب أربعة.

[المطلب الأول]- في ثمره النخل

إشاره

، و تحقيق الكلام فيها أنه لا خلاف بين الأصحاب، (رضوان الله عليهم)- في جواز بيعها بعد ظهور صلاحها، و انما الخلاف فيما قبله، و تفصيل القول فيه أنه اما ان يكون قبل ظهورها، أو بعده قبل بدو الصلاح، و على الأول فاما أن يكون عاما واحدا أو أزيد، ثم انه على تقدير بيعها عاما واحدا هل يجوز مع الضميمة أم لا؟ فهينا مقامات أربعة.

[المقام الأول]- في بيعها عاما واحدا قبل ظهورها مع عدم ضميمة

، و المشهور بين الأصحاب- بل ادعى عليه العلامة في التذكرة الإجماع، و مثله الشهيدان في الدروس و المسالك أنه لا يجوز بيعها قبل ظهورها عاما واحدا من غير ضميمة، و المراد بالظهور هو بروزها الى الخارج و ان كانت في طلوعها، كما تضمنته موثقه سماعه، و روايه يعقوب بن شعيب الاتيتان إنشاء الله تعالى.

و المفهوم من كلام الشيخ في كتابه الأخبار القول هنا بالكراهه، قال (قدس سره) بعد نقل أخبار المسألة: قال محمد بن الحسن: الأصل في هذا أن الأحوط أن لا يشتري الثمره سنه واحده إلا بعد أن يبدو صلاحها، فان اشترت فلا تشتري الا بعد أن يكون معها شيء آخر، فان خاست كان رأس المال فيما بقي، و متى اشترى من غير ذلك لم يكن البيع باطلا، لكن يكون قد فعل مكروها، و قد صرح بذلك في الاخبار التي قدمناها- أبو عبد الله (عليه السلام).

الحلبى (١)

«ان النبي (صلى الله عليه و آله) نهى عن ذلك لأجل قطع الخصومه الواقعه بين الأصحاب و لم يحرمه». و كذلك ذكر

ثعلبه عن بريد (٢) و زاد فيه

«انما نهاه ذلك العام دون سائر الأعوام».

و فى حديث يعقوب بن شعيب (٣)

«ان أبا عبد الله (عليه السلام) كان يكره ذلك، و لم يقل أنه «كان يحرمه» و على هذا الوجه لا تنافى بين الاخبار انتهى.

و الواجب أولا ذكر الأخبار الواردة فى المسأله، ثم بيان ما هو الظاهر منها فمنها ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله مراقدهم) عن سماعه (٤) فى الموثق قال:

«سألته (عليه السلام) عن بيع الثمره هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها، قال: لا الا أن يشتري معها شيئا غيرها رطبه أو بقلًا فيقول: أشتري منك هذه الرطبه و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا، فان لم تخرج الثمره كان رأس مال المشتري فى الرطبه و البقل» الحديث.

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن أبى الربيع الشامى (٥) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): كان أبو جعفر (عليه السلام) يقول إذا بيع الحائط فيه النخل و الشجر سنه واحده فلا يباع حتى تبلغ ثمرته، و إذا بيع سنتين أو ثلاثا فلا بأس ببيعه بعد ان يكون فيه شىء من الخضره».

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن يعقوب بن شعيب (٦) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شراء النخل، فقال: كان أبى يكره شراء النخل قبل ان تطلع ثمره السنه، و لكن السنتين و الثلاث كان يقول: ان لم يحمل فى هذه السنه حمل فى السنه الأخرى، قال يعقوب: و سألته «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٨٥.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ٨٦.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٨٧.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٦ التهذيب ج ٧ ص ٨٤ الفقيه ج ٣ ص ١٣٣.
- ٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ١٥٧.
- ٦-٦) التهذيب ج ٧ ص ٨٧.

عن الرجل يبتاع النخل و الفاكهه قبل ان تطلع فيشترى سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً فقال:

لا بأس، إنما يكره شراء سنه واحده قبل ان تطلع مخافه الافه حتى تستبين».

و عن سليمان بن خالد (1) في الصحيح قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام):

لا- تشتري النخل حولاً- واحدا حتى يطعم و ان كان يطعم، و ان شئت ان تبتاعه سنتين فافعل». هكذا نقل الخبر في الوافي عن التهذيب، ثم قال: الظاهر سقوط لفظ «لم» من قوله «يطعم»: انتهى، و قال بعض مشايخنا (عطر الله مراقدهم): ان الواو في قوله «و ان كان يطعم» ليست في بعض النسخ الصحيحه).

أقول: و يؤيده ان الذي في الاستبصار (2) «و ان شئت ان تبتاعه» و بالجملة فمن عرف طريقه الشيخ في الكتاب المذكور لا يستنكر من وقوع التحريف منه في الخبر المذكور، و معنى الخبر على تقدير زياده الواو و النهي عن اشتراء النخل حولاً واحدا حتى يطعم و ان كان من شأنه بأن بلغ ذلك المبلغ، و ان شئت أن تبتاعه أزيد فلا بأس.

و ما رواه

الشيخ عن ابى بصير (3) عن ابى عبد الله (عليه السلام)

«انه قال:

لا تشتري النخل حولاً واحدا حتى يطعم، و ان شئت ان تبتاعه سنتين فافعل».

و عن ابى بصير (4) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سئل عن النخل و التمر يبتاعهما الرجل عاماً واحداً قبل ان تثمر قال: لا حتى تثمر و تأمن ثمرتها من الافه، فإذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام ان شئت مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل».

ص: ٣٢٦

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٨٨.

٢-٢) الاستبصار ج ٣ ص ٨٥.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٨٨.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٩١.

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن بريد بن معاويه (١) قال:

« سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرطبه تباع قطعه أو قطعتين أو ثلاث قطعات؟ فقال:

لا- بأس، قال: و أكثر السؤل عن أشباه هذا فجعل يقول: لا بأس به فقلت: أصلحك الله- استحياء من كثره ما سألته و قوله (عليه السلام) لا بأس به- ان من بيننا يفسدون علينا هذا كله، فقال: أظنهم سمعوا حديث رسول الله (صلى الله عليه و آله) فى النخل، ثم حال بينى و بينه رجل فسكت، فأمرت محمد بن مسلم ان 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؟ فقيل له: تباع الناس بالنخل فقعد النخل العام فقال (صلى الله عليه و آله): أما إذا فعلوا فلا يشتروا النخل العام حتى يطلع فيها شىء، و لم يحرمه».

و رواه الشيخ فى التهذيبين عن ثعلبه بن زيد (٢) بدل عن بريد و الظاهر أنه من قبيل ما قدمنا ذكره من حال الشيخ (رحمه الله عليه) و ما وقع له من التحريف و التغيير فى متون الاخبار و أسانيدها.

ثقه الإسلام فى الكافى. فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سئل عن شراء الكرم و النخل و الثمار ثلاث سنين أو أربع سنين فقال: لا بأس به يقول: ان لم يخرج فى هذه السنه أخرج فى قابل، و ان اشتريته سنه واحده فلا تشتريه حتى يبلغ، فان اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس، و سئل (عليه السلام) عن الرجل يشتري الثمره المسماه من ارض فهلك

١-١) الكافى ج ٥ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ٨٦.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٨٦ و فيه عن ثعلبه بن زيد عن بريد.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ١٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٨٥ الفقيه ج ٣ ص ١٣٢.

ثمره تلك الأرض كلها، فقال: قد اختصموا في 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». و رواه الصدوق مثله، الا أنه ترك قوله و ان اشتريته ثلاث سنين قبل أن تبلغ فلا بأس.

و ما رواه أيضا

في الكتاب المذكور في الصحيح عن ربعي (1) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) ان لى نخلا- بالبصره فأبيعه و أسمى الثمن و أستثنى الكر من التمر أو أكثر أو العذق من النخل؟ قال: لا بأس، قلت: جعلت فداك نبيع السننتين؟ 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 (صلى الله عليه و آله) لا تباع الثمره حتى يبدو صلاحها». و ما رواه

الصدوق في حديث المناهى المذكور في آخر كتاب الفقيه (2) عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) قال:

«و نهى أن تباع الثمار حتى ترهوه».

و ما رواه

عبد الله ابن جعفر الحميرى في كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده على بن جعفر (3) عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) قال:

«سألته عن بيع النخل أ يحل إذا كان زهوا؟ قال: إذا استبان البسر من الشيص حل بيعه و شراؤه».

و عنه أيضا (4) قال:

سألته عن السلم فى النخل قبل ان يطلع؟ قال: لا يصلح السلم فى النخل».

ص: ٣٢٨

١-١) الكافى ج ٥ ص ١٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٨٥.

٢-٢) الفقيه ج ٤ ص ٤.

٣-٣) الوسائل الباب-١ من أبواب بيع الثمار الرقم-١٧.

٤-٤) الوسائل الباب-١ من أبواب بيع الثمار الرقم-١٨.

و رواه علي بن جعفر في كتابه (١) وكذا الذي قبله،

و زاد فيه

«سألته عن شراء النخل سنتين أ يحل؟ قال: لا بأس، يقول: ان لم يخرج العام شيئا أخرج القابل إنشاء الله (تعالى).

قال:

و سألته عن شراء النخل سنه واحده أ يصلح؟ قال لا يشتري حتى يبلغ».

أقول: هذا ما حضرني من الاخبار المتعلقة بالمسألة، وقد عرفت كلام الأصحاب (رضوان الله عليهم) في ذلك، و الذي يلوح لي -من صحيحه بريد بن معاوية و قوله فيها«ان من بيننا يفسدون علينا ذلك، فقال: أظنهم سمعوا حديث رسول الله (صلى الله عليه و آله)«الى آخر الخبر و قوله في صحيحه ربي«ان هذا عندنا عظيم، فقال: أما انك ان قلت«الى آخره- أن مذهب العامه يومئذ تحريم بيع الثمره قبل ظهورها عاما أو عامين، كما هو مذهب أصحابنا (رضوان الله عليهم) إجماعا كما يدعونه في العام الواحد، و بناء على المشهور في الأزيد، كما يأتي ذكره إنشاء الله (تعالى) و على هذا فلا يبعد حمل اخبار التحريم مما يكون صريحا فيه على التقية.

و كيف كان فإن صحيحه بريد، و صحيحه الحلبي و حسنته-انما هو بإبراهيم ابن هاشم المتفق على قبول حديثه و ان عدوه حسنا- و صحيحه ربي صريحه في الحل و عدم الحرمة، فيتعين العمل بها لصحتها و صراحتها، فلا بد من ارتكاب التأويل فيما كان ظاهرا في منافاتها، اما بالحمل على الكراهه كما ذكروه، أو التقية كما أشرنا اليه، و الى هذا القول يميل كلام جملة من محققى متأخرى المتأخرين كالمحقق الأردبيلي و الفاضل الخراساني.

المقام الثاني- المسألة الأولى بحالها الا أن المبيع مع الضميمة

و قد اختلف الأصحاب في ذلك، قال في المسالك بعد أن ادعى عدم الخلاف في المنع مع

ص: ٣٢٩

عدم الضميمة: و المشهور المنع مع الضميمة أيضا، حيث لا تكون الضميمة هي المقصوده بالبيع، لانه غرر انتهى. و المفهوم منه التفصيل بين كون الضميمة هي المقصوده بالبيع و الثمره تابعه- فيصح البيع كما لو باعه الأصل و الثمره- أو لا تكون مقصوده، بل جعلت تابعه، كسائر الضمائم التي ذكروها في غير موضع مثل ضميمة الآبق و نحوها، فلا يصح.

و أنت خبير بأنه قد تقدم في موثقه سماعه التصريح بالصحة مع الضميمة مع ظهور كون الضميمة تابعه، فان ضم الرطبه أو البقل الى الثمره ظاهر بل صريح في التبعية و عدم المقصوديه، و يعضد ذلك اتفاقهم على الصحة مع الضميمة المعلومه تبعيتها في غير موضع، مما يحكمون فيه ببطلان العقد لو لا الضميمة، و أظهر تأييدا في ذلك ما عرفت آنفا من صحة البيع مع عدم الضميمة بالكلية، كما اخترناه و صرح به من قدمناه.

و بالجملة فإن ما ذكروه لا أعرف له وجه استقامه بعد ما عرفت. و لا سيما بعد ما رجحناه من صحة البيع مع عدمها بالكلية.

المقام الثالث- في بيعها قبل الظهور أزيد من عام واحد

قال في المختلف المشهور أنه لا يجوز بيع الثمره قبل ظهورها، لا عاما واحدا و لا عامين أما العام الواحد فبالإجماع، و لانه بيع عين معدومه، فلا يصح و أما بيع عامين فالمشهور أنه كذلك، و ادعى ابن إدريس الإجماع فيه أيضا، قال: و قد يشته على كثير من أصحابنا ذلك، و يظنون أنه يجوز بيعها سنتين و ان كانت فارغه لم يطلع بعد وقت العقد، قال: و هذا بخلاف ما يجدونه في تصانيف أصحابنا و خلاف إجماعهم و اخبار أئمتهم و فتاويهم، و هذا غلط في النقل، فان الصدوق قال في المقنع:

بالجواز (1) و المعتمد الأول، لنا انه بيع عين مجهوله معدومه، فلا يصح كغيرها

ص: ٣٣٠

١ - ١) حيث قال بعد المنع من البيع سنه واحده: و مع الانضمام إلى سنه أخرى يجوز لما رواه الحلبي في الحسن ثم ساق الروايه، ثم نقل صحيحه يعقوب بن شعيب منه رحمه الله.

من المجهولات،

و لقول الباقر (عليه السلام) في حديث أبي الربيع الشامي:

«و إذا بيع سنتين أو ثلاثه فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضره». انتهى كلامه زيد مقامه.

أقول: المشهور في كلامهم نسبة الخلاف في هذه الصوره الى الصدوق خاصه (١) مع أن ظاهر العلامه في التذكره القول بذلك أيضا، وكذا نقله بعض المحققين عن الشيخ أيضا، و مما يدل على القول المذكور ما تقدم في صحيحه يعقوب بن شعيب و صحيحه سليمان بن خالد بالتقريب الذي ذكرناه ذيلها و رواه أبي بصير الاولي و صحيحه الحلبي أو حسنته و صحيحه ربعي و صحيحه علي بن جعفر المذكور في كتابه، معللا ذلك في روايه يعقوب بن شعيب، و صحيحه الحلبي أو حسنته و صحيحه علي بن جعفر - بأنه ان لم يخرج العام أخرج في القابل.

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن معاويه بن ميسره (٢) قال:

«سألته عن بيع النخل سنتين؟ قال: لا بأس به» الحديث.

و بذلك يظهر قوه قول المذكور، و أنه المؤيد المنصور، قال في المختلف - بعد ذكر ما قدمنا نقله - :احتج ابن بابويه بما رواه يعقوب بن شعيب في الصحيح،

ص: ٣٣١

١ - ١) حيث قال: و المشهور عدم جوازه أكثر من عام، و لم يخالف فيه الا الصدوق لصحيحه يعقوب بن شعيب، و حملت على عدم بدو الصلاح انتهى، و هو ظاهر في انه لا مخالف الا الصدوق، و لا دليل له الا صحيحه يعقوب المذكوره، و قد عرفت مما ذكرنا وجود المخالف غير الصدوق و تعدد الاخبار الصحيحه الصريحه زياده على الروايه المذكوره - منه رحمه الله.

٢ - ٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٧ التهذيب ج ٧ ص ٨٦.

ثم ساق الروايه كما قدمناه، ثم قال: والجواب أنه محمول على ظهور الثمره قبل تأبيرها.

و أنت خبير بما فى هذا الجواب، و ان تبعه فيه الشهيد فى الدروس، كيف لا و السؤال الثانى من الروايه المذكوره انما وقع عن الثمره قبل أن تطلع، و مع هذا أجاب (عليه السلام) بنفى البأس، و يرد ما ذكره أيضا التعليل المذكور فى تلك الروايات أنه ان لم يخرج العام يخرج فى العام الأخر، فإنه إشاره إلى الوجه المصحح للبيع فى هذه الصوره، قال فى المسالك -بعد قول المصنف: «فى جواز بيعها كذلك عامين فصاعدا تردد، و المروى الجواز» و بعد استدلاله للقول المشهور بمفهوم الشرط فى روايه أبى بصير الثانيه، و لروايه أبى الربيع -ما لفظه: لكن فى الروايه الأولى ضعف، و الثانيه من الحسن، و أشار المصنف بقوله «و المروى الجواز» إلى صحيحه يعقوب بن شعيب، ثم ساقها الى آخرها، ثم قال: و عمل بمضمون الروايه الصدوق، و يظهر من المصنف الميل اليه، و هو قوى -إذ لم يثبت الإجماع على خلافه -لصح روايته و ترجيحها على ما يخالفها من الروايات، مع إمكان حمل روايات المنع على الكراهه جمعا. انتهى.

و فيه أن وصفه روايه أبى الربيع بالحسن سهو منه (قدس سره) فان الرجل المذكور غير موثق و لا ممدوح، و أن الدليل على الجواز غير منحصر فى صحيحه يعقوب المذكوره، لما عرفت من الاخبار التى أشرنا إليها، و هى متكاثره صحيحه صريحه فى الحكم المذكور، لا يعارضها ما ذكره، سيما مع قيام التأويل فى المعارض، كما أشار اليه، و بالجمله فالقول بالصححه فى الصوره المذكوره مما لا مجال لإنكاره بعد ما عرفت و الله العالم.

المقام الرابع - فى بيعها بعد الظهور و قبل بدو صلاحها

إشاره

و المشهور أنه لا يجوز الا أن يضم إليها ما يجوز بيعه (١) أو بشرط القطع أو عامين فصاعدا و لو بيعت من

ص: ٣٣٢

١ - ١) فى قوله ما يجوز بيعه إشاره إلى أنه يجب فى الضميمه أن يكون شيئا يمكن افراده بالبيع بأن يكون معمولا جامعا لجميع شرائط البيع و ان كان قليلا بالنسبه إلى العاده الجاريه بين الناس فى أمثاله كما تقدم. منه رحمه الله.

دون أحد الشروط المذكوره، فهل يكون جائزا على كراهه، أو يكون باطلا، أو يراعى السلامه؟ أقوال ثلاثه، و بالأول-قال الشيخ فى كتابى الاخبار، و الشيخ المفيد و سلار و ابن إدريس و العلامه فى التذكره، و بالثانى قال فى النهايه و المبسوط و الخلاف، و ادعى عليه الإجماع، و به قال الصدوق، و ابن الجنيد، و أبو الصلاح، و ابن حمزه، و بالثالث قال سلار فى ظاهر كلامه، و استدل القائلون بالتحريم إلى روايه أبى بصير الثانيه من روايته المتقدمين، و ما رواه

فى الكافى و الفقيه، عن الوشاء (1) فى الضعيف فى الأول، و الحسن فى الثانى قال:

«سألت الرضا(عليه السلام) هل يجوز بيع النخل إذا حمل فقال: لا يجوز بيعه حتى يزهو، قلت: و ما الزهو جعلت فداك؟ قال: يحمر و يصفر و شبه ذلك». و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن على بن حمزه (2) قال سألت أبا عبد الله(عليه السلام) الى أن قال:

«و سألت عن رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر؟ فقال: لا حتى يزهو، قلت: و ما الزهو؟ قال:

يتلون». و يدل عليه أيضا ما تقدم فى حديث المناهى المنقول عن الفقيه، و ما فى روايه قرب الاسناد.

و يعارض هذه الاخبار ما قدمنا ذكره من الروايات الصحيحه الصريحه فى جواز البيع قبل الظهور بالكليه من غير شرط، فبعده قبل بدو الصلاح بطريق أولى، مضافا ذلك الى عمومات الكتاب و السنه فى حل البيع، و وجوب الوفاء بالعهود،

ص: ٣٣٣

١-١) الوسائل الباب-١-من أبواب بيع الثمار الرقم ٣.

٢-٢) الوسائل الباب-١-من أبواب بيع الثمار الرقم ٥.

و حمل الأخبار النافيه على الكراهه، كما ذكره الأصحاب غير بعيد (1) لان ما تشعر به من احتمال تطرق الافه قبل بدو الصلاح لا يصلح للمانع، ألا ترى أنه يمكن ذلك في أكثر المبيعات، مثل الحيوانات و بيع الثمره سنتين مثلا، بل بعد بدو الصلاح يمكن تطرقها أيضا.

و نقل العلامه في التذكرة المنع من المذاهب الأربعة، و كذا ابن إدريس في كتاب السرائر حيث قال: و انما يجوز عندنا خاصه بيعها إذا طلعت قبل بدو الصلاح سنتين، و عند المخالفين لمذهب أهل البيت (عليهم السلام) لا يجوز، و على هذا فلا يبعد حمل هذه الاخبار على التقيه، و لعله الأظهر.

قال في المسالك بعد ذكر الشروط الثلاثه المتقدمه: و ألحق العلامه بالثلاثه بيعها على مالك الأصل، و بيع الأصول مع استثناء الثمره، و في الأخير نظر، إذ ليس هناك بيع و لا- نقل الثمره بوجه، و دليل الأول غير واضح، و التبعية للأصل انما يجرى لو بيعا معا. انتهى و هو جيد.

ثم انه ينبغي أن يعلم ان الوجه في اشتراط الضميمه- و كذا في اشتراط الزيادة عن سنه- ظاهره أما في اشتراط القطع فهو لا يخلو عن نوع غموض، لان الظاهر أن الاشتراء انما يكون بشيء يمكن الانتفاع به، و مجرد ظهور الثمره- قبل بدو الصلاح- لا يترتب عليها بعد القطع منفعه- يعتد بها بين العقلاء- حتى انه تقطع لأجلها، و انما

ص: ٣٣٤

١- ١) أقول: و يمكن تأييد القول بالكراهه بما تضمنته صحيحه الحلبي المتقدمه أو حسنته حيث انه ذكر في صدرها و ان اشتريته في سنه واحده فلا- تشتريه حتى يبلغ، و هو ظاهر بالبيع حتى تدرك الثمره، ثم أنه نقل حديث رسول الله (صلى الله عليه و آله)، و ذكر أنه انما هم لما وقعوا في الخصومه و لم يحرمه و منه يظهر ان نهيه (عليه السلام) أولا- انما هو نهى تنزيه و كراهه لا- نهى تحريم منه رحمه الله.

المنافع المترتبة بعد صيروره النخل بسرا، أو ثمره الكرم حصرما و نحو ذلك، و اما قبل ذلك فلا، فإطلاق اشتراط القطع لا يخلو من غموض و اشكال و الله العالم.

و تمام تحقيق الكلام فى المقام يتوقف على رسم فائدتين،

[الفائده] الأولى [ما المراد بدو الصلاح؟]

-بدو الصلاح- المجوز لبيع الثمره على القول بالمنع قبله-هل هو عباره عن الاحمرار أو الاصفرار؟ أو هو عباره عن ان تبلغ مبلغا يؤمن عليها من الافه و المرجع فيه الى أهل الخبره قولان.

و نقل فى التذكره عن بعض العلماء ان حده طلوع الثريا، محتجا عليه بروايه عن النبي (1) (صلى الله عليه و آله)، ووردت بعدم ثبوت النقل، و الروايات المتقدمه بعضها قد اشتمل على الأول، و بعضها على الثانى.

و مما يدل على الأول صحيحه ربيعى و حديث المناهى المنقول من الفقيه، و روايه قرب الاسناد، و حسنه الرشاه، و روايه على بن أبى حمزه.

و مما يدل على الثانى صحيحه سليمان بن خالد و فيها حتى يطعم، و فى الصحاح «أطعمت النخله إذا أدركت ثمرتها، و أطعمت البسر: أى صار لها طعم» و مثلها روايه أبى بصير الاولى، و فى روايته الثانى حتى يثمر، و تؤمن ثمرتها من الافه.

و نحو هذه الروايه أيضا ما رواه

فى الكافى عن يعقوب ابن شعيب (2) فى الصحيح قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفه فأدرك بعضها فلا بأس ببيعه جميعا».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الموثق عن إسماعيل بن الفضل الهاشمى (3)

ص: ٣٣٥

١- ١) و هى ان ابن عمر روى عن النبي صلى الله عليه و آله انه نهى عن بيع الثمار حتى يذهب العاهه فقال له عثمان بن عبد الله سراقه و متى ذلك قال: إذا طلعت الثريا، و رد بأن هذه التتمه من كلام ابن عمر لأقول النبي (صلى الله عليه و آله) منه رحمه الله.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ١٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٨٥.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ١٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٨٤.

عن بيع الثمره قبل أن تدرك؟ فقال: إذا كان في تلك الأرض بيع له غله قد أدركت فبيع ذلك كله حلال». أقول قوله «بيع» بمعنى «مبيع» وهذا الإطلاق شائع في الاخبار، وقوله «له غله» أى ثمره.

و ما رواه

فى التهذيب و الفقيه عن على بن أبى حمزه (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى بستانا فيه شجره و نخل، منه ما قد أطمع و منه ما لم يطعم: قال: لا بأس به إذا كان فيه ما قد أطمع». و بما ذكرناه هنا يظهر لك ما فى كلام شيخنا الشهيد الثانى (قدس سره) فى المسالك حيث قال: بعد قول المصنف «و بدو الصلاح أن يصفر أو يحمر أو يبلغ مبلغا يؤمن عليه العاهه»: بدو صلاح ثمره النخل أحد الأمرين المذكورين، عملا بما دلت عليه الروايات، فان كثيرا منها دل على الأول، و فى روايه أبى بصير ما يدل على الثانى، و اقتصر جماعه من الأصحاب على العلامه الأولى لصحة دليلها، و قيل بالثانى خاصه، و الأقوى اعتبار العلامه الأولى خاصه لما ذكرناه.

و اعترضه المحقق الأردبيلي هنا فى دعواه صحة دليل العلامه الأولى حيث، انه انما أورد روايتى الوشاء و على بن أبى حمزه، ثم قال: و ما رأيت غيرهما و ليس فيهما شيء صحيح، فقول شارح الشرائع «و اكتفى الأكثر به لصحة دليله» محل التأمل انتهى.

و فيه أن من جمله أدله هذه العلامه صحيحه ربيعى كما ذكرناه، و لكنه غفل عنها كما ينبىء عنه كلامه، و انما وجه الدخلى فى كلام شيخنا المذكور دعواه أن كثير من الروايات دل على العلامه الاولى، و أن فيها الصحيح و العلامه الثانيه انما دل عليها خبر أبى بصير خاصه، فمن ثم رجح العلامه الاولى، و الأمر كما عرفت مما ذكرناه ليس كذلك، و أن الروايات الداله على العلامه الثانيه أكثر عددا و صحاحا

ص: ٣٣٦

و الظاهر-بمعونه ما قدمناه من جواز البيع قبل الظهور-ترتب هذه الاخبار في مراتب الكراهه، فالأولى قبل الظهور، و الثانيه بعد الظهور و قبل التلون، و الثالثه بعد التلون و قبل أن تدرك و تطعم، و أما إذا بلغت هذا المبلغ فلا إشكال في الجواز بغير كراهه، و قد تقدم أيضا احتمال الحمل على التقيه في بعض هذه المراتب.

و الله العالم.

الثانيه

قالوا إذا أدرك بعض ثمره البستان جاز بيعها اجمع، و لو أدركت ثمره بستان فهل يجوز أن يضم اليه بستان لم يدرك و يباع جميعا أم لا؟ قولان.

أقول: أما الحكم الأول فالظاهر أنه موضع اتفاق نصا و فتوى، لان بيع ما لم يدرك جائز مع الضميمه كما تقدم، و ما أدرك من الثمره ضميمه هنا لما لم يدرك، و قد تقدمت صحيحه يعقوب بن شعيب و صحيحه إسماعيل بن الفضل الهاشمي، و روايه على بن أبي حمزه مصرحه بذلك.

و أما الثاني فالمشهور الجواز أيضا لمكان الضميمه، و أيد ذلك بصحيحه الهاشمي المتقدمه أيضا، بناء على ظاهر إطلاق الأرض فيها، فإنه أعم من أرض ذلك البستان الذي أدرك بعضه، أو أرض بستان آخر.

و نقل عن الشيخ في المبسوط و الخلاف المنع، لان لكل بستان حكم نفسه المتعدد، و لما رواه

عن عمار (1) في الموثق عن أبي عبد الله (عليه السلام)

أنه سئل عن الفاكهه متى يحل بيعها؟ قال: إذا كانت فاكهه كثيره في موضع 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 وحده، ثم تباع تلك الأنواع». و رد في المسالك الروايه بالضعف، و تردد المحقق في الشرائع في الحكم المذكور، و الظاهر عندي أن الروايه المذكوره ليست من قبيل ما نحن

ص: ٣٣٧

فيه، فان ظاهر الخبر أن التفرق انما هو فى أنواع الفاكهه، و ان كانت فى بستان واحد، لا فى المكان الذى فيه الفاكهه كما هو محل البحث، و هذا الخبر على ظاهره كما ذكرناه لا قائل به، لما عرفت فى الحكم الأول من أن البستان الواحد إذا أدرك بعض ثمره جاز بيع الجميع، و يدل لك على ما قلناه قوله (عليه السلام) فى صدر الخبر «إذا كانت فاكهه كثيره فى موضع واحد» ثم انه فصل فى تلك الفاكهه بين كونها نوعا واحدا أو أنواعا متعدده، فأثبت لكل نوع منها حكم نفسه، و حكمه فى صدر الخبر بحل بيع الفاكهه كلها إذا أطمع بعضها مبنى على كونها من نوع واحد كما ينادى به التفصيل المذكور، و حينئذ يكون الخبر المذكور من قبيل سائر اخبار عمار المشتمله على الغرائب، كما طعن عليه بذلك المحدث الكاشانى فى الوافى فى غير موضع.

و بالجمله فإن القول الأول هو الأوفق بالقواعد المتقدمه، و يعضده إطلاق الصحيحه المذكوره.

المطلب الثانى فى أنمار سائر الأشجار

الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فى عدم جواز بيعها قبل الظهر سنه واحده بغير ضميمة، و لم أقف هنا على نص صريح يدل على الجواز فى الصوره المذكوره، و انما ورد ذلك فى ثمره النخل كما تقدم، الا- أن ظاهر جملة من الأصحاب منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك أن الخلاف هنا على حسب الخلاف فى ثمره النخل.

و قال فى التذكرة على ما نقله المحقق الأردبيلى فى جميع مسائل ثمره الشجر:

الخلاف هنا كالخلاف فى ثمره النخل، ثم قال موردا عليه: الا أنه اختار فى ثمر النخل جواز بيعه بعد الظهر قبل البدو عامين، و فى ثمر الشجر قال: لا يجوز.

أقول: وهو ظاهر العلامة في الإرشاد، حيث ذكر في عبارته الأحكام المتقدمة في النخل و طردها في الجميع (١).

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بالشجر ما تقدم فى المقام الأول من المطلب الأول فى صحيحه الحلبى أو حسنته، حيث إن السؤال فيها وقع عن شراء الكرم و النخل و الثمار، و قد تضمنت أنه لا بأس ببيعه ثلاث سنين، أو أربع، و تضمنت أنه ان اشتريته سنه واحده فلا- تشتريه حتى يبلغ، و تضمنت السؤال عن اشتراء الثمرات فتهلك، و هو أعم من ثمره النخل و غيرها، فأجاب (عليه السلام) بحديث رسول الله (صلى الله عليه و آله) الدال على جواز شراء الثمره قبل ظهورها عاما واحدا، و يستفاد منه على هذا جواز الشراء سنه واحده قبل الظهور على كراهيه، و جواز الشراء أزيد من سنه قبل الظهور أيضا.

و منها ما رواه

فى الكافى. و التهذيب عن عمار الساباطى (٢) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الكرم متى يحل بيعه؟ فقال: إذا عقد و صار عروقا». و العرق اسم الحصرم بالنبطيه، كذا فى الكافى. و فى التهذيب «عقودا» و العقد اسم الحصرم بالنبطيه، و هو أظهر.

أقول: و هذا الخبر من قبيل الاخبار المتقدمه فى النخل، و أنه لا تباع ثمرته بعد الظهور حتى يبدو صلاحها، اما بالأحمرار أو الاصفار، أو بأن يؤمن

ص: ٣٣٩

١ - ١) و هذه صورته عبارته «الأول فى بيع الثمار: انما يجوز بيعها بعد ظهورها، و فى اشتراط بدو الصلاح الذى هو الاحمرار و الاصفار، أو بلوغ غايه يؤمن غلتها الفساد، أو ينعد حب الزرع أو الشجر أو الضميمه أو بشرط القطع، قولان» و لم يفصل فى ذلك بين النخل و غيره من الشجر و الموجود فى أكثر العبارات التفصيل و الفرق بين النخل و غيره من الأشجار كما فى الشرائع و غيره - منه رحمه الله.

٢ - ٢) الكافى ج ٥ ص ١٧٨ التهذيب ج ٧ ص ٨٤.

عليها العاهه.

و منها ما تقدم فى روايه أبى الربيع الشامى المشتمله على الحائظ فيه النخل و الشجر، و قد تضمنت النهى عن بيعه سنه واحده حتى يبلغ ثمرته، و تضمنت جواز بيعه أزيد من سنه واحده بعد أن يكون فيه شىء من الخضره.

و منها ما تقدم أيضا

فى صحيحه يعقوب بن شعيب (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

و سألته عن الرجل يبتاع النخل و الفاكه قبل أن تطلع فيشترى سنتين أو ثلاث سنين أو أربعا؟ قال: لا بأس، إنما يكره شراء سنه واحده قبل ان يطلع مخافه الافه حتى تستبين، و هى ظاهره فى ان حكم شجر الفاكه حكم النخل فيما ذكرنا من كراهه شراء سنه واحده و جوازه أزيد من سنه واحده من غير ضميمة، حسبما تقدم فى النخل.

و منها ما رواه

فى التهذيب عن محمد بن شريح (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث قال:

«و بلغنى أنه قال فى ثمر الشجر: لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته فقيل له: و ما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط وورده».

و منها موثقه عمار المتقدمه فى الفائده الثانيه، و فيها النهى عن بيع الفاكه حتى تطعم.

أقول: و الذى يقرب عندى من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض و هو مساومه حكم الشجر للنخل، الا أن فى جواز بيعه سنه واحده قبل الظهور توقف، لعدم ظهوره صريحا منها، و كذا فى جواز بيعه بعد الظهور و قبل البلوغ بأحد الشروط الثلاثه المتقدمه، فإنه لا دلالة لشىء من هذه الاخبار عليه، بل ظاهرها هو الجواز بعد الانعقاد، كما دلت عليه روايه محمد بن شريح من غير اشتراط شىء.

و اما ما دل على اشتراط أن تطعم - كما فى موثقه عمار الثانيه، و نحوه بلوغ

ص: ٣٤٠

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٨٨ و ٩١.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٨٨ و ٩١.

الثمره فى موثقه سماعه، أو صيرورته حصرما كما فى موثقه عمار الاولى-فيحمل على الأفضل و الاولى، و كراهه ما قبل ذلك، و ان ترتبت فى الكراهه كما تقدم فى النخل.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان المفهوم من كلام الأصحاب رضوان (الله عليهم) هو المنع من البيع قبل الظهور عاما واحدا بغير ضميمه إجماعا، و معها على المشهور و البيع أزيد من عام فقولان.

و أما بعد الظهور فقيل: بالجواز و قيل: بأنه يتوقف على بدو الصلاح، و انما الكلام فى بدو الصلاح، هل هو عباره عن انعقاد الحب خاصه-و على هذا يتحد الظهور و بدو الصلاح، إذ لا واسطه بينهما-أو انه يشترط مع الانعقاد تناثر الورد؟ ذكره الشيخ فى النهايه و جماعه، أو أن بدو الصلاح كما ذكره فى المبسوط حيث قال: بدو الصلاح مختلف، فان كانت الثمره مما تحمر أو تسود أو تصفر، فبدو الصلاح فيهما حصول هذه الألوان، و ان كانت مما تبيض بأن يتموه، و هو أن ينمو فيه الماء الحلو و يصفو لونه، و ان كان مما لا يتلون مثل التفاح فبان يحلو و يطيب أكله، و ان كان مثل البطيخ فبان يقع فيه النضج.

قال: و قد روى أصحابنا أن التلون يعتبر فى ثمره النخل خاصه، فأما ما يتورد فبدو صلاحه أن ينثر الورد و ينعقد، و فى الكرم أن ينعقد الحصرم، و ان كان مثل القثاء و الخيار الذى لا يتغير طعمه و لا لونه، فان ذلك يؤكل صغارا فبدو صلاحه فيه أن يتناهى عظم بعضه. انتهى.

و قال ابن إدريس بدو الصلاح يختلف بحسب اختلاف الثمار، فان كانت ثمره النخل و كانت مما تحمر أو تسود أو تصفر فبدو الصلاح فيها ذلك، و ان كان خلاف ذلك فحين ينمو فيها الماء الحلو و يصفر لونها، و لا يعتبر التلون و التموه و الحلاوه عند أصحابنا إلا- فى ثمره النخل خاصه، و ان كانت الثمره مما يتورد فبدو صلاحها أن ينثر الورد و ينعقد، و فى الكرم أن ينعقد الحصرم، و ان كان غير

ذلك فحين يحلو و يشاهد و قال بعض المخالفين: ان مثل القثاء و الخيار الذى لا يتغير طعمه و لا لونه فبدو صلاحه أن يتناهى عظم بعضه، و قد قلنا ان أصحابنا لم يعتبروا بدو الصلاح الا فيما اعتبروه من النخل و الكرم، و انتشار الورد فى الذى يتورد. انتهى كلامه (زيد مقامه).

و قال العلامة فى المختلف بعد نقل كلامى الشيخ و ابن إدريس المذكورين:

و هذا كله عندى لا عبره به، لأننا قد جوزنا بيع الثمره قبل بدو صلاحها، نعم بشرط ظهورها. انتهى.

أقول: و الظاهر من كلام الشيخ هو المنع من بيع البطيخ و القثاء و الخيار و نحوها بعد الظهور و قبل بدو الصلاح الذى ذكره الا بشرط القطع، و هذا الشرط و ان لم يذكره هنا، الا انه قد صرح به فى موضع آخر من الكتاب المذكور.

و التحقيق هو ما ذكره ابن إدريس عن أصحابنا من ان بدو الصلاح انما يشترط و يعتبر فى الثلاثه المذكوره فإنه هو الذى وردت به الاخبار، و أما غيرها فحين يتحقق خلقه و يصير معلوما و الله العالم.

المطلب الثالث فى الخضر.

و المشهور بل الظاهر انه لا خلاف فيه انه لا يجوز بيعها قبل ظهورها، و انما يجوز بعد ظهورها لقطه و لقطات، (1) و جزه و جزات فيما يجز كالقول، و فيما

ص: ٣٤٢

١ - ١) قال فى الدروس و المرجع فى اللقطه و الجزه و الخرطه إلى العرف، أقول: الظاهر ان مراده بالنسبه إلى إدراك ذلك الجنس و عدمه مما كان فيه صلاحيه الجزه و اللقطه و عدمها، كما إذا كان صغارا لم يبلغ أو ان الانتفاع به لصغره منه رحمه الله.

يخترط كالحناء و التوت (١)-خرط و خرطات أو أربع-خرطات، و يدل عليه ما رواه

المشايخ الثلاثة في الموثق عن سماعه (٢) في حديث تقدم اوله قال فيه:

«و سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات؟ فقال:

إذا رأيت الورق في شجره فاشتر منه ما شئت من خرطه». و هو ظاهر في انه انما يشتري بعد ظهوره، و انه يجوز شراؤه خرطه واحده و خرطات متعدده.

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن معاوية بن ميسره (٣) قال:

«سألته عن بيع النخل ستين؟ قال: لا بأس به، قلت: فالرطبه يبيعه هذه الجزه و كذا و كذا جزه بعدها؟ قال: لا بأس به، ثم قال: قد كان أبي (عليه السلام) يبيع الحناء كذا و كذا خرطه».

أقول: و هذا الخبر و ان كان مطلقا في الظهور و عدمه، الا أنه مما يجب حمله على الأول، حمل المطلق على المقيد، و أما ما نقل عن ابن حمزه مما يشعر بجواز بيع الجزه الثانيه أو الثالثه على حده، حيث قال: يجوز بيع الرطبه و أمثالها الجزه، أو الثانيه أو جميعا فهو مردود بالخبر الأول الدال صريحا على أنه لا- يجوز البيع الا بعد الظهور جزه أو جزات، و مقتضى ما ذكره جواز البيع قبل الظهور، و هو بيع مجهول، فلا يصح بانفراده بخلاف ما لو ضمها الى الموجود كما دل عليه الخبر.

ص: ٣٤٣

١-١) التوت بالتائين المنقطتين نقطتين، من فوق، و قيل بالتاء و التاء المثلثه منه رحمه الله.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٦ التهذيب ج ٧ ص ٨٦ الفقيه ج ٣ ص ١٤٣.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٧ التهذيب ج ٧ ص ٨٦.

و فىه مسائل

[المسأله] الأولى لو باع الأصول بعد انعقاد الثمره [و قبلها]

لم تدخل فى المبيع الا- بالشرط، و أما قبله فتدخل و ان كان وردا خلافا للشيخ (١) و متى لم تدخل فى المبيع فالواجب على المشتري إبقاؤها إلى أو ان بلوغها، و يرجع فى ذلك الى ما هو المتعارف فى تلك الأشجار من حد البلوغ، هذا على المشهور فى غير النخل.

أما النخل إذا بيع فإنه يفرق فيه بالتأبير و عدمه، فإن أبرت ثمرته فهى للبائع و ان كان قبل التأبير فهى للمشتري، و الظاهر أنه لا خلاف فيه.

و يدل عليه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن يحيى بن أبى العلاء (٢) قال:

« قال أبو عبد الله (عليه السلام): من باع نخلا- قد لقح فالثمره للبائع الا- أن يشترط المبتاع، قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بذلك.»

و عن غياث بن إبراهيم (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

« قال أمير المؤمنين (عليه السلام): من باع نخلا قد أبره فثمرته «للذى باع» الا أن يشترط المبتاع، ثم قال: ان عليا (عليه السلام) قال: قضى به رسول الله (صلى الله عليه و آله)».

و ما رواه

فى الكافى عن عقبه بن خالد (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

»

ص: ٣٤٤

انتهى.منه رحمه الله.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٧ التهذيب ج ٧ ص ٨٧.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٧ وفيه (للبيع) التهذيب ج ٧ ص ٨٧.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٨ التهذيب ج ٧ ص ٨٧.

قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) أن ثمر النخل للذى أبرها الا أن يشترط المبتاع».

و انما الخلاف فيما عدا النخل، و فى النخل فى الانتقال بغير المبيع، فان ظاهر المشهور هو ما قلناه من أن الثمره للبائع، لا تدخل فى المبيع، للأصل و عدم شمول اللفظ لها، الا ان يصرح بدخولها.

