

مسالك الأّفهام

الجزء: ٣

الشهيد الثاني

الكتاب: مسالك الأفهام

المؤلف: الشهيد الثاني

الجزء: ٣

الوفاء: ٩٦٦

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤١٤

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٥	كتاب الجهاد
٧	من يجب عليه الجهاد
١٢	الاعذار المسقطه للجهاد
١٣	الدين لا يمنع من الجهاد
١٤	إذن الأبوين في الجهاد
١٦	الغزو في الحرم والأشهر الحرم
١٦	وجوب الهجرة
١٨	المرابطة
٢٠	من يجب جهاده
٢٢	كيفية المحاربة
٢٣	لا يجوز الفرار إلا في موارد
٢٥	إلقاء السم
٢٥	إذا تترس العدو بغيره
٢٧	مستحبات المحاربة
٢٨	في عقد الذمام
٣٠	إذا ادعى الحربي على المسلم الأمان
٣٣	لو أسلم الحربي وفي ذمته مهر
٣٥	التحكيم في عقد الأمان
٣٧	يجوز لوالي الجيش جعل الجعائل
٣٩	في أحكام الأسارى
٤٣	لو سبي الطفل منفردا
٤٧	إذا أسر أحد الزوجين
٤٩	لو أعتق المسلم عبدا ذميا
٤٩	إذا أسلم عبد الحربي
٥٠	أحكام الغنيمة
٥١	إذا باع أحد الغانمين غانما شيئا
٥٢	حكم ما يلتقط في دار الحرب
٥٣	إذا كان في الغنيمة من يعتق على أحدهم
٥٤	في أحكام الأرضين
٥٨	من أحيا أرضا ميتة
٦٠	في قسمة الغنيمة
٦٤	هل يملك القسمة قبل القبض
٦٥	هل يسهم للأعراب شئ

٦٥	لا يستحق أحد سلبا ولا نفلا إلا بالشرط
٦٧	في أحكام أهل الذمة
٦٧	هل المجوس أهل الكتاب
٦٧	أخذ الجزية من العرب
٦٨	لو ادعى الحربي انه أهل ذمة
٦٩	من يؤخذ منه الجزية
٧٠	في كمية الجزية
٧٢	في اشتراط الضيافة عليهم
٧٣	إذا أسلم قبل الحول
٧٤	شرائط الذمة
٧٦	حكم السلام على الذمي
٧٧	حكم البيع والكنائس
٧٩	مساكن أهل الذمة
٨٠	دخولهم المساجد واستيطانهم الحجاز
٨١	عقد المهادنة
٨٥	لا تعاد المرأة إذا أسلمت وهاجرت
٨٦	إذا شرط في الهدنة إعادة الرجال
٨٧	إذا بدل الذمي دينه
٨٨	إذا أتى الذمي ما يستوجب الحد
٨٨	بيع المصحف للكافر
٨٩	في وصية الذمي
٩١	قتال أهل البغي
٩٤	قتل من سب الامام
٩٧	كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
٩٩	تعريف المعروف
١٠٠	تعريف المنكر
١٠١	شرائط وجوبهما
١٠٣	مراتب إنكار المنكر
١٠٥	إذا افتقر النهي إلى الجرح أو القتل
١٠٥	إقامة السيد الحد على مملوكه
١٠٦	إقامة الحد على الزوجة والولد
١٠٧	الولاية عن الجائر
١٠٨	الفقيه يقيم الحدود ويحكم بين الناس
١١٠	لا يجوز الرجوع إلى قضاة الجور
١١١	موارد التقية في القضاء
١١٥	كتاب التجارة
١١٨	القول فيما يكتسب به

١١٨	التكسب بالأعيان النجسة
١٢٢	بيع آلات اللهو
١٢٣	بيع السلاح للأعداء
١٢٤	بيع العنب ليعمل خمرا
١٢٤	بيع المسوخ والسباع
١٢٦	عمل التماثيل والغناء
١٢٧	معاونة الظالمين وحفظ كتب الضلال
١٢٨	تعلم السحر والكهانة
١٢٩	القمار والغش
١٣١	أخذ الأجرة على الواجبات
١٣٢	المكاسب المكروهة
١٣٤	كسب الصبيان
١٣٥	بيع الكلاب
١٣٦	الرشا حرام
١٣٦	من دفع إليه مال ليقسمه هل له أن يأخذ منه
١٣٨	ولاية الجائر
١٤١	جوائز الظالم
١٤٢	أخذ الخراج والمقاسمة من الجائر
١٤٤	البيع
١٤٤	عقد البيع وتعريفه
(١٤٧) ش	كفاية المعاطاة في تحقق البيع
١٥٢	شروط صيغة البيع
١٥٤	المقبوض بالعقد الفاسد
١٥٤	شروط المتعاقدين
١٥٥	بيع الصبي والمكره
١٥٧	شراء المملوك نفسه
١٥٨	بيع الفضولي
١٦١	بيع ما يملك وما لا يملك
١٦٣	بيع ما يملك وما لا يملك
١٦٤	بيع الأولياء
١٦٥	بيع الوكيل والوصي
١٦٦	بيع الحاكم
١٦٦	بيع العبد المسلم للكافر
١٦٧	لو ابتاع الكافر أباه المسلم
١٦٧	شروط المبيع
١٦٨	بيع الأراضي المفتوحة عنوة
١٦٩	بيع الوقف

١٧٠	بيع أم الولد
١٧١	بيع الرهن والعبد الجاني
١٧٢	اشتراط القدرة على التسليم
١٧٤	اشتراط العلم بالثمن
١٧٥	اشتراط العلم بالمبيع
١٧٧	كفاية المشاهدة في المبيع
١٧٨	الاختبار فيما لا بد منه
١٨٠	بيع سمك الآجام ونحوه
١٨٢	بيع المسك في فأره
١٨٢	جواز الانذار
١٨٢	آداب البيع
١٨٧	وكالة الحاضر للبادي
١٨٨	تلقي الركبان
١٩٠	حكم النجش
١٩١	حكم الاحتكار
١٩٤	الخيارات
١٩٤	خيار المجلس
١٩٦	مسقطات خيار المجلس
١٩٩	خيار الحيوان
٢٠١	خيار الشرط
٢٠٣	خيار الغبن
٢٠٨	خيار التأخير
٢٠٩	لو اشترى ما يفسد من يومه
٢١١	أحكام الخيار
٢١١	تقييم الخيارات للعقود
٢١٢	التصرف يسقط الخيار
٢١٤	إرث الخيار
٢١٥	الانتقال يحصل بالبيع أم بانقضاء الخيار
٢١٦	إذا تلف المبيع قبل قبضه
٢١٧	إذا تلف المبيع في زمان الخيار
٢١٧	خيار الشرط يثبت من حين التفرق
٢١٩	خيار الرؤية
٢٢٢	أحكام العقود
٢٢٢	النقد والنسيئة
٢٢٧	فيما يدخل في المبيع
٢٣٠	لو باع الأرض واستثنى نخلة
٢٣١	لو باع نخلا مؤبرا

٢٣٧	يجب التسليم على المتبايعين
٢٣٨	حقيقة القبض
٢٤٣	حكم النماء قبل القبض
٢٤٤	إذا اختلط المبيع بغيره قبل القبض
٢٤٥	يجب تسليم المبيع مفرغا
٢٤٦	لو باع شيئا فغصب منه
٢٤٧	بيع المتاع قبل قبضه
٢٥٠	بيع ما اشتراه سلما قبل القبض
٢٥١	لو دفع إليه مالا وقال اشتر به طعاما
٢٥٢	لو ادعى النقصان بعد القبض
٢٥٣	إذا أسلفه طعاما وطالبه في غير بلده
٢٥٧	لو اشترى عينا بعين وباع ما قبض وتلفت الأخرى
٢٥٧	إذا أطلقا النقد انصرف إلى الغالب
٢٥٨	إذا اختلفا في قدر الثمن
٢٦٥	إذا اختلفا في تأخير الثمن وتعجيله ونحو ذلك
٢٦٦	إذا اختلفا في المبيع أو الثمن
٢٦٨	ما يعتبر في الشروط المذكورة في البيع
٢٧٠	بيع المملوك بشرط أن يعتقه
٢٧٦	لواحق من أحكام العقود
٢٧٦	بيع الصبرة وقفيز منها
٢٧٧	بيع ما يكفي فيه المشاهدة
٢٨٠	لو جمع بيه البيع والسلف أو النكاح والإجارة ونحو ذلك
٢٨١	بيع السمن بظروفه
٢٨٢	أحكام العيوب
٢٨٢	الخيار بين الأرش والرد
٢٨٢	يسقط الرد بالتبري من العيوب
٢٨٣	يسقط باحداث الحادث في المبيع
٢٨٤	يسقط بالعيب الحادث بعد البيع
٢٨٥	إعلام المشتري بالعيب أو التبري منه
٢٨٦	العيب في بعض المبيع
٢٨٧	إذا وطئ الأمة ثم علم بالعيب
٢٩٠	أقسام العيوب
٢٩١	أحكام التصرية
٢٩٥	الثبوتية ليست عيبا
٢٩٦	إذا أبق العبد بعد البيع
٢٩٧	عدم الحيض في الأمة
٢٩٧	الثقل في الزيت

٢٩٨	تدليس الأمة
٢٩٨	اختلاف المتبايعين في العيب
٣٠٠	اختلاف الخبراء في التقويم
٣٠٢	إذا علم بالعيب ولم يرد
٣٠٣	إذا حدث العيب بعد البيع
٣٠٤	العيب في الحيوان في الثلاثة
٣٠٤	أحداث السنة في المملوك
٣٠٦	في المرابحة والمواضعة والتولية
(٣٠٦)ش	تعريف المساومة والمرابحة والمواضعة والتولية
(٣٠٦)ش	شروط المرابحة
٣٠٨	بيع ما اشتراه قبل القبض
٣٠٩	الخيانة في الاخبار بالثمن
٣١٠	لو بان رأس ماله أقل
٣١١	إذا حط البائع الأول بعض الثمن
٣١١	إذا اشترى صفقة لا يجوز بيع بعضها مرابحة
٣١٢	بيع الدلال مرابحة من دون شراء
٣١٣	ألفاظ عقد التولية
٣١٤	ألفاظ عقد المواضعة
٣١٦	أحكام الربا
٣١٦	حرمة الربا في البيع
٣١٦	الربا في سائر العقود
٣١٧	ما يحصل فيه الربا
٣٢٢	اعتبار الكيل والوزن
٣٢٥	إذا كان أحدهما مكيلا والآخر موزونا
٣٢٦	بيع العنب بالزبيب
٣٢٧	لا ربا بين الوالد والولد والرجل وزوجته
٣٢٨	حكم الربا مع الكافر
٣٢٩	الربا في اللحوم
٣٣٠	بيع درهم ودينار بدرهمين ودينارين
٣٣٢	التخلص من الربا
٣٣٢	بيع الصرف
٣٣٢	تعريف الصرف
٣٣٣	اشتراط القبض فيه
٣٣٦	لا يجوز التفاضل في الجنس الواحد
٣٣٨	حكم الدراهم المغشوشة
٣٣٩	الدراهم والدنانير يتعينان بذكرهما
٣٣٩	إذا اشترى دراهم بمثلها فوجد الثمن مغايرا

٣٤٣	إذا اشترى ديناراً بدينار فزاد ما دفعه
٣٤٤	ابتياح درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم
٣٤٦	بيع أواني الذهب والفضة
٣٤٧	بيع المراكب المحلاة
٣٤٩	لو باع بعشرين درهماً من صرف العشرين بالدينار
٣٥٠	لو باع مائة درهم بدينار إلا درهماً
٣٥١	لو باع خمسة دراهم بنصف دينار
٣٥١	بيع تراب الصياغة
٣٥٣	بيع الثمار
٣٥٣	البيع قبل ظهور الثمرة
٣٥٤	البيع قبل بدو الصلاح
٣٥٦	معنى بدو الصلاح
٣٥٧	بيع الأشجار قبل بدو الصلاح
٣٥٨	بيعتها سنتين أو مع الضميمة
٣٥٩	بيع الخضر
٣٥٩	بيع الأصول بعد انعقاد الثمرة
٣٦٠	استثناء ثمر شجرات بعينها
٣٦١	إذا باع ما بدا صلاحه فأصيب
٣٦١	بماذا يتحقق القبض في بيع الثمار
٣٦٢	لو أتلفه المشتري قبل القبض
٣٦٣	المزابنة
٣٦٤	المحاولة
٣٦٥	بيع العرايا
٣٦٨	بيع صبرة بصبرة
٣٦٨	بيع الزرع قصيلاً
٣٦٩	يجوز بيع الثمرة بزيادة ونقصان
٣٦٩	إذا تقبل أحد الشريكين في النخل حصّة الآخر
٣٧١	حق المارة
٣٧٤	بيع الحيوان
٣٧٤	فيمن يصح تملكه من الإنسان
٣٧٧	من أقر على نفسه بالعبودية
٣٧٩	إذا باع الحامل
٣٨٠	ابتياح بعض الحيوان
٣٨٠	الاشتراك في شراء الحيوان
٣٨١	النظر إلى الأمة حين الشراء
٣٨١	آداب شراء المملوك
٣٨٢	في ملكية العبد

٣٨٢	من اشترى عبدا له مال
٣٨٥	استبراء الأمة قبل البيع وبعده
٣٨٩	التفرقة بين الأطفال وأمهاتهم
٣٩٢	من أولد جارية ثم ظهر كونها للغير
٣٩٢	السبي بغير إذن الإمام
٣٩٣	إذا دفع إلى مأذون مالا ليشتري به نسمة ويعتقها ويحج عنه فاشترى أباه
٣٩٥	إذا اشترى عبدا في الذمة فخيره البائع بين اثنين فأبق أحدهما
٣٩٧	لو اشترى عبدا من عبدتين
٣٩٨	إذا وطئ أحد الشريكين مملوكة بينهما
٣٩٩	إذا ابتاع كل واحد من المأذونين صاحبه
٤٠١	اشترى الجارية المسروقة من أرض الصلح
٤٠٤	بيع السلف
٤٠٤	تعريف السلم وعقده
٤٠٦	يجوز اسلاف الاعراض في الاعراض
٤٠٧	يشترط فيه ذكر الجنس والوصف
٤٠٩	ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز
٤١٢	يشترط قبض رأس المال قبل التفرق
٤١٣	تقدير السلم بالكيل أو الوزن
٤١٤	يشترط تعيين الاجل
٤١٥	يشترط أن يكون وجوده غالبا
٤١٦	فروع تعيين الاجل
٤٢١	لا يشترط ذكر موضع التسليم
٤٢٤	إذا أسلف في شيء فأراد بيعه
٤٢٥	إذا اختلف المسلم فيه والمدفوع
٤٢٥	إذا اشترى بمائة وشرط تأجيل خمسين
٤٢٦	إذا شرط موضعا للتسليم
٤٢٦	إذا قبض المشتري فوجد به عيبا
٤٢٨	إذا وجد البائع في رأس المال عيبا
٤٢٩	إذا اختلفا في القبض وزمانه
٤٣٠	إذا حل الاجل وتأخر التسليم
٤٣١	إذا قبض البعض عند الاجل
٤٣٢	إذا دفع إلى الدائن متاعا ولم يساعره
٤٣٢	بيع الدين بعد حلوله
٤٣٤	إذا شرط شيئا في السلف
٤٣٦	حكم الإقالة
٤٣٩	أحكام القرض
٤٣٩	في حقيقة القرض وعقده

٤٤١	ثواب الاقراض
٤٤٣	لا يجوز شرط النفع
٤٤٥	لو شرط الصحاح عوض المكسرة
٤٤٦	ما يصح إقراضه
٤٥٠	القرض يملك بالقبض لا بالتصرف
٤٥٢	هل للمقرض ارتجاعه
٤٥٥	لو شرط التأجيل في القرض
٤٥٦	لو أجل الحال
٤٥٧	إذا غاب الدائن غيبة منقطعة
٤٥٩	هل تصح المضاربة بالدين
٤٦٠	استيفاء الدين من الذمي من ثمن الخمر والخنزير
٤٦٠	إذا تقاسم دائنان ما لهما من الدين
٤٦١	بيع الدين بأقل منه
٤٦٢	في دين المملوك
٤٦٢	إذا أذن المالك أن يشتري لنفسه
٤٦٥	إذا أذن له المالك في الاستدانة
٤٦٦	إذا أذن له في التجارة
٤٦٨	إذا اقترض مالا فأخذه المولى
(٤٦٩)ش	أجرة الكيال والدلال والبائع
(٤٦٩)ش	إذا تولى أحد البيع والشراء
٤٧٠	متى يضمن الدلال

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الإسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

الجزء الثالث

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الإسلامية

(١)

هوية الكتاب:

اسم الكتاب: مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ج ٣

تأليف: زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)

تحقيق ونشر: مؤسسة المعارف الإسلامية

صف الحروف: مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة: الأولى ١٤١٤ هـ. ق

المطبعة: فروردين

العدد: ٢٠٠٠ نسخة

السعر: ٤١٠٠ ريال

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٣)

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة
لمؤسسة المعارف الاسلامية
إيران - قم المقدسة
ص.ب ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
تلفون ٣٢٠٠٩

(٤)

كتاب الجهاد
والنظر في أركان أربعة
الأول: من يجب عليه.
وهو فرض على كل مكلف، حر، ذكر، غيرهم. فلا يجب على
الصبي، ولا على المجنون، ولا على المرأة، ولا على الشيخ الهرم، ولا على
المملوك.

(١) الصحاح ٢: ٤٦٠.

(٧)

بالبلوغ والعقل والحرية والذكورية ونحوها، وإذن الإمام أو من نصبه. ووجوبه على الكفاية إجماعاً.

والثاني: أن يدهم المسلمين عدواً من الكفار، يريد الاستيلاء على بلادهم أو أسرهم أو أخذ أموالهم وما أشبهه من الحریم والذرية. وجهاد هذا القسم ودفعه واجب على الحر والعبد والذكر والأنثى إن احتيج إليها. ولا يتوقف على إذن الإمام ولا حضوره. ولا يختص بمن قصدوه من المسلمين. بل يجب على من علم بالحال النهوض، إذا لم يعلم قدرة المقصودين على المقاومة. ويتأكد الوجوب على الأقربين فالأقربين. ويجب على من قصد بخصوصه المدافعة بحسب المكنة، سواء في ذلك الذكر والأنثى والسليم والأعمى والمريض والأعرج والعبد وغيرهم. فإن علم أنه يقتل لم يعذر في التأخير بوجه، وإن لم يعلم القتل، بل جوز السلامة والأسر، ورجاء السلامة مع المدافعة فكذلك، وإن علم أنه يقتل مع عدم الاستسلام وجب عليه الاستسلام، فإن الأسر يحتمل معه الخلاص (١).
والثالث: أن يكون بين المشركين أسيراً أو غيره، ويغشاهم عدو، ويخشى المسلم على نفسه، فيدفع عنها بحسب الامكان، على وجه يدفع به الضرر عن نفسه. وهذا أيضاً لا يتوقف على الشرائط المتقدمة ومقصود المصنف من الباب المعقود له الشرائط هو الأول فمن ثم أطلق الاشتراط.
قوله: " وهو فرض على الكفاية " .

معنى وجوب على الكفاية أن الخطاب به عام على جميع الناس، فإذا قام به من يحصل الكفاية بجهاده سقط عن الباقيين، سقوطاً مراعى باستمرار القائم به إلى أن يحصل الغرض المطلوب منه شرعاً. كل ذلك مع عدم استنفار الإمام شخصاً على الخصوص، فيجب عليه النهوض، إن حصلت الكفاية بغيره.
وفروض الكفایات كثيرة، قد مضى ذكر جملة منها في الكتاب. وضابطها " كل

(١) كذا في " ج " و " ك " و " م ". وفي سائر النسخ يحتمل معه الخلاص.

بشروط وجود الإمام، أو من نصبه للجهاد.
ولا يتعين، إلا أن يعينه الإمام، لاقتضاء المصلحة، أو لقصور
القائمين عن الدفع إلا بالاجماع، أو يعينه على نفسه بنذر وشبهه.

مهم ديني تعلق غرض الشارع بحصوله حتما، ولا يقصد به غير من يتولاه ". ومن
أهمه الجهاد بشرطه، وإقامة الحجج العلمية، والجواب عن الشبهات الواقعة على
الدين، والتفقه، وحفظ ما يتوقف عليه من المقدمات العلمية والحديث والرجال،
فيجب نسخ كتبه وتصحيحها وضبطها على الكفاية، وإن كان المكلف بذلك عاجزا
عن بلوغ درجة التفقه قطعاً، فإن ذلك واجب آخر، ومنها روايتها عن الثقات، ورواية
الثقة لها ليحفظ الطريق، ويصل إلى من ينتفع به، فينبغي التيقظ في ذلك كله، فإنه
قد صار في زماننا نسيا منسيا.

ومن فروض الكفايات القيام بالصناعات والحرف التي يتوقف عليها نظام
النوع وإن كانت وضيعة، فإنها موصوفة بالوجوب عند عدم قيام أحد بها. ولا بعد في
اختلاف درجات الواجب شرعاً، كما في الصلاة وغيرها من الواجبات.
ومنها دفع الضرر عن المسلمين، وإغاثة المستغيثين في النائبات المشتمل على
إطعام الجائعين، وكسوة المحتاجين، وإزالة فاقثهم، وإنقاذ الغرقى ونحوه للقادر
عليه. وافراده غير منضبطة.

ومنها رد السلام، وتحمل الشهادة، وإقامتها، والقضاء، وتجهيز الموتى.
قوله: " بشرط وجود الإمام "

أراد بوجوده كونه ظاهراً مبسوط اليدين متمكناً من التصرف.

قوله: " أو من نصبه للجهاد "

يتحقق ذلك بنصبه له بخصوصه، أو بتعميم ولايته على وجه يدخل فيه
الجهاد، فالفقيه في

حال الغيبة وإن كان منصوباً للمصالح العامة لا يجوز له مباشرة
أمر الجهاد بالمعنى الأول.

قوله: " ولا يتعين إلا أن يعينه... الخ "

إعلم أن فرض الكفاية قد يوافق فرض العين في وجوبه على الجميع، وذلك

وقد تجب المحاربة على وجه الدفع، كأن يكون بين أهل الحرب،
ويغشاهم عدو يخشى منه على نفسه، فيساعدهم دفعا عن نفسه، ولا
يكون جهادا.

الظاهر. وفيه أيضا عطف الإسمية على الفعلية وليس بالغا حد المنع، مع أن قوله:
" أن يعينه الإمام " في قوة الاسم، لتأويلهما بالمصدر وهو التعيين.
وفي العبارة أيضا - على التقدير الأول - أن التعيين لقصور القائمين تعيين
لاقتضاء المصلحة، فذكره بعده في قوة التكرار. ويندفع على تقدير تعيينه بأن عطف
بعض أفراد العام عليه لمزية خاصة به حسن واقع في الفصيح. وهو هنا كذلك، فإن
قصور القائمين أبلغ أفراد المصلحة وأهمها، فيحسن ذكره. وهذا يندفع أيضا بعطفه
على الأول وأما عطف قوله: " أو يعينه بنذر وشبهه " على تعيينه أولا (أولى
وأوفق) (١) فلا إشكال فيه.

قوله: " ويغشاهم عدو ويخشى منه... الخ ".
أي يجب عليه قصد المدافعة، فلا يكفي قتالهم بدونه وإن لم يقصد الجهاد،
لأن الفعل الواحد الواقع على وجوه مختلفة بعضها سائغ وبعضها محرم إنما يتميز
بالنية، كمسح رأس اليتيم، فلو ترك القصد كان مأثوما، ضامنا لما يحترم من النفوس
والأموال.

وهل يشترط في العدو الهاجم كونه كافرا، أم يجوز دفعه وإن كان مسلما؟ قيل:
بالأول، وبه صرح الشيخ في النهاية (٢)، لتحريم قتل المسلم. وظاهر الأكثر عدم
الاشتراط، لأنه مدافعة عن نفسه، والمسلم يجوز دفعه كذلك.
وأشار المصنف بقوله: " ولا يكون جهاد " إلى أن حكم الشهيد من عدم
تغسيله وتكفينه لا يلحق المقتول هنا، وكذا حكم الجهاد من تحريم الفرار وقسمة

(١) هذا ساقط في " م " و " ك " ومشطوب عليه في " ه ". ولعله أولى.

(٢) النهاية: ٢٩١.

وكذا كل من خشي على نفسه مطلقا، أو ماله إذا غلبت السلامة.
ويسقط فرض الجهاد بأعداء أربعة: العمى، والزمن كالمقعد،
والمرض المانع من الركوب والعدو، والفقر الذي يعجز معه عن نفقة
طريقة، وعياله، وثمن سلاحه.

الغنيمة. نعم هو بمنزلة الشهيد في الأجر. وإطلاق الأخبار (١) بكونه شهيدا ينزل على ذلك.

قوله: " وكذا كل من خشي... الخ ".
أشار بالاطلاق إلى أن الخائف على نفسه من القتل يجب عليه الدفاع، سواء غلب السلامة به أم لا، لأن غايته على تقدير تركه إلى العطب، بخلاف المال، فإنما يجب المدافعة عنه مع ظن السلامة. فقوله: " إذا غلبت السلامة " شرط للمال خاصة. وغلب - بالتشديد - يفيد معنى ظن، لأنه رجحان أحد الطرفين. ووجوب المدافعة عن المال بالشرط - كما تقتضيه العبارة - هو الأولى، سواء تضرر بفواته أم لا، لأن في تركه تضييع، وهو غير جائز. وقيل: لا تجب المدافعة عن المال إلا مع اضطراره إليه وغلبة ظن الظفر. وبه قطع في الدروس (٢). وهو أقوى. وقطع العلامة بعدم الوجوب مطلقا (٣). والحريم كالنفس في وجوب الدفاع عنه مع الامكان. ولو عجز وأمكن الهرب فيهما وجب.

قوله: " العمى ".
وإن وجد الأعمى قائدا. ويتحقق العمى بذهاب البصر من العينين معا، فيجب على الأعور والأعشى وغيرهما.

قوله: " والزمن كالمقعد ".
وإن وجد مطية ومعينا. ولا يلحق به الأعرج الذي يمكنه المشي بدون مشقة.

قوله: " والمرض المانع من الركوب والعدو ".

(١) انظر الوسائل ١١ : ٩١ ب " ٤٦ " من أبواب جهاد العدو.

(٢) الدروس: ١٦٧.

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ٢٧٣.

ويختلف ذلك بحسب الأحوال.

فروع ثلاثة

الأول: إذا كان عليه دين مؤجل فليس لصاحبه منعه. ولو كان حالاً، وهو معسر، قيل: له منعه، وهو بعيد.

أي المانع من مجموعهما من حيث هو مجموع، فيسقط عنه وإن قدر على أحدهما، كما يسقط عن تقدم مع إمكان الركوب خاصة، أو العدو خاصة، فإن الراكب قد يحتاج إلى العدو بأن يصير ماشياً بقتل دابته ونحوه، ومن يقدر على العدو قد يحتاج إلى الركوب.

قوله: "ويختلف ذلك بحسب الأحوال".

أي بحسب أحوال الشخص، بالنسبة إلى ما يحتاج إليه من النفقة له ولعِياله، وما يحتاج إليه من السلاح من سيف، وقوس، وسهام، ورمح، غير ذلك، فإن من الناس من يحسن الرمي بالسهم خاصة فيعتبر في حقه، ومنهم من يحسن الضرب بالسيف فيعتبر في حقه، ومنهم من يعتاد النفقة الواسعة وهو من أهلها فيعتبر في حقه، وهكذا. وكذلك الفقر يختلف الحال فيه بحسب اختلاف الأشخاص، فقد يطلق الفقير على شخص مع ملكه لمال كثير، وغيره يعد غنياً بذلك المال. ويجوز اعتباره في المرض أيضاً فإن الأمراض تختلف في اعتبارها بالنسبة إلى أحوال الجهاد وأنواعه، فإن بعض أفراد الجهاد لا يحتاج إلى ركوب ولا عدو، فلا يعتبران في المرض. قوله: "إذا كان عليه دين مؤجل... الخ".

إطلاق المؤجل يشمل ما لو كان يحل قبل رجوعه من الجهاد بحسب العادة وعدمه، وما لو كان به رهن أو ترك مالا في بلده مقابلة الدين وعدمه. والأمر فيه كذلك، لعدم استحقاق المطالبة حينئذ. ويحتمل في الذي يحل أجله قبل رجوعه عادة جواز منعه، لاستلزامه تعطيل حقه عند استحقاقه. وأما المعسر فالأقوى أنه ليس له منعه مطلقاً. والقول بجواز منعه بخصوصه غير معلوم القائل. وإنما ذكر الشيخ في

الثاني: للأبوين منعه عن الغزو ما لم يتعين عليه.
الثالث: لو تجدد العذر بعد التحام الحرب، لم يسقط فرضه على

المبسوط كلاماً (١) يدخل فيه المعسر، لا بخصوصه.

قوله: " للأبوين منعه عن الغزو ما لم يتعين عليه " .

المراد بالأبوين الأب والأم المسلمين العاقلين، فلو كان كافرين أو مجنونين لم يعتبر إذنهما. وفي إلحاق الأجداد بهما قول قوي. ولو كانا مع الأبوين ففي اعتبار إذن الجميع، أو سقوط الأجداد وجهان، أجودهما الأول. وفي اشتراط حرتهما في ولاية المنع قولان، أقربهما العدم.

والمراد بتعيينه عليه أن يأمره الإمام به، أو يكون في المسلمين ضعف بحيث يتوقف الأمر عليه، فيسقط اعتبارهما حينئذ، لوجوبه عليه عينا كما، يسقط اعتبار إذنهما في الواجبات العينية كالصلاة.

وكما يعتبر إذنهما في الجهاد يعتبر في سائر الأسفار المباحة والمندوبة والواجبة الكفائية مع قيام من فيه كفاية. فالسفر إلى طلب العلم إن كان لمعرفة العلم العيني، كاثبات الصانع، وما يجب له ويمتنع عليه، والنبوة والإمامة والمعاد، لم يفتقر إلى إذنهما. وإن كان لتحصيل الزائد منه على الفرض العيني، كدفع الشبهات، وإقامة البراهين المروجة للدين زيادة على الواجب، كان فرضه كفاية، فحكمه وحكم السفر إلى أمثاله من العلوم الكفائية كطلب التفقه، أنه إن كان هناك قائم بفرض الكفاية اشترط إذنهما. وهذا في زماننا فرض بعيد، فإن فرض الكفاية في التفقه لا يكاد يسقط مع وجود مائة فقيه مجتهد في العالم. وإن كان السفر إلى غيره من العلوم الأدبية مع عدم وجوبها، توقف على إذنهما.

هذا كله إذا لم يجد في بلده من يعلمه ما يحتاج إليه، بحيث لا يجد في السفر زيادة يعتد بها، لفراغ أو جودة أستاذ، بحيث يسبق به إلى بلوغ الدرجة التي يجب تحصيلها سبقاً معتداً به، وإلا اعتبر إذنهما أيضاً.
قوله: " لو تجدد العذر بعد التحام الحرب... الخ " .

(١) المبسوط ٢: ٦.

تردد، إلا مع العجز عن القيام به.
وإذا بذل للمعسر ما يحتاج إليه وجب، ولو كان على سبيل الأجرة
لم يجب.
ومن عجز عنه بنفسه وكان موسرا، وجب إقامة غيره، وقيل

إذا تجدد العذر بعد التحام الحرب، فإن كان خارجيا، كرجوع الأيوين
وصاحب الدين لم يعتبر رجوعه، لعموم الأوامر الدالة على الثبات (١) حينئذ. وإن كان
ذاتيا، كالمرض والعمى والاقعاد ففي السقوط قولان أقربهما ذلك، لعدم القدرة التي
هي شرط الوجوب. قال ابن الجنيد يجب الثبات هنا أيضا (٢). وهو ضعيف. نعم لو
لزم من رجوعه تخاذلا في المسلمين وانكسارا، اتجه عدم السقوط.
واعلم أن ظاهر العبارة كون الخلاف في القسم الأول خاصة، والموجود في
كتب الخلاف كونه في الثاني.
قوله: " وإذا بذل للمعسر ما يحتاج إليه وجب، ولو كان على سبيل
الأجرة لم يجب "

والفرق بين الأمرين أن الإجارة لا تتم إلا بالقبول، وهو نوع اكتساب لا يجب
تحصيله للواجب المشروط به، بخلاف البذل، فإنه يتحقق بالايجاب خاصة، وهو
من فعل الباذل. ووجوب القبول على المبذول له هو المشهور، بل لم ينقلوا فيه خلافا.
وقد تقدم في الحج مثله (٣). وذهب بعض الأصحاب إلى اشتراط كونه بوجه لازم،
كالنذر، أو قبوله البذل، وإلا لم يجب (٤). والأول أقوى.
قوله: " ومن عجز عنه بنفسه... الخ "
الأقوى وجوب الاستئجار مع الحاجة إليه، أو أمر الإمام له بذلك، وإلا فلا،

(١) كما في سورة الأنفال: ١٥ و ٤٥، راجع أيضا الوسائل ١١: ٦٥ ب " ٢٩ " من أبواب جهاد العدو وما
يناسبه.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٢٤.

(٣) راجع الجزء الثاني: ١٣٣.

(٤) المحقق الثاني في حاشيته على الشرائع: ١٨١ وجامع المقاصد ٣: ٣٧٣.

يستحب، وهو أشبه. ولو كان قادرا فجهز غيره سقط عنه، ما لم يتعين.
ويحرم الغزو في أشهر (١) الحرم إلا أن يبدأ الخصم، أو يكونوا ممن لا يرى للأشهر حرمة.

ويجوز القتال في الحرم، وقد كان محرما فنسخ.
ويجب المهاجرة عن بلد الشرك على من يضعف عن إظهار شعائر

لأصالة البراءة، فيكون الاستئجار واجبا على الكفاية، كما يجب النهوض على القادر.
قوله: " ولو كان قادرا فجهز غيره... الخ "

يتحقق التعيين بتوقف الأمر عليه لقوته أو رأيه، أو بأمر الإمام له. وبدونه تجوز الاستنابة، لأن الغرض من الواجب الكفائي المقتضي لسقوطه عن من زاد عن من فيه الكفاية بحصول من فيه الكفاية تحصيله (٢) على المكلف بالواجب، بنفسه أو بغيره.
قوله: " ويجوز القتال في الحرم وقد كان محرما فنسخ "

نسخه قوله تعالى: * (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) * (٣). وكذلك قيل:
نسخت تحريم القتال في الأشهر الحرم مطلقا، بجواز قتل من لا يرى لها حرمة، ومن بدأ بالقتل فيها.

قوله: " ويجب المهاجرة عن بلد الشرك... الخ "

المراد بشعائر الاسلام الأمور التي يختص بشرعه كالآذان والصلاة (٤) وصوم شهر رمضان ونحو ذلك. قيل: وأصل الشعائر الثوب الملاصق للبدن، استعير للأحكام اللاصقة للدين الخاص. وفي الصحاح شعار القوم في الحرب علامتهم ليعرف بعضهم بعضا (٥). وهذا المعنى هنا أولى، بمعنى علامات الاسلام التي يعرف بها الفاعل كونه مسلما، كالعبادات المذكورة.

(١) كذا في النسخ المطبوعة للشرائع و متن الجواهر المطبوع والصحيح " الأشهر الحرم ".
(٢) كذا في أكثر النسخ وفي " ج " فيجوز تحصيله. وهو أولى بشرط حذف الباء عن كلمة " بحصول " فتأمل.
(٣) التوبة: ٥.

(٤) كذا في " ج " و " و " وفي سائر النسخ بدل الصلاة " الإقامة ".
(٥) الصحاح ٢: ٦٩٩.

الاسلام، مع الكنة.
والهجرة باقية ما دام الكفر باقيا.

واحترز بمن يضعف عن إقامتها، عن ذي القوة أو العشيرة، بحيث يمنعه ذلك من أذى المشركين، ويقدر على إقامة الشعار، فلا يجب عليه الهجرة. ومع ذلك يستحب له الهجرة، لئلا يكثر به سواد المشركين. ولو تعذرت على من يجب عليه لمرض، أو عدم نفقة، فلا حرج، لقوله تعالى: * (إلا المستضعفين) * (١). وإليه أشار المصنف بقوله: " مع الممكنة " .

وألحق الشهيد - فيما نقل عنه - ببلاد الشرك بلاد الخلاف التي لا يتمكن فيها المؤمن من إقامة شعار الايمان، فيجب عليه الهجرة منها - مع إمكان انتقاله - إلى بلد يحصل فيه إقامة الشعار.
قوله: " والهجرة باقية ما دام الكفر باقيا " .

نبه بذلك على خلاف بعض العامة، حيث زعم انقطاعها بالفتح، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا هجرة بعد الفتح " (٢). وهو معارض بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا تنقطع الهجرة حتى ينقطع التوبة، ولا تنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها " وحينئذ فيحمل الخبر الأول على الهجرة من مكة، لأنها صارت دار الاسلام، فلا يلزم نفي الهجرة من غيرها.
ولا يرد أن الأصل عدم الاضمار، وإجراء العام على عمومه، لأن ذلك حيث لا يلزم تنافي الأخبار، وإلا وجب الجمع بينها ما أمكن، ولو بما هو أبعد من الاضمار والتخصيص. وهو موضع وفاق. وأجيب أيضا بأن الهجرة المنفية هي الفاضلة، كفضلها قبل الفتح، لقوله تعالى: * (لا يستوي منكم من أنفق من قبل الفتح) * (٤).

(١) النساء: ٩٨.

(٢) الكافي ٥: ٤٣٣ ح ٥، الفقيه ٣: ٢٢٧ ح ١٠٧٠، الوسائل ١١: ٧٧ ب " ٣٦ " من أبواب جهاد العدو ح ٧.

(٣) سنن أبي داود ٣: ٣ ح ٢٤٧٩، وقريبا من لفظه في مسند أحمد ١: ١٩٢.

(٤) الحديد: ١٠.

ومن لواحق هذا الركن المرابطة. وهي الإرصاء لحفظ الثغر. وهي مستحبة، ولو كان الإمام مفقودا، لأنها لا تتضمن قتالا، بل حفظا وإعلاما. ومن لم يتمكن منها بنفسه يستحب أن يربط فرسه هناك. ولو نذر المرابطة وجبت، مع وجود الإمام وفقده. وكذا لو نذر أن يصرف شيئا في المرابطين وجب على الأصح، وقيل: يحرم، ويصرفه في وجوه البر، إلا مع خوف الشنعة، والأول أشبه.

قوله: " وهي الإرصاء لحفظ الثغر "

الثغر هنا الموضع الذي يكون بأطراف بلاد الاسلام، بحيث يخاف هجوم المشركين منه على بلاد الاسلام. وكل موضع يخاف منه يقال له ثغر لغة (١).
قوله: " وأن يربط فرسه هناك "

لينتفع بها من يربط بغير فرس، فهي بمعنى إباحة الانتفاع بها على هذا الوجه.

قوله: " وكذا لو نذر أن يصرف شيئا في المرابطين وجب على الأصح وقيل: يحرم... الخ "

القول للشيخ (٢). وحاصله أن من نذر شيئا للمرابطين حال الغيبة، بل حال عدم تمكن الإمام وبسط يده وإن كان حاضرا، كما اتفق في مورده النص (٣)، وجب صرف المنذور في وجوه البر، إن لم يكن سمع نذره أحد من المخالفين، واشتهر بينهم أنه نذر ذلك، بحيث يخاف بترك صرف المنذور في المرابطين من تشنيعهم عليه، لعدم الوفاء بالنذر، أو بأنه لا يرى صحة النذر للمرابطين منهم، ونحو ذلك. فإن حصل له خوف من ذلك، وجب عليه صرفه في المرابطين. ومستند هذا التفصيل رواية (٤) تدل ظاهرا عليه. وحملها على النذر لمرابط لا يسوغ صرف النذر إليه لا مطلق المرابط

(١) لسان العرب ٤: ١٠٣، الصحاح ٢: ٦٠٥.

(٢) المبسوط ٢: ٩ والنهية: ٢٩١.

(٣) الوسائل ١١: ٢١ ب " ٧ " من أبواب جهاد العدو ح ١.

(٤) الوسائل ١١: ٢١ ب " ٧ " من أبواب جهاد العدو ح ١.

ولو آخر نفسه وجب عليه القيام بها، ولو كان الإمام مستورا.
وقيل: إن وجد المستأجر أو ورثته ردها، وإلا قام بها. والأولى الوجوب من
غير تفصيل.

أولى. والأقوى صحة النذر ووجوب الوفاء به كما عين مطلقا.
قوله: " ولو آجر نفسه وجب عليه القيام بها ولو كان الإمام مستورا
وقيل: إن وجد... الخ ".
القول للشيخ (١) (رحمه الله) استنادا إلى الرواية (٢). ومختار المصنف أقوى، لأنه
طاعة فضلا عن كونه مباحا يصح الاستئجار عليه.

(١) المبسوط ٢: ٩ والنهاية: ٢٩١.
(٢) قرب الإسناد: ١٥٠، الوسائل ١١: ٢١ ب " ٧ " من أبواب جهاد العدو ح ٢. وفي دلالتها على مورد
الإجارة نظر، راجع الجواهر ٢١: ٤٥.

الركن الثاني
في بيان من يجب جهاده وكيفية الجهاد.
وفيه أطراف:

الأول: في من يجب جهاده. وهم ثلاثة: البغاة على الإمام من المسلمين، وأهل الذمة وهم اليهود والنصارى والمجوس إذا أخلوا بشرائط الذمة، ومن عدا هؤلاء من أصناف الكفار.
وكل من يجب جهاده فالواجب على المسلمين النفور إليهم، إما لكفهم، وإما لنقلهم إلى الإسلام.

قوله: " وكل من يجب جهاده... الخ ".
غاية الكف يتحقق في البغاة، لأنهم مسلمون، فيطلب بجهادهم كفهم عن أهل الحق، ورجوعهم عن البغي. وفي باقي الكفار إذا لم يقدر على نقلهم إلى الإسلام، بأن كان فيهم قوة وقد قصدوا المسلمين بحيث لا يرجى نقلهم. وأما إذا كان في المسلمين قوة قصدوا بسببها الكفار رجاء نقلهم إلى الإسلام تحققت الغاية الأخرى. وقد يتحقق للجهاد غاية ثالثة، وهي التزامهم بشرائط الذمة.
ومما ذكرناه يعلم أن قولهم: " إما لكفهم وإما لنقلهم إلى الإسلام " ليس لفا ونشرا مرتبا، على أن يكون " لكفهم " للقسم الأول ممن يجاهد، و " لنقلهم " للقسمين الأخيرين، بناء على أن البغاة مسلمون، وإنما يطلب كفهم عن الخروج عن طاعة الإمام. وفي الحقيقة كل واحدة من الغائتين يمكن طلبها كل واحد من الأقسام، أما للقسمين الأخيرين فظاهر مما بيناه، وأما البغاة فإنهم عندنا كفار مرتدون، فقد

فإن بدأوا فالواجب محاربتهم، وإن كفوا وجب بحسب المكنة وأقله في كل عام مرة. وإذا اقتضت المصلحة مهادنتهم جاز، لكن لا يتولى ذلك إلا الإمام، أو من يأذن له الإمام.

يطلب نقلهم إلى الاسلام مع الامكان.

فإن قيل: إذا كانوا مرتدين فارتدادهم فطري فكيف يطلب إسلامهم، مع أنه لا يقبل توبة هذا القسم من المرتدين عندنا؟ قلنا: قد قبل علي عليه السلام توبة من تاب من الخوارج وهو أكثرهم. وقد قال الخارجي لم يرجع: "لكم علينا ثلاث: أن لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله، ولا نمنعكم الفئى ما دامت أيديكم معنا، ولا نبدأ بقتالكم" (١). وهذا يدل على أن لهذا النوع من المرتدين حكما خاصا. وجاز أن يكون السبب - مع النص - تمكن الشبهة من قلوبهم، فيكون ذلك عذرا في قبول توبتهم قبل دفعها، كما أن أحكام المرتدين ليست جارية عليهم مع التوبة.

قوله: "فإن بدأوا فالواجب محاربتهم... الخ".

لا شك أن وجوب (٢) محاربتهم مع بداءتهم به إنما يجب أيضا مع المكنة، فإطلاق الوجوب فيه وتقييد ابتدائنا لهم يوهم وجوب الأول مطلقا. وليس كذلك، وإنما قيد الثاني لملاحظة (٣) تنمة القيد وهو وجوبه في كل عام مرة، بمعنى أن المكنة وإن كانت معتبرة في الأمرين، لكن الأول يتقيد بقيد آخر فيجب مع المكنة مطلقا، والثاني إنما يجب مع المكنة في كل عام مرة، لقوله تعالى: * (فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين) * (٤) أو جب بعد انسلخها الجهاد، والأصل عدم وجوب الزائد عن المرة، بناء على أن الأمر لا يقتضي التكرار، كذا احتجوا له. وفيه نظر واضح (٥).

(١) الكامل في التاريخ ٣: ٣٣٥.

(٢) كذا في جميع ما لدينا من النسخ والأولى حذف كلمة وجوب.

(٣) في "ن" و"و" و"بملاحظة. وهو أولى.

(٤) التوبة: ٥.

(٥) في هامش "ج" و"ه" و"و" و"هكذا" فإن ذلك يقتضي عدم وجوب تكراره مطلقا كما في قول السيد لعبده:

إذا دخلت السوق فاشتر اللحم. منه "

الطرف الثاني
في كيفية قتال أهل الحرب
والأولى أن يبدأ بقتال من يليه، إلا أن يكون الأبعد أشد خطرا.
ويجب التربص إذا كثر العدو وقل المسلمون، تحصل الكثرة
للمقاومة، ثم تجب المبادرة.

وأیضا فالممكنة مختلفة في الموضعين، فإن المراد منها في الأول القدرة على مدافعتهم
وردهم عن بلاد الاسلام وكف أذاهم، وفي الثاني القدرة على مقاومتهم وقهرهم،
بحيث يقتلوا، أو يسلموا، أو يلتزموا بشرائط الذمة إن كانوا من قبيلها.
والتحقيق أن الوجوب كل عام مرة ليس مطلقا في الوجود والعدم، بل يجب
الزيادة عليها مع الحاجة إليه، كخوف قوة العدو مع الاقتصار عليها، وأدائه إلى
ضعف المسلمين عنهم، ونحو ذلك. ويجوز تركه في السنة والسنين أصلا مع العذر،
مثل أن يكون بالمسلمين ضعف في عدد أو عدة، أو لحصول مانع في الطريق من عدم
الماء ونحوه، أو رجاء رغبة العدو في الاسلام زيادة على حالة قتالهم، ونحو ذلك مما
يراه الإمام من المصلحة، فيجوز حينئذ تركه بهدنة وغيرها، كما صالح النبي صلى الله
عليه وآله وسلم قريشا عشرين سنة (١)، وأخر قتالهم حتى نقضوا عهده وأخر قتال
قبائل من العرب بغير هدنة. وأما إذا بدأ العدو بالقتال وجب جهاد مع الامكان
مطلقا.

قوله: " والأولى أن يبدأ بقتال من يليه... الخ ".
هذا الحكم على وجه الوجوب، لقوله تعالى: * (قاتلوا الذين يلونكم من
الكفار) * (٢) والأمر للوجوب. ويستثنى من ذلك ما لو كان الأبعد أشد خطرا، فإنه
يسوغ حينئذ الانتقال إليه كما فعل النبي صلى الله عليه وآله بالحارث بن أبي
ضرار، لما بلغه أنه يجمع له، وكان بينه وبينه عدو أقرب، وبخالد بن سفيان

(١) لا شك أن المراد به صلح الحديبية، والوارد في كتب السير والتاريخ أن مدته عشر سنين. راجع سيرة
ابن هشام ٢: ٣١٧ والكامل ٢: ٢٠٤ وغير ذلك.
(٢) التوبة: ١٢٣.

ولا يبدؤون إلا بعد الدعاء إلى محاسن الاسلام، ويكون الداعي الإمام أو من نصبه. ويسقط اعتبار الدعوة في من عرفها. ولا يجوز الفرار إذا كان العدو على الضعف من المسلمين، أو أقل، إلا لمتحرف كطالب السعة، أو موارد المياه، أو استدبار الشمس، أو تسوية لأمته، أو لمتحيز إلى فئة، قليلة كانت أو كثيرة.

كذلك (١). ومثله في جواز الانتقال إلى الأبعد ما إذا كان الأقرب مهادنا لا ضرر منه. وكما يجب قتال الأقرب قبل من يليه، كذا يجب قتال القريب قبل من يليه أيضا، وهكذا.

قوله: " ولا يبدؤون إلا بعد الدعاء إلى محاسن الاسلام ". محاسن الاسلام هي الشهاداتان والتوحيد والعدل والنبوة والإمامة وجميع شرائع الاسلام.

قوله: " ويسقط اعتبار الدعوة في من عرفها ". سواء كانت المعرفة نشأت من الدعاء إليه، أو من بلوغه ومعرفته الغرض من القتال، ومع ذلك يستحب الدعاء قبل القتال، كما فعل علي عليه السلام بعمره وغيره. مع علمهم بالحال. قوله: " إلا لمتحرف ".

هو بالتاء المثناة من فوق. والمراد به الانتقال من حالته التي هو عليها إلى حالة هي أدخل في تمكنه من القتال، كما ذكر من الأمثلة. قوله: " أو تسوية لأمته ".

اللامه - بالهمزة - هي الدرع. ويجمع على لأم بفتح اللام وسكون الهمز، ولؤم بضم اللام وفتح الهمز. ومثله نزع شئ أو لبسه، ونحو ذلك. قوله: " أو لمتحيز إلى فئة، قليلة كانت أو كثيرة ". المراد بالتحيز إلى فئة الانضمام إليها، ليستنجد بها في القتال مع صلاحيتها له.

(١) راجع سنن البيهقي ٩ : ٣٨.

ولو غلب عنده الهلاك لم يجز الفرار، وقيل: يجوز، لقوله تعالى: * (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) * (١). والأول أظهر، لقوله تعالى: * (إذا لقيتم فئة فاثبتوا) * (٢).
وإن كان المسلمون أقل من ذلك لم يجب الثبات. ولو غلب على الظن السلامة استحَب، وهو أشبه.

ويشترط أن لا تكون بعيدة جداً، بحيث يخرج بالتحيز إليها عن كونه مقاتلاً عادة. ولو وصل إليها في زمان لا يخرج عن الوصف، لكن بدا له حينئذ الانتقال إلى أخرى جاز، بشرط أن لا يخرج بمجموع التحيز عن الوصف، لا بكل واحد على انفراده، مع اتصال الانتقال. أما لو طرأ بعد القتال معها اعتبر كل على حدة. واعلم أن هذا الاستثناء في الموضوعين إنما هو للمختار. أما المضطر - كمن عرض له مرض، أو فقد سلاحه - فإنه يجوز له الانصراف حيث شاء. قوله: " ولو غلب عنده الهلاك لم يجز له الفرار وقيل: يجوز... الخ ".
فرض هذه المسألة في ما إذا كان العدو على الضعف أو أقل، مع كونه من جملة فئة، أما لو كان المسلم وحده فسيأتي الخلاف فيه. ومنشأ القولين من دلالة الاطلاقين على المراد، والأقوى وجوب الثبات. وطريق الجمع منع كون الثبات على هذا الوجه القاء باليد إلى التهلكة، بل إلى الحياة الباقية المخددة، فلا تعارض بين الاطلاقين. قوله: " وإن كان المسلمون أقل من ذلك - إلى قوله - وهو الأشبه ".
وجه الوجوب اشتماله على حفظ النفس الواجب دائماً. ووجه الاستحباب ذلك، إلا أن عدم المنع من النقيض لما فيه من تحصيل الشهادة على تقديرها، وهو أمر مطلوب، ولظاهر قوله تعالى: * (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) * (٣) فإن فيه

(١) البقرة: ١٩٥.

(٢) الأنفال: ٤٥.

(٣) البقرة: ٢٤٩.

ولو انفرد اثنان بواحد من المسلمين لم يجب الثبات، وقيل: يجب، وهو المروي.

ويجوز محاربة العدو بالحصار، ومنع السابلة دخولا وخروجا، وبالمجانيق، وهدم الحصون والبيوت، وكل ما يرجى به الفتح. ويكره قطع الأشجار، ورمي النار، وتسليط المياه إلا مع الضرورة. ويحرم بإلقاء السم، وقيل يكره، وهو أشبه، فإن لم يمكن الفتح إلا به جاز.

ولو تترسوا بالنساء أو الصبيان منهم كف عنهم، إلا في حال التحام الحرب، وكذا لو تترسوا بالأسارى من المسلمين وإن قتل الأسير، إذا لم

قوله: " ولو انفرد اثنان بواحد من المسلمين - إلى قوله - وهو المروي ". هي رواية الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان يقول: " من فر من رجلين في القتال من الزحف فقد فر. ومن فر من ثلاثة فلم يفر " (١). وفي الرواية ضعف. ووجوب الثبات قوي مع عدم ظن العطب. قوله: " ويحرم بإلقاء السم... الخ ".

التحريم قول الشيخ في النهاية (٢)، واختاره ابن إدريس (٣)، استنادا إلى رواية السكوني أن النبي عليه وآله وسلم نهى عنه (٤). والرواية مع ضعفها، يمكن حملها على الكراهة، لجواز قتالهم بأنواع العذاب.

نعم لو أدى إلى قتل نفس محترمة حرم لذلك، كما أنه لو توقف الفتح عليه وجب. العجب في ذلك من ابن إدريس المانع من العمل بخبر الواحد الصحيح. قوله: " ولو تترسوا بالنساء والصبيان منهم كف عنهم إلا في حال التحام الحرب ".

(١) الكافي ٥: ٣٤ ح ١، التهذيب ٦: ١٧٤ ح ٣٤٢، الوسائل ١١: ٦٣ " ٢٧ " من أبواب جهاد العدو ح ١.

(٢) النهاية: ٢٩٣.

(٣) السرائر ٢: ٧.

(٤) التهذيب ٦: ١٤٣ ح ٢٤٤، الوسائل ١١: ٤٦ ب " ١٦ " من أبواب جهاد العدو ح ١.

يمكن جهادهم إلا كذلك. ولا يلزم القاتل دية، ويلزمه كفارة. وفي الأخبار ولا الكفارة.

ولو تعمده الغازي مع إمكان التحرز، لزمه القود والكفارة. ولا يجوز قتل المجانين، ولا الصبيان، ولا النساء منهم، ولو عاونهم، إلا مع الاضطرار. ولا يجوز التمثيل بهم.

يجب حينئذ توقي الترس ما أمكن، لأنه محترم. ولو توقف الوصول إليهم بقتله جاز، كما يجوز قتل الترس المسلم كذلك. قوله: " ولا يلزم القاتل دية... الخ "

لا إشكال في وجوب الكفارة، لأنها تجب مع الخطأ في نحو هذا الباب، كما دل عليه قوله تعالى: * (فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) * (١). وإنما الكلام في كونها كفارة الخطأ عملاً بظاهر الآية، ونظراً إلى أنه في الأصل غير قاصد للمسلم وإنما مطلوبه قتل الكفار فلم يجعل عامداً؟ وأن هذا القتل لما كان مأذوناً فيه شرعاً ومأموراً به لم يكن عمداً، أو كفارة العمد نظراً إلى صورة الواقع، فإنه متعمد لقتله وأن الآية إنما وردت في من قتل المسلم خطأ. ولعله أوجه وينبغي أن يكون من بيت المال، لأنه من المصالح، بل من أهمها ولأن في إيجابها على المسلم تخاذل المسلمين عن حرب المشركين، حذراً من الغرم. قوله: " ولا يجوز قتل المجانين ولا الصبيان ولا النساء منهم ولو عاونهم... الخ "

نون " عاون " مشددة، ضمير جمع المؤنث، راجع إلى النسوة. ويجوز كونها مخففة، والفاعل ضمير مستتر عائد إلى المذكور. وفي بعض النسخ " عاونوهم " وهو أشهر وأجود وفي حكم من ذكر الخنثى المشكل، والشيخ الفاني، إلا أن يعاون برأي أو قتال.

قوله: " ولا يجوز التمثيل بهم ". أي بالكفار حين قتلهم، كجذع أنوفهم وآذانهم، وإن فعلوا ذلك بالمسلمين.

(١) النساء: ٩٢.

ولا الغدر.
ويستحب أن يكون القتال بعد الزوال. وتكره الإغارة عليهم ليلاً،
والقتال قبل الزوال إلا لحاجة، وأن يعرqb الدابة وإن وقفت به، والمبارزة
بغير إذن الإمام وقيل: يحرم. ويستحب المبارزة إذا ندب إليها الإمام وتحب
إذا ألزم.

قوله: " ولا الغدر ".
أي قتالهم بغتة بعد الأمان. وكذا يحرم الغلول منهم، لقول النبي صلى الله
عليه وآله وسلم " لا تغلوا ولا تمثلوا ولا تغدروا " (١).
قوله: " ويستحب أن يكون القتال بعد الزوال ".
لأن أبواب السماء تفتح عنده، وينزل النصر، وتقبل الرحمة، وهو أقرب إلى
الليل، فيقل القتلى. وينبغي أن يكون بعد صلاة الظهرين، حذراً من الاشتغال
عنها.

قوله: " وأن يعرqb الدابة ".
أي يعرqb المسلم
دابته إذا وقفت به، أو أشرف على القتل. وضمير " به " يعود
إليه بدلالة المقام. ولو رأى ذلك صلاحاً زالت الكراهية، كما فعله جعفر بن أبي
طالب عليه السلام بمؤتة (٢). ولو ذبحها كان أجود. وأما دابة الكافر فيجوز أن
تعرقب، لأنه يؤدي إلى اضعافهم. واتلافها بالذكاة أولى مطلقاً.
قوله: " والمبارزة بغير إذن الإمام، وقيل: يحرم ".
مستند التحريم رواية (٣). والكراهة أقوى جمعاً بين الأخبار.
قوله: " ويستحب المبارزة إذا ندب إليها الإمام، وتحب إذا ألزم ".
أي تستحب وتحب إذا ندب وألزم بها شخصاً بعينه. ولو فعل ذلك من غير

(١) المحاسن: ٣٥٥ ح ٥١، الكافي: ٢٧ ح ١، التهذيب: ٦: ١٣٨، الوسائل: ١١: ٤٣ ب " ١٥ " من
أبواب جهاد العدو ح ٢، ٣.
(٢) الكافي: ٥: ٤٩ ح ٩، الوسائل: ١١: ٣٩٦ ب " ٥٢ " من أبواب أحكام الدواب ح ٢.
(٣) الوسائل: ١١: ٦٧ ب " ٣١ " من أبواب جهاد العدو.

فرعان:

الأول: المشترك إذا طلب المبارزة ولم يشترط جاز معونة قرنه. فإن شرط أن لا يقاتله غيره وجب الوفاء به. فإن فر فطلبه الحربي جاز دفعه. ولو لم يطلبه لم يجز محاربته، وقيل: يجوز ما لم يشترط الأمان، حتى يعود إلى فئته.

الثاني: لو اشترط أن لا يقاتله غير قرنه، فاستنجد أصحابه، فقد نقض أمانه. وإن تبرعوا فمنعهم فهو في عهدة شرطه. وإن لم يمنعهم جاز قتاله معهم.

الطرف الثالث

في الذمام

والكلام في العاقد والعبارة والوقت.

أما العاقد فلا بد أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً. ويستوي في ذلك الحر والمملوك، والذكر والأنثى. ولو أذم المراهق أو المجنون لم ينعقد، لكن يعاد إلى مأمنه. وكذا كل حربي دخل في دار الإسلام بشبهة الأمان كأن

تعيين استحبت أو وجبت كفاية. ومع الوجوب الكفائي تستحب لمن لم تجب عليه. قوله: " ولو يطلبه لم يجز محاربة وقيل: يجوز... الخ ".
عدم الجواز قوي وفاء بمقتضى الشرط، فإنه لا يزول حتى تتغير تلك الحالة، ويعود إلى فئته.

قوله: " ولو أذم المراهق والمجنون لم ينعقد لكن يعاد إلى مأمنه ".
هذا إذا ادعى الحربي توهمه صحة الأمان، أما لو علم فساده ثم دخل لم يعتد به. ومراد المصنف هو الأول.

يسمع لفظا فيعتقده أمانا، أو يصحب رفقة فيتوهمها أمانا. ويجوز أن يذم الواحد من المسلمين لآحاد من أهل الحرب، ولا يذم عاما، ولا لأهل إقليم.

وهل يذم لقرية أو حصن؟ قيل: نعم، كما أجاز علي عليه السلام ذمام الواحد لحصن من الحصون، وقيل: لا، وهو الأشبه. وفعل علي عليه السلام قضية في واقعة، فلا يتعدى.

والإمام يذم لأهل الحرب عموما وخصوصا. وكذا من نصبه الإمام للنظر في جهة يذم لأهلها. ويجب الوفاء بالذمام، ما لم يكن متضمنا لما يخالف الشرع. ولو أكره العاقد لم ينعقد. وأما العبارة، فهو أن يقول: أمنتك، أو أجرتك، أو أنت في ذمة الاسلام. وكذا كل لفظ دل على هذا المعنى صريحا. وكذا كل كناية علم بها ذلك من قصد العاقد.

قوله: " أو يصحب رفقة فيتوهمها أمانا " .

أي يتوهم الصحبة المدلول عليها بالفعل تضمنا. ويكفي في مثل ذلك دعواه.

قوله: " ويجوز أن يذم الواحد من المسلمين لآحاد من أهل الحرب " .

المراد بالآحاد العدد اليسير، وهو يطلق على العشرة فما دون. ويذم - بضم أوله وكسر ثانيه - مضارع أذم، أي أجار.

قوله: " وهل يذم لقرية أو حصن؟ قيل: نعم... الخ " .

الأقوى العدم، كما اختاره المصنف. وقد استثنى جماعة (١) من الأصحاب الحصن الصغير، والبلد الصغير، وألحقوه بالآحاد. وفي صحته على الإطلاق نظر.

قوله: " وكذا كل كناية... الخ " .

(١) كالعلامة في المنتهى ٢: ٩١٤، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٣: ٤٢٩.

ولو قال: لا بأس عليك، أو لا تخف لم يكن ذماما، ما لم ينضم إليه ما يدل على الأمان.

وأما وقته فقبل الأسر. ولو أشرف جيش الإسلام على الظهور، فاستندم الخصم، جاز مع نظر المصلحة. ولو استدموا بعد حصولهم في الأسر فأذم، لم يصح. ولو أقر المسلم أنه أذم لمشرك، فإن كان في وقت يصح منه إنشاء الأمان، قبل. ولو ادعى الحربي على المسلم الأمان، فأنكر المسلم، فالقول قوله.

الكناية بالنون، والمراد بها اللفظ الدال على الذمام بفحواه، دون صريحه، بحيث يعلم بالقرائن إرادة الأمان به من قصد العاقد. ويجوز كونها بالتاء المثناة من فوق، فإنها كافية أيضا. والضابط كل ما دل على إرادة الأمان من لفظ، وكناية، وإشارة، وغيرها.

قوله: " ولو قال: لا بأس عليك، أو لا تخف لم يكن ذماما... الخ "

لا فرق في المنضم إليه بين كونه مقاليا أو حاليا، كما لو طلبوا منه الأمان، أو طلبه هو منهم، ونحو ذلك، مما يدل - بانضمامه إلى اللفظ القاصر - عليه. قوله: " ولو أقر المسلم أنه أذم المشرك، فإن كان في وقت يصح منه انشاء الأمان قبل "

احترز به عما لو وقع الاقرار بعد الأسر، فإنه لا يقبل، وإن أسنده إلى ما قبله، من الحال التي يصح فيها الأمان، لأنه اقرار في حق الغير فلا يسمع. وكذا لو أقر بذلك ما فوق الواحد من المسلمين، وإن كانوا ثلاثة على الأقوى. قوله: " ولو ادعى الحربي على المسلم الأمان فأنكره فالقول قوله " . من غير يمين، كما صرح به جماعة (١). وعللوه بأن القتل والأسر حكمان ثابتان

(١) كالعلامة في القواعد ١: ١١٠ والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٣: ٤٣٢. والتعليل المذكور فيه أيضا.

ولو حيل بينه وبين الجواب بموت أو اغماء، لم تسمع دعوى
الحربي. وفي الحاليين يرد إلى مأمنه، ثم هو حرب. وإذا عقد الحربي لنفسه
الأمان، ليسكن في دار الاسلام، دخل ماله تبعا. ولو التحق بدار الحرب
للاستيطان، انتقض أمانه لنفسه، دون ماله. ولو مات انتقض الأمان في
المال أيضا، إن لم يكن له وارث مسلم، وصار فيئا. ويختص به الإمام،
لأنه لم يوجف عليه. وكذا الحكم لو مات في دار الاسلام.

على الحربي، وبمجرد دعواه لا يسقطان. وإنكار المسلم لا يأتي على حق يترتب عليه،
بل على ما يقتضي سقوط ما قد علم ثبوته.
وفي التعليل نظر، لأنه إن كان في حالة يمكن المسلم فيها إنشاء الأمان، ينفعه
إقراره له، فينبغي على القاعدة المستمرة ثبوت اليمين. وإن كان في وقت لا ينفعه،
كما لو كان أسيرا، لم يثبت عليه يمين، لأن إقراره في تلك الحال لا ينفعه، بل انشاؤه
كذلك.

ويمكن الجواب عن الأول بأن الحق في الأمان ليس منحصرا في المسلم، بل
يتعلق به وبغيره، ممن يستحق المال والنفوس، فيكون في ذلك كالوكيل الذي يقبل
إقراره، ولا يتوجه عليه يمين.

قوله: " وفي الحاليين يرد إلى مأمنه، ثم هو حرب ".
أي في حالة انكار المسلم، والحيلولة بينه وبين الجواب، فيرد الكافر إلى مأمنه،
للشبهة ولو أقام بينة سمعت.

قوله: " وإذا عقد الحربي لنفسه الأمان ليسكن في دار الاسلام - إلى
قوله - ويختص به الإمام... الخ ".
نبه بقوله: " تبعا " على أن لفظ " الأمان لنفسه " لم يتناول ماله نصا، فإن

أحدهما غير الآخر، ولكن يدخل تبعا له، بناء على أن إتلاف ماله ضرر عليه
والأمان يقتضي عدم الضرر. ومتى دخل تبعا، صار بحكم ما لو صرح بأمانه. فإذا

ولو أسره المسلمون فاسترق ملك ماله تبعاً لرقبته.
ولو دخل المسلم دار الحرب مستأمناً فسرقت، وجب إعادته، سواء
كان صاحبه في دار الإسلام، أو في دار الحرب. ولو أسر المسلم،
وأطلقوه، وشرطوا عليه الإقامة في دار الحرب، والأمن منه، لم يجب

رجع الكافر عن الأمان بنفسه، بقي ماله على أصل الذمام، إلى أن يرد إليه، فيصير
بحكمه. وإنما دخل في الأمان تبعاً، ولم يدخل في الحرب تبعاً، لأن الأصل يقتضي
عدم التبعية فيهما، خرج منه التبعية في الاحترام، بدلالة القرائن على إرادته، فيبقى
الباقي.

وقيده بعضهم بكون الأمان له مطلقاً، فلو كان مقيداً بكونه في دار الإسلام،
انتقض أمان المال أيضاً. ويشكل بأن الأمان لا يكون إلا في دار الإسلام. ومن ثم
يبتل أمانة لو انتقل إلى دار الحرب بنية الإقامة، أما لو دخله بنية العود، لم ينتقض
أمانه في نفسه ولا ماله قطعاً.

وعلى الأول لو بعث بطلبه، بعث به إليه، تحقيقاً للأمان فيه. ويصح تصرفه
فيه ببيع وهبة وغيرهما. فإن مات وهو على ملكه، انتقل إلى وارثه، فإن كان مسلماً
ملكه مستقراً. وإن كان حربياً انتقل إليه، وانتقض فيه الأمان، وصار للإمام عليه
السلام، بمنزلة من لا وارث له.

قوله: " ولو أسره المسلمون ملك ماله تبعاً لرقبته " .

هذا من تنمة المسألة السابقة. وحيث زال أمانة في نفسه جاز أسره إذا تمكنوا
منه. فإن قتلوه كان بحكم ما لو مات. وإن استرقوه زال ملكه عن ماله، بناءً على أنه
لا يملك شيئاً، ويكون فينا للإمام عليه السلام، كما مر. فقول المصنف " ملك ماله
تبعاً " أراد به التبعية في الملك، لا في المالك، فلا يستحقه مسترقه، لأنه مال لم يوجف
عليه. ولو أعتق بعد ذلك لم يعد إليه. أما لو من عليه عاد إليه.

قوله: " ولو دخل المسلم دار الحرب مستأمناً فسرقت وجبت إعادته " .

أي فسرق شيئاً. وإليه يعود ضمير " إعادته " وإنما تركه لدلالة السرقة عليه،
فإنها مقتضية لمسروق. وإنما حرم عليه خيانتهم، مع أن لفظ الأمان وقع لنفسه، لأن

الإقامة، وحرمت عليه أموالهم بالشرط. ولو أطلقوه على مال، لم يجب الوفاء به.

ولو أسلم الحربي، وفي ذمته مهر، لم يكن لزوجه مطالبته، ولا لوارثها.

ولو ماتت ثم أسلم، أو أسلمت قبله ثم ماتت، طالبه وارثها المسلم، دون الحربي.

لازمه ترك الخيانة من الجانبين، وإن لم يصرح به، كما دخل مال الكافر تبعا له، فدخل المال معلوم من حيث المعنى.

قوله: " ولو أسلم الحربي وفي ذمته... الخ "

إنما لم يكن لها المطالبة بالمهر، مع إسلامه قبلها وحياتها، ولا لوارثها بعد ذلك، لأنها من أهل الحرب، ولا أمان لها على المهر، فيجوز للزوج منعها منه، كما يجوز له أخذ مالها الذي في يدها. لكن لو ماتت قبل إسلامه، ولها وارث مسلم، انتقل إليه ما يخصه من المهر، فإذا أسلم الزوج بعد ذلك، بقي في ذمته للمسلم. ولو كان وارثها حربيا كان بحكمها، فليس له المطالبة به. وكذا لو أسلمت قبل إسلامه، استقر المهر لها في ذمته، ولم يسقط بإسلامه، لمصادفته مالكا محترما. بقي في المسألة أمران:

الأول: أن اطلاق قوله " ولا لوارثها " يشمل الوارث المسلم والحربي. واتحاد الحكم فيهما متجه، من حيث إن إسلام الزوج قبلها أو جب جواز استيلائه على ما أمكنه من مالها الذي من جملته المهر. وكل ما استولى عليه منه يملكه، كغيره من أموال أهل الحرب. وكونه في ذمته بمنزلة المقبوض في يده، فينبغي أن يملكه بإسلامه، مع بقائها على الحرب. وحينئذ فلا يزيله ما يتجدد من إسلامها، ولا موتها مع كون وارثها مسلما. فهذا الاطلاق في محله. وكذلك أطلق العلامة في كثير من كتبه (١). لكن ذكر في التذكرة والتحرير (٢) أن وارثها إذا كان مسلما يجوز له مطالبته به.

(١) القواعد ١: ١١١، الارشاد ١: ٣٤٤.

(٢) التذكرة ١: ٤١٨، التحرير ١: ١٣٧، وكذلك في المنتهى ٢: ٩١٧.

وظاهره أن الحكم في ما لو أسلم قبلها. وينبغي على هذا أنه لو أسلمت أيضا جاز لها المطالبة بطريق أولى، لأن حق المطالبة من الوارث المسلم إنما جاء من قبل موتها مستحقة للمال، لكن لما لم يكن لها المطالبة لكونها حربية، يثبت لوارثها المسلم، لزوال المانع، فإذا زال المانع عنها في حياتها باسلامها ثبت لها ذلك. ويشكل ذلك بأمرين:

أحدهما: ما أسلفناه من أنه باسلامه قبلها صارت يده على مالها وهو غير محترم، فينبغي أن يحكم له بملكه. فكيف يمنع من المطالبة به، ويبقى على ملكها؟!.

والثاني: إنه لم يذكر هو ولا غيره هنا جواز مطالبتها لو أسلمت بعد ذلك، مع أن اللازم من مطالبة وارثها واستحقاقه له، مطالبتها واستحقاقها كما مر. وقد أكد العلامة الشبهة الاستفادة من مدلول ما حكيناه عنه، في باب النكاح، فحكم في الارشاد (١) بأن إسلام الزوج الحربي يوجب للحربية عليه نصف المهر إن كان قبل الدخول وجميعه إن كان بعده، فإنه لولا إمكان مطالته به على وجه، بأن تسلم بعد ذلك، أو تخلف (٢) وارثا مسلما، بحيث يستحق المطالبة به، لم يكن لاستحقاقها المهر فائدة.

وكأنه يفرق في تملك المسلم لمال الحربي بين العين والدين، فيمنع الاستيلاء على الدين على وجه يوجب ملكه له، بناء على تعذر قبضه، لأنه أمر كلي غير مشخص. ومن ثم لم يجر هبته ولا غيرها مما يشترط فيه القبض. ولو كان عينا جاز له تملكه، واستقر ملكه عليه، وإن أسلمت بعد ذلك، أو خلفت مسلما. لكن هذا كله مشكل بما أسلفناه. وإطلاق عباراتهم يؤيد ما حققناه.

الثاني: ذكر جماعة من الأصحاب أن الحربي إذا أسلم يسقط عنه مال أهل

(١) الارشاد ٢: ٢٣.

(٢) في " ن " و " ك " و " و " بأن يسلم بعد ذلك أو يخلف... والصحيح ما أثبتناه كما في " ه " و " م ".

خاتمة

فيها فصلان

الأول: يجوز أن يعقد العهد على حكم الإمام، أو غيره ممن نصبه للحكم. ويراعى في الحاكم كمال العقل، والاسلام، والعدالة.

الحرب الذي كان في ذمته، إذا كان عسبا أو اتلافا، أو غير ذلك مما حصل بغير التراضي والاستئمان. وأما ما ثبت في ذمته بالاستئمان، كالقرض وضمن المعاوضات، فإنه يبقى في ذمته لشبهة الأمان، وإن لم يكن وقع صيغة أمان. ويؤيده ما ذكره من أن المسلم أو الحربي لو دخل إليهم وخرج لهم بمال ليشتري به شيئا لم يجز التعرض له، لأنه أمانة وكذا لو دفعوا إلى أحد شيئا وديعة، لم يجز التعرض لها، الحاقا للأمانة بالأمان.

وحينئذ يشكل الحكم بعدم وجوب دفع المهر إليها، وإن بقيت على الكفر، فإن المهر من باب الأمانات كضمن المبيع. ويتوجه الاشكال حينئذ على جميع أقسام المسألة. ويكون ذلك القيد الذي زاده العلامة أقعد في الحكم من باقيها. اللهم إلا أن يفرق بين المعاوضة المحضة وغيرها كالمهر، أو يمنع أصل الحكم، ويدعى استباحة مال الحربي مطلقا، ما لم يسبقه الأمان الخاص. ولكن عموم الآية (١) بالأمر بأداء الأمانة يشمل ما ذكره في الوديعة. وقد ينازع في دخول ما في الذمة، سواء كان من معاوضة محضة كالضمن، أو غيرها كالمهر. قوله: " ويراعى في الحاكم كمال العقل والاسلام والعدالة ". لا ريب في اعتبار العقل، ويخرج به المجنون والسكران والمغمى عليه وأشباههم، والاسلام لتعليق الحكم عليه في الخبر (٢). وأما العدالة فلأن الفاسق

(١) النساء: ٥٨.

(٢) لعل المراد به رواية مسعدة بن صدقة وما يشابهها لقوله صلى الله عليه وآله " ولكن أنزلهم على حكمكم " راجع الوسائل ١١: ٤٣ ب " ١٥ " من أبواب جهاد العدو ح ٣.

وهل يراعى الذكورة والحرية؟ قيل: نعم، وفيه تردد.
ويجوز المهادنة على حكم من يختاره الإمام، دون أهل الحرب، إلا
أن يعينوا رجلا يجتمع فيه شروط الحاكم. ولو مات الحاكم قبل الحكم،
بطل الأمان، ويردون إلى مأمئهم. ويجوز أن يسند الحكم إلى اثنين وأكثر.
ولو مات أحدهم، بطل حكم الباقيين، ويتبع ما يحكم به الحاكم،

ظالم، وقد نهى الله تعالى عن الركون إليه (١). واشترط في التذكرة - زيادة على ذلك -
الفقه بأحكام الجهاد (٢). والمراد به الاجتهاد في مسائله، كما يقتضيه إطلاق هذا
اللفظ. وبه صرح المحقق المحشي (٣).
قوله: " وهل يراعى الذكورة والحرية؟ قيل: نعم، وفيه تردد ".
منشؤه أصالة عدم الاشتراط، وأن العبد والمرأة قاصران عن مرتبة الحكم.
واشتراطهما أجود.
قوله: " إلا أن يعينوا رجلا، يجتمع فيه شروط الحاكم ".
فتجوز له المهادنة على حكم من يختارونه حينئذ، كما أقر النبي صلى الله عليه وآله
وسلم بني قريظة، حين طلبوا النزول على حكم سعد بن معاذ، فحكم فيهم بقتل
الرجال، وسبي الذراري وغنيمة المال. فقال له النبي صلى الله عليه وآله:
" لقد حكمت بما حكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة " (٤). وقال الجوهرى: " الرقيع
اسم سماء الدنيا، وكذلك سائر السماوات " (٥). وقال الخليل: " كل واحدة رقيع
للأخرى، فهي أرقعة " (٦).
قوله: " ولو مات أحدهم، بطل حكم الباقيين ".

(١) هود: ١١٣.

(٢) التذكرة ١: ٤١٨.

(٣) هو المحقق الثاني في حاشيته على الشرائع: ١٨٥ " مخطوط ".

(٤) الارشاد للمفيد: ٥٨.

(٥) الصحاح ٣: ١٢٢٢.

(٦) العين ١: ١٥٧.

إلا أن يكون منافيا لوضع الشرع.
ولو حكم بالسبي والقتل وأخذ المال فأسلموا، سقط الحكم في
القتل خاصة لا في المال. ولو جعل للمشارك فدية عن أسراء المسلمين، لم
يجب الوفاء، لأنه لا عوض للحر.

الثاني: يجوز لوالي الجيش، جعل الجعائل، لمن يدلّه على مصلحة،
كالتنبيه على عورة القلعة، وطريق البلد الخفي. فإن كانت الجعالة من ماله
دينا، اشترط كونها معلومة الوصف والقدر.

وإن كانت عينا، فلا بد أن تكون مشاهدة، أو موصوفة.
وإن كانت من مال الغنيمة، جاز أن تكون مجهولة، كجارية
وثوب.

تفريع

لو كانت الجعالة عينا، وفتح البلد على أمان، فكانت في الجملة،

لأنه جعل الحكم منوطا برأي الجميع فيفوت بفواته وهو يتحقق بفوات بعضه،
ومثله ما لو مات أحد الوصيين على الجميع.

قوله: " ولو حكم بالسبي والقتل وأخذ المال فأسلموا، سقط الحكم
في القتل لا في المال والسبي " (١).

لأن الاسلام يحقن الدماء، بخلاف الاسترقاق والمال، فإنهما يجامعان
الاسلام، كما لو أسلم المشرك بعد الأخذ.

قوله: " فإن كانت الجعالة من ماله ديننا... الخ ".

(١) اختلفت نسخ الشرائع ففي بعضها لم يذكر " خاصة " كما في المسالك وفي بعضها إلى قوله " في القتل "
كما

في متن الجواهر. والظاهر أن الموجود في نسخة الشهيد ما نقلناه. وإن احتمل أن يكون قوله " لا في المال
والسبي " من عبارة الشهيد (قدس سره).

فإن اتفق المجعول له وأربابها على بذلها أو إمساكها بالعرض جاز. وإن تعاسرا، فسخت الهدنة، ويردون إلى مأمئهم. ولو كانت الجعالة جارية، فأسلمت قبل الفتح لم تدفع إليه ودفعت القيمة. وكذا لو أسلمت بعد الفتح، وكان المجعول له كافرا. ولو مات قبل الفتح أو بعده، لم يكن له عوض.

اشترط العلم بالجعالة - كما في الأولى - واضح، لما سيأتي انشاء الله تعالى، من أن الجعالة شرطها العلم بالعرض. وأما جواز الجهالة في الثانية فللنص (١)، ودعاء الحاجة إليه، مع أنه سيأتي في الجعالة أن الجهالة تصح فيه حيث يتعذر العلم به، ولا تكون مانعة من التسليم، كـ " من رد عبدي فله نصفه " فيكون القسم الثاني من هذا القبيل.

قوله: " وإن تعاسرا فسخت الهدنة ويردون إلى مأمئهم ". هذا قول الشيخ (٢) (رحمه الله) ووجهه - مع كون الحقين متضادين - أن حق صاحب الجعل أسبق فيقدم. وقيل بعدم الفسخ، لأن الصلح متعلقه مصلحة عامة، وفسخه مصلحة خاصة، ومراعاة العامة أولى، فإن إتلاف مال الغير عند معارضة المصلحة العامة جائز، بل قد يجب. وحينئذ فيعطى المجعول له عوضها. وقوى العلامة (٣) في المختلف اعتبار المصلحة للمسلمين، فإن كانت مصلحتهم في بقاء الصلح عوض المجعول له عنها، ولم يفسخ الصلح، كما لو أسلمت. وإن لم يكن في إفساد الصلح ضرر على المسلمين، لقوتهم واستظهارهم جاز فسخه، وأخذت الجارية مع التعاسر. وهو حسن.

قوله: " ولو كانت الجعالة جارية، فأسلمت قبل الفتح لم تدفع إليه ". لا فرق هنا بين كون المجعول له مسلما وكافرا، لأنها قد ملكت نفسها

(١) المراد به ظاهرا ما ورد من أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم - نقل للسرية ثلث المغنم أو ربعه والمغنم مجهول كما في التذكرة ١: ٤٢٩ وغيرها. راجع كنز العمال ٤: ٥٣٢ و ٥٣٦.

(٢) المبسوط ٢: ٢٨.

(٣) المختلف: ٣٢٦ - ٣٢٧.

الطرف الرابع في الأسارى

وهم ذكور وإناث. فالإناث يملكن بالسبي، ولو كانت الحرب قائمة، وكذا الذراري. ولو اشتبه الطفل بالبالغ اعتبر بالانبات، فمن لم ينبت وجهل سنه، ألحق بالذراري، والذكور البالغون يتعين عليهم القتل، إن كانت الحرب قائمة، ما لم يسلموا.

بإسلامها، فلا يجوز له استرقاقها حينئذ، بخلاف ما لو أسلمت بعد الفتح، فإنها تدفع إليه إن كان مسلماً، لأن طرو الاسلام على الملك لا يزيله. وإن كان كافراً دفعت إليه القيمة، لأن الكافر لا يملك المسلم. قوله: " وكذا الذراري "

الذراري جمع ذرية، وهم ولد الرجل. قاله الجوهري (١). والمراد هنا غير البالغين منهم، بقرينة المقام. ولو أبدل الذراري بالأطفال كان أجود. قوله: " والذكور البالغون يتعين عليهم القتل إن كانت الحرب قائمة ما لم يسلموا "

أي إن أسروا قبل تقضي الحرب، وانقضاء القتال، فإنه يتعين قتلهم. ومقتضى قوله: " ما لم يسلموا " منع تعين قتلهم مع الاسلام، لكن لم يتبين حكمهم معه، وقد حكم الشيخ (٢) (رحمه الله) بالتخيير فيهم مع الاسلام بين المن والفداء والاسترقاق، كما لو أسلموا مع أخذهم بعد تقضي الحرب. ويمكن أن يريد المصنف بقوله فيما بعد: " ولو أسلموا بعد الأسر لم يسقط عنهم هذا الحكم " ما يعم الأمرين، أعني اسلامهم بعد أخذهم حال قيام الحرب وبعده. وذهب بعض الأصحاب (٣) إلى تعيين المن عليهم في هذه الصورة، لأنه لم يكن

(١) الصحاح ٢: ٦٦٣ مادة " ذرر "

(٢) المبسوط ٢: ٢٠.

(٣) حاشية المحقق الثاني على شرائع: ١٨٦ " مخطوط "

والإمام مخير، إن شاء ضرب أعناقهم، وإن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وتركهم ينزفون حتى يموتوا.

له استرقاقهم في حال الكفر، إذ يتعين قتلهم حينئذ، ففي حال الاسلام أولى. وفيه أن المنع من استرقاقهم حينئذ إهانة لهم ليقتلوا، فلا يلزم مثله مع المنع من قتلهم بالاسلام، مع أن الاسلام غير مناف للتملك، ولهذا لما امتنع قتلهم بأخذهم بعد تقضي الحرب جاز استرقاقهم، فيمكن أن يقلب الدليل، ويقال: إذا جاز استرقاقهم مع أخذهم بعد تقضي الحرب وإسلامهم، فلأن يجوز ذلك قبله أولى، لأن حكمهم في هذه الحالة أخف، ومنع استرقاقهم مع الكفر لأجل أن يفعل بهم ما هو أعظم من الاسترقاق - وهو القتل - لا ينفيه، حيث لا مانع. وأيضا لا شبهة في أن أخذهم بعد تقضي الحرب أخف، فثبوت التخيير بين الثلاثة مع إسلامهم، وتحتم المنع مع إسلامهم في الحالة القوية غير جيد، فقول الشيخ (رحمه الله) متجه. قوله: " والإمام مخير، إن شاء ضرب أعناقهم، وإن شاء قطع أيديهم... الخ " .

ظاهر هذا التخيير أنه تخيير شهوة لا اجتهاد، لأن المطلوب قتلهم، بخلاف التخيير الآتي بين المسن وغيره، فإنه تخيير اجتهاد في المصلحة، لا شهوة، كما صرح به العلامة (١)، لأن الإمام ولي المسلمين فيرى لهم الأصلح من الثلاثة. ويحتمل هنا كون التخيير كذلك، فإن قطع الأيدي والأرجل قد يكون أصلح، ليعتبر الكفار ويرهبوا، ويرغب ضعيف العقيدة في اتباع المسلمين، ويمكن كون ضرب العنق أصلح باعتبار آخر.

" وينزفوا " بضم الياء وفتح الزاء، على البناء للمفعول، لأن الدم هو الفاعل للنزف لغة. قاله الجوهري: " يقال: نزفه الدم، إذا خرج منه دم كثير حتى يضعف، فهو نزيف ومنزوف " (٢). ونبه بقوله " حتى يموتوا " على أن لا بد من موتهم، فلو لم

(١) المنتهى ٢: ٩٢٨.

(٢) الصحاح ٤: ١٤٣١ مادة " نزف " .

وإن أسروا بعد تقضي الحرب، لم يقتلوا، وكان الإمام مخيرا بين المن والفداء والاسترقاق.

ولو أسلموا بعد الأسر، لم يسقط عنهم هذا الحكم. ولو عجز الأسير عن المشي، لم يجب قتله، لأنه لا يدرى ما حكم الإمام فيه؟ ولو بدر مسلم فقتله، كان هدرا.

يموتوا بخروج الدم أجهز عليهم بغيره.

قوله: " ولو أسروا بعد تقضي الحرب لم يقتلوا، وكان الإمام مخيرا، بين المن والفداء والاسترقاق "

هذا هو المشهور. وقيل: يجوز القتل هنا. وهو ضعيف. ولا فرق في ذلك بين الكتابي وغيره، خلافا للشيخ، حيث نفى الاسترقاق عن غير الكتابي، لأنه لا يقر على دينه (١). ويتعين هنا الأصلح من الثلاثة للمسلمين، وهو في قوة رفع التخيير. نعم لو تساوت المصالح في الثلاثة تحقق التخيير، كما أنها لو تساوت في اثنين تخير فيهما خاصة. ومال الفداء والمسترق من جملة الغنيمة.

قوله: " ولو عجز الأسير عن المشي، لم يجب قتله... الخ "

والمراد بالأسير هنا المأخوذ والحرب قائمة، لا بعد انقضائها، لأن القتل عن الثاني مرتفع أصلا، والتعليل يشعر بذلك، للعلم بأن الإمام لا يحكم بقتل هذا النوع. وأما الأول فلأنه لا يعلم ما حكم الإمام فيه بالنسبة إلى نوع القتل الذي يقتله به، وأيضا فقتله بعد انقضاء الحرب إلى الإمام، فلا يجوز لغيره، كما في الزاني المحصن ونحوه. وكان حق العبارة نفي الجواز، لا نفي الوجوب، لما عرفته من التقرير. ويمكن أن يكون نفي الوجوب على أصله، بمعنى أن الأسير إن عجز عن المشي، ولم يتمكن من ركوبه، ولا من إيصاله إلى الإمام، فإنه يحتمل هنا أن يقال: يجب قتله، لأن القتل متعين عليه، فلا يجوز للمسلم أن يتركه وينصرف، لما فيه من الاخلال بالواجب وتقوية الكفار، فإنه يستريح ويذهب إليهم، ولأنه يؤدي إلى جعل

(١) المبسوط ٢: ٢٠.

ويجب أن يطعم الأسير، ويسقى، وإن أريد قتله.
ويكره قتله صبوا، وحمل رأسه من المعركة.
ويجب مواراة الشهيد دون الحربي. وإن اشتبها يوارى من كان
كميش الذكر.
وحكم الطفل المسيبي حكم أبويه. فإن أسلما، أو أسلم أحدهما،

ذلك وسيلة إلى الخلاص بالحيلة. وعلى ما بيناه لا يجوز قتله حينئذ، بل يتركه
ويذهب. وعليه العمل، لقول زين العابدين عليه السلام: " إذا أخذت أسيرا فعجز
عن المشي، ولم يكن معك محمل، فأرسله ولا تقتله فإنك لا تدري ما حكم الإمام
فيه " (١). ولو بدر وقتله مسلم أو كافر فلا قصاص ولا دية ولا كفارة، لأنه كافر لا أمان
له. نعم يعزر قاتله. وكذا الحكم لو قتله قاتل من غير عجز.
قوله: " ويجب أن يطعم الأسير، ويسقى، وإن أريد قتله " .
أي وإن أريد قتله في ذلك الوقت الذي يحتاج فيه إلى الطعام والشراب، لقول
الصادق عليه السلام: " الأسير يطعم وإن كان قد تقدم للقتل " (٢).
قوله: " ويكره قتله صبوا " .

القتل صبوا هو الحبس للقتل. فإن أريد قتله قتل على غير ذلك الوجه. كذا
فسره جماعة (٣). قال الصادق عليه السلام: " لم يقتل رسول الله صلى الله عليه وآله
وسلم رجلا صبوا قط غير عقبة بن أبي معيط " (٤). وقيل: المراد التعذيب حتى
يموت، وقيل قتله: جهرا بين الناس، وقيل: أن يتهدد بالقتل ثم يقتل.
قوله: " وحمل رأسه من المعركة " .

-
- (١) الكافي ٥: ٣٥ ح ١، علل الشرائع: ٥٦٥ ب " ٣٦٦ " ح ١، التهذيب ٦: ١٥٣ ح ٢٦٧، الوسائل
١١: ٥٣ ب " ٢٣ " من أبواب جهاد العدو ح ٢.
(٢) التهذيب ٦: ١٥٣ ح ٢٦٨، الوسائل ١١: ٦٩ ب " ٣٢ " من أبواب جهاد العدو ح ٢. والفظ الحديث
" وإن كان يقدم " .
(٣) كما في السرائر ٢: ٩، والتنقيح الرائع ١: ٥٨٨.
(٤) التهذيب ٦: ١٧٣ ح ٣٤٠، الوسائل ١١: ١١٢ ب " ٦٦ " من أبواب جهاد العدو.

تبعه الولد.
ولو سبي منفردا، قيل: يتبع السابي في الاسلام.

أي حمل رأس الكافر المقتول، المدلول عليه بالمقام. ولو كان في حمله نكايه للكفار لم يكره.

قوله: " ولو سبي منفردا، قيل: يتبع السابي في الاسلام ".
القول للشيخ (١) (رحمه الله)، وابن الجنيد (٢)، وابن البراج (٣). وقواه الشهيد (رحمه الله) في بعض فوائده (٤). وهو مذهب العامة أجمع. وحجتهم في ذلك أن الدين إنما يثبت له تبعا، وقد انقطعت تبعيته لأبويه، لانقطاعه عنهما، وإخراجه عن دارهما، ومصيره إلى دار الاسلام تبعا لسابيه المسلم فكان تابعا له في دينه، ولظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " كل مولود يولد على الفطرة وإنما أبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه " (٥)

وهما معه (٦)، فإذا انقطع عنهما وزالت المعية، انتفى المقتضي لكفره، فيرجع إلى الفطرة. ويظهر من المصنف التوقف فيه، حيث جعله قولاً. وكذلك العلامة توقف فيه في أكثر كتبه (٧). وفي القواعد (٨) قرب تبعيته له في الطهارة خاصة، وتبعه عليه ولده في الشرح (٩). وهو مذهب ابن إدريس (١٠). واختاره المحقق الشيخ

-
- (١) المبسوط ٢: ٢٣.
(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٣١ والشهيد في الدروس: ١٦٣.
(٣) المهذب ١: ٣١٨.
(٤) لم نعثر عليه صريحا وربما يستظهر من قوله في القواعد والفوائد ١: ٣٣٤ القاعدة " ١٢٠ " في ضمن أحكام الأب والجد: " ومنعهما تبعية السابي في الاسلام إذا كان الصغير مع أحدهما ".
(٥) الفقيه ٢: ٢٦ ح ٩٦، علل الشرائع: ٣٧٦ ب " ١٠٤ " ح ٢، الوسائل ١١: ٩٦ ب " ٤٨ " من أبواب جهاد العدو ح ٣.
(٦) يبدو من العبارة أنه (رحمه الله) اعتبر هذه الجملة من تنمة الحديث. ولم نجد في مصادر الخاصة والعامة هذا الذيل بالرغم من اختلاف عبارات الحديث. نعم حكاه العلامة في التذكرة ١: ٤٢٥ مع هذا الذيل.
(٧) المختلف: ٣٣١، التحرير ١: ١٤١، المنتهى ٢: ٩٣٢، التذكرة ١: ٤٢٥.
(٨) قواعد الأحكام ١: ١٠٥.
(٩) إيضاح الفوائد ١: ٣٦٤.
(١٠) لم نعثر عليه.