و قال الشيخ فى النهايه: إذا باع نخلا- قد أبر و لقح فثمرته للبائع الا- أن يشترط المبتاع الثمره، فإن شرط كان على ما شرط، و كذلك الحكم فيما عدا النخل من شجر الفواكه، و كذا قال الشيخ المفيد على ما نقل عنه فى المختلف، و ظاهره كما ترى اجراء الحكم المذكور فى غير النخل، و تأول ابن إدريس فى السرائر كلامه بأن قصد الشيخ من ذلك أن الثمره للبائع، لأنه ما ذكر الا ما يختص بالبائع، و لا اعتبار عند أصحابنا بالتأبير إلا فى النخل، فأما ما عداه متى باع الأصول و فيها ثمره فهى للبائع الا ان يشترطها المشتري، سواء لقحت و أبرت أو لم تلقح.

و أنت خبير بان كلامه فى المبسوط لا يقبل ما ذكره من التأويل، حيث قال:

إذا باع القطن و قد خرجت جوزته فان كان قد تشقق فالقطن للبائع الا- أن يشترطه المشتري، و ان لم يكن تشقق فهو للمشتري، قال: و ما عدا النخيل و القطن فهو على أقسام أربعة أحدها- ما يكون ثمرتها بارزه لا فى كمام و لا ورد، كالعنب و التين، فإذا باع أصلها فإن كانت الثمره قد خرجت فهى للبائع، و الا فهى للمشتري.

الثانى- أن يخرج الثمره فى ورد، فان باع الأصل بعد خروج وردها فان تناثر الورد و ظهرت الثمره فهى للبائع، و ان لم يتناثر وردها و لم تظهر الثمره و لا بعضها فهى للمشتري.

الثالث- ان يخرج فى كمام كالجوز و اللوز مما دونه قشر يواريه إذا ظهر ثمرته

فالثمره للبائع.

الرابع- ما يقصد ورده كشجره الورد و الياسمين، فإذا بيع الأصل فإن كان ورده قد تفتح فهو للبائع، و ان لم يكن تفتح و انما هو جنبذ فهو للمشتري. و تبعه فى ذلك ابن البراج، و ابن حمزه عمم الحكم أيضا فى النخل و الشجر، و محل المخالفه فى القطن بعد خروج جوزته و قبل تشققها و فى الورد قبل تفتحه، و الابقى كلامه موافق لما عليه الأصحاب من التفصيل بالظهور و عدمه.

و قال فى المبسوط أيضا: إذا باع نخلا قد طلع فان كان قد أبر فثمرته للبائع، و ان لم يكن قد أبر فثمرته للمشتري، و كذلك إذا تزوج بامرأه على نخله مطلعها، أو يخالغ امرأه على نخله مطلعها، أو يصالح رجلا فى شىء على نخله مطلعها أو يستأجر دارا مده معلومه بنخله مطلعها، قال: فجميع ذلك ان كان قد أبر فثمرته باقيه على ملك المالك الأول، و ان لم يكن قد أبر فهو لمن انتقل اليه النخل بأحد هذه العقود. انتهى.

و تبعه ابن البراج فى ذلك، و هو ظاهر فى قياس ما عدا البيع فى النخل- من عقود المعاوضات- على البيع، مع ان مورد النص كما تقدم انما هو البيع خاصه و الأصل كما عرفت بقاء الثمره على ملك مالكةا، خرج منه ما دل النص عليه، و هو البيع خاصه، فيبقى الباقي على أصله.

و لهذا اعترضه ابن إدريس هنا، فقال بعد نقل كلامه المذكور: قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب: و هذا الذى ذكره (رحمه الله عليه) مذهب المخالفين لأهل البيت (عليهم السلام) لان جميع هذه العقود الثمره فيها للمالك الأول، سواء أبر أم لم يؤبر، بغير خلاف بين أصحابنا، و المخالف حمل باقى العقود على عقد البيع و قاسها عليه، و القياس عندنا باطل بغير خلاف بيننا الى آخره.

المسأله الثانيه [جواز استثناء ثمره شجره أو حصه مشاعه و نحوهما]

-الظاهر أنه لا خلاف فى جواز أن يشترط استثناء ثمره شجره

ص: ٣٤٦

أو شجرات بعينها، أو يستثنى حصه مشاعه كالنصف أو الثلث مثلا، وكذا استثناء جزء معين من شجره، كغندق معين من نخله، والمشهور جواز استثناء أرتال معينه، خلافا لأبي الصلاح، مستندا الى حصول الجهل بقدر المبيع حيث لا يعرف قدره جملة.

و يدل على المشهور ما رواه

فى الفقيه عن حماد بن عيسى عن ربعى (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

فى الرجل يبيع الثمره ثم يستثنى كيلا- و تمرا قال: لا- بأس به؟ قال: و كان مولى له عنده جالسا فقال المولى: انه ليبيع و يستثنى أو ساقا- يعنى أبا عبد الله (عليه السلام)- قال: فنظر اليه و لم ينكر ذلك من قوله.

و حينئذ فإن سلمت الثمره فالأمر واضح بأن يأخذ المستثنى ما استثناءه، و للمشتري الباقي، و ان خاست و تلف بعضها فان كان ذلك فى صوره استثناء شجره أو شجرات فلا اشكال، لامتياز المبيع منها، و أما فى صوره الحصه المشاعه فالأمر أيضا واضح.

و أما فى صوره الأرتال المعلومه فإن الساقط يكون بالنسبه بأن يخمن ثمره البستان على تقدير السلامه تنسب إليه الأرتال المعلومه، ثم تؤخذ بتلك النسبه من الباقي، فإذا خمن بقدر معلوم على تقدير السلامه نسبت إليه الأرتال المعلومه، بأن يكون ربعا أو خمسا أو نحو ذلك، ثم يؤخذ بتلك النسبه من الثمره الباقيه، بأن يؤخذ ربعها أو خمسها كما فى المثال المذكور.

المسأله الثالثه [إذا باع ما بدا صلاحه فأصيب قبل قبضه]

اشاره

قالوا إذا باع ما بدا صلاحه فأصيب قبل قبضه كان من مال بايعه، و كذا لو

ص: ٣٤٧

أُتلفه البائع، و إن أصيب البعض أخذ السليم بحصته من الثمن، و لو أُلّفه أجنبي كان كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع و مطالبه المتلف، و لو كان بعد القبض - و هو التخليه - لم يرجع على البائع بشيء على الأُشبه، و لو أُلّفه المشتري في يد البائع استقر العقد، و كان الإلتلاف كالقبض، و كذا لو اشترى جاريه و أعتقها قبل قبضها.

أقول: و الكلام في هذه المسألة يقع في مواضع

الأول [مبنا الحكم بتلفه من مال البائع]

ما ذكر من أن تلفه قبل القبض يكون من مال البائع إذا كان التلف بآفه و نحوها، فإنه مبني على القاعده المشهوره، من أنه مضمون على البائع قبل القبض، و المعنى أنه يفسخ العقد من حينه، و تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسه من المقام الثاني في أحكام الخيار (1) و ذكرنا ثمه معارضه هذه القاعده بالقاعده الداله على أن المشتري يملك المبيع بالعقد.

و أما ما ذكر من أن الحكم كذلك لو أُلّفه البائع فهو خلاف ما هو المشهور بينهم، كما قدمناه ذكره في المسألة المشار إليها من أن الحكم هنا انما هو تخير المشتري بين الرجوع بالثمن بأن يفسخ العقد، و بين مطالبه المتلف بالمثل أو القيمه سواء كان البائع أو الأجنبي، و لهذا قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك هنا بعد ذكر القول المذكور: و الأقوى تخير المشتري بين الفسخ، و إلزام البائع بالمثل، أما الفسخ فلان المبيع مضمون على البائع قبل القبض، و اما إلزامه بالعوض فلأنه أُلّف ماله، لان المبيع قد انتقل إلى المشتري و ان كان مضمونا على البائع كما لو أُلّفه الأجنبي، تمسكا بأصاله بقاء العقد، و اقتصارا بالانفساخ على موضع الوفاق. انتهى.

أقول: و قد تقدم في المسألة المشار إليها أنفا ما في هذا الكلام من تطرق الإيراد، فإن قضيه كونه قبل القبض مضمونا على البائع الاقتصار على الفسخ و عدم

ص: ٣٤٨

١ - ١) ص ٧٧.

الرجوع بالمثل لبطلان العقد بالتلف، وقضيه كون المبيع ينتقل بالعقد إلى المشتري- و يكون ملكا له- هو عدم الرجوع على البائع بوجه، الا- أنه حيث كان ظاهرهم الإجماع على كل من القاعدتين جمعوا بينهما بما ذكر، كما يشير إليه قوله «و اقتصارا بالانفساخ على موضع الوفاق».

الثاني

-ما ذكر «من أنه لو كان بعد القبض و هو التخليه» الى آخره فإنه لا ريب أن مقتضى قاعده البيع أنه بعد القبض لا يرجع على البائع بشيء، و هو المشهور في كلامهم بأى نوع كان من أنواع التلف المذكوره، الا أنه قد نقل في المسالك عن بعض الأصحاب أنه ذهب هنا الى أن الثمره على الشجره مضمونه على البائع و ان أقبضها بالتخليه، نظرا الى أن بيعها بعد بدو صلاحها بغير كيل و لا وزن على خلاف الأصل، لأن شأنها بعده النقل، و الاعتبار بالوزن أو الكيل بالقوه القريبه من الفعل، و انما أجاز بيعها كذلك للضروره، و يراعى فيها السلامه و على هذا فيحتمل أن يكون قوله «على الأشبه» متعلقا بقوله «لم يرجع» و يكون إشاره الى هذا القول، و يحتمل أن يكون متعلقا بقوله «و هو التخليه»، حيث أنه كما تقدم قد وقع الخلاف في القبض، هل هو عباره عن التخليه مطلقا، أو من الكيل أو الوزن في المكيل و الموزون؟ و هذه الثمره بعد بدو صلاحها قد صارت صالحه للاعتبار بهما، و حينئذ فيكون فيه تنبيه على اختياره القول بالتخليه مطلقا، كما هو أحد القولين المذكورين.

الثالث

ما ذكره بقوله «و لو أتلفه المشتري في يد البائع» الى آخره، لا يخفى ان إتلاف المشتري في الصورة المذكوره ان كان بإذن البائع فهو قبض، يترتب عليه أحكام القبض مطلقا، و ان كان بغير اذنه و هو الظاهر من العبارة، فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشتري بالإتلاف و ان لم يكن باقى أحكام القبض مترتبه عليه، لان الغرض هنا بيان عدم الرجوع على البائع، و حيث انتقل الضمان اليه فلا رجوع.

قيل: و إنما شبه الإلتلاف هنا بالقبض و لم يجعله قبضا لأن الإلتلاف قد يكون بمباشره المشتري، فيكون قبضه حقيقه، و قد يكون بالتسيب فيكون في حكم القبض خاصه.

الرابع

- ما ذكره من قوله «و كذا لو اشترى جاريه» الى آخره و الغرض منه التنبيه على ان العتق مثل الإلتلاف في كونه قبضا، و يكون العتق صحيحا لتقدم الملك و الله العالم.

المسأله الرابعه [حكم المزابنه و المحاقله]

اشاره

- لا- خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في جواز بيع الثمره في أصولها بالأثمان و العروض، و لا اشكال فيه، و عليه يدل عموم الأخبار المتقدمه، و إنما الممنوع منه بيع ثمره النخل بمثلها من تلك النخله، أو غيرها على الخلاف الاتي، و كذا الزرع بحنطه منه أو غيره، و هو المسمى بالمحاقله و المزابنه و تفصيل هذا الإجمال يقع في مواضع

الأول [معنى المزابنه و المحاقله]

- ينبغي ان يعلم ان المزابنه مفاعله من الزين و هو الدفع، و منه الزبانيه، لأنهم يدفعون الناس في النار، قيل:

سميت هذه المعامله بذلك لأنها مبنيه على التخمين، و الغبن فيها كثير، فكل من البائع و المشتري يريد دفعه عن نفسه إلى الآخر فيتدافعان.

و المحاقله مفاعله من الحقل: و هي الساحه التي يزرع فيها، قيل: سميت هذه المعامله بذلك لتعلقها بزرع في حقل، فأطلق اسم الحقل على الزرع مجازا، من باب إطلاق اسم المحل على الحال، أو المجاور على مجاوره، فكأنه باع حقلا بحقل، و تحريمهما في الجملة إجماعى منصوص.

الثانى [مورد استعمال المزابنه و المحاقله]

المفهوم من كلام أكثر الأصحاب، و كذا من كلام جملة من أهل اللغه أن المزابنه مختصه بالنخل، و المحاقله بالزرع، و المفهوم من صحيحه عبد الرحمن ابن أبى عبد الله (1) و موثقتة الآيتين عكس ما ذكروه، و هو أن المحاقله في النخل، و المزابنه في الزرع، و كأن الأصحاب و كذا أهل اللغه بنوا فيما ذكروه على وجه

ص: ٣٥٠

المناسبه المذكور فى الموضوع الأول، و بعض مشايخنا المحدثين من المتأخرين (١) لذلك - حمل موثقه عبد الرحمن - الصريحه فى ذلك - على السهو من الراوى، و لله در المحدث الكاشانى فى الوافى حيث قال ذيل الموثقه المذكوره: عكس ابن الأثير فى نهايته هذا التفسير، و لا ينبئك مثل خبير.

و العجب من صاحب الوسائل انه تبع الأصحاب فيما ذكروه، فقال: باب أنه لا يجوز بيع ثمره النخل بتمر منه، و هى المزابنه، و لا بيع الزرع بحب منه و هى المحاقله، ثم أورد فى الباب روايتى عبد الرحمن (٢) المشار إليهما، و لم يجب عنها بشىء، مع أنها ظاهرتان فى خلاف ما عنوان به الباب، نعم أورد فى الباب أيضا روايه من كتاب

معانى الأخبار مسنده برجال من العامه عن ابى عبيد القاسم بن سلام (٣) بإسناده إلى النبى (صلى الله عليه و آله)

انه نهى عن بيع المحاقله و المزابنه، فالمحاقله بيع الزرع و هو فى سنبله بالبر، و المزابنه، بيع الثمر فى رؤوس النخل بالتمر.

أقول: من المحتمل قريبا ان هذا التفسير انما هو عن ابى عبيد المذكور، كما صرح به الصدوق فى غير موضع من الكتاب المذكور، و مع تسليم كونه من النبى (صلى الله عليه و آله) فهو لا يعارض ما قدمناه من الاخبار، خصوصا مع كون سنده انما هو رجال العامه.

ص: ٣٥١

١- ١) هو شيخنا الشيخ على بن سليمان البحرانى فى حواشيه على التهذيب حيث قال: المعروف عند أهل اللغة - على خلاف بينهم و كذا عند الفقهاء من الخاصه و العامه - ان المزابنه بيع ثمر النخل و الشجر من جنسه، و المحاقله بيع الزرع بحنطه أو شعير، فلعل ما فى الروايه سهو من الراوى و الله يعلم. انتهى منه رحمه الله.

٢- ٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بيع الثمار.

٣- ٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بيع الثمار.

الثالث [هل يعم حكم المزابنه و المحاقله غيرهما؟]

-لا- خلاف بين الأصحاب فى تحريم بيع الثمره بتمر منه، و الزرع بعد بدو صلاحه بحنطه منه، و انما الخلاف فيما إذا كان من غيره، فقبل بالاختصاص و هو المتفق عليه، و خصوا المزابنه و المحاقله المتفق على تحريمها بذلك، و قيل بالعموم، و أن الاسمين المذكورين مراد بهما الأعم مما إذا كان منه أو من غيره و لو كانت مطروحه على الأرض، و الظاهر أنه المشهور.

و استند القائلون بالعموم إلى

صحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله (١) (عليه السلام) قال:

«نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن المحاقله و المزابنه، قلت و ما هو؟ قال أن تشتري حمل النخل بالتمر، و الزرع بالحنطه».

و موثقه عن ابى عبد الله (عليه السلام)، قال:

نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن المحاقله و المزابنه فقال: المحاقله بيع النخل بالتمر و المزابنه بيع السنبل بالحنطه». و هما ظاهرتان فى كون كل من التمر و الحنطه أعم من أن يكونا من المبيع أو غيره و الثانيه صريحه فيما قدمناه من ان المحاقله انما هى فى النخل، و المزابنه فى الزرع، خلاف ما هو المشهور بين الأصحاب.

و استند القائلون بالتخصيص الى ما دل على جواز البيع بتمر غير ما فى المبيع و منه

حسنه الحلبي (٢) أو صحيحته قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام) فى رجل قال لآخر: بعنى ثمره نخلك هذا الذى فيها بقفيزين من تمر أو أقل أو أكثر يسمى ما شاء فباعه؟ قال: لا بأس به».

و ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي (٣) قال:

« سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن بيع حصائد الحنطه و الشعير و سائر الحصائد؟

ص: ٣٥٢

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٤٣.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٦.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٥.

قال: حلال فليبعه بما شاء». و هو و ان كان عاما لما لو كان الثمن من جملة المبيع الا انه يجب استثنائه بالنص و الإجماع، و جملة الأخبار الدالة على التحريم فيما لو كان من المبيع، و الجواز من غيره.

و منه ما رواه

الشيخ فى الحسن عن الحسن بن على الوشاء (١) قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل اشترى من رجل أرضا جريانا معلومه بمأه كر على أن يعطيه من الأرض، فقال: حرام، قال: فقلت له فما تقول جعلت فداك أن اشترى منه الأرض بكييل معلوم و حنطه من غيرها؟ قال: لا بأس». و المراد زراعه الأرض،

و رواه بسند آخر أيضا عنه (عليه السلام) قال:

سألت الرضا (عليه السلام) الحديث.

و مما يدل أيضا على الجواز فيما لو كان من غير المبيع أيضا ما رواه

الشيخ فى الموثق عن الكنانى (٢) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: ان رجلا كان له على رجل خمسة عشر و سقا من تمر و كان له نخل فقال له: خذ ما فى نخلى بتمرك فأبى أن يقبل، فأتى النبى (صلى الله عليه و آله) فقال: يا رسول الله (صلى الله عليه و آله) ان لفلان على خمسة عشر و سقا من تمر، فكلمه أن يأخذ ما فى نخلى بتمره، فبعث اليه رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال: يا فلان خذ ما فى نخله بتمرك، فقال يا رسول الله لا يفى و أبى أن يفعل، فقال رسول الله (صلى الله عليه و آله) لصاحب النخل: اجذذ نخلك، فجزه، فكال له خمسة عشر و سقا، فأخبرنى بعض أصحابنا عن ابن رباط و لا أعلم الا انى قد سمعته منه أن أبا عبد الله (عليه السلام) قال: ان ربيعه الرأى لما بلغه هذا عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: هذا ربا: قلت: أشهد بالله انه لمن الكاذبين قال: صدقت».

و الشيخ حمل هذا الخبر على الصلح دون البيع، و كذا العلامة فى المختلف،

ص: ٣٥٣

١-١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٩١.

و أنت خير بما فيه، لأن الدليل غير منحصر في الخبر المذكور، ليخرج بتأويله عن الإشكال، فإن الخبرين الأولين صريحان في البيع، والمسألة كما ترى محل اشكال.

و بعض المحققين احتمل في روايتي عبد الرحمن أن يكون التمر و الحنطة بمعنى تمره و حنطه فيكون الالف و اللام عوضا عن الضمير المضاف إليه، قال:

بل هو المتبادر، و لو أراد العموم لكان التنكير أولى، و هو بتمر و حنطه. انتهى و هو احتمال قريب لا بأس به في مقام الجمع بين الاخبار، لشيوع هذا الاستعمال في الكلام.

و من أخبار المسألة ما رواه

المشايخ الثلاثة في الصحيح عن يعقوب بن شعيب (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يكون له على الآخر ماء كر تمر و له نخل فيأتيه فيقول أعطني نخلك هذا بما عليك فكأنه كرهه». و المراد تمر نخلك و ظاهر هذا الخبر كراهه بيع الثمره بجنسها من غير المبيع.

و يمكن حينئذ الجمع بين الاخبار بتخصيص التحريم بما كان من المبيع، و الجواز على كراهه بما كان من غيره، و يحمل النهي في روايتي عبد الرحمن على ما هو الأعم من التحريم أو الكراهه، و ليس فيه الا ما ربما يقال من عدم جواز استعمال المشترك في معنييه، و هو و ان اشتهر بينهم الا أنه في الاخبار كثير شائع، كما نبهنا عليه في جملة من المواضع في كتاب العبادات، و قد نقلنا ثمة عن الذكري أيضا جواز ذلك.

و من أخبار المسألة ما رواه

في الكافي و التهذيب في الحسن عن الحلبي (2) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال:

«لا بأس أن تشتري زرعاً قد سنبل و بلغ بحنطه». و هذا الخبر كما ترى يدل على جواز المزابنه، و ان كان الثمن من

ص: ٣٥٤

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٩٣ التهذيب ج ٧ ص ١٢٥ الفقيه ج ٣ ص ١٤٢.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤٢.

المبيع، نظرا إلى إطلاق الخبر، وقد تقدم مثله في صحيحه إسماعيل بن الفضل الهاشمي (1) إلا أن يقيد إطلاقه بالإجماع، وروايتي عبد الرحمن المتقدمين، و يمكن حمل النهي في روايتي عبد الرحمن على الكراهه جمعا كما احتمله في الوافي أيضا.

الرابع [مستند تحريم المزابه و المحاقله]

قد استند جملة من الأصحاب القائلين بالعموم الى لزوم الربا في المعاملتين المذكورتين، و هو حرام، فيكون مستند التحريم هو لزوم الربا، لانه بيع ثمرتين ربويتين و هو مكيل، و الغالب التفاوت فيحصل شرط الربا، و لان بيع الربوي مشروط بالعلم بالمساواه، و معلوم انها غير ظاهره هنا، و فيه ان الثمره ما دامت على النخل و الحنطه في الزرع ليس بمكيل، لانه لا- تباع كيلا- و انما تباع بالمشاهده.

و قد عرفت من الروايات المتقدمه جواز البيع بالجنس الذي من غير المبيع و هو ظاهر في عدم الربا في الصوره المذكوره، بل صرح في روايه الكناني بذلك، حيث انها دلت على ان ربيعه الرأي جعل ذلك رأيا، و قد كذبه (عليه السلام) بتقريره الراوي على ما قاله، و قوله له صدقت، و أجاب عنه في المختلف بضعف السند، قال: لأن في طريقه الحسن بن محمد بن سماعه، و هو ضعيف، سلمنا لكن لا دلالة فيه على البيع، بل هو دال على نوع من الصلح و الاستيفاء، و نحن نقول بجوازه.

و فيه ان الرجل المذكور و ان كان واقفيا الا انه ثقه، فحديثه في الموتق و هو يعمل به في غير موضع، و الحمل على الصلح قد عرفت ما فيه.

الخامس [اختلاف العبارات و النصوص في التعبير عن المبيع في المحاقله]

قد اختلفت عبارات الأصحاب (رضوان الله عليهم) و كذا النصوص في التعبير عن المبيع في المحاقله، ففي بعض عبر بالزرع، و في آخر بالسنبيل،

ص: ٣٥٥

و الظاهر ان مراد من عبر بالأول انما هو مع وجود الحب، بان تكون سنبلًا، فيرجع الى الثاني لأنه قبل انعقاد الحب علف يجوز بيعه بكل شيء.

ولهذا قال في المسالك بعد نقل مثل ذلك: و يظهر من كلامهم الاتفاق على ان المراد به السنبل و ان عبروا بالأعم، و قال في التذكرة لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس، لأنه حشيش، و هو غير مطعوم و لا مكيل، سواء تساوى جنسا أو اختلفا، و لا يشترط التقابض في الحال. انتهى.

ثم انه على تقدير التعبير بالسنبل فهل المراد منه الحنطة بالخصوص، أو ما هو أعم منها و من الشعير و الدخن و الأرز و غيرها؟ فيدخل الجميع في المحاقلة إشكال، و بعض تعاريف الأصحاب للمحاقلة بأنها بيع السنبل بحب منه أو من غيره يعطى العموم، و بعض تعاريفها بأنها الحنطة في سنبله بحنطه اما منها أو من غيرها يعطى التخصيص، و ظاهره في التذكرة ان أكثر تعاريف الأصحاب من هذا القبيل و على هذا يدخل فيه الشعير ان جعلناه من جنس الحنطة كما تقدم بيانه سابقا، و علل المنع بالربا، و الا فلا (1).

أقول: و الذى يظهر من روايتى عبد الرحمن المتقدمتين حيث ان الاولى تضمنت تفسير المزابنه ببيع الزرع بالحنطه، و الثانيه السنبل بالحنطه- و هى و ان سميت فى الخبرين بالمزابنه الا أنها هى المحاقلة عند الأصحاب- هو التخصيص بالحنطه دون غيرها من افراد الحبوب، و ليس غير هاتين الروايتين فى الباب فإلحاق ما ذكره من الافراد بالحنطه مشكل.

ص: ٣٥٦

١- ١) قال فى التذكرة ان أكثر تفاسير المحاقلة انها بيع الحنطه فى السنبل بحنطه اما منها أو من غيرها، فيختص بالحنطه و يدخل فيه الشعير ان جعلناه من جنس الحنطه أو عللنا المنع بالربا، و الا- فلا- قال: و فى بعض ألفاظ علمائنا هى بيع الزرع بالحب من جنسه، فيكون ذلك محاقلا. انتهى منه رحمه الله.

نعم من علل بالربا فيمكن الإلحاق إلا انك قد عرفت ما فيه.

السادس هل ينسحب حكم النخل الى غيره من ثمار أشجار الفواكه و غيرها؟

قولان: والأقرب العدم، والوجه فيه ان ما ورد في الاخبار و كلامي متقدمي الأصحاب في تعريف المزابنه يقتضى التخصيص بالنخل، فيبقى غيره على عموم الجواز اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع النص و الوفاق و بطلان القياس.

و ذهب جمع منهم الشهيد فى المعه و الدروس و الشهيد الثانى فى المسالك -بل نقل أنه ظاهر الأكثر- إلى انسحاب الحكم فى غير النخل من الشجر، مستنديين فى ذلك الى أن عله النهى انما هى عدم الأمن من الربا، لانه بيع أحد المتجانسين بالآخر، و هما مكيلان أو موزونان، و احتمال المساواه فى الخرص نادر، فيحرم للتفاضل غالبا، مع أن العله منصوصه فى المنع من بيع الرطب بالتمر، و هى نقصانه عند الجفاف، و هى قائمه فيما نحن فيه، و قد عرفت الجواب عن ذلك.

نعم يبقى الكلام فى العله المنصوصه فى المنع من بيع الرطب بالتمر، و هى نقصانه عند الجفاف، فإنها قائمه هنا، فمن ترجح عنده العمل بالعله المنصوصه يعدى الحكم إلى المساوى فى العله المذكوره، إلا- أن العمل بالعله المنصوصه محل كلام، قد تقدم تحقيقه فى مقدمات الكتاب فى صدر كتاب الطهاره (1) و الله العالم.

المسألة الخامسة [استثناء العريه من حكم المزابنه]

اشاره

قد اتفق القائلون بالعموم فى المزابنه على استثناء العريه، و هى النخله تكون للإنسان فى دار رجل آخر، و قال أهل اللغه و جمله من المتقدمين:

أو بستانه، و استحسنة جمله من المتأخرين، بل قال فى المسالك: أنه متفق عليه، فيجوز بيعها بخرصها تمرا من غيرها، و فى جوازه مع كونه التمر منها إشكال يأتى التنبيه عليه.

و أنت خبير بأنه على ما اخترناه من تفسير المزابنه ببيع ثمره النخل بتمر

ص: ٣٥٧

منها، وأنه هو المحرم، فلا معنى لهذا الاستثناء، بل يكون الرواية الداله على الجواز فى العريه-من قبيل الاخبار التى قدمناها-داله على جواز بيع الثمره النخل بتمر من غيرها، ولكن اشتهر هذا الاستثناء لشهره القول بالعموم بين الخاصه و العامه.

و الأصل فى العريه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن السكونى (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«رخص رسول الله (صلى الله عليه و آله) فى العريا أن تشتريها بخرصها تمرا ثم قال: و العرايا جمع عريه، و هى النخله تكون للرجل فى دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعهها بخرصها تمرا و لا يجوز ذلك فى غيره».

و ما رواه

الصدوق فى كتاب معانى الاخبار عن محمد بن هارون الزنجانى عن على بن عبد العزيز عن القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبى (صلى الله عليه و آله)

أنه رخص فى العرايا، و احدثها عريه و هى النخله التى يعريها صاحبها رجلا محتاجا، و الإعراء أن يبتاع تلك النخله من المعرا بتمر لموضع حاجته، قال: و كان النبى (صلى الله عليه و آله) إذا بعث الخراص قال: خففوا الخرص فان فى المال العريه و الوصيه (٢)».

أقول: و الروايتان المذكورتان فى طريقهما رجال العامه، و الحكم بالعموم فى المزابنه و استثناء العريه منه مذهب العامه، الا أن الحكم أيضا فى الموضوعين مشهور بين أصحابنا على ما تقدم من الخلاف فى الأول، و قوله فى الخبر الأول «و لا يجوز ذلك فى غيره» يحتمل أن يكون المراد: أى فى غير ما يكون فى دار رجل آخر، و على هذا ففيه دلالة على ضعف ما تقدم نقله عنهم من اضافه البستان الى الدار، و يحتمل أن يكون المراد: أى غير النخل إذا كان فى دار رجل آخر، و على هذا ففيه دلالة على اختصاص العريه بالنخل دون غيره من الشجر، و الظاهر أنه موضع اتفاق،

[فوائد]

إشارة

و تمام تحقيق الكلام فى المقام يتوقف على بسطه فى فوائد.

ص: ٣٥٨

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢٧٥ التهذيب ج ٧ ص ١٤٣.

٢- ٢) الوسائل الباب-١٣- من أبواب بيع الثمار الرقم-٥.

قد شرطوا فى بيع العريه شروطا أحدها-كون البيع على ذى الدار و البستان لا على غيرهما، و ثانيها-كونها واحده فى كل بستان أو دار، فلو كان لمالك واحد اثنتان فى دار أو بستان، لم يجز بيع ثمرتهما و لا ثمره أحدهما، لعدم صدق العريه فى هذه الصوره نعم لو تعددت الدار أو البستان جاز تعددها من الواحد.

و ثالثها-و الخرص و التخمين فى ثمره النخله، كما دل عليه الخبر.

رابعها-عدم التفاضل وقت العقد، لظاهر الخبر الدال على اعتبار المساواه و لزوم الربا مع التفاضل، و لأن الأصل المنع الا فيما دل عليه النص المذكور، و لا يضر ذلك بعد الجفاف لإطلاق الخبر.

و خامسها-أن يكون الثمن حالا- فلا- يجوز تأجيله، و ان لم يقبض فى المجلس، خلافا للشيخ فى المبسوط حيث شرط التقابض (1) و هو ضعيف.

و سادسها-كون الثمره على رأس النخله فلو قطعت لم يجز بيعها الا كغيرها من الموزون و المكيل.

أقول: و الظاهر الاستغناء عن هذا الشرط، لان فرض المسأله فى العريه، و هى التى تباع ثمرتها بالخرص، و هو ظاهر.

و سابعها-كون الثمن من ثمره النخل، و فيه ما فى سابقه من انه مستغنى عنه

ص: ٣٥٩

١- ١) قال فى المبسوط: شرط بيع العريه أمران، أحدهما المماثله من طريق الخرص بين ثمره النخله عند صيرورتها تمرا و بين التمر الذى هو الثمن، و الثانى التقابض قبل التفرق و قال ابن إدريس لا يشترط التقابض نعم يشترط الحلول. احتج الشيخ بأن ما فيه الربا لا- يجوز التصرف فيه قبل التقابض و منع ابن إدريس ذلك إلا فى الصرف، قال فى المختلف: و هو الأقوى. لنا الأصل عدم الاشتراط. انتهى. أقول: الأمر الأول فى عبارته إشاره إلى الشرط الرابع الذى ذكرناه منه رحمه الله.

ايضا،لما عرفت في تعريف العريه.

و ثامنها-كون الثمن من غيرها قال في المسالك:و هو المعروف في المذهب،و نقل في المختلف عن ابن حمزه ان ظاهر كلامه تحريم العريه بتمر منها،بل يجوز بغيرها،ثم قال:و لا- بأس به،و الا-لزم ان يكون الثمن و المثلن واحدا،ثم احتمل الجواز عملا بإطلاق الاذن،و لوجود المقتضى و هو الرخصه انتهى (1)و هو جيد فان قوله في الخبر«بييعها بخرصها تمرا»متناول لموضع النزاع، أو هو أعم من كونه منها أو من غيرها،و لهذا يظهر من المحقق الأردبيلي الميل الى ذلك لو صح النص الوارد في المسأله.

الثانيه [الخلاف في موضع النخله هنا]

قد عرفت ان مورد الخبر الأول بالنسبه إلى موضع النخله انما هو الدار و الأصحاب كما تقدم ألحقوا البستان أيضا و هو محل اشكال،و ان كان ظاهرهم الاتفاق على ذلك،كما يشعر به كلامه في المسالك.

نعم خير كتاب معانى الأخبار مطلق،فيمكن الاستناد إلى إطلاقه في ذلك، ثم انهم صرحوا بان المراد بالدار أو البستان ما هو أعم من المملوك و المستأجر و المستعار،لصدق الإضافه في الجميع،و زاد في المسالك اشتراك الجميع في العله،و هي مشقه دخول الغير عليهم.

أقول:هذا التعليل الأخير انما يتم في الدار دون البستان،كما هو ظاهر، و فيه نوع تأييد لما قدمناه من الاقتصار في الحكم على الدار،و يؤيد أنه حكم

ص : ٣٦٠

١- ١) قال:و لو وجدت صحيحه صريحه لجاز الاستثناء من المزابنه بالمعنى الذى قلناه أيضا تعبدا،و لكن ما رأيتها،فلا يجوز هذا الاستثناء الأعلى المعنى العام القائل به العامه الذين هم أصل هذه المسأله.انتهى أقول و المراد بالمعنى الذى قاله هو ما اختاره من تفسير المزابنه بالمعنى الأخص-منه رحمه الله.

على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتحقق.

الثالثه [عدم وجوب التماثل في الخرص بين ثمرتها بعد الجفاف و ثمنها]

-إطلاق النص و الفتوى يقتضى أنه لا- يجب التماثل في الخرص بين ثمرتها بعد الجفاف و ثمنها،بمعنى أنه لا يجب مطابقه ثمرتها جافه للتمر بل المعتبر في الجواز بيعها بظن الخارص و تخمينه لها تمرا،يعنى أن ما فيها من البسر و الرطب إذا جف يبلغ هذا القدر تمرا فتباع ثمرتها بهذا المقدار تمرا من غيرها أو منها مع الاحتمال المتقدم،و لا يجب مطابقه هذا التقدير الثمره بعد الجفاف،بحيث أنه لو زادت أو نقصت عن ذلك بطل البيع،بل البيع صحيح،و ان لم تحصل المطابقه و قيل:يعتبر المطابقه فلو اختلفا تبين بطلان البيع،و الظاهر ضعفه لإطلاق النص بما ذكرناه،و يأتي على هذا القول أنه لا يجوز التصرف في ثمره التخله بالأكل و نحوه،حتى يستعلم المطابقه و عدمها بالجفاف،و إطلاق النص بدفعه، هذا هو المشهور في معنى عدم وجوب المماثله بين ثمرتها و ثمنها.

و قال العلامة في التذكرة:ان المعتبر المماثله بين ما عليها رطبا،و بين الثمن تمرا،فيكون بيع رطب بتمر متساويا،و جعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساويين.

الرابعه [عدم العريه في غير النخل]

الظاهر أنه لا خلاف في عدم العريه في غير النخل،بل نقل في المسالك الاتفاق على ذلك،قال:و انما يظهر الفائدة لو منعنا من بيع ثمر باقى الشجر بجنسه جافا كما هو المختار،و أما على ما ذهب اليه المصنف من الجواز،فمتى نفى العريه أنه لا خصوصيه لها حتى يتقيد بقيودها،بل يجوز بيع الثمره اتحد الشجر أم تعدد،في الدار و غيرها بجنس ثمرها متماثلا انتهى.و ملخصه أن العريه كما عرفت مستثناه من المزابنه،و الاستثناء انما يتجه على القول بالعموم في المزابنه للنخل و غيره،كما اختاره(قدس سره)وقبله الشهيد حسبما قدمنا ذكره و الله العالم.

المسأله السادسه [في القباله]

-لو كان بين اثنين أو أكثر نخل أو شجر فيتقبل بعضهم

بحصه الباقيين بشيء معلوم كان جائزا، وليس هذا من قبيل البيع، وإنما هي معاوضه مخصوصه تسمى بالقباله و هي مستثناه من المزابنه و المحاقله.

و الأصل فيها جمله من الاخبار، منها ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) بطرق عديده فيها الصحيح و غيره، عن يعقوب بن شعيب (1) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه اما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى أو تعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص، و اما ان آخذه انا بذلك؟ و أرده عليك قال: لا بأس بذلك» و في بعض روايات الخبر بحذف «و أرد عليك».

و ما رواه

في الكافي. في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (2)

«قال أخبرني أبو عبد الله (عليه السلام) ان أباه (عليه السلام) حدثه ان رسول الله (صلى الله عليه و آله) اعطى خيبرا بالنصف أرضها و نخلها فلما أدركت الثمره بعث عبد الله بن رواحه، فقوم عليهم قيمه، فقال لهم: اما ان تأخذوه و تعطوني نصف الثمن، و اما ان أعطيكم نصف الثمن و آخذه، فقالوا بهذا قامت السموات و الأرض». و في التهذيب عوض «الثمن» في الموضوعين «الثمره» و الظاهر ان ما في التهذيب هو الأقرب قال في الوافي بعد ذكر ذلك: و الثمن أوفق للقيمه، و الثمره انسب بالخرص، كما يأتي.

و عن ابي الصباح الكناني (3) في الصحيح قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: ان النبي (صلى الله عليه و آله) لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف فلما بلغت الثمره بعث عبد الله بن رواحه إليهم فخرص عليهم فجاءوا إلى النبي

ص: ٣٦٢

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٩٣ مع اختلاف يسير التهذيب ج ٧ ص ٩١ الفقيه ج ٣ ص ١٤٢.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٦ التهذيب ج ٧ ص ١٩٣.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧.

(صلى الله عليه و آله) فقالوا له: قد زاد علينا فأرسل الى عبد الله بن رواحه فقال:

ما يقول هؤلاء فقال: قد خرصت عليهم بشيء فإن شأؤوا يأخذون بما خرصنا و ان شأؤوا أخذنا، فقال رجل من اليهود: بهذا قامت السموات و الأرض».

و الظاهر أن ما اشتملت عليه هذه الروايات بالدخول تحت الصلح أنسب، و بذلك صرح فى الدروس: قال فى المسالك: و ظاهر الأصحاب ان الصيغه تكون بلفظ القبالة، و ان لها حكما خاصا زائدا على البيع و الصلح، يكون الثمن و المثلن واحدا و عدم ثبوت الربا زاد أو نقص، و وقوعه بلفظ التقييل، و هو خارج عن صيغتي العقدين و فى الدروس أنه نوع من الصلح، و لا دليل عليه، كما لا دليل على ابقاعه بلفظ التقييل أو اختصاصه به، و انما المعلوم من الروايه أنه معامله على الثمره، و انه لازم بحيث يملك المتقبل الزائد، و يلزمه لو نقص. انتهى.

أقول: اما نفى البيع عن هذه المعامله فظاهر لما ذكره، و اما نفى الصلح فغير ظاهر، لانه لا ينحصر فى لفظ الصلح و ان اشتهر ذلك بينهم، بل يصح ذلك بأى لفظ أفاد فائدته، و مرجع هذه المعامله إلى التراضى بين الشريكين بأن يأخذ كل منهما نصف ذلك المشترك مثلا، بمعنى ان ما يستحقه أحد الشريكين فى ذلك النصف الذى لشريكه، عوض ما يستحقه الآخر فى النصف الآخر، و هذا هو الصلح بلا اشكال، و الربا مخصوص بالبيع كما تقدم، فلا يضر فى هذه المعامله و نحوها.

ثم ان جمله من الأصحاب -منهم العلامة فى الإرشاد و الشهيد فى الدروس قيدا هذه المعامله بشرط السلامه، قال المحقق الأردبيلي (قدس سره) فى شرح الإرشاد فى شرح قول المصنف «و التقييد بشرط السلامه» ما لفظه: ظاهر المتن أنه مشروط لزومه بالسلامه من الالفه، فلو نقص بها له أن لا - يعطى إلا - حصه الشريك مما حصل، و ان زاد فالزيادة له، و يحتمل أن يكون المراد بالشرط عدم الالفه، بحيث تذهب بالكلية (1)

ص: ٣٤٣

١ - ١) قال: و يجوز تقييل الشريك بحصه صاحبه من الثمره بخرص معلوم و ان كان منها، و هو نوع من الصلح لا بيع، و قراره مشروط بالسلامه. انتهى و ظاهره انه لو هلك الثمره بأجمعها فلا شىء على المتقبل و دليله غير واضح، بل ظاهر إطلاق الاخبار الواردة فى المسأله خلاف ذلك لما ذكرناه فى الأصل -منه رحمه الله.

و هو بعيد، و الظاهر أن المراد الأعم، لكن لا يشمل النقص الذى حصل من التخمين و الغلط فيه، مع انه محتمل، و يحتمل ان يكون السلامه كناية عن الموافقه من غير زياده و نقصان، فيكون النقص و الزيادة مشتركا بينهما و الظاهر من الروايه هو اللزوم مطلقا، فكأنه راجع الى معامله تكون بحسب الطالع النقص و الزيادة سواء بسواء، انتهى، و ما ذكره من الظاهر من الروايه هو الظاهر الذى يقتضيه إطلاق النصوص المتقدمه.

و أورد ابن إدريس على أصل الحكم بأن هذا التقييل ان كان بيعا لم يصح، لكونه مزابنه، و ان كان صلحا لم يصح، لكون العوض مشروطا من نفس الثمره للغرر و ان كان فى الذمه فهو لازم، سواء بقيت الثمره أو تلفت.

و أوجب بالتزام كونه صلحا و الغرر محتمل للنص، و حينئذ فإذا تلف منه شىء يلزم تلف بعض العوض المشروط، فإذا لم يتحقق ضمانه لم يجب العوض، و أوجب أيضا بالتزام انه ليس بصلح و لا بيع، بل هو معامله خاصه ورد بها النص فلا يسمع ما يرد على طرفى الاحتمال لخروجها عنهما.

أقول: و الجواب الثانى لا يخلو من قوه و ان كان الأول أيضا بالتقريب الذى قدمناه ممكن، و الله العالم.