علي في حاشيته (١). واحتجوا عليه بأصالة الطهارة السالمة عن معارضة يقين النجاسة، وبلزوم الحرج المنفي لو حكم بنجاسته، وبالاعتصار بالرخصة على موضع اليقين.

وعندي في الاستدلال من الجانبين نظر، فإننا نمنع - أولاً - انقطاع تبعيته لأبويه، بمجرد مفارقتهم لهما، واستقراره عند المسلم في دار الإسلام، فإنه لا دليل عليه، مع تحقق الحكم قبل السبي بنجاسته، بل قبل انفراجه عنهما، الموجب لاستصحابها، ولانتقاضه بما لو ماتا عنه بعد سبيهما معه، فإنه لا يحكم بإسلامه حينئذ عند الشيخ (٢)، وبما لو انفرد ولد الذميين عنهما بمسلم (٣) في دار الإسلام، فإنه لا يرتفع عنه حكم الكفر إجماعاً، مع تحقق المفارقة.

فإن قيل: العلة مركبة من المفارقة وملك المسلم ودار الإسلام، فلا يرد عليهما ما لا يجمع الأوصاف الثلاثة، فإن الملك في ولد الذميين غير متحقق. قلنا: هذه العلة تحتاج إلى الدليل، ومع ذلك فإن دار الإسلام وإن ذكر في الدليل، لكنه غير معتبر في نفسه قطعاً، فإن السابي لو أقام به في دار الكفر، للتجارة وغيرها، لحكموا بتبعيته له أيضاً. وأما الملك فيتخلف قبل قسمة الغنيمة، وبعد الاستقلال بالسبي، والانفراد، فإن الملك لم يتحقق لأحد عند جماعة منهم، مع تحقق الحكم. اللهم إلا أن يمنعوا الحكم هنا على تقدير منع الملك، فبقي تخلف الولد عن أبويه وانقطاعه عنهما فإن الظاهر أن حقيقة دليلهم يرجع إليه عملاً بظاهر الخبر وحينئذ فينتقض بما ذكرناه.

ثم لا شبهة في أنه حيوان متفرع من حيوانين نجسين ومن ثم كان قبل الأسر نجساً لأن ذلك هو مقتضى الفرعية. وانفراجه عنهما ليس من المطهرات المعدودة

(١) حاشية المحقق الثاني على الشرائع: ٢٩٨ "مخطوط".

(٢) المبسوط ٢: ٢٢.

(٣) كذا في جميع ما لدينا من النسخ وفي "و" لمسلم. ولعله أولى.

واستصحاب الحكم في ذلك حجة ومتى ثبتت النجاسة لم يثبت الاسلام (١).
وأما الخبر فظاهره يدل على كون المولود على الفطرة، وذلك يقتضي أن لا يكون
أحد مرتدا عن ملة، وهذا الظاهر غير مراد منه. ومن ثم حملة المرتضى (رحمه الله)
على أن المعنى أن كل مولود يولد ليكون على الفطرة (٢)، فلا دلالة للحديث حينئذ
على مطلوبهم، لأن الكون إنما يتحقق بعد البلوغ.

سلمنا دلالة صدره، لكن قوله: " وإنما أبواه يهودانه إلى آخره " يقتضي أنه
لا ينتقل إلى الكفر عن الفطرة، إلا أن يكونا يهوديين أو نصرانيين أو مجوسيين، فولد
غيرهم من أهل الملل لا يدخل فيه. إلا أن يقال: إن ذلك ثابت بالاجماع على عدم
الفرق.

سلمنا، لكن ذلك يتحقق بوجوده معهما وقتا ما، بدليل نجاسته قبل السبي،
فإن سببها ليس إلا تأثيرهما فيه ذلك، فيستصحب مع العمل بمقتضى الخبر، فيكون
الخبر دليلا عليهم لا لهم، لأنه دل على كونهما صيراه قبل السبي بحكمهما في الدين،
فما الذي أزاله؟.

وأما أصالة الطهارة فحقها أن تقلب، لتحقق النجاسة بمجرد الولادة، فيجب
استصحابها، وهو أصل سالم عن معارضة يقين الطهارة.
ودليل الحرج ليس بصالح لتأسيس الحكم لتخلفه في موارد أعظم حرجا
وضررا منه، مع بقاء النجاسة، كما لو استأجر المسلم ولد الذمي مدة صغره، بل
مطلق الكفار في المدة الطويلة، ولم يقل أحد بالحكم بالطهارة حينئذ بسبب الحرج.
وأما الاقتصار بالرخصة على موضع اليقين، فهو جيد في موضعه، إن لم يكن
هنا قائل بعدم التبعية مطلقا، فإنه حينئذ لا يجوز المصير إليه، ويتعين اتباع أحد
القولين، ويكون الاقتصار على الطهارة موضع اليقين. لكن الحكم بالطهارة أيضا

(١) في " و " و " ه " ثبت الكفر. ورود " لم يثبت الاسلام " في هامش " ه " بعنوان نسخة بدل.

(٢) أمالي السيد المرتضى ٢: ٨٣.

من دون الاسلام انفكاك غير معهود شرعا، إلا أنه مع عدم القائل بالنجاسة غير ضائر إن شاء الله. فلا بأس بالعمل بهذا القول.

ولو فرض أن الطفل سبي مع أحدهما خاصة تبعه في الكفر، على ما صرح به الشيخ (١)، مع احتمال العدم على مذهبه، لما تقدم من أن الحكم بكفره في الخبر معلق على شيئين، فلا يثبت بأحدهما. لكن دلالة المفهوم ضعيفة.

ولو فرض أنهما ماتا بعد سبيهما معه، فمقتضى دليل الشيخ تبعيته الآن للسابي، لكنه وافق هنا على عدم الحكم بإسلامه، محتجا بأنه مولود من كافرين، فإذا ماتا أو مات أحدهما لم يحكم بإسلامه، كما لو كانا في دار الحرب، وبأنه كافرا أصلي فلم يحكم بإسلامه بموت أبويه كالبالغ. وهذه الحجة بعينها قائمة فيما لو انفرد عنهما، والخبر على الوجه الذي ذكره يتناولهما، فالفرق غير واضح.

ثم يتفرع على القولين أمور:

الأول: لو مات في يد المسلم قبل البلوغ، فعلى قول الشيخ يجب تغسيله وتكفينه والصلاة عليه، إن بلغ الست ويستحب قبلها. وعلى القول الآخر لا يصح ذلك، لأنه بحكم الكافر، كما لو مات مصاحبا لأبويه، وإن كان ملكا للمسلم، وحكم بطهارته.

الثاني: لو بلغ، استمر مسلما عند الشيخ، وإن لم يسمع منه الاعتراف بما يوجب الاسلام، كما في ولد المسلم. على القول الآخر، لا يحكم بطهارته بعد البلوغ، إلا أن يظهر الاسلام، كغيره من أولاد الكفار. فينبغي لمن ابتلي بذلك أن يعلمه ما يتحقق معه الاسلام قبل البلوغ، ويستنطقه به عند تحقق البلوغ، ليتصل الحكم بالطهارة.

الثالث: لو اشتبه سنه وبلوغه، بني على أصالة العدم، فيستصحب الطهارة على القول الثاني إلى أن يعلم. وينبغي مراعاته عند ظهور الأمارات المفيدة للظن،

(١) المبسوط ٢: ٢٢.

تفريع
إذا أسر الزوج لم يفسخ النكاح. ولو استرق انفسخ، لتجدد الملك. ولو كان الأسير طفلاً أو امرأة، انفسخ النكاح، لتحقق الرق بالسبي. وكذا لو أسر الزوجان. ولو كان الزوجان مملوكين لم يفسخ، لأنه لم يحدث رق. ولو قيل: بتخير الغانم في الفسخ، كان حسناً.

بالاختبار لعنته، وتكرار الاقرار بالشهادتين في مختلف الأوقات.
الرابع: عدم بيعه لغير المسلم على قول الشيخ، وعلى القول الآخر يجوز، مع احتمال العدم، لتشبهه بالاسلام، واتصافه منه ببعض الأحكام، بخلاف الكافر المحض، ومن هو بحكمه. وبهذا يظهر أن القول بتبعيته في الطهارة خاصة ليس هو أحوط القولين، بل الحكم بإسلامه أحوط في الأمر الأول والأخير.
الخامس: لو مات قريبه المسلم وله وارث مسلم فعلى قول الشيخ يشاركه إن كان في درجته، ويختص إن كان أقرب. وعلى القول الآخر الإرث للآخر خاصة. ولو فرض أنه بلغ قبل القسمة مع تعدد الوارث، وأسلم شارك، أو اختص على الثاني. ولو لم يكن لقريبه المسلم وارث سواه، اشترى من التركة، وورث على الأول، وكان الميراث للإمام على الثاني. إلى غير ذلك من الأحكام.
قوله: " وإذا أسر الزوج لم يفسخ النكاح "

هذا الحكم عندنا موضع وفاق، وإنما نبه به على خلاف أبي حنيفة (١)، حيث حكم بالانفساخ، بناء على طرو الملك. ومنعه ظاهر، فإن الملك لا يحصل في الكبير إلا بالاسترقاق، لا بمجرد الأسر. والمراد بالزوج هنا البالغ، بدليل ما يأتي من قوله: " ولو كان الأسير طفلاً أو امرأة انفسخ ". والفرق تحقق الرق بمجرد الأسر فيهما دونه.

قوله: " ولو كان الزوجان مملوكين لم يفسخ - إلى قوله - كان حسناً ".
ما حسنه المصنف حسن، كما لو ملكهما بالبيع. وألحق به في التذكرة ما لو سباهما

(١) انظر الشرح الكبير لابن قدامة ١٠: ٤٠٧.

ولو سببت امرأة، فصولح أهلها على إطلاق أسير في يد أهل الشرك فأطلق، لم يجب إعادة المرأة. ولو أعتقت بعوض جاز، ما لم يكن قد استولدها مسلم.

ويلحق بهذا الطرف مسألتان:

الأولى: إذا أسلم الحربي في دار الحرب، حقن دمه، وعصم ماله مما ينقل، كالذهب (والفضة) والأمتعة، دون ما لا ينقل كالأرضين والعقار، فإنها للمسلمين، ولحق به ولده الأصغر، ولو كان فيهم حمل. ولو سببت أم الحمل، كانت رقا دون ولدها منه. وكذا لو كانت الحربية حاملا من مسلم بوطنى مباح.

واحد وملكهما، فلا يفسخ النكاح إلا بفسخه (١). وكأنه أراد به ما لو سباهما في حال الغيبة، ممن يدخل في إذن الإمام عليه السلام، فإنه يملكهما دفعة، ويتخير في نكاحهما، وإلا كانت هي الأولى، لأن مجرد السبي لا مدخل له في الحكم بالنسبة إلى الغانمين.

قوله: " ولو سببت امرأة، فصولح أهلها - إلى قوله - لم يجب إعادة المرأة " .

لفساد الصلح بكون أحد عوضيه حرا ومن ثم لو كان مالا جاز، ووجبت إعادتها، ما لم يكن قد استولدها مسلم، كما نبه عليه بقوله: " ولو أعتقت " أي أطلقت. وإنما عبر بالعتق، للحكم بملكها بالأسر، فردها إلى الكفار إطلاق لها من التملك، فكان كالعتق.

قوله: " وكذا لو كانت الحربية حاملا من مسلم بوطنى مباح " . كما لو وطئها بشبهة، أو بنكاح متعة إن كانت كتابية.

(١) التذكرة ١: ٤٢٦.

ولو أعتق مسلم عبدا ذميا بالنذر، فلحق بدار الحرب، فأسره المسلمون، جاز استرقاقه وقيل: لا، لتعلق ولاء المسلم به. ولو كان المعتق ذميا، استرق اجماعا.

الثانية: إذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب قبل مولاه، ملك نفسه، بشرط أن يخرج قبله. ولو خرج بعده كان على رقه ومنهم من لم يشترط خروجه. والأول أصح.

قوله: " ولو أعتق عبدا ذميا بالنذر... الخ "

قيد العتق بكونه بالنذر، تنبيها على عدم جواز عتق العبد الكافر تبرعا، ويصح بالنذر. وهو أحد الأقوال في المسألة وللشيخ قول بجوازه مطلقا (١). وعليه يتفرع الولاء، فإن شرطه كون العتق تبرعا. والمصنف جمع بين العتق بالنذر وبين الولاء، وهما متنافيان، كما سيأتي. ويمكن حمله على ولاء تضمن الجريمة، بأن يتعاقد المولى والمعتق بعد العتق على ضمانها، فيصح فيثبت ولاؤها، وإن كان الحمل بعيادا. وأصح القولين حينئذ أنه يسترق، للعموم (٢)، وتعلق الولاء لا يمنع. فإن مات سايبه ثبت الولاء، وإلا فلا.

قوله: " إذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب قبل مولاه... الخ "

اشتراط خروج العبد قبل مولاه إلى دار الإسلام في ملك نفسه هو الأقوى، للخبر (٣)، ولأن إسلام العبد لا ينافي تملك الكافر له، غايته أنه يجبر على بيعه. وإنما يملك نفسه بالقهر لسيدته، ولا يتحقق إلا بالخروج إلينا قبله. ولو أسلم بعده لم يملك نفسه، وإن خرج إلينا قبله، مع احتمالها، لاطلاق الخبر. ومتى ملك نفسه أمكن بعد ذلك أن يسترق مولاه، إذا قهره. والأمة في ذلك كالعبد.

(١) الخلاف " ط - كوشانپور " ٢ : ٦٥٢ مسألة ١١، المبسوط ٦ : ٧٠.

(٢) الوسائل ١١ : ٥٣ ب " ٢٣ " من أبواب جهاد العدو ح ١.

(٣) التهذيب ٦ : ١٥٢ ح ٢٦٤، الوسائل ١١ : ٨٩ ب " ٤٤ " من أبواب جهاد العدو ح ١، وسنن البيهقي ٩ : ٢٢٩.

الطرف الخامس

في أحكام الغنيمة

والنظر في الأقسام، وأحكام الأرضين المفتوحة، وكيفية القسمة. أما الأول: فالغنيمة هي الفائدة المكتسبة، سواء اكتسبت برأس مال كأرباح التجارات، أو بغيره كما يستفاد من دار الحرب. والنظر هاهنا يتعلق بالقسم الأخير. وهي أقسام ثلاثة: ما ينقل، كالذهب، والفضة، والأمتعة. وما لا ينقل، كالأرض، والعقار. وما هو سبي، كالنساء والأطفال.

والأول ينقسم إلى ما يصح تملكه للمسلم، وذلك يدخل في الغنيمة. وهذا القسم يختص به الغانمون بعد الخمس والجعائل. ولا يجوز لهم التصرف في شيء منه إلا بعد القسمة والاختصاص. وقيل: يجوز لهم تناول ما لا بد منه، كعلف الدابة، وأكل الطعام. وإلى ما

قوله: " والغنيمة هي الفائدة المكتسبة، سواء اكتسبت برأس مال كأرباح التجارات، أو غيره، أو ما يستفاد من دار الحرب ". استطراد البحث عن مفهومها لغة بالمعنى العام، مع أن المقصود هنا هو القسم الثاني، للتنبيه على أن مفهومها العام باق عندنا على أصله. ومنه يستفاد وجوب الخمس في أرباح التجارات ونحوها، لعموم قوله تعالى: * (ما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) * (١)، خلافا للعامة حيث خصوها بالمعنى الثاني، ونقلوها عن موضوعها اللغوي إلى غنائم دار الحرب خاصة، أو خصوها به (٢). قوله: " وقيل: يجوز لهم تناول ما لا بد منه، كعليف الدابة، وأكل الطعام ".

(١) الأنفال: ٤١.

(٢) انظر التفسير الكبير للفخر الرازي ١٥ : ١٦٤.

لا يصح تملكه، كالخمر والخنزير، ولا يدخل في الغنيمة، بل ينبغي إتلافه (إن أمكن) كالخنزير، أو يجوز إتلافه وإبقاؤه للتخليل كالخمر.

فروع

الأول: إذا باع أحد الغانمين غانما شيئاً، أو وهبه، لم يصح. ويمكن أن يقال: يصح في قدر حصته، ويكون الثاني أحق باليد على

حكايته قولاً يشعر بتوقفه فيه، والأصح جوازه. وقد ادعى عليه العلامة (١) الاجماع منا ومن العامة، إلا من شد منهم. وعموم قوله تعالى: * (فكلوا مما غنمتم) * (٢) يتناوله. والأخبار (٣) ناطقة به. ولا يشترط في تناول الطعام كونه مأكولاً بالفعل، بل كلما يصلح له كالغنم، فيجوز لهم ذبح ما يحتاجون إليه، لكن يجب رد جلودها إلى الغنيمة، لأنها ليست مأكولة، وإن احتاجوا إليها للسقاء والحداء. ولو فضل من المأكول فضلة وجب ردها. ويجب الاقتصار على الأكل في دار الحرب، أو المفازة التي في الطريق أما عمران دار الاسلام التي يمكن فيها الشراء، فيجب الامسك فيها. وتناول الأدوية ونحوها في حكم الطعام، دون غسل الثوب بالصابون وإن احتيج إليه.

قوله: " أو يجوز إتلافه وإبقاؤه للتخليل كالخمر " .

يستفاد من التخيير أنه لا يجب إبقاؤه حتماً رجاء التخليص، لأنه ليس مالا بالفعل، فيجوز إراقته. ويعلم من ذلك أن النجاسة لا تثبت بالقرائن الحالية ما لم يحصل العلم بها، وإلا لم يطهر خمرهم بالتخليص.

قوله: " إذا باع أحد الغانمين غانما شيئاً، أو وهبه، لم يصح. ويمكن أن يقال يصح... الخ " .

(١) المنتهى ٢: ٩٢٣، التذكرة ١: ٤١٩.

(٢) الأنفال: ٦٩.

(٣) الكافي ٥: ٢٩ ح ٨، التهذيب ٦: ١٣٨ ح ٢٣٢، الوسائل ١١: ٤٣ ب " ١٥ " من أبواب جهاد العدو ح ٣.

قول. ولو خرج هذا إلى دار الحرب أعاده إلى المغنم، لا إلى دافعه. ولو كان القابض من غير الغانمين لم تقر يده عليه.

الثاني: الأشياء المباحة في الأصل، كالصيود والأشجار، لا يختص بها أحد، ويجوز تملكها لكل مسلم. ولو كان عليه أثر ملك وهو في دار الحرب، كان غنيمة بناء على الظاهر، كالطير المقصوص والأشجار المقطوعة.

الثالث: لو وجد شيء في دار الحرب يحتمل أن يكون للمسلمين ولأهل الحرب، كالخيمة والسلاح، فحكمه حكم اللقطة. وقيل: يعرف سنة ثم يلحق بالغنيمة. وهو تحكم.

هذا الاحتمال مبني على أن الغانم يملك حصته من الغنيمة بالاستيلاء، لا بالقسمة. ويضعف - على تقديره - بأن حصته مجهولة، فلا يصح بيعها. وأيضا فلا يعلم تعلق حقه بعين المبيع، لجواز أن يخرج لغيره من الغانمين، أو يجعل في الخمس، أو الجعائل، فالملك على تقديره ضعيف لا يفيد جواز نقله. وقول المصنف: " ويكون الثاني أحق باليد " معطوف على قوله: " لم يصح " لا على الاحتمال، والمعنى أن البيع ونحوه وإن لم يصح، لكن يكون المدفوع إليه أحق بما وصل إليه من الدافع، لو كان مما يجوز الانتفاع به للغانم، كالطعام والعلف، فلا يجوز للدافع أخذه منه، بناء على فساد البيع، لأنهما في الأصل متساويان فيه. وقد يرجح القابض باليد، كما يرجح الأول - حيث كان في يده - بها. وهذا القول قوي، حتى لو كان المبيع طعام بطعام، كان كل واحد أولى من الآخر بما وصل إليه، وإن كان ربويا. ومثلهما في ذلك كالضيغين يتبادلان لقمة بلقمة عند عدم قرينة التخصيص، فإن ذلك يفيد إباحة التصرف فيما وصل إلى كل منهما، ولا يفيد ملكا حقيقيا، فلا يصرفانه في غير ما أذن لهما فيه شرعا. قوله: " فحكمه حكم اللقطة، وقيل يعرف سنة... الخ ".

الرابع: إذا كان في الغنيمة من ينعق على بعض الغانمين، قيل: ينعق نصيبه، ولا يجب أن يشتري حصص الباقيين، وقيل: لا ينعق إلا أن يجعله الإمام في حصته، أو حصة جماعة هو أحدهم ثم يرضى هو، فيلزمه شراء حصص الباقيين إن كان موسرا. وأما ما لا ينقل فهو للمسلمين قاطبة، وفيه الخمس. والإمام مخير بين أفراد خمس لأربابه، وبين إبقائه وإخراج الخمس من ارتفاعه وأما النساء والذراري، فمن جملة الغنائم، ويختص بهم الغانمون وفيهم الخمس لمستحقه.

القول الثاني للشيخ (١) (رحمه الله). أما تعريفه سنة، فلأنه مال ضائع، فيكون بحكم اللقطة في وجوب التعريف، وأما جعله بعد ذلك غنيمة، فبناء على الظاهر من أنه لو كان له مالك لظهر، فيكون حينئذ بحكم أموال أهل الحرب. وهو ضعيف، لأنه لقطه حقيقة، فيكون له حكمها، وإنما وجب تعريفه سنة لذلك، فكيف يرجع غنيمة بعد التعريف الموجب لجواز التملك وغيره من أحكام اللقطة؟! فمختار المصنف أقوى.

قوله: " إذا كان في الغنيمة من ينعق على بعض الغانمين، قيل: ينعق نصيبه... الخ "

مبنى القولين على أن الغانم هل يملك حصته بالاستيلاء، أو يملك به أن يملك، وإنما يحصل الملك الحقيقي بالقسمة؟ قيل بالأول، لأن الاستيلاء على ما ليس بمعصوم من الأموال سبب الملك، ولزوال ملك الكفار به، فلو لم يملكها المسلمون لكان ملكا بغير مالك، وعلى هذا فيكون القسمة مميزة للحق، كالمال المشترك، وقيل: كاشفة عن سبق الملك بالاستيلاء، إذ يمكن زواله قبلها بالاعراض والتلف. وقيل بالثاني، لأن الإمام يقسم الغنيمة بين الغانمين قسمة تشه وإجبار،

(١) المبسوط ٢: ٣٠.

الثاني: في أحكام الأرضين.
كل أرض فتحت عنوة وكانت محياة، فهي للمسلمين قاطبة.
والغانمون في الجملة.

لا قسمة تراض منهم واختيار، ولو ملكوا حقيقة لم يجز ذلك إلا برضاهم، ولأن خفهم يزول بالاعراض ولا شيء من المملوك كذلك، ولعدم وجوب الزكاة على أحد منهم إلى أن يتحقق القسمة، فيجري حينئذ في حولها، ولدخول المولود بعد الحيازة والمدد معهم، وهو ينافي الملك. وفي هذه الأدلة نظر. والأول لا يخلو من قوة. وعليها تنفرع هذه المسألة ونظائرها. فعلى الأول ينعقد نصيبه منها ولا يسري عليه، لأن الملك قهري. وهو اختيار الشيخ (١) والعلامة (٢).
قوله: " كل أرض فتحت عنوة "

العنوة - بفتح العين واسكان النون - الخضوع والذل، يقال: عنا، يعنوا: خضع وذل. ومنه قوله تعالى: * (وعنت الوجوه للحي القيوم) * (٣). والمراد هنا فتحها بالقهر والغلبة.

قوله: " وكانت محياة فهي للمسلمين قاطبة والغانمون في الجملة " .
المراد بكونها محياة كونها كذلك وقت الفتح. ويثبت كونها مفتوحة عنوة بنقل من يوثق بنقله، واشتهاره بين المؤرخين. وقد عدوا من ذلك مكة المشرفة، سواد الفراق، وبلاد خراسان، والشام. وجعل بعض الأصحاب (٤) من الأدلة على ذلك ضرب الخراج من الحاكم وإن كان جائرا، وأخذ المقاسمة من ارتفاعها، عملا بأن الأصل في تصرفات المسلمين الصحة، وكونها عامرة وقت الفتح بالقرائن المفيدة للظن المتأخم للعلم، كتقادم عهد البلد، واشتهار تقدمها على الفتح، وكون الأرض مما يقضي القرائن المذكورة بكونها مستعملة في ذلك الوقت، لقربها من البلد وعدم

(١) المبسوط ٢: ٣٢ - ٣٣.

(٢) المنتهى ٢: ٩٣٤.

(٣) طه: ١١١.

(٤) حاشية المحقق الثاني على الشرائع: ٣٠١ " مخطوط "

المانع من استعمالها عادة، ونحو ذلك ما لا يضبطه إلا الأمارات المفيدة للعلم أو ما يقاربه.

قوله: " والنظر فيها إلى الإمام "

هذا مع ظهوره وبسط يده. أما مع غيبته كهذا الزمان، فكل أرض يدعي أحد ملكها بشراء وإرث ونحوهما، ولا يعلم فساد دعواه، يقر في يده كذلك لجواز صدقة، وحاملا لتصرفه على الصحة فإن الأرض المذكورة يمكن تملكها بوجوه، منها أحيائها ميتة، ومنها بيعها تبعا لأثر المتصرف فيها من بناء وغرس ونحوهما كما سيأتي. وما لا يد عليه لأحد يملكه، للمسلمين قاطبة كما مر، إلا أن ما يتولاه الجائر من مقاسمتها وخراجها يجوز لنا تناوله منه بالشراء وغيره من الأسباب المملكة، بإذن أئمتنا (عليهم السلام) لنا في ذلك (١). وقد ذكر الأصحاب أنه لا يجوز لأحد جحدهما، ولا منعهما، ولا التصرف فيهما إلا بإذنه، بل ادعى بعضهم الاتفاق عليه (٢). وهل يتوقف التصرف في هذا القسم منها على إذن الحاكم الشرعي إن كان متمكنا من صرفها في وجهها، بناء على كونه نائبا عن المستحق (عليه السلام) ومفوضا إليه ما هو أعظم من ذلك؟ الظاهر ذلك. وحيثذ فيجب عليه صرف حاصلها في مصالح المسلمين كما سيأتي. ومع عدم التمكن أمرها إلى الجائر. وأما جواز التصرف فيها كيف اتفق لكل أحد من المسلمين فبعيد جدا، بل لم أقف على قائل به، لأن المسلمين بين قائل بأولوية الجائر، وتوقف التصرف على إذنه، وبين مفوض للأمر إلى الإمام العادل (عليه السلام)، فمع غيبته يرجع الأمر إلى نائبه، فالتصرف بدونهما لا دليل عليه، وليس هذا من باب الأنفال التي أذنوا (عليهم السلام) لشيعتهم في التصرف فيه حال الغيبة (٣)، لأن ذلك حقهم، فلهم الإذن فيه مطلقا، بخلاف الأرض المفتوحة عنوة، فإنها للمسلمين قاطبة، ولم ينقل عنهم

(١) راجع الوسائل ١٢: ١٦١ ب " ٥١ و ٥٢ " من أبواب ما يكتسب به.

(٢) حاشية المحقق الكركي على الشرائع: ٣٠٠.

(٣) الوسائل ٦: ٣٧٨ ب " ٤ " من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام.

ولا يملكها المتصرف على الخصوص. ولا يصح بيعها، ولا هبتها،
ولا وقفها.

ويصرف الإمام حاصلها في المصالح، مثل سد الثغور، ومعونة
الغزاة، وبناء القناطر. وما كانت مواتا وقت الفتح فهو للإمام خاصة، ولا
يجوز إحياءه إلا بإذنه إن كان موجودا.

(عليهم السلام) الإذن في هذا النوع. وكيف كان فظاهر الأصحاب أن الخراج
والمقاسمة لازمة للجائر، حيث يطلبه، أو يتوقف على إذنه.
قوله: " ولا يجوز بيعها ولا وقفها ولا هبتها "

أي لا يصح شيء من ذلك في رقبته مستقلة. أما لو فعل ذلك بها تبعا لآثار
المتصرف من بناء وغرس وزرع، فجائز على الأقوى. فإذا باعها بائع مع شيء من
هذه الآثار دخلت في البيع على سبيل التبع. وكذا الوقف وغيره. ويستمر كذلك ما
دام شيء من الآثار باقيا. فإذا ذهبت أجمع، انقطع حق المشتري والموقوف عليه
وغيرهما عنها. هكذا ذكره جمع من المتأخرين (١)، وعليه العمل.
قوله: " ويصرف الإمام حاصلها في المصالح "

المراد بالمصالح مصالح المسلمين، مثل بناء القناطر والمساجد، وترتيب أئمة
الصلوات، والمؤذنين، والقضاة، والجند ونحو ذلك.

قوله: " وما كان مواتا وقت الفتح فهو للإمام خاصة... الخ "

موات هذه الأرض تلحق بالأنفال، لا يجوز إحياء شيء منه إلا بإذن الإمام
مع ظهوره. وفي حال الغيبة يملكه المحيي. ويعلم الموات بوجوده الآن مواتا، مع
عدم سبق أثر العمارة القديمة عليه، وعدم القرائن الدالة على كونه عامرا قبل ذلك،
كسواد العراق، فإن أكثره كان معمورا وقت الفتح، وبسببه سميت أرض السواد.
وما يوجد منها عامرا الآن يرجع فيه إلى قرائن الأحوال، كما مر قبل (٢). ومنها ضرب

(١) راجع القواعد ١: ١٢٦، الدروس: ٦٣، وحاشية المحقق الثاني على الشرائع: ٣٠١ وجامع المقاصد
٩٧: ٤.

(٢) في ص ٥٤.

ولو تصرف فيها من غير إذنه، كان على المتصرف طسقتها.
ويملكها المحيي عند عدمه، من غير إذن.
وكل أرض فتحت صلحا، فهي لأربابها وعليهم ما صالحهم
الإمام.

وهذه تملك على الخصوص، ويصح بيعها، والتصرف فيها بجميع
أنواع التصرف. ولو باعها المالك من مسلح صح، وانتقل ما عليها إلى ذمة
البائع. هذا إذا صولحوا على أن الأرض لهم. أما لو صولحوا على أن
الأرض للمسلمين، ولهم السكنى، وعلى أعناقهم الجزية، كان حكمها
حكم الأرض المفتوحة عنوة، عامرها للمسلمين، و مواتها للإمام. ولو
أسلم الذمي سقط ما ضرب على أرضه، وملكها على الخصوص.

الخراج، وأخذ المقاسمة من ارتفاعه، فإن انتفى الجميع فالأصل يقتضي عدم تقدم
العمارة، فيكون ملكا لمن في يده.

قوله: " ولو تصرف فيها من غير إذنه كان على المتصرف طسقتها "

الطسق: فارسي معرب. وأصله تسك. (١) والمراد به أجرتها.

قوله: " ويملكها المحيي عند عدمه من غير إذن "

أي في حال غيبة. وإطلاق المحيي يشمل المؤمن والمخالف والكافر. وقد صرح
به الشهيد (رحمه الله) في بعض ما نقل عنه (٢). ويحتمل كون الحكم مختصا بشيعته،
عملا بظاهر الإذن (٣).

قوله: " وكل أرض فتحت صلحا فهي لأربابها، وعليهم ما صالحهم
الإمام "

هذه تسمى أرض الجزية، إذ ليس على أهلها الكفار سوى المال المضروب على

(١) لم نجد هذه الكلمة ولا ما يقاربها في قواميس اللغة الفارسية فلعل الطسق معرب من لغة
أخرى.

(٢) حكاة المحقق الثاني في حاشيته على الشرائع: ٣٠٢.

(٣) الوسائل ٦: ٣٧٨ ب " ٤ " من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام.

وكل أرض أسلم أهلها عليها فهي لهم على الخصوص، وليس عليهم شيء فيها، سوى الزكاة إذا حصلت شرائطها.
خاتمة

كل أرض ترك أهلها عمارتها، كان للإمام تقبيلها ممن يقوم بها،
وعليه طسقتها لأربابها.
وكل أرض موات، سبق إليها سابق فأحيها، كان أحق بها.

الأرض، إذا لم يقع الصلح على أن الأرض للمسلمين، وإلا كانت كالمفتوحة عنوة
كنخير. وإنما يكون أرض جزية، ويلزمهم ما صولحوا عليه ما داموا على الكفر، فلو
أسلموا صارت - كالأرض التي أسلم أهلها عليها طوعا - ملكا لأربابها بغير عوض.
قوله: " وكل أرض أسلم أهلها عليها فهي لهم على الخصوص... الخ "

هذا هو القسم الثالث من أقسام الأرض، وهي أرض من أسلم أهلها عليها
طوعا. وقد عد من ذلك المدينة المشرفة والبحرين وأطراف اليمن. وهذه تترك في يد
أربابها ملكا لهم، يتصرفون فيها كيف شاؤوا، إذا قاموا بعمارتها. فلو تركوها وخربت،
كانت للمسلمين قاطبة، وكان للإمام تقبيلها ممن يعمرها بما شاء.
قوله: " كل أرض ترك أهلها عمارتها... الخ "

وذلك كالأرض المتقدمة التي أسلم عليها أهلها، وأرض الجزية، وغيرها من
المملوكات. ولا ينحصر أجرتها فيما قبل به الإمام، بل لهم الأجرة، وما زاد من مال
التقبيل لبيت المال، لما تقدم من أن حاصلها يصير للمسلمين.
قوله: " وكل أرض موات سبق إليها سابق... الخ "

الأرض الموات لا تخلو، إما أن تكون مواتا من أصلها بحيث لم يجر عليها يد
مالك، أولا. والأولى للإمام (عليه السلام) لا يجوز إحيائها إلا بإذنه في حال
حضوره، وفي غيبته يملكها المحيي. وإن جرى عليها يد مالك ثم خربت فلا يخلو،
إما أن يكون قد انتقلت إليه بالشراء ونحوه، أو بالاحياء. والأولى لا يزول ملكه عنها

وإن كان لها مالك معروف فعليه طسقتها. وإذا استأجر مسلم دارا من حربي، ثم فتحت تلك الأرض، لم تبطل الإجارة وإن ملكها المسلمون.

بالخراب إجماعا، نقله العلامة (رحمه الله) في التذكرة (١) عن جميع أهل العلم. والثانية - وهي التي ملكت بالاحياء - لا يخلو إما أن يكون مالكةا معيناً أو غير معين. والثانية تكون للإمام (عليه السلام) من جملة الأنفال، يملكها المحيي لها في حال الغيبة أيضاً، فإن تركها حتى خربت زال ملكه عنها، وجاز لغيره تملكها وهكذا. والأولى - وهي التي قد خربت ولها مالك معروف - فقد اختلف الأصحاب في حكمها، فذهب الشيخ (رحمه الله) (٢) إلى أنها تبقى على ملك مالكةا، لكن يجوز إحيائها لغيره، ويبقى أحق بها، لكن عليه طسقتها لمالكةا واختاره المصنف. وذهب آخرون إلى إنها تخرج عن ملك الأول، ويسوغ إحيائها لغيره، ويملكها المحيي. واختاره العلامة (٣). وهو أقوى. والأخبار الصحيحة (٤) دالة عليه. وشرط في الدرس (٥) إذن المالك، فإن تعذر فالحاكم. فإن تعذر جاز الاحياء بغير إذن. ودليله غير واضح. وفي المسألة قول آخر، وهو عدم جواز احيائها مطلقاً بدون إذن مالكةا، ولا يملك بالاحياء، كالمنتقلة بالشراء وشبهه. واختاره المحقق الشيخ علي (٦) (رحمه الله). وله شواهد من الأخبار (٧)، إلا أن الأول أقوى وأصح سنداً، وأوضح دلالة. وباقي الأقوال مخرجة.

(١) التذكرة ٢: ٤٠١.

(٢) النهاية: ٤٢٠.

(٣) التذكرة ٢: ٤٠١.

(٤) الوسائل ١٧: ٣٢٨ ب " ٣ " من أبواب احياء الموات ح ١ و ٢.

(٥) الدروس: ٢٩١.

(٦) رسالة الأرض المندرسة في المجموعة الثانية من رسائل المحقق الكركي: ٢٠١ - ٢٠٢ وحاشيته على الشرائع: ٢٠٣ " مخطوط ".

(٧) التهذيب ٧: ١٤٨ ح ٦٥٨، الوسائل ١٧: ٣٢٩ ب " ٣ " من أبواب احياء الموات ح ٣. راجع أيضاً رسالة الأرض المندرسة: ٢٠٣.

الثالث: في قسمة الغنيمة.
يجب أن يبدأ بما شرطه الإمام، كالجعائل والسلب، إذا شرط
للقاتل، ولو لم يشرط لم يختص به.
ثم بما يحتاج إليه من النفقة مدة بقائها حتى تقسم، كأجرة الحافظ
والراعي والناقل، وبما يرضخه للنساء والعبيد والكفار، إن قاتلوا بإذن
الإمام، فإنه لا سهم للثلاثة.
ثم يخرج الخمس، وقيل: بل يخرج الخمس مقدما، عملا بالآية،
والأول أشبه. ثم تقسم أربعة أخماس بين المقاتلة، ومن حضر القتال ولو

قوله: " كالجعائل والسلب "

السلب - بفتح اللام - المال المتصل بالمقتول، كالثياب، والعمامة، والقلنسوة،
والدرع، والمغفر، والبيضة، والجوشن، والسلاح، والدابة المركوبة، والجنيب الذي
يستعين به، ونحوها. وفي اشتراط كونه مع ذلك محتاجا إليه في القتال نظر، وعدم
الاشتراط لا يخلو من قوة، وهو اختيار الشيخ (١). وتظهر الفائدة في مثل الهميان الذي
للفنقة، والمنطقة، والطوق المتخذ للزينة.

قوله: " وبما يرضخه للنساء "

الرضخ العطاء الذي ليس بالكثير. والمراد هنا العطاء الذي لا يبلغ سهم
الفارس، إن كان المرضخ له فارسا، ولا الراجل إن كان راجلا والخنثى المشكل في
حكم المرأة، لعدم العلم بالذكورة التي هي شرط وجوب الجهاد. وقيل: له نصف
سهم ونصف رضخ كالميراث.

قوله: " وقيل: بل يخرج الخمس مقدما عملا بالآية، والأول أشبه "

تقديم السلب والجعائل على الخمس متجه، لخروجها عن اسم الغنيمة التي
أوجب الله تعالى فيها الخمس بالآية (٢). وأما تقديم الرضخ عليه فغير واضح، لأن

(١) المبسوط ٢: ٦٧.

(٢) الأنفال: ٤١.

لم يقاتل، حتى الطفل ولو ولد بعد الحيازة وقبل القسمة. وكذا من اتصل بالمقاتلة من المدد، ولو بعد الحيازة وقبل القسمة. ثم يعطى الراجل سهمًا، والفارس سهمين، وقيل: ثلاثة، والأول أظهر.

الرضخ في الحقيقية نوع من قسمة الغنيمة، غايته أنه ناقص عن السهام، وذلك غير مانع، كما أن نقص سهم الراجل عن سهم الفارس غير مؤثر في تقديم الخمس عليه. وإطلاق اسم الغنيمة على المال المدفوع رضخًا واضح، فوجوب الخمس فيه قوي. وفي المختلف (١) قدم الخمس على الجميع، إن لم يشترط الإمام لأرباب الحقوق حقوقهم من غير خمس، والأوسط أوسط.

قوله: " حتى الطفل ولو ولد بعد الحيازة قبل القسمة "

الطفل - لغة (٢) - المولود، وهو يشمل الذكر والأنثى. لكن المراد هنا الذكر بقرينة المقام، لما تقدم من أن الأنثى لا سهم لها. وإطلاق الفتاوى يقتضي عدم الفرق بين كونه من أولاد المقاتلة وغيرهم، وبين حضور أبويه أو أحدهما وعدمه. قوله: " وكذا من اتصل بالمقاتلة من المدد "

أي لحقوا بهم لقاتلوا معهم، لا بمجرد المشاركة أو غيرها من الأغراض، كما لو كان تاجرا أو بيطارا. نعم لو قصدوا الجهاد والصنعة معا استحقوا. ولو اشتبه الحال، قال الشيخ (٣): يسهم لهم، لأنهم حضروا، والسهم يستحق بالحضور إلا مع علم عدمه. وهو حسن.

قوله: " وللفارس سهمين، وقيل: ثلاثة، والأول أظهر "

المشهور الأول، وعليه العمل، وإن كان في المستند (٤) - من جهة النقل - ضعف.

(١) المختلف: ٣٢٨.

(٢) الصحاح ٥: ١٧٥١.

(٣) المبسوط ٢: ٧٢.

(٤) انظر الوسائل ١١: ٧٨ ب " ٣٨ " من أبواب جهاد العدو ح ١.

ومن كان له فرسان فصاعدا، أسهم لفرسين دون ما زاد. وكذا الحكم لو قاتلوا في السفن وإن استغنوا عن الخيل. ولا يسهم للإبل والبغال والحمير، وإنما يسهم للخيل وإن لم تكن عربا. ولا يسهم من الخيل للقحم، والرازح، والضرع، لعدم الانتفاع بها في الحرب، وقيل: يسهم مراعاة للاسم. وهو حسن. ولا يسهم للمغصوب إذا كان صاحبه غائبا. ولو كان صاحبه حاضرا، كان لصاحبه سهمه. ويسهم للمستأجر والمستعار. ويكون السهم للمقاتل. والاعتبار بكونه فارسا، عند حيازة الغنيمة، لا بدخوله المعركة.

قوله: " ولا يسهم من الخيل القحم والرازح... الخ ".
القحم - بفتح القاف وسكون الحاء - الكبير الهرم. والرازح - بالراء المهملة، ثم الزاي بعد الألف، ثم الحاء المهملة - قال الجوهري: هو الهالك هزالا (١). والمراد هنا الضعيف الذي لا يقوى بصاحبه على القتال. والضرع - بفتح الضاد المعجمة والراء - هو الصغير الذي لا يركب، كذا فسرهم والفقهاء، وفي الصحاح " الضرع - بالتحريك - الضعيف، وإن فلانا لضرارع الجسم، أي نحيف ضعيف " (٢). والقول بالمنع من الاسهام له لابن الجنييد (٣)، وتردد العلامة (٤) وجماعة (٥)، وما اختاره المصنف لا بأس به.

قوله: " ولو كان صاحبه حاضرا كان لصاحبه سهمه ".
وله مع ذلك الأجرة على الغاصب.
قوله: " والاعتبار بكونه فارسا عند حيازة الغنيمة لا بدخول المعركة ".

-
- (١) الصحاح ١: ٣٦٥ مادة " رزح " .
 - (٢) الصحاح ٣: ١٢٤٩ مادة " ضرع " .
 - (٣) نقله عنه العلامة في التذكرة ١: ٤٣٥ .
 - (٤) المنتهى ٢: ٩٥١ .
 - (٥) راجع جامع المقاصد ٣: ٤١٦ .

والجيش يشارك السرية في غنيمتها إذا صدرت عنه. وكذا لو خرج منه سرّيتان. أما لو خرج جيشان من البلد إلى جهتين، لم يشرك أحدهما الآخر. وكذا لو خرجت السرية من جملة عسكر البلد، لم يشركها العسكر، لأنه ليس بمجاهد. ويكره تأخير قسمة الغنيمة في دار الحرب، إلا لعذر.

لا اشكال في عدم اعتباره عند دخول المعركة، وإنما الكلام في اشتراط كونه على الوصف عند الحيازة، أو يعتبر كونه كذلك عند القسمة، لأنه محل اعتبار الفارس والراجل ليدفع إليهما حقهما، فالذي اختاره المصنف وأكثر الجماعة الأول، وهو واضح على القول بأنه يملك بها، فلا يتحقق الملك إلا بذلك. وينبه على اعتبار الثاني استحقاق المولود، والمدد اللاحق بعد الغنيمة وقبل القسمة. واختاره المحقق الشيخ علي (١) ولا بأس به. وقد اختلف نسخ القواعد في هذه المسألة، ففي بعضها اعتبار الحيازة لا القسمة كما هنا، وفي بعضها اعتبارها إلى القسمة، فلا بد من وجوده فارساً في الحال بأسرها من الحيازة إلى القسمة وفي بعضها اعتبار الحيازة أو القسمة، وظاهر الاكتفاء بأحدهما. ويحتمل أن يكون موضع تردد، واختيار " أو " لينبه على القولين المتقدمين الدالين على أن وقت الملك هل هو الحيازة أو القسمة؟. قوله: " والجيش يشارك السرية في غنيمتها إذا صدرت عنه ". وكذا تشاركه السرية في غنيمته، وهو موضع وفاق، فلا وجه لتركه. وكذا لو تعددت السرايا الصادرة من جيش واحد، فإن كلا منها يشارك الآخر. ومثله الرسول المنفذ من الجيش لمصلحة، والدليل، والطييع، والجاسوس، ونحوهم.

قوله: " ويكره تأخير قسمة الغنيمة... الخ ". لا اشكال في جواز القسمة حيث شاء، وإنما الخلاف في الأولوية، فالمشهور

(١) جامع المقاصد ٣: ٤١٧.

وكذا يكره إقامة الحدود فيها.

مسائل أربع:

الأولى: المرصد للجهاد، لا يملك رزقه من بيت المال، إلا بقبضه.

فإن حل وقت العطاء ثم مات، كان لوارثه المطالبة به، وفيه تردد.

أن القسمة في أرض العدو هي الأولى، وأن التأخير مع عدم العذر - كالخوف من المشركين أو قلة العلف ونحوهما - مكروه. وابن الجنيد عكس الحكم، فاختار أن لا يقسم إلا بعد الخروج من دارهم (١). والمختار الأول، ومستنده فعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم فإنه كذلك كان يفعل، رواه عنه الخاصة (٢) والعامّة (٣). قوله: " وكذا يكره إقامة الحدود فيها " .

علل (٤) ذلك بالخوف من أن يحمل المحدود الغيرة، فيدخل إلى دار الحرب. واستثنوا من ذلك ما لو قتل مسلماً عمداً، فإنه يقتض منة في دار الحرب، لانتفاء المانع حينئذ. وعلى هذا ينبغي استثناء جميع الحدود الموجبة للقتل كالرجم. قوله: " فإن دخل وقت العطاء ثم مات كان لوارثها المطالبة به، وفيه تردد " .

منشأ التردد من استحقاق المطالبة قبل الموت، فيكون لوارثه ذلك كحق الشفعة وغيره، ومن أنه لا يملكه إلا بقبضه وهو منتف. ولا منافاة بين استحقاق المطالبة وعدم الملك، بل عدم استحقاق الوارث ذلك أيضاً، كما في مستحق الزكاة وغيرها من الحقوق لو مات بعد المطالبة بها وقبل القبض. وبهذا ظهر ضعف القول

(١) نقله عنه العلامة في المنتهى ٢ : ٩٥٤ .

(٢) المبسوط ٢ : ٣٥ .

(٣) سنن البيهقي ٩ : ٥٦ .

(٤) راجع جامع المقاصد ٣ : ٤٢٢ .

الثانية: قيل: ليس للأعراب من الغنيمة شيء، وإن قاتلوا مع المهاجرين، بل يرضخ لهم. ونعني بهم من أظهر الإسلام ولم يصفه، وصلاح على إعفائه عن المهاجرة، وترك النصيب.
الثالثة: لا يستحق أحد سلبا ولا نفلا، في بدأة ولا رجعة، إلا أن يشترط له الإمام.

الرابعة: الحربي لا يملك مال المسلم بالاستغنام. ولو غنم المشركون أموال المسلمين وذراريهم ثم ارتجعوها، فالأحرار لا سبيل عليهم. أما الأموال والعبيد فلا ربابها قبل القسمة.

الأول.

قوله: " قيل: ليس للأعراب من الغنيمة شيء - إلى قوله - ولم يصفه ".
هذا هو المشهور بين الأصحاب، وبه رواية حسنة (١)، وأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم صالح الأعراب على أن يدعهم في ديارهم ولا يهاجروا، على أنه إن دهمه عدوان، يستفزههم ويقاتل بهم، وليس لهم في الغنيمة نصيب. وإنما أنكره ابن إدريس (٢) بناء على أصله. وحكاية المصنف له قولاً يشعر بتردده فيه. والمراد بالأعراب هنا من كان من أهل البادية، وقد أظهر الشهادتين على وجه حكم باسلامه ظاهراً، ولا يعرف من معنى الإسلام ومقاصده وأحكامه سوى الشهادتين.
قوله: " ولا يستحق أحد سلبا ولا نفلا في بدأة ".

قد تقدم (٣) تعريف السلب بالتحريك، وأما النفل - بالفتح أيضا - فهو ما يجعله الإمام لبعض المجاهدين من الغنيمة بشرط، مثل أن يقول: من قتل فلانا المشرك، أو حمل الراية، أو عمل كذا فله كذا، بحسب ما يراه من المصلحة. والبدأة

(١) الكافي ٥: ٢٦ ح ١، التهذيب ٦: ١٤٨ ح ٢٦١، الوسائل ١١: ٨٤ ب " ٤١ " من أبواب جهاد العدو ح ٢.

(٢) السرائر ٢: ٢١.

(٣) في ص: ٦٠.

ولو عرفت بعد القسمة، فلأربابها القيمة من بيت المال. وفي رواية
تعاد على أربابها بالقيمة، والوجه إعادتها على المالك، ويرجع الغانم
بقيمتها على الإمام، مع تفرق الغانمين.

- بفتح الباء وسكون الدال، ثم الهمزة المفتوحة - السرية الأولى، أو عند دخول
الجيش إلى دار الحرب. والرجعة، الثانية أو عند رجوعه.
قوله: " ولو عرفت بعد القسمة فلأربابها القيمة من بيت المال...
الخ "

ما ذكره المصنف من الوجه هو الوجه، لكن بشرط تفرق الغانمين، وإلا
ارتجعت العين ونقضت القسمة. والظاهر أن الحكم مع تفرقهم وانحصارهم بحيث
لا يعسر جمعهم كذلك. ولو كان الحق معهم بالسوية، كالمال الممتزج بمتساوي
الأجزاء لم يحتج إلى نقضها، بل رجع على كل واحد بالنسبة. والمراد برجوعه على
الإمام رجوعه بالقيمة على بيت المال يدفعه إليه الإمام، لا من خاصة.

الركن الثالث
في أحكام أهل الذمة
والنظر في أمور:
الأول: من تؤخذ منه الجزية.
تؤخذ ممن يقر على دينه، وهم اليهود، والنصارى،
ومن لهم شبهة
كتاب وهم المجوس، ولا يقبل من غيرهم إلا الإسلام.
والفرق الثالث، إذا التزموا شرائط الذمة أقرؤا، سواء كانوا عربا
أو عجماء.

قوله: " ومن لهم شبهة كتاب وهم المجوس " .
نبه بقوله: " شبهة كتاب " على أن ما بأيدي المجوس غير معلوم كونه كتابهم،
لما ورد (١) من أنهم قتلوا نبيهم، وأحرقوا كتابهم، وكان باثني عشر ألف جلد ثور، وفي
أيديهم صحف يزعمون أنها من ذلك الكتاب، فأقرؤا على دينهم لهذه الشبهة، وقول
النبي صلى الله عليه وآله: " سنوا بهم سنة أهل الكتاب " (٢). وخالف في ذلك
أبي أبي عقيل فألحقهم بباقي المشركين (٣).
قوله: " سواء كانوا عربا أو عجماء " .

(١) الكافي ٣: ٥٦٧ ح ٤، التهذيب ٤: ١١٣ ح ٣٣٢، الوسائل ١١: ٩٦ ب " ٤٩ " من أبواب جهاد
العدو.

(٢) الفقيه ٢: ٢٩ ح ١٠٥، الوسائل ١١: ٩٧ ب " ٤٩ " من أبواب جهاد العدو ح ٥ و ٩ .

(٣) استظهره من عبارته العلامة في المختلف: ٣٣٣ .

ولو ادعى أهل حرب أنهم منهم، وبذلوا الجزية، لم يكلفوا البيعة وأقروا. ولو ثبت خلافها، انتقض العهد. ولا تؤخذ الجزية من الصبيان، والمجانين، والنساء.

نبه به على خلاف بعض العامة، حيث زعم أن الجزية لا يؤخذ من العرب (١). وهو مردود بالاجماع منا ومن فريقه، وفعل النبي صلى الله عليه وآله فإنه أخذها منهم (٢). وزعم جماعة من العامة أن نصارى تغلب من العرب لا يؤخذ منهم الجزية، بل يؤخذ منهم الصدقة مضاعفة (٣). وذهب ابن الجنيدي (٤) منا إلى عدم أخذها منهم أيضا لا لذلك، بل لأنهم لا يقرون على دينهم، لإخلالهم بالشرط الذي شرطه عليهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من أنهم لا ينصروا أولادهم. واستقر به في المختلف، محتجا بأنهم انتقلوا إلى النصرانية بعد الفتح، فلا يكون مقبولا (٥). قوله: " ولو ادعى أهل حرب أنهم منهم - إلى قوله - انتقض العهد ". إنما لم يكلفوا البيعة، لأن الدين أمر قلبي، وشعاراته الظاهرة ليست جزءا منه، فربما تعذر إقامة البيعة، ولقبول قولهم في دينهم الذين يدينون به. ويتحقق ثبوت خلافها بإخبار شاهدين عدلين باطلاعهم عليهم بخلاف ما يدعونه، وإن كان العدلان منهم، بأن أسلما وتعدلا، ثم أخبرا بذلك، لا بإقرار الواحد منهم بالنسبة إليهم، وإن قبل في حقه. وحيث يثبت خلاف مدعاهم فيه وينتقض العهد، يجوز اغتيالهم، ولا يجب ردهم إلى مأمَنهم. والفرق بينهم وبين من تقدم من أهل الحرب الذين يتوهمون الأمان، فيوجب لهم الجزية، علم هؤلاء بفساد السبب الموجب للأمان، لتعليقه على شيء يعلمون عدمه، فيكون نفي الأمان عندهم معلوما.

(١) نسب ذلك إلى أبي يوسف. أنظر المغني لابن قدامة ١٠ : ٥٦١.

(٢) انظر الطبقات الكبرى لابن سعد ٢ : ١٦٦.

(٣) انظر خراج أبي يوسف ٢٤٧ - ٢٤٨ والمغني لابن قدامة ١٠ : ٥٨١.

(٤) راجع المختلف: ٣٣٦.

(٥) راجع المختلف: ٣٣٦.

وهل تسقط عن الهم؟ قيل: نعم، وهو المروي، وقيل: لا. وقيل: تسقط عن المملوك.

وتؤخذ ممن عدا هؤلاء، ولو كانوا رهبانا أو مقعدين. وتجب على الفقير، وينظر بها حتى يوسر. ولو ضرب عليهم جزية، فاشتروطها على النساء، لم يصح الصلح. ولو قتل الرجال قبل عقد الجزية، فسأل النساء إقرارهن ببذل الجزية، قيل: يصح، وقيل: لا، وهو الأصح. ولو كان بعد عقد الجزية، كان الاستصحاب حسنا.

قوله: " وهل تسقط عن الهم؟ قيل: نعم وهو المروي، وقيل: لا ".
الرواية بالسقوط ضعيفة (١)، ومثله الأعمى والراهب. وفصل بعضهم (٢) بأنه إن كان ذا رأي وقتال أخذت منه، وإلا فلا. والأقوى الوجوب مطلقا للعموم.
قوله: وقيل تسقط عن المملوك ".
هذا هو الأجود، بناء على أنه لا يقدر على شيء. وروي أنها تؤخذ منه (٣).

قوله: " ولو قتل الرجال قبل عقد الجزية - إلى قوله - وهو الأصح ".
ما اختاره المصنف هو الأقوى، لأن النساء لا جزية عليهن. نعم لو كن في حصن، ولم يمكن فتحه جاز عقد الأمان لهن، كما لو طلبن ذلك من دار الحرب. ولا جزية في الموضعين.

قوله: " ولو كان بعد عقد الجزية، كان الاستصحاب حسنا ".
المراد بالاستصحاب هنا استصحاب العقد الذي وقع مع الرجال، واثبات الجزية على النساء. وما حسنه المصنف غير واضح، فإنه كان يمتنع إقرارهن بالجزية ابتداء، فكذا استدامة للعقد السابق، فالمنع في الموضعين أقوى.

(١) المحاسن: ٣٢٧ ح ٨١، الكافي ٥: ٢٨ ح ٦، علل الشرائع: ٣٧٦ ب " ١٠٤ " ح ١، الفقيه ٢: ٢٨ ح ١٠٢، الوسائل ١١: ٤٧ ب " ١٨ " من أبواب جهاد العدو ح ١.
(٢) راجع المختلف: ٣٣٥، القواعد ١: ١٠٣.
(٣) الفقيه ٢: ٢٩ ح ١٠٦، الوسائل ١١: ٩٧ ب " ٤٩ " من أبواب جهاد العدو ح ٦.

ولو أعتق العبد الذمي، منع من الإقامة في دار الاسلام، إلا بقبول الجزية. والمجنون المطبق، لا جزية عليه، فإن كان يفيق وقتاً، قيل: يعمل بالأغلب. ولو أفاق حولاً وجبت عليه ولو جن بعد ذلك. وكل من بلغ من صبيانهم يؤمر بالاسلام، أو بذل الجزية. فإن امتنع صار حربياً. الثاني: في كمية الجزية. ولا حد لها، بل تقديرها إلى الإمام بحسب الأصلح. وما قرره علي (عليه السلام) محمول على اقتضاء المصلحة في تلك الحال.

وقال شارح الترددات: إن معنى الاستصحاب استدامة الأمان للنساء، من غير ضرب جزية عليهن، حيث قد ثبت لهن الأمان مع الرجال ضمناً، فيستصحب الوفاء (١). وهذا التوجيه غريب، فإن السياق إنما هو في بذل الجزية، لا في الأمان خاصة.

قوله: " فإن كان يفيق وقتاً، قيل: يعمل بالأغلب ". الأقوى أن المجنون لا جزية عليه مطلقاً، إلا أن تتحقق له إفاقة سنة متوالية، لاطلاق النص (٢).

قوله: " وما قرره علي - عليه السلام - محمول على اقتضاء المصلحة ". هذا جواب عن حجة بعض الأصحاب (٣)، حيث حكم بأنها مقدرة بما قدره علي عليه السلام وهو على الفقير اثني عشر درهماً، وعلى المتوسط أربعة وعشرون، وعلى الغني ثمانية وأربعون في كل سنة (٤). وتقرير الجواب أن ذلك محمول على اقتضاء المصلحة في ذلك الوقت هذا التقدير، فلا يجب العمل به لو اقتضت المصلحة

(١) إيضاح ترددات الشرائع: ٢٥٨.

(٢) الكافي ٣: ٥٦٧ ح ٣، الفقيه ٢: ٢٨ ح ١٠١، التهذيب ٤: ١١٤ ح ٣٣٤، الوسائل ١١: ١٠٠ ب " ٥١ " من أبواب جهاد العدو.

(٣) راجع المنتهى ٢: ٩٦٥.

(٤) المقنعة: ٢٧٢، الوسائل ١١: ١١٦ ب " ٦٨ " من أبواب جهاد العدو ح ٨.

ومع انتفاء ما يقتضي التقدير، يكون الأولى اطراحه تحقيقا للصغار.
ويجوز وضعها على الرؤوس، أو على الأرض. ولا يجمع بينهما،
وقيل بجوازه ابتداء، وهو الأشبه.

خلافه. ومما يؤيد ذلك أن عليا (عليه السلام) زاد في الوضع عما قدره النبي صلى الله عليه وآله وسلم بحسب ما رآه من المصلحة، فكذا القول في غيره. وهذا هو الأقوى ومختار الأكثر.

قوله: " ومع انتفاء ما يقتضي التقدير يكون الأولى... الخ "

أي حيث بينا أن تقدير علي عليه السلام لا يقتضي الاستمرار، وانتفى ما يقتضي التقدير، فالأولى إطراحه وعدم إعلام الذمي بقدر ما عليه، بل يؤخذ منه إلى أن ينتهي إلى القدر الذي اقتضته المصلحة، تحقيقا لمعنى الصغار المذكور في الآية (١)، فإن المشهور في تعريفه أنه التزام الجزية على ما يحكم به الإمام من غير أن تكون مقدره، والتزام أحكامنا عليهم. واقتصر بعضهم (٢) فيه على الوصف الثاني. وفسره بعضهم (٣) بأن تؤخذ الجزية من الذمي قائما، والمسلم جالس. وقيل غير ذلك. وزاد في التذكرة أن الذمي يخرج يده من جيبه، ويحني ظهره، ويطأطئ رأسه، ويصب ما معه في كفة الميزان، ويأخذ المستوفي بلحيته، ويضرب في لهزمتيه. واللهزمتان في اللحيين مجمع اللحم بين الماضغ والأذن (٤).

قوله: " ولا يجمع، وقيل بجوازه ابتداء، وهو الأشبه "

احترز بقوله: " ابتداء " عما لو وضعها على رأس بعضه منهم، وعلى أرض بعض آخر، فانتقلت الأرض التي وضعت عليها إلى من وضعت على رأسه، فإنه يجتمع عليه الأمران، لكن ذلك ليس ابتداء، بل بسبب انتقال الأرض إليه. والقول بعدم جواز الجمع هو الظاهر من صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه

(١) التوبة: ٢٩.

(٢) المبسوط ٢: ٣٨.

(٣) نسبه الشيخ في المبسوط ٢: ٣٨ إلى بعض الناس. راجع أيضا المختلف: ٣٣٤.

(٤) التذكرة ١: ٤٤٤.

ويجوز أن يشترط عليهم، مضافا إلى الجزية، ضيافة مارة العساكر،
ويحتاج أن تكون الضيافة معلومة.
ولو اقتصر على الشرط، وجب أن يكون زائدا عن أقل مراتب
الجزية.

السلام (١)، وهو الأولى.

قوله: " ويجوز أن يشترط عليهم مضافا إلى الجزية، ضيافة مارة
العساكر، ويحتاج أن تكون الضيافة معلومة "

بأن يقدر القوت والأدم وعلف الدواب، وجنس كل واحد منها، ووصفه بما
يرفع الجهالة، وعدد أيام الضيافة، كما فعله النبي صلى الله عليه وآله مع
نصارى نجران وغيرهم (٢). وكما يجوز اشتراط ضيافة مارة العساكر، يجوز اشتراط
ضيافة مطلق المارة من المسلمين، بل هذا هو المشهور في الأخبار (٣) والفتاوى، وهو
الذي شرطه النبي صلى الله عليه وآله.

قوله: " لو اقتصر على الشرط وجب أن يكون زائدا على أقل مراتب
الجزية "

أي اقتصر على شرطه الضيافة، من غير أن يصرح بكونها مضافة إلى الجزية،
كما صرح به في القسم الأول، فإن الاطلاق أيضا يقتضي المغايرة. ويجب كونها زائدة
على أقل ما يمكن فرضه جزية، كدينار مثلا، فإنه أقل ما يوضع على الفقير، بناء على
ما ورد في بعض الأخبار (٤) من التقدير. وعلى القول بعدمه تكون الضيافة زائدة على
أقل ما تقتضي المصلحة وضعه عليهم من الجزية. ولا يقتضي الاطلاق كون الضيافة
من نفس الجزية، للتأسي بالنبي صلى الله عليه وآله فإنه شرط الضيافة زيادة

(١) الظاهران مراده ما رواه في الكافي ٣: ٥٦٦ ذيل ح ١، الفقيه ٢: ٢٧ ذيل حديث ٩٨، الوسائل ١١

: ١١٤ ب " ٦٨ " من أبواب جهاد العدو ح ٢. وراجع أيضا ح ٢ في الكافي والتهذيب ٤: ١١٨

ح ٣٣٨، و ح ٣ في الوسائل.

(٢) سنن البيهقي ٩: ١٩٥، ١٩٦.

(٣) سنن البيهقي ٩: ١٩٥، ١٩٦.

(٤) سنن البيهقي ٩: ١٩٣.

وإذا أسلم قبل الحول، أو بعده قبل الأداء، سقطت الجزية على الأظهر.

على الدينار الذي رتبته على كل نفس، ولأنه لو شرط الضيافة من الجزية، أو كان الاطلاق يقتضيه ولم يمر بهم أحد، خرج الحول بغير جزية، ولأن مصرف الجزية مصرف الغنيمة بخلاف الضيافة فإنها لا تختص بذلك، بل يجوز اشتراطها لسائر المسلمين، فلا بد معها من جزية. وبهذا التفسير صرح العلامة في التذكرة (١) وغيره. وربما احتملت العبارة ونظائرها معنى آخر، وهو أن يكون المراد أنه مع الاقتصار على شرط الضيافة عليهم من غير أن يذكر الجزية، يكون الضيافة قائمة مقام الجزية، ويجب حينئذ كونها زائدة على أقل ما يجب الجزية لتتحقق الجزية في ضمنها، وتكون في قوة جزية وضيافة. وعلى هذا الاحتمال ينبغي اختصاص ما قابل الجزية من الضيافة بأهل الفئ. ونظير هذه العبارة في قيام الاحتمال عبارة القواعد (٢). والحق أن المراد هو المعنى الأول. وبه صرح في التذكرة، محتجا عليه بفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم واستلزام شرط الضيافة من الجزية سقوطها لو لم يمر بهم أحد. قوله: " ولو أسلم قبل الحول أو بعده قبل الأداء سقطت الجزية على الأظهر " و.

الخلاف في الثاني خاصة، وهو ما لو أسلم بعد الحول وقبل الأداء. ووجه السقوط حينئذ أن الجزية لا تؤخذ من المسلم، وأن الاسلام يجب ما قبله، وأن أخذها مشروط بالصغار الممتنع على المسلم. وهو حسن. ووجه العدم أنها دين مستحق قبل الاسلام، فلا يسقط بالاسلام، كالحراج والدين. والفرق على الأول أنها عقوبة، فلا يتحقق مع الاسلام، بخلاف الدين. ولا فرق بين أن يسلم ليسقط عنه الجزية أو لا، خلافا للشيخ (٣). ويستثنى من إسلامه

(١) التذكرة ١: ٤٤١، المنتهى ٢: ٩٦٧.

(٢) القواعد ١: ١١٣. وفيه " ويشترط أن يكون زائدا على أقل ما يجب عليهم من الجزية لو اقتصر على الضيافة ".

(٣) التهذيب ٤: ١٣٥.

ولو مات بعد الحول، لم تسقط، وأخذ من تركته، كالدين.

الثالث: في شرائط الذمة، وهي ستة:

الأول: قبول الجزية.

الثاني: أن لا يفعلوا ما ينافي الأمان، مثل العزم على حرب المسلمين، أو إمداد المشركين. ويخرجون عن الذمة بمخالفة هذين الشرطين.

الثالث: أن لا يؤذوا المسلمين، كالزنا بنسائهم واللواط بصبيانهم، والسرقة لأموالهم، وإيذاء عين المشركين، والتجسس لهم. فإن فعلوا شيئاً من ذلك وكان تركه مشروطاً في الهدنة، كان نقضاً. وإن لم يكن مشروطاً،

قبل الحول ما لو كان قبل (١) دفع قسط ما مضى من المدة قبل الاسلام، فإن الوجه حينئذ عدم رده عليه، كما لو دفعها بعد الحول وقبل الاسلام. واختاره في التذكرة (٢)، مع احتمال رده، بناء على سقوطه، كما يسقط المتخلف. والفرق تحقق الصغار للمسلم في الثاني دون الأول.

قوله: " ويخرجون عن الذمة بمخالفة هذين الشرطين " .

لا فرق في ذلك بين أن يشترط عليهم في العقد أو لا. وفي حكمها الشرط السادس، وهو التزامهم أحكام الاسلام، لأن الصغار لا يتحقق بدونه، على المختار من تفسيره، فكان ذكره هنا أولى.

واعلم أن الشرط الأول والأخير لا بد من ذكرهما في عقد الذمة لفظاً. ولا يجوز الإخلال بهما ولا بأحدهما، ولا يعتد بعقد الذمة من دونهما. وأما الشرط الثاني بإطلاق العقد يقتضيه، ولا يجب التعرض لذكره،

(١) كذا في ما لدينا من النسخ الخطية ونسخة " ج " ناقصة. إلا أن في " ن " بدل " قبل " " قد " ولكن شطب عليه وكتب في الهامش " قبل " والظاهر أن " قد " هو الصحيح. فتأمل.
(٢) التذكرة ١: ٤٤٢.

كانوا على عهدهم، وفعل بهم ما يقتضيه جنايتهم من حد أو تعزير. ولو سبوا النبي صلى الله عليه وآله قتل الساب. ولو بما دونه عزروا إذا لم يكن شرط عليهم الكف.

الرابع: أن لا يتظاهروا بالمناكير، كشرب الخمر، والزنا، وأكل لحم الخنزير، ونكاح المحرمات. ولو تظاهروا بذلك نقض العهد وقيل: لا ينقض، بل يفعل معهم ما يوجبه شرع الاسلام، من حد أو تعزير.

الخامس: أن لا يحدثوا كنيسة، ولا يضربوا ناقوسا، ولا يطيلوا بناء، ويعزرون لو خالفوا. ولو كان تركه مشترطا في العهد انتقض. السادس: أن يجري عليهم أحكام المسلمين.

وها هنا مسائل:

الأولى: إذا حرقوا الذمة في دار الاسلام، وكان للإمام ردهم إلى

وبمخالفته ينتقض العهد وإن لم يشترط فيه. وأما باقي الشروط فإنما ينتقض العهد بمخالفتها مع شرطها في متن العقد، وإلا فلا.

قوله: " ولو سبوا النبي صلى الله عليه وآله قتل الساب " .

وكذا القول في سب باقي الأنبياء والملائكة، ومثله الإمام عندنا. ويجوز قتله لكل سامع مع الأمن، ولا يتوقف على إذن الإمام أو نائبه وإن أمكن وينتقض عهده.

قوله: " ولو تظاهروا بذلك نقض العهد، وقيل: لا ينقض " .

الأقوى أنه لا ينقض إلا مع شرطه في العقد، والاحلال به. وللشيخ (١) قول بعدم النقض به وإن شرط عليهم، لأنه لا ضرر فيه على المسلمين. وهو ضعيف. ومثله القول في الشرط الخامس. والتفصيل فيها بالشرط وعدمه أقوى.

(١) المبسوط ٢: ٤٤.

مأمنهم، وهل له قتلهم واسترقاقهم ومفاداتهم؟ قيل: نعم، وفيه تردد.
الثانية: إذا أسلم بعد خرق الذمة قبل الحكم فيه، سقط الجميع،
عدا القود والحد، واستعادة ما أخذ. ولو أسلم بعد الاسترقاق أو المفاداة،
لم يرتفع ذلك عنه.

الثالثة: إذا مات الإمام، وقد ضرب لما قرره من الجزية أمدًا معينًا،
أو اشتراط الدوام، وجب على القائم مقامه بعده إمضاء ذلك.
وإن أطلق الأول، كان للثاني تغييره بحسب ما يراه صلاحًا.
ويكره أن يبدأ المسلم الذمي بالسلام.

قوله: " وهل له قتلهم واسترقاقهم ومفاداتهم؟ قيل: نعم، وفيه
تردد "

ينشأ من أنهم دخلوا دار الاسلام بأمان، فوجب ردهم إلى مأمنهم، ومن فساد
الأمان من قتلهم، فلم يبق لهم أمان ولا شبهة أمان، فيتخير الإمام فيهم بين القتل
والاسترقاق، والمن والفداء. وهذا هو الأقوى.
قوله: " ويكره أن يبدأ الذمي بالسلام "

هذا هو المشهور. ويظهر من التذكرة (١) التحريم. والنهي المطلق في الأخبار (٢)
يدل عليه. وعلى تقدير بدأة الذمي فليقتصر من جوابه على قوله: " وعليك "
للخبر (٣). وفي التذكرة " يرد بغير السلام، بأن يقول: هداك الله أو أنعم الله صباحك
أو أطال الله بقاءك. ولو رد بالسلام اقتصر على قوله: وعليك " (٤). انتهى. ولو أكمل

(١) التذكرة ١: ٤٤٦.

(٢) الكافي ٢: ٦٤٨ ح ٢، قرب الإسناد: ٦٢، الوسائل ٨: ٤٣٢ ب " ٢٨ " من أبواب أحكام العشرة
ح ٥ و ٦ و ٧، وص ٤٥٢ ب " ٤٩ " ح ١ و ٩.

(٣) الوسائل ٨: ٤٥٢ ب " ٤٩ " من أبواب أحكام العشرة.

(٤) التذكرة ١: ٤٠٧.

ويستحب أن يضطر إلى أضيق الطرق.
الرابع: في حكم الأبنية.
والنظر في البيع والكنائس، والمساجن، والمساجد.
لا يجوز استئناف البيع والكنائس في بلاد الاسلام. ولو استجدت

له الجواب بالسلام فالظاهر كراهته أيضا (١) إن لم نقل بتحريم ابتدائه به. ولو اضطر المسلم إليه لكونه طبيبا يحتاج إليه ونحو ذلك، لم يكره له السلام عليه ولا الدعاء له، لصحيفة عبد الرحمان بن الحجاج، عن الكاظم عليه السلام وفيه: "إنه لا ينفعه دعاؤك" (٢).

وأما التسليم على باقي الكفار والرد عليهم فلم يتعرضوا له. والظاهر تحريمه مع عدم الضرورة. وينبغي أن يقول عند ملاقاتهم: "السلام على من اتبع الهدى" كما فعله النبي (٣) صلى الله عليه وآله بمشركي قريش. قوله: "ويستحب أن يضطر إلى أضيق الطرق".

بمعنى منعهم من جادة الطريق إذا اجتمعوا هم والمسلمون فيه، واضطرارهم إلى طرفه الضيق لقوله صلى الله عليه وآله: "لا تبدؤوا اليهود والنصارى بالسلام، فإذا لقيتم أحدهم في طريق فاضطروه إلى أضيقه" (٤).

وليكن التضييق عليهم بحيث لا يقعون في وهدة، ولا يصدمون جدارا. ولو خلت الطريق من مرور المسلمين فلا بأس بسلوكهم حيث شاءوا. قوله: "لا يجوز استئناف البيع والكنائس في بلاد الاسلام".
ظاهر كلامهم في هذا المقام أن البيع والكنائس لليهود والنصارى، لا اشتراكهم في المنع من إحداث المعابد. ولكن قال في الصحاح (٥): إن كل واحدة من البيعة

-
- (١) كذا في "ه" وفي سائر النسخ الخطية "خاصة" بدل "أيضا".
(٢) الكافي ٢: ٦٥٠ ح ٧ و ٨، الوسائل ٨: ٤٥٦ ب "٥٣" من أبواب أحكام العشرة ح ١.
(٣) الكافي ٢: ٦٤٩ ح ٥، الوسائل ٨: ٤٥٣ ب "٤٩" من أبواب أحكام العشرة ح ٧.
(٤) صحيح مسلم ٤: ١٧٠٧ ح ١٣، مسند أحمد ٢: ٢٦٦.
(٥) الصحاح ٣: ٩٧٢ مادة "كنس" و ١١٨٩ مادة "بيع".

وجب إزالتها، سواء كان البلد مما استجده المسلمون، أو فتح عنوة، أو صلحا على أن تكون الأرض للمسلمين. ولا بأس بما كان قبل الفتح، وبما استحدثوه في أرض فتحت صلحا، على أن تكون الأرض لهم. وإذا انهدمت كنيسة مما لهم استدامتها، جاز إعادتها. وقيل: لا، (إذا كانت في

بكسر الباء والكنيسة للنصارى. فعلى هذا يكون معبد اليهود محلا بذكره. وكان عليه التنبيه بذكر باقي المعابد، كصومعة الراهب وغيرها من أنواع البيوت المتخذة لصلاتهم وعباداتهم، لاشارك الجميع في الحكم، وهو المنع من إحداثه في أرض المسلمين.

قوله: " سواء كان البلد مما استجده المسلمون " .

مثل الكوفة وبغداد والبصرة وسر من رأى وجملة بلاد الجزائر. واحترز بالاستئناف عما لو كان موجودا في الأرض قبل أن يمصرها المسلمون، فإنه يقر على حاله مثل كنيسة الروم في بغداد، فإنها كانت في قرى لأهل الذمة فأقرت على حالها. قوله: " أو فتح عنوة - إلى قوله - ولا بأس بما كان قبل الفتح " .

لا خلاف في المنع من إحداث ذلك بالأرض المفتوحة عنوة، لأنها صارت ملكا للمسلمين. وأما ما كان موجودا قبل الفتح، فإن هدمه المسلمون وقت الفتح لم يجز تجديده، لأنه بمنزلة الاحداث في ملك المسلمين، وإن لم يهدموه فالمشهور وجوب إقراره لهم. ولم ينقل المصنف والأكثر في ذلك خلافا. ونقل في التذكرة (١)، عن الشيخ (٢) (رحمه الله) أنه لا يجوز إبقاؤه، لما تقدم من الدليل على المنع من الاحداث. والعمل على المشهور. وقد فتح الصحابة كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا شيئا من الكنائس وحصل الاجماع على ذلك، فإنها موجودة في بلاد الاسلام من غير نكير. وتردد في التذكرة، حيث نقل المنع عن الشيخ ساكتا عليه. قوله: " وإذا انهدمت كنيسة مما لهم استدامها جاز إعادتها وقيل: لا " .

(١) التذكرة ١ : ٤٤٥ .

(٢) المبسوط ٢ : ٤٥ - ٤٦ .

أرض المسلمين، وأما إذا كانت في أرضهم فلا بأس).
وأما المساكن فكل ما يستجده الذمي، لا يجوز أن يعلو به على
المسلمين من مجاوريه. ويجوز مساواته على الأشبه.

وجه الجواز أن إقرارهم على إبقائها يقتضي الإعادة، فإنها تخرب على تطاول
الأزمان، ولأن الإعادة مساوية للاستدامة، ولأن المعابد من ضرورات الأديان، فإذا
أقروا على الدين مكنوا من اتخاذ المعبد خرج منه الابتداء فتبقي الإعادة. وفي هذه
الوجوه نظر. ووجه المنع قوله عليه السلام: " لا كنيسة في الاسلام " (١).
قوله: " لا يجوز أن يعلو به - إلى قوله - ويجوز مساواته على الأشبه ".
المراد أن لا يعلوا علي بناء جيرانه، دون غيرهم من المسلمين. والمنع من العلو
موضع وفاق بين المسلمين، وأما المساواة فمنعها الشيخ (٢) وجماعة (٣) لقوله صلى الله
عليه وآله وسلم: " الاسلام يعلو ولا يعلى عليه " (٤) ولا بأس به. ولا فرق بين كون
بناء الجار معتدلاً أو في غاية الانخفاض. نعم لو كان نحو السرداب لم يكلف الذمي
بمثله، لعدم صدق البناء. وهل يعتبر في العلو وعدمه نفس البناء أو مجرد الهواء؟
نظر. وتظهر الفائدة فيما كان بيت الذمي على أرض مرتفعة، ودار المسلم منخفضة، فعلى
الأول يجوز للذمي أن يرتفع عنه بحيث لا يبلغ طول حائط المسلم،
وعلى الثاني يعتبر ارتفاع الأرض عن المسلم من جملة البناء. وقطع في الدروس (٥)
بالأول، وجوز مع انعكاس الحكم أن يرتفع الذمي إلى أن يقارب دار المسلم، وإن
أدى إلى الإفراط في الارتفاع. وليس ببعيد. ثم المنع من ذلك لحق الدين، لا لمحض
حق الجار، فلا يقدر في المنع رضا الجار.

(١) نصب الراية ٣: ٤٥٤، كنز العمال ١: ٣١٦ ح ١٤٨٦.

(٢) المبسوط ٢: ٤٦.

(٣) راجع السرائر ١: ٤٧٦، الذكرة ١: ٤٤٦، الدروس: ١٦١ وجامع المقاصد ٣: ٤٦٣.

(٤) الفقيه ٤: ٢٤٣ ح ٧٧٨، الوسائل ١٧: ٣٧٦ ب " ١ " من أبواب موانع الإرث ح ١١.

(٥) الدروس: ١٦١.

ويقر ما ابتاعه من مسلم على علوه كيف كان. ولو انهدم، لم يجز أن يعلو به على المسلم، ويقتصر على المساواة فما دون. وأما المساجد فلا يجوز أن يدخل المسجد الحرام إجماعاً، ولا غيره من المساجد عندنا.

ولو أذن لهم لم يصح الإذن، لا استيطاناً، ولا اجتيازاً، ولا امتياراً. ولا يجوز لهم استيطان الحجاز على قول مشهور، وقيل: المراد به

قوله: " ولو انهدم لم يجز أن يعلو به على المسلم، ويقتصر على المساواة " .

بناء على جواز المساواة ابتداءً. والأجود المنع، فيقتصر على الأدون. قوله: " ولا غيره من المساجد عندنا ولو أذن لهم لم يصح " . " إذن " على البناء للمجهول. والمراد بالأذن المسلم، أي لا يجوز دخول الذمي المسجد بإجماع الإمامية، وإن أذن له المسلم في الدخول. ونبه به على خلاف أكثر العامة، حيث جوزوا دخوله بإذن المسلم. قوله: " ولا امتياراً " .

هو افتعال من الميرة، وهو الطعام أو جلبه.

قوله: " ولا يجوز لهم استيطان الحجاز على قول مشهور " . نسبه إلى الشهرة، لعدم الظفر بنص فيه من طرفنا. لكن ادعى في التذكرة (١) عليه الاجماع، فالعمل به متعين. والقول بتحريم مطلق الحجاز أقوى، عملاً بدلالة العرف واللغة، فيدخل فيه البلدان مع الطائف وما بينهما، وإنما سمي حجازاً لحجزه بين نجد وتهامة (٢) - بكسر التاء - بلد وراء مكة. وقد يطلق (٣) على مكة تهامة (٤).

(١) التذكرة ١: ٤٤٥ .

(٢) راجع معجم البلدان ٢: ٦٣ و ٢١٨

(٣) في " ه " وقيل يطلق.

(٤) راجع لسان العرب ١٢: ٧٢ .

مكة والمدينة، وفي الاجتياز به والامتيار منه، تردد. ومن أجازته، حده بثلاثة أيام.

ولا جزيرة العرب، وقيل: المراد بها مكة والمدينة واليمن ومخاليقها، وقيل: هي من عدن إلى ريف عبادان طولا، ومن تهامة وما والاها إلى أطراف الشام عرضا. الخامس: في المهادنة.

قوله: " وفي الاجتياز به والامتيار منه تردد. ومن أجازته، حده بثلاثة أيام "

منشأ التردد من إطلاق الأمر (١) بإخراجهم منه، ومن أن المتبادر منه منع السكنى. والقول بالجواز أشهر. وشرط في التذكرة (٢) إذن الإمام. وجوزه الشيخ (٣) بإذن وغيره. أما الحرم فلا يجوز لهم دخوله مطلقا. قوله: " ولا جزيرة العرب، وقيل: المراد بها مكة والمدينة واليمن... الخ "

القول الثاني هو الأشهر بين أهل اللغة، وعليه العمل. وإنما سميت جزيرة لأن بحر الهند - وهو بحر الحبشة - وبحر فارس والفرات، أحاطت بها. وإنما نسبت إلى العرب لأنها منزلهم ومسكنهم ومعدنهم. وعدن - بفتح الدال - بلد باليمن. والريف: الأرض التي فيها زرع خصب، والجمع أرياف. وعبادان - بفتح العين وتشديد الباء الموحدة - جزيرة يحيط بها شعبتان من دجلة والفرات. والمخاليق: الكور، واحدها مخلاف.

(١) سنن البيهقي ٩: ٢٠٧.

(٢) التذكرة ١: ٤٤٥.

(٣) المبسوط ٢: ٤٨.

وهي المعاقدة على ترك الحرب مدة معينة.
وهي جائزة إذا تضمنت مصلحة للمسلمين، إما لقتلهم عن

قوله: " وهي المعاقدة على ترك الحرب مدة معينة ".
إطلاق المعاقدة على ذكر، يشمل كونها بعوض وغير عوض، وكلاهما جائز.
وبه صرح في التذكرة (١)، فإنه زاد في التعريف قوله: " بعوض وغير عوض ". وفي
القواعد (٢) جعل بدل ذلك قوله: " بغير عوض " زيادة على التعريف، وأراد بذلك أن
العوض ليس شرطاً فيها، لا أن ترك العوض فيها لازم بحيث ينافيها، بل يجوز
اشتراط العوض فيها وإن لم تكن مبنية عليه، لأنه شرط سائغ لا ينافي موضوعها.
قوله: " وهي جائزة إذا تضمنت مصلحة " .

يمكن أن يريد بالجواز هنا معناه الأعم، وهو ما عدا الحرام، ليدخل فيه
الوجوب. وحينئذ فيجوز للإمام الهدنة مع المصلحة. لكن مع حاجة المسلمين إليها
لضعفهم، أو رجاء تألف الكفار ودخولهم في الإسلام، تجب. وبهذا صرح في
القواعد (٣). ويمكن أن يريد به معناه الأخص، فلا يجب قبولها مطلقاً، وإن كانت
جائزة مع المصلحة. وبهذا المعنى قطع في التذكرة، لقوله تعالى: * (وإن جنحوا
للسلم فاجنح لها) * فيتخير المسلم في فعل ذلك برخصة قوله تعالى: * (ولا تلقوا
بأيديكم إلى التهلكة) * (٥) وبما تقدم، وإن شاء قاتل حتى يلقي الله شهيداً، لقوله
تعالى: * (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم) * (٦). قال: وكذلك فعل مولانا
الحسين عليه السلام والنفر الذين وجههم رسول الله صلى الله عليه وآله وكانوا
عشرة فقاتلوا حتى قتلوا (٧).

(١) التذكرة ١: ٤٤٧.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١١٥.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١١٥.

(٤) الأنفال: ٦١.

(٥) البقرة: ١٩٥.

(٦) البقرة: ١٩٠.

(٧) التذكرة ١: ٤٤٧.

المقاومة، أو لما يحصل به الاستظهار، أو لرجاء الدخول في الاسلام مع التربص.

ومتى ارتفع ذلك، وكان في المسلمين قوة على الخصم، لم يجوز. ويجوز الهدنة أربعة أشهر. ولا يجوز أكثر من سنة، على قول مشهور.

قوله: " أو لما يحصل به الاستظهار "

أي لرجاء حصول ذلك، كزيادة القوة.

قوله: " ومتى ارتفع ذلك وكان في المسلمين قوة... الخ "

أشار بقوله " ذلك " إلى المذكور سابقا، وهو اعتبار المصلحة، أي ومتى ارتفعت المصلحة في الهدنة لم يجوز، لوجوب قتال المشركين في كل عام إلى أن يسلموا، أو يدخلوا في الذمة إن كانوا من أهلها، وذلك لا يسمى هدنة. والمراد بالهدنة الممتنعة ما زادت مدتها عن أربعة أشهر، لأن الهدنة أربعة أشهر جائزة مع المصلحة وبدونها، لأن الله تعالى سوغ ترك الحرب في هذه المدة في آية السياحة (١). وإنما ترك القيد، اتكالا على ما يذكره عن قريب. والحاصل أن ترك القتال أربعة أشهر سائغ بالمهادنة وغيرها، فإذا طلبوا المهادنة ذلك سائغا. وفي جوازها أكثر من ذلك خلاف يأتي.

قوله: " ولا يجوز أكثر من سنة على قول مشهور "

تحريم المهادنة وترك القتال مع المكنة أكثر من سنة مما لا خلاف فيه، وقد صرح في التذكرة (٢) بالاجماع على عدم جوازها أكثر من سنة، كما أن جوازها أربعة أشهر فما دون إجماعي أيضا، وإنما الخلاف فيما بين المدتين، فنسبة المص الحكم الأول إلى الشهرة ليس بجيد. وكأن الباعث له على ذلك استضعاف دليله، مع عدم تحقق الاجماع عنده، وإن لم يعلم بالمخالف، فإن ذلك لا يكون إجماعا، كما نبه عليه

(١) التوبة: ٢.

(٢) التذكرة ١: ٤٤٧.

وهل يجوز أكثر من أربعة أشهر؟ قيل: لا، لقوله تعالى: * (فاقتلوا
المشركين حيث وجدتموهم) * (١) وقيل: نعم، لقوله تعالى: * (وإن جنحوا
للسلم فاجنح لها) * (٢)، والوجه مراعاة الأصلح.
ولا تصح إلى مدة مجهولة، ولا مطلقاً، إلا أن يشترط الإمام لنفسه
الخيار في النقض متى شاء. ولو وقعت الهدنة على ما لا يجوز فعله لم يجب
الوفاء، مثل التظاهر بالمناكير، وإعادة من يهاجر من النساء.

المصنف في أوائل المعتمر (٣). ووجه ضعف الدلالة أن الشيخ (٤) والجماعة احتجوا على
ذلك بقوله تعالى: * (فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) * (٥)
فإنه أوجب القتال عند الانسلاخ، وهو متحقق في كل سنة مرة. وفيه أن الأمر لا
يقتضي التكرار.

قوله: " وهل يجوز أكثر من أربعة؟ قيل: لا - إلى قوله - والوجه مراعاة
الأصلح "

الوجه هو الوجه. والجواب عن الآية الأولى أن الأمر لا يقتضي الفور عند المحققين.
والسلم في الآية الثانية - بفتح السين وكسرها - الصلح، يذكر ويؤنث، ومن
ثم أعاد ضمير " لها " إليه مؤنثاً، فإن التأنيث فيه أفصح. واللام يجوز أن تكون بمعنى
إلى، لأن " جنح " بمعنى مال، فيكون اللام هي المعدية للفعل، ويجوز أن تكون
معدية للفعل بنفسها، وأن تكون تعليلية بمعنى من أجلها.
قوله: " ولا تصح إلى مدة مجهولة ولا مطلقاً - إلى قوله - متى شاء " .
يمكن عود الاستثناء إلى كل من الجملتين، أعني المتضمنة للمدة المجهولة
والمتضمنة للاطلاق، لاشتراكهما في الحكم وهو المنع. أما في المطلق فلاقتضائه

(١) التوبة: ٥.

(٢) الأنفال: ٦١.

(٣) المعتمر ١: ٣١.

(٤) المبسوط ٢: ٥٠ - ٥١.

(٥) التوبة: ٥.

فلو هاجرت وتحقق إسلامها، لم تعد. لكن يعاد على زوجها ما سلم إليها من مهر خاصة، إذا كان مباحا. ولو كان محرما لم يعد ولا قيمته. تفرعان

الأول: إذا قدمت مسلمة فارتدت، لم تردد، لأنها بحكم المسلمة. الثاني: لو قدم زوجها، وطالب المهر فماتت بعد المطالبة، دفع إليه مهرها.

ولو ماتت قبل المطالبة لم يدفع إليه، وفيه تردد. ولو قدمت فطلقها بائنا لم يكن له المطالبة. ولو أسلم في العدة

التأييد وهو غير جائز. وأما في مجهول المدة فلأنه عقد مشتمل على أجل، فيشترط فيه العلم كغيره، دفعا للضرر. ووجه الجواز مع شرط الخيار ارتفاع الجهالة حينئذ، فإن ذلك واقع بمشيئة الجميع.

قوله: " لكن يعاد على زوجها ما سلم إليها من مهر خاصة... الخ ".
احترب " خاصة " عن النفقة وغيرها مما غرمه عليها، فإنه لا يعاد عليه. وكذا لا يعاد المهر إلا إذا طلبه الزوج أو وكيله، من الإمام أو نائبه، فيدفعه إليه من بيت المال، وإن كانت عينه باقية. ويستفاد من قوله: " سلم إليها " أنه لو لم يكن قد سلم إليها المهر أو بعضه، لم يدفع إليه شيء. والأمر فيه كذلك، عملا بظاهر الآية (١). وشرط بعض الأصحاب (٢) مع ذلك كون الطلب في العدة، إذ لا زوجية بعد العدة، فلا تفويت حتى يعرض عنه بالمهر.
قوله: " ولو ماتت قبل المطالبة لم يدفع إليه وفيه تردد ".
منشؤه من أن الحيلولة حصلت بالموت، فلا يستحق مهرا، ومن سبق الاسلام

(١) الممتحنة: ١٠.

(٢) حاشية المحقق الكركي على الشرائع: ١٩٥ " مخطوط ".

الرجعية، كان أحق بها. أما إعادة الرجال، فمن أمن عليه الفتنة بكثرة العشيّة، وما مائل ذلك من أسباب القوة، جاز إعادته، وإلا منعوا منه. ولو شرط في الهدنة إعادة الرجال مطلقاً، قيل: يبطل الصلح، لأنه كما يتناول من يؤمن افتتانه، يتناول من لا يؤمن. وكل من وجب رده لا يجب حمله، وإنما يخلى بينه وبينهم. ولا يتولى الهدنة على العموم، ولا لأهل البلد والصقع، إلا الإمام

عليه الموجب للحيلولة، فيجب. ويشكل بأن الاستحقاق مشروط بالمطالبة، لا بمجرد الحيلولة، ولم يتحقق إلا بعد الموت، فلم يؤثر، إذ لم يمنع حينئذ منها، وإنما منعه الموت. والأقوى أنه لا شيء له. قوله: " ولو شرط في الهدنة إعادة الرجال مطلقاً، قيل: يبطل الصلح... الخ "

الظاهر من الاطلاق أنه لم يقيد شرط إعادة الرجال بقيد، بل أطلق الإعادة. ووجه البطان تناول الاطلاق من لا يؤمن افتتانه وهو غير جائز، ومن إمكان حمل المطلق على ما يصح. والأقوى البطان. ولو أريد بالاطلاق اشتراط إعادة من يؤمن افتتانه ومن لا يؤمن مصرحاً بذلك، كان الشرط فاسداً قطعاً ويتبعه فساد الصلح على الأقوى. ويمكن أن يريد هذا المعنى، ويكون نسبته البطان إلى القيل، بناء على التردد في فساد العقد المشتمل على شرط فاسد. وسيأتي في البيع ما يشعر يتوقف المصنف في ذلك كما هنا. قوله: " ولا يتولى الهدنة على العموم ولا لأهل البلد والصقع، إلا الإمام أو من يقوم مقامه "

احترز بالعموم عن هدنة غيرهما لآحاد المشركين وأهل القرية الصغيرة، فإنه جائز كما مر (١)، لأن جواز أمانهم يتضمن المهادنة على ترك الحرب. والصقع - بضم

(١) راجع ص ٢٩.