المسأله السابعه [جواز بيع الزرع قائما على أصوله]

- المشهور انه يجوز بيع الزرع قائما على أصوله، سواء بلغ الحصاد أم لا، أو قصد قصله أم لا، لانه عين مملوكه قابله للنقل، و نقل عن الصدوق المنع الا ان يكون سنبلا أو قصد قطعه، و كذا يجوز بيعه محصودا و ان لم يعلم

قدر ما فيه، لأنه حينئذ غير موزون و مكيل، فيكفي فيه المشاهده، و كذا يجوز بيعه قصيلا اى يباع بشرط القطع، لعلف الدواب و نحوه، و حينئذ فإذا باعه كذلك و جب على المشتري قصله حسب الشرط، فلو يقصله تخير البائع بين قصله و تفرغ أرضه منه، لأنه ظالم «و لا عرق لظالم» (١) و بين تركه و المطالبه بأجره الأرض عن المده التى بقى فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق، أو المده التى تراضيا على اشتراطها للفصل مع التعيين.

و لو وقع الشراء لأجل الفصل قبل أو ان قصله، و جب على البائع الصبر إلى أوانه مع الإطلاق، أو الى المده المعينه ان وقع التعيين، و مقتضى إطلاق كلام الأ-كثر جواز تولى البائع القطع مع امتناع المشتري، و وجوبه عليه و ان قدر على الحاكم، و رجح بعضهم توقفه على اذن الحاكم، حيث يمتنع المشتري ان أمكن وجود الحاكم، و الا جاز له مباشره القطع دفعا للضرر، أو إبقاؤه و المطالبه بأجره الأرض كما تقدم.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى هذا المقام ما رواه

ثقه الإسلام و الشيخ فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر ثم تتركه حتى تحصده إن شئت أو تعلقه من قبل ان يسنبل و هو حشيش، و قال: لا بأس ايضا ان تشتري زرعاً قد سنبل و بلغ بحنطه».

و عن حريز عن بكير بن أعين (٣) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) أ يحل شراء الزرع الأخضر؟ قال: نعم لا بأس به».

و بالإسناد عن حريز عن زراره (٤) مثله،

«و قال: لا بأس ان اشترى الزرع

ص: ٣٦٥

١-١) المستدرک ج ٣ ص ١٤٩.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤٢.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤٣.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤٣.

أو القصيل أخضر ثم تتركه إن شئت حتى يسنبل ثم تحصده، و إن شئت ان تعلق دابتك قصيلا فلا بأس به قبل ان يسنبل، فاما إذا سنبل فلا تعلقه رأسا فإنه فساد». أقول: رأسا يعني حيوانا.

و عن زراره (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام)

«في زرع بيع و هو حشيش ثم سنبل؟ قال: لا. بأس إذا قال: ابتاع منك ما يخرج من هذا الزرع، فإذا اشتراه و هو حشيش فان شاء أعفاه، و ان شاء تربص به».

و ما رواه

في التهذيب عن سليمان بن خالد (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر، فان شئت تركته حتى تحصده، و ان شئت بعته حشيشاً».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن سماعه (٣) في الموثق قال:

«سألته عن شراء القصيل يشتريه الرجل فلا يقصله و يبدو له في تركه حتى يخرج سنبله شعيراً أو حنطه، و قد اشتراه من أصله» على أن ما به من خراج فهو على العليج» فقال: ان كان اشترط حين اشتراه ان شاء قطعه و ان شاء تركه، كما هو حتى يكون سنبلاً، و الا فلا ينبغي له أن يتركه حتى يكون سنبلاً».

أقول: في قوله «على أن ما به من خراج فهو على العليج» اختلافات في الكتب الأربعة و ما هنا في التهذيب و في الاستبصار «على أربابه خراج أو هو على العليج» و في الكافي «على أربابه فهو على العليج» و في الفقيه. و ما كان على أربابه من خراج فهو على العليج، و المعاني متقاربه و مرجع الجميع إلى أنه اشتراه على أن يكون الخراج على البائع، دون المشتري فان الزراع و الأكره كانوا يومئذ من كفار

ص: ٣٦٦

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٥.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ١٤٤.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٧٥ و لكن فيه «على أن ما به من خراج على العليج» التهذيب ج ٧ ص ١٤٢ الفقيه ج ٣ ص ١٤٨.

العجم، وهم المعروفون بالعلوج.

و روى هذا الخبر أيضا

فى الكافى. و التهذيب بسند صحيح إلى سماعه (١) و زاد فيه

«فان فعل فان عليه طسقه و نفقته، و له ما خرج منه».

و ما رواه

المشاىخ الثلاثة عن سماعه (٢) فى الموثق قال:

«سألته عن رجل زرع زرعاً مسلماً كان أو معاهداً و أنفقه فيه نفقه، ثم بدا له فى بيعه لنقله ينتقل من مكانه أو لحاجه، قال: يشتريه بالورق فإن أصله طعام».

و ما رواه

فى التهذيب. عن معلى بن خنيس (٣) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) اشترى الزرع فقال: إذا كان قدر شبر».

و عن معاوية بن عمار (٤) فى الموثق قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا تشتري الزرع ما لم يسنبل فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك أو ابتعت نخلاً فابتعت أصله و لم يكن فيه حمل لم يكن به بأس».

و ما رواه

فى الفقيه. عن أبى بصير (٥) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن الحنطة و الشعير أشتري زرعه قبل أن يسنبل و هو حشيش؟ قال:

لا، إلا أن تشتريه لقصيل تعلفه الدواب ثم تتركه أن شاء حتى يسنبل».

و ما رواه

فى الكافى، و التهذيب عن إسماعيل بن الفضل (٦) قال:

«سألته أبا عبد الله (عليه السلام) عن بيع حصائد الحنطة و الشعير و سائر الحصائد قال:

حلال فليبعه ان شاء.».

و الكلام فى هذه الاخبار يقع فى مواضع الأول ظاهر أكثر هذه الاخبار الدلالة على صحة ما هو المشهور بين الأصحاب مما قدمنا نقله عنهم، و الظاهر

ص: ٣٦٧

-
- ١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٧٥ التهذيب ج ٧ ص ١٤٢.
 - ٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢٧٥ التهذيب ج ٧ ص ١٤٣.
 - ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ١٤٤.
 - ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٤٤.
 - ٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ١٤٩.
 - ٦-٦) الكافى ج ٥ ص ٢٧٧ التهذيب ج ٧ ص ١٤١.

أن مستند الصدوق فيما تقدم نقله عنه هو روايه أبي بصير المذكوره، حيث انها دلت على النهى عن شراء الزرع قبل أن يسنبل الا أن تشتريه للقصل، فإنه يجوز و ان تركه بعد ذلك حتى يسنبل، و أنت خبير بأنها معارضه بجملة مما تقدم من اخبار المسأله، مثل صحيحه الحلبي أو حسنته، و روايه بكير بن أعين و روايه زراره الاولى و الثانيه و نحوها، فإنها قد اشتركت فى الدلاله على جواز الشراء قبل أن يسنبل، و ان لم يقصد قصله، بل ظاهر صحيحه الحلبي أو حسنته تجويز شرائه بقصد بقاءه حتى يحصد، أو يقصد قطعه لعلف الدواب.

و بالجملة فإن الظاهر هو القول المشهور، و الروايه المذكوره لا- تبلغ قوه فى معارضه ما ذكرنا من الاخبار، و لم أفق على من تعرض للجواب عنها، بل قل من نقل خلاف الصدوق فى هذا المقام، و لا يحضرنى الان وجه للجواب عن الروايه المذكوره، إلا الحمل على الكراهه، بناء على قواعد الأصحاب فى هذا الباب.

الثانى- ما دل عليه موثقه سماعه الأول- من أنه متى اشتراه قصيلا ثم يبدو له فى تركه حتى يخرج سنبله، فإنه لا يجوز ذلك الا أن يكون اشترط الإبقاء، أو الاختيار بين قطعه و إبقائه، و الا فلا يجوز له أن يتركه- هو مستند الأصحاب فيما قدمنا نقله عنهم من أنه متى بيع لأجل القصل فإنه يجب إزالته على الوجه المتقدم، مضافا الى الاخبار العامه فى منع التعدى و التصرف فى ملك الغير بغير الوجه المشروع.

و أما الرضا بذلك و أخذ الأجره على بقاءه تلك المده فيستفاد من أدله آخر فى أمثاله، و لفظ لا ينبغى فى الخبر المذكور مراد به التحريم، كما هو شائع الاستعمال فى الاخبار.

الثالث- ما دل عليه موثق معاويه بن عمار من النهى عن شراء الزرع ما لم

يسنبل ربما أوهم مذهب الصدوق المتقدم ذكره، و ليس كذلك، بل المراد بالزرع فيه انما هو الحاصل، و قد تقدم أنه لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه، و أما إذا اشترى أصله يعنى ما ظهر منه فلا بأس، لكن لا بد من اشتراط إبقائه على البائع، و صحه البيع فى هذه الصورة مما لا اشكال فيها، لان المبيع موجود مشاهد، و ما يحصل منه تابع.

و قيل ان المراد بأصل فى قوله «فإذا كنت تشتري أصله» انما هو البذر المزروع و فى ذكر مثال النخل إشاره الى ذلك، بمعنى ان شراء البذر المزروع مثل شراء النخل فى تبعيه الحاصل للأصل. أقول: و كيف كان فلا بد من اشتراط البقاء ليرتب عليه أخذ الحاصل.

الرابع- ما دل عليه خبر إسماعيل بن الفضل من صحه بيع حصائد الحنطه و الشعير، يمكن أن يكون مستندا لما تقدم نقله عنهم من أنه يجوز بيع الزرع محصودا و ان لم يعلم قدر ما فيه، لانه على تلك الحال ليس بمكيل و لا موزون، و ما دل عليه من جواز بيعه بحنطه أو شعير منه- و هى المزابنه المنهى عنها، الا أن يخصص بما دل على المنع، و قد عرفت مما تقدم فى المسأله و اختلاف الاخبار فيها ما فى ذلك من الاشكال.

الخامس- ما دلت عليه موثقه سماعه الثانيه من الأمر بشراء الزرع بالورق، معللا- بأن أصله الطعام- إشاره إلى حصول الربا المعنوى- ينبغى حمله على ما إذا سنبل و بدا صلاحه، لانه قبل ذلك حشيش لا مانع من بيعه بأى شىء كان، كما تقدم ذكره فى الموضوع الخامس من المسأله الرابعه، و حيثئذ فلا بد من حمله على المحاقله، و هو بيع السنبل بحنطه منه أو من غيره، و أنه لا يباع الا بالورق و نحوه، لئلا يكون محاقله.

إلا أنك قد عرفت ورود جواز ذلك فى النصوص، و منها هنا قوله فى آخر صحيح الحلبي أو حسنته «و لا بأس بأن يشتري زرعاً قد سنبل بحنطه» و قوله فى روايه

إسماعيل بن الفضل «في حصائد الحنطة أو الشعير فليبعه بما شاء» إلا أن يخصص المحاقلة المحرمه بما إذا كان الحنطة من ذلك الزرع المبيع، و تحمل هذه الاخبار على ما إذا كان من غيره، أو يحمل هذا الخبر و نحوه على الكراهه جمعا، و قد تقدم تحقيق القول في ذلك.

السادس- ينبغي أن يعلم أن ما ذكر في شراء الزرع قصيلا يجرى أيضا فيما لو اشترى نخلا- بشرط القطع ثم لم يقطعه حتى أثمر، فإن الأحكام المتقدمه جاريه فيه.

و الى ذلك يشير قوله في موثق معاويه بن عمار «أو ابتعت نخلا فابتعته أصله و لم يكن فيه حمل».

و من الاخبار الوارده في خصوص النخل ما رواه

الشيخ في الصحيح عن هارون ابن حمزه (١) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) الرجل يشتري النخل ليقطعه للجدوع فيغيب الرجل و يدع النخل كهيئه لم يقطع، فيقدم الرجل و قد حمل النخل، فقال: له الحمل يصنع به ما شاء الا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه و يقوم عليه».

و رواه الكليني مثله،

و عن هارون بن حمزه في الموثق (٢) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يشتري النخل ليقطعه للجدوع فيدعه فيحمل النخل، قال:

هو له الا ان يكون صاحب الأرض سقاه و قام عليه».

و روى في الفقيه (٣) مرسلا قال:

«سأله سماعة أن اشترى رجل نخلا ليقطعه» الحديث.

و بمضمون هذه الاخبار قال الشيخ في النهايه. فقال: إذا اشترى نخلا- على أن يقطعه أجداعا فتركه حتى أثمر، فثمرته له دون صاحب الأرض، و ان كان صاحب الأرض ممن قام بسقيه و مراعاته كان له أجره المثل، و تبعه ابن البراج و هو قول

ص: ٣٧٠:

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٠.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٥٠ مع تفاوت يسير.

ابن الجنييد أيضا، و أبي جعفر بن بابويه في المقنع، و قال: ابن إدريس لا يستحق صاحب الأرض أجره على السقى و المراعاة، لأنه متبرع بذلك، الا- أن يأمره صاحب النخل، فيكون له أجره المثل و تبعه على ذلك من تأخر عنه، لأنه الا وفق بالقواعد الشرعيه، و لهذا انه اعتذر في المختلف. للشيخ- بعد استدلاله بالروايه الأولى- بأنه ليس في كلام الشيخ و لا الروايه ذكر التبرع، فيحمل على ما إذا كان العمل بإذنه، أو تحمل الأجره على أجره الأرض لا العمل. انتهى.

قال: بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين (1) و لعل عدم ذكر الأجره هنا لانه كان للمالك أن يقطع النخل، فلما يقطعه فكأنه رضى ببقائه مجاناً، و المشهور بين الأصحاب استحقاق الأجره، انتهى.

و فيه أن رضاه ببقائه لعله انما هو لقصد أخذ الأجره، و تحصيل النفع بذلك، و من ثم كان المشهور الحكم باستحقاق الأجره كما نقله.

و ينبغي أن يعلم أن الجارى في كلام الأصحاب ذكر مسأله جواز أكل المار بالثمار منها و عدمه في هذا الموضوع، و نحن قدمناها في مسائل المقدمه الرابعه، و هى المسأله الخامسه منها، فليرجع إليها من أحب الوقوف عليها و الله العالم.

الفصل التاسع في بيع الحيوان

إشاره

و تحقيق البحث فيه يتعلق بمن يصح تملكه و من لا- يصح، و الأحكام المترتبه على الابتياح، و ما يلحق بذلك و يترتب عليه، فالكلام يقع هنا في مقصدين.

[المقصد] الأول فيمن يصح تملكه و من لا يصح

إشاره

، و فيه مسائل

[المسأله] الأولى [في أحكام بيع الحيوان]

- كل حيوان مملوك أناسى أو غيره يصح بيعه أجمع، و بيع جزء منه معلوم مشاع، كنصف

ص: ٣٧١

أو ثلث و نحوهما، لا معين كيده و رجليه و نحوهما، و دليل الأول-بعد الإجماع- العمومات و الأصل و ورود ذلك في خصوص بعض الافراد و عدم المانع شرعا-، و دليل الثاني-بعد الإجماع على العدم-عدم إمكان الانتفاع بذلك الجزء المعين، إلا ما سيأتي-إنشاء الله تعالى-في استثناء الرأس و الجلد من الحيوان الغير الأناسي، و هو ظاهر-الا مع وجود مانع كالاستيلاد و الوقف و الإباق من غير ضميمه، و عدم قدره على التسليم، و الأناسي من الحيوان أن يملك بالسبي مع الكفر الأصلي و خرق الذمه ان كان ذميا، و احترز بالكفر الأصلي عن كفر المرتد فإنه و ان كان بحكم الكافر في جملة من الأحكام الا أنه لا يجوز سبيه، و في جواز بيع المرتد الملي قول قواه في الدروس. أما الفطرى فلا قولاً واحداً فيما أعلم.

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه

في الكافى فى الصحيح عن رفاعه النخاس (١) قال:

«قلت لأبى الحسن (عليه السلام): ان الروم يغيرون على الصقالبه فيسرقون أولادهم من الجوارى و الغلمان فيعمدون الى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم الى بغداد الى التجار فما ترى فى شرائهم؟ و نحن نعلم قد سرقوا و انما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم، إنما أخرجوهم من الشرك الى دار الإسلام». و رواه الشيخ مثله (٢).

و عن إبراهيم بن عبد الحميد (٣)

«عن أبى الحسن (عليه السلام) فى شراء الرومىات؟ فقال: اشترهن و بعهن».

و عن زكريا بن آدم (٤) قال:

«سألت الرضا (عليه السلام) عن قوم من العدو الى أن قال-قال: و سألته عن سبى الديلم يسرق بعضهم من بعض، و يغير المسلمون

ص: ٣٧٢

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢١٠.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٧.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٢١٠.

٤-٤) الكافى ج ٥ ص ٢١٠.

عليهم بلا امام، أ يحل شراؤهم؟ قال: إذا أقرؤا بالعبودية فلا بأس بشراؤهم».

و في هذه الاخبار دلالة على جواز شراء ما يسيبه الظالم من أهل الحرب و يسرقه».

و ما رواه

في الكافي عن زكريا بن آدم (١) عن الرضا (عليه السلام) في حديث قال:

«و سألت عن قوم من أهل الذمه أصابهم جوع فأثاه رجل بولده فقال: هذا لك فأطعمه و هو لك عبد، فقال: لا تتبع حرا فإنه لا يصلح لك و لا من أهل الذمه». و رواه الشيخ مثله (٢) و هو ظاهر في تحريم استرقاق أهل الذمه متى كانوا قائمين شرائط الذمه.

و عن عبد الله اللحام (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها؟ قال: لا بأس».

و بهذا الاسناد (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري امرأه رجل من أهل الشرك يتخذها أم ولد فقال: لا بأس».

و خص الشيخ و غيره هذين الخبرين بأهل الحرب، كثير من أصحابنا إنما عبروا في هذا المقام بأهل الحرب.

و ينبغي أن يعلم انه ليس المراد بأهل الحرب يعنى من نصب القتال للمسلمين كما هو ظاهر اللفظ، بل المراد انما هو من خرج عن طاعة الله و رسوله بثبوته على الكفر و ان لم يقع منه الحرب، بمعنى القتال.

قيل: و الى هذا المعنى أشار قوله تعالى (٥) «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ» الايه و حينئذ فلا فرق في ذلك بين الذمى الغير القائم بشرائط الذمه، و لا- غيره من الكفار و المشركين، و حيث يملكون بالسبى بما قد قدمنا ذكره، فإنه يسرى الرق في أعقابهم و ان أسلموا بعد الأسر، ما لم يعرض لهم سبب موجب للحريه

ص: ٣٧٣

١-١) الكافي ج ٥ ص ٢١٠.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٧.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٧٧.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٧٧.

٥-٥) سورة المائدة الآيه-٣٣.

من عتق أو كتابه أو تنكيل أو نحو ذلك، ولا خلاف في ذلك نسا و فتوى!.

و المسبى في حال الغيبه و ان كان للإمام خاصه،لأنه مغنوم بغير اذنه و كلما كان كذلك فهو من الأنفال،الا أنهم أذنوا للشيعة خاصه في تملكه،و كذا في غيره من أموال الأنفال و غيرها.

و أما غير الشيعة فالذى يفهم من كلام الأصحاب أنه يحكم لهم بظاهر الملك للشبهه كتملك الخراج و المقاسمه،فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقا،و هذا الحكم منهم(رضوان الله عليهم)جار على الحكم بإسلامهم،و إجراء أحكام الإسلام عليهم و المفهوم من الاخبار خلافه،الا مع عروض الخوف و التقية(و الله العالم).

المسأله الثانيه [فى أنه لا يستقر للرجل ملك أصوله و لا فروعه]

-الظاهر أنه لا- خلاف فى أنه لا- يستقر للرجل ملك أصوله و لا فروعه و لا المحارم من الإناث،بمعنى أنه و ان ملكهم الا أنهم يعتقدون عليه بالشراء و ربما عبروا بأنه لا يملكهم،و المراد ملكا مستقرا و الا فإن الانعتاق فرع الملك فكأنه يدخل فى الملك آنا ما بعد الشراء،ثم يعتق،قيل:و لو لا مراعاة القاعده المشهوره من أنه لا عتق إلا فى ملك لأمكن الحكم بالعتق بنفس الشراء،كما هو ظاهر الاخبار،كذا ذكره بعض المحققين،و أنت خبير بأنه و ان كان ظاهر بعض الاخبار ما ذكره من أنه يعتق بنفس الشراء،الا أن ظاهر بعض آخرها أيضا ترتب العتق على الملك،بمعنى أنه بالشراء،يملكه،و بالملك يحصل العتق،كما أشرنا إليه مثل

قوله (عليه السلام) (١)

«فى بعضها إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته عتقوا» الخبر.

و قوله (٢)

«إذا ملكهن عتقن». و نحوهما غيرهما مما رتب فيه العتق على الملك لا على مجرد الشراء و حينئذ فيحمل ما أطلق من الاخبار على المقيد،و به يتم ما أشرنا إليه أو لا.

و المراد بأصول الرجل الأبوان و آبائهما و ان علوا،و فروعه الأولاد ذكورا

ص: ٣٧٤

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣.

و إناثا و ان نزلوا، و بالمحارم مثل العمه و الخاله (١) و الأخت و بنات الأخت، و بنات الأخ.

و هل ينسحب الحكم الى الرضاع؟ قولان: فذهب الشيخ فى النهايه الى ان كل من ينعق عليه من جهه النسب لا يصح تملكه من جهه الرضاع، و به قال ابن البراج، و ابن حمزه، و الصدوق فى كتاب المقنع فى باب العتق منه.

و قال فى الخلاف: إذا ملك أمه أو أباه أو أخته أو بنته أو عمته أو خالته من الرضاع عتقن كلهن، و خالف جميع الفقهاء فى ذلك، و ذهب اليه بعض أصحابنا.

و قال المفيد فى المقنعه فى باب السرارى و لا- بأس ان يملك الإنسان امه من الرضاعه، و أخته منه و ابنته و خالته، و عمته منه، لكن يحرم عليه و طئهن، و بنحو ذلك صرح أيضا فى ابتياع الحيوان من الكتاب المذكور، و تبعه فى ذلك سلار و ابن إدريس.

و قال ابن ابى عقيل: لا بأس بملك الام و الأخت من الرضاعه و بيعهن، انما يحرم منهن ما يحرم فى النسب فى وجه النكاح فقط، و هو كما ترى يرجع الى مذهب الشيخ المفيد، و ظاهر ابن الجنيد انه لا يملك من يحرم عليه من الرضاع تملك العبيد، فان ملكهم لم يبعهم الا عند ضروره إلى أثمانهم، و جعله آخر ما يباع فى الدين عليه، و الى القول الأول ذهب العلامة فى المختلف و غيره و المحقق، و الظاهر انه المشهور بين المتأخرين، و هو الأظهر كما سيظهر لك إنشاء الله.

و تملك المرأة كل قريب عدا الإباء و ان علوا، و الأولاد و ان سفلوا، اتفاقا فى النسب، و فى من كان كذلك رضاعا قولان: كما تقدم، و الخلاف الخلاف

ص: ٣٧٥

١- ١) و المراد بالعمه و الخاله ما هو أعم من ان يكون عمته أو عمه أبيه أو عمه جده، أو عمه امه أو عمه أبيها او جدتها و هكذا فى الخاله و مرجع الجميع الى تحريم أولاد الجد و الجده، منه رحمه الله.

و الفتوى كما سبق، و أما ما عدا من ذكر فى الرجل و المرأة، فإنه يصح تملكه.

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا المسأله منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن ابى بصير و ابى العباس و عبيد كلهم (١) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

إذا ملك الرجل و الولديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته، و ذكر أهل هذه الآيه (٢) «مِنَ النِّسَاءِ» عتقوا جميعا و يملك عمه و ابن أخيه و الخال، و لا يملك امه من الرضاعه، و لا أخته و لا عمته و لا خالته فإنهن إذا ملكن عتقن، و قال: ما يحرم من النسب، فإنه يحرم من الرضاعه، و قال: يملك الذكور ما خلا- والدا و ولدا و لا يملك من النساء ذوات رحم محرم، قلت: يجرى فى الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم يجرى فى الرضاع مثل ذلك». و رواه الصدوق بأسانيده عن ابى بصير و ابى العباس و عبيد بن زراره مثله.

و منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن الحلبي و ابن سنان (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«عن امرأه أرضعت ابن جاريتها قال: تعتقه». و رواه الكليني فى الصحيح أو الحسن مثله (٤).

و ما رواه

فى الكافي عن عبيد بن زراره فى الصحيح (٥)

«قال سألت أبى عبد الله (عليه السلام) عما يملك الرجل من ذوى قرابته فقال: لا يملك الولديه و لا أخته، و لا ابنه أخيه و لا ابنه أخته، و لا عمته و لا حالته، و يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوى قرابته، و لا يملك أمه من الرضاعه». و الظاهر ان ذكر الام خرج مخرج التمثيل، لا الاختصاص، كما سيظهر لك إنشاء الله تعالى.

ص: ٣٧٤

١-١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣.

٢-٢) سورة النساء الآيه ٢٣.

٣-٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب العتق الرقم ١.

٤-٤) الوسائل الباب ٨ من أبواب العتق الرقم ٢.

٥-٥) الوسائل الباب ٧ من أبواب العتق الرقم ٤.

عن محمد بن مسلم (١) في الصحيح عن أحدهما (عليهما السلام) قال:

«إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته عتقوا عليه، ويملك أخاه و عمه و خاله من الرضاعه».

و عن محمد بن مسلم (٢) في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام) قال:

« لا يملك الرجل و الولديه و لا ولده و لا عمته و لا خالته، و يملك أخاه و غيره من ذوى قرابته من الرجال».

و عن عبد الله سنان (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأة ترضع غلاما لها من مملوكه حتى تفضمه، يحل لها بيعه؟ قال: لا، حرم عليه ثمنه، قال: ثم قال: أليس قد قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، أليس قد صار ابنها، فذهبت أكتبه فقال أبو عبد الله (عليه السلام) ليس مثل هذا يكتب».

و الظاهر أن المنع من كتابته لكونه ظاهرا لا يحتاج إلى الكتابه، و وصف هذه الروايه فى المسالك بالصحة، و ليس كذلك، لان الشيخ رواه عن الحسن بن محمد ابن سماعه، و طريقه اليه غير معلوم.

و عن أبي حمزه الثمالى (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال: كل أحد الا خمسه، أبوها و أمها و ابنها و ابنتها و زوجها».

و الظاهر ان جعل الزوج هنا من قبيل هؤلاء باعتبار بقاء الزوجيه و الا فإنها تملكه و تبطل الزوجيه إجماعا.

و روى فى الكافى عن ابن سنان (٥) فى الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام)

ص: ٣٧٧

١- ١) الوسائل الباب-٧- من أبواب العتق الرقم ١.

٢- ٢) الوسائل الباب-٧- من أبواب العتق الرقم ٢.

٣- ٣) الوسائل الباب-٨- من أبواب العتق الرقم ٣.

٤- ٤) الوسائل الباب-٩- من أبواب العتق الرقم-١.

٥- ٥) الكافى ج ٥ ص ٤٤٦.

قال: «سئل و أنا حاضر عن امرأه أرضعت غلاما مملوكا لها من لبنها حتى قطعتة هل لها ان تبيعه؟ فقال: لا هو ابنها من الرضاعه، حرم عليها بيعه و أكل ثمنه، ثم قال: أليس رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». و رواه الشيخ مثله (١).

و روى الصدوق فى المقنع (٢) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): فى امرأه أرضعت ابن جاريتها: انها تعتقه».

قال و روى

«فى مملوكه أرضعتها مولاتها بلبنها، انه لا يحل بيعها».

و ما رواه

على بن جعفر (٣) فى كتابه عن أخيه موسى (عليه السلام) قال:

«سألته عن امرأه أرضعت مملوكها ما حاله؟ قال: إذا أرضعته عتق».

و ما رواه

فى الكافى فى الصحيح عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٤) فى حديث قال:

«و سألته عن المرأة ترضع عبدا أ تتخذه عبدا؟ قال: تعتقه و هى كارهه».

و رواه

الشيخ (٥) بسند آخر مثله، الا ان فيه

«يعتقونه و هم لها كارهون».

أقول: و هذه الروايات كما ترى ظاهره الاتفاق فيما قدمنا ذكره من العلاقة النسبيه، و ان العلاقة الرضاعيه ملحقه بها، و جاريه فى ذلك مجراها كما هو مقتضى مذهب الشيخ و من تبعه، معللا فى جملة منها بالخبر النبوى.

و بذلك يظهر ما فى كلام ابن أبى عقيل المتقدم ذكره من تخصيصه الحديث النبوى بالنكاح، فإنه ناش عن الغفله عن ملاحظه هذه الاخبار هذا.

و اما ما يدل على القول الثانى من الاخبار و هو مذهب الشيخ المفيد و من تبعه فمنها ما رواه

الشيخ عن عبد الله بن سنان (٤) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

« إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر الا ما كان من قبل الرضاع.»

ص: ٣٧٨

١-١) الوسائل الباب-١٧- من أبواب ما يحرم بالرضاع.

٢-٢) الوسائل الباب-١٧- من أبواب ما يحرم بالرضاع.

٣-٣) الوسائل الباب-١٧- من أبواب ما يحرم بالرضاع.

٤-٤) الوسائل الباب-٨- من أبواب العتق-الحديث-٢.

٥-٥) الوسائل الباب-٨- من أبواب العتق-الحديث-٢.

٦-٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥.

و عن الحلبي (١) في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام

«فى بيع الام من الرضاع؟ قال: لا بأس بذلك إذا احتاج».

و عن أبى عتيبه (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

«قلت له: غلام بينى و بينه رضاع يحل لى بيعه؟ قال: انما هو مملوك إن شئت بعته و ان شئت أمسكته، و لكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حران».

و أجاب الشيخ عن الخبرين الأولين بعد ذكرهما قال: فهذان الخبران لا يعارضان الأخبار التى قدمناها، لأنها أكثر و أشد موافقه بعضها لبعض، فلا- يجوز ترك تلك و العمل بهذه، مع ان الأمر على ما وصفناه، على أنه يمكن ان يكون الوجه فيه انه إذا كان الرضاع لم يبلغ الحد الذى يحرم، فإنه و الحال على ذلك يجوز بيعها على جميع الأحوال، على ان الخبر الثانى يحتمل ان لا يكون المراد «بالا» الاستثناء، بل يكون «الا» قد استعملت بمعنى الواو، و ذلك معروف فى اللغة، فكأنه قال: إذا ملك الرجل أباه فهو حر و ما كان من جهة الرضاع.

و اما الخبر الأول فيحتمل ان يكون إنما أجاز بيع الام من الرضاع لأبى الغلام حسبما قدمناه فى خبر إسحاق بن عمار عن العبد الصالح و لا- يكون المراد بذلك انه يجوز ذلك للمرتضع، و ليس فى الخبر تصريح بذلك، بل هو محتمل لما قلناه، و إذا كان كذلك لم يعارض ما قدمناه انتهى.

قال المحقق الأردبيلي بعد نقله: و هذه التأويلات و ان كانت بعيدة- الا انه لما قوى الحكم الأول و الطرح غير مستحسن عنده و ان كانت الأخبار ضعيفه و نادره -فليس بعيد ارتكابها، و لكن لا بد من حمل عدم تملك الأخ فى الخبر الثانى أيضا. انتهى.

أقول: و الأقرب عندى هو حمل هذه الاخبار على التقيه لما تقدم فى كلام

ص: ٣٧٩

١-١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤.

الشيخ فى الخلاف.من ان ذلك مذهب جميع الفقهاء،و حينئذ فلا يحتاج الى هذه التكاليف السخيفه التى تمجها الافهام و يبعد نسبتها لهم(عليهم السلام).

و اما الخبر الثالث من الاخبار المذكوره فالظاهر منه انما هو الأخ الرضاعى و هو ليس من محل الاشكال،و يؤيده استثناء الأبوين من الرضاعه فى الخبر.

و أما ما يدل على تملك من عدا العمودين للرجل من الرجال الأقارب من الاخبار و ان كان على كراهيه،بمعنى ان الأفضل عتقهم،فمن ذلك ما تقدم

فى صحيحه محمد بن مسلم (١)من قوله عليه السلام

«و يملك ابن أخيه و عمه و خاله،و يملك أخاه و عمه و خاله من الرضاعه».

و قوله

فى صحيحه أبى بصير و ابى العباس و عبيد المتقدمه (٢)

«و يملك عمه و ابن أخيه و ابن أخته و الخال الى أن قال:-و يملك الذكور ما عدا الولد».

الى آخره.

و

قوله عليه السلام،فى صحيحه عبيد بن زراره المتقدمه أيضا بعد ذكره العمودين و الإناث المحارم

«و يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوى قرابته».

و فى خبر محمد بن مسلم (٣)عن ابى جعفر(عليه السلام)قال فيه:و

«يملك أخاه و غيره من ذوى قرابته من الرجال».

و عن عبد الرحمن بن ابى عبد الله (٤)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام) عن الرجل يتخذ أباه و امه أو أخاه أو أخته عبيدا فقال:اما الأخت فقد عتقت حين يملكها،و اما

الأخ فيسترقه،و اما الأبوان فقد عتقا حين يملكهما». (٥).

١-١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤١.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣.

٣-٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠.

٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠.

٥-٥) أقول و هذا الخير ايضا ظاهر فيما قدمنا ذكره من ان العتق بعد الدخول في الملك، لا بنفس الشراء منه رحمه الله.

و فى روايه كليب الأسدى (١) عن ابى عبد الله (عليه السلام)

«إذا ملكت الأبوين فقد عتقا، و قد يملك اخوته فيكونون مملوكين و لا يعتقون».

و اما ما ورد

فى روايه العبيد بن زراره (٢) قال:

«لا يملك الرجل أخاه من النسب و يملك ابن أخيه» الحديث. فقد حملة الشيخ على الاستحباب.

و كذا ما رواه

الصدوق عن سماعه (٣) فى الموثق عن ابى عبد الله (عليه السلام)

«فى رجل يملك ذا رحمه هل يصلح له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا- يصلح له بيعه و لا- يتخذه عبدا و هو مولاه و أخوه فى الدين، و أيهما مات ورثه صاحبه الا ان يكون له وارث أقرب إليه منه».

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن سماعه (٤) فى الموثق ايضا قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يملك ذا رحم هل يحل له ان يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له أن يبيعه و هو مولاه و أخوه، فان مات ورثه دون ولده، و ليس له أن يبيعه و لا يستعبده».

و الظاهر حمل الخبرين المذكورين على من لا- ينعق عليه من المحارم، كالأخ و العم و نحوهما، و المراد حينئذ كراهيه بيعه و استخدامه، لا أنه ينعق عليه بقرينه قوله فى الخبر الثانى «فان مات ورثه دون ولده» إذ لا يمكن هذا الا مع بقاء المالكيه.

و يمكن حمل النهى فى الخبر الأول على الأعم من الحرمة و الكراهه، فيكون شاملا للعمودين و نحوهما من النساء المحارم، الا أن ظاهر قوله هو (مولاه) الى آخر الخبر مما يعضد المعنى الأول، فإن حاصله أنه مولاه، اى وارثه، و الميراث فى موت العبد ظاهر، و فى موت الحر إذا لم يكن له وارث حر، فإنه حينئذ يشتري و يورث، الا- أن يكون له وارث أقرب، فإنه حينئذ يشتري الأقرب.

و كيف كان فان الحكم المذكور لاتفاق الأصحاب عليه، و تكاثر الاخبار

ص: ٣٨١

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤١.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٨٠.

٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٢.

به كما عرفت مما لا اشكال فيه، ولا شبهة تعتريه، فيجب ارتكاب التأويل في هذه الاخبار الأخيره بما قلناه.

وقد صرح بعض الأصحاب بأن قرابه الشبهه بحكم الصحيح، بخلاف قرابه الزنا على الأقوى، قال: لان الحكم الشرعى يتبع الشرع، لا اللغه و هو جيد.

و يفهم من إطلاق كلام الأصحاب الرجل و المرأه فى هذا المقام أن الصبى و الصبيه لا يعتق عليهم لو ملكوه، الى أن يبلغوا و الاخبار مطلقه فى الرجل و المرأه كذلك، و يعضده أصاله البراءه كذا صرح به شيخنا الشهيد الثانى (قدس سره) فى الروضه.

المسأله الثالثه [فى أحكام اللقيط و المنبوذ]

قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يملك اللقيط من دار الحرب إذا لم يكن فيها مسلم يمكن انتسابه اليه و لو كان أسيراً، و الا حكم بحريته، لإطلاق الحكم بحريه اللقيط فى النصوص، خرج منه ما علم انتفاؤه عن المسلم، فيبقى الباقي.

أقول: و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقه بهذا المقام ما رواه

فى الكافى (١) عن عبد الله (عليه السلام) قال:

اللقيط لا يشتري و لا يباع».

و ما رواه

فى التهذيب عن محمد بن مسلم (٢) فى الصحيح عن أحدهما (عليهما السلام) قال:

«سألته عن اللقيط؟ قال: لا يباع و لا يشتري». و ما رواه

فى الكافى. فى الصحيح أو الحسن عن محمد بن مسلم (٣) قال:

سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن اللقيط؟ فقال: حر لا يباع و لا يوهب».

و ما رواه

فى الكافى عن حاتم بن إسماعيل المدائنى (٤) عن ابى عبد الله

ص: ٣٨٢

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٢٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٧.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ التهذيب ج ٧ ص ٧٨.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢٢٥ التهذيب ج ٧ ص ٧٩.

(عليه السلام) قال: «المنبوذ حرفان أحب أن يوالى غير الذى رباه و الاله، فان طلب منه الذى رباه النفقه و كان موسرا رد عليه، و ان كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقه».

و نحوه

عن عبد الرحمن العزرمى (1) عن أبى عبد الله (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام) قال:

«المنبوذ حر فإذا كبر فان شاء تولى الذى التقطه، و الا فليرد عليه النفقه، و ليذهب فليوال من شاء».

أقول: و اللقيط و المنبوذ هو المولود الذى ينبذ، و ظاهر هذه الاخبار الحكم بالحرية مطلقا، و كان مستند استثناء الأصحاب لقيط دار الحرب على الوجه المتقدم هو الإجماع.

و يؤيده ما تقدم ذكره فى غير موضع من أن إطلاق الاخبار انما تحمل على الافراد المتكثرة الشائعه، و وجود اللقيط فى دار الحرب بالشرط المتقدم نادر، بل انما وقع مجرد فرض المسأله، فلا يدخل حينئذ فى إطلاق الاخبار المذكوره.

ثم انهم ذكروا أيضا أنه لو بلغ من حكم بحريته ظاهرا لكونه ملقوفا من دار الإسلام، أو دار الفكر بالشرط المتقدم فأقر بالرق، فهل يقبل إقراره أم لا؟ قولان.

اختار ثانيهما ابن إدريس، و نقله عن محصلى الأصحاب فقال: لا يقبل إقراره عند محصلى أصحابنا، و هو الصحيح لان الشارع حكم عليه بالحرية.

و قال: بعضهم: يقبل، لأن

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» كما روى عنه (صلى الله عليه و آله) (2). و اختاره العلامة فى المختلف، فقال -بعد نقل قول ابن إدريس

ص: ٣٨٣

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢٢٥ التهذيب ج ٧ ص ٧٧.

٢-٢) الوسائل الباب-٣-من أبواب الإقرار الرقم-٢.

و الاحتجاج على ما ذهب اليه- ما لفظه: و حكم الشارع بالحريه- بناء على الأصل- ما لم يعترف بالعبوديه، و لا فرق بين اللقيط و غيره من المجهول، و لو جاء رجل لا يعرف فأقر بالعبوديه يقبل، و قد كان على مذهبه لا يقبل، لانه محكوم عليه بالحريه شرعا، فلا يقبل إقراره بالعبوديه، و هذا كله غلط انتهى.

و الى هذا القول ذهب المحقق فى الشرائع و الشهيد الثانى فى المسالك و غيرهم فى هذه الصوره و فى صوره مجهول الحال.

أما معروف النسب فيقبل قطعا، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين، و هو الأظهر للخبر المذكور،

و لصحيحه عبد الله بن سنان (١) قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: كان على بن أبى طالب (عليه السلام) يقول: الناس كلهم أحرار الا من أقر على نفسه بالعبوديه و هو مدرك من عبد أو أمه، و من يشهد عليه بالرق صغيرا كان أو كبيرا». و هو ظاهر فى عموم الحكم لمحل البحث.

و فيه إشاره الى أن الأصل فى الناس الحريه كما هو ظاهر الاتفاق، و يمكن أن يرجح عدم القبول فى اللقيط بعدم علمه بحال نسبه، الا أنه يمكن معارضته باستفادته ذلك بعد البلوغ من اخبار من يوجب له العلم بذلك، أو نحو ذلك.

و بالجملة فالأظهر العمل بإطلاق الخبرين المذكورين، و لا فرق فى قبول إقراره بين كون المقر مسلما أو كافرا، و سواء كان المقر له مسلما أو كافرا، و ان بيع عليه قهرا كما تقدم.

ثم انه مما يدل على الحكم المذكور زياده على ما ذكرناه ما رواه

فى التهذيب عن الفضل (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل حر أقر أنه عبدا قال يؤخذ بما أقر به». و بهذا المضمون رواه محمد بن الفضل الهاشمى (٣) و صحيحه إسماعيل بن الفضل الهاشمى (٤).

ص: ٣٨٤

١- ١) الوسائل الباب-٢٩- من أبواب العتق الرقم-١.

٢- ٢) الوسائل الباب-٢٩- من أبواب العتق الرقم-٢.

٣- ٣) الوسائل الباب-٢٩- من أبواب العتق الرقم-٣.

٤- ٤) الوسائل الباب-٢٩- من أبواب العتق الرقم-٤.

بقى الكلام فى أنه هل يعتبر رشده وقت الإقرار أم لا؟ فمنهم من اشترطه و هو ظاهر اختيار شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك.

و منهم من لم يشترطه من غير تعرض لعدمه، و العلامه فى التذكرة فى هذا الباب اشترطه، و فى باب اللقطة اكتفى بالبلوغ و العقل، قيل و وجه اشترطه واضح، لان غير الرشيد لا يعتبر قوله فى المال، و هو نفسه مال، و وجه العدم أن إقراره بالرقية ليس إقرارا بنفس المال و ان ترتب عليه، كما يسمع إقراره بما يوجب القصاص، و ان أمكن رجوعه الى المال بوجه، و يشكل بما لو كان بيده مال، فإن إقراره على نفسه بالرقية، يقتضى كون المال للمقر له، الا أن يقال:

بثبوتها تبعاً لثبوت الرقية، لا لأنه إقرار بالمال، و الأظهر الاستناد فى العدم الى ظاهر الروايات المتقدمه، فإن ظاهرها الاكتفاء بمجرد العقل، كما يشير اليه قوله فى صحيحه عبد الله بن سنان و هو مدرك أى بالغ عاقل، و ربما قسر بكونه رشيداً و الظاهر بعد و الله العالم.