أو من يقوم مقامه.
ومن لواحق هذا الطرف
مسائل:

الأولى: كل ذمي انتقل عن دينه إلى دين لا يقر أهله عليه، لا يقبل منه، إلا الاسلام أو القتل. أما لو انتقل إلى دين يقر أهله، كاليهودي ينقل إلى النصرانية أو المجوسية، قيل: يقبل، لأن الكفر ملة واحدة، وقيل: لا، لقوله تعالى: * (ومن يتبع غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه) *، وإن عاد إلى دينه، قيل: يقبل، وقيل: لا، وهو الأشبه. ولو أصر فقتل، هل يملك أطفاله؟ قيل: لا، استصحاباً لحالتهم الأولى.

قوله: " أما لو انتقل إلى دين يقر أهله، قيل: يقبل لأن الكفر ملة واحدة، وقيل: لا للآية ".
عدم القبول أقوى لعموم الآية (١).
ولا يلزم من كون الكفر ملة واحدة إقراره مع معارضة الآية. والحق أنه كالملة الواحدة لا نفس الملة، للقطع بأنها ملل متعددة متباينة.
قوله: " وإن عاد إلى دينه قيل: يقبل، لا، وهو الأشبه ".
عدم القبول أقوى لعموم الآية أيضاً. ولا يلزم من جواز استدامته جواز ابتدائه لمعارضة الآية للثاني دون الأول، ولأن الاستدامة أقوى من الابتداء، فلا يلزم من تأثير القوي في الاقرار تأثير الضعيف فيه.
قوله: " ولو أصر فقتل، هل يملك أطفاله؟ قيل: لا، استصحاباً لحالتهم الأولى ".

(١) آل عمران: ٨٥.

الثانية: إذا فعل أهل الذمة ما هو سائغ في شرعهم، وليس بسائغ في الاسلام، لم يتعرضوا. وإن تجاھروا به، عمل بهم ما تقتضيه الجناية، بموجب شرع الاسلام. وإن فعلوا ما ليس بسائغ في شرعهم، كالزنى واللواط، فالحكم فيه كما في المسلم. وإن شاء الحاكم دفعه إلى أن نحلته، ليقيموا الحد فيه بمقتضى شرعهم.

الثالثة: إذا اشترى الكافر مصحفا لم يصح البيع، وقيل: يصح ويرفع يده، والأول أنسب بأعظام الكتاب العزيز. ومثل ذلك كتب

عدم تملكهم أقوى، لأنه لم يقع منهم ما يوجب ذلك. ووجه التملك تبعيتهم له في الأحكام. والعموم ممنوع. قوله: " وإن شاء الحاكم دفعه إلى أهل نحلته ليقيموا الحد فيه بمقتضى شرعهم ".

هذا إذا كان له - مع تحريمه عندهم - عقوبة، إذ لا يلزم من تحريمه ذلك. وحينئذ فيجوز دفعه إليهم، سواء وافقونا في العقوبة كما وكيفاً، أم لا. وإن لم يكن له عندهم عقوبة، تعين حده لئلا يعطل. وهذا التقييد هو الظاهر من عبارة المصنف في تعليقه.

قوله: " إذا اشترى الكافر مصحفا - إلى قوله - والأول أنسب بأعظام الكتاب العزيز ".

إنما قال: إنه " أنسب " لعدم وقوفه على دليل صحيح صريح في بطلان العقد، وغاية ما فيه التحريم، وهو لا يقتضي الفساد مطلقاً في العقود، فيصح البيع ويجبر على بيعه لمسلم، لكن مناسبة التعظيم لكتاب الله تعالى تقتضيه. وألحق الشيخ (١) به كتب

(١) المبسوط ٢: ٦٢.

أحاديث النبي صلى الله عليه وآله، وقيل: يجوز على كراهية، وهو الأشبه.

الرابعة: لو أوصى الذمي ببناء كنيسة أو بيعة، لم يجوز لأنها معصية. وكذا لو أوصى بصرف شيء في كتابة التوراة والإنجيل، لأنها محرفة.

ولو أوصى للراهب والقسيس جاز، كما تجوز الصدقة عليهم.

الأحاديث النبوية، ولا ريب أنه أحوط وأولى.
قوله: " ولو أوصى الذمي ببناء كنيسة أو بيعة، لم يجوز لأنها معصية... الخ "

المعروف من البيعة والكنيسة كونهما بيتا لعبادتهم، فمن ثم لم تجز الوصية، لأن صلاتهم معصية. أما لو جعلها للمارة منهم، أو مما يعم المسلمين جاز، لأن مجرد نزولهم ليس بمعصية، إلا أن في ذلك خروجاً عن مفهوم الكنيسة والبيعة. ولو شرك في وصيته بين النزول والصلاة، ففي بطلان الوصية في الصلاة خاصة، فينبى بنصف الثلث لنزول المارة، أو يصح من الثلث ويمنعون من الصلاة فيها، وجهان. واعلم أن الشهيد (١) (رحمه الله) قيد المنع بكون وصيته في موضع لا يجوز لهم استحداثها فيه، فلو كان في أرضهم صحت الوصية. والظاهر أن هذا التقييد ليس بشيء، بل الكلام إنما هو مع جواز إحداثهم، لأن المنع هنا من جهة الوصية حيث اشتملت على محرم، فليس لنا أن ننفذها لو ترفعوا إلينا، لأن المراد من صحتها ترتب أثرها عليها وتنفيذها. ولو لم يترفعوا إلينا لم نتعرض لهم. وكذا القول في نظائره. قوله: " ولو أوصى للراهب والقسيس، جاز كما تجوز الصدقة عليهم " .

أي تجوز وصية الذمي لهما، إذ ليست وصية في محرم، فإن الصدقة عليهما وعلى

(١) الدروس: ٢٤٠.

الخامسة: يكره للمسلم أجرة رم الكنائس والبيع، من بناء ونجارة وغير ذلك.

غيرهما من أهل الذمة جائزة، والوصية في معناها. وضمير "عليهم" يمكن عوده إلى أهل الذمة وإن لم يتقدم لهم ذكر، لدلالة المقام وسياق الكلام. ويمكن عوده إلى القسيس الراهب مجازاً، أو بناء على أن أقل الجمع اثنان، أو إلحاقاً لهما بالمتعدد، بسبب لام الجنس وإن كان ذلك لا يخلو من تكلف، والأول أجود.

(٩٠)

الركن الرابع
في قتال أهل البغي
يجب قتال من خرج على إمام عادل، إذا ندب إليه الإمام عموماً أو

قوله: " في قتال أهل البغي " .

البغي - لغة (١) - يطلق على مجاوزة الحد، وعلى الظلم، وعلى الاستعلاء، وعلى الاستطالة، وعلى طلب الشيء، يقال: بغى الشيء إذا طلبه. وفي عرف الفقهاء الخروج عن طاعة الإمام على الوجه الآتي. ويمكن اشتقاق البغي من كل واحد من المعاني السابقة، لتجاوزه للحد المرسوم له، ولأنه ظالم بذلك، ولاستعلائه، واستطالته على الإمام، وطلبه ذلك.

قوله: ويجب قتال من خرج على إمام عادل إذا ندل إليه الإمام " .
اطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق في الخارج بين القليل والكثير حتى الواحد، كابن ملجم (لعنه الله). وبذلك صرح العلامة في التذكرة (٢) والمنتهى (٣). وقواه. وهو حسن. واعتبر الشيخ (٤) (رحمه الله) كثرتهم ومنعتهم، فلو كانوا نفراً يسيراً كالواحد

(١) انظر الصحاح ٦: ٢٢٨١ و ٢٢٨٢، جمهرة اللغة لابن دريد ١: ٣٧١ و ٢: ١٠٢٥.

(٢) التذكرة ١: ٤٥٤.

(٣) المنتهى ٢: ٩٨٣.

(٤) المبسوط ٧: ٢٦٤.

خصوصاً أو من نصبه الإمام. والتأخر عنه كبيرة. وإذا قام به من فيه غناء، سقط عن الباقيين، ما لم يستنهضه الإمام على التعيين. حتى يفيئوا أو يقتلوا. ومن كان من أهل البغي لهم فئة يرجع إليها، جاز الاجهاز على جريحهم واتباع مدبرهم، وقتل أسيرهم. ومن لم يكن له فئة، فالقصد بمحاربتهم تفريق كلمتهم، فلا يتبع لهم مدبر، ولا يجهز على جريحهم، ولا يقتل لهم مأسور. مسائل: الأولى: لا يجوز سبي ذراري البغاة، ولا تملك نسائهم اجماعاً.

والاثنين والعشرة فليسوا أهل بغي، بل قطاع طريق. ويعتبر مع ذلك خروجهم عن قبضة الإمام منفردين عنه في بلد أو بادية، فلو كانوا معه فليسوا بأهل بغي، وأن يكون لهم تأويل سائغ عندهم، وإلا فهم قطاع طريق حكمهم حكم المحارب. قوله: " وإذا قام به من فيه غناء سقط عن الباقي ".
الغناء - بفتح الغين المعجمة - النفع والاجزاء. والكلام في هذه الأحكام كما تقدم في عرب المشركين (١).

(١) في أول كتاب الجهاد.

الثانية: لا يجوز تملك شيء من أموالهم التي لم يحوها العسكر، سواء كانت مما ينقل كالثياب والآلات، أو لا ينقل كالعقارات، لتحقيق الاسلام المقتضي لحقن الدم والمال.

وهل يؤخذ ما حواه العسكر مما ينقل ويحول؟ قيل: لا، لما ذكرناه من العلة، وقيل: نعم، عملاً بسيرة علي عليه السلام. وهو الأظهر. الثالثة: ما حواه العسكر للمقاتلة خاصة، يقسم للراجل سهم وللفراس سهمان، ولذي الفرسين أو الأفراس ثلاثة.

قوله: " لا يجوز تملك شيء من أموالهم التي لم يحوها العسكر ". هذا موضع وفاق، وقد ادعى الاجماع على ذلك جماعة من الأصحاب (١) حتى الشهيد في الدروس (٢). ومنه يستفاد تحريم أموال سائر فرق الاسلام وإن حكم بكفرهم، لأن هذا الوصف ثابت في البغاة وزيادة، مضافاً إلى ما دل عليه من الكتاب (٣) والسنة (٤). وكذا يحرم سبي نسائهم، وتملك ذراريهم على المشهور. قوله: " وهل يؤخذ ما حواه العسكر مما ينقل ويحول؟... الخ ". القول بالجواز للأكثر، ومنهم المصنف والعلامة في المختلف (٥). ومن حججهم سيرة علي عليه السلام في أهل الجمل، فإنه قسمه بين المقاتلين، ثم رده على أربابه (٦). والقول بالمنع للمرتضى (٧) وابن إدريس (٨). وقواه في الدروس (٩) محتجاً

-
- (١) منهم ابن زهرة في الغنية " الجوامع الفقهية " : ٥٢٢، وابن إدريس في السرائر ٢ : ١٦ - ١٩، والعلامة في التحرير ١ : ١٥٦ والمنتهى ٢ : ٩٨٨.
(٢) الدروس: ١٦٤.
(٣) البقرة: ١٨٨.
(٤) انظر الوسائل ١٧ : ٣٠٨ ب " ١ " من أبواب كتاب الغصب.
(٥) المختلف: ٣٣٧.
(٦) الجمل للشيخ المفيد: ٢١٦ - ٢١٧. وليس فيه أنه عليه السلام رده عليهم.
(٧) مسائل الناصريات " الجوامع الفقهية " : ٢٦١.
(٨) السرائر ٢ : ١٩.
(٩) الدروس: ١٦٤.

خاتمة

من منع الزكاة لا مستحلا، فليس بمرتد، ويجوز قتاله حتى يدفعها.

ومن سب الإمام العادل، وجب قتله.
وإذا قاتل الذمي مع أهل البغي، خرق الذمة. وللإمام أن يستعين
بأهل الذمة في قتال أهل البغي. ولو أتلّف الباغي على العادل مالا أو نفسا
في حال الحرب، ضمنه.
ومن أتى منهم يوجب حدا، واعتصم بدار الحرب، فمع الظفر
يقام عليه الحد.

عليه بسيرة علي عليه السالم أيضا في البصرة، فإنه أمر برد أموالهم، فأخذت حتى
القدر كفأها صاحبها لما عرفها، ولم يصبر على أربابها (١). والظاهر من الأخبار (٢) أن
ذلك بطريق المن لا الاستحقاق.

قوله: " ومن سب الإمام العادل، وجب قتله "

لأنه كافر ويجب قتله على كل سامع مع الأمن، وقد تقدم (٢).

قوله: " ولو أتلّف الباغي على العادل مالا أو نفسا في حال الحرب
ضمنه "

المراد بالعادل هنا من كان متابعا (٤) للإمام العادل، وإن كان ذميا (٥).
قوله: " ومن أتى منهم ما يوجب حدا واعتصم بدار الحرب فمع
الظفر يقام عليه الحد "

نبه بذلك على خلاف بعض العامة، حيث ذهب إلى عدم وجوب حدهم

(١) المبسوط ٧: ٢٦٦.

(٢) انظر الوسائل ١١: ٥٧ ب " ٢٥ " من أبواب جهاد العدو.

(٣) في ص: ٧٤.

(٤) في " ك " مبايعا.

(٥) في " ه " كافرا.

بذلك، الحاقاً لهم بأهل الحرب (١). وهو ممنوع، لأنه متلبس بالاسلام، ومعتقد وجوب العبادات الاسلامية والحدود الشرعية، فيقام عليه كغيره من المسلمين.

(١) نسبه ابن قدامة في المغني ٩ : ١٤ إلى أبي حنيفة.

(٩٥)

كتاب
الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

(٩٧)

كتاب

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
المعروف: هو كل فعل حسن، اختص بوصف زائد على حسنه،
إذا عرف فاعله ذلك، أو دل عليه.

قوله: " المعروف: هو كل فعل حسن اختص بوصف زائد على حسنه
إذا عرف فاعله ذلك، أو دل عليه " .

المراد بالفعل الحسن هنا الجائز بالمعنى الأعم، الشامل للواجب والمندوب
والمباح والمكروه. وقد عرفوه بأنه ما للقادر عليه المتمكن من العلم بحاله أن يفعله،
أو ما لم يكن على صفة تؤثر في استحقاق الذم. ويقابله القبيح.
وخرج بقوله: " اختص بوصف زائد على حسنه " المباح، فإنه
لا يحتضن بوصف زائد. ولا بد من إخراج المكروه أيضا، لأنه ليس بمعروف،
مع دخوله في تعريفي الحسن، بل قد صرحوا بدخوله فيه، وأنه يقابل القبيح خاصة،
والمراد به الحرام. وفي خروج المكروه بالوصف الزائد نظر، لأنه لم يشترط بالوصف
كونه راجحا، ولا شك أن الوصف المرجوح يطلق عليه اسم الوصف الزائد على
الحسن. وكأنه لما أخرج المباح من المصروف اقتضى خروج المكروه بطريق أولى، لكن
هذا القدر لا يكفي في صحة التعريف.

وقوله: " إذا عرف فاعله ذلك، أو دل عليه " قيد للمعروف من حيث يؤمر
به، لا له في حد ذاته، لأن العلم به غير شرط في كونه حسنا ومعروفا. وقد يطلق
الحسن على ماله مدخل في استحقاق المدح فيتناول الواجب والمندوب خاصة.
وكان إرادة هذا المعنى هنا أولى، ليتحقق خروج المكروه. ولا يجوز أن يريد المصنف

والمنكر: كل فعل قبيح، عرف فاعله قبحه، أو دل عليه.
والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر واجبان اجماعا، ووجوبهما على
الكفاية، يسقط بقيام من فيه كفاية، وقيل: بل على الأعيان. وهو
الأشبه.

هذا المعنى، وإلا لاستغنى عن زيادة القيود في التعريف.
قوله: " والمنكر كل فعل قبيح عرف فاعله قبحه، أو دل عليه ".
المراد بالقبيح الحرام كما مر. وتعريفه ما ليس للعالم بحاله القادر عليه أن
يفعله، أو الذي على صفة يؤثر في استحقاق الذم. وعلى هذا فالمكروه خارج من
القسمين، فلا يتحقق النهي عنه ولا الأمر به، وكان ينبغي ادراجه في النهي، فإن
النهي عنه مستحب، كالأمر بالمندوب، كما صنع بعض الأصحاب (١). والظاهر أن
سبب إهماله عدم دخوله في اللفظين - أعني المعروف والمنكر - واشتهار استعمال
العنوان بهذين اللفظين. ويمكن دخوله في المندوب باعتبار استحباب تركه، فإذا كان
تركه مندوبا تعلق الأمر به. وهذا هو الأولى.
قوله: " ووجوبهما على الكفاية، يسقط بقيام من فيه كفاية، وقيل: بل
على الأعيان، وهو أشبه ".

وما اختاره المصنف (رحمه الله) من وجوبه على الأعيان مذهب الشيخ (٢) (رحمه
الله) وتبعه عليه جماعة من المتأخرين (٣)،
عملا بعموم الآيات (٤) والأحاديث (٥).
وأقوى القولين الأول، لقوله تعالى: * (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون

(١) كما في الوسيلة لابن حمزة: ٢٠٧، والكافي للحلي: ٢٦٤.

(٢) النهاية: ٢٩٩.

(٣) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٠٧، والعلامة في التذكرة ١: ٤٥٨، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٣
: ٤٨٥.

(٤) آل عمران: ١١٤، ١١٠، الأعراف: ١٩٩.

(٥) الوسائل ١١: ٣٩٣ ب " ١ " من أبواب الأمر والنهي.

والمعروف ينقسم إلى الواجب والندب. فالأمر بالواجب واجب،
وبالمندوب مندوب. والمنكر لا ينقسم، فالنهي عنه كله واجب.
ولا يجب النهي عن المنكر، ما لم تكمل شروط أربعة:
الأول: أن يعلمه منكرًا، ليأمن الغلط في الإنكار.

بالمعروف وينهون عن المنكر) * (١)، ولأن الغرض الشرعي وقوع المعروف وارتفاع
المنكر، ولا يظهر تعلق الغرض بمباشر معين. والعمومات غير منافية لذلك، لأن
الواجب الكفائي يخاطب به جميع المكلفين كالواجب العيني، وإنما يسقط بقيام
بعضهم به عن الباقيين، حتى لو لم يمكن حصوله إلا بقيام الكل وجب القيام على
الكل، فقد اشتركا في الحكم من هذه الجهة، وفي سقوط الوجوب بعد حصول
المطلوب من ترك المنكر وفعل المعروف، لفقد شرط الوجوب الذي هو إصرار
العاصي وإنما تظهر فائدة القولين في وجوب قيام الكل به قبل حصول الغرض - وإن
قام به من فيه الكفاية - على القول بالوجوب العيني، وسقوط الوجوب عمّن زاد على
من فيه الكفاية من القائمين على القول الآخر، بل بظن قيام من فيه الكفاية على ما
هو المشهور بينهم، وإن كان هذا القسم موضع النظر.

قوله: " ولا يجب النهي عن المنكر ما لم تكمل شروط أربعة " .

لا فرق في الاشتراط بالأمر الأربعة بين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر،
فتخصيصه النهي لا يظهر وجهه.

وقد يناقش في اعتبار الشرط الأول، نظرا إلى أن عدم العلم بالمعروف والمنكر
لا ينافي تعلق الوجوب بمن لم يعلم، وإنما ينافيه نفس الأمر والنهي حذرا من الوقوع
في الأمر بالمنكر والنهي عن المعروف. وحينئذ فيجب على كل من علم بوقوع المنكر أو
ترك

المعروف، من شخص معين في الجملة، بنحو شهادة عدلين، أن يتعلم ما يصح معه
الأمر والنهي، ثم يأمر أو ينهى، كما يتعلق بالمحدث وجوب الصلاة، ويجب عليه
تحصيل شروطها. وحينئذ فلا منافاة بين عدم جواز أمر الجاهل ونهيه حالة جهله،

(١) آل عمران: ١٠٤.

الثاني: أن يجوز تأثير انكاره، فلو غلب على ظنه، أو علم أنه لا يؤثر، لم يجب.
الثالث: أن يكون الفاعل له مصرا على الاستمرار. فلو لاح منه أمانة الامتناع، أو أفلح عنه، سقط الانكار.
الرابع: أن لا يكون في الانكار مفسدة. فلو ظن توجه الضرر إليه أو إلى ماله، أو إلى أحد من المسلمين، سقط الوجوب.

وبين وجوبهما عليه، كما يجب الصلاة على المحدث والكافر، ولا يصح منهما على تلك الحالة.

قوله: " وأن يجوز تأثير انكاره... الخ "

المراد بالتجوز في هذا المحل أن لا يكون التأثير عنده ممتنعا، بل يكون ممكنا بحسب ما يظهر له من حاله. وهذا يقتضي الوجوب ما لم يعلم عدم التأثير وإن ظن عدمه، لأن التجوز قائم مع الظن. وهذا هو الذي يقتضيه إطلاق الأوامر، لكن المصنف (رحمه الله) والعلامة (١) أسقطا الوجوب بظن العدم، مع فرضهما في أول كلامهما التجوز في الوجوب. وفي الدروس (٢) جعل شرط الوجوب إمكان التأثير وأطلق، وهو أجود.

نعم يتمشى ذلك في الشرط الرابع كما ذكره، لأن الضرر المسوغ للتحرز منه يكفي فيه ظنه، كما في نظائره من الموارد الشرعية، بخلاف الأول، لأن غايته أن يظهر عدم التأثير، ولا ضرر فيه. ومن ثم قيل هنا: إن الوجوب عند عدم تجوز التأثير يندفع، دون الجواز، بل الاستحباب، بخلافه مع ظن الضرر، فإن الجواز يرتفع أيضا مع الوجوب.

قوله: " وأن يكون الفاعل له مصرا على الاستمرار... الخ ".
لا إشكال في الوجوب مع الاصرار، وإنما الكلام في سقوطه بمجرد ظهور أمانة

(١) التذكرة ١: ٤٥٨.

(٢) الدروس: ١٦٤.

ومراتب الانكار ثلاث: بالقلب، وهو يجب وجوبا مطلقا، وباللسان، وباليد.

ويجب دفع المنكر بالقلب أولا، كما إذا عرف أن فاعله ينزجر بإظهار الكراهة. وكذا إن عرف أن ذلك لا يكفي، وعرف الاكتفاء بضرب من الاعراض والهجر، وجب واقتصر عليه. ولو عرف أن ذلك لا يرفعه، انتقل إلى الانكار باللسان، مرتبا للأيسر من القول فالأيسر.

الامتناع، فإن الأمانة علامة ضعيفة يشكل معها سقوط الواجب المعلوم. وفي الدروس (١) أنه مع ظهور الأمانة يسقط قطعاً. ويلحق بعلم الاصرار اشتباه الحال، فيجب الانكار وإن لم يتحقق الشرط الذي هو الاصرار. ومثله القول في الأمر بالمعروف. وينبغي عند فقد هذا الشرط - مع سقوط الوجوب - ثبوت تحريمه أيضا. وكذا القول في الشرط الرابع.

قوله: " ومراتب الانكار ثلاث: بالقلب، وهو يجب وجوبا مطلقا ".
إعلم أن الانكار القلبي يطلق في كلامهم على معنيين:
أحدهما: ايجاد كراهة المنكر في القلب، بأن يعتقد وجوب المتروك، وتحريم المفعول، مع كراهته للواقع.

والثاني: الاعراض عن فاعل المنكر، وإظهار الكراهة له بسبب ارتكابه. والمعنى الأول يجب على كل مكلف، لأنه من مقتضى الايمان وأحكامه، سواء كان هناك منكر واقع أم لا، وسواء جوز به التأثير أم لا، إلا أن هذا المعنى لا يكاد يدخل في معنى الأمر بالمعروف ولا النهي عن المنكر، لاقتضائهما طلب الفعل أو الترك، ولا طلب في هذا المعنى، فلا يعد معتقده آمرا ولا ناهيا، بخلاف المعنى الثاني، فإن الانكار والطلب يتحققان في ضمنه. ووجوبه مشروط بالشرائط

الدروس: ١٦٥.

ولو لم يرتفع إلا باليد، مثل الضرب وما شابهه، جاز.

المذكورة، لأنه يظهر على فاعله حتما، ويجري فيه خوف ضرر وعدمه، وتجويز التأثير وعدمه. ومن هذا يعلم أن المعنى الأول لا يدخل في اطلاق قوله: " ولا يجب النهي ما لم تكمل شروط أربعة " .

إذا تقرر ذلك، فقول المصنف: " ومراتب الانكار ثلاث: بالقلب، وهو يجب وجوبا مطلقا " إن أراد به المعنى الأول - كما هو الظاهر من الاطلاق - أشكال دخوله في مراتب الانكار والنهي، وبأن هذا القسم لا يشترط بالشروط المذكورة، مع دخوله في مطلق النهي أولا وآخرا. إلا أن يقال: قيد الاطلاق هنا في قوة الاستثناء مما تقدم. وإن أراد به المعنى الثاني كما يشعر به قوله: " ويجب دفع المنكر بالقلب أولا كما إذا عرف... الخ " لم يكن للتقييد بالاطلاق فائدة، لأن اظهار الكراهة الذي جعله معنى الانكار القلبي ثانيا مشروط بتجويز التأثير وانتفاء المفسدة، كغيره من باقي المراتب بغير اشكال. فاللازم حينئذ إما ترك الاطلاق، أو ترك التشبه بقوله: " كما إذا عرف أن فاعله ينزجر... الخ " .

ويمكن أن يكون (رحمه الله) قد حاول ذكر المعنيين معا، فأشار إلى الأول بالاطلاق، وإلى الثاني بالتمثيل المذكور، إلا أن نظم العبارة بذلك غير جيد. وكذلك عبارة العلامة في سائر كتبه (١)، بل فيها ما هو أزيد تهافتا، فإنه يصرح بجعل الواجب القلبي المطلق هو إظهار الاعراض. وكأن الأولى في ذلك كله ترك قيد الاطلاق، وإرادة المعنى الثاني، لأنه هو الذي يدخل في حقيقة الطلب، ويمكن عده في الأمر والنهي.

قوله: " ولو لم يرتفع إلا باليد مثل الضرب وما شابهه، جاز " .
ويجب فيه الاقتصار على الأسهل فالأسهل، كما في اللسان، فلا يبرح بالضرب مع حصول الغرض بدونه. وجعل الضرب مثلا تنبيها على أن عمل اليد لا ينحصر

(١) التذكرة ١: ٤٥٨، المنتهى ٢: ٩٩٣، التحرير ١: ١٥٧، القواعد: ١١٨ - ١١٩، الارشاد ١: ٣٥٢.

ولو افتقر إلى الجراح أو القتل هل يجب؟ قيل: نعم، وقيل: لا،
إلا بإذن الإمام، وهو الأظهر.
ولا يجوز لأحد إقامة الحدود، إلا للإمام مع وجوده، أو من نصبه
لإقامتها.
ومع عدمه، يجوز للمولى إقامة الحد على مملوكه.

فيه، بل يمكن تأديه بنحو فرك الأذن وغمز البدن. والمراد بالجواز في قوله: " جاز "
معناه الأعم، لأن الانتقال إلى ذلك حين لا ينفع اللسان واجب.
قوله: " ولو افتقر إلى الجرح أو القتل، هل يجب؟ قيل: نعم...
الخ "

القول الأول للسيد المرتضى (١) (رحمه الله)، وتبعه عليه والعلامة في المختلف (٢)
والمنتهى (٣)، والتحرير (٤)، لعموم الأوامر (٥) وإطلاقها، ولأن القتل والجرح غير
مطلوبين بالذات. وهو حسن بالنسبة إلى الجرح، أما القتل فغير واضح، لأن الأدلة
لا تتناولها، لفوات معنى الأمر والنهي معه، إذ الغرض من هذه المراتب ارتكاب
المأمور أو المنهي لما طلب منه. وشرطه تجويز التأثير، وهو لا يتحقق مع القتل، وكونه
مؤثرا في غير المأمور والمنهي غير كاف، لأن المعبر بالذات هو، والشرط معتبر فيه
خاصة. والقول الثاني أشهر، لكن دليله في غير القتل غير واضح. وعلى القول بالمنع
يجوز ذلك للفقهاء الجامع لشرائط الفتوى إن سوغنا له إقامة الحدود حالة الغيبة.
قوله: " ومع عدمه يجوز للمولى إقامة الحد على مملوكه ".
جواز إقامة السيد الحد على مملوكه هو المشهور بين الأصحاب، لم يخالف فيه

(١) نقله عنه الشيخ في الاقتصاد: ١٥٠.

(٢) المختلف: ٣٣٩.

(٣) المنتهى ٢: ٩٩٣.

(٤) التحرير ١: ١٥٧.

(٥) انظر الوسائل ١١: ٤٠٣ ب " ٣ " من أبواب الأمر والنهي.

وهل يقيم الرجل الحد على ولده وزوجته؟ فيه تردد.
ولو ولي وال من قبل الجائر، وكان قادرا على إقامة الحدود، هل له
إقامتها؟ قيل: نعم، بعد أن يعتقد أنه يفعل ذلك بإذن الإمام الحق،

إلا الشاذ (١). وشرطه العلم بمقادير الحدود، لئلا يتجاوز حده، ومشاهدة الموجب،
أو إقرار المملوك الكامل به. أما ثبوته بالبينة فيتوقف على الحاكم الشرعي. وإطلاق
المولى يشمل الذكر والأنثى. وعبر الشيخ (٢) (رحمه الله) بالانسان الشامل لهما أيضا.
وكذلك يشمل الحر والعبد. وتردد في الدروس (٣) في إقامة المرأة على رقيقها، والمكاتب
على رقيقه، والفاسق مطلقا. وأراد المصنف بعدم الإمام عليه السلام عدم ظهوره
وبسط يده، وهو حال الغيبة، وإن كانت العبارة غير جيدة.
قوله: " وهل يقيم الرجل الحد على ولده وزوجته؟ فيه تردد ".
منشأ التردد من دعوى الشيخ (رحمه الله) ورود الرخصة في ذلك (٤)، ومن
أصالة المنع، وعدم ظهور موجب الترخيص. وقد ظهر بذلك أن المنع أقوى. ويظهر
من المختلف (٥) أن موضع النزاع ما لو كان الأب والزوج بل المولى فقيها، وحينئذ
فيتجه الجواز، لما سيأتي (٦) من جواز إقامة الفقيه الحدود في حال الغيبة. ولا فرق في
الزوجة بين الدائم والمنقطع ولا في الزوجين بين الحرين والعبد والمفتقرين، فيجتمع
على الأمة ولاية الزوج والسيد. ولا فرق في الحد بين ما يوجب الجلد، أو الرجم، أو
القتل. ولا يشترط الدخول.
قوله: " ولو ولي وال من قبل الجائر... الخ "

- (١) في هامش " ج " و " ه " : " هو سلال (رحمه الله) فإنه منع من إقامة غير الإمام مطلقا. منه سلمه الله ".
راجع المراسم: ٢٦٠. وفي دلالته على ما ذكره تأمل. راجع أيضا المختلف: ٣٣٩.
(٢) النهاية: ٣٠١.
(٣) الدروس: ١٦٥.
(٤) النهاية: ٣٠١.
(٥) المختلف: ٣٣٩.
(٦) في ص: ١٠٧.

وقيل: لا، وهو أحوط.
ولو اضطره السلطان إلى إقامة الحدود، جاز حينئذ إجابته، ما لم يكن قتلا ظلما، فإنه لا تقية في الدماء.
وقيل: يجوز للفقهاء العارفين إقامة الحدود، في حال غيبة الإمام، كما لهم الحكم بين الناس، مع الأمن من ضرر سلطان الوقت. ويجب على الناس مساعدتهم على ذلك.

ظاهر كلام الأصحاب وصريح بعضهم أن هذا المتولي غير فقيه شرعي، وإنما جاز له إقامة الحدود على أهلها تقية للجائر، كما يجوز التقية في غير الحدود كالفتوى والعبادة. وأوجبوا عليه أن ينوي النيابة عن الإمام الحق لا الجائر. ويقرب ذلك إن بلغ الأمر حد الاجبار، أو كان فقيها، وإلا فالمنع أقرب. ولا يتحقق قصد النيابة عن الإمام عليه السلام مع عدم اتصاف النائب بصفات الفتوى، فيكون القصد غير مؤثر في التجويز. ولو أريد به الفقيه لم يكن لافراده عن تولي الفقهاء في حال الغيبة إقامة الحدود - كما سيأتي إن شاء الله تعالى - وجه. إلا أن يقال: إنه باعتبار صورة النيابة عن الجائر يتوهم المنع، وإن جاز هناك. وهو ضعيف.
قوله: " ما لم يكن قتلا ظلما، فإنه لا تقية في الدماء ".
ألحق به الشيخ (١) (رحمه الله) الجرح وهو مناسب لتعليل المصنف، فإن التقية المنفية في الدماء نكرة في سياق النفي فيعم. وفي بعض العبارات لا تقية في قتل النفوس، فيخرج الجرح الذي لا يفضي إليه. ولا يحضرنى مستند أرتب عليه الحكم.
قوله: " وقيل: يجوز للفقهاء العارفين إقامة الحدود... الخ ".
هذا القول مذهب الشيخين (٢) (رحمها الله) وجماعة من الأصحاب (٣). وبه

(١) لم نعثر عليه في كتب الشيخ (رحمه الله).

(٢) راجع المقنعة: ٨١٠ والنهاية ٣٠١.

(٣) راجع المراسم: ٢٦١ والكافي للحلي: ٤٢٣ وقواعد العلامة: ١١٩ والتنقيح الرائع ١: ٥٩٦ وجامع المقاصد ٣: ٤٩٠.

ولا يجوز أن يتعرض لإقامة الحدود، ولا للحكم بين الناس، إلا عارف بالأحكام، مطلع على مأخذها، عارف بكيفية ايقاعها على الوجوه الشرعية.

رواية (١) عن الصادق عليه السلام في طريقها ضعف. ولكن رواية عمر بن حنظلة مؤيدة لذلك (٢)، فإن إقامة الحدود ضرب من الحكم، وفيه مصلحة كلية ولطف في ترك المحارم، وحسم لانتشار المفساد. وهو قوي. ولا يخفى أن ذلك مع الأمن من الضرر عليه وعلى غيره من المؤمنين.

قوله: " ولا للحكم بين الناس إلا عارف بالأحكام... الخ ".
المراد بالعارف المذكور الفقيه المجتهد، وهو العالم بالأحكام الشرعية بالأدلة التفصيلية. وجملة شرائطه مفصلة في مظانها. وهذا الحكم - وهو عدم جواز الحكم لغير المذكور - موضع وفاق بين أصحابنا. وقد صرحوا فيه بكونه اجماعيا. وفي حكمه الافتاء. والفرق بينهما أن الحكم إنشاء قول في حكم شرعي يتعلق بواقعة شخصية، كالحكم على زيد بثبوت دين لعمرو في ذمته. والفتوى حكم شرعي على وجه كلي، كالحكم بأن قول ذي اليد مقدم على الخارج مع اليمين، أو إخبار عن حكم معين بحيث يمكن جعله كليا، كقوله: " صلاة زيد باطلة، لأنه تكلم فيها عمدا " فإنه وإن كان حكما جزئيا، لكن يمكن جعله كليا، بحيث يكون هذا الجزئي من جملة أفرادها، كقوله: " كل من تكلم في صلاته عمدا بطلت صلاته " بخلاف الحكم. وإنما يمتنع الفتوى لغير المتصف إذا أسندها إلى نفسه، أو يطلق بحيث لا يتميز. أما إذا حكاها عن مجتهد، يجوز العمل بفتواه فإن ذلك جائز، ويجوز التمسك

(١) لعل المراد بها رواية أبي خديجة المروية في التهذيب ٦: ٣٠٣ ح ٨٤٦، والوسائل ١٨: ١٠٠ ب " ١١ " من أبواب صفات القاضي ح ٦.
(٢) الكافي ٧: ٤١٢ ح ٥، الفقيه ٣: ١٨ ح ٣٠١، التهذيب ٦: ٣٠١ ح ٨٤٥، الوسائل ١٨: ٩٨ ب " ١١ " من أبواب صفات القاضي ح ١.

ومع اتصاف المتعرض للحكم بذلك، يجوز الترافع إليه، ويجب على الخصم إجابة خصمه، إذا دعاه للتحاكم عنده.

بقوله مع عدالته، إلا أن مثل هذه الحكاية لا تعد فتوى، بل حكاية لها أو رواية، ولو أطلق عليه الفتوى كان مجازاً.

وقد صرح الأصحاب في هذا الباب من كتبهم المختصرة والمطولة وفي غيره، باشتراط حياة المجتهد في جواز العمل بقوله، وأن الميث لا يجوز العمل بقوله. ولم يتحقق إلى الآن في ذلك خلاف ممن يعتد بقوله من أصحابنا، وإن كان للعام في ذلك خلاف مشهور. وتحقيق المسألة في موضع آخر. قوله: " ومع اتصاف المتعرض للحكم بذلك يجوز الترافع إليه... الخ "

المشار إليه ب " ذلك " هو كونه عارفا بالأحكام، مطلعاً على ما أخذها على الوجه المعتبر. والأصل في ذلك ما رواه عمر بن حنظلة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا يكون بينهما منازعة فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاة أيحل ذلك؟ فقال: " من تحاكم إلى الطاغوت فحكم له فإنما يأخذ سحتاً، وإن كان حقه ثابتاً، لأنه أخذه بحكم الطاغوت، وقد أمر الله تعالى أن يكفر بها ". قلت: كيف يصنعان؟ قال: " انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا، ونظر في حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا، فليرضوا به حاكماً، فإنني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما بحكم الله استخف وعلينا رد والراد علينا راد على الله، وهو على حد الشرك بالله عز وجل " (١) ونحوه أخبار أخرى.

وقد استنبط الأصحاب الشرائط المعتبرة في الاجتهاد من هذا الحديث، بل من قوله: " وعرف أحكامنا " فإن معرفتها يتوقف على ما ذكر. ودل أيضاً على أن كل من كان متصفاً بذلك فهو منصوب من قبله عليه السلام على وجه كلي، ومن هذا شأنه

(١) مر ذكر مصادره في الصفحة المقابلة هامش (٢).

ولو امتنع وآثر المضي إلى قضاة الجور، كان مرتكبا للمنكر.

لا ينعزل بموت الإمام الناصب له، وإن كان في موت المنصوب على الخصوص خلاف.

إذا تقرر ذلك فيجب على من عرف الأحكام على الوجه المذكور الحكم والافتاء كفاية، كما يجب عليه تحصيل تلك المرتبة كذلك على المشهور. وقيل: إن وجوب تحصيلها عيني. وهو ضعيف، ولكن قد يصير الواجب الكفائي عينيا، كما إذا لم يكن ثم قائم به، فإنه يوجب على الجميع النهوض إليه إلى أن يوجد من فيه الكفاية. ولا يكفي ظن وصول الناهض إلى المطلوب، فإن على كل خير مانعا. وإنما يجب عليه الافتاء والحكم إذا لم يخف على نفسه أو على أحد المؤمنين، وإلا لم يجز التعرض إليه بحال.

قوله: " ولو امتنع وآثر المضي إلى قضاة الجور كان مرتكبا للمنكر ".
الضمير المستتر يعود على الخصم الذي دعاه خصمه إلى قاضي الحق، فإنه حينئذ باختياره المضي إلى قاضي الجور يكون مرتكبا للمنكر فاسقا، لأن ذلك كبيرة عندنا. وكذا القول في المدعي إذا قدم غريمه ابتداء إليهم، مع إمكان تحصيل حقه بدونه. وقد روى الشيخ في الصحيح، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " أيما مؤمن قدم مؤمنا في خصومة إلى قاض أو سلطان جائر، ففضى عليه بغير حكم الله، فقد شركه في الإثم " (١).

وعن أبي بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام قول الله عز وجل: * (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام) * (٢) فقال: " يا أبا بصير إن الله عز وجل قد علم أن في الأمة حكاما يجورون، أما إنه لم يعن حكام العدل، ولكنه عنى حكام الجور، يا با محمد إنه لو كان لك على رجل حق، فدعوته إلى حاكم أهل

(١) الكافي ٧: ٤١١ ح ١، الفقيه ٣: ٣ ح ٤، التهذيب ٦: ٢١٨ ح ٥١٥، الوسائل ١٨: ٢ ب " ١ " من أبواب صفات القاضي ح ١.
(٢) البقرة: ١٨٨.

ولو نصب الجائر قاضيا مكرها له، جاز الدخول معه دفعا لضرره،
لكن عليه اعتماد الحق والعمل به ما استطاع.
وإن اضطر إلى العمل بمذاهب أهل الخلاف جاز، إذا لم يمكن
التخلص من ذلك، ما لم يكن قتلا لغير مستحق، وعليه تتبع الحق ما
أمكن.

العدل، فأبى عليك إلا أن يرافحك إلى حكام أهل الجور ليقضوا عليك، كان ممن
حاكم إلى الطاغوت، وهو قول الله عز وجل: * (ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا
بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت) * (١). والأخبار
في ذلك كثيرة. إذا تقرر ذلك فيجب - كفاية - السعي على رفع ذلك، وإن كان الحكم
بالمختصمين أكد.

قوله: " ولو نصب الجائر قاضيا مكرها له جاز الدخول معه دفعا
لضرره لكن عليه اعتماد الحق، والعمل به ما استطاع ".
إنما يتوقف الجواز على الاكراه مع عدم اتصاف الحاكم بشرائط الفتوى، وتمكنه
من إجراء الأحكام على وجهها الشرعي والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإلا
جاز قبول الولاية بل قيد يجب. وبدون ذلك لا يجوز إلا مع الاكراه. ويتحقق بالخوف
من المخالفة على نفسه أو ماله، أو عرضه. ويختلف ذلك بحسب اختلاف أحوال
الناس في احتمال الإهانة وعدمها.
قوله: " وإن اضطر إلى العمل بمذاهب أهل الخلاف جاز...
الخ "

لا فرق في ذلك بين الفقيه الشرعي وغيره. ويجب عليه حينئذ التعلق من

(١) الكافي ٧: ٤١١ ح ٣، تفسير العياشي ١: ٨٥ ح ٢٠٥، التهذيب ٦: ٢١٩ ح ٥١٧، الوسائل ١٨
: ٣ ب " ١ " من أبواب صفات القاضي ح ٣، والآية في سورة النساء: ٦٠.

مذاهب أهل الخلاف بالأقرب إلى الحق فالأقرب إذا أمكنه. وقد روي عن زين العابدين علي بن الحسين عليهما السلام: " إذا كنتم في أئمة جور، فامضوا في أحكامهم، ولا تشهروا أنفسكم فتقتلوا " (١) ولو حكم بمذهب أهل الخلاف مع إمكان إنفاذه بالحق كان آثما ضامنا. وقد تقدم الكلام في استثناء

القتل والجرح من

الأكراه، وأنه لا تقية فيه. والله الموفق.

تم القسم الأول من كتاب شرائع الإسلام، وهو قسم العبادات. وبه تم الجزء الأول من هذا التعليق على يد مصنفه العبد الفقير إلى عفو الله تعالى ورحمته، وشفاعة نبيه، وأئمة زين الدين بن علي بن أحمد الشامي العاملي أحسن الله تعالى معاملته، وشرف خاتمته. وفرغ منه يوم الأربعاء لثلاثة مضت من شهر رمضان سنة إحدى وخمسين وتسعمائة

من الهجرة الطاهرة النبوية صلوات الله تعالى على من شرفت به. ونسأل من الجواد الكريم بحقه عليه، وبحق ما يراه عليه حقا أن يصلي عليه وعلى آله الطاهرين، وأن يوفق لآكاماله، ويجعله خالصا لوجهه، موجبا لرضاه واقباله، نافعا كأصله للمستفيدين، وذخرا ناجحا يوم الدين

والحمد لله رب العالمين
وصلاته على سيد رسله
محمد وآله أجمعين.

(١) الفقيه ٣: ٣ ح ٣، التهذيب ٦: ٢٢٤ ح ٥٣٦، الوسائل ١٨: ٥ ب " ١ " من أبواب صفات القاضي ح ٧.

القسم الثاني
في العقود، وفيه خمسة عشر كتابا

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة على سيدنا محمد وآله الطاهرين
القسم الثاني في العقود وفيه خمسة عشر كتابا...

(١١٣)

كتاب التجارة وهو مبني على فصول:

قوله: " وكتاب التجارة " .

قد سبق في كلام المصنف في زكاة التجارة - كغيره ما يدل على أن المراد بالتجارة عقد المعاوضة بقصد الاكتساب عند التملك فاعتبروا فيها قصد الاكتساب. فإن أرادوا منها هنا هذا المعنى، ففي كثير من أفرادها المذكورة في هذا الكتاب استطراد، فإن هذه الأقسام المعدودة لها أعم من كونها بقصد الاكتساب والقوت، والادخار. وإن أرادوا بها هنا ما هو أعم مما سبق ليتطابق جميع الأفراد المذكورة، كانت التجارة في اصطلاحهم من الألفاظ المشتركة، وهو خلاف الظاهر، بل المعروف كون التجارة مأخوذاً في مفهومها إرادة الاسترباح والتكسب كما سبق، فالاستطراد فيما خرج عن ذلك أولى.

وبقي في العبارة أمر آخر، وهو أن المصنف (رحمه الله) قد جعلها في صدر الكتاب شاملة للبيع والصلح والإجارة وغيرها من عقود المعاوضات، كما يعلم ذلك من تضاعيف الأقسام، ثم عقدها بعد ذلك للبيع خاصة إلى آخر الكتاب. ولا يخفى ما فيه من التجوز، وكان الأنسب - كما فعل الشيخ والشهيد (١) (رحمه الله) في الدروس - أن يعنون الفصل الأول من الكتاب بكتاب المكاسب، فإن الأقسام المذكورة كلها أفراد المكاسب أعم من البيع وغيره، ثم يذكر بعد ذلك كتاب البيع الذي هو بعض ما يحصل به على بعض الوجوه، وهو ما لو قصد به التكسب، فلو قصد به القنية أو القوت لم يكن داخلاً في المكاسب بالمعنى المتقدم. وحينئذ فبين البيع والمكاسب عموم

(١) الدروس: ٣٢٥. وفي " ن " و " و " و " ه " كما فعل الشيخ والشهيد. ورجحنا حذف الواو كما في " ك " و " م " لبعض القرائن في العبارة. والشيخ في النهاية: ٣٥٦ ذكر المكاسب أولاً ثم عقبه بكتاب المتاجر.

الفصل الأول
فيما يكتسب به
وهو ينقسم إلى محرم، ومكروه، ومباح
فالمحرم منه أنواع:
الأول: الأعيان النجسة.