المسألة الرابعه [فى أنه لو ملك أحد الزوجين صاحبه يفسخ الزوجيه]

-الظاهر أنه لا- خلاف فى أنه لو ملك أحد الزوجين صاحبه فإنه يفسخ الزوجيه، و يستقر المالك لمنافات الملك العقد، لان المالك ان كان هو الزوجه، فإنه يحرم وطؤ مملوكها لها، و ان كان الزوج استباحها بالملك، و لان التفصيل يقطع الشركه (1) و علة مع ذلك- بأن بقاءه يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصى- و رد بأن علة الشرع معرفه- و بأن اختلاف الأسباب يقتضى اختلاف المسببات، و رد بجواز ذلك فى أسباب الشرع، و بعدم تماميتها

ص: ٣٨٥

١-١) بمعنى أن التفصيل فى حال الوطى بكونه اما بالعقد أو بالملك أو بالتحليل أو نحو ذلك يقطع الشركه فى الأسباب لأن كلا منها سبب مستقل برأسه فمتى حصل الملك يعنى ملك الزوج للزوجه كان النكاح بالملك و ارتفعت الزوجيه لما عرفت- منه رحمه الله.

فى جانب الزوجه.

أقول و الأظهر الاعراض عن هذه التعليقات الواهيه، و الرجوع فى ذلك الى الاخبار، فإنها فى الدلاله على المراد مكشوفه القناع، و هى أولى بالمراعه و الاتباع سيما مع تأيدها بالاتفاق كما أشرنا اليه.

و من الاخبار المشار إليها ما رواه

فى الكافى فى الحسن أو الصحيح و فى الفقيه فى الصحيح عن محمد بن قيس (1) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى سريره رجل ولدت لسيدها ثم اعتزل عنها، فأنكحها عبده ثم توفى سيدها و أعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه ثم توفى ولدها فورثت زوجها من ولدها فجاءا يختلفان يقول الرجل: امرأتى و لا أطلقها و تقول المرأة: عبدى و لا- يجامعنى، فقالت المرأة يا أمير المؤمنين ان سيدى تسرانى فأولدنى ولدا ثم اعتزلنى فأنكحنى من عبده هذا، فلما حضرت سيدى الوفاه أعتقنى عند موته و أنا زوجه هذا و انه صار مملوكا لولدى الذى ولدته من سيدى، و ان ولدى مات فورثته، فهل يصلح له ان يطأنى؟ فقال لها: هل جامعك منذ صار عبدك و أنت طائعه؟ قالت: لا يا أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: لو كنت فعلت لرجمتك، اذهبى فإنه عبدك ليس له عليك سبيل، ان شئت ان تبيعى، و ان شئت ان ترقى، و ان شئت ان تعتقى».

و ما رواه

فى الكافى عن عبد الله بن سنان (2) فى الصحيح قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول فى رجل زوج أم ولد له مملوكه ثم مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب فى زوج أمه، ثم مات الولد أترثه أمه؟ قال: نعم قلت: فإذا

ص: ٣٨٦

١-١) الكافى ج ٥ ص ٤٨٤ الفقيه ج ٣ ص ٣٥٢ و فيه (لأوجعتك) بدل (لرجمتك).

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٤٨٤ و ٤٨٥.

ورثته كيف تصنع و هو زوجها؟قال:تفارقه و ليس له عليها سبيل و هو عبدها».

و عن إسحاق بن عمار (١) في الموثق عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

« في امرأه لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته، قال: ليس بينهما نكاح».

و عن سعيد بن يسار (٢) في الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه حرة تكون تحت المملوك فتشتريه هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم، لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء».

قالوا و ملك البعض كملك الكل، للمنافاه و استحاله تبعض البضع و قطع الشركه بالتفصيل أقول: الأجود الاستدلال عليه بصحيحه عبد الله بن سنان المذكوره، فإن موردها التبعض.

بقي الكلام في قوله عليه السلام في صحيحه ابن قيس المذكوره «لو كنت فعلت لرجمتك» مع أنها ليست ذات بعل بعد انفساخ العقد، لتستحق الرجم، و حملها بعض مشايخنا (عطر الله مراقدهم) على التهديد على وجه المصلحه توريه أو الرجم بمعنى الشتم و الإيذاء كما يطلق عليه لغه، يقال: رجمته بالقول: اى رميته بالفحش، و كيف كان فلا بد من الحمل على خلاف الظاهر من الخبر لما عرفت.

و الله العالم.

المسأله الخامسه [في أن من أقر على نفسه بالعبوديه قبل منه]

قد تقدم في المسأله الثالثه إن الأظهر الأشهر ان من أقر على نفسه بالعبوديه متى كان مكلفا فإنه يقبل منه و يحكم بكونه رقا، و حينئذ فلا يقبل منه رجوعه عن ذلك لاشتماله على تكذيب نفسه، و إبطال ما أقر به أولا و رفع ما ثبت عليه حتى لو أقام بينه لم تسمع، لأنه بإقراره أولا قد كذبها، كذا قطع به العلامه في التذكره.

ص: ٣٨٧

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٥.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٥.

و أورد عليه بأنه يشكل ذلك فيما لو أظهر لإنكاره تأويلا محتملا، كان قال:

انى تولدت بعد اعتناق أحد أبوى و ما كنت اعلم بذلك حين أقررت، فإنه ينبغى القبول، و سيأتى له نظائر.

و أولى بالقبول ما لو أقر بالرقية لشخص معين فأنكر المقر له، و سيأتى مثله فى الإقرار، كما إذا أقر لأحد بمال فأنكر المقر له، فادعاه المقر حين إنكاره، و على هذا فينبغى سماع بينته بطريق أولى، و هو جيد و كذا لو اشترى عبدا ثابت العبودية فادعى الحرية، فإنه لا يقبل دعواه، الا ان هذا يقبل دعواه بالبينة، بخلاف الأول.

و تفصيل الكلام فى المقام انه متى وجد عبدا أو أمه تباع فى الأسواق، فإن ظاهر اليد و التصرف يقتضى الملك، و يدل عليه ما رواه

المشايخ الثلاثة

«نور الله تعالى مرادهم) عن حمزه بن حمران (١) قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) ادخل السوق فأريد ان اشترى جاريه فتقول لى انى حره فقال اشترها الا ان تكون لها بينه». و وصف هذه الروايه العلامه فى التذكرة و الشهيد الثانى فى المسالك بالصحة، و هو سهو محض فإن حمزه بن حمران لم يذكره أحد بالتوثيق، بل و لا بالمدح، حتى انه فى الخلاصه لم يذكره بالكلية، و النجاشى ذكره و لم يصفه بمدح و لا ذم.

و ما رواه

فى التهذيب و الفقيه فى الصحيح عن العيص بن القاسم (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«سألته عن مملوك ادعى انه حر و لم يأت بينه على ذلك أشتريه؟ قال: نعم».

اما لو وجد فى يده و ادعى رقيته و لم يعلم شراؤه و لا بيعه، فان كان كبيرا

ص: ٣٨٨

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢١١ التهذيب ج ٧ ص ٧٤.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٤.

و صدقه على ذلك فكذلك، لما تقدم من الاخبار الداله على إلزامه بما أقر به، و ان كذبه لم يقبل دعواه إلا بالبينه، عملا بأصالة الحرية، كما تقدم

فى صحيحه عبد الله بن سنان (1) من قول أمير المؤمنين (عليه السلام)

«الناس كلهم أحرار الا من أقر على نفسه بالعبودية، أو من شهد عليه بالرق». و مثلها غيرها.

و ان سكت أو كان صغيرا فإشكال، قال العلامة فى التذكرة: العبد الذى يوجد فى الأسواق يباع و يشتري يجوز شراؤه، و ان ادعى الحرية لم يقبل منه ذلك إلا بالبينه و كذا الجارية الى أن قال: أما لو وجد فى يده و ادعى رقيته و لم يشاهد شراؤه له و لا بيعه إياه فان صدقه حكم عليه بمقتضى إقراره، و ان كذبه لم يقبل دعواه الرقيه إلا بالبينه، عملا بأصالة الحرية و ان سكت من غير تصديق و لا تكذيب فالوجه أن حكمه حكم التكذيب، إذ قد يكون السكوت لا من غير الرضا، و ان كان صغيرا فإشكال، أقرب به الحرية فيه. انتهى.

و يمكن المناقشه فى حكمه فى صورته السكوت بأن حكمه حكم التكذيب، بأن يقال: انه متصرف و صاحب يد، و يدعى أمرا ممكنا و للأخبار الكثيره الداله على من ادعى دعوى لا- معارض لها و لأيراد لها كمن ادعى مالا و لا معارض له فى دعواه أنه يحكم له بذلك، أو ادعى زوجيه امرأه و لم تكذبه، فإنه يحكم له بها، و الظاهر أنه لهذا ذهب فى التحرير الى الحكم باليد، كما نقل عنه، و حينئذ يقبل مجرد دعواه و أما قبولها مع البينه فالظاهر لا- اشكال فيه، و أما ما استقر به من الحرية فى الصغير فهو جيد، عملا بالأخبار الداله على أصالة الحرية حتى يثبت الملك.

الا أنه يشكل حينئذ شراء العبيد الأبطال من يد البائع، مع دلالة الاخبار و الاتفاق على جواز الشراء، و الحكم المذكور لا يخلو من شوب الاشكال، كما أشرنا إليه آنفا.

و قد وقع فى عبائر بعض الأصحاب انه لا يقبل ادعاء الحرية من المشهور

ص: ٣٨٩

بالرقية، وفيه إشكال، لأن مجرد الشهره لا تعارض أصله الحريه المتفق عليها نصا و فتوى، إلا أن تحمل الشهره على ما قدمنا ذكره من رؤيته يباع في الأسواق و نحوه، و لا يخلو من بعد، و يمكن أن يستدل للقول المذكور بظاهر صحيحه العيص المذكوره، بأن يحمل المملوك على من يكون كذلك بحسب الظاهر من الشهره، إلا- أنه يحتمل كون ذلك بثبوتة بالإقرار أولاً أو اليينه أو الرؤيه يباع في الأسواق و نحو ذلك مما يفيد التملك. والله العالم.

ص : ٣٩٠

إشاره

و فيه أيضا مسائل،

[المسأله الأولى] [في أحكام بيع الحامل]

إشاره

-اختلف الأصحاب-(رضوان الله عليهم)- في بيع الحامل جاريه كانت أو دابه، فالمشهور ان الحمل للبائع، سواء علم به أولا، و سواء شرط البائع لنفسه أولا، الا ان يشترطه المشتري، و هو قول الشيخ في النهايه، و الشيخ المفيد و سلالر و ابى الصلاح و ابن البراء في الكامل و ابن إدريس، و عليه المتأخرون منهم العلامه في المختلف، و احتج عليه بأن البيع تعلق بالأم فلا يتناول الحمل، لعدم دلالة اللفظ عليه مطابقه و تضمنا و التزاما، و لأن الأصل بقاء ملك البائع عليه، فلا ينتقل عنه الا بسبب، و لم يطرأ ما يزيله من أصله انتهى.

و قال الشيخ في المبسوط: إذا باع بهيمه أو جاريه حاملا و استثنى حملها لنفسه لم يجوز، و تابعه ابن البراج في المهذب و جواهر الفقه على ذلك.

و قال ابن الجنيد و يجوز ان يستثنى الجنين في بطن امه من آدمى أو حيوان و قال ابن حمزه: و الإناث من الأدمى و النعم إذا كانت حوامل و بيعت مطلقا كان الولد للمبتاع، إلا إذا شرط البائع.

و قال الشيخ أبو جعفر الطوسي: يكون للمبتاع إلا إذا شرط البائع و هذا ما وقفت عليه من أقوالهم في المسأله، و نقل عن الشيخ أنه احتج على ما ذهب إليه في المبسوط بأن الحمل جزء من الحامل، يجري مجرى عضو من أعضائها فيدخل

و لا يصح استثناءؤه، حتى حكم بفساد البيع لو استثناه البائع، كما لو استثنى جزءا معيناً.

أقول: وقد نقل بعض المحققين هذا القول عن الشافعي، محتجاً بهذه الحجة. وأجاب العلامة في المختلف - عن حجة الشيخ المذكورة - بالمنع من المساواة بين الحمل و عضو من أعضائها، فإنه تصح الوصية للحمل، ويرث و يلحقه أحكام كثير لا تتعلق بالأعضاء، قال: وهذا الذي ذكره الشيخ كأنه الذي لمح به ابن حمزه، و الحق خلافه انتهى.

أقول: لا يخفى قوة القول المشهور بناء على ما هو مذكور، إلا أنه

قد روى الشيخ بإسناده عن احمد بن محمد بن يحيى عن أبي إسحاق - يعني إبراهيم بن هاشم - عن النوفلي عن السكوني (1)

«عن جعفر عن آبائه (عليهم السلام) في رجل أعتق أمه و هي حبلى فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمه حرة، و ما في بطنها حر لان ما في بطنها منها». و رواه الصدوق أيضا بإسناده عن السكوني، و هو ظاهر في تبعيه الحمل للام، و أنه لا يصلح استثناءؤه من حيث أنه منها و جزء من اجزائها كما ادعاه الشيخ و من تبعه، و لهذا ذهب الشيخ و جماعه في باب العتق الى سريان عتق الحامل الى الحمل للرواية المذكورة، و ان كان المشهور خلافه ورد هذه الروايات المحقق الأردبيلي (قدس سره) بضعف السند إلا أنك قد عرفت في غير موضع مما تقدم أنه غير معتمد.

و قد روى الشيخ في الحسن عن الحسن بن علي الوشاء (2) عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام)

«قال سألته عن رجل دبر جاريتته و هي حبلى فقال ان كان علم يحبل لجاريه فما في بطنها بمنزلتها و ان كان لم يعلم فما في بطنها رق».

و هو ظاهر في سريان التدبير الى الولد مع العلم بالحمل و أما مع عدم العلم به فإنه يحتمل تأخره من التدبير، و الحكم فيه التبعيه كما استفاضت به الاخبار

ص: ٣٩٢

١- ١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٦- الفقيه ج ٣ ص ٨٥.

٢- ٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٠ الفقيه ج ٣ ص ٧١.

و لهذا نقل عن الشيخ و جماعه القول بتبعيه الولد للأم في الصورة المذكوره، و مقتضى كلام الأصحاب في مسأله البيع المذكوره العدم.

الا أن هذه الروايه أيضا معارضه بما رواه

الشيخ في الموثق عن عثمان بن عيسى الكلالى (1) عن ابى الحسن الأول (عليه السلام) قال:

«سألته عن امرأه دبرت جاريه لها فولدت الجاريه جاريه نفيه، فلم تدر المرأه المولوده مدبره أو غير مدبره، فقال: لى متى كان الحمل بالمدبره أقبل أن دبرت أم بعد ما دبرت؟ فقلت:

لست أدري، و لكن أجنبى فيهما جميعا فقال: ان كانت المرأه دبرت و بها حبل، و لم تذكر ما فى بطنها فالجاريه مدبره و الولد رق، و ان كان انما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر فى تدبير أمه». و رواه الصدوق مرسلًا، و زاد «لان الحمل انما حدث بعد التدبير» و هى ظاهره فى أنه فى صورته العلم بالحمل و عدم إدخاله فى التدبير لا يسرى التدبير اليه، بل يبقى على الرقيه كما هو أحد القولين فى المسأله.

و بالجمله فالمسأله كما عرفت محل اشكال و على القول المشهور فحيث يشترط المشتري الحمل يدخل فى المبيع و ان كان مجهولًا، لانضمامه الى المعلوم، و تبعيته له، و على هذا فلا فرق بين ان يقول البائع: بعتك الجاريه و حملها، أو شرطت لك حملها، أو بعتك هذه الأمه بكذا و حملها، لان الظاهر ان حملها عطف على الأمه كما فى المثال الأول.

و نقل عن العلامة فى التذكرة البطلان فى الصورة الأولى، لأنه مجهول، و فيه ما تقدم تحقيقه سابقا فى مسأله الضمائم، من أنه لا يضر جهله مع تبعيته للمعلوم، كما دلت عليه نصوص المسأله حسبما تقدم، و لو كان الحمل غير معلوم و أراد إدخاله فى البيع فالعباره الثانيه لا غير، كذا صرح به شيخنا الشهيد الثانى.

قال المحقق الأردبيلى بعد نقل ذلك عنه: و كأنه نظر الى أن بيع ما لم يعلم

ص: ٣٩٣

١-١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٠ الفقيه ج ٣ ص ٧١ مع اختلاف يسير.

وجوده غير معقول، بخلاف الشرط، و في الشرط أيضا تأمل، و الظاهر أنه يجوز و يؤل الى تقدير الوجود و السلامه، و لعل مثله إذا كان منضمًا و تابعًا لا يضرب، لعموم الأدله و التراضى. انتهى.

قالوا. و لو لم يشترطه المشتري و احتمال وجوده عند العقد و عدمه - بأن ولدته في وقت يحتمل كونه عند البيع موجودا و عدمه - فهو للمشتري، لأصالة عدم وجوده سابقا، فلو اختلفا في وقت البيع كذلك قدم قول البائع بيمينه مع عدم البينه، و هو بناء على القول المذكور.

و كذا لو شرطه فسقط قبل القبض أو بعده في زمن خيار الحيوان، فإنه يكون من مال البائع، فيرجع المشتري على البائع بنسبته من الثمن، بأن تقوم حاملا و مجهضا أي مسقطا لا حابلا، كما وقع في بعض العبارات كعبارة الشرائع و غيره، و لانه المطابق للواقع، و للاختلاف بين الحالين، فان الإجهاض في الأمه عيب ربما نقصت به قيمه، إذ هي في حال الإجهاض مريضه، فيرجع بنسبه التفاوت بين القيمتين كما تقدم تحقيقه.

و الظاهر أنه لا - خلافاً في أن البيض تابع للبايض، لا كالحمل، بل هو للمشتري مطلقا، لانه تابع كسائر أجزائه، و لا يصح اشتراط البائع له على قول الشيخ في المبسوط و من تبعه، و بذلك صرح في الكتاب المذكور، فقال: لو باع البائض دخل البيض على طريق البيع و ان شرط لنفسه لم يجز، و رده المتأخرون بأنه شرط سائغ، و يؤيده أن ما ادعاه الشيخ من الجزئية و أنه كعضو من أعضائه قد عرفت ما فيه، فلا مانع من صحة الشرط المذكور.

قال: الشيخ فى المبسوط لو باع جاريه حبلى بولد لم يجز، لان الحمل مستثنى، و هذا يمنع صحه البيع، و تبعه ابن البراج فى المهدب، و رد ذلك بما تقدم، لان كلامه هنا كما تقدم مبنى على كون الحمل كعضو من أعضاء الحامل و جزء من أجزائها، و فيه ما عرفت آنفاً. و الله العالم.

المسأله الثانيه [فى أن العبد هل يملك شيئاً؟]

-اختلف الأصحاب فى أن العبد هل يملك شيئاً أم لا، فقيل:

يملك مطلقاً، و نسبه فى التذكره إلى أنه المشهور، و قيل: يملك مطلقاً، و نسبه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك إلى الأكثر، و هو اختيار المحقق فى الشرائع، و قيل:

يملك فاضل الضريبه، و قيل: أرش الجنايه.

و الذى وقفت عليه من الروايات المتعلقة بهذه المسأله

صحيحه عمر بن يزيد (1) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له، و قد كان مولاه يأخذ منه ضريبه فرضها عليه فى كل سنه و رضى بذلك المولى، فأصاب المملوك فى تجارته سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبه، فقال: إذا أدى الى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضه فهو للمملوك، ثم قال -أبو عبد الله (عليه السلام):

أليس قد فرض الله تعالى على العباد فرائض فإذا أدوها اليه لم يسألهم عما سواها، قلت: فللمملوك ان يتصدق مما اكتسب و يعتق بعد الفريضه التى كان يؤديها إلى سيده؟ قال: نعم و أجر ذلك له، قلت: فإن أعتق مملوكاً مما اكتسب سوى الفريضه لمن يكون ولاء المعتق؟ قال: فقال: يذهب فيتوالى الى من أحب، فإذا ضمن جريرته و عقله كان مولاه و ورثه، قلت له: أليس قال رسول الله (صلى الله عليه و آله):

ص: ٣٩٥

الولاء لمن أعتق؟ قال: فقال: هذا سائبه لا يكون ولاؤه لعبد مثله، قلت: فان ضمن العبد الذى أعتقه جريته و حدثه أ يلزمه ذلك و يكون مولاه و يرثه؟ قال: فقال:

لا يجوز ذلك و لا يرث عبد حراً.

و صحيحه إسحاق بن عمار (١) قال:

«قلت: لأبى عبد الله (عليه السلام) ما تقول: فى رجل يهب لعبد ألف درهم أو أقل أو أكثر، فيقول: حللنى من ضربى إياك، و من كل ما كان منى إليك، مما أخفتك و أرهبتك فيحلله فيجعله فى حل رغبه فيما أعطاه، ثم ان المولى بعد أصاب الدراهم التى أعطاه فى موضع قد وضعها فيه العبد و أخذها المولى إحلال هى له؟ 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 الا أن يعمل له بها، و لا يعطى العبد من الزكاه شيئاً.

و رواه إسحاق بن عمار (٢) المذكوره عن جعفر عن أبيه

أن عليا (عليه السلام) أعتق عبدا له فقال: له ان ملكك لى و لكن قد تركته لك».

و رواه أبى جرير (٣) قال:

«سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل قال:

لمملوكه أنت حر و لى مالك، قال: لا- يبدأ بالحرية قبل المال يقول لى مالك و أنت حر برضا المملوك (فان ذلك أحب الى) (٤).

و التقريب فيه أنه إذا بدء بالعتق صار حراً و لم يجز له أخذ ماله، و إذا بدء بالمال فان فيه تصريحاً بأن العتق بإزاء المال، فإذا رضى المملوك بذلك انعتق و صار المال للمولى، و هو ظاهر فى الملك.

ص: ٣٩٦

١-١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٧.

٣-٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٤.

٤-٤) ما بين القوسين زياده من الكافى.

و صحيحه الفضل بن يسار (١) قال:

«قال غلام سندی لأبى عبد الله (عليه السلام) انى قلت لمولاي: بعنى بسبعمأه درهم، و أنا أعطيك ثلاثمأه درهم، فقال له أبو عبد الله (عليه السلام) ان كان يوم شرطت لك مال؟ فعليك أن تعطيه، و ان لم يكن لك يومئذ فليس عليك شىء». و هى ظاهره فى الملك.

و أما ما ذكره بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين من أن هذه الروايه أوفق بالقول بعدم مالكيه العبد، لانه لو كان له مال فهو من مال البائع، فلذا يلزمه أداؤه لا بالشرط، و إذا لم يكن مال و حصله عند المشتري فهو من مال المشتري. انتهى.

ففيه من العبد عن سياق الخبر المذكور، ما لا يخفى، فان ظاهره ينادى بخلافه، لأن قوله ان كان يوم شرطت لك مال ظاهر فى الملك كما هو مدلول اللام، أو الاختصاص الراجع الى الملك، و ظاهره أن الإعطاء انما هو من حيث الشرط، لا من حيث إنه مال البائع.

و بالجملة فالظاهر ان ما ذكره (قدس سره) لا يخلو من تعسف، و كأنه أراد بذلك الانتصار للقول المشهور كما سيأتى ذكره إنشاء الله تعالى.

احتج العلامة فى التذكرة على ما ذهب اليه من القول الأول بقوله عز و جل (٢) «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» و قوله تعالى (٣) «ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ» .

و أنت خير بما فيه فان غايه ما يفهم منها انما هو الحجر عليه فى نفسه و ماله، و انه

ص: ٣٩٧

١-١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٦ و بسند آخر مثله منه رحمه الله.

٢-٢) سورة النحل الآية ٧٥.

٣-٣) سورة الروم الآية-٢٨.

ليس له التصرف فيهما إلا بإذن سيده، فهو من حيث هو لا يقدر على شيء إلا ما أقدره عليه مولاه وملكه، أو أذن له بالكسب و نحوه حسبما دلت عليه الاخبار المتقدمة.

و يؤيده الأخبار الواردة في معنى الآية الاولى من أنه ليس له نكاح و لا طلاق إذا أنكحه مولاه أمته إلا بإذن المولى، ففى بعضها (١) قال:

«سألته عن العبد هل يجوز طلاقه؟ قال: ان كان أمتك فلا، ان الله عز و جل يقول «عَبْدًا مَّملُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيَّ شَيْءٌ» .

و نحوه أخبار عديده و مرجع الجميع الى المنع من التصرف إلا بإذن سيده.

و الآية الثانية ظاهرها انه ليس له حق و لا شركه فى مال المولى، و لا دلالة لها على عدم الملك إذا ملكه أو اذن له فى تملك مال الغير بالكسب و التجاره و نحو ذلك، بل الظاهر انه يحصل له ذلك كالعبيد بالنسبه الى الله عز و جل.

و بالجملة فإنه لا دلالة فيهما على نفي تملكه لما ملكه سيده، أو أذن له فيه كما هو المدعى، و ظاهر الأصحاب على تقدير القول بتملكه الاتفاق على انه محجور عليه، و لكن ظاهر الاخبار المتقدمه العدم، فإنها كالصريحه فى استقلاله، سيما صحيحه عمر بن يزيد و قوله فيها «انه يتصدق و يعتق و أجر ذلك له» الا انه ربما نافر ذلك نفي الزكاه عنه، فى صحيحه إسحاق بن عمار، إذ لو كان مالكا للتصرف كملكه للمال، لما كان لنفى وجوب الزكاه وجه، و فى معنى هذه الروايه أخبار آخر، تقدمت فى كتاب الزكاه، و الظاهر انه لا وجه لذلك مع الحكم بملكه الا كونه محجورا عليه، و يدل عليه ما رواه

فى كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن على بن جعفر (٢) عن أخيه موسى (عليه السلام) قال:

«ليس على المملوك

ص: ٣٩٨

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨.

٢- ٢) الوسائل الباب-٤- من أبواب من تجب عليه الزكاه.

زكاه إلا بإذن مواليه». و حينئذ فيجب حمل إطلاق ما ظاهره الاستقلال على هذه الروايه، وقد تقدم تحقيق القول في ذلك في كتاب الزكاه و الله العالم.

المسأله الثالثه [في حكم من اشترى عبدا و له مال]

اشاره

-اختلف الأصحاب فيما إذا اشترى عبدا أو أمه و له مال فقال الشيخ في النهايه و الشيخ المفيد: ان المال للبائع الا ان يشترطه المبتاع، سواء كان ماله أكثر من ثمنه أو أقل.

و قال سلار: و ابتياع العبيد الذين لهم مال بأقل مما معهم جائزه و قال ابن الجنيدي إذا شرطه المشتري و كان الثمن زائدا على قدر المال من جنسه جاز البيع، و ان كان المال عروضاً يساوي قدر الثمن أو دونه و أو أكثر منه جاز ايضاً و ان كان الثمن من جنس مال العبد و مال العبد أكثر من الثمن لم يجز.

و قال الشيخ في الخلاف: إذا كان مع العبد مائه درهم فباعه بمائه درهم لم يصح البيع، فان باعه بمائه و درهم صح. و قال في المبسوط: إذا باعه سيده و في يده مال و شرط ان يكون للمبتاع صح البيع إذا كان المال معلوماً و انتفى عنه الربا، فان كان معه مائه درهم فباعه بمائه درهم لم يصح، فان باعه بمائه و درهم صح، ثم قال: و إذا باع عبداً قد ملكه ألفاً بخمسمائة صح البيع على قول من يقول: انه يملكك، و لو باع ألفاً بخمسمائة لم يصح، لانه ربا، و الفرق بينهما انه إذا باع العبد، فإنما يبيع رقبته مع بقاء ما ملكه عليه فصح ذلك، و لم يصح بيع الالف بخمسمائة.

و قال ابن البراج و أبو الصلاح إذا ابتاع عبداً أو أمه و له مال فهو للبائع الا ان يشترطه في عقد البيع فيكون له.

و قال ابن حمزه: لو باعه مع المال صح ان كان الثمن أكثر مما معه ان كان من جنسه، و ان كان من غير جنس ما معه صح على كل حال، و ان لم يعرف

مقدار ما معه و باع بجنسه لم يصح، (١) و ان باع بغير جنسه صح، و ان باع المملوك دون المال صح، فان شاء سوغه المال، و ان شاء استرده. و ابن إدريس فصل كذلك.

و قال العلامة فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال: و التحقيق ان نقول:

ان كان الثمن و ما مع العبد ربويين و اتفقا جنسا اشترط زياده الثمن على ما فى يد العبد، و الا فلا، لنا انه على التقدير الأول لولاه لثبت الربا المحرم، و على التقدير الثانى ان المقتضى للصحة موجود، و هو البيع الصادر عن أهله فى محله، و المانع و هو مفسده الربا منتف هنا.

و نقل فى المختلف و المسالك عن ابن البراج القول بالتفصيل بين علم البائع بالمال و عدمه، فان لم يعلم به فهو له، و ان علم فهو للمشتري.

و الأصل فى هذه الاختلافات الأخبار الواردة فى المسألة، و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) قال:

«سألته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا فقال: المال للبائع، إنما باع نفسه، الا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من مال أو متاع فهو له».

و هذه الروايه داله على ما ذهب اليه الشيخان مما قدمناه نقله عنهما و الظاهر أنه هو المشهور، و به صرح المحقق و العلامة و غيرهما، و هو جيد بناء على القول

ص: ٤٠٠

١-١) قال فى المختلف و قول ابن حمزه ان لم يعرف مقدار ما معه و باعه بغير جنسه صح، و ان باعه بجنسه لم يصح، لان الجهل يستلزم جواز تطرق الربا، لكن يبقى فيه اشكال من حيث انه باع مجهولا، الا ان يقال ان المال تابع و جهاله التابع لا تمنع صحه البيع: انتهى و هو جيد منه رحمه الله.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢١٣ التهذيب ج ٧ ص ٧١.

بعدم ملك العبد كما هو المشهور بينهم، واما على القول بملكه فيشكل ذلك، لما عرفت من الاخبار المتقدمه فى سابق هذه المسأله، و سياتى إنشاء الله تعالى بيان وجه التأويل فيه، بما يرجع به الى الاخبار المتقدمه.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) فى الصحيح عن زراره (١) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل يشتري المملوك و له مال لمن ماله؟ فقال: ان كان علم البائع ان له مالا فهو للمشتري، و ان لم يكن علم فهو للبائع». و رواه فى الفقيه عن جميل عن زراره أيضا، و هذا الخبر ظاهر فيما قدمنا نقله عن ابن البراج، الا أنه يشكل على كل من القولين بملكه العبد و عدمها، بأن الملك لا ينتقل إلى المشتري بمجرد العلم من دون صيغه ناقله تدل على الملك.

و جملة الأصحاب حملوا الروايه على اشتراط البائع للمشتري ذلك و هو جيد بناء على القول بعدم تملك العبد، أما على القول به فيبقى الاشكال من هذه الجبهه فى الحكم بكونه للبائع أو المشتري، فان ملك المالك لا ينتقل عنه الا برضا منه، و الحال أن العبد لا مدخل له فى هذا النقل.

و العجب أنه قد ذكر هذه المسأله من قال بتملك العبد و من أحاله، و لا مخرج من هذا الإشكال فى هذا الخبر و سابقه- الا بأن يقال: ان هذين الخبرين محمولان على كون المال للمولى، و أن الإضافه للعبد لأدنى ملايسه، كما قالوا فى كوكب الخرقاء، و ذلك مثل ثيابه و فراشه و نحوها، فإن الإضافه تصدق بذلك، و الخبر الثانى كما عرفت محمول على اشتراط البائع للمشتري ذلك، فهذان الخبران و نحوهما لا تدلان على تملك العبد و لا على عدمه.

و اما ما ربما يدل على عدم تملك العبد من الاخبار فهو محمول على الحجر

ص: ٤٠١

عليه في التصرف بدون اذن المولى، فكأنه من حيث المنع من التصرف ليس بمالك و بهذا الطريق يجمع بين أخبار المسأله، و يزول عنها الاختلاف، و هو يقتضى رجحان القول بتملك العبد كما قدمنا ذكره.

و أما الجمع بينها- بما ذكره شيخنا الشهيد الثانى (قدس سره) فى المسالك - من حمل الأخبار الداله على تملك العبد- على محض اباحه التصرف بكونه مأذونا لا ملك الرقبه (1) فهو و ان تم فيما أورده من الاخبار المشتمله على اضافه المال اليه، الا أنه لا يتم فيما قدمناه من الاخبار فى سابق هذه المسأله الصريحه فى ملك الرقبه و أنه يتصدق و يعتق من ماله.

و منها ما رواه

الصدوق فى الفقيه عن يحيى بن أبى العلاء (2) عن أبى عبد الله (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام) قال:

«من باع عبدا و كان للعبد مال فالمال للبائع الا أن يشترط المبتاع، أمر رسول الله (صلى الله عليه و آله) بذلك».

و الكلام فى هذه الروايه كما تقدم فى صحيحه محمد بن مسلم، قال فى الفقيه مشيرا الى هذا الحديث و حديث جميل بن دراج عن زراره (3) المتقدم هذا ان الحديثان متفقان و ليسا بمختلفين، و ذلك أن من باع مملوكا و اشترط المشتري ماله، فان لم يعلم البائع به فالمال للمشتري، و متى لم يشترط المشتري ماله و لم يعلم البائع أن له مالا فالمال للبائع، و متى علم البائع ان له مالا و لم يستثن به عند البيع فالمال للمشتري انتهى.

ص: ٤٠٢

١ - ١) قال (قدس سره): و لا- يندفع الإشكال إلا- إذا قلت: المراد بملكه العبد تسلطه على الانتفاع بما قيل بملكه له، لا بملك الرقبه، كما نقله فى الدروس عن بعض القائلين بالملك، فيكون الملك على هذا الوجه غير مناف لملك البائع للرقبه على وجه يتوجه به نقله إلى المشتري أو بقاءه على ملكه «انتهى منه رحمه الله».

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣٨.

٣- ٣) الفقيه ج ٣ ص ١٣٨.

أقول مفهوم صدر عبارته أنه متى اشترط المشتري مع علم البائع بالمال فالمال للبائع، وليس كذلك فان ظاهر صحيحه محمد بن مسلم و خبر يحيى المذكور أنه مع الشرط يكون للمشتري علم البائع بالمال أو لم يعلم.

و غايه ما يدل عليه خبر جميل عن زراره هو أنه مع علم البائع يكون للمشتري، و مع عدم علمه يكون له، لا للمشتري أعم من أن يشترطه المشتري أو لم يشترط، و إذا قيد إطلاقه بالخبرين المذكورين جمعا بين الاخبار لزمه أنه مع الشرط يكون للمشتري، علم البائع أو لم يعلم، و اما مع عدم الشرط فهو كما ذكره من التفصيل، و العجب أن جمله من المحدثين نقلوا كلامه كصاحب الوافي و صاحب الوسائل و لم يتنبهوا لما فيه.

و منها ما رواه

الشيخ (عطر الله مرقده) في الأمالي بسنده فيه عن الزهري عن سالم عن أبيه (١) قال:

«قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): من باع عبدا و له مال فالمال للبائع الا أن يشترط المشتري». و هذا الخبر دال على ما دل عليه خبر يحيى و صحيح محمد بن مسلم، و هذه الاخبار الثلاثة مستند الشيخين فيما تقدم نقله عنهما، و قد عرفت تحقيق القول فيها.

و منها ما رواه

في الفقيه في الصحيح عن زراره (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«قلت له: الرجل يشتري المملوك و ماله؟ فقال: لا بأس، قلت: فيكون مال المملوك أكثر مما اشتراه به فقال لا بأس به».

و رواه الشيخ في التهذيب بسند فيه على بن حديد و هو ضعيف و هذا الخبر فيه اشكال من وجهين، أحدهما- أنه انما يتجه على القول بعدم صحه تملك العبد، و قد عرفت الجواب عن ذلك بما تقدم في نظائره، و الثاني- ما ذكره الأصحاب مما

ص: ٤٠٣

١- ١) الوسائل الباب ٧ من أبواب بيع الحيوان الرقم-٥.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣٩ التهذيب ج ٧ ص ٧١.

قدمنا نقله عنهم من عدم الصحه فى هذه الصوره على إطلاقها، للزوم الربا فى بعض الموارد (1) إلا أن يقيد الخبر بكون المالىن غير ربويين، أو اختلاف الجنس، و به أجاب الأصحاب عن الخبر المذكور، و زاد العلامة الطعن فى الخبر بالضعف، و هو متجه بناء على روايه الشيخ، و اما على روايه الصدوق له فهو صحيح لا يتطرق اليه الطعن من هذه الجهه.

و بالجمله فالظاهر حملة على ما ذكرناه ليندفع عنه تطرق الوقوع فى الربا، بل اشتراط قبض مقابل الربوى فى المجلس إذا اختلف الجنس و كانا ربويين، و الظاهر حمل كلام الشيخين- فيما قدمنا نقله عنهما من إطلاق الصحه سواء كان مال العبد أكثر من الثمن أو أقل- على ما ذكرناه.

و العجب هنا من المحقق (قدس سره) فى الشرائع فإنه اختار فى المسأله الأولى القول بملك العبد مطلقا الا أنه محجور عليه فى التصرف بدون اذن السيد، و اختار فى هذه المسأله ما قدمنا نقله عنه من أن المال للبائع، الا أن يشترطه المشتري، و أنت خير بأن حكمه بالملك ظاهر فى أن المراد لملك الرقبه، و لا يمكن تأويله بما تقدم و متى كان كذلك فكيف يصح انتقاله عن مالكة بمجرد بيعه- سواء كان- الى البائع، أو المشتري و هو ظاهر. و الله العالم.

تذنيب

قال الشيخ فى النهايه: إذا قال مملوك انسان لغيره: اشترنى فإنك إذا اشتريتنى كان لك على شىء معلوم فاشتراه، فان كان للمملوك فى حال ما قال ذلك له مال لزمه

ص: ٤٠٤

١ - ١) و هو ما لو كان المال ربويا و بيع بجنسه، فإنه لا بد فى الخروج عن لزوم الربا من زياده فى الثمن عن ماله تقابل المملوك، ثم انه ينبغى أن يعلم أن لزوم الربا فى الصوره المذكوره انما يتجه على القول بعدم ملك العبد بالكلية، أو ملكه بمعنى جواز التصرف بأن يكون أصل رقبه المال للمولى، و الا فلو قلنا بملك العبد، و أن له كما اخترناه فإنه لا يشترط فى الثمن الزياده كما قدمنا ذكره، لان ماله ليس جزا من المبيع ليقابل بالثمن، بل هو تابع له و هو ظاهر. منه رحمه الله.

ان يعطيه ما شرطه له، و ان لم يكن له مال فى تلك الحال لم يكن عليه شىء، و تبعه ابن البراج، و به صرح جمله من المتأخرين.

و قال ابن إدريس هذه روايه أوردها الشيخ إيرادا لا- اعتقادا، لان العبد عندنا لا يملك شىئا، فأما على قول بعض أصحابنا أنه يملك فاضل الضريبه و أرش الجنايه يصح ذلك، و الصحيح من المذهب انه لا يملك انتهى.

أقول الروايه التى أشار إليها هى صحيحه الفضيل بن يسار المتقدمه فى سابق هذه المسأله، و موردها انما هو الشرط للبائع و هو المولى، و الشيخ و من تبعه من الأصحاب فرضوا المسأله فى اشتراط العبد للمشتري، و الفرق بين الأمرين ظاهر، لانه مع كون الشرط للمشتري كما فرضوه، فان قلنا بعدم ملك العبد بطل الشرط، سواء كان معه مال أم لا، و ان قلنا بملكه- فهو محجور عليه كما قدمنا ذكره- يتوقف صحه جعلته للمشتري على اذن مولاه، و على كل من التقديرين فالروايه المذكوره ظاهره فى خلافه، لأنها صريحه فى صحه الشرط المذكور، و لزومه مع وجود المال، و أما مع كون الشرط للمولى، فان قلنا أنه لا يملك فماله لمولاه، و تحمل نسبه المال اليه على الإضافه لأدنى ملابسته، و ان قلنا انه يملك فالحجر عليه زائل برضا المولى بذلك، و العمل بالروايه متجه على هذا التقدير.

و التحقيق أن الروايه المذكوره داله على ملك العبد كما قدمنا ذكره سيما مع اعتضاها بما قدمنا من الاخبار، و حينئذ فشرطه لمولاه صحيح، و الحجر قد ارتفع برضا المولى بذلك.

و أما على ما ذكره من عدم تملك العبد و لا سيما مع فرض المسأله على ما قدمنا نقله عنهم، فلا يخفى ما فيه من الاشكال، و أشكل منه رد الروايه الصحيحه من غير معارض فى المقام و الله العالم.

المسأله الرابعه- إذا حدث فى الحيوان عيب

اشاره

فهيها صور،

أحدها أن يكون ذلك العيب سابقا على البيع مع جهل المشتري به

، و الظاهر انه لا خلاف فى تخير المشتري بين الرد و الإمساك بالأرض، و لا فرق فى ذلك بين الحيوان و غيره.

الثانيه ما لو تجدد بعد العقد و قبل القبض

و لا- خلاف في تخيره بين الرد و الإمساك و انما الخلاف في انه مع اختيار الإمساك هل له الأرش أم لا؟ المشهور الأول، و لو هلك قبل القبض فمن البائع، و لو أهلكه أجنبي فللمشتري الفسخ أو مطالبه الأجنبي، و لو أهلكه البائع فالأقرب تخير المشتري بين الفسخ، فيطالب بالثمن، و عدمه فيطالب بالقيمه، و ما تقدم من الخيار بين الرد و الإمساك بالأرش كما هو المشهور مخصوص بما إذا كان العيب من قبل الله سبحانه أو من قبل البائع.

أما لو كان من قبل أجنبي فعليه الأرش للمشتري ان التزم بالمبيع، و للبائع ان فسخ، و لو أتلفه المشتري فهو قبض، و لو جنى عليه فالأقرب انه قبض أيضا، و لو قبض بعض المبيع و هلك الباقي فهو في ضمان البائع، و للمشتري الفسخ لتبعض الصفقه.

الثالثه- ما لو قبضه ثم تلف أو حدث فيه عيب في الثلاثه

فإنه مضمون على البائع ما لم يكن الحدث من المشتري، اما في صورته التلف فالظاهر ان مستنده الإجماع، إذ لا يظهر فيه خلاف عندهم حيث انه لا خلاف في ان التلف في زمن الخيار ممن ليس له خيار، و يدل عليه أيضا و على صورته العيب إطلاق

قول الصادق (عليه السلام) في مرسله ابن رباط (1) المتقدمه سابقا

«ان حدث بالحيوان حدث قبل الثلاثه فهو من مال البائع».

ثم انه في صورته العيب يتخير بين الرد بخيار الثلاثه و الإمساك، و الخلاف في الأرش هنا مع الإمساك كما تقدم في سابق هذه الصوره و في صورته التلف له الرجوع على البائع بالثمن، و العيب الحادث في الثلاثه الموجب للأرش عند من أوجبه لا يمنع الرد بخيار الثلاثه و لا بخيار العيب السابق.