وخصوص من وجه، يجتمعان في بيع الأعيان للتكسب بها، وينفرد البيع بقصد القنية ونحوها، وتنفرد المكاسب بتحصيلها بالمنافع والصلح ونحوه.
قوله: " فيما يكتسب به، وينقسم إلى محرم ومكروه ومباح ".
قد جعل المصنف الأقسام ثلاثة كما ترى، وذكر جماعة (١) انقسامها إلى الأحكام الخمسة بإضافة الوجوب والندب، وعدوا من الواجب ما يضطر إليه لمؤنته ومؤنة عياله، ومن المندوب ما يقصد به التوسعة عليهم حيث تندفع الحاجة بغيره. وكل من التقسيمين حسن، وإن كان ما هنا أحسن، إذ لا خلل في الثلاثة، ولا تداخل في الخمسة، فإن مورد القسمة في الثلاثة ما يكتسب به، وهو العين والمنفعة، وظاهر أن الوجوب والندب لا يرد عليهما من حيث أنهما عين خاصة ومنفعة، بل بسبب أمر عارض وهو فعل المكلف. ومورد الخمسة الاكتساب الذي هو فعل المكلف، ومن شأنه أن يقبل القسمة إلى الخمسة فيما يمكن فيه تساوي الطرفين باعتبار العوارض اللاحقة له.

واعلم أن عرض الفقيه بالذات من بحث العقود حكمها من حيث تصح وتفسد، وأما من حيث تجب أو تندب ليرتب عليها الثواب فهو من وظائف العبادة،

(١) منهم العلامة في القواعد ١ : ١١٩، وابن فهد الحلبي في المهذب البارع ٢ : ٣٣٤، والسيوري في التنقيح الرائع ٢ : ٤.

كالخمر، والأنبذة، والفقاع وكل مائع نجس، عدا الأدهان لفائدة الاستصباح بها تحت السماء.

أو من حيث تحرم فيترتب عليها العقاب، فهو بالعبادة أشبه من حيث وجوب تركها، لكن لا محذور في ذكر ذلك هنا استطرادا باعتبار اختلاف جهة المكاسب، فإنها قد تكون عبادة من جهة، ومعاملة من أخرى، وكذا باقي العقود كالصلح والإجارة، ومثله النكاح.
قوله: " والأنبذة "

جمع نبيذ، وهو الشراب المخصوص المسكر المعمول من التمر، وجمعه باعتبار تعدد أفراده، أو غلب على باقي المسكرات المعمولة من الأرز والذرة وغيرهما اسم النبيذ، وإن اختلفت باسم آخر. وضابط المحرم هنا كل مسكر مائع بالأصالة. وفي حكمه الجامدات كالحشيشة إن لم يفرض لها نفع آخر، وقصد بيعها بالمنفعة المحللة.
قوله: " وكل مائع نجس عدا الأدهان لفائدة الاستصباح بها تحت السماء "

بناء على أن المائعات النجسة لا تقبل التطهير بالماء، فإنه أصح القولين. ولو قلنا بقبولها الطهارة جاز بيعها مع الاعلام بحالها. ولا فرق في عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها الطهارة بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه وعدمه، ولا بين الاعلام بحالها وعدمه، على ما نص عليه الأصحاب وغيرهم.
وأما الأدهان النجسة نجاسته عارضة، كالزيت تقع فيه الفأرة، فيجوز بيعها لفائدة الاستصباح بها، وإنما أحر هذا الفرد بالنص (١)، وإلا فكان ينبغي مساواتها لغيرها من المائعات النجسة التي يمكن الانتفاع بها في بعض الوجوه.
وقد ألحق بعض الأصحاب (٢) بيعها للاستصباح بها ليعمل صابونا، أو ليدهن بها الأجر ونحو ذلك. ويشكل بأنه خروج عن مورد النص المخالف

(١) الوسائل ١٢: ٦٦ ب " ٦ " من أبواب ما يكتسب به.

(٢) حاشية المحقق الكركي على الشرائع: ٣٢٨ " مخطوط ". راجع أيضا جامع المقاصد ٤: ١٣.

للأصل، فإن جاز لتحقق المنفعة فينبغي مثله في المائعات النجسة التي ينتفع بها، كالدبس يطعم للنحل ونحوه.
والمشهور بين الأصحاب تقييد جواز الاستصباح بها بكونه تحت السماء، بل ادعى عليه ابن إدريس الاجماع (١). وفي الحكم بالتخصيص نظر. وفي دعوى الاجماع منع. والأخبار (٢) الصحيحة مطلقة. والمقيد لها بحيث يجب الجمع بينهما غير معلوم. فالقول بالجواز مطلقا متجه. وإليه ذهب الشيخ في المبسوط (٣)، والعلامة في المختلف (٤). وموضع الخلاف ما إذا كان الدهن متنجسا بالعرض، فلو كان نفسه نجاسة كأليات الميتة، والمبانة من الحي لم يصح الانتفاع به مطلقا، لاطلاق النهي (٥) عن استعمال الميتة. ونقل الشهيد (٦) (رحمه الله) عن العلامة جواز الاستصباح به تحت السماء كغيره. وهو ضعيف.

واعلم أنه على القول واختصاص جواز الاستصباح بالدهن النجس بتحتية السماء فهو تعبد محض، لا لنجاسة دخانه، فإن دخان الأعيان النجسة عندنا طاهر، لاستحالة كرماده. وفي المختلف (٧) استبعد استحالة كله، وجوز تصاعد شيء من أجزاء الدهن قبل إحالة النار له بسبب السخونة المكتسبة من النار إلى أن يلقي الظلال، فيتأثر بنجاسته، وجعله وجه المنع من الاستصباح به تحت الظلال. ثم أفتى بالجواز مطلقا ما لم يعلم أو يظن بقاء شيء من أعيان الدهن. وحيث جاز استعماله على بعض الوجوه، جاز بيعه للعالم بحاله. ولو باعه من

-
- (١) السرائر ٢: ٢٢٢.
 - (٢) الوسائل ١٢: ٦٦ ب " ٦ " من أبواب ما يكتسب به.
 - (٣) المبسوط ٦: ٢٨٣.
 - (٤) المختلف: ٦٨٥.
 - (٥) الوسائل ١٦: ٣٦٨ ب " ٣٤ " من أبواب الأطعمة المحرمة.
 - (٦) نسبه إليه في جامع المقاصد ٤: ١٣.
 - (٧) المختلف: ٦٨٦.

والميتة، والدم وأرواث وأبوال ما لا يؤكل لحمه، وربما قيل: بتحريم الأبوال كلها إلا بول الإبل خاصة، والأول أشبه، والخنزير وجميع أجزائه،

دون الاعلام، قيل: صح البيع وفعل حراما، وتخير المشتري لو علم. ويشكل الجواز بناء على تعليقه بالاستصباح فإن مقتضاه الاعلام بالحال، والبيع لتلك الغاية. قوله: " والميتة " .

أي مجموعها من حيث هو مجموع. وفي حكمه أجزاءها التي تحلها الحياة، وهي التي يصدق عليها الموت حقيقة، أما ما لا تحله الحياة منها فيجوز بيعه إذا كانت طاهرة. ويمكن أن يريد بالميتة مسلوب الحياة مما تحله منها، فيشمل الجملة والأجزاء والمبان من الحي.

قوله: " وأرواث وأبوال ما لا يؤكل لحمه... الخ " .

لا اشكال في عدم جواز بيع بول وروث ما لا يؤكل لحمه، لنجاسته وخبثه، وإن فرض له نفع لندوره، وأما روث وبول ما يؤكل لحمه، فقد ذهب جماعة (١) إلى جوازه مطلقا، نظرا إلى أنه غير طاهرة ينتفع بها.

وآخرون (٢) إلى المنع من بيع العذرات والأبوال كلها، لاستخبائها، إلا بول الإبل، للاستشفاء بها، وللنص (٣) عليها. والأول أقوى خصوصا في العذرات، للانتفاع بها في الزرع وغيره نفعا بينا مع طهارتها. وأما الأبوال فكذلك إن فرض لها نفع مقصود، وإلا فلا. وقول المصنف: " والأول أشبه " يريد بالأول ما دل عليه القول الأول

بمفهومه، إذ منطوقه المنع من بيع أرواث وأبوال ما لا يؤكل لحمه، وهذا مما لا شبهة فيه، وإنما الكلام في اختصاص الحكم به، حتى يجوز بيع ذلك مما يؤكل لحمه. وذلك غير مذكور في القولين معا، لكنه مفهوم من القول الأول، فإن مفهومه الوصفي

(١) كابن إدريس في السرائر ٢: ٢١٩، والعلامة في المختلف: ٣٤٠، والمنتهى ٢: ١٠٠٨.
(٢) كالشيخ المفيد في المقنعة: ٥٨٧، والشيخ الطوسي في النهاية: ٣٦٤، وسلاح في المراسم: ١٧٠.
(٣) الكافي ٦: ٣٣٨ باب ألبان الإبل ح ١، التهذيب ٩: ١٠٠ ح ٤٣٧، الوسائل ١٧: ٨٧ ب " ٥٩ " من أبواب الأطعمة المباحة.

وجلد الكلب وما يكون منه.
الثاني: ما يحرم لتحريم ما قصد به، كآلات اللهب، مثل العود

جواز بيع ذلك مما يؤكل لحمه، فيعود الأشبه إليه، باعتبار دلالة المفهومية، لا باعتبار منطوقه، وهو تحريم ذلك مما لا يؤكل لحمه، فإنه موضع وفاق، وغير مناف للقول الثاني.
قوله: " ووجد الكلب وما يكون منه " .

نبه بتخصيص جلد الكلب وما يكون منه بعد تعميم الحكم في الخنزير وجميع أجزائه، على أن جملة الكلب يجوز بيعها على وجه من الوجوه، بخلاف أجزائه منفردة كجلده، فإنه لا يجوز بيعها كالخنزير. وضمير " ما يكون منه " يمكن عوده إلى الجلد، بمعنى تحريم بيع ما يتخذ من جلده من آلة وغيرها، لعدم وقوع الذكاة عليه، فيستوي في الحكم جميع الآلات، وإلى الكلب بمعنى تحريم بيع ما يكون منه، أي من الكلب، وبمعنى تحريم بيع جميع أجزائه من عظم وغيره، فيكون إشارة إلى المنع من بيع الأجزاء، دون الجملة، بخلاف الخنزير. وكلا المعنيين صحيح.
قوله: " ما يحرم لتحريم ما قصد به كآلات اللهب... الخ " .

آلات اللهب ونحوها إن لم يمكن الانتفاع بها في غير الوجه المحرم، ولم يكن لمكسورها قيمة، فلا شبهة في عدم جواز بيعهما لانحصار منفعتها في المحرم. وإن أمكن الانتفاع بها في غير الوجه المحرم على تلك الحالة منفعة مقصودة، واشتراها لتلك المنفعة، لم يبعد جواز بيعها، إلا أن هذا الفرض نادر، فإن الظاهر أن ذلك الوضع المخصوص لا ينتفع به إلا في المحرم غالباً، والنادر ولا يقدر. ومن ثم أطلقوا المنع من بيعها.

ولو كان لمكسورها قيمة، وباعها صحيحة لتكسر، وكان المشتري ممن يوثق بديانته، ففي جواز بيعها حينئذ وجهان. وقوى في التذكرة (١) جوازه مع زوال الصفة. وهو حسن. والأكثر أطلقوا المنع.

(١) التذكرة ١: ٤٦٥ .

والزمر، وهياكل العبادة المبتدعة، كالصليب والصنم، وآلات القمار،
كالنرد والشطرنج،
وما يفضي إلى المساعدة على محرم، كبيع السلاح لأعداء
الدين،

وهل الحكم في أواني الذهب والفضة كذلك؟ يحتمله بناء على تحريم عملها،
والانتفاع بها في الأكل والشرب، وعدمه لجواز اقتنائها للادخار، وتزيين المجلس،
والانتفاع بها في غير الأكل والشرب، وهي منافع مقصودة. وفي تحريم عملها مطلقا
نظر.

قوله: " وهياكل العبادة المبتدعة، كالصليب والصنم ".
الأصل في الهيكل أنه بيت الصنم، كما نص عليه الجوهري (١) وغيره (٢) وأما
اطلاقه على نفس الصنم، فلعله من باب المجاز، اطلاقا لاسم المحل على الحال.
قوله: " وما يفضي إلى مساعدة على محرم كبيع السلاح لأعداء
الدين ".

لا فرق في أعداء الدين بين كونهم مسلمين أو كفارا، لاشتراكهم في الوصف،
وهو الإعانة على المحرم المنهي (٣) عنها. ومنهم قطاع الطريق ونحوهم. وإنما يحرم مع
قصد المساعدة، أو في حال الحرب، أو التهيؤ له، أما بدونها فلا. ولو باعهم ليستعينوا
به على قتال الكفار لم يحرم، كما دلت عليه الرواية (٤).
وهذا كله فيما يعد سلاحا كالسيف والرمح، أما ما يعد جنة - كالبيضة والدرع
ولباس الفرس، المسمى بالتجفاف، بكسر التاء - فلا يحرم. وعلى تقدير النهي عن
البيع، لو باع هل يصح ويملك الثمن أم يبطل؟ قولان، أظهرهما الثاني لرجوع

(١) الصحاح ٥: ١٨٥١ مادة " هكل " .

(٢) العين ٣: ٣٧٧ .

(٣) المائدة ٢ .

(٤) الوسائل ١٢: ٦٩ ب " ٨ " من أبواب ما يكتسب به .

وإجارة المساكن والسفن للمحرمات،
وكبيع العنب ليعمل خمرا، وبيع
الخشب ليعمل صنما. ويكره بيع ذلك لمن يعملها.
الثالث: ما لا ينتفع به، كالمسوخ برية كانت - كالقرد والدب، وفي
الفيل تردد، والأشبه جواز بيعه للانتفاع بعظمه -

قوله: " وإجارة السفن والمساكن للمحرمات، وبيع العنب ليعمل
خمرا... الخ "

المراد ببيعه لأجل الغاية المحرمة، سواء اشترطها في نفس العقد، أم حصل
الاتفاق عليها، فلو باعه لمن يعملها بدون الشرط، فإن لم يعلم أنه يعملها كذلك لم
يحرم على الأقوى وإن كره. وإن علم أنه يعملها ففي تحريمه وجهان، أجودهما ذلك.
والظاهر أن غلبة الظن كذلك. وعليه تنزل الأخبار (١) المختلفة ظاهرا.
قوله: " ما لا ينتفع به كالمسوخ "

بناء على عدم وقوع الزكاة عليها، أما لو جوزناه جاز بيعها لمن يقصد منفعتها
مذكاة. وكذا لو اشتبه القصد، حملا فعل المسلم على الصحيح. ولو علم منه قصده
منفعة محرمة - كلعب الدب والقرد - لم يصح. ولو قصد منه حفظ المتاع أمكن جوازه
لذلك، وعدمه لأنه منفعة نادرة وغير موثوق بها. وبه قطع العلامة (٢).
قوله: " وفي الفيل تردد، والأشبه جواز بيعه للانتفاع بعظمه ".
وجه التردد من عدم وقوع الزكاة عليه كباقي المسوخ، بناء على ذلك، ومن
عظم الانتفاع بعظمه، وورود النص به، وأن الصادق عليه السلام كان له منه
مشط (٣). والأقوى جواز بيعه.

(١) الوسائل ١٢: ١٢٥ ب " ٣٩ و ٤١ " من أبواب ما يكتسب به.

(٢) القواعد ١: ١٢٠، المنتهى ٢: ١٠١٦، التحرير ١: ١٦١.

(٣) الكافي ٥: ٢٢٦ ح ١، التهذيب ٧: ١٣٣ ح ٥٨٥، الوسائل ١٢: ١٢٣ ب " ٣٧ " من أبواب ما
يكتسب به ح ٢.

أو بحرية، كالجري، والضفادع والسلاحف والطياف، والسباع كلها إلا
الهر والجوارح طائفة كانت كالبازي، أو ماشية كالفهد. وقيل: يجوز بيع
السباع كلها تبعاً، للانتفاع بجلدها أو ريشها. وهو الأشبه.

قوله: " كالجري " .

هو - بكسر الجيم وتشديد الراء مكسورة - سك طويل أملس، لا فلس له.
وليس من المسوخ، بحرية غيره وغير الدعموص، فقوله: " والسلاحف والضفادع "
معطوف على المسوخ، وهو مغاير لها. والتقدير: لا يجوز بيع ما لا ينتفع به، كالمسوخ
والضفادع والسلاحف.

قوله: " والطياف " .

هو من السمك المحلل ما مات في الماء، وصف بذلك لأنه إذا مات فيه طفا
على وجهه.

قوله: " والسباع كلها، وقيل: يجوز بيع السباع كلها تبعاً للانتفاع
بجلدها، أو ريشها، وهو الأشبه " .

هذا القول هو الأقوى، لوقوع الذكاة عليها، وكونها طاهرة منتفعا بها. وقول
المصنف: " إلا الهر والجوارح " استثناء من القول بالمنع من بيع السباع. ويفهم منه
أنها مستثناة على القولين. وليس بجيد. بل قد قيل بعدم جواز بيع شيء من السباع
البتة. ومنهم من استثنى الفهد خاصة. ومنهم من استثنى الفهد وسباع الطير
خاصة. فما حكاها المصنف أولاً من المنع والاستثناء هو أحد الأقوال في المسألة. ولعل
تخصيصه من بين الأقوال لقوته، حيث وقع النص (١) الصحيح على جواز بيع الفهد
وسباع الطير، فاستضعف حكاية خلافه خصوصاً مع ضعف مستنده.
وأما الهر فنسب جواز بيعه في التذكرة (٢) إلى علمائنا، وهو يعطي الاتفاق عليه،

(١) الكافي ٥: ٢٢٦ ح ٤، التهذيب ٦: ٣٨٦ ح ١١٤٨، الوسائل ١٢: ١٢٣ ب " ٣٧ " من
أبواب ما

يكتسب به ح ١ .

(٢) التذكرة ١: ٤٦٤ .

الرابع: ما هو محرم في نفسه، كعمل الصور المجسمة، والغناء،

فاستثناؤه هنا حسن. ويؤيد ذلك قول الصادق عليه السلام: " لا بأس بثمن
الهر " (١).

قوله: " كعمل الصور المجسمة "

اطلاق الصور يشمل ذوات الأرواح وغيرها، كصور الشجر. والتقييد
بالمجسمة يخرج الصور المنقوشة على نحو البساط والورق. وقد صرح جماعة (٢) من
الأصحاب بتحريم التماثيل المجسمة وغيرها. وخصه آخرون (٣) بذوات الأرواح
المجسمة. والذي رواه الصدوق في كتاب عقاب الأعمال في الصحيح، عن أبي
عبد الله عليه السلام أنه قال: " ثلاثة يعذبون يوم القيامة، وعد منهم من صور صورة
من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها، وليس ينفخ فيها " (٤). وهذا يدل باطلاقه على
تحريم تصوير ذوات الأرواح مطلقا. ولا دليل على تحريم غيرها. وهذا هو الأقوى.
قوله: " والغناء "

الغناء - بالمد - مدا الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، فلا يحرم بدون
الوصفين - أعني الترجيع مع الاطراب - وإن وجد أحدهما. كذا عرفه جماعة من
الأصحاب (٥). ورده بعضهم (٦) إلى العرف، فما سمي فيه غناء يحرم وإن لم يطرب.
وهو حسن. ولا فرق في ذلك بين كونه في شعر وقرآن وغيرهما. واستثنى منه الحداء -
بالمد - وهو سوق الإبل بالغناء لها، وفعل المرأة له في الأعراس، إذا لم تتكلم بالباطل،
ولم تعمل بالملاهي، ولم تسمع (٧) صوتها الأجانب من الرجال. وذهب جماعة من

-
- (١) التهذيب ٦: ٣٥٦ ح ١٠١٧، تفسير العياشي ١: ٣٢١ ح ١١٤، الوسائل ١٢: ٨٣ " ١٤ " من
أبواب ما يكتسب به ح ٣.
(٢) كابن البراج في المهذب ١: ٣٤٤.
(٣) كالسيوري في التنقيح الرائع ٢: ١١.
(٤) عقاب الأعمال: ٢٦٦.
(٥) كالشاهد في الدروس: ١٩٠.
(٦) كالسيوري في التنقيح الرائع ٢: ١١.
(٧) كذا في " ه " و " و " وفي سائر النسخ لم يسمع.

ومعونة الظالمين بما يحرم، ونوح النائحة بالباطل، وحفظ كتب الضلال،
ونسخها لغير النقض، وهجاء المؤمنين،

الأصحاب منهم العلامة في التذكرة (١) إلى تحريم الغناء مطلقا، استنادا إلى أخبار (٢)
مطلقة. ووجوب الجمع بينها وبين ما دل على الجواز هنا من الأخبار الصحيحة (٣)
متعين، حذرا من اطراح المقيد.
قوله: " ومعونة الظالمين بما يحرم ".
احترز بهم عن مساعدتهم بالأعمال المحللة، كالخياطة وغيرها، فإنه جاز،
وإن كان أخذ الأجرة منه مكروها من حيث معاملة الظالمين.
قوله: " ونوح النائحة بالباطل ".
يتحقق نوحها بالباطل بوصفها للميت بما ليس فيه. ويجوز بالحق إذا لم يسمعها
الأجانب.

قوله: " وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض ".
المراد حفظها من التلف، أو على ظهر القلب. وكلاهما محرم لغير النقض
والحجة على أهلها، لمن له أهليتها، لا مطلقا، خوفا على ضعفاء البصيرة من الشبهة.
ومثله نسخها. وكذا يجوزان للتقية. وبدونها يجب اتلافها إن لم يكن أفراد مواضع
الضلال، وإلا اقتصر عليها حذرا من اتلاف ما يعد مالا من الجلد والورق، إذا كان
لمسلم أو محترم المال.
قوله: " وهجاء المؤمنين ".
هو - بكسر الهاء والمد - ذكر المعاييب بالشعر. وخرج ب " المؤمنين " غيرهم،
فيجوز هجاؤه كما يجوز لعنه. ولا فرق في المؤمن هنا بين الفاسق وغيره، اللهم إلا أن

(١) التذكرة ١: ٥٨٢. راجع عبارته فإنه أيضا صرح بورود الرخصة في المغنية في الأعراس وكذا في سائر
كتبه. نعم صرح بتحريم الغناء مطلقا الشيخ المفيد في المقنعة: ٥٨٨ والحلي في الكافي: ٢٨١ وابن إدريس في
السرائر ٢: ٢٢٤.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٢٥ " ٩٩ " من أبواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل ١٢: ٨٤ ب " ١٥ " من أبواب ما يكتسب به.

يدخل هجاء الفاسق في مراتب النهي عن المنكر، بحيث يتوقف ردعه عليه، فيمكن جوازه حينئذ إن فرض.

قوله: " وتعلم السحر "

هو كلام، أو كتابة، أو رقية، أو أقسام، أو عزائم ونحوها يحدث بسببها ضرر على الغير. ومنه عقد الرجل عن زوجته، بحيث لا يقدر على وطئها والقاء البغضاء بينهما. ومنه استخدام الملائكة والجن، واستنزال الشياطين في كشف الغائبات، وعلاج المصاب، واستحضارهم وتلبسهم ببدن صبي أو امرأة، وكشف الغائب على لسانه. فتعلم ذلك وأشباهه وعمله وتعليمه كله حرام. والتكسب به سحت. ويقتل مستحله. ولو تعلمه ليتوقى به، أو ليدفع به المتنبي بالسحر، فالظاهر جوازه. وربما وجبت على الكفاية كما اختاره الشهيد (رحمه الله) في دروسه (١). ويجوز حله بالقرآن والأقسام كما ورد في رواية العلا (٢).

وهل له حقيقة، أو هو تخيل؟ الأكثر على الثاني. ويشكل بوجودان أثره في كثير من الناس على الحقيقية. والتأثر بالوهم إنما يتم لو سبق للقابل علم بوقوعه. ونحن نجد أثره فيمن لا يشعر به أصلاً حتى يضره. ولو حمل تخييله على ما يظهر من تأثيره في حركات الحيات والطيران ونحوهما أمكن، لا في مطلق التأثير به واحضار الجان وشبه ذلك، فإنه أمر معلوم لا يتوجه دفعه.

قوله: " والكهانة "

هي - بكسر الكاف - عمل يوجب طاعة بعض الجان له، واتباعه له، بحيث يأتيه بالأخبار الغائبة. وهو قريب من السحر.

قوله: " والقيامة "

(١) الدروس: ٣٢٧.

(٢) لم نعثر على هذه الرواية في الجوامع الحديثية ولكن ورد ذكرها في الدروس: ٣٢٧ وفي مفتاح الكرامة ٤ : ٧٣ وفي الجواهر ٢٢ : ٧٦. وهناك رواية مشابهة للمتن المنقول في الأخيرين راجع مستدرک الوسائل ١٣ : ١٠٩ ب " ٢٢ " من أبواب ما يكتسب به ح ١٠.

والشعبذة،
والقمار، والغش بما يخفى، كشوب اللبن بالماء، وتدليس
الماشطة،

هي الاستناد إلى علامات ومقادير يترتب عليها الحاق بعض الناس ببعض
ونحوه. وإنما يحرم إذا جزم به، أو رتب عليه محرما.
قوله: " والشعبذة "

عرفوها (١) بأنها الحركات السريعة التي يترتب عليها الأفعال العجيبة، بحيث
يلتبس على الحس الفرق بين الشئ وشبهه، لسرعة الانتقال منه إلى شبهه.
قوله: " والقمار "

هو اللعب بالآلات المعدة له، كالنرد والشطرنج. ومنه اللعب بالخاتم والجوز
ونحوهما. وما يترتب على ذلك كله من التكبس حرام يجب رده على مالكة. ولو فعله
الصبيان فالمكلف برده الولي. ولو جهل مالكة أصلا تصدق به عنه. ولو انحصر في
قوم معينين وجب محاللتهم ولو بالصلح.
قوله: " والغش بما يخفى "

احترز به عما لا يخفى، كمزج الحنطة بالتراب، وجيدها برديتها، ونحوه ذلك،
فإنه لا يحرم وإن كره. ثم على تقدير الخفاء فالبيع صحيح. وحكمه حكم ما لو ظهر
في المبيع عيب من غير الجنس. وربما احتمل البطلان بناء على أن المقصود بالبيع هو
اللبن، والجاري عليه العقد هو المشوب، فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حمارا.
وقد ذكروا (٢) في هذا المثال اشكالا من حيث تغليب الإشارة أو الاسم. والفرق بينه
وبين ما نحن فيه واضح.
قوله: " وتدليس الماشطة "

أي تدليسها المرأة بإظهار محاسن ليست فيها، من تحمير وجهها ووصل شعرها
ونحوه. وهو محرم إذا أريد به التدليس، كما دلت عليه العبارة. ومثله ما لو فعلته المرأة

(١) في هامش " ك " و " ن " و " و " هكذا: " إنما قال (عرفوها) لينبه على تمريض التعريف، فإن الظاهر من
حال

الشعبذة أنه خلاف ما عرفوه. منه رحمه الله "

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٥. راجع أيضا الذكرى: ٢٧٢.

وتزيين الرجل بما يحرم عليه.
الخامس: ما يجب على الانسان فعله، كتغسيل الموتى، وتكفينهم،
وتدفينهم. وقد يحرم الاكتساب بأشياء أحر، تأتي في أماكنها إن شاء الله
تعالى.

بنفسها من غير مشقة. ولو انتفى التدليس - كما لو كانت مزوجة - فلا تحريم.
واشترط جماعة (١) في ذلك إذن الزوج.
قوله: " وتزيين الرجل بما يحرم عليه ".

المحرم عليه من الزينة هو المختص بالنساء، كلبس السور والخلخال،
والثياب المختصة بها بحسب العادة. ويختلف ذلك باختلاف الأزمان والأصقاع.
ومنه تزيينه بالذهب وإن قل، وبالحرير زيادة عما استثني له. وكذا يحرم على المرأة
التزيين بزينة الرجل، والتحلي بحليته المختصة به، كلبس المنطقة والعمامة والتقلد
بالسيف. ولا فرق في الأمرين بين مباشرة الفاعل لذلك بنفسه، وتزيين غيره له، إلا
أن المناسب للعبارة هنا فعل الغير بهما ليكتسب به، أما فعلهما بأنفسهما فلا يعد
تكسبا، إلا على تجوز بعيد.

قوله: " ما يجب على الانسان فعله... الخ ".

هذا هو المشهور بين الأصحاب، وعليه الفتوى. وذهب المرتضى (٢) إلى جواز
أخذ الأجرة على ذلك لغير الولي، بناء على اختصاص الوجوب به. وهو ممنوع، فإن
الوجوب الكفائي لا يختص به. وإنما فائدة الولاية توقف الفعل على إذنه، فيبطل منه
ما وقع بغيره مما يتوقف على النية. وخرج ب " ما يجب فعله " من ذلك ما يستحب،
كتغسيه بالغسلات المسنونة، من تثليث الغسل، وغسل يديه وفرجه، ووضوءه - على
القول بنديه - وتكفينه بالقطع المندوبة، وحفر قبره قامة مع تأدي الفرض بدونها،
ونقله إلى ما يدفن فيه مع إمكان دفنه في القريب، فإن أخذ الأجرة على ذلك كله

(١) جامع المقاصد ٤ : ٢٥.

(٢) نقله عنه المحقق الكركي في جامع المقاصد ٤ : ٣٦.

مسألة:

أخذ الأجرة على الأذان حرام، ولا بأس بالرزق من بيت المال.
وكذا الصلاة بالناس، والقضاء على تفصيل سيأتي

جائز، للأصل، وعدم المانع، خلافا لبعض الأصحاب (١) محتجا باطلاق النهي (٢).
قوله: "أخذ الأجرة على الأذان حرام... الخ".

هذا هو المشهور بين الأصحاب. وعليه العمل. وذهب المرتضى (٣) إلى جواز
أخذ الأجرة عليه، تسوية بينها وبين الارتزاق. وهو متروك. والفرق بينهما أن الأجرة
تفتقر إلى تقدير العمل والعوض وضبط المدة والصيغة الخاصة، وأما الارتزاق فمנוط
بنظر الحاكم، لا يقدر بقدر. ومحله من بيت المال ما أعد للمصالح، من خراج
الأرض ومقاسمتها ونحوهما. ولا فرق في تحريم أخذ الأجرة بين كونها من معين ومن
أهل البلد والمحلة وبيت المال.

وهل يوصف أذان أخذ الأجرة بالتحريم فلا يعتد به، أم يكون أخذ الأجرة
خاصة محرما؟ نص بعض الأصحاب (٤) على الأول. ووجه العلامة في المختلف (٥)
بأن الأذان على هذا الوجه لا يكون مشروعا، فيكون محرما. وهو متجه، لكن يشكل
بأن النية غير معتبرة فيه، والمحرّم هو أخذ المال، لا نفس الأذان، فإنه عبادة أو شعار.
وأما أخذ ما يعد للمؤذنين من أوقاف مصالح المساجد ونحوها فليس بأجرة، وإن كان
مقدرا وكان هو الباعث على الأذان. نعم لا يثاب فاعله عليه إلا مع تمحض إرادة
القربة إلى الله تعالى به.
قوله: "والقضاء التفصيل".

(١) نسبه في جامع المقاصد ٤: ٣٦ إلى ابن البراج ولكن عبارته في المهذب ١: ٣٤٥ مطلق لا يخص
المندوب.

(٢) قال في الحدائق ١٨: ٢١٣: "وأنت خبير بأننا لم نقف على نهى في هذا الباب".

(٣) حكى العلامة في المختلف: ٩٠ عن السيد في المصباح كراهة أخذ الأجرة عليه.

(٤) كابن البراج في المهذب ١: ٣٤٥.

(٥) المختلف: ٣٤٢.

ولا بأس بأخذ الأجرة على عقد النكاح.

والمكروهات ثلاثة:

وما يكره لأنه يفضي إلى محرم أو مكروه غالبا، كالصرف، وبيع الأكفان، والطعام، والرقيق، واتخاذ الذبح والنحر صنعة.

التفصيل الموعود به هو أنه إن تعين بتعيين الإمام، أو بعدم قيام أحد به غيره، حرم عليه أخذ الأجرة عليه مطلقا، لأنه حينئذ يكون واجبا، والواجب لا يصح أخذ الأجرة عليه. وإن لم يتعين عليه، فإن كان له غنى عنه لم يجز أيضا، وإلا جاز. وقيل: يجوز مع عدم التعيين مطلقا. وقيل: يجوز مع الحاجة مطلقا. ومن الأصحاب (١) من جوز أخذ الأجرة عليه مطلقا. والأصح المنع مطلقا، إلا من بيت المال على جهة الارتزاق، فيتقيد بنظر الإمام. ولا فرق في ذلك بين أخذ الأجرة من السلطان ومن أهل البلد والمتحاكمين، بل الأخير هو الرشوة التي وردت في الخبر أنها كفر بالله وبرسوله (٢).

قوله: " ولا بأس بأخذ الأجرة على عقد النكاح "

أي على مباشرة الصيغة من أحد الجانبين أو منهما، فإن ذلك غير واجب، أما تعليم الصيغة والقائها على المتعاقدين فهو من باب تعليم الواجب، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه. وكذا غيره من العقود. وأما الخطبة - بالضم - بمعنى حمد الله تعالى، والصلاة على رسوله، وذكر ما يناسب مقام العقد عنده، و- بالكسر - بمعنى طلب الزوجة من نفسها، أو وليها، أو أقاربها، ومحاورتهم في ذلك، فيجوز أخذ الأجرة عليه أيضا، لأنه ليس بواجب.

قوله: " ما يكره لأنه يفضي إلى محرم أو مكروه... الخ "

قد علل في الأخبار (٣) إفضاء هذه المذكورات إلى المحرم أو المكروه، فعمل

(١) كالشيخ المفيد في المقنعة: ٥٨٨ والشيخ الطوسي في النهاية: ٣٦٧.

(٢) الكافي ٥: ١٢٦ ح ١، التهذيب ٦: ٣٦٨ ح ١٠٦٢، الوسائل ١٢: ٦١ ب " ٥ " من أبواب ما يكتسب به ح ١.

(٣) الوسائل ١٢: ٩٧ ب " ٢١ " من أبواب ما يكتسب به ح ١، ٤، ٦.

الصرف بأنه لا يسلم فاعله من الربا، وبيع الأكفان بتمني الوباء، والطعام بتمني الغلا. وورد في بيع الرقيق بأن شر الناس من باع الناس، وأن الجزار تسلب الرحمة من قلبه. والمستفاد من الأخبار أن المكروه اتخاذ هذه الأمور حرفة وصناعة، لا مجرد فعلها، كما لو احتاج إلى صرف دينار أو ذبح شاة ونحو ذلك. والتعليل يقتضيه أيضا في غير بيع الرقيق. ويظهر من العبارة أن كراهة ما عدا الذبح والنحر عامة لمتخذها صناعة وغيره، بقرينة تقيدهما باتخاذهما صناعة. ومقتضى الدليل عدم الفرق. واعلم أن هذه العواقب المفضى إليها، بعضها محرم وهو الربا ومحبة الوباء وتمني الغلاء، وبعضها مكروه كعاقبة بيع الرقيق، فإن المراد من قوله: " شر الناس من باعهم " أقلهم خيرا وبركة، لا أن فيه شرا يترتب عليه محرم. هذا هو الظاهر، وإن أريد به هذا المعنى، وأن بيعهم يفضي إلى فعل المحرم المستلزم للشر، فهو أيضا من قبيل المحرم. وأما عاقبة الجزارة - وهي قسوة القلب - فالظاهر أنها مكروهة لا غير. وقد ورد أن قاسي القلب بعيد من رحمة الله تعالى (١). وفي بعض الأخبار (٢) تعليل بيع الطعام بأنه لا يسلم من الاحتكار. وحينئذ فينبى على أن الاحتكار هل هو مكروه أو محرم؟ فيلحق بأحد الوصفين. وقد ظهر بذلك معنى قول المصنف بأن هذه الأمور تفضي إلى محرم أو مكروه، وأن أكثرها محرم أو كلها. وهو السر في تقديم ذكره. قوله: " وما يكره لصناعة، كالنساجة ".

أراد بالنساجة هنا ما يعم الحياكة، وكلاهما مكروه مؤكدا في الأخبار (٣)، حتى ورد في بعضها عن الصادق عليه السلام: " إن ولد الحائك لا ينجب إلى سبعة بطون " (٤). وهل اللفظان مترادفان كما يشعر به اقتصار المصنف على أحدهما، أو يختص النساجة ببعض الأجناس كالرقيق والحياكة بغيره، أو يكون النساجة أعم من

(١) الكافي ٢: ٣٢٩ ح ١، الوسائل ١١: ٣٣٧ ب " ٧٦ " من أبواب جهاد النفس وما يناسبه ح ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٩٧ ب " ٢١ " من أبواب ما يكتسب به ح ١.

(٣) مستدرک الوسائل ١٣: ٩٧ ب " ٢٠ ".

(٤) لم نثر على هذه الرواية في كتب الحديث.

والحجامة إذا اشترط، وضراب الفحل.
وما يكره لتطرق الشبهة، ككسب الصبيان، ومن لا يتجنب
المحارم. وقد تكره أشياء تذكر في أبوابها إن شاء الله تعالى.
وما عدا ذلك مباح.

الحياكة مطلقاً؟ احتمالات. وفي الصحاح (١): نسج الثوب وحاكه واحد.
قوله: " والحجامة إذا اشترط "

أي اشتراط الأجرة على فعله، سواء عينها أم أطلق، فلا يكره لو عمل بغير
شرط وإن بذلت له بعد ذلك، كما دلت عليه الأخبار (٢). هذا في طرف الحاجم. أما
المحجوم فعلى الضد، يكره له أن يستعمله من غير شرط، ولا يكره معه، فكراهة
كسب الحجام مخصوصة باشتراطه.
قوله: " وضراب الفحل "

أي يكره التكسب به، بأن يؤجره لذلك. ومنع منه بعض العامة.
والنصوص (٣) مصرحة بجوازه. ولا بد من ضبطه بالمرة والمرات، أو بالمدة. ولو دفع
إليه صاحب الدابة على جهة الهدية الكرامة فلا كراهة.
قوله: " ككسب الصبيان "

أي الكسب المجهول أصله، فإنه يكره لوليهم التصرف فيه على الوجه
السائغ وكذا يكره لغيره شراؤه من الولي، لما يدخله من الشبهة الناشئة من اجتزاء
الصبي على ما لا يحل، لجهله، أو لعلمه بارتفاع القلم عنه. ولو علم يقيناً اكتسابه
له من المباح فلا كراهة، كما أنه لو علم تحصيله، أو بعضه حيث لا يتميز، من حرام
- كالقمار - وجب اجتنابه. وفي حكم الصبيان من لا يتورع على المحارم، كالإماء في
بعض البلاد.

(١) الصحاح ٤: ١٥٨٢ مادة " حوك "

(٢) الوسائل ١٢: ٧١ ب " ٩ " من أبواب ما يكتسب به ح ١، ٩.

(٣) الوسائل ١٢: ٧٧ ب " ١٢ " من أبواب ما يكتسب به ح ١، ٢.

مسائل: الأولى: لا يجوز بيع شئ من الكلاب إلا كلب الصيد. وفي كلب الماشية والزرع والحائط تردد، والأشبه المنع. نعم، يجوز إجارتها. ولكل واحد من هذه الأربعة دية، لو قتله غير المالك.

قوله: " لا يجوز بيع شئ من الكلاب... الخ "

لا خلاف في جواز بيع كلب الصيد في الجملة، لكن خصه الشيخ (١) (رحمه الله) بالسلوقي. كما لا خلاف في عدم صحة بيع كلب الهراش، وهو ما خرج عن الكلاب الأربعة ولم يكن جروا. والأصح جواز بيع الكلاب الثلاثة، لمشاركتها لكلب الصيد في المعنى المسوغ لبيعه. ودليل المنع ضعيف السند قاصر الدلالة. وفي حكمها الجرو القابل للتعليم. ولا يشترط في جواز اقتنائها وجود ما أضيفت إليه، فلو هلكت الماشية أو باعها، وحصد الزرع، واشتغل الحائط لم يزل ملكه عنها. وكلب الدار ملحق بكلب الحائط.

واعلم أن العلامة في النهاية (٢) استشكل جواز بيع كلب الصيد مطلقا. وفي القواعد (٣) ما يؤذن بالخلاف فيه. لكن ادعى جماعة من الأصحاب الاجماع عليه (٤)، كما بيناه. ولا نعلم خلافا لأحد منهم في غير السلوقي، فإن كان فيه خلاف فهو ضعيف جدا، بل الظاهر عدمه. ويمكن كون الاشكال والخلاف عائدین إليه بالنظر إلى مجموع أفراده، وإن حصل الاتفاق على بعضها. وأما إجارتها فلا اشكال في جوازها، لأن لها منافع محللة مقصودة، وهو الفارق بين البيع والإجارة نظرا إلى نجاسة أعيانها.

قوله: " ولكل واحد من هذه الأربعة دية... الخ "

(١) النهاية: ٣٦٤.

(٢) نهاية الأحكام ٢: ٤٦٢.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٢٠.

(٤) راجع الغنية " الجوامع الفقهية " : ٥٢٤، المهذب البارع ٢: ٣٤٧، المقتصر: ١٦٤.

الثانية: الرشا حرام، سواء حكم لباذله أو عليه، بحق أو باطل.
الثالثة: إذا دفع الانسان مالا إلى غيره ليصرفه في قبيل، وكان المدفوع إليه بصفتهم، فإن عين له، عمل بمقتضى تعيينه. وإن أطلق، جاز أن يأخذ مثل أحدهم من غير زيادة.

الرابعة: الولاية من قبل السلطان العادل جائزة. وربما وجبت، كما إذا عينه إمام الأصل، أو لم يمكن دفع المنكر أو الأمر بالمعروف إلا بها.

ربما فهم بعضهم (١) من ثبوت دياتها جواز بيعها، نظرا إلى أنها أموال محترمة كباقي الحيوانات. وفيه منع ظاهر، فإن ثبوت الديات لها ربما دل على عدم جواز بيعها، التفاتا إلى أن ذلك في مقابلة القيمة، فإنك تجد كلما له دية لا قيمة له، كما في الحر. وماله قيمة لا دية له، كما في الحيوان المملوك غير الأدمي. قوله: " الرشا حرام... الخ "

الرشا - بضم أوله وكسره مقصورا - جمع رشوة - بهما - وهو أخذ الحاكم مالا لأجل الحكم. وعلى تحريمه اجماع المسلمين. وعن الباقر عليه السلام: " أنه الكفر بالله تعالى وبرسوله " (٢). وكما يحرم على المرتشي يحرم على المعطي، لإعانتة على الإثم

والعدوان، إلا أن يتوقف عليه تحصيل حقه، فيحرم على المرتشي خاصة. قوله: " إذا دفع الانسان مالا إلى غيره... الخ "

قد اختلف في هذه المسألة كلام المصنف، فجوز هنا للوكيل الأخذ، ومنعه في النافع (٣). وكذلك اختلف فيها كلام الشيخ (٤)، ثم ابن إدريس (٥)، ثم العلامة (٦)

(١) كالعلامة في المختلف: ٣٤١.

(٢) الكافي ٥: ١٢٦ ح ١، التهذيب ٦: ٣٦٨ ح ١٠٦٢، الوسائل ١٢: ٦١ - ٦٢ ب " ٥ " من أبواب ما يكتسب به ح ١.

(٣) المختصر النافع: ١١٨.

(٤) النهاية: ٣٦٦، المبسوط ٢: ٤٠٣.

(٥) السرائر ١: ٤٦٣ ح ٢: ٢٢٣.

(٦) المختلف: ٣٤٣. التحرير ١: ١٦٢.

بعد المصنف. ووجه هذا الاضطراب من أصالة الجواز، وكون الوكيل متصفا بما عين له من أوصاف المدفوع إليهم، لأنه المفروض. ويدل على الجواز ما رواه الحسين بن عثمان عن الكاظم عليه السلام، في رجل أعطي مالا يفرقه فيمن يحل له، أله أن يأخذ شيئا لنفسه ولم يسم له؟ وقال: " يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطي غيره " (١). ومثلها رواية عبد الرحمان بن الحاج، عن الكاظم عليه السلام (٢). لكن في طريقها محمد بن عيسى عن يونس. وفي هذا السند كلام. وهاتان الروايتان ذكرهما الشيخ في التهذيب في كتاب الزكاة. وقل من تعرض لهما في الاحتجاج، مع كونهما معتبرتي الاسناد.

ومن رواية عبد الرحمان بن الحجاج الدالة على المنع. وهي صحيحة السند، غير أنها مقطوعة لم يصرح فيها باسم الإمام، فإنه قال فيها: سألته عن رجل أعطى رجلا مالا ليقسمه في محاويج أو في مساكين وهو محتاج، يأخذ منه لنفسه ولا يعلمه؟ قال: " لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه " (٣).

والظاهر أن المسؤول هو الصادق أو الكاظم عليهما السلام، لأن عبد الرحمان بن الحجاج روى عنهما، فمن ثم عمل بها الجماعة. وأيضا فجلالة حال هذا الراوي وثقته توجب الظن الغالب بكون المسؤول هو الإمام، لكن لتطرق الاحتمال قام الاشكال. وقل من ذكر من الأصحاب أن وجه مخالفتها كونها مقطوعة، وإنما يعترفون بصحتها ساكتين عليها.

واعلم أن العلامة قال في تحرير الأحكام (٤) عند ذكر الروايد: إنها صحيحة

(١) الكافي ٣: ٥٥٥ ح ٢، التهذيب ٤: ١٠٤ ح ٢٩٥، الوسائل ٦: ٢٠٠ ب " ٤٠ " من أبواب المستحقين للزكاة ح ٢.

(٢) الكافي ٣: ٥٥٥ ح ٣، التهذيب ٤: التهذيب ١٠٤ ح ٢٩٦، الوسائل ٦: ٢٠٠ ب " ٤٠ " من أبواب المستحقين للزكاة ح ٣.

(٣) التهذيب ٦: ٣٥٢ ح ١٠٠٠، الاستبصار ٣: ٥٤ ح ١٧٦، الوسائل ١٢: ٢٠٦ ب " ٨٤ " من أبواب ما يكتسب به ح ٣.

(٤) تحرير الأحكام ١: ١٦٢.

وتحرم من قبل الجائر إذا لم يأمن اعتماد ما يحرم. ولو أمن ذلك وقدر على الأمر بالمعروف (والنهي عن المنكر) استحبت.

عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام. وهو شهادة بالاتصال. ولعله (رحمه الله) اطلع على المسؤول من محل آخر غير المشهور من كتب الحديث. والشيخ (١) (رحمه الله) جمع بين الروايات بحمل هذه على الكراهة، ولا بأس به. ولو دلت القرائن الحالية أو المقالية على تسويغ أخذه، قوي القول بالجواز. وحينئذ فيأخذ كغيره، لا أزيد. هكذا شرطه كل من سوغ له الأخذ، وصرح به في الروايتين المجوزتين. وظاهر هذا الشرط أنه لا يجوز له تفضيل بعضهم على بعض، لأنه من جملتهم. ويتجه ذلك إذا كان المعين للصرف محصوراً، أما لو كانوا غير محصورين - كالفقراء - فجواز التفاضل مع عدم قرينة خلافه أوضح، خصوصاً إذا كان المال من الحقوق الواجبة كالزكاة، فإن التسوية فيها ليست بلازمة. والمسألة مفروضة فيما هو أعم من الواجب والندب.