نعم لا يرد بهذا العيب الحادث، بل له الأرش خاصه، لأنه انما حصل بعد القبض و ان كان في زمن الخيار الموجب لكونه مضمونا على البائع، و ذلك هو الموجب للأرش فقط، هذا كله فيما لو كان الخيار مختصا بالمشتري، و كذا لو

ص: ٤٠٦

كان مشتركاً بينه وبين البائع أو غيره، لأن الجملة فيه مضمونه على البائع أيضاً، أم لو كان الخيار مختصاً بالبائع أو مشتركاً بينه وبين أجنبي فلا خيار للمشتري، هذا إذا كان العيب من قبل الله تعالى أو من البائع.

و أما لو كان من أجنبي فللمشتري على ذلك الأجنبي الأرش خاصة، ولو كان بتفريط المشتري فلا شيء و هكذا الحكم في غير الحيوان، ويجرى أيضاً في تلف المبيع أجمع، إلا أن الرجوع هنا بمجموع قيمته كما تقدم، فإن كان التلف من قبل الله سبحانه و الخيار للمشتري و لو بمشاركه غيره فالتلف من البائع، و إلا فمن المشتري، و إن كان التلف من البائع أو من أجنبي و الخيار للمشتري، فإن اختار الفسخ و الرجوع بالثمن فذاك، و إلا رجع على المتلف بالمثل أو قيمته، و لو كان الخيار للبائع و المتلف أجنبي أو المشتري تخير و رجع على المتلف.

الرابعه ما لو حدث العيب بعد القبض و بعد مضي الثلاثه

، فإنه يمنع الرد بالعيب السابق على العقد الموجب للخيار مع الجهل، فلا خيار له هنا، لعدم موجهه، و لأنه قد تسلم المبيع صحيحاً، فليس له أن يردّه معيباً. نعم له الأرش من حيث العيب السابق هذا ملخص كلامهم في المقام، و قد تقدم ما فيه المناقضات في بعض المواضع في أبواب الخيار و العيوب و الله العالم.

المسأله الخامسه

اشاره

قيل: لو استثنى البائع الرأس و الجلد كان شريكاً بقدر ثنياه، و كذا لو اشترك اثنان أو جماعه و شرط أحدهم ذلك و لو قال: اشتر حيواناً بشركتي صح و ثبت البيع لهما، و على كل واحد نصف الثمن، و لو اذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه صح، و لو تلف كان بينهما، و له الرجوع على الآخر بما نقد عنه، و لو قال له: الربح لنا و لا خسران عليك، فيه تردد و المروى الجواز.

أقول: تفصيل هذه الجملة - المنقوله في هذا المقام و بيان ما اشتملت عليه من الأحكام يقع في مواضع

الأول - ما لو استثنى البائع الرأس و الجلد مثلاً

، و فيه

ص: ٤٠٧

أقوال، أحدها- ما ذكر هنا، وهو صحه السبيع و أنه يكون شريكا بقدر قيمه ثنياه و به قال الشيخ فى النهايه (١) و المبسوط و الخلاف، و ابن البراج و العلامه فى الإرشاد، و نسبه المحقق فى كتابيه إلى روايه السكونى مؤذنا بنوع توقف فيه.

و الروايه المشار إليها هي ما رواه

الشيخ عن السكونى (٢) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«اختصم الى أمير المؤمنين (عليه السلام) رجلان اشترى أحدهما بعيرا و استثنى البائع الرأس و الجلد، ثم بدا للمشتري أن يبيعه، فقال للمشتري:

هو شريكك فى البعير على قدر الرأس و الجلد». و رواه الكلينى مثله أقول المراد بلفظ «المشتري الثانى» هو المشتري الثانى.

و نحو هذه الروايه أيضا ما رواه

الصدوق عطر الله مرقده فى كتاب عيون أخبار الرضا بأسانيد ثلاثه (٣) عنه عن آبائه عن الحسين بن على (عليه السلام)

«انه قال:

اختصم الى على (صلوات الله عليه) رجلان أحدهما باع الآخر بعيرا و استثنى الرأس و الجلد، ثم بدا له أن ينحره، قال: هو شريكه فى البعير على قدر الرأس و الجلد».

و علل أيضا بأن البائع قد قبض ما يساوى المبيع، و بقى من قيمه ما يساوى المستثنى، فيكون البائع شريكا بما يساوى المستثنى، لان اجزاء الثمن مقسطه

ص: ٤٠٨

١- ١) قال الشيخ فى النهايه: إذا باع الإنسان بعيرا أو بقرا أو غنما و استثنى الرأس و الجلد كان شريكا للمبتاع بقدر الرأس و الجلد، و نحوه كلامه فى الكتابين الآخرين، و قال الشيخ المفيد: لا بأس أن يشترط البائع على المبتاع شيئا يستثنيه مما باعه، مثل أن يبيعه شاه و يستثنى عليه جلدها و رأسها بعد الذبح، و نحوه عبائر من وافق الشيخ المفيد فى ذلك، منه رحمه الله.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٨١ الكافى ج ٥ ص ٣٠٤.

٣- ٣) الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب بيع الحيوان الرقم ٣.

على اجزاء المبيع، و يلغو التعيين، فلو فرضنا أن الحيوان كملا قيمته عشرة دراهم و قيمه ما استثنى درهمان كان شريكا بالخمس و ثانيها صحه البيع و الاستثناء و انه يكون له ما استثنى، و هو قول الشيخ المفيد و السيد المرتضى و ابي الصلاح، و ابن الجنيد و ابن إدريس، و علل بأنه استثنى شيئا معلوما من معلوم، و عقد البيع غير مانع من اشتراط ما هو معلوم، لقوله (عليه السلام) «الشرط جائز بين المسلمين».

و ثالثها- بطلان البيع بهذا الاستثناء لأدائه إلى الضرر و التنازع، لأن المشتري قد يختار التبقية و فيها منع البائع من الانتفاع بما فى تملكه، و جاز أن يؤل حاله الى نقص أو عدم الانتفاع به، بجواز موته، و ان اختار البائع الذبح لأجل أخذ ما شرطه كان فيه منع لتسلط المشتري على ماله، كالانتفاع به فى نفسه كالانتفاع بظهره و لبنه و نتاجه، و هذا القول نقله ابن فهد فى المهذب و لم أقف على قائله.

و رابعها ما اختاره العلامة فى المختلف و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك من البطلان، الا- ان يكون مذبوحه أو اشتراها للذبح، فإنه يجوز الاستثناء، قال شيخنا المشار إليه فى المسالك بعد ذكر عبارته المحقق المشار إليها آنفا: لم يفرق بين المذبوح و ما يراد ذبحه و غيره، و هو أحد الأقوال فى المسألة، لإطلاق الروايه، الا أن المستند ضعيف، و الجهاله متحققه، و الشركه المشاعه غير مقصوده و القول بالبطلان متجه، الا ان يكون مذبوحا أو يراد ذبحه، فيقوى صحه، الشرط. انتهى.

أقول: لا- يخفى أن إلا- وفق بالقواعد الشرعيه هو القول الرابع لما ذكره فى المسالك، و يمكن أن يحمل عليه القول الثانى، فإن ظاهر عبارته الشيخ المفيد هو كون الشرط المذكور انما هو فيما يراد ذبحه، حيث قال: لا بأس أن يشترط البائع على المبتاع شيئا يستثنيه مما باعه، مثل ان يبيعه شاه و يستثنى عليه جلدها أو رأسها بعد الذبح.

و يمكن حمل إطلاق كلام غيره على ذلك أيضا، الا ان ظاهر كلام ابن إدريس العموم، و يؤيده انه يبعد استثناء الرأس و الجلد فيما لا يراد ذبحه، إذ لا ثمره

يترتب عليه، و يؤيده أيضا انهم قد صرحوا كما تقدم بأنه لا يجوز بيع جزء معين من الحيوان كيده و رجله و نحوهما، و انما يجوز مشاعا كنصفه و ربهه مثلا، و الاستثناء فى معنى البيع، و بهذا رد العلامة فى المختلف على هذا القول، فقال بعد تعليل عدم صحه الاستثناء مع التيقه و عدم الذبح بما فيه من الجهاله و تضرر الشريك لو أراد أخذ حقه، و ضرره لو أجبر على بقائه- ما صورته: و لانه لا يجوز افراده بالبيع، فلا يجوز استثناءه، و البيع انما يكون حلالا لو وقع على وجهه، و هو ممنوع هنا انتهى.

إلا- أنك قد عرفت دلالة الرويتين المتقدمتين- بإطلاقهما على الصحه مطلقا، و أنه يكون شريكا مع المشتري فى كل الحيوان بقدر قيمه الرأس و الجلد، فتنسب قيمه إلى ثمن المشتري، و يكون له بتلك النسبه من جميع اجزاء الحيوان، و يكون الباقي للمشتري، و يؤيد الخبرين المذكورين خبر الغنوى الا-تى فيمكن القول بالخبرين المذكورين، و حمل بعض الأصحاب خبر السكونى على انه كان المقصود الذبح ثم حصل العدول عن ذلك، فيكون البيع صحيحا و يكون شريكا للمشتري بمقدار قيمه ما استثنى، الا أن هذا الحمل لا يجرى فى خبر العيون، حيث صرح فيه بعدم اراده نحره، و مع ذلك حكم بالتشريك فى الجميع بنسبه قيمه ما استثناءه و المسأله لا يخلو من الاشكال، و ان كان القول الأول هو الأقرب.

الثانى- ما لو اشترك اثنان أو جماعه و شرط أحدهم ذلك

إشاره

و ظاهر جمله من الأصحاب- منهم العلامة فى المختلف و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك- ما هو اجراء حكم المسأله الاولى فى هذه المسأله، فحكموا بصحه الشرط مع الذبح أو إرادته، و البطلان مع عدم ذلك، قال فى المسالك فى تتمه العبارة المنقوله عنه آنفا: و كذا القول فيما لو اشترك فيه جماعه و شرط أحدهم ذلك. انتهى.

أقول:

قد روى الشيخ عن هارون بن حمزه الغنوى (1) عن ابى عبد الله

ص: ٤١٠

(عليه السلام) «في رجل شهد بعيرا مريضا يباع فاشتراه رجل بعشره دراهم فأشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس و الجلد، فقضى أن البعير برىء فبلغ 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 أنت خبير بأن ظاهر الخبر ان شراء البعير حال المرض و اشتراك الرجل الأخر بالرأس و الجلد انما وقع من حيث اراده الذبح، و لكن لما اتفق أنه برىء و لم يذبح و بلغ قيمه زائده حكم (عليه السلام) لدفع الضرر من الطرفين و صلحا بينهما بالتشريك في البعير، بنسبه ما دفع من قيمه الرأس و الجلد، و لو طلبهما اتى الضرر المنهى عنه متى أعطى بنسبه ما دفعه من جميع البعير، و على هذا يمكن حمل حديث السكونى المتقدم، و به يندفع ما تعلق به القائل بالإبطال من لزوم الضرر متى أراد المشتري التبقية، و أراد صاحب الرأس و الجلد الذبح لأجل أخذ ماله، فان فى ترجيح إرادته أحدهما ضرر على الأخر الا انه يبقى الإشكال فى خبر العيون حيث تضمن نحر البعير و لعل لفظ (لا) سقط من البين فإنه مع عدم سقوطها لا يناسب سياق الخبر ايضا من قوله ثم بدا له، إذ الظاهر ان أصل الشراء و اشتراط الجلد و الرأس انما وقع من حيث اراده النحر، و على هذا لا معنى لقوله «ثم بدا له ان ينحره» و انما المناسب ثم بدا له ان لا ينحره و بما ذكرنا يظهر قوه مذهب الشيخ فى المسأله المتقدمه.

و اما ما ذكره بعض محققى متأخرى المتأخرين من احتمال طرح الروايتين اعنى روايتى السكونى و الغنوى لضعفهما و مخالفتهما القواعد، ففيه ما عرفت فى غير موضع مما تقدم ان الطعن بالضعف غير معتمد عندنا، و لا وارد على المتقدمين الذين لا اثر لهذا الاصطلاح عندهم، و ان الأظهر هو الوقوف على ما دلت عليه الاخبار فى كل حكم سيما مع عدم المخالف من الاخبار، و تخصيص تلك القواعد ان ثبت بالنص، و الا فإنه لا يلتفت إليها فى مقابله الاخبار و ان ضعفت باصطلاحهم.

قال: سلار: كل شرط يشترط البائع على المبتاع من رأس ذبيحه يبيعهها و جلدتها أو بعضها بالوزن جائز.

أقول: و ظاهره يعطى جواز استثناء البعض كاللحم بالوزن، و قال ابن الجنيدي: لا يجوز، لان مواضع اللحم تتفاضل، و أقله ما يختلط به من العظم و غيره و كثرته، فان حدد المكان بما لا يختلط بغيره جاز. انتهى و استحسنة العلامه فى المختلف، و أنت خير بان ظاهر عباره سلار هنا كما قدمنا ذكره من عباره الشيخ المفيد من ان الشرط المذكور انما هو مع الذبح أو إرادته كما يخفى و الله العالم.

الثالث- ما لو قال اشتر حيوانا بشركتى

الى آخره الوجه فى لزوم نصف الثمن مع الأمر بشراء الحيوان بالمشاركه ان الأمر توكيل بالشراء بالشركه بينه و بين المأمور، و الشراء لا يكون الا بالثمن، و الظاهر من الشركه هو التساوى باعتبار إرادته الشركه فى كل جزء جزء منه فيحمل عليه الكلام الا ان ينصب قرينه على خلاف ذلك، و حينئذ فلو اذن له فى أداء الثمن عنه و أدى عنه رجع به عليه و الاذن أعم من الصريح و الفحوى مثل ان يأمره بشراء حيوان من مكان بعيد و المجرىء به مع العلم بأنه لا يكون ذلك الا بعد أداء الثمن، اما لو ادى عنه بغير اذنه فلا يلزمه العوض لانه متبرع فى أداء دين غيره، و قد تقرر ان تبرع بأداء دين غيره لا يرجع بذلك على المديون.

و الظاهر من كلام الأكثر و به صرح العلامه فى التذكره و غيرها أنه لا يكفى الإذن بالشراء فى الاذن بأداء الثمن لأنه أعم منه بل لا بد من الاذن بالأداء صريحا أو فحوى.

و يظهر من كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الاكتفاء بذلك قال: و الحق انه يرجع عليه بمجرد الاذن فيه، و ان كان ذلك أعم منه لدلاله القرائن عليه، و عدم حصول ما يقتضى التبرع انتهى و أيده بعضهم بأنه رضى بالشراء و هو انما يكون بالثمن، و الغالب انه لا يسلم المبيع الا بعد تسليم الثمن، فالظاهر ان ذلك اذن فى التسلم ايضا و لا يمكن ذلك الا به، فكان الأمر و الاذن بالشراء مستلزما لتسليم الثمن و تسليم المبيع، فلا يضمن لو أخذ من غير اذن جديد و يرجع بالثمن مطلقا الا مع ما يدل على عدم الاذن، و لا يفهم الاذن قال: و ليس كلام التذكرة و غيرها بعيدا عن هذا المعنى بكثير. انتهى.

و هو لا- يخلو من اشكال الا ان يكون هناك قرائن قاطعه تدل على ذلك، و الا فمجرد الأمر بالشراء لا يدل على ما ادعوه، و لو تلف الحيوان المشترك بعد قبضه من غير تفريط من المأمور فالتلف بينهما جميعا، و لا يرجع الآخر عليه، و ان يد الشريك- المشتري- عليه يد امانه، لا يد ضمان.

الرابع- ما لو قال له: الربح لنا و لا خسران عليك

الى آخره أقول: الظاهر ان وجه التردد المذكور من الروايه المشار إليها حيث دلت على صحه ذلك المؤيد بعموم (1)

«المؤمنون عند شروطهم». و من المخالفه للقواعد المقرره فى الشركه بل مقتضى المذهب كما ادعاه بعضهم من ان الربح و الخسران تابعان لرأس المال و الى ذلك جنح فى المسالك قال: و هو الأقوى ثم قال: و الروايه مع كونها و أردده فى بيع خاص يمكن تأويلها بما يوافق الأصل انتهى.

أقول: قال الشيخ فى النهايه: و من قال لغيره اشتر حيوانا بشركتى و الربح بينى و بينك فاشتره ثم هلك الحيوان كان الثمن بينهما، كما لو زاد فى ثمنه كان ايضا بينهما على ما اشترط عليه، فان اشترط عليه ان يكون له الربح لو ربح و ليس عليه شىء من الخسران كان على ما اشترط عليه، و به قال ابن البراج.

ص: ٤١٣

و قال ابن إدريس: معنى انه إذا قال لغيره اشتر حيوانا بشركتى المراد به انقد عنى نصف الثمن أو ما يختاره و يجعله قرضا عليه، و الا- فما يصح الشركه إلا- هكذا قال: فأما قول شيخنا (رحمه الله)- فان اشتراط عليه ان يكون له الربح ان ربح و ليس عليه من الخسران شىء كان على ما اشترط عليه- فليس بواضح و لا يستقيم، لانه مخالف لأصول المذهب، لان الخسران على رؤس الأموال بغير خلاف، و إذا شرط انه على واحد من الشريكين كان هذا الشرط مخالفا للكتاب و السنه، لأن السنه جعلت الخسران على رؤوس الأموال انتهى.

و قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه، و ما ذكره ابن إدريس فى تفسير قول الإنسان لغيره اشتر حيوانا فاشركنى ليس بصحيح، لأن الأمر بالشراء عنه ليس امرا بنقد الثمن عنه، و الشركه يتحقق بالعقد إذا أوقعه المشتري عنه و عن الأمر بالنيابه، لا بالأمر بنقد الثمن، و أما نسبه قول الشيخ الى عدم الوضوح و عدم الاستقامه- و انه مخالف لأصول المذهب و ان هذا الشرط يخالف الكتاب و السنه فليس بجيد لان الشيخ (رحمه الله) عول فى ذلك على الكتاب و السنه و العقل، أما الكتاب فقوله تعالى (١) «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» و التراض انما وقع على ما اتفقا عليه فلا يجوز لهما المخالفه و قوله تعالى (٢) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و العقد انما وقع على هذا فيجب الوفاء به، و اما السنه

فقوله عليه السلام (٣)

«المؤمنون عند شروطهم». و ما رواه

رفاعه (٤) فى الصحيح قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل شارك فى جاريه له قال: ان ربحنا فيها فلك نصف

ص: ٤١٤

١-١ (١) سورة البقره الآيه ٢٨٢.

١-٢ (٢) سورة المائده الآيه ١.

٢-٣ (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢.

٢-٤ (٤) التهذيب ج ٧ ص ٧١ و ٨١.

الربح و ان كان وضيعه فليس عليك شىء فقال: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجاربه». و أما العقل فلان الأصل الجواز، و قوله ان الخسران على قدر رأس المال، قلنا متى، مع الشرط لغيره أو بدونه، و بالجمله فقول الشيخ هو المعتمد. انتهى.

و هو جيد و مما يدل على ذلك -زياده على الصحيحه المذكوره- ما رواه

الشيخ عن ابى الربيع (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى رجل شارك رجلا- فى جاربه فقال له: ان ربحت فللك و ان وضعت فليس عليك شىء؟ فقال: لا بأس بذلك إذا كانت الجاربه للقائل».

و أما ما رواه

الشيخ و الصدوق عن إسحاق بن عمار (٢) فى الموثق قال:

« قلت لأبى إبراهيم (عليه السلام): الرجل يدل الرجل على السلعه، فيقول: اشتراها ولى نصفها، فيشتريها الرجل و ينقد من ماله، قال: له نصف الربح، قلت: فان وضع يلحقه من الوضيعه شىء؟ فقال: نعم عليه الوضيعه: كما أخذ من الربح». فهو ظاهر فى عدم الشرط، فلا ينافى ما تقدم. و يمكن الجمع بين كلامى الشيخ و ابن إدريس بأن مبنى كلام ابن إدريس على الاشتراك فى الثمن كما تأول به عباره الشيخ، و ان كان تأويله بعيدا و حينئذ فيكون الربح و الوضيعه تابعه لرأس المال، و مبنى كلام الشيخ انما هو على الاشتراك فى الشراء دون المشاركه فى المال.

و حينئذ فلا يرد على ابن إدريس الاستدلال بصحيحه رفاعه، فإنها ظاهره فى كون الشركه انما هو فى عقد الشراء لا فى المال الذى اشترى به، الا أنه يمكن أن يقال أنه و ان كان الأمر كذلك من أن الشركه فى رأس المال تقتضى كون الربح و الخسران تابعين لرأس المال، لكن مع الشرط يكون الأمر على ما وقع عليه الشرط، و ان خالف القاعده المذكوره، فإن الشروط فى جميع العقود كلها من هذا القبيل بمنزله

ص: ٤١٥

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٧١ و ٨١.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٧ الفقيه ج ٣ ص ١٣٩.

الاستثناء مما يقتضيه أصل العقد.

و بالجمله فالظاهر هو ما ذهب اليه الشيخ (رحمه الله) و منه يظهر ضعف ما ذهب اليه ابن إدريس (رحمه الله) و ان تبعه فيه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك كما عرفت و الله العالم.

المسألة السادسة [ما يستحب و يكره فى شراء المماليك]

إشارة

قد ذكروا فى شراء المماليك جملة من الأحكام استجابا و كراهه منها أنه يجوز له النظر الى وجه المملوكه-إذا أراد شرائها-و محاسنها و المراد بها مواضع الحسن منها و الزينه كالكفين و الرجلين و الشعر، قالوا و لا يشترط فى ذلك اذن المولى، و لا يجوز الزيادة على ذلك إلا بإذنه فيكون تحليلا يتبع ما دل عليه اللفظ حتى العوره، و كذا يجوز له مس ما يجوز النظر اليه مع الاذن، و نقل عن العلامة فى التذكرة جواز النظر الى ما دون العوره مع عدم الاذن، و رده جملة ممن تأخر عنه بالبعد.

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بذلك ما رواه

الشيخ و الصدوق عن أبى بصير (1) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها؟ قال: لا بأس بأن ينظر الى محاسنها و يمسها ما لم ينظر الا ما لا ينبغى له النظر اليه».

و ما رواه

فى التهذيب عن حبيب بن معلى الخثعمى (2) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) انى اعترضت جوارى بالمدينه فأمدت؟ فقال: أما لمن يريد الشراء فليس به بأس، و أما من لا يريد أن يشتري فإنى أكرهه».

و عن عمران بن الحارث الجعفرى (3)

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: لا أحب للرجل أن يقلب جاريه إلا جاريه يريد شراءها».

و ما رواه الثقة الجليل

عبد الله بن جعفر الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان (4) عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام)

- ١-١) التهذيب ج ٧ ص ٧٥ الفقيه ج ٤ ص ١٢.
- ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٦.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٦.
- ٤-٤) الوسائل الباب-٢٠- من أبواب بيع الحيوان الرقم-٤.

«أنه كان إذا أراد ان يشتري الجاربه يكشف عن ساقها فينظر إليها». و في هذه الروايه دلاله على جواز النظر الى الساق زياده على ما ذكره الأصحاب و يمكن أن يستفاد من روايه الجعفرى صحه ما نقل عن العلامه من جواز النظر الى ما عدا العوره إذا دعت الحاجه الى ذلك و يمكن أن يحمل على ذلك قوله في روايه أبى بصير «ما لم ينظر الى ما لا ينبغى النظر اليه» بالحمل على العوره، و يكون ذكر المحاسن فيها انما خرج مخرج التمثيل، و يخرج روايه قرب الاسناد شاهده على ذلك و بالجمله فإن ما نقل عن التذكرة غير بعيد، و ان ردوه بالبعد.

و منها انه يستحب لمن يشتري مملوكا ان يغير اسمه، و أن يطعمه شيئا من الحلو و ان يتصدق عنه بشيء، و انه يكره ان يرى المملوك ثمنه فى الميزان كل ذلك للاخبار.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن زراره (١)

«قال كنت جالسا عند أبى عبد الله (عليه السلام) فدخل عليه رجل و معه ابن له، فقال له أبو عبد الله (عليه السلام): ما تجاره ابنك؟ فقال التخنس فقال له أبو عبد الله (عليه السلام) لا- تشتري شيئا و لا- عيبا، و إذا اشتريت رأسا فلا- ترين ثمنه فى كفه الميزان، فما من رأس رأى ثمنه فى كفه الميزان فأفلق، و إذا اشتريت رأسا فغير اسمه و أطعمه شيئا حلوا إذا ملكته و تصدق عنه بأربعة دراهم».

و عن محمد بن ميسر (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

« من نظر الى ثمنه و هو يوزن لم يفلح». و ظاهر الخبرين المذكورين أن الكراهه مترتبه على رؤيه الثمن فى الميزان، و حينئذ فلا يكره فى غيره، و ربما قيل أنه انما جرى على المتعارف من وضع الثمن فيه، فلو رآه فى غيره كره أيضا فيكون المراد انما هو الكنايه عن عدم رؤيته مطلقا، و يؤيده أن وزن الدراهم فى الميزان قليل و به

ص: ٤١٧

١-١) الكافى ج ٥ ص ٢١٢.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٢١٢.

يظهر ضعف تنظره في المسالك في هذا القول.

و منها كراهه وطئ من ولدت من الزنا بالملك و العقد، قال المحقق الأردبيلي (قدس سره) بعد ذكر المصنف الحكم المذكور: قد نهى عنه في الاخبار المعتبره المحموله على الكراهه. لعموم أدله جواز النكاح و الوطئ، و كأنه لعدم القائل بالتحريم.

أقول: قد نقل القول بالتحريم هنا في المسالك عن ابن إدريس بناء على أن ولد الزنا كافر، و أن وطأ الكافر محرم، ثم رده بان مقدمتين ممنوعتان و أنت خبير بما قدمناه في كتاب الطهاره من التحقيق في أحوال ابن الزنا أن له حاله ثالثه غير حال المسلمين و الكفار في النكاح و غيره و الاخبار قد صرحت هنا بالجواز على كراهيه.

و منها

حسنه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد الزنا هل عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا و ان تنزه عن ذلك فهو أحب الي». و نحوها غيرها.

و منها التفرقه بين الأطفال و أمهاتهم قبل استغنائهم عنهن فليل بالكراهه و قيل بالتحريم، و القولان للشيخ في النهايه، فقال: في باب ابتياع الحيوان لا- يجوز، و قال في باب العتق أنه مكروه، و الى القول بالتحريم ذهب الشيخ المفيد و ابن البراج و سلار و ابن الجنيد، و نقل عن علامه في التذكرة مدعيًا أنه المشهور و هو اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك و الروضه، و الى القول بالكراهه ذهب المحقق في كتابيه و علامه في المختلف و الإرشاد و ابن إدريس و الشهيد في اللمعه و غيرهم.

احتج القائلون بالكراهه بما ورد من (1)

«ان الناس مسلطون على أموالهم».

و الذي وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بالمقام زياده على الخبر المذكور ما رواه

ص: ٤١٨

(١-١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

المشايخ الثلاثة عطر الله مراقدهم عن معاوية بن عمار (١) في الصحيح قال:

«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: أتى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بسبى من اليمن، فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جاريه من السبى كانت أمها معهم، فلما قدموا على النبي (صلى الله عليه و آله) سمع بكاءها، فقال: ما هذه البكاء؟ فقالوا يا رسول الله (صلى الله عليه و آله) احتجنا إلى نفقه فبعنا ابنتها فبعث بئمنها فأتى بها، وقال: بيعوهما جميعا أو أمسكوهما جميعا».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن سماعه (٢) في الموثق قال:

«سألته أخوين مملوكين هل يفرق بينهما؟ و عن المرأه و ولدها، قال: لا هو حرام الا أن يريدوا ذلك».

و رواه في الفقيه قال:

«سأل سماعه أبا عبد الله (عليه السلام) عن أخوين مملوكين» الحديث.

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن هشام بن الحكم (٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله (عليه السلام)

«قال انه اشترت له جاريه من الكوفه قال:

فذهبت تقوم في بعض الحاجه، فقالت: يا أمه فقال لها أبو عبد الله (عليه السلام):

أ لك أم؟ قالت: نعم فأمر بها فردت، و قال: ما آمنت لو حبستها أن أرى في ولدى ما أكره».

و ما رواه

في الكافي عن عمر بن أبي نصر (٤) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الجاريه الصغيره يشتريها الرجل؟ فقال: ان كانت قد استغنت عن أبويها فلا بأس».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة عن ابى سنان (٥) في الصحيح- فان الظاهر أن ابن

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٢١٨ التهذيب ج ٧ ص ٧٣ الفقيه ج ٣ ص ١٣٧.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٨ التهذيب ج ٧ ص ٧٣ الفقيه ج ٣ ص ١٣٧.
- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٢١٩ التهذيب ج ٧ ص ٧٣.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٢١٩.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٢١٩.

سنان هو عبد الله-عن أبي عبد الله (عليه السلام) «أنه قال في الرجل يشتري الغلام و الجارية و له أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من الأمصار؟قال:لا يخرجها الى مصر آخر ان كان صغيرا و لا يشتريه فان كانت له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت».

و ما رواه

شيخنا الشهيد الثاني في المسالك (1) عن أبي أيوب عن النبي (صلى الله عليه و آله) قال:

«من فرق بين والده و ولدها، فرق بينه و بين أحبته». أقول: و هذه الرواية لم أقف عليها في كتب أخبارنا و لا يبعد انها من طريق العامه الا ان صحيحه هشام المذكوره ظاهره فيما دلت عليه.

و في كتاب الفقه الرضوى (2)

«و روى في الجارية الصغيره تشتري و يفرق بينها و بين أمها؟ فقال: ان كانت قد استغنت عنها فلا بأس».

هذه جمله ما حضرني من أخبار المسأله، و دلالتها على التحريم ظاهره، سيما صحيحه معاويه حيث أمر (صلى الله عليه و آله) برد الجارية المباعه، و الأمر للوجوب كما تقرر في محله، و ظاهرها بطلان البيع، حيث استرجع المبيع برد الثمن من غير رضا المشتري كما هو ظاهر الخبر، و قوله في موثقه سماعه «هو حرام الا ان يريدوا ذلك».

و بالجمله فإن ظاهر الاخبار هو التحريم و البطلان و بذلك اعترف في الدروس أيضا (3).

ص: ٤٢٠

١- (١) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٦ عن عوالى اللثالى.

٢- (٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٦.

٣- (٣) قال في الدروس: اختلفوا في التفريق بين الأطفال و أمهاتهم إلى سبع سنين، و قيل: إلى مده الرضاع، ففي روايه سماعه يحرم الا- برضاهم و أطلق المفيد و الشيخ في الخلاف و المبسوط التحريم و فساد البيع و هو ظاهر الاخبار، و طرد الحكم في أم الأم و ابن الجنيد طرد في من يقوم مقام الأم في الشفقه، و أفسد البيع في السبايا و كره ذلك في غيرهم و الحلون على كراهيه التفرقه و تخصيص ذلك بالأم و هو فتوى الشيخ في العتق من النهايه انتهى منه رحمه الله.

الأول [هل يختص الحكم بالصغير فقط؟]

قد عرفت ان الأصحاب خصوا الحكم بالأطفال، و فرعوا عليه ايضا الخلاف في الغايه التي يزول معها التحريم أو الكراهه، هل هي مده سبع سنين، أو أن يستغنى عن الرضاع؟ و هو مشكل، إذ لم نقف له على مستند، و بذلك اعترف في المسالك أيضا، و ذكر جماعه من المتأخرين أنه مترتب على الخلاف في الحضانه الاتي في كتاب النكاح إنشاء الله تعالى و هو أشكل لاختلاف الاخبار (1) و الأقوال في ذلك أيضا.

ص: ٤٢١

١ - ١) ففي بعض الاخبار ان الولد للأب و له ان يعطيه لمن شاء يرضعه الا يطلب الام ذلك، فترضى بما يرضى به غيرها فهي أحق ما لم يفطم، و في بعض أن الأم أحق بالولد الى سبع سنين، و في بعض آخر الى ان يتزوج، و في بعض آخر انه ما دام في الرضاع فهو بين الأبوين، فإذا فطم فالأب أحق به من الأم فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه، و في بعضها انه ليس للوصى أن يخرج من حجر الام حتى يدرك و يدفع اليه ماله و الشيخ قد جمع بينها بأن الأم أحق قبل الفطام و إذا أرضعت بما يرضع التهذيب ج ٨ ص ١٠٤ الغير فهي أحق، و انها أحق بالأثني ما لم تتزوج، و جمع جمله من الأصحاب بينها بحمل روايه السبع على الأثني، و الحولين على الذكر، لمناسبه الحكمه في احتياج الأثني إلى تربيته الام زياده على الذكر، قال في المسالك و هذا هو الأجد، ثم قال و حيث كان ذلك في حكم الحره فليكن في الأمه كذلك لان حقها لا يزيد على الحره، و لان ذلك هو الحق المقرر لسلام في كون الولد معها في نظر الشارع انتهى - منه رحمه الله.

و أنت خبير بأن ظاهر الروايات المذكوره عدم الاختصاص بالأطفال بل ظاهر جمله منها انما هو الكبار، كما يعطيه ظاهر صحيحه معاويه بن عمار من بيع الجاربه لنفقه العسكر، و من الظاهر الغالب أن قيمه الطفل لا يفي بذلك، و أظهر منها صحيحه هشام بن الحكم، و قوله فيها «ان الجاربه ذهبت تقوم فى بعض حوائجها»، و هو ايضا ظاهر موثقه سماعه و ان الولد فيها أعم من الصغير و الكبير، بل الظاهر انما هو كونه كبيرا لقوله «الا ان يريدوا ذلك» فإن الإراده لا تحصل من الرضيع.

و كذلك قوله فى

صحيحه ابن سنان (١)

«و ان كانت له أم فطابت نفسها و نفسه، فاشتره». فان طيب النفس لا يتم فى الرضيع و هذا كله بحمد الله سبحانه ظاهر لا ريب فيه.

الثانى - انه على تقدير القول بالتحريم هل يحكم ببطلان البيع أيضا أم لا؟

وجهان بل قولان - يلتفتان الى ان النهى فى غير العباده لا يقتضى الفساد و لرجوعه الى وصف خارج عن ذات المبيع، فيكون كالبيع وقت النداء، و على هذا فيصح البيع و ان اثم، و الى ان المفهوم من صحيحتي معاويه و هشام من حيث اشتمالهما على الرد من غير رضى المتبايعين هو البطلان، و الظاهر ان الوجه فيه هو ان تحريم التفرقه أخرجها عن صلاحيه المعاوضه، و هو الأظهر، و فاقا لجمله من الأصحاب.

ص: ٤٢٢

الثالث [هل يعم الحكم الأرحام المشاركه فى الشفقه]

أنه هل يختص النهى عن التفرقة بالولد مع الأم، أم يعم الأرحام المشاركه فى الشفقه والاستيناس. كالأخت و العمه و الخاله؟ قولان، استجود شيخنا الشهيد الثانى فى الروضه و المسالك الثانى، و استقرب العلامه فى التذكره الأول، و ظاهر موثقه سماعه و صحيحه ابن سنان يؤيد الثانى، إلا أن ظاهرهم تخصيص التعديه الى ما شارك الأم فى الشفقه من الإناث خاصه، و ظاهر الروايتين المذكورتين التعدى إلى الذكور أيضا فالتخصيص المذكور خروج عن النص.

و الأظهر الوقوف على ما دلت عليه النصوص من الام و الأخ و الأخت و الأب اقتصارا فيما خرج عن الأصل على موضع النص، و لان ما زاد لا يخرج عن القياس.

الرابع أنه هل يلحق بالبيع غيره؟

قال فى المسالك: الظاهر عدم الفرق بين البيع و غيره، و ان كان فى بعض الاخبار ذكر البيع لايمائها إلى العله الموجوده فى غيره، فيتعدى الى كل ناقل للعين حتى القسمه و الإجاره الموجبه للفرقه، و حيث كانت عله المنع الفرقة فلو لم يستلزمها - كما لو باع أحدهما و شرط استخدامه مده المنع أو على من لا - يحصل معه التفريق بينهما - لم يحرم، مع احتمالها فى الثانى إذا لم يكن الاجتماع لازما له شرعا. انتهى.

و أورد عليه (١) بأنه و ان كان محتملا من جهة ظهور العله المفهومه فيمكن ذلك، و لكن يشكل ذلك من جهة كونه قياسا مع عدم المنصوبيه فى العله. انتهى.

و هو جيد على أنه قد تقدم ما فى منصوص العله من البحث فى صدر جلد الطهاره من هذا الكتاب (٢) و بالجمله فإن الأظهر الاقتصار فى ذلك على البيع كما هو مورد الاخبار، اقتصارا فيما خالف الأصل على مورد النص، و النصوص المتقدمه كلها انما تضمنت البيع و الشراء، و ليس فيها ما تضمن مجرد التفرقة إلا موثقه سماعه،

ص: ٤٢٣

١- ١) و هو المحقق الأردبيلي فى شرح الإرشاد - منه رحمه الله.

٢- ٢) ج ١ ص ٤٣.

فيجب حملها على ما عداها من النصوص المذكورة، حمل المطلق على المقيد، و به يظهر أن التعديده قياس محض و الله العالم.

الخامس [موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبن]

-قال في المسالك: و موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبن، أما قبله فلا يجوز قطعاً، لما فيه من التسبب الى إهلاك الولد، فإنه لا يعيش بدون، صرح به جماعة. انتهى.

و فيه تأمل لأننا رأينا كثيراً 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، و انما يرضع من حليب غيرها، بل قيل: انه لا يوجد اللبن في كثير من النساء و بنحو ما قلنا صرح المحقق الأردبيلي قدس سره في شرح الإرشاد أيضاً.

السادس [عدم تعدى الحكم إلى البهيمة]

-قال في المسالك: و لا يتعدى الحكم إلى البهيمة اقتصاراً بالمنع على موضع النص، فيجوز التفرقه بينها و بين ولدها بعد استغنائه عن اللبن، و قبله ان كان مما يقع عليه الزكاه أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه انتهى.

المسألة السابعة [في وجوب استبراء الأمه على البائع و المشتري]

إشارة

-لا خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في أنه يجب استبراء الأمه على البائع قبل البيع إذا وطأها، و كذا المشتري و يسقط الاستبراء عن المشتري لو أخبره البائع بالاستبراء و كان ثقه أو كانت لامرأه، أو كانت يائسه أو صغيره أو حاملاً أو حائضاً.

و تفصيل هذه الجملة يقع في موارد

الأول [كيفية الاستبراء]

-لا يخفى أن الاستبراء عبارته عن طلب برأيه الرحم من الحمل، فإنه إذا صبر عليها المده المضروبه لذلك حسبما يأتي ذكره في الاخبار تبين به حملها أو عدمه، و الحكمه فيه عدم اختلاط الأنساب و المشهور بين الأصحاب -و به صرح الشيخ و تبعه الأصحاب- انه لا فرق في ذلك بين البيع و غيره من الوجوه الناقله للملك، و كذا القول في الشراء فيجب الاستبراء بكل ملك زائل و حادث، و خالف في ذلك ابن إدريس فخصه بالبيع، دون غيره من الوجوه المشار إليها، قال العلامة (قدس سره) في المختلف: قال الشيخ

فى الخلاف: إذا ملك أمه بابتىاع أو هبه أو إرث أو استغنام لم يجر له و وطؤها الا بعد الاستبراء.

و قال ابن إدريس: لا يجب فى غير البىع، لأن الذى رواه أصحابنا فى تصانيفهم الخاليه من فروع المخالفين و بياناتهم و نطقت به أخبار الأئمه (عليهم السلام) أن الاستبراء لا يجب الا على البائع و المشتري، و لم يذكروا غيرهما، و الأصل براءه الذمه، و التمسك بقوله تعالى (١) «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» و هذه ملك يمين و الحق ما قاله الشيخ، لنا أن المقتضى لوجوب الاستبراء فى صوره البىع ثابت فى غيره، و هو العلم باستفراغ رحمها، و الاختلاط على الأنساب، و الحفظ من اختلاطها، و أى فرق بين قوله بعتك، و قوله و هبتك، بحيث يوجب الأول الاستبراء دون الثانى، و لا يخفى ذلك على محصل، و أسند النقل الى كتاب الخلاف و نسبه الى أنه من فروع المخالفين، و لعله لم يقف فى النهايه على باب السرارى و ملك الايمان، فإن الشيخ نص فيه على ذلك أيضا، بل هو نفسه قال فى هذا الباب متى ملك الرجل جاريه بأحد وجوه التملكات من بىع أو هبه أو سبى أو غير ذلك لم يجر له و وطؤها فى قبلها الا بعد أن يستبرأها، فلعله بعد ذلك وقف على شىء لم يقف عليه من الأول حتى خرج كونه من فروع المخالفين، و بالجمله فهذا الرجل يخطب و لا يبالى أين يذهب، و يتجرى على شيخنا (قدس سره) بما لا يجوز انتهى و هو جيد.

و يؤيده ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن الحسن بن صالح (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«نادى منادى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فى الناس يوم أوطاس: أن استبرؤا سباياكم بحيضه». الا أنها خاصه بالاسترقاق، و ظاهر صاحب

ص: ٤٢٥

١-١) سورة النساء الآيه-٣.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٦.

الكفايه التوقف هنا،و الميل الى ما ذهب اليه ابن إدريس،و قال المحقق الأردبيلي (قدس سره):الظاهر إلحاق الأمور الناقله للأمه والمبيحه للفرج بالبيع و الشراء فى وجوب الاستبراء،و تحريم الوطى لظهور العله مع احتمال الخصوص،و هو بعيد،خصوصا من جانب الممتلك،فان المقصود لم يتم الا بذلك انتهى.

الثانى [مده الاستبراء]

اشاره

الاستبراء يقع بخمسه و أربعين يوما ان لم تحض،و الا فحيضه، و وجوب الاستبراء على البائع و من فى حكمه مشروط بأن يطأها و ان عزل،و أما المشتري و من فى حكمه فإنما يجب عليه الاستبراء مع علمه بوطىء السابق،أو جهله الحال،فلو علم الانتفاء لم يجب لانتفاء الفائده،و للنص.

و أما ما يدل على وجوب الاستبراء على البائع و المشتري و كذا على جملة من هذه الأحكام فجملة من الاخبار،منها خبر الحسن بن صالح المتقدم،و ما رواه

فى الكافى.عن سماعه (١)فى الموثق

«قال سألته،عن رجل اشترى جاريه و هى طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أو تكفيه هذه الحيضه؟قال:لإبل تكفيه هذه الحيضه،فإن استبرأها بأخرى فلا بأس هى بمنزله فضل».

و عن ربيع بن القاسم (٢)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن الجارية التى لم تبلغ الحيض (٣)و تخاف عليها الحبل،فقال:يستبرئ رحمها الذى يبيعها بخمس و أربعين ليله،و الذى يشتريها بخمس و أربعين ليله».

و ما رواه

الشيخ عن عبد الرحمن ابن ابى عبد الله (٤)عن ابى عبد الله(عليه السلام)

ص: ٤٢٦

١- ١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٤.