ويجوز له أن يدفع إلى عياله وأقاربه كما يدفع إلى غيرهم على القولين، اقتصاراً في موضع المنع على مدلول الرواية وهو نفسه.

ولا فرق على القولين بين أن يقول له الأمر اقسمه أو اصرفه أو ادفعه إليهم أو ضعه فيهم أو غيره، لاشتراك الجميع عرفاً في المعنى.

ومنهم من فرق فجوز له الأخذ إن كانت الصيغة " ضعه فيهم " أو ما أدى معناه، ومنعه إن كانت الصيغة بلفظ " ادفعه " أو " اصرفه " ونحوهما. وليس بشيء. قوله: " ولو أمن ذلك وقدر على الأمر بالمعروف استحبت ".

هذه المسألة قد سبق شطر منها في كتاب الأمر بالمعروف (٢)، وأنه يجوز إقامة الحدود، على الوجه الذي فصلناه. وقد أطلقوا هنا جواز التولية أو استحبابها في الفرض المذكور، مع الأيمن من اعتماد المحرم، والقدرة على الأمر بالمعروف. ومقتضى هذا الشرط وجوب التولية، لأن القادر على الأمر بالمعروف يجب عليه وإن لم يوله

(١) الاستبصار ٣: ٥٤ ذيل ح ١٧٦.

(٢) ١٠٦ - ١٠٧.

ولو أكره جاز له الدخول دفعا للضرر اليسير، على كراهية. وتزول الكراهية لدفع الضرر الكثير، كالنفس، أو الخوف على بعض المؤمنين.

الخامسة: إذا أكرهه الجائر على الولاية، جاز له الدخول والعمل بما يأمره، مع عدم القدرة على التفصي، إلا في الدماء المحرمة، فإنه لا تقيه فيها.

الظالم. ولعل وجه عدم الوجوب كونه بصورة النائب على الظالم، وعموم النهي (١) عن الدخول معهم، وتسويد الاسم في ديوانهم، فإذا لم يبلغ حد المنع، فلا أقل من الحكم بعدم الوجوب. ولا يخفى في ما هذا التوجيه. قوله: " جاز له الدخول دفعا للضرر اليسير على كراهية وتزول الكراهية بدفع الضرر الكثير... الخ "

قد تقدم (٢) في باب الأمر بالمعروف وأن ضابط الاكراه المسوغ للولاية، الخوف على النفس أو المال أو العرض، عليه أو على بعض المؤمنين، على وجه لا ينبغي تحمله عادة، بحسب حال المكروه في الرفعة والصنعة، بالنسبة إلى الإهانة. وأما ما ذكره هنا من الضرر اليسير والكثير في الحكم بالكراهية وعدمها، فيمكن الرجوع فيه إلى العرف، فما عد يسيرا منه ينبغي تحمله، دون الكثير. ولا يخفى أن المراد مع عدم تمكنه من الأمر بالمعروف، وعدم أمنه من الدخول في المحرم، وإلا لم يكره وإن لم يكره. بل يجوز الدخول مع الاكراه، وإن علم الدخول في المحرم، كما سيأتي. قوله: " إذا أكره الجائر الولاية... الخ "

قد ذكر المصنف (رحمه الله) في هذه المسألة شرطين: أحدهما الاكراه، والثاني: عدم قدرة المأمور على التفصي، وهما متغايران، فإن الاكراه يجوز أن يجمع القدرة - كما عرفت من تعريفه - فالثاني أخص من الأول. والظاهر أن مشروطهما مختلف،

(١) الوسائل ج ١٢: ١٣٨ ب " ٤٥ " من أبواب ما يكتسب به ح ١٠، ١٢.

(٢) ص ١١١.

فالأول شرط الأصل قبول الولاية، والثاني شرط للعمل بما يأمره من المظالم، وهما متغايران أيضا لأن التولية لا يستلزم الأمر بالمظالم، بل يجوز أن يوليه شيئا من الأحوال ويرد أمره إلى رأيه، كما قد علم في المسألة السابقة من جواز قبول الولاية بل استحبابها إذا تمكن من إقامة الحق. وأما أمره بشيء من المحرمات فقد يكون مع الولاية، وقد ينفك عنها كما إذا أُلزم الظالم شخصا بأخذ شيء من الأموال المحرمة أو الأعمال كذلك.

إذا تقرر ذلك فنقول: إن أخذت الولاية منفكة عن الأمر فجواز قبولها لا يتوقف على الاكراه مطلقا كما ذكره هنا، بل قد يجوز، وقد يكره، وقد يستحب، بل قد يجب - كما تقدم - فجعل الاكراه شرطا في قبول الولاية مطلقا غير جيد. وأما العمل بما يأمره من الأمور المحرمة فإنه مشروط بالاكراه خاصة - كما سلف في باب الأمر بالمعروف - ما لم يبلغ الدماء، ولا يشترط فيه الالغاء إليه بحيث لا يقدر على خلافه، وقد صرح الأصحاب بذلك في كتبهم (١)، فاشترطه عدم القدرة على التفصي غير واضح، إلا أن يريد به أصل الاكراه، فيكون التعبير عنه بذلك غير حسن. فتبين أن كل واحد من الشرطين غير جيد لمشروطه، إن جعلنا المشروط متعددا وإن جعلناه متحدا مركبا من الأمرين - بمعنى جواز الولاية والعمل بما يأمره مع الاكراه وعدم القدرة على التفصي - حسن قيد الاكراه، وغاير ما سبق. لكن يبقى الكلام في الشرط الثاني، فإن الاكراه مسوغ لامتنال الأمر وإن قدر على المخالفة مع خوف الضرر المتقدم. ويبقى أيضا مسألة ما لو أكره على الفعل وإن لم يكن متوليا لولاية فإنه يجوز له الامتنال. وبقي في العبارة أمر آخر، وهو تعليق العمل بما يأمره مطلقا على شرط، مع ظهر أن أمره قد لا يكون بمحرم، الذي هو مناط الاشتراط. لكن الأمر هنا سهل لظهور المراد. ومقتضى استثناء الدماء أنه لا فرق فيها بين أن

(١) منهم الشيخ في النهاية: ٣٥٧ والشهيد في الدروس: ٣٣٠ والعلامة في التذكرة ١: ٥٨٣.

السادسة: جوائز الجائر إن علمت حراما بعينها فهي حرام، (وإلا فهي حلال). وإن قبضها أعادها على المالك. فإن جهله أو تعذر الوصول إليه تصدق بها عنه. ولا يجوز إعادتها على غير مالكها مع الامكان.

يكون بطريق القتل أو الجرح. وبه صرح الشيخ (رحمه الله) في الكلام (١). وربما قيل بقصره على القتل. وقد تقدم الكلام (٢) فيه. وشمل قوله " والعمل بما يأمره إلا في الدماء " كونه بطريق المباشرة للفعل مثلا أو التسيب كالاقتناء فيها والأمر بها. وبهذا حصلت المغايرة بين هذه المسألة والمتقدمة في كتاب الأمر بالمعروف، فإن تلك مخصوصة بالحكم لأنه فرضها في القضاء.

قوله: " جوائز الظالم إن علمت حراما بعينها فهي حرام ".

التقييد بالعين إشارة إلى جواز أخذها وإن علم أن في ماله مظالم، كما هو مقتضى حال الظالم، ولا يكون حكمه حكم المال المختلط في وجوب اجتناب الجميع، للنص (٣) على ذلك. نعم يكره أخذها حينئذ. قوله: " وإن جهله أو تعذر الوصول إليه تصدق بها عنه ".

المراد بالمالك ما يعم المأخوذ منه ووارثه، لأنه يصير بعد موته مالكا. وإنما يجوز الصدقة عنه بها مع اليأس من معرفته والوصول إليه. ولو ظهر بعد ذلك ولم يرض بالصدقة، ضمن له القيمة أو المثل. ويجوز له دفعها إلى الحاكم، وإبقاؤها أمانة في يده، ولا ضمان فيهما. ولو اشتبه المالك في قوم محصورين، تعين عليه التخلص منهم ولو بطريق الصلح.

قوله: " ولا يجوز إعادتها على غير مالكها مع الامكان ".

احتراز به عما لو أخذها الظالم المذكور أو غيره منه قهرا، فإنه لا يحرم عليه لعدم

(١) في " م " والحجريت (الخلاف). ولم نعر عليه فيما لدينا من كتب الشيخ قدس سره.

(٢) في ص ١٠٧.

(٣) الوسائل ١٢: ١٥٦ ب " ٥١ " من أبواب ما يكتسب به.

السابعة: ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات باسم المقاسمة، والأموال باسم الخراج عن حق الأرض، ومن الأنعام باسم الزكاة، يجوز ابتياعه، وقبول هبته، ولا تجب إعادته على أربابه، وإن عرف بعينه.

الاختيار. وهل يضمن حينئذ؟ قيل: نعم، لعموم قوله صلى الله وآله وسلم " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١). والأقوى التفصيل، وهو أنه إن كان قبضها من الظالم عالما بكونها مغصوبة، ضمن واستمر الضمان وإن أخذت منه قهرا. وإن لم يعلم حالها حتى قبضها ثم تبين كونها مغصوبة ولم يقصر في إيصالها إلى مالكتها ولا في حفظها، لم يضمن. والفرق بين الحالتين واضح، فإن يده في الأول عادية فيستصحب حكم الضمان، كما لو تلفت بغير تفريط، وفي الثاني أمانة فيستصحب كما لو تلفت بغير تفريط، والفرق كونه الأخذ قهريا. وعبارة المصنف تشتمل الأمرين، وتدل بمفهومها على جواز دفعها مع عدم الامكان. ولا كلام فيه إنما الكلام في الضمان. وصرح بعض الأصحاب (٢) بالضمان في الصورتين. والتفصيل أجود. قوله: " ما يأخذه السلطان الجائر... الخ ".

المقاسمة حصة من حاصل الأرض تؤخذ عوضا عن زراعتها، والخراج مقدار من المال يضرب على الأرض أو الشجر حسبما يراه الحاكم. ونبه بقوله " باسم المقاسمة واسم الخراج " على أنهما لا يتحققان إلا بتعيين الإمام العادل، إلا أن ما يأخذه الجائر في زمن تغلبه، قد أذن أئمتنا عليهم السلام في تناوله منه، وأطبق عليه علماؤنا لا نعلم فيه مخالفا، وإن كان ظالما في أخذه، ولا استلزام تركه والقول بتحريمه الضرر والخرج العظيم على هذه الطائفة. ولا يشترط رضی المالك ولا يقدر فيه تظلمه، ما لم يتحقق الظلم بالزيادة عن

(١) عوالي اللثالي ١: ٢٢٤ ح ١٠٦ و ٣٨٩ ح ٢٢، سنن البيهقي ٦: ٩٥، المستدرک علی الصحیحین ٢: ٤٧، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، مسند أحمد ٥: ١٢ - ١٣، سنن الترمذي ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦.
(٢) راجع جامع المقاصد ٤: ٤٤.

المعتاد أخذه من عامة الناس في ذلك الزمان. واعتبر بعض الأصحاب (١) في تحققهما اتفاق السلطان والعمال على القدر، وهو بعيد الوقوع والوجه. كما يجوز ابتياعه واستيهاه، يجوز سائر المعاوضات. ولا يجوز تناوله بغير إذن الجائر. ولا يشترط قبض الجائر له، وإن أفهمه قوله " ما يأخذه الجائر " فلو أحاله به، أو وكله في قبضه، أو باعه وهو في يد المالك، أو ذمته حيث يصح البيع، كفى، ووجب على المالك الدفع. وكذا القول فيما يأخذه باسم الزكاة. ولا يختص ذلك بالأنعام - كما إفادته العبارة - بل حكم زكاة الغلات والأموال كذلك. لكن يشترط هنا أن لا يأخذ الجائر زيادة عن الواجب شرعا في مذهبه، وأن يكون صرفه لها على وجهها المعبر عندهم، بحيث لا يعد عندهم غاصبا، إذ يمتنع الأخذ منه عندهم أيضا. ويحتمل الجواز مطلقا، نظرا إلى اطلاق النص (٢) والفتوى. ويجئ مثله في المقاسمة والخراج، لأن مصرفهما بيت المال، وله أبواب مخصوصون عندهم أيضا. وهل تبرأ ذمة المالك من اخراج الزكاة مرة أخرى؟ يحتمله، كما في الخراج والمقاسمة مع أن حق الأرض واجب لمستحق مخصوص، والتعليل (٣) بكون دفع ذلك حقا واجبا عليه. وعدمه، لأن الجائر ليس نائب المستحقين فيتعذر النية، ولا يصح الاخراج بدونها. وعلى الأول تعتبر النية عند الدفع إليه، كما يعتبر في سائر الزكوات. والأقوى عدم الاجتزاء بذلك، بل غايته سقوط الزكاة عما يأخذه إذا لم يفرط فيه. ووجوب دفعه إليه أعم من كونه على وجه الزكاة أو المضي معهم في أحكامهم، والتحرز عن الضرر بمباينتهم. ولو أقطع الجائر أرضا مما تقسم أو تخرج، أو عارض عليها، فهو تسليط منه عليهما، فيجوز للمقطع أو المعاوض أخذهما من الزارع والمالك، كما يجوز إحالته عليه.

(١) لاحظ التنقيح الرائع ٢: ١٩.

(٢) الوسائل ١٢: ١٦١ ب " ٥٢ " من أبواب ما يكتسب به ح ٥.

(٣) كذا في " ن ". وفي سائر النسخ والتعليل.

الفصل الثاني
في عقد البيع، وشروطه، وآدابه
العقد: هو اللفظ الدال على نقل ملك، من مالك إلى آخر،
بعوض معلوم.

والظاهر أن الحكم مختص بالجائر المخالف للحق، نظرا إلى معتقده من استحقاقه ذلك عندهم، فلو كان مؤمنا لم يحل أخذ ما يأخذه منهما، لاعترافه بكونه ظالما فيه. وإنما المرجع حينئذ إلى رأي حاكمهم الشرعي، مع احتمال الجواز مطلقا، نظرا إلى اطلاق النص والفتوى. ووجه التقييد أصالة المنع إلا ما أخرجه الدليل، وتناوله للمخالف متحقق، والمسؤول عنه للأئمة عليه السلام إنما كان مخالفا للحق، فيبقى الباقي. وإن وجد مطلقا فالقرائن دالة على إرادة المخالف منه، التفاتا إلى الواقع أو الغالب.

قوله: "العقد هو اللفظ الدال... الخ".

اختلف عبارات الأصحاب في حقيقة البيع، فجعله جماعة - منهم المصنف في النافع (١)، والشهيد (٢) (رحمه الله) - نفس الايجاب والقبول الناقلين لملك الأعيان. واحتجوا عليه بأن ذلك هو المتبادر عرفا من معنى البيع فيكون حقيقة فيه. وذهب آخرون (٣) إلى أنه أثر العقد، وهو انتقال العين... الخ. ورده الشهيد (رحمه الله) في بعض تحقیقاته إلى الأول، نظرا إلى أن الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال، فأطلق اسم المسبب على السبب، وعرف المغيا بالغاية. وفيه نظر لأن الاطلاق المذكور مجازي، يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفة للماهية، إلا مع

(١) المختصر النافع: ١١٨.

(٢) الدروس: ٣٣٤.

(٣) كالشيخ في المبسوط ٢: ٧٦، وابن إدريس في السرائر ٢: ٢٤٠، والعلامة في التحرير ١: ١٦٤.

قيام قرينة واضحة، وهو منتف. وأما التعريف بالغاية بهذا المعنى فغير جائز، لأن حملها على المغيا حمل المواطاة - أعني حمل هو هو - والغاية مما لا يصح حملها عليه كذلك. وإنما تدخل الغاية في التعريفات على معنى أخذ لفظه يمكن حمله على المعروف، يشير إلى الغاية وغيرها من العلل التي لا يصح عليه حملها عليه حمل لمواطاة وهو هنا منتف.

إذا تقرر ذلك فعد إلى عبارة المصنف فقوله: "العقد هو اللفظ الدال... الخ" بحسب ظاهره تعريف لعقد البيع، لا للبيع نفسه، فلا يكون أحد التعريفين، بل تعريف لمعنى آخر. ويشعر بكون البيع ليس هو العقد، فيكون اختياراً للمعنى الآخر، وهو الانتقال أو ما قاربه، فيختلف نظره في الكتابين. كما اختلف نظر العلامة، حيث عرفه في كثير من كتبه بالمعنى الأول (١)، واختار في المختلف (٢) الثاني.

ويمكن حمل عبارة المصنف على ما يوافق النافع بجعل الإضافة في قوله "عقد البيع" بيانية، واللام في قوله "العقد" للعهد الذكري فيكون العقد عبارة عن البيع "وهو اللفظ الدال... الخ".

ثم اللفظ في التعريف بمنزلة الجنس البعيد للبيع، إذ جنسه القريب - على هذا التقدير - نفس الايجاب والقبول المقيدين بما يخرج غيره من العقود. وباقي التعريف بمنزلة الخاصة المركبة، يخرج بها غيره من العقود الدال لفظها على إباحة منفعة، أو تسلط على تصرف، أو نقل الملك بغير عوض، كالهبة والوديعة والعارية والمضاربة والوكالة والوصية وغيرها من العقود التي لا تجمع ما ذكر من المحترزات. ودخل في اطلاق الملك ما كان ملكاً للعاقد ولغيره، فدخل بيع الوكيل والولي. وخرج بقيد المعلوم، الهبة المشترطة فيها مطلق الثواب، وهبة الأدنى للأعلى -

(١) تحرير الأحكام ١: ١٦٤، القواعد: ١٢٣ نهاية الأحكام ٢: ٤٤٧.

(٢) المختلف: ٣٤٧.

على قول من أوجب العوض - ومطلق الهبة، على قول الشيخ في المبسوط (١). ودخل فيه بيع المكره، حيث يقع صحيحا، فإنه لم يعتبر التراضي كما فعل غيره. وبقي فيه أمور:

الأول: يرد على طرده، اللفظ الدال على ما ذكر بلفظ الأخبار، فإنه ليس ببيع، لأنه من قبيل الانشاء. وليس في التعريف ما يخرجها. الثاني: أن الملك يشمل الأعيان والمنافع، فينتقض في طرده أيضا بالإجارة، فإن عقدها أيضا لفظ دال على نقل الملك - وهو المنفعة - بعوض معلوم. الثالث: ينتقض أيضا بالهبة المشروط فيها عوض معين، فإن التعريف يشملها وليست بيعا.

الرابع: يدخل فيه أيضا الصلح لمشتمل على نقل الملك بعوض معين، فإنه ليس بيعا عند المصنف.

الخامس: ينتقض في عكسه بإشارة الأخرس ونحوه المفيدة للبيع، فإنها ليست لفظا، مع صحة البيع إجماعا. فلا بد من إدخاله في التعريف، بأن يقول: " اللفظ أو ما قام مقامه " ونحوه.

السادس: إن كان المعرف البيع الصحيح، وأريد ذكر شرائط صحته في التعريف، لم يحسن الاقتصار على معلومية العوض، فإن المعوض كذلك وغيرهما من الشروط. (٢) وقد يستغنى عن الجميع بقوله: " اللفظ الدال على النقل " فإن البيع الذي لا يجتمع شرائط صحته لا تدل صيغته على نقل الملك. وإن أريد الأعم من الصحيح والفساد، استغنى عن التعرض لمعلومية العوض. والتحقيق أنه يستغنى عنها مطلقا، لأن شرط الشيء غير داخل في حقيقته، فلا يكون له دخل في تعريف ماهيته.

ويمكن أن يقال: إن ذكر معلومية العوض ليس على وجه الاشتراط، بل

(١) المبسوط ٣: ٣١٠.

(٢) كذا في النسخ ولعل الصحيح: فإن المعوض كذلك وكذلك غيرهما من الشروط.

ولا يكفي التقابض من غير لفظ، وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع.

تخصيص لمورد المعرف، لئلا ينتقض باللفظ الدال على نقله العين بعوض مجهول، فإنه ليس بيعا صحيحا، والمقصود تعريف الصحيح. لكن يبقى فيه الاخلال بمعلومية المعوض وكمال المتعاقدين، فإن ذكرهما يحقق مورد البيع، ويمنع من دخول غير المقصود فيه، فلا وجه لتخصيص معلومية العوض. ويبقى الكلام في دلالة " اللفظ الدال على النقل " على ذلك كله، فإنه بدون الأمور المعتبرة في صحة البيع شرعا لا يدل على النقل المذكور، لأن الغرض الدلالة شرعا بحيث يتحقق معه النقل. وإلا فمجرد إفهام النقل مع عدم وقوعه شرعا غير كاف في تحقق المعرف. قوله: " ولا يكفي التقابض... الخ ".

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعا، غير أن ظاهر كلام المفيد (١) (رحمه الله) يدل على الاكتفاء في تحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه وتقابضا. وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين (٢) يذهب إلى ذلك أيضا، لكن يشترط في الدال كونه لفظا. وإطلاق كلام للمفيد أعم منه. والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة الدالة على حل البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصة يدل على ذلك، فإننا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين، غير أن الوقوف مع المشهور هو الأجود، مع اعتضاده بأصالة بقاء ملك كل واحد لعوضه إلى أن يعلم الناقل. فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع، وعرف كل منهما رضاء الآخر بما يصير إليه من العوض المعين، الجامع لشرائط البيع غير اللفظ المخصوص، لم يفد اللزوم. لكن هل يفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض، نظرا إلى إذن كل منهما للآخر في التصرف، أم يكون بيعا فاسدا من حيث اختلال شرطه وهو الصيغة الخاصة؟ المشهور الأول. فعلى هذا يباح لكل منهما التصرف، ويجوز له

(١) المقنعة: ٥٩١.

(٢) في هامش " ن " و " ك " و " و " : " هو السيد حسن بن السيد جعفر رحمه الله " .

الرجوع في المعاوضة ما دامت العين باقية، فإذا ذهبت لزمت. أما جواز التصرف، فلما مر من تسليط كل منهما الآخر على ما دفعه إليه وأذن له فيه، ولا معنى لإباحة التصرف إلا ذلك. وأما لزومها مع التلف، فلرضاها ما يكون ما أخذه كل منهما عوضا عما دفعه، فإذا تلف ما دفعه كان مضمونا عليه، إلا أنه قد رضي بكون عوضه هو ما بيده، فإن كان ناقصا فقد رضي به، وإن كان زائدا فقد رضي به الدافع، فيكون بمنزلة ما لو دفع المديون عوضا عما في ذمته، ورضي به صاحب الدين. وفيه نظر. وإذا تقرر ذلك فتتقيد المحل يتم بمباحث:

الأول: هل المراد بالإباحة الحاصلة بالمعاطاة قبل ذهاب العين إفادة ملك منزلة كالمبيع في زمن الخيار، وبالتصرف يتحقق لزومه، أم الإباحة المحضة التي هي بمعنى الإذن في التصرف، وبتحققه يحصل الملك له وللعين الأخرى؟. يحتمل الأول، بناء على أن المقصود للمتعاقدين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسدة، ولم يجز التصرف في العين، وأن الإباحة إذا لم تقتض الملك فما الذي أوجب حصوله بعد ذهاب العين الأخرى؟! .

وعبارة العلامة في التحرير كالصريحة في إفادة هذا المعنى، لأنه قال: " الأقوى عندي أن المعاطاة غير لازمة، بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية " (١). ومقتضى تجويز الفسخ ثبوت الملك في الجملة. وكذا تسميتها معاوضة، والحكم باللزوم بعد الذهاب.

ويحتمل الثاني، التفاتا إلى أن الملك لو حصل بها لكانت بيعا ومدعاهم نفي ذلك، واحتجاجهم بأن الناقل للملك لا بد أن يكون من الأقوال الصريحة في الانشاء، المنصوبة من قبل الشارع. وإنما حصلت الإباحة باستلزام إعطاء كل منهما الآخر سلطته مسلطا له عليها الإذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات، فإذا حصل كان الآخر عوضا عما قابله لتراضيهما على ذلك، وقبله يكون كل واحد من العوضين

(١) تحرير الأحكام ١: ١٦٤.

باقيا على ملك مالكه، فيجوز له الرجوع فيه. ولو كانت يبيعا قاصرا عن إفادة الملك المترتب عليه لوجب كونها يبيعا فاسدا إذ لم يجتمع شرائط صحته. وما جاء من قبل الشارع أن البيع على قسمين: فما حصل فيه الايجاب والقبول على وجههما لازم، وما حصل فيه التراضي بدونه جائز. ومن ثم ذهب العلامة في النهاية (١) إلى كونها يبيعا فاسدا، وأنه لا يجوز لأحدهما التصرف فيما صار إليه أصلا.

وعلى الوجهين يتفرع النماء، فإن قلنا بالأول كان تابعا للعين في الانتقال وعدمه، وإن قلنا بالثاني احتمل كونه مباحا لمن هو في يده كالعين وعدمه. وأما وطئ الجارية فالظاهر أنه كالأستخدام يدخل في الإباحة ضمنا. وأما العتق فعلى الأول يكون جائزا لأنه مملوك، وعلى الثاني يتجه العدم، إذ لا عتق إلا في ملك. وهذا مما يؤيد الأول، كان من أجاز المعاطاة سوغ أنواع التصرفات.

الثاني: لو تلفت العينان معا تحقق الملك فيهما. ولو تلفت إحداهما خاصة فقد صرح جماعة (٢) بالاكْتفاء به في تحقق ملك الأخرى، نظرا إلى ما قدمناه من جعل الباقي عوضا عن التالف، لتراضيهما على ذلك. ويحتمل هنا العدم، التفاتا إلى أصالة بقاء الملك لمالكه، وعموم الناس مسلطون على أموالهم (٣). والأول أقوى، فإن من بيده المال مستحق قد ظفر بمثل حقه بإذن مستحقه فيملكه، وإن كان مغايرا له في الجنس والوصف، لتراضيهما على ذلك.

الثالث: لو تلف بعض إحداهما احتمل كونه كتلف الجميع. وبه صرح بعض الأصحاب (٤) محتجا بامتناع التراد في الباقي إذ هو موجب لتبعض الصفقة، وبالضرر. لأن المطلوب هو كون إحديهما في مقابل الأخرى. وفيه نظر، فإن تبعض الصفقة لا يوجب بطلان أصل المعاوضة، بل غايته جواز فسخ الآخر، فيرجع إلى

(١) نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٢٥، الدروس: ٣٣٥، جامع المقاصد ٤: ٥٨.

(٣) عوالي اللئالي ١: ٤٥٧ ح ١٩٨، عنه البحار ٢: ٢٧٢ ح ٧.

(٤) راجع جامع المقاصد ٤: ٥٨.

المثل أو القيمة، كما في نظائره. وأما الضرر الحاصل من التبعض المنافي لمقصودهما من جعل إحداهما في مقابلة الأخرى فمستند إلى تقصيرهما في التحفظ بإيجاب البيع، كما لو تبايعا بيعا فاسدا. ويحتمل حينئذ أن يلزم من العين الأخرى في مقابلة التالف (١) ويبقى الباقي على أصل الإباحة بدلالة ما قدمناه.

الرابع: لو نقل أحدهما العين عن ملكه، فإن كان لازما كالبيع والهبة بعد القبض والوقف والعق فكالتالف. وإن كان جائزا كالبيع في زمن الخيار فالظاهر أنه كذلك، لصدق انتقال الملك عنه، فيكون كالتلف. وعودها بالفسخ إحداث ملك آخر، بناء على أن البيع يملك بالعقد، وإن كان هناك خيار. أما الهبة قبل القبض فالظاهر أنها غير مؤثرة، لأنها جزء السبب المسلك، مع احتمال لصدق التصرف، وقد أطلق جماعة كونها تملك بالتصرف.

الخامس: لو تصرف فيها تصرفا غير ناقل للملك ولا جزء سببه، فإن لم تتغير العين به عن صفتها - كالأستخدام (والانتفاع بالإناء) (٢) ولبس الثوب - فلا أثر له في اللزوم، وإن أوجب تغييرا إلى حالة أخرى - كطحن الحنطة وصبغ الثوب - فلا أثر له في اللزوم، وإن أوجب تغييرا إلى أخرى - كطحن الحنطة وصبغ الثوب - احتمل كونه كذلك لأصالة بقاء الملك مع بقاءه، ولزوم المعاطاة بذلك. وبه جزم بعض الأصحاب (٣)، لما تقدم من امتناع التراد بسبب الأثر المتجدد. وعندني فيه إشكال. السادس: لو اشتبهت بغيرها، أو امتزجت بحيث لا يتميز، فإن كان بالأجود فكالتلف. وإن كان بالمساوي أو الأردأ احتمل كونه كذلك، لامتناع التراد على الوجه الأول. واختاره جماعة (٤). ويحتمل العدم في الجمع، لأصالة البقاء. السابع: لو رجع في العين أو بعضها وقد استعملها من هي في يده، لم يرجع عليه بالأجرة. ولو كانت قد نمت، فإن كان باقيا رجع به. وإن كان تالفا فلا، لتسليطه على التصرف فيه بغير عوض.

(١) كذا في النسخ ولعل الصحيح " ما في مقابلة التالف " .

(٢) هذه الزيادة وردت في " ك " .

(٣) لعل المراد به ابن إدريس. راجع السرائر ٢ : ٢٥٠ .

(٤) في مفتاح الكرامة ٤ : ١٥٧ بعد نقل هذه العبارة إلى قوله " ... واختاره جماعة " قال: " لعله فهمه من إطلاقهم " . وهو يؤذن بعدم وجود مصرح بالتفصيل المذكور.

الثامن: على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكورة، فهل يصير بيعا أو معاوضة برأسها؟ يحتمل الأول، لأن المعاوضات محصورة وليست أحدها. وكونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. ويحتمل الثاني، لاطباقهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها، فكيف بصير بيعا بعد التلف.

وتظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها - كخيار الحيوان - لو كان التالف الثمن أو بعضه. وعلى تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاوضة أم من حين اللزوم؟ كل محتمل. ويشكل الأول بقولهم: "إنها ليست بيعا" والثاني بأن التصرف ليست معاوضة بنفسه. اللهم إلا أن تجعل المعاوضة جزء السبب والتلف تمامه. والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناء على أنها ليست لازمة. وإنما يتم على قول المفيد ومن تبعه. أما خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين، كما أن خيار المجلس منتف.

التاسع: لو وقعت المعاملة بقبض أحد العوضين خاصة - كما لو دفع إليه سلعة بثمن وافقه عليه، أو دفع إليه ثمنا عن عين موصوفة بصفات السلم فتلف العوض المقبوض - ففي لحوق أحكام المعاوضة، ولزوم الثمن المسمى والمثمن الموصوف، نظر، من عدم صدق اسمها، لأنها مفاعلة تتوقف على العطاء من الجانبين ولم يحصل، والاقتصار بما خرج عن الأصل على موضع اليقين إن كان. ومن صدق التراضي على المعاوضة، وتلف العين المدعى كونه كافيا في التقابض من الجانبين، والظاهر أن الحكم واحد. وقد ذكر أولهما شيخنا الشهيد (رحمه الله) في الدروس (١)، وألحقه بها. العاشر: ذكر بعض الأصحاب (٢) ورود المعاوضة في الإجارة والهبة، بأن يأمره بعمل معين ويعين له عوضا، فيستحق الأجرة بالعمل. ولو كان إجارة فاسدة لم يستحق شيئا مع علمه بالفساد، بل لم يجز له العمل والتصرف في ملك المستأجر، مع اطلاقهم على جواز ذلك واستحقاق الأجر، إنما الكلام في تسميته معاوضة في الإجارة. وذكر في مثال الهبة، ما لو وهبه بغير عقد، فيجوز للقابض اتلافه، ويملكه به. ولو

(١) الدروس: ٣٣٥.

(٢) راجع جامع المقاصد ٤: ٥٩.

سواء كان في الحقيير أو الخطير، ويقوم مقام اللفظ، الإشارة مع العذر.
ولا ينعقد إلا بلفظ الماضي. فلو قال: اشتر أو ابتع أو أبيعك، لم

كانت هبة فاسدة لم يجز. ولا بأس به، إلا أن في مثال الهبة نظرا، من حيث إن الهبة لا تختص بلفظ، بل كل لفظ يدل على التملك بغير عوض كاف فيها، كما ذكره في بابه. وجواز التصرف في المثال المذكور موقوف على وجود لفظ يدل عليها، فيكون كافيا في الإيجاب. اللهم إلا أن يعتبر القبول القولي مع ذلك، ولا يحصل في المثال، فيتجه ما قاله.

قوله: " سواء في الحقيير أو الخطير "

رد به على بعض العامة، حيث اكتفى بالمعاطاة في المحقرات، وأقامها فيه مقام البيع. واختلفوا في تحديدها، فقال بعضهم (١): " ما لم يبلغ نصاب السرقة " وأحالتها آخرون على العرف (٢)، كرطل خبز وغيره مما يعتاد فيه المعاطاة. وهو تحكم. والذي اختاره متأخرو الشافعية (٣) وجميع المالكية (٤) انعقاد البيع بكل ما دل على التراضي وعده الناس بيعا. وهو قريب من قول المفيد (٥) وشيخنا المتقدم (٦). وما أحسنه وأمتن دليله، إن لم ينعقد الإجماع على خلافه.

قوله: " ويقوم مقام اللفظ الإشارة مع العذر "

كما في الأخرس، ومن بلسانه آفة، فإنه يكفي في انعقاد بيعه وقبوله له الإشارة المفهومة. وفي الكتابة على ورق، أو لوح، أو خشب، أو تراب، ونحوها. واعتبر العلامة (٧) في الكتابة انضمام قرينة تدل على رضاه. قوله: " ولا ينعقد إلا بلفظ الماضي... الخ "

(١) راجع المجموع ٩ : ١٦٤ .

(٢) راجع المجموع ٩ : ١٦٤ ، كفاية الأختيار ١ : ١٤٧ .

(٣) راجع السراج الوهاج : ١٧٣ ، كفاية الأختيار ١ : ١٤٧ .

(٤) راجع حلية العلماء ٤ : ١٤ ، رحمة الأمة : ١٢٧ ، المغني لابن قدامة ٤ : ٥ .

(٥) المقنعة : ٥٩١ .

(٦) المراد به السيد حسن بن السيد جعفر . راجع ص ١٤٧ هامش ٢ .

(٧) نهاية الأحكام ٢ : ٤٥١ .

يصح وإن حصل القبول.
وكذا في طرف القبول، مثل أن يقول: بعني أو تبيعني، لأن ذلك
أشبه بالاستدعاء أو بالاستعلام.
وهل يشترط تقديم الايجاب على القبول؟ فيه تردد، والأشبه عدم
الاشتراط.

إنما اعتبر في العقد لفظ الماضي، لأن الغرض منه الانشاء وهو صريح فيه،
لاحتمال الوعد بالمستقبل، وعدم اقتضاء الأمر انشاء البيع من جانب الأمر وإنما أنشأ
طلبه. وأما الماضي فإنه وإن احتمل الأخبار، إلا أنه أقرب إلى الانشاء، حيث دل
على وقوع مدلوله في الماضي فإذا لم يكن ذلك هو المقصود كان وقوعه الآن حاصلًا
في ضمن ذلك الخبر. والغرض من العقود ليس هو الاخبار، وإنما هذه الصيغة منقولة
شرعا من الاخبار إلى الانشاء. والماضي ألصق بمعناه.
قوله: " وكذا في طرف القبول... الخ "

نبه بذلك على خلاف ابن البراج (١)، حيث جوز بهما. والمشهور خلافه.
قوله: " وهل يشترط تقديم الايجاب... الخ "

وجه العدم من أصالة الجواز، وأنه عقد فيجب الوفاء به، ولتساويهما في كون
كل منهما ينقل ملكه إلى الآخر، فإذا جاز للبائع التقدم، جاز للمشتري، ولأن الناقل
للملك هو الرضا المدلول عليه بالألفاظ الصريحة ولا مدخل للترتيب في ذلك، ولجواز
تقديمه في النكاح بغير اشكال فليكن في غيره كذلك، فإن النكاح مبني على
الاحتياط زيادة على غيره.

وذهب جماعة (٢) من الأصحاب إلى اعتبار تقديمه، بل ادعى عليه الشيخ
في الخلاف (٣) الاجماع، للشك في ترتب الحكم مع تأخره، مع أن الأصل خلافه،

(١) نقل العلامة في المختلف: ٣٤٨ عن الكامل، راجع المهذب ١: ٣٥٠.
(٢) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٣٧، وابن إدريس في السرائر ٢: ٢٤٩، والعلامة في التذكرة ١: ٤٦٢.
(٣) لم نجده في الخلاف. وقال في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٤ " وقد نسب في غاية المراد والمسالك إلى الخلاف
دعوى الاجماع وهو وهم قطعاً لأنني تتبعت كتاب البيع فيه مسألة مسألة وغيره حتى النكاح فلم أجده
ادعى ذلك... "

ولو قبض المشتري ما ابتاعه بالقعد الفاسد، لم يملكه، وكان مضمونا عليه.
وأما الشروط فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين وهو البلوغ، والعقل، والاختيار.

فإن القبول مبني على الايجاب لأنه رضا به فلا بد من تأخره. وتجوز التقديم في النكاح لمصلحة استحياء المرأة. والأقوى الأول.
وموضع الخلاف ما لو كان القبول بلفظ ابتعت أو شريت أو اشتريت أو تملك منك كذا بكذا، بحيث يشتمل على ما كان يشتمل عليه الايجاب، أما لو اقتصر على القبول، أو قال: قبلت، وإن أضاف إليه باقي الأركان لم يكف بغير اشكال. وحينئذ فلا فرق بين الايجاب والقبول، وإنما كل منهما أحد شقي العقد. وفي الحقيقة هذه الألفاظ المتقدمة المعدة قبولا قائمة مقامه لا نفسه، وإنما القبول على الحقيقة " قبلت " وهو مما لا يصح الابتداء به.
قوله: " ولو قبض المشتري... الخ ".

لا اشكال في ضمانه إذا كان جاهلا بالفساد، لأنه أقدم على أن يكون مضمونا عليه، فيحكم عليه به، وإن تلف بغير تفريط، ولقوله صلى الله عليه وآله:
" على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١). ومن القواعد المقررة في هذا الباب أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، وأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.
ولا فرق - مع جهله - بين كون البايع عالما بالفساد أو جاهلا، مع احتمال عدم الضمان لو علم، لتسليطه على إتلافه، مع علمه بكونه باقيا على ملكه. وكذا لو كانا عالمين بالفساد. ولو كان البايع جاهلا به والمشتري عالما فالضمان أولى. والأقوى ثبوته في جميع الصور، فيترادان العينين مع بقائهما، وبدلهما مع تلفهما، ويرجع صاحب المنافع المستوفاة بها. ولو فاتت بغير استيفاء فوجهان. ولو زادت العين فللمالك، إلا أن

(١) عوالي اللثالي ١: ٢٢٤، ح ١٠٦ و ٣٨٩ ح ٢٢، سنن البيهقي ٦: ٩٥، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، سنن الترمذي ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦، مسند أحمد ٥: ٨، ١٢، ١٣.

فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه، ولو أذن له الولي.
وكذا لو بلغ عشرة عاقلا، على الأظهر. وكذا المجنون، والمغمى
عليه، والسكران غير المميز، والمكره، ولو رضي كل منهم بما فعل بعد زوال
عذره، عدا المكره للوثوق بعبارته.
ولو باع المملوك أو اشترى بغير إذن سيده لم يصح. فإن أذن له جاز.

تكون الزيادة بفعل الآخر جاهلا، فهي له، عينا كانت كالصبغ، أو صفة كالصنعة.
قوله: " فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه... الخ "

لا فرق في الصبي بين المميز وغيره، ولا بين كون المال له أو للولي أو لغيرهما،
أذن مالكة أم لا، فلا يصح لبائعه التصرف فيما صار إليه، وإن كان مالكة قد أذن،
لأنه بيع فاسد، فيلزمه الحكم السابق في الرجوع على القابض. نعم، ليس له على
الصبي رجوع بعوض ماله لو تلف أو أتلفه، لأنه فرط فيه بتسليطه عليه مع عدم
أهليته. ولو أمره وليه بالدفع إليه فدفع، فإن كان مال الولي برئ من ضمانه وكان هو
المفرط، وإن كان مال الصبي لم يبرأ. ولو كان عوض ما ابتاعه من الصبي أو باعه
فالمال للدافع وهو المضيع، فلا عبرة بإذن الولي في ضمانه ولا ضمان الصبي.
قوله: " وكذا لو بلغ عشرة عاقلا على الأظهر "

هذا هو الأقوى. وقيل بجواز بيعه بالوصفين. وهو ضعيف. والمراد بالعقل
هنا الرشد، فغير الرشيد لا يصح بيعه - وإن كان عاقلا - اتفقا.
قوله: " ولو رضي كل منهم بما فعل - إلى قوله - عدا المكره للوثوق
بعبارته "

الفرق بينهم وبين المكره واضح، إذ لا قصد لهم إلى العقد ولا أهلية لهم، لفقد
شرطه وهو العقل، بخلاف المكره، فإنه بالغ عاقل، وليس ثم مانع إلا عدم القصد
إلى العقد حين ايقاعه، وهو مجبور وبلحوقه له بالإجارة، فيكون كعقد الفضولي حيث
انتفى القصد إليه من مالكة الذي يعتبر قصده حين العقد، فلما لحقه القصد بالإجارة
صح.

وحينئذ فلا مانع من الصحة إلا تخيل اشتراط مقارنة القصد للعقد ولا دليل

عليه. وينبه على عدم اعتباره عقد الفضولي. وعموم الأمر بالوفاء (١) بالعقد يشمل. فلا يقدر فيه اختصاص عقد الفضولي بنص. وبهذا يظهر ضعف ما قيل هنا من انتفاء القصد أصلاً ورأساً مع عدم الرضا، وأن الظاهر من كون العقود بالقصود، القصد المقارن لها دون المتأخر.

ويمكن أن يقال: إن القصد من المكره حاصل دون من سبق، لأن غير العاقل لا يقصد إلى اللفظ ولا إلى مدلوله، بخلاف المكره، فإنه باعتبار كونه عاقلاً قاصد إلى ما يتلفظ به ويفعله وبشعوره، لكنه بالاكراه غير قاصد إلى مدلوله، وذلك كاف في صلاحيته وقبوله للصحة إذ لحقه القصد إلى مدلوله بإجازته.

ومثله القول في عقد الفضولي فإنه قاصد إلى اللفظ الصادر منه، لأن المفروض أهليته وجمعه للشرائط المعتبرة في صحة العقد إلا الملك. ولا يتحقق منه لو قصد مدلوله - أعني نقل الملك والتسليم على التصرف وغيرهما من أحكام العقد - لأن ذلك من وظائف المالك، فإذا أجاز المالك وقصد إلى ذلك صح. ويتفرع عليه ما لو عقد الفضولي في حالة لا يكون فيها أهلاً للقصد إلى اللفظ - كالنائم والسكران والصبي والمجنون - فإن الإجازة اللاحقة له من المالك لا تؤثر. ومن ثم حكموا بأن الولي لو أجاز عقد الصبي لم يصح. وهذا واضح بين.

وقد نبه الشهيد (رحمه الله) في الدروس على ما يوافق ذلك، وإن كان في نفسه لا يخلو من مناقشة. فقال في بيع الفضولي إذا لحقه الرضا: " والأقرب أن الرضاء كاف فيمن قصد إلى اللفظ دون مدلوله، فلو أكره حتى ارتفع قصده لم يؤثر الرضاء، كالسكران " (٢). وهو تنبيه حسن، إلا أن في تحقق ذلك في المكره، بحيث يتلفظ بالعقد غير قاصد إلى لفظه كالسكران نظراً، فإن الاكراه على اللفظ بحيث يكون حركة اللسان من المكره غير متحقق ولا مقدور للمكره. وإنما يتحقق الاكراه بحمل المكره للمكره على الفعل باختياره، خوفاً من المكره على نفسه أو ماله أو ما في

(١) المائدة: ١.

(٢) الدروس: ٣٣٥.

ولو أمره أمر أن يتناع له نفسه من مولاه، قيل: لا يجوز، والجواز أشبه.
وأن يكون البائع مالكا، أو ممن له أن يبيع عن المالك، كالأب،
والجد للأب، والوكيل، والوصي، والحاكم، وأمينه.

حكهما، مع حضور عقله وتمييزه، بخلاف المجنون والسكران ونحوهما. غير أن ما ادعاه (رحمه الله) إذا بلغ الاجاء إليه وتحقق وقوعه، فالأمر فيه كما قاله. لكن يبقى في هذا كله اشكال من وجه آخر، وهو أن الهازل قد حكموا بفساد عقده، ولم يذكروا لزومه لو لحقه الرضا به. وظاهر حاله أنه قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، لأنه بالغ عاقل، فاللازم حينئذ إما إلحاقه بالمكره في لزوم عقده مع لحوق الرضاء، أو إبداء الفرق بكونه غير قاصد للفظ. وفيه تأمل.
واعلم أن بيع المكره إنما يتوجه إليه البطلان إذا كان بغير حق، فلو أكره بحق بأن توجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه، أو شراء مال أسلم إليه فيه، فأكرهه الحاكم عليه، صح بيعه وشراؤه، فإنه إكراه بحق. ومثله تقويم العقد على معتق نصيبه منه، وتقويمه في فكه من الرق ليرث، وإكراهه على البيع لنفقته ونفقة زوجته مع امتناعه، وبيع الحيوان إذا امتنع من الانفاق عليه، والعبد إذا أسلم عند الكافر، والعبد المسلم والمصحف إذا اشتراهما الكافر وسوغناه، فإنهما يباعان عليه قهرا، والطعام عند المخمصة يشتره خائف التلف، والمحتكر مع عدم وجود غيره واحتياج الناس إليه. فكل هذه الصور مستثناة من قولهم: "إن بيع المكره غير صحيح". وضابطها الإكراه بحق، كما قدمناه.

قوله: "ولو أمره أمر أن يتناع له نفسه من مولاه، قيل: لا يجوز والجواز أشبه".

وجه المنع اعتبار التغير بين المتعاقدين، وعبرة العبد كعبرة سيده، أو اشتراط إذن المولى في تصرف العبد، ولم يسبق له منه إذن. ويندفع الأول بأن المغايرة الاعتبارية كافية. ومن ثم اجتزأنا بكون الواحد الحقيقي موجبا قابلا، فهنا أولى. والثاني بأن مخاطبة السيد له بالبيع في معنى التوكيل له في قولي القبول. وبه يظهر جواب ما قيل من أن قوله "من مولاه" مستدرك، لأنه لا يشتري نفسه إلا منه، فإنه

فلو باع ملك غيره، وقف على إجازة المالك أو وليه، على الأظهر.