٢- ٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٠.

٣- ٣) قوله لم تبلغ الحيض أى أنها بلغت،لكنها لم تحض و الا فلا معنى لكونها ما تخوف عليها الحبل و لو لم يبلغ بالكلية-منه رحمه الله.

فى الرجل يشتري الجارية و لم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدتها قال: خمس و أربعون ليله». أقول الظاهر ان المراد بهذه الروايه هى من كانت فى سن من تحيض و لم تحض بالكليه أو انها حاضت ثم انقطع عنها الحيض، و هى فى سن من تحيض، لما عرفت أنفا من عدم العده على الصغيره و اليائسه.

و يدل ايضا ما رواه هذا الراوى بعينه (١)

قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية التى لم تبلغ المحيض، و إذا قعدت من المحيض ما عدتها؟ و ما يحل للرجل من الأمه حتى يستبرأها قبل ان تحيض؟ قال: إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض فلا عده لها و التى تحيض فلا يقربها حتى تحيض و تطهر». و نحوها غيرها مما سيأتى أنشأ الله تعالى.

و عن منصور بن حازم (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن عده الأمه التى لم تبلغ المحيض و هو يخاف عليها فقال: خمس و أربعون ليله».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الحسن عن حفص البخترى (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«فى الرجل يشتري الأمه من رجل فيقول: انى لم أطأها فقال: ان وثق به فلا بأس بأن يأتيها، و قال فى رجل يبيع الأمه من رجل فقال: عليه أن يستبرئ من قبل ان يبيع».

و ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن الحلبي (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«فى رجل ابتاع جارية لم تطم، قال: ان كانت صغيره لا يتخوف عليها الحبل فليس عليها عده، فليطأها ان شاء، و ان كانت قد بلغت و لم تطم فان عليها العده، قال: و سألته عن رجل اشترى جارية و هى حائض قال: إذا طهرت فليمسها ان شاء».

ص: ٤٢٧

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٢ و ١٧٣ و ١٧١.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٧٢ و ١٧٣ و ١٧١.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧٢ و ١٧٣ و ١٧١.

و رواه الكليني في الصحيح أو الحسن مثله،

و عن ابن ابي يعفور (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:

«في الجارية التي لم تطمئ و لم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل، قال: ليس عليها عده يقع عليها» الحديث.

و ما رواه

في الكافي عن عبد الله بن عمر (٢) قال:

قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) أو لأبي جعفر (عليه السلام) الجارية الصغيرة يشتريها الرجل و هي لم تدرك أو قد يئست من المحيض قال فقال لا بأس ان لا يستبرئها». و ما رواه

الصدوق مرسلا (٣) قال:

«قال أبو جعفر (عليه السلام): إذا اشترى الرجل جارية و هي لم تدرك أو قد يئست من المحيض فلا بأس بأن لا يستبرأها».

و ما رواه

الشيخ عن عمار (٤) في الموثق قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام) الاستبراء على الذي يريد أن يبيع الجارية واجب ان كان يطأها، و على الذي يشتريها الاستبراء أيضا قلت: فيحل له أن يأتيها دون فرجها؟ قال: نعم قبل أن يستبرأها».

و ما رواه

في كتاب عيون اخبار الرضا عن محمد بن إسماعيل بن بزيع (٥) عن الرضا عليه السلام

«في حد الجارية الصغيرة السن الذي إذا لم تبلغه لم يكن على الرجل استبرأؤها؟ قال إذا لم تبلغ استبرئت بشهر، قلت: و ان كانت ابنته سبع سنين و نحوها مما لا تحمل، فقال: هي صغيرة و لا يضر ك أن لا تستبرئها، فقلت:

ص: ٤٢٨

١-١) التهذيب ج ٨ ص ١٧١.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٣.

٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧٧.

٥-٥) الوسائل الباب ٣ من أبواب نكاح العييد.

ما بينها و بين تسع سنين؟ فقال: نعم تسع سنين».

و ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن سعد بن سعد الأشعري (١) عن ابى الحسن الرضا (عليه السلام) قال:

«سألته عن رجل يبيع جاريه كان يعزل عنها هل عليه منها استبراء؟ قال: نعم، و عن أدنى ما يجزى من الاستبراء للمشتري و البائع؟ قال: أهل المدينة يقولون حيضه، و كان جعفر (عليه السلام) يقول: حيضتان، و سألته عن أدنى استبراء البكر فقال: أهل المدينة يقولون حيضه، و كان جعفر (عليه السلام) يقول: حيضتان». و نحوها فى الاستبراء بحيضتين صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع الآتيه فى مسأله اخبار البائع بالاستبراء.

و ما رواه

فى الكافى عن سماعه (٢) فى الموثق قال:

«سألته عن رجل اشترط جاريه و لم يكن لها زوج أ يستبرئ رحمها؟ قال: نعم، قلت فان كانت لم تحض؟ قال: أمرها شديد و ان هو أتاها فلا ينزل الماء حتى يستبين أ حبلى هى أم لا، قلت:

و فى كم تستبين له؟ قال: فى خمسه و أربعين يوما».

و عن الحبلى (٣) فى الصحيح أو الحسن عن ابى عبد الله (عليه السلام)

«فى رجل اشترى جاريه لم يكن صاحبها يطؤها أ يستبرئ رحمها؟ قال: نعم، قلت: جاريه لم تحض كيف يصنع بها؟ قال:

أمرها شديد غير أنه ان أتاها فلا ينزل عليها حتى يستبين له ان كان بها حبل قلت:

و فيكم يستبين له؟ قال: فى خمس و أربعين ليله». الى غير ذلك من الاخبار المتعلقة بهذا المقام و سيأتى أيضا نحوها.

و الكلام فيها يقع فى مواضع، أحدها ما دلت عليه جملة منها من وجوب الاستبراء على البائع و المشتري، مما لا خلاف فيه فيما أعلم و لا اشكال و المعتبر فى الاستبراء عندهم هو ترك الوطى فى القبل و الدبر، و احتمال بعض المحققين تخصيص الوطى بالقبل، و لا يخلو من قرب، فإنه هو المتبادر من الاخبار بحمل

ص: ٤٢٩

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٧١.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٧٢.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٤٧٢.

مطلقها على مقيدها، و لانه هو المناسب للاستبراء بالحيض، و الحكمه فى الاستبراء، على أن إطلاق الاخبار انما يحمل على الفرد الشائع المتكرر، و هو انما يكون بالنسبه إلى القبل كما لا يخفى، الا أن الاحتياط فى الوقوف على ما ذكره الأصحاب.

و كيف كان فلا يتعدى الاستبراء إلى باقى وجوه الاستمتاع، خلافا للشيخ فى المبسوط على ما نقل عنه حيث حرم الجميع على المشتري حتى يستبرأها و يرده نولها فى

صحيحه محمد بن إسماعيل الاثيه قريبا إنشاء الله (تعالى)

«قلت: يحل للمشتري ملامستها؟ قال: نعم، و لا يقرب فرجها». و قوله عليه السلام

فى روايه عبد الله بن سنان الاثيه إنشاء الله تعالى أيضا

«و لكن يجوز ذلك فيما دون الفرج».

و فى روايه عبد الله بن محمد (1) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

«لا بأس بالتفخيز لها حتى تستبرئها و ان صبرت فهو خير لك».

و يؤيده أن العله براءه الرحم و عدم اختلاط الأنساب، الا أنه لو لم يستبرئها البائع و نحوه، فالظاهر من كلام الأصحاب انه يأثم و يصح البيع و غيره من العقود لرجوع النهى إلى أمر خارج عن البيع، و الظاهر أنه لا- كلام فى وجوب تسليم البائع الجاربه إلى المشتري لو لم يستبرئها لأن تركه الواجب عليه من استبرائها لا يوجب جواز حبس المال عن صاحبه.

و اما ما احتمله فى المسالك- من بقاء وجوب الاستبراء قبله و لو بالوضع على يد عدل لوجوبه قبل البيع فيستصحب- فلا يخلو من ضعف لعدم حجيه مثل هذا الاستصحاب المتناقل فى أمثال هذه المقامات، و اما إبقاؤها فى يد البائع فلا يجب قطعاً، لأنها صارت أجنبيه منه بالبيع، و لو لم يستبرئها المشتري أثم و عزز مع العلم بالتحريم و يلحق به الولد، لانه فراش، و هل يسقط الاستبراء حينئذ؟ إشكال، ينشأ من انتفاء الفائده فيه و الحكمه المطلوبه فى المقام- لانه قد

ص: ٤٣٠

اختلط الماء ان، و ألحق به الولد الذى يمكن تجرده-و من إطلاق الأمر بالاستبراء فى المده، و هى باقيه،

و فى روايه عبد الله بن سنان (١) الاتيه قريبا إنشاء الله تعالى

«لان الذين يشترىون الإمام ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناه بأموالهم».

و ثانيها-أكثر الروايات المتقدمه على الاكتفاء بالحيضه الواحده فى الاستبراء و هو المشهور فى كلامهم من غير خلاف يعرف، الا ان صحيحه سعد بن سعد الأشعري و كذا صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع دلنا على الحيضتين، و نسبه الحيضه الى علما العامه.

و الشيخ و من تبعه حملوها على الاستحباب، و استند الشيخ فى الحمل المذكور إلى موثقه سماعه المتقدمه، و قوله (عليه السلام) فيها «فإن استبرأها بأخرى فلا بأس، هى بمنزله فضل» و هو جيد، و لو لا اتفاق الأصحاب على الحكم المذكور و تظافر الاخبار به لأمكن حمل أخبار الحيضه على التقيه كما يشعر به ظاهر الصحيحتين المذكورتين، و الاحتياط يقتضى العمل بهما.

و ثالثها-ما دلت عليه الاخبار المتقدمه-من أنه مع عدم الحيض فالاستبراء بخمسه و أربعين يوما-هو المشهور بين الأصحاب، و نقل فى المختلف عن الشيخ المفيد أن الاستبراء بثلاثه أشهر و لم نقف على مستنده و رابعها ما دل عليه موثق سماعه المتقدم-و نحوه صحيح الحلبي المتقدم الاكتفاء بإتمام الحيضه عند انتقالها إليه حائضا-هو المشهور بين الأصحاب، و نقل عن ابن إدريس عدم الاكتفاء بذلك و هو مردود بالأخبار المذكوره.

و خامسها-ما تضمنه صحيح الحلبي و نحوه غيره-كروايه ابن ابى يعفور و روايه عبد الله بن عمرو مرسله الفقيه و غيرها من جواز وطئ الصغيره-لا يخلو من

ص: ٤٣١

الإشكال، لظاهر الاتفاق نصا و فتوى على أنه لا يجوز الوطاء قبل بلوغها، فان المراد من الصغيره عند الإطلاق هي من لم يبلغ سنها تسع سنين الذى هو سن البلوغ، و لا يمكن الحمل على من تجاوز سنها التسع و لم تحض بناء على الغالب لان قوله فى الصحيحه المذكوره «و ان كانت قد بلغت و لم تطمئث» ما ينافى ذلك و يمكن توجيه الروايات المشار إليها و ان بعد بأنه لا بأس من حيث عدم الاستبراء و ان وجد البأس من جهه أخرى، و يحتمل أن يكون المراد أنها كانت صغيره عند البائع، فلو وطأها البائع - و ان فعل محرما - كان فى حال عدم البلوغ و أنها بلغت عند المشتري قبل الاستبراء فلا بأس حينئذ بأن يطأها المشتري بدون الاستبراء لعدم إمكان حملها من البائع، حيث أنها لم تكن بالغه يومئذ، و كونها بالغه عند وطئ المشتري، و ينبغى ان يحمل على ذلك كلام الأصحاب أيضا، حيث أنهم جعلوا من مسقطات الاستبراء ما إذا اشتراها صغيره، حيث أنه مؤذن بجواز الوطى من غير استبراء، و لم أر من تنبه لما نبهنا عليه سوى المحقق الأردبيلي (قدس سره) فى شرح الإرشاد، و قد سبق لنا لهذا الإشكال فى حواشينا على الوافى قبل تصنيف هذا الكتاب بما ذكرناه هنا، و قد وفق الله سبحانه للوقوف على كلام المحقق المذكور مؤيدا لما ذكرناه، حيث قال - بعد نقل صحيحه الحلبي و روايه ابن ابى يعفور دليلا لما ذكره الأصحاب من عدم وجوب الاستبراء على الصغيره - ما لفظه:

و فيه تأمل لأنه يفهم منه تجويز الوقوع على غير البالغ، مع انه حرام قبل البلوغ عندهم، أو البالغ التى لم يتخوف عليها الحبل لصغرها من غير استبراء، و هو جائز، فلعل المراد عدم التحريم من جهه الاستبراء، أو الوقوع بعد البلوغ انتهى.

و الاحتمال الثانى الذى ذكره و ان تم فى بعض الروايات المشار إليها، الا أنه لا يتم فى صحيحه الحلبي لما ذكرناه من مقابله الصغيره بالبالغه، فإنه ظاهر فى أن المراد بها قبل البلوغ.

و سادسها - ما تضمنه موثق سماعه و صحيح الحلبي بالنسبه إلى الجاربه التى

لم تحض، من أن أمرها شديد-و أنه ان أتاها فلا- ينزل حتى يستبين له حالها من كونها حبلى أم لا-لا يخلو من الإشكال، فإن قوله «لم تحض» اما أن يراد به الكنايه عن كونها صغيره لم تبلغ، و حينئذ فالحكم بجواز إتيانها و ان كان مع عدم الانزال خلاف الاخبار و كلام الأصحاب الصريح فى عدم جواز الوطى فى الصورة المذكوره، و ان أريد بها البالغه و ان لم تحض بالفعل فوجوب الاستبراء فيها مما اتفقت عليه الاخبار، و كلمه الأصحاب أيضا، فجواز جماعها على كل من الوجهين لا وجه له.

قال شيخنا المجلسى عطر الله مرقده فى حواشيه على كتب الاخبار فى خبر سماعه: يمكن حمله على أن عدم الإنزال كنايه عن عدم الوطى فى الفرج، و شده أمرها باعتبار عسر الصبر فى هذه المده، و هو مؤيد لما ذهب إليه الأصحاب من جواز الاستمتاع بها فيما دون الفرج، و ذهب جماعه إلى المنع من الاستمتاع بها مطلقا. انتهى و لا يخفى بعده.

و قال والده فى حواشيه له على هذا الخبر أيضا: قوله (عليه السلام) «أمرها شديد» أى فى الاستبراء و عدم الوطى أو ترك الإنزال، قوله «فإن أتاها» و ان كان حراما، أو يحمل على تقدير الاخبار أو كان ذلك على وجه الاستحباب، أو يحمل الإتيان على غير الفرج، أى الدبر و ترك الإنزال، لإمكان الحمل بوطىء الدبر انتهى و هو كسابقه.

أقول

و قد روى ثقه الإسلام فى الكافى عن ابى بصير - (1) و هو ليث المرادى فى حديث -

«انه قال لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل يشتري الجارية الصغيره التى لم تطمئ و ليست بعذراء أ يستبرئها؟ قال: أمرها شديد إذا كان مثلها تعلق، فليستبرئها».

و رواه الشيخ فى الصحيح مثله، و الظاهر من هذا الخبر انه اشترى الجارية بعد افتضاضها و زوال بكارتها، و لكن فى ظنه انها لم تبلغ سيما مع عدم طمئتها، فقال

ص: ٤٣٣

(عليه السلام): ان هذه باعتبار عدم معلوميه البلوغ و عدمه محل إشكال، و أمرها شديد، سيما إذا كان مثلها و من هو في قدر جثتها و صورتها يحصل له الحمل، فالواجب استبراؤها إذا كانت بهذه الكيفيه، و حينئذ فيمكن حمل الخبرين المشار إليهما على من كانت كذلك، و قوله فيهما جاريه «لم تحض» أي لم يعلم بلوغها بالحيض، و لكنها محتمله للبلوغ و عدمه بالسن، فأجاب (عليه السلام) بأن هذه من حيث احتمال البلوغ و عدمه أمرها شديد، إلا- انه حيث كان الأصل عدم البلوغ حتى يتحقق، فلا بأس لو جامعها، لكن الاحتياط في العزل عنها حتى يستبرئها، و في خبر أبي بصير إنما أمر بالاستبراء من حيث ان مثلها تعلق، فهو قرينه على احتمال البلوغ، و مرجح له و يعضده ما تقدم في

روايه منصور بن حازم من قوله

«سألته عن عده الأمه التي لم تبلغ المحيض و هو يخاف عليها؟ فقال: خمس و أربعون ليله». و نحوها روايه ربيع بن القاسم، فإنهما ظاهرتان في عدم تحقق البلوغ، إلا- أنهما محتمله له احتمالا- قريبا حسبما ذكرناه في روايه أبي بصير المذكوره، و نحو هذه الروايات في ذلك مفهوم صحيحه الحلبي المتقدمه.

فرعان

الأول [ملكيه الجاريه في زمان الاستبراء]

قال الشيخ في النهايه و الشيخ المفيد: إذا اشترى جاريه و عزلها عند انسان للاستبراء كانت من مال البائع إذا هلكت في مده الاستبراء ما لم يحدث المبتاع فيها حدثا، فإن أحدث كان تلفها منه.

و قال في المبسوط: و ان جعلت عند من يثق به جاز، فان هلكت فان كان المشتري قبضها ثم جعلت عند عدل فمن ضمان المشتري، لأن العدل و كيله، و لو سلمها البائع للعدل قبل قبض المشتري بطل البيع، و اختاره ابن إدريس قال العلامه في المختلف بعد نقل ذلك: و لا أرى بينهما تنافيا، فان كلام النهايه قد يحمل على هذا.

أقول حمل كلام النهايه على هذا تعسف ظاهر، فان كلامه ظاهر في ان المودع

لجاريه انما هو المشتري، و مع هذا جعل هلاكها من البائع، و الحق في المسأله انما هو ما ذكره في المبسوط، و حمل كلامه في النهايه على ذلك مما لا يخفى بعده.

الثانى [النفقه مده الاستبراء]

قال الشيخ في النهايه و المفيد و ابن حمزه: النفقه مده الاستبراء على البائع، قال في المختلف: و ليس بجيد، لأنها ملك المشتري و النفقه تابعه للملك انتهى و هو جيد، و نقل عنه ايضا القول بما ذهب اليه الشيخان، قال في الدروس:

و النفقه على البائع مده الاستبراء عند الشيخين، و الفاضل تاره يقول به بشرط الوضع عند عدل، و تاره يقول النفقه على المشتري، لأنها تابعه للملك. انتهى و هو ظاهر في اضطراب فتواه (قدس سره) في هذه المسأله.

الثالث [موارد سقوط الاستبراء]

اشاره

قد عرفت آنفا انه يسقط الاستبراء في مواضع تقدم ذكرها إجمالاً، و الواجب ذكرها مفصلاً و بيان القول فيها مشروحاً، فمنها

الصغيره

و قد تقدم ذكر الأخبار الداله عليها و ما فيها من الاشكال، و الجواب عن ذلك بما رزق الله سبحانه فهمه في هذا المجال.

و منها اليأسه

و قد تقدمت في جملة من الاخبار المتقدمه

كصحيحه عبد الرحمن ابن أبى عبد الله (١) و قوله (عليه السلام) فيها

«إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض فلا عدّه عليها». و نحوها روايه عبد الله بن عمرو مرسله الصدوق، الا انه قد تقدم أيضاً ما يشعر بالعدّه عليها و على الصغيره، مثل

روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢)

«فى الجاريه التى لم تحض أو قعدت عن الحيض كم عدتها؟ قال: خمسّه و أربعون ليله». و حملها بعض الأصحاب على الاستحباب، و حملها الشيخ على التى يخاف عليها الحبل، و ظنى أن ما قدمناه فى تأويلها أقرب، و بالجملة فإن هذه الروايه على

ظاها ما مخالفا للأصل و الشهرا بل الإجماع فى الصغىره و الرواىاا المااااا،مضااا الى ضعفا سنااا.

و منها ما لو أخبر البائع بالاستبراء مع كونه ثقة

،و هو المشهور خلافا

ص: ٤٣٥

١-١) اااااا ج ٨ ص ١٧٢.

٢-٢) اااااا ج ٨ ص ١٧٢.

لابن إدريس، و تبعه فخر المحققين فى شرح القواعد فأوجبا عليها الاستبراء، و الاخبار هنا لا يخلو من اختلاف.

و منها ما تقدم

فى حسنه حفص بن البختري (١) من قوله (عليه السلام)

«ان وثق به فلا بأس ان يطأها». و ما تقدم

فى صحيحه الحلبي أو حسنته

«فى رجل اشترى جاريه و لم يكن صاحبها يطأها أ يستبرى رحمها؟ قال: نعم». و هى محموله على عدم الوثوق به.

و منها ما رواه

الشيخ عن ابن سنان (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشترى الجارية و لم تحض؟ قال: يعتزلها شهرا ان كانت قد يئست، قلت:

أ فرأيت ان ابتاعها و هى طاهره و زعم صاحبها انه لم يطأها منذ طهرت؟ قال: ان كان عندك أمينا فمسها، فقال: ان ذا الأمر شديد فان كنت لا بد فاعلا فتحفظ لا تنزل عليها».

و ظاهر هذا الخبر لا يخلو من الاشكال، و حمله بعض مشايخنا (رضوان الله عليهم) على كونه أمينا بحسب الظاهر، و ما تقدم فى روايه حفص على كونه ثقه بحسب المعاشره، و لا- بأس به، و اما الأمر باعتزالها شهر فلعله محمول على من تحيض فى كل شهر، كذا ذكره بعض المحققين (٣) و فيه ان الروايه صريحه فى انها لم تحض فكيف تحمل على من تحيض فى كل شهر.

و منها ما رواه

الشيخ عن ابى بصير (٤) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) الرجل يشترى الجارية و هى طاهره و يزعم صاحبها انه لم يمسه منذ حاضت فقال:

ان ائتمنته فمسها». و عد هذه الروايه فى المسالك فى الصحيح، مع ان الراوى عن ابى بصير و هو شعيب العقرقوفى هو قرينه يحيى بن القاسم الذى يعدون حديثه

ص: ٤٣٦

١-١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٣.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٢.

٣-٣) هو المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد. منه رحمه الله).

٤-٤) التهذیب ج ٨ ص ١٧٣.

فى الضعيف.

و عن محمد بن حكيم (١) عن العبد الصالح (عليه السلام)

«قال إذا اشتريت جاريه فضمن لك مولاها انها على طهر فلا بأس ان تقع عليها». و يجب تقييد إطلاقها بما دل على اعتبار الوثاقه و الامانه، جمعا بينها و بين صحيحه الحلبي الناصه على الاستبراء مطلقا.

و روى الشيخ المفيد فى المقنعه مرسلا قال:

«و روى أنه لا بأس أن يطاء الجاريه من غير استبراء لها إذا كان بائعها قد أخبره باستبرائها، و كان صادقا فى ظاهره مأمونا».

و عن محمد بن إسماعيل (٢) فى الصحيح قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الجاريه تشتري من رجل مسلم يزعم انه قد استبرأها أ يجزى ذلك أم لا. بد من استبرائها؟ قال: أستبرئها بحيضتين، قلت: يحل للمشتري ملامستها؟ قال: نعم و لا يقرب فرجها». و قد عرفت الكلام فى مثلها.

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن عبد الله بن سنان (٣) قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): أشترى الجاريه من الرجل المأمون فيخبرنى أنه لم يمسه منذ طمئت عنده و طهرت قال: ليس بجائر أن تأتيها حتى تستبرأها بحيضه، و لكن يجوز ذلك ما دون الفرج ان الذين يشترى الإمام ثم يأتونهن قبل أن يستبرأهن فأولئك الزناه بأموالهم». و حملها الأصحاب على الاستحباب جمعا و لا بأس به.

و اعلم أن جمله من الأصحاب قد عبروا هنا بالثقه كالمحقق فى كتابيه و غيره، قال فى المسالك: انما عبروا بالثقه لوروده فى النصوص المذكوره فى هذه الباب، و الظاهر أن المراد بالثقه العدل، لأنه الثقه شرعا، و به صرح فى النافع

ص: ٤٣٧

١-١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٣.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٣.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٢ التهذيب ج ٨ ص ٢١٢.

مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس اليه و تثق بخبره.انتهى ملخصا.

و فيه أولا- أن ما ذكره من ورود لفظ الثقة فى النصوص ليس فى محله، و هذه نصوص المسأله كما تلونها خاليه من ذلك، نعم ذلك فى عباره كتاب الفقه الرضوى الاتيه إنشاء الله تعالى، و لكن الكتاب غير مشهور عندهم، و ثانيا ان تفسير الثقة بالعدل شرعا كما ذكره، فيه ما ذكره بعض مشايخنا المحققين من متأخرى المتأخرين من أن هذا اصطلاح طار منهم (رضوان الله عليهم) غير موجود فى زمنهم (عليهم السلام) و بذلك يظهر أن الأظهر فى معناه انما هو ما جعله احتمالا فى المقام، كما صرح به جمله من متأخرى علمائنا الاعلام، و هو المفهوم من أخبار المسأله سيما مرسله المقنعه.

و منها ما لو كانت لامرأه

على المشهور، و خالف فيه ابن إدريس و تبعه فخر المحققين أيضا، و يدل على المشهور مضافا الى الأصل جمله من الاخبار منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن حفص (1) عن ابى عبد الله (عليه السلام)

«فى الأمه تكون للمرأه فتبيعهها؟ قال: لا بأس ان يطأها من غير ان يستبرئها».

و عن رفاعه (2) فى الصحيح قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الأمه تكون لامرأه فتبيعهها؟ قال: لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرأها».

و ما رواه

عن زراره (3) فى الموثق قال:

«اشتريت جاريه بالبصره من امرأه فخيرتنى أنه لم يطأها أحد، فوقعت عليها و لم أستبرئها فسألت عن ذلك أبا جعفر (عليه السلام) فقال: هو ذا انا قد فعلت ذلك و ما أريد أن أعود». أقول: و من هذه الروايه يستفاد استحباب الاستبراء فى هذه الصوره.

و منها الحامل

على خلاف فى ذلك يأتى ذكره فى المسأله الاتيه إنشاء الله تعالى.

و منها الحائض

و قد تقدم ما يدل عليه فى صحيح الحلبي و موثق سماعه الدالان

١-١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٤.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٤.

٣-٣) التهذيب ج ٨ ص ١٧٤.

على انتقالها اليه حال الحيض، و أنه يكفى فى صحه وطئها إتمام الحيضه و طهرها من الحيض، و التقريب فيهما ان التوقف على الطهر انما هو من حيث تحريم الوطى فى حال الحيض، لا من حيث الاستبراء، و وجوب العده بل الاستبراء و العده هنا ساقطه، و قد تقدم نقل الخلاف عن ابن إدريس فى ذلك، و لا وجه له كما عرفت هذا ما حضرنى من المواضع المنصوصه.

بقى الكلام هنا فى مواضع آخر منها-امه العنين و المجهوب و الصغير الذى لا- يمكن فى حقه الوطى هل تلحق بأمه المرأه فى عدم الاستبراء أم لا؟ ظاهر المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد الأول، و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الثانى، و لا بأس بنقل كلاميهما فى المقام و ان طال به زمام الكلام، لما فيه من مزيد الفائده لذوى الأفهام.

قال فى المسالك بعد ذكر حكم امه المرأه و هل يلحق به امه العنين و المجهوب و الصغير الذى لا يمكن فى حقه الوطى نظر، من المشاركه فيما ظن انه عله للحكم، و هو الا من من الوطى، و من انه قياس و المناسب للأصول الشرعيه عدم الإلحاق، و ليس من مواضع الاشكال ما لو باعتها المرأه لرجل فى المجلس فباعها حينئذ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعاً، للعلم بعدم وطئ البائع، و قد يحتال لسقوط الاستبراء ببيعها لامرأه ثم شراؤها منها، لاندارجها حينئذ فى أمه المرأه نظر الى إطلاق النص من غير تعليل، و كذا لو باعها لرجل ثم اشتراها منه قبل وطئه لها، حيث يجوز ذلك. انتهى.

و قال المحقق المشار اليه: و اعلم ان الظاهر عدم الاستبراء فى أمه الطفل على الولى البائع، و لا على المشتري، و كذا امه المجهوب و العنين، و لا على التى علم عدم الوطء بيقين، مثل ان يملك رجل فى مجلس امه لا يجب استبراؤها، لكونها ملك امرأه ثم باعها فى الحال، فإنه لا استبراء عليه، و لا على المشتري الذى يعلم ذلك مثلاً، أو ان يكون بعيداً عنها بحيث لا يمكن الوصول إليها، أو قريباً و لكن

كان مع المشتري و لم تفارقه زمانا يمكن الوصول إليها، و غير ذلك.

و دليله الأصل مع عدم دليل صحيح على الوجوب، فإن عمده أدله وجوب الاستبراء على البائع هو الإجماع، مستندا الى بعض الاخبار، و لا- إجماع فى أمثال ذلك على ما يظهر، للأصل، و الخبر ليس بحيث يشمل هذه الصور، لا عموما و لا خصوصا، و لان المفهوم من الروايات المتقدمات و عبارات الأصحاب ان ما لم يظأ و لا يتخوف من الحبل لا يجب الاستبراء، و لهذا قيد وجوبه على البائع بالوطء على المشتري باحتماله فى الروايات، مثل موثقه عمار الساباطى، ثم نقل الروايه كما قدمناه.

ثم قال: و يؤيده عدم الاستبراء فى أمه المرأه و الفرض انتفاء الوطى و الحبل فيما صورناه، فليس الحكم فيما ذكرناه ملحقا بحكم أمه المرأه للاشتراك فى عدم الوطى فيكون قياسا، بل مقتضى أصول الشريعة عدمه، كما قال فى شرح الشرائع:

على انه مسلم ان الصورة الأخيره ليست بمحل الإشكال، فإنه لا استبراء فيها من غير اشكال، ثم إذا نظر الى ما ذكرناه يظهر أن الحيله بيع الأمه التى يجب استبراؤها على امراه ثم الاشتهار منه لا تنفع، و لا تسقط وجوب الاستبراء عن المشتري، فتأمل و احفظ و هو حسن فى الكل حتى فيما ذكرناه، فإنه فرج موسى بالاحتياط فيه فى الروايه. انتهى.

و هو جيد سيما فى رده عليه فى سقوط الحيله التى ذكرها فى الصورتين المذكورتين فى كلامه، فإنها حيله باطله، و كأنها مبنيه على ما هو المشهور بينهم من الحيله فى إسقاط العده عن البائنه، متعه كانت أو دائمه مختلعه أو مطلقه ثلاث، قالوا انها لو تزوجها الزوج الأول و تمتع بها ثم فارقتها بغير دخول، فإنه لا عده عليها لا بالنسبه إلى الزوج المذكور و لا غيره، و يجوز لها التزويج بعد مفارقتها لها ثانيه بشخص آخر غيره، لكونها غير مدخول بها، و فيه ان سقوط العده الأولى عنها فى هذه الصور انما هو بالنسبه إلى الزوج، فإنه يجوز له التزويج بها، و هذا الطلاق الثانى الواقع قبل الدخول و ان لم يترتب عليه العده اتفاقا، لكن الكلام فى العده الأولى، فإنها واجبه بالنص آيه

و روايه، و الإجماع، و غايه ما يستفاد سقوطها بالنسبه إلى الزوج، فيجوز له العقد عليها لعدم وجوب الاستبراء من مائه، و طلاقه لها بعد العقد المجرد عن الدخول لا يؤثر في سقوط تلك العده، و هكذا القول فيما نحن فيه، فإنه لو باع رجل جاريه قد وطأها من غير استبراء على رجل آخر أو امرأه ثم باعها الرجل أو المرأه على شخص آخر فان وجوب الاستبراء من ماء البائع الأول باق بأدله المتقدمه، الداله على حكمه الاستبراء، و خوف الحبل، و لا دليل على سقوطها بهذا البيع الثاني من امرأه أو رجل، فالواجب على هذا المشتري الثاني استبراؤها البته.

و مما يؤيد ما ذكره المحقق المذكور ما وقفت عليه في كتاب الفقه الرضوى حيث قال: (عليه السلام) في عد وجوه النكاح الثالث نكاح ملك اليمين، و أن يتاع الرجل الأمه فحلل نكاحها إذا كانت مستبرئه، و الاستبراء حيضه، و هو على البائع، فإن كان البائع ثقه، و ذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقتها، و ان لم يكن ثقه استبرأها المشتري بحيضه، و ان كانت بكرا أو لامرأه أو ممن لم تبلغ حد الإدراك استغنى عن ذلك انتهى.

و هو صريح في عدم وجوب الاستبراء في أمه الصغير، و المحبوب و العنين في معناه كما لا يخفى، بالتقريب الذى ذكره المحقق المذكور، و فيه زياده على ما تقدم كون الجاريه بكرا و هو جيد، كما لا يخفى.

المسأله الثامنه [في أحكام وطئ الحامل]

-اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) لاختلاف الاخبار في وطئ الحامل، فذهب الشيخ في النهايه إلى انه لا يجوز الا بعد وضع الحمل، أو مضى أربعة أشهر و عشره أيام، فإن أراد وطأها قبل ذلك وطأها فيما دون الفرج.

و قال الشيخ المفيد: انه لا- يجوز له وطؤها حتى تمضى لها أربعة أشهر، فإذا مضى عليها أربعة أشهر وطأها ان أحب دون الفرج، فإن وطأها فيه فليعزل عنها، و اجتناب وطؤها أحوط حتى تضع ما فى بطنها، فإن وطأها قبل مضى الأربعة الأشهر

أو بعد ذلك و لم يعزل عنها لم يحل له بيع الولد،لأنه قد غداه و انما بنطفته،و ينبغي ان يجعل له من ماله بعد وفاته قسطا و يعوله في حياته،و لا ينسب إليه بالنوه.

و قال أبو الصلاح:انه لا يحل حتى تمضى له أربعة أشهر دون الفرج،و فيه يشترط عزل الماء،و اجتنابها حتى تضع أحوط،و إذا وطأ لم يحل له بيع ولدها، و لا الاعتراف به ولدا و لكن يجعل له قسطا من ماله،لأنه غداه بنطفته،و اقتصر سلار على الأربعة أشهر أيضا.

و قال ابن إدريس:و متى اشترى جاريه حاملا- كره له وطؤها في القبل،دون ان يكون ذلك محضورا على الأظهر من أقوال أصحابنا،و هو الذي يقتضيه أصول المذهب سواء مضى لها أربعة أشهر،أو أقل منها،و شيخنا رجع في مسائل خلافه عما ذكره في نهايته،فقال:مسأله إذا اشترى امه حاملا كره له وطؤها قبل ان تمضى لها أربعة أشهر،فإذا مضى لها ذلك لم يكره له وطؤها حتى تضع،و قال الشافعي و غيره لا- يجوز لها وطؤها في الفرج،دليلنا إجماع الفرقة،و الأصل الإباحه،و عدم المانع،ثم قال ابن إدريس:دليلنا نحن على صحه ما اخترناه قوله تعالى (١)«أَوْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» فأباحنا تعالى وطؤ ما ملكت ايماننا بمجرد الملكيه،و الآيه عامه،فمن خصصها يحتاج الى دليل،و الأصل الإباحه،و لا- مانع من ذلك من كتاب و لا سنه مقطوع بها،أو إجماع.

أقول و بما ذكره الشيخ في الخلاف من القول بالكراهه صرح في كتابي الاخبار ايضا و قال في المختلف:و المعتمد ان نقول ان كان الوطؤ عن زنا كره له وطؤها قبل مضى أربعة أشهر و عشره أيام من غير تحريم»و ان كان حلالا أو بشبهه حرام وطؤها حتى تضع،و ذهب المحقق في الشرائع إلى تحريم وطئها قبلا قبل ان يمضى لحملها أربعة أشهر و عشره أيام،و الكراهه بعده،و رجحه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك و الروضه،و هو مذهب العلامة في الإرشاد.

ص: ٤٤٢

إذا عرفت ذلك فاعلم ان عد الحامل في جملة من يسقط استبراءه كما تقدم، انما يتجه على تقدير القول بكراهه الوطاء كما هو مذهب الشيخ في الخلاف و كتابي الاخبار، و ابن إدريس على تقدير كون الحمل من الزنا، كما ذهب إليه في المختلف، أو بعد مضي الأربعة أشهر و العشرة الأيام، و الواجب بسط ما وصل إلينا من أخبار المسألة المذكورة، ثم الكلام فيها بما رزق الله سبحانه فهمه منها، مستمدين منه جل شأنه التوفيق إلى هدايه سواء الطريق.

فمن الاخبار المشار إليها ما رواه

في الكافي. عن محمد بن قيس (1) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال:

في الوليدة يشتريها الرجل و هي حبلى؟ قال: لا يقربها حتى تضع ولدها.

و عن رفاعه بن موسى (2) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

سألته عن الأمه الحبلى يشتريها الرجل فقال: سئل عن ذلك أبي (عليه السلام) فقال: أحلتها آيه، و حرمتها آيه أخرى، فأنا ناه عنها نفسى و ولدى، فقال الرجل أنا أرجو أن انتهى إذا نهيت نفسك و ولدك.

أقول: الظاهر أن الآيه المحلله هي ما استدل بها ابن إدريس من قوله «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» (3) و الآيه المحرمه قوله سبحانه (4) «وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» .

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن أبي بصير (5) قال:

«قلت لأبي جعفر (عليه السلام): الرجل يشتري الجارية و هي حامل ما يحل له منها؟ قال: ما دون الفرج» الحديث.

و ما رواه

في الكافي عن زراره (6) في الموثق قال:

«سألت أبا جعفر (عليه السلام)

ص: ٤٤٣

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٤.

٣-٣) سورة النساء الآيه ٣.

٤-٤) سورة الطلاق الآيه ٤.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥.

٦-٦) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥.

عن الجارية الحلبي يشتريها الرجل فيصيب منها دون الفرج؟ فقال: لا بأس، قلت فيصيب منها في ذلك؟ قال: تريد تغره».

قال بعض مشايخنا (عطر الله مراقدهم) في حاشيه له على هذا الخبر في معنى قوله «تغره»: أي تصير المشتري مغرورا بجواز الوطاء و يحصل الولد، و لا يعلم أنه من أيهما، أو يغذيه بنطفته فيكون عليه ما ورد في بعض الاخبار من أن يوصى له، و يعتقد و غير ذلك انتهى، و المعنى الثاني أقرب.

و ما رواه

في التهذيب عن إسحاق بن عمار (1) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الجارية يشتريها الرجل و هي حبلى أ يقع عليها؟ قال: لا».

و عن مسعده بن زياد (2) قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام) يحرم من الإماء عشره: لا يجمع بين الام و البنت و لا بين الأختين، و لا أمتك و هي حامل من غيرك حتى تضع» الحديث.

و عن مسمع كردين (3) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام): عشره لا يحل نكاحهن و لا غشيانهن، أمتك أمها أمتك، الى ان قال:

و أمتك و قد وطئت حتى تستبرئ بحيضه، و أمتك و هي حبلى من غيرك» الحديث.

و ما رواه

في كتاب عيون أخبار الرضا (عليه السلام) عن الحسن بن عبد الله ابن محمد الرازي (4) عن أبيه

«عن الرضا (عليه السلام) عن آبائه (عليهم السلام) قال: نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن وطء الجبالى حتى يضعن».

و ما رواه

في قرب الاسناد عن إبراهيم بن عبد الحميد (5) قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية و هي حبلى أ يطأها قال: لا يقربها».

و عن إبراهيم بن عبد الحميد (6) قال:

«سألت أبا إبراهيم (عليه السلام)

-
- ١-١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٦.
 - ٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨.
 - ٣-٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨.
 - ٤-٤) الوسائل الباب-٨ و ٥-من أبواب نكاح العبيد.
 - ٥-٥) الوسائل الباب-٨ و ٥-من أبواب نكاح العبيد.
 - ٦-٦) الوسائل الباب-٨ و ٥-من أبواب نكاح العبيد.

عن الرجل يشتري الجارية و هي حبلى أ يطأها؟ قال: لا، قلت: فدون الفرج قال لا يقربها».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن رفاعه (١) فى الصحيح قال:

«سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) فقلت: أشتري الجارية فيمكث عندى الأشهر لا تطمئ و ليس ذلك من كبر فأريها النساء فيقلن: ليس بها حبل، فلى أن أنكحها فى فرجها؟ فقال: ان الطمئ قد تحبسه الريح من غير حبل فلا بأس أن تمسها فى الفرج، قلت:

و ان كانت حبلى فما لى منها ان أردت؟ قال: لك ما دون الفرج».

هكذا فى روايه الكافى، و زاد فى التهذيب

«الى أن تبلغ فى حبلها أربعة أشهر و عشره أيام، و إذا جاز حملها أربعة أشهر و عشره أيام فلا بأس بنكاحها فى الفرج، قلت: ان المغيره و أصحابه يقولون: لا ينبغى للرجل ان ينكح امرأه و هي حامل قد استبان حملها حتى تضع فيغذو ولده، فقال: هذا من أفعال اليهود».

و رواه فى الفقيه مرسلا الى قوله

«فلا بأس ان يمسها فى الفرج».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن إسحاق بن عمار (٢) فى الموثق قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية حاملا- و قد استبان حملها فوطئها قال: بئس ما صنع قلت: فما تقول فيه؟ قال: اعزل عنها أم لا؟- فقلت: أجنبى فى الوجهين، قال: ان كان عزل عنها فليتق الله و لا- يعود، و ان كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد، و لا يورثه و لكن يعتق و يجعل له شيئا من ماله يعيش به، فإنه قد غداه بنطفته».

و ما رواه

فى التهذيب عن السكونى (٣) عن ابى عبد الله (عليه السلام)

ص: ٤٤٥

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٤٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٤٦٩.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٤٨٧ الفقيه ج ٣ ص ٢٨٤ التهذيب ج ٨ ص ١٧٩.

«ان رسول الله (صلى الله عليه و آله) دخل على رجل من الأنصار و إذا وليده عظيمه البطن تختلف، فسأل عنها؟ فقال: اشتريتها يا رسول الله و بها هذا الحبل، قال:

أقربتها؟ قال: نعم، قال: أعتق ما فى بطنها، قال: يا رسول الله و بما استحق العتق؟ قال: لان نطفتك غدت سمعه و بصره و لحمه و دمه».

و عن غياث بن إبراهيم (1) عن ابى عبد الله (عليه السلام) انه قال:

من جامع امه حبلى من غيره فعليه ان يعتق ولدها و لا يسترق، لانه شارك فى إتمام الولد».

و ما رواه

فى الفقيه عن الصيقل (2) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال:

« سمعته يقول: و سئل عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل ان يستبرئ رحمها قال: بئسما صنع، يستغفر الله و لا يعود، قلت: فإنه باعها من آخر و لم يستبرئ رحمها، ثم باعها الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرئ رحمها، فاستبان حملها عند الثالث، فقال: أبو عبد الله (عليه السلام): الولد للفراش و للعاهر الحجر».

هذا ما حضرني الان من أخبار المسأله المذكوره و أنت خير بأن جمله منها قد دلت على النهى عن وطئها مطلقا، و جمله حتى تضع ولدها، و الأول منها مقيد بالثانى فيرجعان إلى أمر واحد، و أكثر أخبار المسأله من هذا القبيل.

و بعض إذا جاز حملها أربعة أشهر و عشره أيام و هو صحيحه رفاعه خاصه بروايه الشيخ فى التهذيب كما تقدم ذكره، فظاهر الشيخ فى النهايه القول بالتحريم كما هو ظاهر الاخبار كلا، و التخيير فى الغايه بين وضع الحمل، أو مضى أربعة أشهر و عشره أيام، جمعا بين ما دل على الغايتين بالتخير، و اليه يرجع قول الشيخ المفيد و من وافقه.

و ظاهر العلامه فى المختلف القول بالتحريم الى وضع الحمل إذا كان الوطؤ حلالا أو شبهه، و اما لو كان زنى فإنه لا يحرم، بل يجوز على كراهه، و ظاهره

ص: ٤٤٦

١-١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٩.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٥ التهذيب ج ٨ ص ١٦٨.

حمل روايه الأشهر على الزنا، و ان النهى فيها على جهه الكراهه، و سيأتى إنشاء الله تعالى - ما فيه .

و المحقق و من تبعه أخذوا بظاهر الروايات المذكوره، و حكموا بالتحريم قبل مضى الأربعة الأشهر، لاتفاق الاخبار على ذلك، و
انما اختلفت فيما بعد المده المذكوره، من كون الغايه هى المده المذكوره أو وضع الحمل، فجمعوا بينها بحمل النهى فيما زاد
على المده المذكوره على الكراهه .

قال فى المسالك: و المصنف رحمه الله عليه أطلق الحكم بالتحريم قبل الأربعة و العشره، و الكراهه بعدها و هو أوضح وجوه
الجمع اما الإطلاق بحيث يشمل الجميع، فلا إطلاق النص الشامل لها، و اما الحكم بالتحريم قبل المده المذكوره فلا اتفاق الاخبار
اجمع عليه، و الأصل فى النهى التحريم، و اما بعدها فقد تعارضت الاخبار، فيجب الجمع بينها و حمل النهى حينئذ على الكراهه -
لتصريح بعضها بنفى البأس - طريق واضح فى ذلك. انتهى .

و اما ما ذكره ابن إدريس و نقله عن الشيخ فى الخلاف من القول بالكراهه فلا اعرف له وجهها بعد ما عرفت من هذه الاخبار التى
ذكرناها، و ما ذكره من الاستدلال بالآيه، و ان تخصيصها يحتاج الى دليل، فالدليل كما عرفت واضح، و مناره لائح، و اى دليل يراد
بعد هذه الاخبار المستفيضه الصريحه فى التحريم المتفق عليه، و انما اختلفت بالنسبه إلى غايته من انها الوضع، أو مضى الأشهر
المذكوره كما سمعت، و لكنه لعدم مراجعته الاخبار حق المراجعه معذور فيما ذكره، و ان كان غير معذور شرعا .

و الذى يقرب عندى من صحيحه رفاعه بن موسى الاولى و عدم جواب أبيه (عليه السلام) صريحا - بعد سؤال السائل عن الأمه
الجبلى، و عدوله فى الجواب الى ما ذكره، - ان هذه التعميه إنما خرجت مخرج التقيه، و الظاهران المخالفين

قائلون بجواز الوطى فلم يصرح بالمنع و التحريم، كما استفاضت به أخبار المسألة، و عدل الى هذا الجواب المعنى، و جعل التحريم و المنع على جهة الاحتياط لتعارض الآيتين المتقدمتين، و أنت خير بأنه بالنظر الى ما سردناه من الاخبار يجب تخصيص آيه «الملك» بآيه «وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ» لاستفاضه الاخبار و اتفاقها كما عرفت على التحريم، و انما اختلفت فى الغايه.

و بالجمله فالقول بالتحريم مما لا يعتره شبهه الإشكال فى هذا المجال، و انما الكلام فى الغايه، من أنها الوضع، أو مضى الأشهر المذكوره، و الأول أظهر دليلاً. لتأيد أخباره بالآيه المشار إليها فى صحيح رفاعه، و هى آيه «وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ» فإن ظاهر الخبر عمومها للحره و الأمه، و احتمال آيه غيرها فى الخبر بعيد، و التى صرح به جمله من الأصحاب فى معنى الخبر المذكور انما هو هذه الآيه، و تأيده كذا أيضاً بالأخبار المطلقه، و هى جل الأخبار المسألة، و الجمع بين الاخبار بالكراهه و ان اشتهر بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) إلا انك قد عرفت ما فيه فى غير موضع مما تقدم.

و كيف كان فالاحتياط يقتضى الوقوف على جعل الغايه وضع الحمل، كما ذكره العلامة فى المختلف و ان خصه بالحمل من غير الزنا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن من الأصحاب من جمع بين الاخبار بحمل النهى المغيا بالوضع على الحامل من حل أو شبهه أو مجهولاً، و المغيا بالأربعه الأشهر و العشره على الحامل من الزنا، و منهم من ألحق المجهول بالزنا فى هذه، و منهم من أسقط اعتبار الزنا، و جعل التحريم بالغائتين لغيره.

أقول: و الأول من هذه الوجوه هو ظاهر العلامة فى المختلف، إلا انه حمل النهى فى هذه الصورة على الكراهه، لما اشتهر فى كلامهم من ان ماء الزنا لا حرمه له شرعاً (1) قال فى المسالك: نعم ينبغى فى الحمل من الزنا- لان المعهود من الشارع

ص: ٤٤٨

١- ١) قال فى الدروس: و استبراء الحامل بوضع الحمل الا أن يكون عن زنا، فلا حرمه له، و المشهور أن يستبرأها الشهر و عشره أيام و جوبا عن القبل لا غير و أن الوطأ بعده مكروه الى أن يضع، فيعزل و ان انزل كره بيع الولد، انتهى، و فيه دلالة على اختياره بما نقلناه عن العلامة فى المختلف من ان الغايه وضع الحمل الا- من الزنا، و جعل الغايه المذكوره نسبتته الى المشهور بعد فتواه بالأول، و فيه تصريح باختصاص التحريم بالقبل كما اخترناه. منه رحمه الله.

إلغاء اعتباره من العده و الاستبراء فى غير محل النزاع، فلو قيل بالجواز فيه مطلقا كان حسنا، انتهى.

و فيه أولا أنه لا إيناس فى صحيحه رفاعه المشتمله على التحديد بالأشهر بكون ذلك زنا، فضلا عن الدلاله، ولا فى غيرها من روايات المسأله، وثانيا أن ما ادعوه من عدم وجوب العده و الاستبراء على الزانيه- و هو السبب فى حملهم الروايه المذكوره على ذلك- ممنوع بما دل على ذلك من الاخبار الداله على خلاف ما ذكروه و منها ما رواه

فى الكافى عن إسحاق بن جرير (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

«قلت له الرجل يفجر بالمرأه ثم يبدو له فى تزويجها هل يحل له ذلك؟ قال:

نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله ان يتزوجها، و انما يجوز له تزويجها بعد أن يقف على توبتها».

و ما رواه

الحسن بن على بن شعبه (٢) فى كتاب تحف العقول عن أبى جعفر الجواد (عليه السلام)

أنه سئل عن رجل نكح امرأه على زنا أ يحل له أن يتزوجها؟ فقال: يدعها حتى يستبرأها من نطفته و نطفه غيره، إذ لا يؤمن منها أن يكون قد أحدثت مع غيره حدثا كما أحدثت معه؟ ثم يتزوج بها إذا أراد، فإنما مثلها مثل نخله، أكل

ص: ٤٤٩

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٣٥٦.

٢- (٢) تحف العقول ل ٣٣٨ المطبوع فى النجف الأشرف سنه ١٣٩٤ هـ.

رجل منها حراما ثم اشتراها فأكل منها حلالا». و يؤيده قولهم (عليهم السلام) في عده من الاخبار إذا أدخلها فقد وجبت العده و الغسل و المهر و الرجم، و قولهم (عليهم السلام) ان العده من الماء.

و بذلك يظهر ما في كلام شيخنا المتقدم ذكره، من أن المعهود من الشارع إلغاء اعتباره من العده، فإنه مبنى على ما تكاثر من الاخبار من إطلاق جواز التزويج بالزانية، إلا أنه بعد ورود هذه الروايات يجب تقييد الإطلاق المذكور بها.

ثم ان موثقه إسحاق بن عمار و روايتى السكونى و غياث قد اشتركت في الدلالة على الأمر بعق الولد متى أنزل عليها و هى حامل بعد شرائها، و ظاهرها الوجوب، و يشير اليه قوله في روايه غياث، «فعليه» و يؤكد النهى عن بيعه في موثقه إسحاق الذى هو حقيقه في التحريم.

و الموجود في كلام الأصحاب الحكم بالاستحباب، و لا- أعرف له وجهها بعد اتفاق الاخبار عليه مع عدم المعارض في المقام، سوى إطلاق ما دل على تملكه مع أمه بالشراء، و الواجب تخصيصه بهذه الاخبار، و الظاهر انهم انما صاروا الى الاستحباب لضعف الاخبار، كما يشير اليه كلام المحقق الأردبيلي حيث اعترف بدلاله روايتى السكونى على وجوب العتق، قال: فتحمل على الاستحباب لعدم الصحة للجمع، و فيه ما عرفت في غير موضع مما تقدم.

و بالجملة فإن من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث، فإنه لا يرتاب في وجوب العتق لما ذكرنا، و كذلك ما دلت عليه موثقه إسحاق من انه يجعل له شيئا من ماله يعيش به، فالظاهر حمله على الوجوب، و ان كان الموجود في كلامهم هو الاستحباب.

و ظاهر الأصحاب هو كون هذا الحكم وجوبيا أو استحبابا مترتبا على الجماع بعد تحقق الحمل، أعم من ان يكون قبل الأشهر المذكوره أو بعدها ما لم تضع،

و ظاهر موثقه إسحاق بن عمار كون الجماع وقع بعد الشراء، و ان الحكم بما ذكرنا انما يترتب على ذلك، الا أن روايتى السكونى و غياث مطلقتان فى ذلك، فيحتمل تقييدهما بالموثقه المذكوره، و تخصيص الحكم بما قبل الأشهر المذكوره، و لكن ظاهر التعليل بالتغذيه يعطى الوقوف على ما ذكره الأصحاب، (رضوان الله عليهم) و الله العالم.

ثم ان من جمله الأصحاب من أطلق المنع من الوطى هنا فيما يشمل القبل و الدبر، و بعضها خصه بالقبل كما تقدم نقله عن المحقق فى الشرائع، و به جزم فى الدروس، قال فى المسالك: و تخصيص المصنف الوطى بالقبل هو الظاهر من النصوص، فإن النهى فيها معلق على الفرج، و الظاهر منه اراده القبل و فى روايه أبى بصير «له منها ما دون الفرج» و ربما قيل بإلحاق الدبر به، بدعوى صدق اسم الفرج عليها، و بأن فى بعض الاخبار «فلا يقربها حتى تضع» الشامل للدبر، و غيرهما خارج بدليل آخر، و هو أولى. انتهى.

أقول لا يخفى ان الروايات المتقدمه قد تضمنت كلا الأمرين المذكورين، و لكن إطلاق الاخبار انما يحمل على الافراد الشائعه المتكثره، دون الفروض النادره كما تقرر فى كلامهم، و الشائع المتبادر من الإطلاق انما هو القبل، و يؤكده الروايات الداله على انه مع إتيانها حال الحمل فإنه يعتق الولد، لأنه غذاه بنطفته، و شارك فيه، و هذا لا يمكن فرضه فى الجماع فى الدبر، كما هو ظاهر، و الاحتياط يقتضى المنع من الجميع بل الملاعبه و نحوها كما تقدم فى الاخبار. و الله العالم (1).

ص: ٤٥١

١- ١) قال المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد: و الظاهر ان الدبر كالقبل كما فى صحيحه محمد بن قيس لا يقربها، و كذا روايه إبراهيم، و فى روايه إسحاق لا- يقع عليها، و لا يبعد شمول السؤال حينئذ لها و هو فى الروايات، و يؤيده التحريم مطلقا فى غير الاستبراء، و قد مر فتأمل- انتهى و فيه ما عرفت فى الأصل. منه (رحمه الله).

المسأله التاسعه-لو اشترى جاربه و اولدها ثم ظهر أنها مستحقه لغير البائع

، فإنه يجب عليه ردها الى مالكةها، وقد صرح جملته من الأصحاب بأنه يغرم عشر قيمتها- ان كانت بكرا و أزال بكارتها-أرش البكاره، و نصف العشر ان كانت ثيبا للدخول بها، و هو المشهور، و قيل مهر أمثالها و الولد حر، و على أبيه أن يغرم قيمته لسيد الجاربه يوم سقوطه حيا، إذ لا قيمه له قبل ذلك و بعده، فإنه حر ليس لسيد الجاربه عليه سبيل، الا انه لما كان نماء ملكه و قد فوته المشتري، فعليه ان يغرم له قيمته، ثم ان المشتري بعد ذلك يرجع بالقيمه على البائع الذى غره، و يرجع أيضا بقيمه الولد، و هل ترجع بما حصل له فى مقابلته نفع مثل ما دفع الى السيد من العشر أو نصفه، إذ المهر على القول به فى مقابله الانتفاع بالبضع، و كأجره الخدمه، قولان، فقيل: نعم، لأن البائع أباحه بغير عوض، و غره بالانتفاع بمجرد دفع الثمن، و لو علم ان له عوضا لم ينتفع به، فلو لم يرجع يلزم الظلم و الغرم عليه، مع كونه جاهلا من جهه البائع الغاصب الذى خدعه، و قيل: لا يرجع، نظرا الى ما حصل له من الانتفاع فى مقابله ذلك، فيلزم من رجوعه الجمع بين العوض و المعوض، فيحصل الظلم على البائع، هذا كله إذا كان جاهلا كما هو المفروض أو لا، فلو كان عالما بأنها مستحقه للغير فالولد رق للمالك، و الواطئ زان يلزمه العقر، و لا يرجع به و لا بغيره مما اغترمه (1) و الظاهر كما هو أحد القولين هو انه لا فرق فى ثبوت العقر بالوطء

ص: ٤٥٢

١- ١) أقول ظاهر شيخنا الشهيد فى اللمعه و شيخنا الشهيد الثانى فى شرحها أنه يرجع المالك على المشتري عالما أو جاهلا بالعين، و فيها المستوفاه منها لو فاتت تحت يده، ثم ان المشتري يرجع بذلك على البائع، لما تقرر من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يغرمه، و لم ينقل خلافا فى ذلك، مع أن المسأله محل خلاف فى كلامهم كما أشرنا إليه فى الأصل. منه رحمه الله.

للمالك، بين علم الأمه بعدم صحه البيع و جهلها، لان ذلك حق لمولاها.

و قال فى الدروس: أنه لا- يرجع عليه بالمهر الا- مع الإكراه، استنادا إلى أنه لا مهر لبغى، و فيه ما عرفت من أن المهر انما هو حق للمالك، و الخبر المذكور انما أريد به الحره، و اضافه المهر إليها بلام الاستحقاق ظاهر فى ذلك، و لذا يطلق عليها المهيره.

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسأله ما رواه

فى الكافى. و التهذيب عن جميل بن دراج (1) فى الصحيح عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى رجل اشترى جاريه فأولدها فوجدها مسروقه؟ قال: يأخذ الجاريه صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بقيمته».

و ما رواه

فى الكافى عن حريز (2) عن زراره قال:

«قلت لأبى جعفر (عليه السلام):

الرجل يشترى الجاريه من السوق فيولدها، ثم يجىء رجل فيقيم البينه على أنها جاريته لم يبع لو لم يهب، قال: فقال: يرد اليه جاريته و يعوضه مما انتفع، قال:

كأنه معناه قيمه الولد». قال بعض مشايخنا رضوان الله عليهم: قوله «قال» الظاهر أنه من كلام حريز، و ان زراره فسر العوض بقيمه الولد، و لكنه لم يجزم، لانه يمكن ان يكون بإزاء الوطى من العشر أو نصف العشر. انتهى.

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن جميل بن دراج (3) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«فى الرجل يشترى الجاريه من السوق فيولدها ثم تجىء مستحق الجاريه فقال: يأخذ الجاريه المستحق، و يدفع المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمن الجاريه و قيمه الولد الذى أخذت منه».

ص: ٤٥٣

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢١٥ التهذيب ج ٧ ص ٦٤.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٢١٦ التهذيب ج ٧ ص ٦٥.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٨٢.

و عن زراره (١) قال:

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه، فولدت منه أولادا ثم أتاها من زعم انها له، وأقام على ذلك البينة، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه في قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها». قال في الاستبصار: يقبض ولده يعنى بالقيمه، قال في الوافي في بعض النسخ: «ثم ان أباه يزعم انها له» و ليس بواضح انتهى. و هو جيد، و الظاهر انه تحريف من قلم الشيخ (رضى الله عنه) و كم له من أمثاله كما تقدمت الإشارة إليه في مواضع عديدة من كتب العبادات.

و أنت خبير بان هذه الاخبار على تعددها لا دلالة فيها على ان المشتري يغرم العشر، أو نصف العشر، أو مهر المثل للمالك، و الأصحاب انما استند وافي العشر أو نصفه في هذا المقام إلى

صحيحه الوليد بن صبيح (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام)

«في رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه، قد دلست نفسها له، فقال: ان كان الذى زوجه إياها من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ فقال: ان وجد مما أعطاها شيئا فليأخذه، و ان لم يجد شيئا فلا شيء له عليها، و ان كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر ثمنها ان كانت بكرا، و ان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، قال: و تعتد منه عدده الأمه، قلت: فان جاءت منه بولد قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالى».

و مورد هذه الرواية انما هو تدليس المرأة نفسها بدعوى الحرية مع كونها أمه، و تدليس الزوج لها، و بعض الأصحاب و ان عبر في هذا المقام بعباره تدخل تحت مضمون هذه الرواية، مثل قول المحقق في الشرائع «من أولد الجارية ثم

ص: ٤٥٤

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٨٣.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢.

ظهر أنها مستحقة انتزاعها المالك» الى آخره الا أن ذكره المسأله فى بحث بيع الحيوان قرينه على ما عنوانا به المسأله، كما صرح به فى الدروس حيث قال: ولو ظهر استحقات الأمه المبتاعه.

و بالجمله فإن ظاهرهم عدم الفرق بين مورد الروايه و ما نحن فيه، و لعله من حيث الاشتراك فى الدخول بالبكر أو الثيب مع جهل الواطئ بالحال، فإنه حاصل فى كل من المسألتين، و ان كان العله فى أحدهما بيع الغاصب و فى الأخرى التديليس على أن متن الروايه المذكوره أيضا لا يخلو من الاشكال (1).

و بالجمله فالمسأله كما ذكرنا غير خاليه من شوب التوقف و التردد، ثم ان قوله فى الروايه المذكوره فإن أولادها منه أحرار على إطلاقه لا يخلو من الاشكال و لذا قيده الشيخ (رحمه الله عليه) تاره بما إذا دفع الأب قيمه الولد يوم سقوطه حيا لمولى الجاربه، و أخرى بما إذا كان تزويجه لها بعد قيام البينه بما ادعته من الحره، و حينئذ يأخذ ابنه من غير قيمه، و استند فى الحمل الأول إلى موثقه سماعه (2) و فيها

«و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه «بقيمته». - كذا فى النسخ و الظاهر بقيمته بالباء بدل الفاء- «يوم يصير اليه» الحديث»، و فى الثانى إلى

موثقه أخرى لسماعه (3) أيضا، و فيها قال:

«ولدها مملوكون الا أن يقيم البينه أنه شهد له شاهدان أنها حره فلا يملك ولده، و يكونون أحرارا». و مثلها روايه زراره ثم ان غايه ما دلت عليه أخبار المسأله المتقدمه- بعد حمل مطلقها على مقيدها- هو أن المشتري يأخذ ولده بعد دفع القيمه إلى مولى الجاربه، و أن المشتري يرجع على البائع بقيمه الجاربه و قيمه ولدها،

ص: ٤٥٥

١- ١) و وجه الاشكال أن قوله و ان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها، فإنها لا يعقل اللامه ولى غير المولى، و متى أريد به الولي فكيف يتم قوله «و لمواليها عليه عشر قيمتها» الى آخره، إذ لا معنى لرجوع الزوج على المولى بالمهر، و رجوع المولى على الزوج بالعشر أو نصفه، منه رحمه الله.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٠ و فيه «بقيمته».

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٠.

و روايه زراره الثانيه دلت على ان المشتري يعوض المولى عما أصاب من لبنها -يعنى الذى أرضعت به ابنه-و ما أصاب من خدمتها لان ذلك مستحق للمولى،و به صرح بعض الأصحاب أيضا.

و اما ما اختلفوا فيه من رجوع المشتري على البائع، بما حصل له فى مقابلته نفع، كالعشر و نصفه الذى دفعه لمولى الجاربه، و أجره الخدمه فليس فى هذه الروايات تعرض له، و لا فى صحيحه الوليد بن صبيح التى تضمنت ذلك اشاره اليه فضلا عن التصريح به، و الاعتماد على ما ذكره من هذه التعطيلات العليله غير صالح لتأسيس الأحكام الشرعيه، كما تقدم من التنبيه عليه فى غير مقام و الأصل العدم حتى يقوم عليه دليل شرعى واضح، و قد تقدم فى مسأله البيع الفضولى ما ينبه على ما ذكرناه، و كذلك القول بالمهر عوض العشر أو نصف العشر (1)، فانا لم نقف فيه على دليل، و انما الموجود العشر أو نصف العشر على ما عرفت من الاشكال فيه.

و من اخبار المسأله التى نحن فيها خبر مشكل لم يتعرض له الأصحاب فى هذا الباب، و هو ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) فى الصحيح على بعض الطرق عن محمد بن قيس (2) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما ثم جاء سيدها الاولى فخاصم سيدها الآخر فقال: وليدتى باعها ابنى بغير اذنى، فقال: الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها؟ فناشده الذى اشتراها فقال له:

ص: ٤٥٦

١- ١) و الظاهر على ما ذكره بعض الأصحاب ان هذا القول مبنى على اطراح النص الوارد فى المسأله لأن القاعده الكليه فى عوض البضع بمنزله قيمه المثل فى غيره، و لعل اطراح هذا القائل النص المذكور لما عرفت مما قدمنا ذكره. منه رحمه الله.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٤ الفقيه ص ١٤٠.

خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع، فلما أخذه قال له أبوه: أرسل ابنى فقال: لا والله لا أرسل إليك ابنك حتى ترسل إلى ابنى، فلما رأى ذلك سيد الوليده أجاز بيع ابنه».

و أنت خبير بما فيه من الخروج عن مضامين الأخبار المتقدمه، مع أن مورده مثلها، و يمكن على بعد أن يقال: أن حكمه (عليه السلام) بأخذ الولد مع الجارية لأجل أن يزداد إليه الأب قيمة الولد كما عرفت من الاخبار المتقدمه، و حكمه بأخذ المشتري لولد البائع الذى باعه الجارية لأجل أن يرد إليه قيمه الجارية و قيمه الولد التى غرمها لأبيه، الا أنه بعيد عن سياق الخبر المذكور، فإن ظاهره أن أخذ كل منهما لولد الآخر ليس باعتبار ما ذكرناه، كما يشير اليه قوله خذ ابنه الذى باعك حتى ينفذ لك البيع، فإنه ظاهر فى ان حبس الابن عنده انما هو لأجل إنفاذ البيع و أجازته، لا لأجل الثمن أو القيمه (1).

و بالجمله فإنه مرجوع الى قائله (عليه السلام) و لعله لمصلحه لا نعلمها، و فيه دلالة على صحه بيع الفضولى و توقفه على الإجازة كما هو المشهور، مع ما عرفت من الاخبار الدالة على البطلان كما تقدم فى المسألة المذكوره، و لكن

ص: ٤٥٧

١- ١) قال فى الدروس: و روى محمد بن قيس فى وليده باعها ابن سيدها فاستولدها المشتري ينتزعها الأب و ولدها، و للمشتري أخذ البائع ليجيز أبوه البيع، و هى قضيه على (عليه السلام) فى واقعه، و لعل ذلك لاستصلاح منه (عليه السلام) و فيها دلالة على أن العقد الفضولى موقوف و على أن الإجازة كاشفه انتهى، و مؤيد لما ذكرناه فى الأصل من عدم إمكان التأويل المذكور، فيحمل على الظاهر على انها قضيه و واقعه مخصوصه فلا يتعدى الى غير موضعها، لا فى صحه العقد الفضولى و لا غيره» لما عرفت من الاخبار الدالة على بطلانه. منه رحمه الله.

هون الأمر فيه ما هو عليه من المخالفه لمقتضى الأصول الشرعيه و الضوابط المرعيه.

و الله العالم.

المسأله العاشره [في حكم من اشترى جاريه سرقت من أرض الصلح]

-اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في من اشترى جاريه سرقت من أرض الصلح حيث أن مال أهلها محترم، فقال الشيخ في النهايه: من اشترى جاريه كانت سرقت من أرض الصلح، كان له ردها على من اشترها منه، و استرجاع ثمنها و ان كان قد مات، فان لم يخلف وارثا استسعت الجاريه في ثمنها و بذلك قال ابن البراج.

و قال ابن إدريس: كيف تستسعى هذه الجاريه بغير اذن صاحبها، و كيف تعتق، و ليس على ذلك دليل، و قد ثبت أنها ملك الغير، و الاولى ان تكون بمنزله اللقطه، بل يرفع خبرها الى حاكم المسلمين، و يجتهد على ردها على من سرقت منه، فهو الناظر في أمثال ذلك انتهى. و ظاهر المحقق في الشرائع -و مثله العلامه في المختلف و نحوه في الإرشاد- أنه مع تعذر ردها على المالك أو وكيله أو وارثه تدفع الى الحاكم الشرعى ليحفظها على مالكها.

و اما الثمن فيرجع به على البائع مع بقاء عينه مطلقا، و اما مع تلفه فكذلك ان كان جاهلا، فان تعذر سقط (1) و لا تستسعى الجاريه مطلقا و ان تلف الثمن، و الى هذا القول مال في كتاب المسالك ايضا و هذان القولان يشتركان في عدم الاستسعاء و يفترقان في كونها كاللقطه في وجوب حفظها على مذهب ابن إدريس، أو تدفع الى الحاكم على مذهب المحقق.

و الذى وقفت عليه من الاخبار في المقام ما رواه

الشيخ في الصحيح -الى مسكين

ص: ٤٥٨

(١- ١) و وجه تعذره اما ياعسار البائع أو موته و موت وارثه، أو الامتناع من رده، و لم يمكن إجباره على ذلك. منه رحمه الله.

السمان، و هو مجهول- (1) عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن رجل اشترى جاريه سرقت من ارض الصلح قال: فليردها على الذى اشتراها منه، و لا يقربها ان قدر عليه أو كان مؤسرا، قلت، جعلت فداك انه مات عقبه، قال فليستسعيها».

و الى هذه الروايه استند الشيخ فى النهايه.

و أنت خبير بما فيها من الإشكال بمخالفه القواعد الشرعيه و الضوابط المرعيه أما أولا فمن حيث ردها على البائع، و هو ليس مالكا لها و مقتضى الأصول وجوب ردها الى المالك، كما صرح به أصحاب القولين الأخيرين، و الا فالحاكم الشرعى مع تعذره، و اما ثانيا فمن حيث استسعاؤها فى ثمنها، مع أن كسبها لمولاها، و الثمن لم يصل اليه، فكيف يؤخذ الثمن من غير آخذه.

و أما ما ذكره الشهيد (رحمه الله تعالى) فى الدروس؟ حيث مال الى العمل بالروايه من قوله: و الأقرب المروى تنزيلا على أن البائع مكلف بردها إلى أهلها، اما لانه السارق، أو لأنه ترتبت يده عليها، و استسعاؤها جمعا بين حق المشتري و حق صاحبها، و الأصل فيه أن مال الحربى فى الحقيقه فىء و بالصلح صار محترما احتراماً عرضياً، فلا يعارض ذهاب مال محترم فى الحقيقه، و زاد فى شرح الإرشاد فى الجواب عن الإشكال الأول بأن يده أقدم، و مخاطبته بالرد ألزم، خصوصا مع بعد دار الكفر، انتهى.

ففيه ما ذكره فى المسالك حيث قال و نعم ما قال: و هذا التنزيل تقريب للنص، و توجيه له حيث يكون النص هو الحجه، و الا فلا يخفى أن مجرد ما ذكر لا يصلح للدلاله، لأن تكليف البائع بالرد لا يقتضى جواز الدفع اليه، كما فى كل غاصب، و قدم يده لا اثر له فى هذا الحاكم أيضا، و الا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد على الغاصب، و هذا باطل إجماعا و لأن البائع ان كان سارقا لم يكن أهلا للأمانه بخيانتته، و ان لم يكن سارقا فليس وكيلا للمالك و لا وليا له فلا يجوز الدفع اليه كما فى كل

ص: ٤٥٩

مبيع يظهر استحقاقه، واما الفرق بين احترام المال بالعرض و الأصل فلا مدخل له شرعا في الحكم، بل لا تفاوت في نظر الشارع بينهما، بل كل منهما مضمون على المتلف، مع أن المتلف للمال المحترم حقيقه ليس هو مولى الجاربه، بل هو البائع الذى غره ان كان عالما أو من غره، فلا- يرجع على غيره، «وَأَلَا- تَرَىٰ وَأَزْرَةَ وَزَرَ أُخْرَىٰ» و لو تم ذلك لزم منه جواز أخذ ما ذهب من الأموال المحترمه بالأصل من مال المحترم بالعرض، كأهل الذمه و هو واضح البطلان. انتهى كلامه زيد مقامه، و هو جيد وجيه، كما لا يخفى على الفطن النبيه.

و بالجمله فالمسأله لما عرفت محل إشكال، لأن العمل بهذه الروايه مع ما هي عليه مما شرحناه مشكل و ردها من غير معارض أشكال. نعم من يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث يقوى ردها عنده، كما جزم بذلك المحقق الأردبيلي حيث قال:

و الظاهر تركها بالكليه، و العمل بالأدله، لكن يلزم أن يذهب ثمن المشتري ان لم يقدر على السارق البائع، و لا- محذور في ذلك، و هو ظاهر. انتهى الا ان الشهيد رحمه الله قد عمل بها مع كونه من أرباب هذا الاصطلاح، لكنه لا تصلب له فيه، كما عليه متأخرو المتأخرين، سيما مثل المحقق المذكور و تلميذه صاحبى المدارك و المعالم، و لهذا انه قليلا ما يطرح الأخبار الضعيفه، و يتشبت في العمل بها بأدنى مستمسك، كما لا يخفى على من راجع كتبه، و هو مبنى على ما صرح به في صدر كتابه الذكري من ثبوت أخبارنا المرويه في هذه الأصول، عن الأئمه الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الظاهر من كلام الأصحاب القولين الأخيرين حيث لم يعملوا بالخبر المذكور ان دفعها الى الامام- مع تعذر الوصول الى المالك- انما هو ليحفظها على مالكها الى ان يمكن إيصالها إليه، كما تقدم في عبارته ابن

و ظاهر المحقق الأردبيلى ان دفعها للحاكم المذكور انما هو لكون الجارىه المذكوره مال الامام (عليه السلام)، و الحاكم نائبه، و انه يفعل بها ما يفعل بأمواله (عليه السلام) حال الغيبه، قال (قدس سره) بعد الطعن فى الروايه ما لفظه: و لهذا قال البعض: يجب ردها الى المالك و ورثته بعده، ثم الى الحاكم، لانه و كيل الامام (عليه السلام) و هى حيثئذ ماله (عليه السلام)، فيفعل بها ما يفعل بسائر أمواله التى استورثها ممن لا وارث له، و هو الظاهر، و لا تستسعى انتهى و بنحو ما نقلناه عن ابن إدريس و العلامة نقله الشهيد فى الدروس عنهم أيضا، فقال بعد ذكر قول الشيخ، قال الحلبيون: لا تستسعى لأنها ملك، و تدفع الى الحاكم ليوصلها إلى أربابها انتهى.

و به يظهر لك أن ما نقله عن أصحاب هذا القول من أن الدفع الى الحاكم انما هو حيث كونها ميراث من لا وارث له، و هو للإمام (عليه السلام) غفله عن مراجعه كلامهم فى المسأله، على أنه لا يظهر من النص المذكور، و لا من كلام أحد من الأصحاب معلوميه موت المالك مع عدم وجود وارث له حتى أنها يكون من قبيل ميراث من لا وارث له، فيكون للإمام (عليه السلام) و انما المفروض فى كلامهم - و هو ظاهر الخبر أيضا - انما هو تعذر الوصول الى المالك من حيث انها سرقت من تلك الأرض، و نقلت إلى أرض أخرى و بيعت، و إرجاعها إلى المالك يحتاج الى مزيد كلفه، كما يشير اليه ما تقدم فى كلام الشهيد من قوله خصوصا مع بعد دار الكفر، و لا يتوهم ان قوله فى الخبر المذكور انه مات و مات عقبه راجع الى المالك، و ان

ص: ٤٦١

١- ١) حيث قال: و التحقيق ان نقول: المشتري ان كان عالما و جب عليه ردها الى المالك ان عرفه، و الا الى الحاكم ليحفظها على مالکها. منه رحمه الله.

سياق الخبر ظاهر في ان المراد انما هو البائع، وبالجملة فكلام المحقق المذكور لا يخلو عن غفله و قصور و الله العالم.

المسألة الحادية عشر [في حكم ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام(ع)]

-المفهوم من كلام جملة من الأصحاب(رضوان الله عليهم) ان ما يؤخذ من دار الحرب بغير اذن الامام، فإن كان بسرقة و غيلة و نحوهما فهو لأخذه و عليه الخمس، و ان كان بقتال فهو بأجمعه للإمام(عليه السلام) و على كل من التقديرين فإنه يباح تملكه للشيعة حال الغيبة، و لا يجب إخراج حصه الموجودين من الهاشميين، لإباحتهم(عليهم السلام) ذلك للشيعة، لتطيب ولادتهم، و كذا يجوز الشراء من السابى، و ان كان جائراً ظالماً، بل الشراء من الكافر أخته و بنته و زوجته و كل حربى قهر حربياً صح الشراء منه.

أقول: و الغرض من ذكرهم هذا الكلام في هذا المقام هو أنه يجوز تملك العبيد و الإماء المسببه من دار الحرب، سيما في زمن الغيبة سواء سبيت بالقهر و الغلبه من سلاطين الجور، أو بسرقة و غيلة، و سواء كان السابى لها مسلماً أو مخالفاً أو كافراً، و أن من قهر من الكفار أخته أو ابنته أو زوجته أو ابنه فإنه يملكهم، ثم بعد تملكهم يجوز الشراء منه، و القاهر و المقهور حربيان، و يدل على ذلك الأخبار.

فأما ما يدل على أن ما أخذ بقتال بغير اذنه، فهو له(عليه السلام)، فمنه

روايه العباس الوراق (1)

«عن رجل سماه عن أبى عبد الله(عليه السلام)، قال: إذا غزا قوم بغير اذن الامام فغنموا كانت الغنيمه كلها للإمام(عليه السلام) و ان غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس».

و صحيحه معاويه بن وهب (2) أو حسنته بإبراهيم ابن هاشم قال:

قلت لأبى عبد الله(عليه السلام) السريه يبعثها الامام فيصيبوا غنائم كيف يقسم؟ قال: ان قاتلوا عليها مع أمير أمره الإمام(عليه السلام) أخرج منها

ص: ٤٦٢

١- ١) الوسائل الباب-ج-١- من أبواب الأنفال.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣ و فيه «أربعه أخماس».

الخمسة لله و الرسول، و قسم بينهم ثلاثة أخماس و ان لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلما غنموا للإمام (عليه السلام) يجعله حيث أحب». و المراد ان لم يكونوا قاتلوا مع أمير منه (عليه السلام) كما هو ظاهر السياق، و ما اشتمل عليه من إخراج خمسين من الغنيمه، و قسمه ثلاثة أخماس شاذ لا قائل به، و هذه الروايه الثانيه لم يذكرها أحد من الأصحاب فيما أعلم، و لكن الحكم بمجرد الروايه الأولى مشهور عندهم، بل ادعى عليه الإجماع، و توقف المحقق في النافع من حيث ضعف الروايه المشار إليها، و قد تقدم الكلام في ذلك في كتاب الخمس (١).

الا أن المحقق الأردبيلي (قدس سره) في هذا المقام عارض روايه الوراق

بروايه زكريا بن آدم (٢) عن الرضا (عليه السلام) قال:

سألته عن سبى الديلم يسرق بعضهم من بعض، و يغير المسلمون عليهم بلا امام أ يحل شراؤهم؟ قال: إذا أقروا بالعبوديه فلا بأس بشراؤهم».

و يمكن الجواب بحمل نفى البأس عن شراؤهم من حيث تحليل ذلك للشيعة متى ثبت العبوديه، فلا ينافى كون ذلك له (عليه السلام) لما تكاثرت به الاخبار من تحليل حقوقهم للشيعة (٣) و على ذلك أيضا يحمل صدر

روايه زكريا بن آدم المذكوره قال:

«سألت الرضا (عليه السلام) عن قوم من العدو صالحوا ثم خفروا و لعلمهم انما خفروا لأنهم لم يعدل عليهم أ يصلح أن يشتري من سبيهم فقال: ان كان من قوم قد استبان عداوتهم فاشتر منهم و ان كان قد نفروا و ظلموا فلا تتبع من سبيهم» الحديث. قوله اخفروا (٤) أى نقضوا عهدهم.

ص: ٤٦٣

١-١ (١) ج ١٣ ص ٣٢٣.

٢-٢ (٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٠.

٣-٣ (٣) الوسائل الباب ٤-٤ من أبواب الأنفال.

٤-٤ (٤) يقال: خفرت الرجل أخفره من باب ضرب خفر بالتحريك إذا آجرته- و كنت له حاميا و كفيلا، فآخفرت الرجل و خفرت إذا أنقضت عهده، و عذرت به، و الهمزه للسلب و الإزالة، أى أزلت خفالتة، و الخفاره بالكسر و الضم الزمام و العهد منه رحمه الله.

و فى التهذيب عن محمد بن عبد الله (١)قال:

«سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن قوم خرجوا وقتلوا أناسا من المسلمين و هدموا المساجد، و ان المستوفى هارون بعث إليهم فأخذوا و قتلوا و سبى النساء و الصبيان، هل يستقيم شراء شىء منهن و يطأهن أم لا؟ قال: لا بأس بشراء متاعهن و سبيهن». و ليس فى هذه الاخبار على تعددها دلالة على تملك السابى كما توهمه المحقق المتقدم ذكره، و انما دلت على جواز الشراء خاصة، فيحمل على ما قلنا من التحليل لكون ذلك لهم (عليهم السلام) فلا تنافى الخبرين الأولين، على أنه يمكن حمل هذه الاخبار على التقية أيضا، بمعنى أنه لم ينبه فيها على كون ذلك للإمام (عليه السلام) تقيه، و انما ذكر جواز الشراء خاصة، بناء على ما قلناه.

و اما ما ذكره من أن ما أخذ بغيله و سرقه فهو لأخذه، و عليه الخمس فلم أقف فيه بعد التتبع للاخبار على نص، و غاية ما استدل به عليه فى المدارك هو اخبار (٢).

«خذ مال الناصب حيثما وجدته، و ادفع لنا الخمس»، و فيه نظر، لعدم ذكره فى صدر كتاب الخمس، و إيجاب الخمس هنا أحد القولين، و به صرح فى المسالك و قيل: بالعدم و هو ظاهر الشهيد فى الدروس فى مبحث الخمس، لانه لا تسمى غنيمه، و هو الأقرب لما عرفت من عدم الدليل على ذلك، بل على عدم كون المأخوذ على هذا الوجه لأخذه، فإن الأخبار خاليه من الأمرين، و لهذا إنما التجأ صاحب

ص: ٤٦٤

١-١) التهذيب ج ٦ ص ١٦٢.

٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٣٨٧.

المدارك في الأمرين الى أخبار «خذ مال الناصب».

و أما ما يدل على جواز الشراء من السابى و ان كان جابرا فالروايات المذكوره عن الرضا(عليه السلام)لكن لا من حيث كون ذلك ملكا له كما عرفت،و ان أوهم ظاهرها ذلك،الا أنه يجب حملها على ما ذكرناه جمعا بين الاخبار الوارده فى المسأله.

و أما جواز الشراء من الكافر الحربى بنته و أخته و زوجته،فيدل عليه ما رواه

الشيخ عن عبد الله اللحام (1)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها؟قال:لا بأس».

و بالإسناد المذكور (2)قال:

« سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن الرجل يشتري امرأه رجل من أهل الشرك يتخذها أم ولد قال:لا بأس».

بقى الكلام فى أنه قد صرح الأصحاب بأن كل حربى قهر حربيا فباعه صح بيعه،لان القاهر مالك المقهور بقهره إياه،فيصح بيعه له،و هذا ظاهر فيمن لا- ينعق عليه كالزوجه و نحوها،أما لو كان ممن ينعق عليه كالبت فى الخبر الأول فإشكال، ينشأ من أنه بدوام القهر يبطل العتق لو فرض،و بدوام القرابه يرتفع الملك بالقهر (3)

ص: ٤٦٥

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٧٧.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٧.

٣-٣) أقول:و توضيحه ان القرابه المخصوصه تقتضى العتق،و قهر الحربى يقتضى الملك،و المقتضيان دائما،و بدوامهما يجب أن يدوم ما يترتب عليهما و يقتضيانه،و الوجهان قد تعارضا و تكافئا و لا ترجيح لأحدهما على الآخر،فلا يمكن الحكم بأحدهما دون الآخر،فلما ثبت بالخبر المذكور جواز الشراء فلا- بد من حمله على الاستنقاذ،لخروجه عن القاعده المذكوره لا أنه بيع حقيقى،لأن شرطه الملك،و ملك البائع هنا غير معلوم لما عرفت و قولهم المبطل العتق لو فرض مقتضاه ان العتق لا يقع،لأنهم حكموا ببطلانه على تقدير فرض وقوعه،و كأنه مبنى على ان القهر دائم و هو فى كل آن يقتضى الملك فيمتنع حصول العتق حقيقه لوجود منافيه فلا يكون الا بطريق الفرض. (منه رحمه الله).

و حينئذ فالتحقيق حمل الشراء فى الخبر المذكور على الاستنقاذ، و يثبت الملك بعد ذلك بالتسلط، و فى لحوق أحكام البيع من خيار المجلس و خيار الحيوان و العيب و نحو ذلك نظر أقربه-بناء على ما قلناه-العدم، قالوا و الاستنقاذ دفع يد شخص شرعيه أم غير شرعيه عن مال بعوض أو بغير عوض، و يشكل أيضا ثبوت الملك بالتسلط بعد الاستنقاذ إذ قد يكون المملوك الذى بيده ممن ينعق عليه مأمونا: أى دخل بلاد الإسلام بإمام، فيشكل حينئذ تملك المشتري له بالتسلط عليه، و ربما ظهر من كلام العلامة فى القواعد لحوق أحكام البيع بالنسبه إلى البائع، و فيه أنه مع حكمه بالاستنقاذ لا معنى لذلك، لأنه عقد واحد يبعد كونه يباعا حقيقيا بالنسبه إلى البائع و غير بيع بالنسبه إلى المشتري، على أن سبب عدم كونه يباعا حقيقيا بالنسبه إليه انما هو عدم صلاحية المبيع لتملك البائع، و هو موجب لعدم كونه حقيقيا بالنسبه إليه.

و قال فى الدروس: و لو اشترى حربيا من مثله جاز، و لو كان ممن ينعق عليه قيل كان استنقاذا حذرا من الدور لو كان شراء، و لا يلحق به أحكام البيع بالنسبه إلى المشتري، و روى ابن بكير (1) تسميته شراء انتهى و ظاهره لحقوق أحكام البيع بالنسبه إلى البائع كما قدمنا ذكره عن ظاهر القواعد، و فيه ما عرفت.

و بالجملة فإن مقتضى التحقيق بناء على ما ذكره من كون ذلك استنقاذا لا يباعا حقيقيا هو عدم تحقق بيع شرعى، لا بالنسبه إلى البائع و لا إلى المشتري، فتملك

ص: ٤٦٦

١- ١) أقول: نسبه: فى الدروس الروايه الى ابن بكير باعتبار أنه هو الراوى عن عبد الله اللّحام، و لعل ذلك للتنبيه بشأن الروايه حيث أن سندها الى ابن بكير من الموثق، و عبد الله اللّحام مجهول-منه رحمه الله.

المشترى للمبيع مشكل، و تملك البائع للثمن مشكل، إلا- أنك قد عرفت من الروايه المتقدمه كون ذلك بيعا و شراء من غير معارض، سوى ما قالوه، و الأظهر الوقوف على مقتضى النص، فان ما ذكروه و ان كان مقتضى القواعد الشرعيه أيضا، الا انه يمكن تخصيصها بهذا الخبر بأن يخص الانعتاق بالملك بالشراء، دون التملك قهرا، و قوفا على مورد أخبار كل من المقامين و الله العالم.

و

المسأله الثانيه عشر [فيما لو دفع الى مأذون مالا ليشتري به نسمة]

-اختلف الأصحاب فيما لو دفع الى مأذون مالا- ليشتري به نسمة و يعتقها عنه و يحج بالباقي، فاشترى أباه و دفع إليه بقيه المال، فحج به، فاختلف مولاة و ورثه الأمر و مولى الأب، فكل يقول اشترى بمالي، فقال الشيخ فى النهايه الحكم أن يرد المعتق على مولاة الذى كان عنده يكون رقا له كما كان، ثم أى الفريقين الباقيين منهما أقام البيئه بأنه اشترى بماله سلم اليه، و ان كان المعتق قد حج بقيه المال لم يكن الى رد الحجه سبيلا، و تبعه فى ذلك ابن البراج.

و قال ابن إدريس: لا أرى لرد المعتق على مولاة و جها، بل الأولى عندى أن القول قول سيد العبد المأذون له فى التجاره، و العبد المبتاع لسيد العبد المباشر للعتق، و ان عتقه غير صحيح، لأن إجماع أصحابنا على أن جميع ما بيد العبد فهو مال لسيده، و هذا الثمن فى يد المأذون، و أنه اشتراه فإذا اشتراه فقد صار ملكا لسيد المأذون الذى هو المشتري، فإذا أعتقه المأذون بعد ذلك فعتقه غير صحيح، لأنه لم يؤذن له فى العتق، بل أذن له فى التجاره فحسب، هذا إذا عدت البيئتان، فهذا تحرير القول و الفتوى فى ذلك انتهى (1).

ص: ٤٦٧

١- ١) أقول: أما دعوى مولا العبد المأذون فظاهر مما ذكره ابن إدريس، و أما دعوى مولى الأب أنه اشتراه بمالي فيحمل على أن يكون العبد المأذون و كيلا له بالأذن و عنده مال له، أو انه أخذ الأب من مالي و أعطاه ابنه ليشتريه، و نحو ذلك، و اما دعوى ورثه الموصى فظاهر حيث ان مورثهم دفع اليه ذلك الوجه الذى اشترى به العبد، فهو قد اشترى بمالنا- و كأنهم ينكرون الوصيه بما ذكره المأذون من الشراء و العتق- منه رحمه الله.

«عن أبى جعفر (عليه السلام) عن عبد لقوم مأذون له فى التجاره، دفع اليه رجل ألف درهم فقال له:

اشتر بها نسمة و أعتقها عنى، و حج عنى بالباقي، ثم مات صاحب الالف، فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت، و دفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه، و بلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت جميعا، فاختصموا جميعا فى الألف، فقالوا موالى العبد المعتق: انما اشتريت أباك بمالنا، و قال الورثة: انما اشتريت أباك بمالنا، و قال موالى العبد: انما اشتريت أباك بمالنا، فقال: أبو جعفر (عليه السلام) أما الحج فمضت بما فيها لا ترد، و أما المعتق فهو رد فى العتق لموالى أبيه، و اى الفريقين بعد أقاموا بينه على أنه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا».

و الشيخ فى النهايه و من تبعه قد عملوا بظاهر هذه الروايه.

و ابن إدريس قد ردها لما ذكره و قد اقتضى ابن إدريس فى هذا القول أكثر من تأخر عنه، و طعنوا فى الخبر المذكور بضعف الراوى، فإنه غال، و مخالفه الخبر المذكور لأصول المذهب من وجوه، منها الحكم برد العبد الى مولاه مع اعترافه ببيعه، و منها دعواه فساد البيع، و مدعى الصحه و هو الآخر ان مقدم، و منها حكمه بمضى الحججه مع ان ظاهر الأمر حججه بنفسه و قد استتاب فيها، و منها مجامعه صحه الحج لعوده رقا مع كونه قد حج بغير اذن سيده، و منها انه كيف يدعى مولى العبد انه شرى بماله، مع انه لم يكن لمولى الأب مال فى يد المأذون، و ليس هو وكيله، و مع الإغماض عن ذلك و ثبوت ان له مالا و انه وكيل كيف يتصور صحه شراء شخص من سيده بمال ذلك السيد، فدعوى مولى العبد انه اشترى بماله يقتضى فساد العقد، لان العوضين إذا كانا من مال واحد لم تكن المعاوضه صحيحه، و اعتذر

العلامة للأول بحمل الرواية على إنكار مولى العبد البيع، لا فساد، و رده بمنافاته لمنطوق الخبر، لدلالته على كونه اشترى بماله، و هو صريح فى وقوع البيع و الشراء، فلا تسمع هذه الدعوى، و نزله الشهيد فى الدروس على ان المأذون بيده مال لمولى الأب و غيره، و بتصادم الدعوى المتكافئه يرجع الى أصله بقاء الملك على مالكه، و لا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين، فيتساقطان قال: و هذا واضح لا غبار عليه.

و رد بأن النظر فيه واضح و الغبار عليه لائح، لمنع تكافؤ الدعوى أو لا على تقدير تسليم كون بيده مال للجميع، لان من عدا مولاه خارج، و الداخلى مقدم، فسقط مولا الأب و ورثه الأمر، فلم يتم الرجوع الى أصل بقاء الملك على مالكه، و بذلك يظهر فساد دعوى كون الصحة مشتركة بين متقابلين متكافئين، فان الخارج لا تكافؤ الداخلى، فإذا قدمت لم يبق لرد الدعوى المشتمله على فساد البيع مانع، إذ لم ينقذ بوجهها الا بسبب تساقط تلك الدعويين و لم يتم، على انه لو سلم كون بيد المأذون أموال لغير مولاه، فإن إقراره بها لغيره غير مقبول مع تكذيب المولى و ان كان مأذونا، لأن المأذون إنما يقبل إقراره بما يتعلق بالتجاره، لا مطلقا كما سيأتى إنشاء الله تعالى، و حينئذ فلا بد من اطراح هذه الرواية بهذه المنافيات لقبولها، و الرجوع الى أصل المذهب.

و فى المسأله قول ثالث للمحقق فى النافع، و رجحه ابن فهد فى شرحه، قال:

و يناسب الأصل، الحكم بإمضاء ما فعله المأذون ما لم تقم بينه تنافيه، و مقتضاه الحكم بصحة البيع و العتق و الحج، لأن الأصل أن ما يفعله المأذون صحيح، و هذا يتمشى إذا جعلنا حكم المأذون حكم الوكيل، فيقبل إقراره بما فى يده، و يمضى تصرفه كالوكيل، الا أن فيه أنه موقوف على تناول الاذن من سيده لذلك.

هذا كله مع عدم البينه، و أما معها فان كانت لواحد حكم بها، و ان كانت

لاثنين أو للجميع، فان قلنا بتقديم بينه الداخل عند التعارض فكالأول، و ان قدمنا الخارج أو لم يكن للداخل بينه، ففي تقديم بينه ورثه الأمر- نظرا إلى الصحه أو بينه مولى الأب، لأنه خارج بالإضافة إلى ورثه الأمر، لا دعائه ما ينافى الأصل- وجهان، استجود أولهما في المسالك، قال: لأنهما خارجان بالنسبه إلى المولى المأذون، و مدعيان، و يبقى مع ورثه الأمر ترجيح الصحه.

و بالجمله فإن المسأله من المشكلات لما عرفت مما يتطرق الى النص المذكور من الإيرادات الواضحه، و العمل به و الحال كذلك مشكل، فالظاهر هو قوه ما ذهب إليه المتأخرون و الله العالم.

المسأله الثالثه عشر [حكم من اشترى عبدا و كان عند البائع عبدان]

-قال الشيخ في النهايه من اشترى من رجل عبدا و كان عند البائع عبدان، فقال للمبتاع اذهب بهما فاختر أيهما شئت ورد الأخر و قبض المال، فذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده فليرد الذى عنده منهما، و يقبض نصف الثمن مما أعطى و يذهب في طلب الغلام، فان وجده اختار حينئذ أيهما شاء و رد نصف الذى أخذه، و ان لم يجده كان العبد بينهما نصفين، و تبعه ابن البراج في ذلك.

و قال ابن إدريس: ما ذكره شيخنا في نهايته خبر واحد، لا يصلح و لا يجوز العمل به، لانه مخالف لما عليه الأمه بأسرها، مناف لأصول مذهب أصحابنا و فتاويهم و تصانيفهم، لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف، و قوله «يقبض نصف الثمن و يكون العبد الأبق بينهما و يرد الباقي من العبدين»، فيه اضطراب كثير، و خلل كبير، لأنه ان كان الأبق هو الذى وقع عليه البيع؟ فمن مال مشتريه، و الثمن بكماله لبائعه، و ان كان الأبق غير من وقع عليه البيع، و الباقي الذى وقع عليه البيع فلائى شىء يرده، و انما أورده شيخنا هذا الخبر على ما جاء إيراد إلا اعتقادا، لانه رجع في مسائل خلافه في كتاب السلم. انتهى.

أقول: أشار بقوله رجع عنه في خلافه الى ما ذكره الشيخ في الكتاب المذكور،

حيث قال فى باب السلم: إذا قال: اشتريت منك أحد هذين العبدين 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، لأن هذا غرر يسير، و أما فى الأربعة فما زاد عليها فلا يجوز، دليلنا أن هذا بيع مجهول فيجب أن لا يصح بيعه و لأنه بيع غرر لاختلاف قيمتى العبدين، و لأنه لا دليل على ذلك فى الشرع، و قد ذكرنا هذه المسألة فى السيوع، و قلنا: أن أصحابنا رووا جواز ذلك فى العبدين فان قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية، و لم نقس غيرها عليها. انتهى.

و قال العلامة فى المختلف بعد نقل ما ذكرناه: و التحقيق أن نقول: العقد أن وقع على عبد مطلق موصوف بصفاته المقصوده الرفعه للجها له صح البيع، فإذا دفع البائع العبدين إلى المشتري ليتخير أحدهما، جاز أن يتخير أيهما شاء، فإذا أبق أحدهما فإن قلنا المقبوض بالسوم مضمون ضمنه المشتري ثمننا و الا فلا، و ان وقع على أحدهما كان باطلا.

و الشيخ رحمه الله عول فى ذلك على

روايه محمد بن مسلم (1) عن الباقر (عليه السلام)،

«قال سألته عن رجل اشترى من رجل عبدا و كان عنده عبدان، فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيهما شئت ورد الآخر و قد قبض المال فذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده قال: ليرد الذى عنده منهما و يقبض نصف الثمن مما أعطى من المبيع، و يذهب فى طلب الغلام، فان وجده اختار أيهما شاء، و رد النصف الذى أخذ، و ان لم يجده كان العبد بينهما نصفه للبائع و نصفه للمبتاع».

و هذه الروايه تدل على ان البيع وقع صحيحا لا على انه وقع على عبد من عبيد و كذا كلام الشيخ.

و اما قول الشيخ فى الخلاف عن الروايه، فإن لها محملا، و هو ان نفرض

ص: ٤٧١

تساوى العبدین من كل وجه فلا استبعاد حينئذ فى بيع أحدهما لا بعينه، كما لو باعه من متساوى الأجزاء بعضه، كما لو باعه قفيزا من الصبره، و اما تضمين النصف فلان البيع وقع مشاعا على أحدهما فقبل الاختيار يكون العبدان بينهما، فلما أبق أحدهما ضمن نصف الذى اشتراه، و النصف الآخر لا- يضمه، لانه مقبوض على وجه السوم، و العبد الباقي بينهما لشياع الاستحقاق فى العبدین. انتهى.

أقول: وجه الإشكال فى الروايه المذكوره من حيث أنه اشترى عبدا فى الذمه، و هو أمر كلى يتوقف على تشخيصه فى عين مخصوصه متصفه بما وقع عليه الاتفاق من الأوصاف، و الخبر دل على انحصار ذلك الأمر الكلى فى العبدین قبل تعيينه، و من حيث دلالة الخبر على ثبوت البيع فى نصف الموجود الموجب للشركه مع عدم وجود ما يقتضى الشركه، ثم الرجوع الى التخيير لو وجد الآبق، و من أجل هذه الإشكالات نزل بعض الأصحاب- (رضوان الله عليهم) الروايه المذكوره- على تقدير أربع مقدمات، الاولى- تساويهما قيمه، الثانيه- مطابقتها للمبيع الكلى و صفا، الثالثه- انحصار الحق فيهما حيث دفعهما اليه و عينهما للتخيير، كما لو حصر الحق فى واحد، الرابعه- عدم ضمان المقبوض بالسوم فلا يضم الآبق هنا، أو تنزيل هذا التخيير هنا منزله الخيار فى البيع فكما ان تلف المبيع فى مده الخيار من البائع، فكذلك ههنا متى تلف قبل الاختيار (1).

و لا يخفى ما فى البناء على هذه المقدمات من الاشكال لما يمكن تطرقه إلى جمله منها، و لهذا قيل انه يشكل الحكم بانحصار الحق فيهما على هذه التقادير، لان المبيع أمر كلى لا يشخص الا بتشخيص البائع، و دفعه الاثنتين ليتخير أحدهما ليس تشخيصا و ان حصر الأمر فيهما، لأصالة بقاء الحق فى الذمه الى ان يثبت شرعا كون ذلك كافيا، كما لو حصره فى عشره فصاعدا، و ما ذكره فى المختلف- من التنزيل- على تساوى

ص: ٤٧٢

(١- ١) مرجع المقدمه الرابعه الى أن عدم الضمان مترتب على أحد الأمرين المذكورين منه- رحمه الله.

العبيدين من كل وجه ليلحق بمتساوى الأجزاء حتى جوز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من الصبره-ففيه اشكال ظاهر،لمنع تساوى العبيدين على وجه يلحقان بالمثل الذى هو عباره عن متساوى الاجزاء،و منع تنزيل بيع القفيز من الصبره على الإشاعه، كما تقدم فى البحث عن هذه المسأله.

و بالجمله فإن الأ-كثر على اطراح الروايه المذكوره لما عرفت من مخالفتها لمقتضى الأصول و عسر تنزيلها على ما ذكره من هذه التكلفات السخيفه،و الأظهر الرجوع الى مقتضى الأصول،فينظر فى هذين العبيدين فان كانا بالصفات الذى اشترى بها العبد فى الذمه تخير بينهما،فان اختار الآبق منهما رد ما أخذه من نصف الثمن، و لا شىء له،و ان اختار الباقي منهما أخذه.

بقى الكلام فى ضمان الآبق على هذا التقدير،فان قلنا بضمان المقبوض بالسوم ضمنه،و الا فلا،و ان كان أحدهما بالصفات أخذه و حكم الأخر على ما تقدم،و ان لم يكن شىء منهما بالصفات رجع على البائع بحقه لان حقه فى الذمه باق حتى يدفع اليه ما كان على الصفات التى وقع عليها العقد و فى ضمان الذاهب ما تقدم،و على هذا لا فرق بين عبيدين أو أكثر أو غير العبد من المتاع و غيره،و على تقدير العمل بالروايه يجب الاقتصار فيه على موردها فلا يتعدى الحكم الى غير العبيدين اقتصارا فيما خالف الأصول على موضع النص و به جزم الشيخ رحمه الله.

و لو تعددت العبيد فهل ينسحب الحكم،احتمالان أحدهما نعم،لصدق العبيدين فى الجمله،فلو كانوا ثلاثه فأبق واحد فان ثلث المبيع،فيرجع بثلث الثمن، و هكذا فيما زاد،و ثانيهما العدم،للخروج عن موضع النص،و هو الأظهر و لو كانا أمتين أو أمه و عبدا ففى انسحاب الحكم الوجهان،و قطع،فى الدروس بانسحاب الحكم هنا،و الأظهر العدم،لما ذكرنا و الله العالم.

إشاره

اختلف الأصحاب رضوان الله عليهم في الجارية بين الشركاء فيطأ أحدهم، فقال الشيخ في النهاية: إذا كانت الجارية بين شركاء فتركوها عند واحد منهم فوطئها فإنه يدرأ عنه من الحد بقدر ماله منها من الثمن، و يضرب بمقدار ما لغيره من القيمة، و تقوم الأمه قيمه عادله و يلزمها، فان كانت القيمة أقل من الثمن الذى اشترت به الزم ثمنها الأول، و ان كانت قيمتها فى ذلك اليوم الذى قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الأكثر، فإن أراد واحد من الشركاء الجارية كان له أخذها، و لا يلزمه الا ثمنها الذى يسوى فى الحال. انتهى.

أقول: ما ذكره الشيخ هنا هو مضمون

روايه عبد الله بن سنان (1) قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجال اشتركوا فى أمه فأتمنوا بعضهم على أن يكون الأمه عنده فوطئها قال: يدرأ عنه من الحد بقدر ماله من النقص، و يضرب ما ليس له فيها، و تقوم الأمه عليه بقيمه و يلزمها، فان كانت القيمة أقل من الثمن، الذى اشترت به الجارية ألزم ثمنها الأول، و ان كان قيمتها فى ذلك اليوم الذى قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الثمن و هو صاغر لانه استفرشها، قلت: فإن أراد بعض الشركاء شرائها دون الرجل؟ قال: ذلك له، و ليس له أن يشتريها حتى يستبرأها، و ليس على غيره أن يشتريها إلا بالقيمه».

و قال: ابن إدريس بعد نقل كلام الشيخ هذا خير واحد أورده شيخنا إيرادا لا اعتقادا و الاولى أن يقال: لا يلزم الواطئ لها شىء سوى أحد الذى ذكرناه على تقدير أن يكون عالما بالتحريم بقدر حصص شركائه، الا أن تكون بكرًا فيأخذ عذرتها، فيلزم ما بين قيمتها بكر أو غير بكر، و يسقط عنه ما يخصه من ذلك، و يستحق الباقي الشركاء، فاما ان كانت غير بكر فلا يلزمه ذلك هذا إذا لم يجبلها، فإذا أجبلها بولد، فإنه يغرم ثمنها الذى تساوى يوم خيانتة عليه، و ثمن ولدها يوم تسقط حيا لو كان عبدا و يسقط من ذلك بمقدار حصته من الثمن انتهى.

ص: ٤٧٤

و قال العلامة فى المختلف: و التحقيق أن نقول الواطئ ان كان عالما بالتحريم حد يقدر حصص الشركاء، و عليه من المهر بقدر حصصهم أيضا ان كانت مكرهه أو جاهله، و ان كانت مطاوعه فكذلك على الخلاف و سيأتى، و ان كانت بكرا لزمه أرش البكاره قطعاً، و لا- تقوم عليه بنفس الوطئ بل مع الحمل و عليه تحمل الروايه و قول الشيخ أيضا، و عليه حصص الشركاء من القيمه و يطالب بأعلى القيم من حين الإحبال إلى وقت التقويم، و عليه حصص الشركاء أيضا من قيمه الولد يوم سقط حيا ان لم يكن قد قومت عليه حبلى، و لو أراد بعض الشركاء أخذها فإن كانت قد حبلت لم يكن له ذلك، و ان لم تكن حبلت كان له ذلك و يأخذها بقيمتها يوم الأخذ انتهى.

أقول: و تحقيق الكلام فى هذا المقام يقع فى مواضع

الأول [سقوط الحد مع الشبهه]

-لا إشكال فى سقوط الحد عن الواطئ هنا مع الشبهه كما لو توهم حل الوطئ من حيث الشركه

لقوله (عليه السلام) (١)

«ادروا الحدود بالشبهات».

الثانى [الحد هنا الجلد خاصه]

ظاهر النص و الفتوى أن الحد هنا انما هو بالجلد و ان كان محصنا يجب فى مثله الرجم، لان الرجم لا يقبل التبعض، و قد عرفت من النص و الفتوى تبعضه هنا، و الظاهر أن الوجه فيه أن وجوب الرجم فى المحصن انما هو فيما إذا كان الزانى محصنا و هذا ليس كذلك من حيث تملكه لبعض الأمه، و لأجل ذلك يلحق به الولد، و تصير أم ولد و ان كان عالما بالتحريم، مع أن الزانى العالم لا يلحق به الولد.

الثالث [سقوط الحد بالنسبه إلى حصته]

-أنه يسقط من الحد ما قابل ملكه من الأمه نصفاً أو ربعاً أو نحو ذلك، لعدم تحقق الزنا بالنسبه إلى حصته، و يضرب الباقي الذى يتعلق بنصيب الشركاء، لكونه زنا بالنسبه إلى حصصهم، و ينبغى أن يستثنى من الحد أيضا ما لو كان أحد الشركاء ابن الواطئ أيضا، فإنه لا- حد على الأب فى نصيب ابنه، كما لا حد عليه لو كانت بأجمعها للولد، ثم انه مع التبعض لو احتيج الى تبعض الجلده الواحده

ص: ٤٧٥

قال: بعض المحققين أنه يحتمل باعتبار مقدار السوط، و كيفية الضرب.

أقول: بل الظاهر انه ان كان نصفاً أخذ بنصف السوط، و ان كان ثلثاً أخذ بثلثه، كما تضمنه

صحيح هشام بن سالم (1) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

« في نصف الجلده و ثلث الجلده يؤخذ بنصف السوط، و ثلثي السوط»،. و يمكن إرجاع ما ذكره المحقق المشار إليه الى ما ذكرناه.

الرابع [تقويم الأمه على الواطئ بنفس الوطئ]

ظاهر كلام الشيخ و هو ظاهر الروايه ايضا أنه تقوم الأمه على الواطئ بنفس الوطئ و ظاهر الأصحاب كما سمعت من كلام ابن إدريس و العلامة أنه لا- تقوم عليه و لا- يلزمه ثمنها الا- مع الحمل، لا- بمجرد الوطئ، و على ذلك حمل العلامة كلام الشيخ و الروايه المذكوره، و أنت خبير أو لا بأنه لا إشعار في الروايه، و لا في كلام الشيخ ذكر الحبل بالكليه، و ثانياً بأنه متى حمل الكلام فيهما على الحمل كما ذكره، -بمعنى أن قوله في الروايه و كذا في كلام الشيخ «و تقوم الأمه عليه» يعنى من حيث حملها بعد الوطئ فكيف يتم قوله في آخر الروايه و كذا في كلام الشيخ «فإن أراد أحد الشركاء الجاربه كان له أخذها» مع تصريحه (قدس سره) بأنه ان كانت قد حبلت لا يجوز ذلك، و انما يجوز مع عدم الحبل.

و بالجملة فالظاهر أن اشتمال الروايه و كذا كلام الشيخ -بناء على حملها لها على ذلك- على هذين الحكمين أعنى التقويم على الوطئ مع الحمل و عدمه، و جواز شراء بعض الشركاء لها- لا يخلو من تدافع كما لا يخفى لأنه إذا كان الحكم الشرعى بعد الوطئ مجرداً عن الحمل كما هو ظاهر الإطلاق، أو هو مع الحمل كما هو ظاهر الأصحاب هو التقويم على الواطئ فكيف يجوز لبعض الشركاء شراؤها.

ص: ٤٧٦

ثم ان مما يدل على أن التقويم بمجرد الوطى كما هو ظاهر الخبر المذكور ما رواه

فى الكافى عن عده من أصحابنا (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) و فى الفقيه عنه (عليه السلام) مرسلا قال:

«سئل عن رجل أصاب جاريه من الفىء فوطئها قبل أن تقسم؟ قال: تقوم الجارية و تدفع إليه بالقيمه و يحط له منها ما يصيبه منها من الفىء و يجلد الحد، و يدراً عنه من الحد بقدر ما كان له فيها، فقلت: كيف صارت الجارية تدفع إليه بالقيمه دون غيره قال: لأنه و طئها، و لا يؤمن ان يكون ثمه حبل».

و الخبر كما ترى صريح الدلاله واضح مقاله فى تقويمها على الواطئ بمجرد الوطى معللا بخوف الحبل، لا بوجوده بالفعل، كما ذكره (رضوان الله عليهم) الا أنه

قد روى فى الكافى و كذا فى التهذيب عن إسماعيل الجعفى (٢) عن ابى جعفر (عليه السلام)

«فى رجلين اشترى جاريه فنكحها أحدهما دون صاحبه، قال: يضرب نصف الحد، و يغرم نصف القيمه إذا أحبل». و هى كما ترى داله بمفهوم الشرط الذى هو حجه عند المحققين و عليه تدل جمله من الاخبار عدم القيمه مع عدم الحبل و هى مؤيده لما ذكره الأصحاب

و روى فى الكافى أيضا عن إسماعيل الجعفى (٣)

«عن ابى جعفر (عليه السلام) فى جاريه بين رجلين فوطئها أحدهما دون الأخر فأحبلها قال: يضرب نصف الحد و يغرم نصف القيمه». الا أن هذه الروايه لا دلالة فيها على نفى القول بالقيمه بمجرد الوطى، و بالجمله فإن المعارضه هنا وقعت بين روايه العده، و روايه إسماعيل الاولى، و إلا فروايه عبد الله بن سنان مطلقه، و الترجيح بحسب القواعد لروايه العده لدالاتها صريحا على ما ذكرناه، و الأخرى انما تدل

ص: ٤٧٧

١- ١) الكافى ج ٧ ص ١٩٤ الفقيه ج ٤ ص ٣٣.

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ١٩٥ التهذيب ج ١٠ ص ٣٠.

٣- ٣) الكافى ج ٧ ص ١٩٥ التهذيب ج ١٠ ص ٣٠.

بالمفهوم، و هو لا يعارض المنطوق الصريح، الا ان ظاهر اتفاق الأصحاب على الحكم - عدا إطلاق كلام الشيخ هنا- مما يعضد المفهوم المذكور، والمسألة لذلك محل اشكال و الله العالم.

الخامس [صيرورتها مع الحمل أم ولد]

قد عرفت ان مع الحمل تقوم الجارية على الواطئ، فالظاهر انه لا خلاف فيه لأنها مع الحمل تصير أم ولد و يلحقها حكم أمهات الأولاد و الولد حر، قالوا لان الاستيلاء بمنزله الإلتلاف لتحريم بيعها و انعقادها بموت سيدها، فكان عليه غرامه حصص باقي الشركاء من الجارية و من الولد.

و ظاهرهم انه لا فرق بين كونه عالماً أو جاهلاً و هو ظاهر إطلاق روايه إسماعيل الجعفي المتقدمه و لو لا ذلك لأمكن الفرق بين الأمرين فإن مقتضى القاعدة مع العلم ان لا يكون الولد كله حراً لان الزنا بأمه الغير موجب لكون الولد للمالك، -لانه نماء ماله، الا أن الحكم هنا كما ذكره الأصحاب- و هو ظاهر الخبر المذكور -على خلاف ذلك، و كان تقويم حصص الشركاء في الولد من حيث سرايه العتق ان قيل بها في مثله فإنها قهرية كما سيجيء تحقيقه إنشاء الله تعالى في موضعه اللائق به.

السادس -المعتبر في قيمه الولد قيمته يوم سقطه حياً

، فيقوم لو كان عبداً و يدفع الى باقي الشركاء حصصهم، هذا إذا لم يكن قومت عليه حاملاً، و الا دخلت قيمته معها، و لو وقع الولد سقطاً قبل التقويم استقرت ملك الشركاء للأم.

أما تقويم الام فهل المعتبر قيمتها عند الوطئ، أو يوم التقويم، أو الأكثر منها؟ اختار في الدروس الأول، و في المسالك الثالث، و استظهر المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد أكثر القيم من حين الحمل الى زمان الانتقال، قال: و يحتمل حين الحمل، لانه وقت الإلتلاف، و الأول أظهر، لأنه زاد في ملك الأول انتهى.

و الظاهر ان ما ذكره من الاحتمال هو الذي ذكره ابن إدريس بقوله -في عبارته

المتقدمه: يوم جنايته عليها، والذي دلت عليه روايه عبد الله بن سنان المتقدمه أكثر الأمرين من قيمتها يوم التقويم و ثمنها، وهو ظاهر اختيار الشيخ فيما تقدم من عبارته و هو الأقرب.

السابع [عدم دخول الجاربه فى ملك الواطئ بمجرد الحمل]

-ينبغى ان يعلم انه لا- تدخل الجاربه فى ملك الواطئ بمجرد الحمل، بل لا بد من التقويم و دفع القيمه أو ضمانها مع رضا الشركاء بذلك، و ظاهر الاخبار المتقدمه أنها تنتقل بمجرد التقويم، و مقتضى قواعد الأصحاب انه لا بد من صيغه البيع و دفع القيمه أو ضمانها، إلا- أنك قد عرفت فيما تقدم ما فى اشتراط الصيغه الخاصه من عدم الدليل على ذلك، و الظاهر أن ذكر التقويم فى الاخبار خرج مخرج التجوز و الكنايه عن دفع الثمن أو ضمانه، و أما اشتراط الرضا فالظاهر ان البيع هنا قهرى على الشركاء.

الثامن

-قد عرفت أنه لا تدخل فى ملك الواطئ بمجرد الحمل، بل لا بد من التقويم و دفع القيمه أو ضمانها و حينئذ ان كسب الجاربه المذكوره و حق الخدمه مشترك بين الملاك قبل ذلك.

التاسع [عدم وجوب شىء بالوطئ مع عدم الحمل إلا أن تكون بكرا]

ظاهر كلام ابن إدريس المتقدم انه مع عدم الحمل لا يجب عليه بالوطئ شىء الا أن يكون بكرا فيجب عليه أرش البكاره، و هو تفاوت ما بين قيمتها بكرا و ثيبا و يسقط منه قدر نصيبه، أما لو كان ثيبا فلا شىء عليه، و ظاهر كلام العلامه المتقدم أن عليه أرش البكاره لو كانت بكرا قطعا و لو كانت ثيبا فعليه المهر، و الشيخ فيما تقدم من عبارته سكت عن ذلك.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك القول بما ذهب إليه العلامه من إيجاب الجميع لو كانت بكرا أعنى أرش البكاره، و المهر لو كانت ثيبا، قال فى الكتاب المذكور و يجب على الأب العقر (1) بسبب الوطئ، سواء كانت بكرا أو ثيبا،

ص: ٤٧٩

١- ١) العقر بالضم: و هو ديه فرج إذا غصب على نفسها و قيل: هو المهر أو ما تعطاه المرأه على وطئ الشبهه.

وهو العشر أو نصفه مضافا الى ذلك أرش البكاره، مستثنى منه قدر نصيبه على أصح القولين. انتهى (١) ونبه بقوله على أصح القولين على خلاف ابن إدريس كما عرفت، حيث انه لم يوجب شيئا مع الثيوبه، و مع البكاره لم يوجب إلا الأرش و قال المحقق الأردبيلي أنه لا بد من العقر بحصه الشركاء العشر و نصفه، و في أرش البكاره تأمل، و الظاهر العدم، لدخوله تحت عقر البكر، و لهذا سكت عنه الأ- كثر انتهى و ظاهره ان أرش البكاره انما هو العشر، و حينئذ فإذا و جب عليه في صوره ما إذا كانت بكرة من حيث كونه مهرا فلا- معنى لإيجابه مره أخرى من حيث كونه أرشا، مع أنك قد عرفت من كلام المسالك إيجاب الأمرين، الا ان ظاهر عبارته ابن إدريس يدل على ان أرش البكاره انما هو تفاوت ما بين قيمتها بكرة و ثيبا لا العشر، فعلى هذا لا منافاه بين وجوب الأمرين، و لا يحضرني الان خبر صريح في تفسير الأرش في هذا المقام بأحد المعنيين، الا ان صحيحه الوليد بن صبيح المتقدمه في المسئله التاسعه ظاهره فيما ذكره المحقق المشار اليه، و كيف كان فالظاهر هو ما ذكره المحقق المذكور، إذ لا يستفاد من الاخبار أزيد من ذلك.

العاشر [حكم مهر الأمه العالمه المطاوعه]

-خص العلامه فيما تقدم من كلامه و جوب المهر بما إذا كانت مكرهه أو جاهله، و ظاهره كون المطاوعه أيضا كذلك- على خلاف فيها، و جزم ابن فهد في المهذب بأن العالمه المطاوعه لا مهر لها، و كأنه بنى على خبر (٢) «لا مهر لبغى» و قد تقدم في المسئله التاسعه قول شيخنا الشهيد بذلك في نظير هذه المسئله للخبر المذكور و فيه ما ذكرناه ثمه -

الحادى عشر [حريه الولد حين انعقاده]

-ظاهر الأصحاب حريه الولد حين انعقاده، فهو حرفى الأصل و ان لم يدفع الأب حصص الشركاء، و وجوب التقويم على أبيه

ص: ٤٨٠

١- ١) و اليه يميل كلام الشهيد فى المدروس حيث قال: و فى دخول أرش البكاره فى المهر نظر و جمع الفاضل بينهما. انتهى منه رحمه الله.

٢- ٢) التهذيب ج ١٠ ص ٣٦ الكافى ج ٥ ص ٤٧٩.

لا- يوجب رقيته، ففكه بالقيمة ليس على حسب فك الرق الوارث ليدفع اليه الميراث و يظهر الفائدة فيما لو أوصى له حملا، فإن الوصيه صحيحه بناء على ما قلنا، و اما على تقدير انعقاده رقا و توقف تحريره على فكه من الرقيه فلا.

الثانيه عشر- لو سقط الولد بجنايه جان عليه

ألزم الجاني ديه جنين حر للأب، و هو عشر ديه، و على الأب للشركاء ديه جنين الأمه و هو عشر قيمتها إلا قدر نصيبه، كذا ذكره جملته من الأصحاب هنا و الله العالم.

المسأله الخامسه عشر- لو تنازع المأذون بعد شراء كل منهما صاحبه من مولاه فى الأسبق

ليبطل بيع المتأخر لبطلان الاذن بزوال الملك، و لا بينه لهما و لا لأحدهما فما الحكم فى ذلك؟ قال الشيخ فى النهايه: المملوك كان إذا كانا مأذونين فى التجاره فاشترى كل واحد منهما صاحبه من مولاه، فكل من سبق منهما بالبيع كان البيع له، و كان الآخر مملوكا له، فان اتفق ان يكون العقدان فى حاله واحده أقرع بينهما، فمن خرج اسمه كان البيع له، و يكون الآخر مملوكه و قد روى انه إذا اتفق العقدان فى حاله واحده كانا باطلين و الأحوط ما قدمناه. انتهى و تبعه على ذلك ابن البراج.

و قال ابن إدريس: و ان اتفق أن يكون العقدان فى حاله واحده كان العقد باطلا، و قد روى انه يقرع بينهما فمن خرج اسمه كان البيع له، و يكون الآخر مملوكه، و هذه الروايه لا يمكن المصير إليها، لأن القرعه تستعمل فى الأشياء التى يجوز وقوع الصحه فيها و صحه أحدهما و بطلان الحكم الآخر، و هذا السؤال مبنى على انه وقع العقدان فى حاله واحده و تحقق و تيقن ذلك، و قد روى انه يذرع الطريق و الأول من الأقوال هو الصحيح الذى يقوى فى نفسى. انتهى.

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسأله ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى و الصدوق فى الفقيه عن أبى سلمه (١)

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى رجلين مملوكين مفوض إليهما يبيعان و يشتريان بأموالهما، و كان بينهما كلام فخرج هذا يعد و الى مولى هذا، و هذا الى مولى هذا، و هما فى القوه سواء، فاشترى هذا من مولى هذا العبد و ذهب هذا فاشترى من مولى هذا العبد الآخر، فانصرفا الى مكانهما فتشبت كل واحد منهما بصاحبه و قال له: أنت عبدى و قد اشتريتك من سيدك، قال: يحكم

ص: ٤٨١

بينهما من حيث افتراقا يذرع الطريق، فأيهما كان أقرب فهو الذى سبق الذى هو أبعد، وان كانا سواء فهو رد على مواليهما» و زاد فى الكافى «جاء سواء و افترقا سواء الا- ان يكون أحدهما سبق صاحبه، فالسابق هو له، إنشاء باع و إنشاء أمسك و ليس له أن يضربه».

قال فى الكافى و فى روايه أخرى

«ان كانت المسافه سواء أقرع بينهما، فأيهما وقعت القرعه عليه كان عبده». و روى الشيخ الخبر المذكور عن محمد بن يعقوب مع الزيادة، و كذا الروايه المرسله الا ان فيه فى آخر الروايه المرسله «كان عبد الآخر» و هو أظهر، و على تقدير روايه الكلينى يكون الضمير فى عبده راجعا إلى الآخر، المفهوم من سياق الكلام و قرينه المقام.

ثم انه لا- يخفى ان المستفاد من الخبر المذكور هو كون المال الذى بيد المأذونين مالهما، و هو مؤيد لما قدمناه من تملك العبد، و أن توقف التصرف على اذن السيد، و ان الشراء انما وقع لكل منهما، كما ينادى به قول كل واحد منهما للآخر أنت عبدى، و قوله فى الزيادة التى فى الكافى «السابق هو له، إنشاء باع و إنشاء أمسك» و أنه لو تحقق سبق أحد العقدين بقرب طريق أحدهما حكم بصحته و تقديمه، و هو ظاهر، و انه مع علم الاقتران بتساوى الطريقين فالعقدان باطلان.

و ظاهر الروايه المرسله انه مع تساوى الطريقين الموجب للاقتران- كما عرفت- فالحكم القرعه، و كأنه الى هذه المرسله استند الشيخ فى النهايه فحكم بالقرعه فى صوره الاقتران، و فيه مناقضه ظاهره لما دل عليه الخبر الأول من الحكم بالبطلان مع تساوى الطريقين.

و جمله من الأصحاب منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك اعترض على الشيخ فى الاستناد الى هذه الروايه، بأن المستفاد منها انما هو الاشتباه، قال فى الكتاب المذكور: انه صرح فى النهايه بالقرعه عند الاقتران محتجا بالروايه و هى لا تدل على

مطلوبه،لانه فرضها فى كتابى الأخبار فيما إذا كانت المسافه متساويه،و اشتبه الحال، لا فيما إذا علم الاقتران.انتهى.

أقول الظاهر ان ما أورده على الشيخ غير وارد بعد التأمل فى الخبرين المذكورين، و ذلك انه فى الخبر الأول فرض ان العبدین حين خرج كل واحد منهما الى مولى الآخر كانا متساويين فى القوه و العدو،و أن مشيهما و عدوهما واحد،فلذا أمر(عليه السلام) بذرع الطريقين،فان ظهر قرب أحدهما على السبق للقریب،و ان تساوى الطريقان حكم بالبطلان:و ما ذاك الا من حيث حصول الاقتران بين العقدين،لان المفروض تساويهما فى الطريق،و تساويهما فى العدو،فيلزم الاقتران و اليه يشير قوله فى الزیاده التى فى الكافى «جاءا سواء،و افترقا سواء»و من هذه الروايه حكم الأصحاب بالبطلان مع الاقتران،لاستحاله الترجيح بغير مرجح.

و الظاهر من ذكر الكلينى المرسله المذكوره بعد هذه الروايه أنها من تتمه الروايه الاولى،و مترتبه على ما ذكر فيها من السؤال و الجواب،و انما حصل الاختلاف فى صورته تساوى الطريقين،فالروايه المسنده دلت على البطلان،و المرسله دلت على القرعه،و به يحصل التعارض بين هاتين التمتين،و احتمال كون هذه المرسله روايه مستقله لا معنى له،لعدم تقدم ذكر مسافه تشار إليها باللام العهديه،و بما ذكرنا يظهر ما فى اعتراضهم على الشيخ و دعويهم أن المستفاد من المرسله انما هو الاشتباه.

نعم يحصل الإشكال فى المرسله المذكوره بما ذكره ابن إدريس من حيث أن القرعه انما تكون مع صحه أحد العقدين و مجهوليته،فيستخرج ذلك الصحيح منهما بالقرعه،و أما مع علم الاقتران كما هو المفروض و المفهوم من سياق الكلام فالظاهر بطلانهما كما صرحت به الروايه الاولى،و بذلك يظهر بقاء المسأله فى قالب الاشكال،و للأصحاب(رضوان الله عليهم)هنا شقوق و تفریعات و أحكام زائده على ما يفهم من اخبار المسأله و خارجه عنها ليس للتعرض لها كثير فائده بعد ما عرفت و الله العالم.

الى هنا تم الجزء التاسع عشر حسب تجزئتنا بحمد الله و منه و قد بذلنا الجهد غايته فى تصحيحه و مقابله للنسخه المصححه بقلم
المصنف طاب ثراه التى تفضل علينا بها حضره حجه الإسلام العلامة السيد عبد اللطيف الحسينى القرشى دامت بركاته العالیه و
له الثناء الجمیل و الشکر الجزیل و يتلوه الجز العشرون فى أحكام بيع السلم إن شاء الله تعالى و نرجو من الله التوفيق على طبع
بقیه الاجزاء و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين على الاخوندى

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 الإخصائيين 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

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 آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