ربما احترز به عن شرائه نفسه وكيل مولاه، فإنه قد لا يصح، نظرا إلى وقوعه بغير إذن المولى، بخلاف ما وقع من المولى، فإنه في معنى الإذن. والأقوى الجواز. قوله: " فلو باع ملك غيره وقف على إجازة المالك أو وليه على الأظهر "

هذا قول الأكثر. ويدل عليه وجود المقتضي للصحة، وهو العقد الجامع للشرائط. وليس ثم مانع إلا إذن المالك، وبحصولها بعد يزول المانع ويجتمع الشرائط واشتراط المالكية في المبيع أعم من كونه شرطا للزوم أو للصحة. ويؤيده حديث عروة البارقي (١)، حيث أمره النبي صلى الله عليه وآله بشراء شاة بدينار، فاشتري شاتين به، ثم باع إحداهما به، وردته مع الأخرى، فأجازته النبي صلى الله عليه وآله وبارك له في صفقة يمينه. وفي المنع أحاديث (٢). وهي من الطرفين عامية، إلا أن ما هنا أشهر وأدل على المطلوب. ولا فرق في ذلك بين البيع والشراء، وإن كانت المسألة والرواية مفروضة في البيع. ثم على تقدير الإجازة ولزوم العقد، فهل هي ناقلة لملك من بيده المال من حينها، أم كاشفة عن حصوله من حين عقد البيع؟ الأقوى الثاني. وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بينهما وفي أحكام آخر تأتي إن شاء الله تعالى. ثم إن اتحد العقد بالحكم واضح، وإن ترتب العقود على الثمن أو المثلث أو هما، وأجاز الجميع صح أيضا. وإن أجاز أحدهما، فإن كان هو المثلث صح في المجاز وما بعده من العقود. وإن كان هو الثمن صح وما قبله. كذا أطلقه جماعة من الأصحاب (٣).

والفرق بين المقامين أن إجازة المبيع توجب انتقاله عن ملك المجيز إلى

(١) عوالي اللئالي ٣: ٢٠٥ ح ٣٦، مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥ ب " ١٨ " ح ١ ثاقب المناقب: ١١٢،

سنن الترمذي ٣: ٥٥٩ ح ١٢٥، سنن أبي داود ٣: ٢٥٦ ح ٣٣٨٤.

(٢) سنن البيهقي ٥: ٣٣٩.

(٣) راجع إيضاح الفوائد ١: ٤١٨ وجامع المقاصد ٤: ٧٠، ٧١.

ولا يكفي سكوته مع العلم، ولا مع حضور العقد.
فإن لم يجز، كان له انتزاعه من المشتري، ويرجع المشتري على البائع
بما دفعه إليه، وما اغترمه من نفقة، أو عوض عن أجرة أو نماء، إذا لم يكن
عالما أنه لغير البائع، أو ادعى البائع أن المالك أذن له.
وإن لم يكن كذلك، لم يرجع بما اغترم، وقيل: لا يرجع بالثمن مع
العلم بالغصب.

قوله: " فإن لم يجز كان له انتزاعه من المشتري... الخ ".
إذا لم يجز المالك البيع يرجع في عين ماله ونمائها - متصلا ومنفصلا - وعوض
منافعها المستوفاة وغيرها، وبقيّة الهالك من ذلك أو مثله. والمعتبر بالقيمة يوم التلف
على الأقوى، إن كانت التفاوت بسبب السوق، وبالأعلى إن كان بسبب الزيادة العينية
كالسمن، أو الوصفية كالعلم بصنعة ثم نسيانها. ثم المشتري يرجع بذلك كله على
البائع مع أحد الوصفين، وهما الجهل بكونها لغير البائع، وادعاء البائع الإذن في
البيع. ولو رجع عليه المالك بالقيمة مع التلف رجح بها على البائع، وإن زادت على
الثمن المدفوع إليه. ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد حصل للمشتري نفع في مقابلة
ما غرم أولا، على الأقوى، لغروره ودخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض.
قوله: " وإن لم يكن كذلك لم يرجع بما اغترم ".
لأنه حينئذ غاصب مفرط، فلا يرجع بشئ يغرمه للمالك مطلقا.
قوله: " وقيل: لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب ".
هذا هو المشهور بين الأصحاب، مطلقين الحكم فيه، الشامل لكون الثمن
باقيا وتالفا. ووجهه بكون المشتري قد دفعه إليه وسلطه عليه، مع علمه بعدم
استحقاقه له، فيكون بمنزلة الإباحة. وهذا يتم مع تلفه، أما مع بقائه فلا، لأنه
ماله وهو متسلط عليه بمقتضى الخبر (١). ولم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه،
لأنه إنما دفعه عوضا عن شئ لا يسلم له، لا مجانا. فمع تلفه يكون آذنا فيه، أما

(١) عوالي اللثالي ١: ٤٥٧ ح ١٩٨.

وكذا لو باع ما يملك وما لا يملك، مضى بيعه فيما يملك، وكان فيما لا يملك موقوفا (على الإجازة).

مع بقاءه فله أخذه لعموم النصوص الدالة على ذلك. بل يحتمل الرجوع بالثمن مطلقا وهو الذي اختاره المصنف (رحمه الله) في بعض تحقیقاته (١) - لتحريم تصرف البائع فيه، حيث إنه أكل مال بالباطل فيكون مضمونا عليه. لولا ادعاء العلامة في التذكرة (٢) الاجماع على عدم الرجوع مع التكلف، لكان في غاية القوة. وحيث لا إجماع عليه مع بقاء العين، فليكن القول به متعينا.

فإن قيل: كيف يجمع تحريم تصرف البائع في الثمن عدم رجوع المشتري به في حال، فإنه حينئذ لا محالة غاصب آكل للمال بالباطل. فاللازم إما جواز تصرفه، أو جواز الرجوع عليه مطلقا.

قلنا: هذا الالتزام في محله. ومن ثم قلنا: إن القول بالرجوع مطلقا متجه، لكن لما أجمعوا على عدمه مع التلف كان هو الحجة. وحينئذ نقول: إن تحقق الاجماع فالأمر واضح، وإلا فمن الجائز أن يكون عدم جواز رجوع المشتري العالم عقوبة له، حيث دفع ماله معاوضا به على محرم. وعلى هذا يكون البائع مخاطبا برده أو رد عوضه مع التلف، فإن بذله أخذه المشتري وإن امتنع منه بقي للمشتري في ذمته، وإن لم يجز له مطالبته به. ونظير ذلك ما لو حلف المنكر على عدم استحقاق المال في ذمته، فإنه لا يجوز حينئذ للمدعي مطالبته ولا مقاصته، وإن كان الحق مستقرا في ذمة المنكر في نفس الأمر. وذلك لا يمنع من تكليفه برده، وعقوبته عليه لو لم يرده، ولا فرق في هذا الحكم بين كون البائع غاصبا صرفا مع علم المشتري به، أو فضوليا ولم يجز المالك كما هو مقتضى الفرض.

قوله: " وكان فيما لا يملك موقوفا " .

الموقوف هو البيع المضمّر في " كان " ، أي كان البيع فيما لا يملك موقوفا على

(١) لم نعثر عليه في ما لدينا من كتب المحقق رحمه الله.

(٢) لم نجده في التذكرة راجع المختلف: ٣٤٨.

ويقسط الثمن بأن يقوموا جميعا، ثم يقوم أحدهما، ويرجع على البائع بحصته من الثمن، إذا لم يجز المالك.

إجازة المالك. ولا بعد في كون البيع الواحد لازما موقوفا باعتبارين، حيث يشتمل على شيئين مختلفين في الحكم. قوله: " ويقسط الثمن بأن يقوموا جميعا... الخ ".

المراد أنه يقوم أحدهما منفردا، ثم ينسب إلى المجموع، ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة، لا أنه يسقط من الثمن بقدر ما يقوم به، كما قد يشعر به اطلاق العبارة، لأن القمة المذكورة قد تستوعب مجموع الثمن أو تزيد عليه. مثال ذلك: أن يقوموا معا، فإذا قيل: قيمتهما عشرون، ثم يقوم أحدهما: المستحق أو غيره، إذ لا تفاوت هنا، لتحقق العلم بقيمة المردود، فإذا قيل: قيمة أحدهما عشرة، فنسبتها إلى المجموع النصف، فيرجع بنصف الثمن كائنا ما كان، وهكذا. فلو فرض كون مجموع الثمن عشرة كان الرجوع في المثال بخمسة، وهي نسبة أحدهما إلى المجموع. فلو لا اعتبار النسبة لزم أخذ الثمن والثلث الباقي بغير عوض.

وإنما يعتبر قيمتها مجتمعين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحد منفردا، كعبددين وثوبين مثلا. أما لو استلزم اجتماعهما زيادة القيمة - كمصراعي باب، كل واحد لمالك - فإنهما لا يقومان مجتمعين، إذ لا يستحق مالك كل واحد حصته إلا منفردا، فلا يستحق ما يزيد باجتماعهما. وطريق تقويمهما على هذا أن يقوم كل واحد منهما منفردا، وينسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة. فإذا قوم كل منهما منفردا بعشرة، يؤخذ نصف الثمن، لأن نسبة إحداهما إلى المجموع.

وهذا الحكم كله في مثال المصنف واضح، لأنه فرضه في بيع ما يملكه البائع وما لا يملكه في عقد. فلو فرض كونهما لمالك واحد، كما لو باع الفضولي المصراعين معا، فأجاز مالتهما في أحدهما دون الآخر، ففي تقديرهما مجتمعين - كالغصب - كالغاصب أو منفردين - كما لو كانا لمالكين - نظر.

ولو أراد المشتري رد الجميع، كان له ذلك.
وكذا لو باع ما يملك وما لا يملكه المسلم، أو ما لا يملكه مالك،
كالعبد مع الحر، والشاة مع الخنزير، والخل مع الخمر.

قوله: " ولو أراد المشتري رد الجميع كان له ذلك ".
لتبعض الصفقة عليه. وهذا يتم مع جهله بكون أحدهما ملكا لغير البائع.
أما مع علمه فلا خيار له. وكذا القول في كل موضع يثبت فيه الخيار لتبعض
الصفقة، فإنه مقيد بجهل ذي الخيار بالحال قبل البيع. فإن قيل: كيف يصح البيع
في البعض مع أن التراضي إنما وقع على المجموع، وبدونه يمتنع صحة العقد؟ قلنا:
العقد في نفسه صحيح، لكنه غير لازم. فإذا طرأ على الصحة بطلان البيع في البعض
بسبب عدم الإجازة بقي الباقي محكوما بصحته، إذ لا دليل على بطلانه بعد الحكم
بالصحة. غاية ما في الباب جبره بالخيار مع جهله. ولو كان عالما فلا اشكال في صحة
ذلك البعض لقدمه على ذلك.

قوله: " وكذا لو باع ما يملك وما لا يملكه المسلم... الخ ".
طريق تقويم ذلك أن يقوم الحر لو كان عبدا بالوصف الذي هو عليه من كبر
وصغر، وبياض وسواد وغيرها. وأما الخمر والخنزير فيرجع فيهما إلى قيمتهما عند
مستحليهما، لا بمعنى قبول قولهم في القيمة، لاشتراط عدالة المقوم، بل يمكن
فرضه في تقويم عدلين قد أسلما عن كفر يشتمل على استحلالهما، أو مطلعين على
قيمتها عندهم، لكثرة المخالطة لهم وعدم احتشامهم فيهما. ولو قيل بقبول إخبار
جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب، ويحصل بقولهم الظن الغالب المتقارب
للعلم، أمكن.

وبقي في المسألة اشكال من وجهين:
أحدهما: أن المشتري لهذين الشيئين إن كان جاهلا بما لا يملك توجه ما ذكر،
لقصده إلى شرائهما، فإذا لم يتم له الأمران وزع الثمن. أما إذا كان عالما بفساد البيع
فيما لا يملك أشكال صحة البيع مع جهله بما يوجبه التقسيط، لافضائه إلى الجهل
بثمن المبيع حال البيع، لأنه في قوة بعثك العبد بما يخصه من الألف إذا وزعت عليه

والأب والجد للأب يمضي تصرفهما، ما دام الولد غير رشيد.
وتنقطع ولايتهما بثبوت البلوغ والرشد.
ويجوز لهما أن يتوليا طرفي العقد، فيجوز أن يبيع عن ولده (من غيره)

وعلى شئ آخر، وهو باطل.
وقد نبه على ذلك مه في التذكرة، وقال: إن البطلان حينئذ ليس ببيع
من الصواب (١).

والثاني أن هذا الحكم - أعني التوزيع - إنما يتم أيضا قبل قباض المشتري
التمن، أو بعده مع جهله بالفساد. أما مع علمه فيشكل التقسيط ليرجع بقسطه،
لتسليطه البائع عليه وإباحته له، فيكون كما لو دفعه إلى بائع مال غيره، كالغاصب.
وقد تقدم أن الأصحاب لا يجيزون الرجوع بالتمن، إما مطلقا أو مع تلفه، فينبغي
هنا مثله. إلا أن يقال: ذلك خرج بالاجماع، وإلا فالدليل قائم على خلافه، فيقتصر
فيه على مورده. وهو حسن إن تم.

قوله: " والأب والجد يمضي تصرفهما... الخ "

مفهوم صدر العبارة زوال ولايتهما عند بثبوت الرشد وإن لم يبلغ، لأنه جعل
هذه الولاية في زمن عدم الرشد. ومفهوم عجزها أن ولايتهما لا تنقطع ما لم يجتمع
الوصفان البلوغ والرشد. والثاني هو الصواب. وأما الأول فمفهومه لا يعمل به على
ما حقق في الأصول. وكأن الموجب لتعبيره كذلك قصد اثبات حكم الولاية لهما عليه
وإن بلغ وطعن في السن ما دام غير رشيد. وترك الاحتراز من تحقق الرشد قبل
البلوغ، لظهور حكم الحجر على الصبي مطلقا.

يشترط في ثبوت ولايتهما على غير الرشيد استمرار سفهه قبل البلوغ
ليستصحب حكم الولاية لهما عليه من الصغر. فلو بلغ ورشد ثم زال رشده لم تعد
ولايتهما، بل يكون للحاكم. وكذا القول في المجنون.

قوله: " ويجوز لهما أن يتوليا طرفي العقد... الخ "

هذا هو الأصح وكذا يجوز تولي طرفيه في كل موضع يثبت للمتولي الولاية

(١) التذكرة ١: ٥٦٥.

وعن نفسه من ولده، وعن ولده من نفسه.
والوكيل يمضي تصرفه على الموكل، ما دام الموكل حيا جائز
التصرف. وهل يجوز أن يتولى طرفي العقد؟ قيل: نعم، وقيل: لا،
وقيل: إن علم الموكل جاز، وهو الأشبه. فإن أوقع قبل إعلامه وقف على
الإجازة.

والوصي لا يمضي تصرفه إلا بعد الوفاة. والتردد في توليه لطرفي
العقد، كالوكيل. وقيل: يجوز أن يقوم على نفسه، وأن يقترض إذا كان

من الجانبين، ولو بالاستنابة، فإن المغايرة الاعتبارية كافية في ذلك.
قوله: " وهل يجوز أن يتولى طرفي العقد... الخ ".
جواز تولي الوكيل طرفي العقد يقع فيه الاشكال في موضعين:
أحدهما: مطلق مباشرة الايجاب والقبول معا. والأصح جوازه كما تقدم (١).
والثاني: بيعه ما وكل فيه من نفسه، إنه لا يجوز مع عدم إذن الموكل
فيه صريحا، بأن يقول له: بعه ولو من نفسك، أو يعلمه هو فيقول: أبيعته ولو من
نفسي، فيرضى الموكل بذلك. والثاني الجواز مع الاطلاق. وهذا هو الذي نقل
المصنف الخلاف فيه دون الأول. والأصح الجواز مع الاعلام، ومع القرينة الدالة
على أن الموكل إنما يريد البيع لا خصوصية المشتري. أما لو تولى الطرفين بالوكالة عن
المشتري أيضا فإنه يصح، نظر إلى جواز تولي الطرفين في غيره، وإن كانت العبارة
هنا وقعت مطلقة.

قوله: " والوصي لا يمضي تصرفه إلا بعد الوفاة. والتردد في توليه طرفي
العقد كالوكيل ".
أي تولية طرفيه لنفسه كما تقدم. أما لغيره فيصح بغير تردد من المصنف في
المسألتين. والأصح الجواز مطلقا.
قوله: " وقيل: يجوز أن يقوم على نفسه... الخ ".

(١) في التعليقة السابقة.

مليا.

وأما الحاكم وأمينه، فلا يليان إلا على المحجور عليه، لصغر، أو سفه، أو فلس، أو حكم على غائب.
وأن يكون المشتري مسلما، إذا ابتاع عبدا مسلما،

هذا القول هو المشهور بين الأصحاب. وكثير منهم لم يذكر خلافا. وشرط بعضهم (١) - مع ملاءته - الرهن عليه، حذرا من افلاسه وزيادة ديونه، فيحفظ الرهن مال الطفل. وهو حسن. وكذا يعتبر الاشهاد، حفظا للحق. وإنما يصح له التقويم على نفسه مع كون البيع مصلحة للطفل، إذ لا يصح بيع ماله بدونها مطلقا. أما الاقتراض فشرطه عدم الاضرار بالطفل، وإن لم تكن المصلحة موجودة، وقد تقدم تعريف الملاءة في الزكاة (٢).

قوله: " أما الحاكم وأمينه فلا يليان... الخ "

يشترط في الصغير عدم الأب والجد له وإن علا، وفي السفه ذلك أو تجدده بعد البلوغ والرشد، فلو بلغ سفهها لم تزل عنه ولاية الأب والجد. وكذا القول في الجنون والفلس.

قوله: " وأن يكون المشتري مسلما إذا ابتاع عبدا مسلما "

يمكن أن يريد بالمسلم من حكم باسلامه ظاهرا، لأن ذلك هو المتبادر من لفظ المسلم واجراء أحكامه عليه. فيدخل فيه فرق المسلمين المحكوم بكفرهم، كالخوارج والنواصب. ويمكن أن يريد به المسلم حقيقة نظرا إلى أن غيره إذا حكم بكفره دخل في دليل المنع الدال على انتفاء السبيل للكفار على المسلم. وهذا هو الأولي، لكن لم أقف على مصرح به. وفي حكم العبد المسلم، المصحف وأبعاضه، دون كتب الحديث النبوية. وتردد في التذكرة (٣) فيها.

(١) ذكره المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٨٦ ونسبه إلى الشهيد في بعض حواشيه.

(٢) راجع الجزء الأول: ٣٥٦.

(٣) التذكرة ١: ٤٦٣.

وقيل: يجوز ولو كان كافرا، ويجبر على بيعه من مسلم، والأول أشبه.
ولو ابتاع الكافر أباه المسلم، هل يصح؟ فيه تردد، والأشبه الجواز،
لانتفاء السبيل بالعتق.

ومنها ما يتعلق بالمبيع. وقد ذكرنا بعضها في الباب الأول، ونزيدها
هنا شروطا:

الأول: أن يكون مملوكا، فلا يصح بيع الحر، وما لا منفعة فيه
كالخنافس والعقارب، والفضلات المنفصلة عن الانسان كشعره وظفره

قوله: " وقيل يجوز ولو كان كافرا ويجبر على بيعه والأول أشبه ".
الأشبه أشبه، فإن الجبر لا ينفي أصل السبيل.
قوله: " ولو ابتاع أبه المسلم هل يصح؟ فيه تردد، والأشبه
الجواز... الخ ".

هذا هو الأقوى. وفي حكم الأب كل من يعتق على الكافر، فلو عمم كان
أولى. وفي حكمه كل شراء يستعقب العتق، كما لو أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه
فإنه يعتق عليه بمجرد الشراء. ومثله لو قال لغيره: " أعتق عبدك المسلم عني وعلي
ثمنه " إن سوغناه، فإنه شراء ضماني.

وإنما يمتنع دخول العبد المسلم في ملك الكافر اختيارا، كالشراء والاستيهاب
ونحوهما. أما غيره كالإرث وإسلام عبده الكافر فلا، بل يجبر على بيعه بثمن المثل
على الفور إن وجد راغب، وإلا حيل بينهما بمسلم إلى أن يوجد الراغب. ونفقته زمن
المهلة عليه، وكسبه له.

وفي حكم البيع الإجارة الواقعة على عينه. أما على ذمته فالأجود الصحة، كما
لو استدان منه. وكذا رهنه عنده. أما لو وضع على يد مسلم فلا.
وفي عاريتة له قولان، أجودهما المنع. وفي إيداعه له وجهان، أجودهما
الصحة. لأنه فيها خادم لا ذو سبيل.
قوله: " كالخنافس والعقارب... الخ ".

ورطوباته عدا اللبن، ولا ما يشترك المسلمون فيه قبل حيازته كالكلأ والماء
والسموك والوحوش قبل اصطيادها،
والأرض المأخوذة عنوة. وقيل: يجوز
بيعها، تبعاً لآثار المتصرف. وفي بيع بيوت مكة تردد. والمروي المنع.

لعدم عدها مالا عرفاً وشرعاً. ولا اعتبار بما يورد في الخواص من منافعها، فإنها
مع ذلك لا تعد مالا.
قوله: " عدا اللبن "

لأنه طاهر ينتفع به نفعا ظاهرا، فيجوز بيعه، وأخذ العوض عليه في إجارة
الظئر، خلافاً فالبعض العامة.

قوله: " ولا ما يشترك المسلمون فيه كالكلأ والماء "

هذا إذا كانت في مباح ليتوقف ملكها على الحيازة. أما لو كانت في ملكه
فالوجه أنها له تبعاً للملك، فيصح بيعها، ويحرم على غيره أخذها منه بغير إذنه. وبه
صرح في التذكرة (١). فعلى هذا، لو باع الأرض لم يدخل الكلأ ولا الماء إلا أن ينص
عليهما أو يذكر لفظاً يعمهما.

قوله: " والأرض المأخوذة عنوة وقيل: يجوز بيعها تبعاً لآثار
المتصرف "

هذا القول قوي. وقد تقدم البحث فيه في الجهاد (٢).

قوله: " وفي بيع بيوت مكة تردد... الخ "

منع الشيخ (٣) (رحمه الله) من بيع بيوت مكة وإجارتها، ومنع المسلمين من
سكنها إذا كانت خالية، محتجاً بالخبر (٤)، وآية الأسراء من المسجد الحرام (٥) مع أنه
كان في دارم أم هاني. والمشهور الجواز، وعليه العمل. وتسمية مكة مسجداً مجاز

(١) التذكرة ١: ٤٦٥.

(٢) في ص: ٥٦.

(٣) الخلاف ٣: ١٨٨ مسألة ٣١٦.

(٤) مستدرک الحاكم ٢: ٥٣، وعنه كنز العمال ١٢: ٢٠٦ ح ٣٤٦٨٣، سنن الدارقطني ٣: ٢٢٣.

(٥) الأسراء: ١.

أما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه. وماء النهر لمن حفره. ومثله كل ما يظهر في الأرض من المعادن فهي لمالكها تبعاً لها. الثاني: أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف، ما لم يؤيد بقاؤه إلى

للحرمة والشرف والمجاورة. وقد أضاف الله سبحانه دورها إلى أربابها في قوله: * (للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم) * (١) والمفهوم منه الملك. قوله: " أما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه، وماء النهر لمن حفره ". فيجوز بيعه جملة وبيع بعضه كيلاً ووزناً وجزافاً، ولو على الشاطئ لأنه مال مملوك متمول.

قوله: " فلا يصح بيع الوقف... الخ "

قد اضطربت فتوى الأصحاب في هذه المسألة اضطراباً عظيماً، حتى من الرجل الواحد في الكتاب الواحد، كما وقع للمصنف (رحمه الله) فإنه هنا شرط في جواز بيعه ثلاثة شرائط: اختلاف أربابه بحيث يؤدي بقاءه إلى خرابه، وكون البيع أعود، وفي الوقف اكتفى في الجواز بوقوع الخلف بين أربابه بحيث يخشى خرابه فاكتفى بخوف الخراب. وهنا شرط الأداء إليه، ولم يشرط مع ذلك كون البيع أعود. والأقوى في هذه المسألة ما دلت عليه صحيحة علي بن مهزيار (٢) من جواز البيع إذا وقع بين أرباب الوقف خلف شديد. وعلمه عليه السلام بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس. والظاهر أن خوف أدائه إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط، بل ظاهره أنه عرضه لذلك. وما عدا هذه الصورة لا دليل عليه. نعم، في رواية (٣) جعفر بن حنان (٤) جواز بيعه مع حاجة أربابه إليه بحيث لا يكفيهم غلته إذا اتفقوا عليه كلهم وكان البيع خيراً لهم. وعمل بها بعض

(١) الحشر: ٨.

(٢) الكافي ٧: ٣٦ ح ٣٠، الفقيه ٤: ١٧٨ ح ٦٢٨، التهذيب ٩: ١٣٠ ح ٥٥٧، الاستبصار ٤: ٩٨ ح ٣٨١، الوسائل ١٣: ٣٠٤ ب ٦ " من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٥.

(٣) الكافي ٧: ٣٥ ح ٢٩، الفقيه ٤: ١٧٩ ح ٦٣٠، التهذيب ٩: ١٣٣ ح ٥٦٥، الاستبصار ٤: ٩٩ ح ٣٨٢، الوسائل ١٣: ٣٠٦ ب ٦ " من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٨.

(٤) في " ك " حيان كما في الكافي.

خرابه، لاختلاف بين أربابه، ويكون البيع أعود، على الأظهر،
ولا بيع
أم ولد، ما لم يمت ولدها، أو في ثمن رقبته مع اعسار مولاها، وفي
اشتراط موت المالك تردد..

الأصحاب (١). وفي سندها جهالة بجعفر بن حنان (٢). وزاد بعضهم (٣) ما لو خرب
وتعطل ولم يبق فيه نفع على ذلك الوجه أصلاً. وهو حسن، لفوات مقصود الوقف
حينئذ من تحبب الأصل وتسهيل المنفعة. وذلك كما لو خلقت حصر المسجد أو
جذعه بحيث لا يصلحان للانتفاع فيه، فيجوز بيعهما للوقود ونحوه. وباقي الأقوال
كلها مدخولة. ودليل المنع عام.

وحيث يجوز البيع يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على ذلك الوجه إن أمكن. ويجب
تحصيل الأقرب إلى صفة الموقوف الأول فالأقرب. والمتولي لذلك الناظر الخاص إن
كان، أو الموقوف عليه إن كان منحصراً، وإلا فالناظر العام.
قوله: " ولا بيع أم الولد - إلى قوله - وفي اشتراط موت المالك تردد ".
الأقوى عدم اشتراط موته، لاطلاق النص (٤). والمراد بإعساره أن لا يكون له
من المال ما يوفي ثمنها زائداً على المستثنيات في وفاء الدين. وهذان الفردان المستثنيان
مورد النص (٥). وقد ألحق بهما الأصحاب مواضع أخرى، كبيعها إذا مات قريبها لتعتق
وترث، وبيعها على من تعتق عليه، وبشرط العتق على قول، وإذا جنت على غير
المولى ليدفع ثمنها أو رقبته في الجناية، وإذا كان علوقها بعد الارتهان أو بعد
الافلاس، وإذا عجز عن نفقتها، وإذا مات مولاها ولم يخلف سواها وعليه دين
مستغرق إذ لا يتصور عتقها حينئذ، وفي كفته إذا لم يخلف سواها، وإذا أسلمت قبل
مولاها الكافر، وإذا كان ولدها غير وارث. وزاد بعضهم ما لو جنت على مولاها أو

(١) في هامش " ن " و " و " (هو الشيخ علي رحمه الله. منه) راجع جامع المقاصد ٤ : ٩٧.

(٢) في " ك " ضعف لجهالة جعفر...

(٣) كالسيد في الإنتصار: ٢٢٦، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤ : ٩٧.

(٤) الكافي ٦ : ١٩٢، التهذيب ٨ : ٢٣٨ ح ٨٥٩، الاستبصار ٤ : ١٢ ح ٣٥، الوسائل ١٣ : ٥١

ب " ٢٤ " من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

(٥) الوسائل الباب المذكور آنفاً.

ولا بيع الرهن إلا مع الإذن. ولا يمنع جناية العبد من بيعه ولا من عتقه، عمدا كانت الجناية أو خطأ، على تردد.

قتله خطأ.

قوله: " ولا بيع الرهن إلا مع الإذن " .

يجوز كون المحكوم بعدم جواز بيعه للرهن هو الراهن والمرتهن. أما الراهن فظاهر أنه لا يجوز بيعه للرهن إلا مع إذن المرتهن، لأنه ممنوع من التصرف فيه. وأما المرتهن فلا يجوز له بيع الرهن إذا لم يكن وكيلا فيه، بل يتوقف بيعه على إذن المالك. فإن امتنع استأذن الحاكم. فإن تعذر جاز له حينئذ البيع بنفسه على الأقوى. وكيف كان فلا يجوز له بيع الرهن مطلقا بل على بعض الوجوه، أو لا يجوز مطلقا - كما أطلقه جماعة منهم المصنف في بابه - أي لا يجوز بيعه من حيث هو مرتهن. وحينئذ فلا ينافي جواز بيعه إذا كان وكيلا، لأن الجواز من حيث كونه وكيلا لا غير.

قوله: " ولا يمنع - إلى قوله - عمدا كانت الجناية أو خطأ على تردد " .

التردد في العمد، فقد أبطل الشيخ (١) بيعه فيه، لتخير المجني عليه بين استرقاقه وقتله. وهو غير مانع من صحة البيع، لعدم اقتضائه خروجه عن ملك مالكة. نعم يصير لزوم البيع مراعى برضا المجني عليه بفدائه بالمال. فإن قبل وفكه المولى لزم البيع. وإن قتله أو استرققه بطل.

ولو كان المشتري جاهلا بالجناية تخير بين الفسخ والامضاء قبل استقرار حاله، لأنه عيب في الجملة، وفي معرض التلف.

ولو كانت الجناية خطأ كان التخيير للمولى بين بذله وفدائه بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية، فإن أرش الجناية إن كان أقل من قيمته فهو اللازم بمقتضاها، وإن كانت القيمة أقل فالجاني لا يجني على أكثر من نفسه، فيصح البيع ويكون التزاما بالفداء على أصح القولين. ثم إن فداه، وإلا جاز للمجني عليه استرقاقه فينفسخ البيع، لأن حقه أسبق. وللمشتري الخيار أيضا إذا لم يعلم ببقاء الحق في رقبتة، فإن فسح رجوع بالثمن. وكذا إن لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبتة فأخذ بها، فإن

(١) المبسوط ٢: ١٣٥.

الثالث: أن يكون مقدورا على تسليمه، فلا يصح بيع الآبق منفردا، ويصح منضمًا إلى ما يصح بيعه. ولو لم يظفر به، لم يكن له رجوع على البائع، وكان الثمن مقابلا للضميمة.

المشتري يرجع بالثمن أيضا. وإن كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر أرشه. ولو كان عالما بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء، لأنه اشترى معيبا عالما بعيبه. ثم إن فداه السيد أو المشتري فالبيع بحاله، وإلا بطل مع الاستيعاب. وفداء المشتري له كقضاء دين غيره، يعتبر في رجوعه عليه إذنه فيه. قوله: " فلا يصح بيع الآبق منفردا ويصح منضمًا... الخ ".
أي إلى ما يصح بيعه منفردا فيخرج ضميمته إلى آبق آخر، وما لا ينفرد بالبيع لقلته ونحوه. ويعتبر كونها من مالك العبد ليستحق جميع الثمن، إذ لو كانت من غيره لم يستحق شيئا فيمتنع صحة بيعه. وفي صحيحة رفاعة (١) عن الكاظم عليه السلام دليل عليه. وكما يجوز بيع الواحد منضمًا فكذا الأكثر. ولو كان مع الثمن المتمول آبق آخر صح أيضا لوجود المقتضي في الجميع. وإنما يمتنع بيع الآبق مع تعذر تسليمه، فلو أمكن صح، وإن سمي آبقا. ولو أمكن للمشتري خاصة فالأقوى الجواز. ولا يلحق به غيره مما في معناه، كالبعير الشارد والفرس الغائر على الأقوى، اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص. فعلى هذا يبطل البيع للغرر. ويحتمل الصحة مراعا بالتسليم.

قوله: " ولو لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع... الخ ".
بمعنى أنه لا يوزع عليها وعلى الآبق ويرجع بحصته منه، بل ينزل الآبق بالنسبة إلى الثمن منزلة المعدوم. وليس المراد أن الآبق يخرج عن كونه مبيعا لينحصر الثمن في الضميمة إذا تعذر تحصيله - كما يقتضيه ظاهر العبارة بل ظاهر عبارة الجميع - لأن الآبق جزء من الثمن، والبيع قد وقع عليهما، والقدرة على تسليمه ليست شرطا في صحة البيع، ومقتضى البيع توزيع الثمن على جميع المثلث. فلما تخيل من ذلك

(١) الكافي ٥: ١٩٤ ح ٩، التهذيب ٧: ١٢٤ ح ٥٤١، الوسائل ١٢: ٢٦٢ ب " ١١ " من أبواب عقد البيع ح ١.

ويصح بيع ما جرت العادة بعوده، كالحمام الطائر، والسموك المملوكة المشاهدة في المياه المحصورة.

رجوع المشتري بشيء عند تعذر قبضه، نبهوا عليه بقولهم " إن الثمن في مقابلة الضميمة " والمراد أنه مستحق بأسره بإزاء ما دفع من الضميمة. وتظهر الفائدة في دخول الآبق في ملك المشتري وإن لم يقدر على تحصيله، فيصح له عتقه عن الكفارة وغيرهما مما يترتب على الملك.

ويشترط في الآبق ما يشترط في سائر المبيع غير القدرة على القبض. ويلحقه أحكام المبيع كذلك، فيعتبر كونه معلوما عند المشتري بالمشاهدة، أو الوصف الرافع للجهالة، موجودا عند العقد، فلو ظهر تالفا قبله، أو مستحقا لغير البائع، أو مخالفا لوصف البائع، أو معيبا، ففي إلحاقه بتعذره فلا يؤثر في صحة البيع ولا يستحق أرشا ولا ردا، أو يلحق كل واحد حكمه، فيبطل في الأولين ما قابله، ويتخير في الأخيرين، نظر.

قوله: " ويصح بيع ما جرت العادة بعوده كالحمام الطائر ".
تنزيلا للعادة منزلة الواقع، فيكون بمنزلة بيع العبد المنفذ في الأشغال، والدابة المرسلة في المرعى. وتردد العلامة في النهاية (١) في الصحبة بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم، وأن عودته غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث. وهو احتمال موجه، وإن كان الأول أقوى.

قوله: " والسموك المملوكة المشاهدة في المياه المحصورة ".
المعتبر من المشاهدة ما يزول به الغرر، فلا يعتبر عدة في الماء لأن ذلك غير شرط في صحة بيع السمك في الماء. صرح به العلامة في كرة (٢). واشترط - مع ما ذكر - شرطا آخر، وهو إمكان صيده، فلو كان الماء في بركة محصورة لكنها كبيرة جدا وفيها ما يمنع من صيده عادة، لم يجز. وهو حسن.

(١) نهاية الأحكام ٢: ٤٨١.

(٢) التذكرة ١: ٤٦٦.

ولو باع ما يتعذر تسليمه إلا بعد مدة، فيه تردد. ولو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قويا.
الرابع: أن يكون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف.
فلو باع بحكم أحدهما لم ينعقد. ولو تسلمه المشتري فتلف، كان مضمونا عليه بقيمته يوم قبضه، وقيل: بأعلى القيم من قبضه إلى يوم تلفه.
وإن نقص فله أرشه. وإن زاد بفعل المشتري، كان له قيمة الزيادة وإن لم يكن عينا.

قوله: " ولو باع ما يتعذر تسليمه - إلى قوله - كان قويا ".
منشأ التردد من العجز الحالي، وإمكان التسليم في الجملة، غاية مع نقص وصف وهو فوات المنفعة قبل الامكان. والأقوى الجواز. ثم إن كان المشتري عالما بالحال فلا خيار له، وإلا ثبت له الخيار.
قوله: " كان مضمونا عليه بقيمته يوم قبضه وقيل بأعلى القيم ".
قد تقدم أن المقبوض بالبيع الفاسد مضمون على القابض، لكن لم يذكر كيفية الضمان، فلذا أعاده. ووجه ما اختاره من ضمانه بقيمة يوم القبض أنه مضمون عليه من ذلك الوقت بسبب فساد البيع المضمون به كما يضمن بصحيحه. ووجه الثاني أن زيادة العين مضمونة مع بقائها فكذا مع تلفها، ولأنه في كل وقت مخاطب بأداء العين فالانتقال إلى القيمة إنما هو عند تعذر دفعها. فضعف القول بضمانها بالقيمة عند القبض، وظهر أن الثاني أقوى، لكن بشرط أن يكون التفاوت بسبب نقص في العين أو زيادة، فلو كان باختلاف السوق لم يضمن واعتبر قيمتها يوم التلف.
ولا يخفى أن هذا كله في القيمي، أما المثلي فيضمن بمثله. فإن تعذر بقيمته يوم الاعواز على الأقوى. وكما تضمن العين تضمن منافعها، سواء استوفاه أم لا، على الأقوى.
قوله: " وإن زاد بفعل المشتري كان قيمة الزيادة وإن لم يكن عينا ".

الخامس: أن يكون المبيع معلوما، فلا يجوز بيع ما يكال أو يوزن أو يعد جزافا ولو كان مشاهدا كالصبرة، ولا بمكيال مجهول. ويجوز ابتياع جزء من معلوم بالنسبة مشاعا، سواء كانت أجزاؤه متساوية أو متفاوتة. ولا يجوز ابتياع شيء مقدر منه، إذا لم يكن متساوي الأجزاء، كالذراع من الثوب،

هذا مع جهله، أما مع علمه فليس له إلا الزيادة العينية التي يمكن فصلها، فالوصفية كالصنعة لا يستحق بسببها شيء. وبالجملة فحكمة مع العلم حكم الغاصب. وهذا هو أصح الأقوال في المسألة. والمصنف لم يذكر فيها خلافا استضعافا لها، مع أنه أشار إليه في مختصره (١). قوله: " فلا يجوز بيع ما يكال أو يوزن أو يعد جزافا ". هذا هو المشهور وعليه الفتوى. وذهب بعض الأصحاب (٢) إلى جوازه مع المشاهدة. وهو ضعيف. قوله: " ولو كان مشاهدا كالصبرة ". جوز ابن الجنيد (٣) بيع الصبرة مع المشاهدة دون غيرها، فلذا خصها المصنف بالذكر، وهو ضعيف. قوله: " ولا يجوز ابتياع شيء مقدر منه - إلى قوله - كالذراع من الثوب ".

أي شيء مقدر غير معين كذراع منه. أما لو عينه في جهة كما لو قال من هذا الطرف إلى حيث ينتهي، ففي صحته قولان، أجودهما الصحة، لانتفاء الغرر بذلك. ولو قصدا بالمعين الإشاعة وكان المجموع معلوم القدر كذراع من ثوب عشرة

(١) المختصر النافع ١: ١٢٠.

(٢) الظاهر أن المراد به هو ابن الجنيد كما صرح به في عبارته التالية.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٨٦.

أو الجريب من الأرض، أو عبد من عبيد أو من عبيد، أو شاة من قطع.
وكذا لو باع قطيعا واستثنى منه شاة أو شياها غير مشار إلى عينها.
ويجوز ذلك من المتساوي الأجزاء كالفيز من كر. وكذا يجوز لو كان
من أصل مجهول، كبيع مكوك من صبرة مجهولة القدر.
وإذا تعذر عد ما يجب عده، جاز أن يعتبر بمكيال ويؤخذ بحسابه.

أذرع، صح أيضا وكان شريكا بالنسبة. ولو اختلفا في القصد، قدم قول مدعي
الإشاعة، ترجيحاً لجانب الصحة.
قوله: " والجريب من الأرض ".
الجريب - من الأرض والطعام - مقدار معلوم. قاله الجوهري (١). وقيل: إن
مقداره من الأرض عشرة أذرع.
قوله: " وكذا يجوز لو كان من أصل مجهول كبيع مكوك من صبرة مجهولة
القدر ".

إذا علم اشتمالها على المبيع،
وإلا فلا. وهل ينزل على الإشاعة أو يكون المبيع
مكوكاً في الجملة؟ وجهان، أقربهما الثاني. وتظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها فعلى
الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة، وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدر المبتاع.
قوله: " وإذا تعذر عد ما يجب عده... الخ ".
ينبغي أن يراد بالتعذر هنا المشقة والتعسر على وجه التجوز، لا حقيقة التعذر.
وقد عبر الشهيد (رحمه الله) بالتعسر (٢)، وهو أجود. وإنما عبر المصنف وغيره بالتعذر
تبعاً للحديث عن الصادق عليه السلام حين سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعهده،
فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكالم ما بقي على حساب ذلك من المعدود؟ فقال:
" لا بأس به " (٣).

(١) الصحاح ١: ٩٨.

(٢) الدروس: ٣٣٧.

(٣) الكافي ٥: ١٩٣ ح ٣، الفقيه ٣: ١٤٠ ح ٦١٧، التهذيب ٧: ١٢٢ ح ٥٣٣، الوسائل ١٢: ٢٥٨
ب " ٧ " من أبواب عقد البيع.

ويجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وإن لم يمسحا. ولو مسح
كان أحوط، لتفاوت الغرض في ذلك، وتعذر ادراكه بالمشاهدة.
وتكفي مشاهدة المبيع عن وصفه، ولو غاب وقت الابتاع، إلا أن

وفي حكمه الموزون والمكيل حيث يشق وزنهما وكيلهما. وقد سئل الصادق عليه
السلام: الرجل اشترى مائة راوية زيتا، فاعترض راوية أو راويتين فاتزنهما، ثم أخذ
سائره على قدر ذلك؟ فقال: " لا بأس " (١). وليس في هذه الرواية تقييد بالعجز ولا
بالمشقة، فينبغي القول بجوازه مطلقا، للرواية، ولزوال العذر بذلك وحصول
العلم. والتفاوت اليسير مغتفر كما في اختلاف المكاييل والموازين. ولا قائل بالفرق
بين الثلاثة حتى يتوجه القول بالأجزاء في الموزون خاصة للرواية، ولأن المعدود أدخل
في الجهالة وأقل ضبطا.

قوله: " ويجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة... الخ ".
ونقل في التذكرة (٢) الاجماع على جواز بيعهما بالمشاهدة. والظاهر أنه أراد به من
أهل العلم كافة، فيما ذكره المصنف من الاحتياط ليس على جهة الخلاف، بل لتأكيد
الوضوح. ونقل في الدروس (٣) عن ظاهر الخلاف (٤) المنع، فاعله أشار بالاحتياط
إليه. والمراد بمشاهدة الثوب الكافية في صحة بيعه مشاهدته منشورا، فلو كان مطويا
لم يكف إلا مع تقليبه على وجه يوجب معرفته، كما لو كان غير متفاوت ولا منقوش
نقشا يختلف ويخفى في مطاويه. ومثله القول في البسط والزلالي ونحوها.

قوله: " ويكفي مشاهدة المبيع... الخ ".
نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اشترط مقارنة الرؤية للبيع، فلو
تقدمت بطل عنده. واجماعنا وأكثر أهل العلم على خلافه، لكن بشرط أن لا يكون
مما يتغير في ذلك المدة عادة، وإلا بطل البيع، لأنه حينئذ مجهول.

(١) الكافي ٥: ١٩٤ ح ٧، الفقيه ٣: ١٤٢ ح ٦٢٥، التهذيب ٧: ١٢٢ ح ٥٣٤، الاستبصار ٣: ١٠٢

ح ٣٥٧، الوسائل ١٢: ٢٥٥ ب " ٥ " من أبواب عقد البيع ح ١.

(٢) التذكرة ١: ٤٧٠.

(٣) الدروس: ٣٣٧.

(٤) لم نعثر عليه فيما لدينا من كتب الشيخ (قدس سره).

يمضي مدة جرت العادة بتغير المبيع فيها. وإذا احتمل التغيير، كفى البناء على الأول. ويثبت له الخيار إن ثبت التغيير. وإن اختلفا فيه، فالقول قول المبتاع مع يمينه، على تردد.
فإن كان المراد منه الطعم أو الريح، فلا بد من اختباره بالذوق أو الشم. ويجوز شراؤه من دون ذلك بالوصف، كما يشتري الأعمى الأعيان المرئية.
وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف، على أن الأصل الصحة؟ فيه تردد، والأولى الجواز. وله الخيار بين الرد والأرش، إن خرج

قوله: " وإن اختلفا فيه، فالقول المبتاع مع يمينه، على تردد ".
وجه التردد من أن البائع يدعي عليه الاطلاع على المبيع على الصفة الموجودة والرضا به، والمشتري ينكره، فيكون القول قوله لأصالة عدمه، ومن تحقق الاطلاع القديم المجوز للبيع، وأصالة عدم التغيير، ولزوم العقد، فيكون القول قول البائع. والأول أقوى لما ذكر، ولأن الأصل عدم وصول حقه إليه، فيكون في معنى المنكر، وإن كان بصورة المدعي، فيحلف على أن المبيع ليس بالصفة التي اشتراه عليها. والمعتبر من التغيير الموجب للتخيير هنا ما اختلف بسببه الثمن اختلافا لا يتسامح بمثله غالبا، أو يوجب اختلاف الرغبات. وبالحملة فالرؤية بمثابة الشرط للصفات الكائنة عند الرؤية، فكلما فات منها كان كما لو تبين الخلف بالشرط.

فرع
لو اتفقا على تغييره، لكن اختلفا في تقدمه على البيع وتأخره، فإن شهدت القرائن بأحدهما حكم به من غير يمين، وإن احتمل الأمران فالوجهان، من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، وأصالة عدم تقدم التغيير.
قوله: " وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف، على أن الأصل الصحة؟ فيه تردد، والأولى الجواز... الخ ".

معيبا. ويتعين الأرش مع إحداث حدث فيه. ويتساوى في ذلك الأعمى والمبصر. وكذا ما يؤدي اختباره إلى فساده كالجوز والبطيخ والبيض، فإن شراؤه جائز مع جهالة ما في بطونه. ويثبت للمشتري الأرش بالاختبار مع العيب دون الرد.

موضع الخلاف ما لو كان المبيع مشاهدا بحيث ترتفع الجهالة عنه من جهة القوام واللون وغيرهما، وإنما تخلف عنه الطعم والريح. وحينئذ فالأقوى صحة البيع إحالة له على مقتضى طبعه. فإن ظهر بخلاف المعروف منه تخير المشتري، فإن طعم العسل والدبس وريح المسك ونحوها أمر مضبوط عرفا، فيجوز الاعتماد على مقتضى طبعه، إذ ليس المراد بأصل شرط العلم بالمبيع أن ترتفع الجهالة عنه بكل وجه، فإن رؤية ظ الصبرة ونحوها كافية مع احتمال المخالفة. كذلك البيع بالوصف. قوله: " ويتساوى في ذلك الأعمى والمبصر ".

نبه بذلك على خلاف سلار (١)، حيث ذهب إلى تخير الأعمى بين الرد والأرش، وإن تصرف. وحينئذ فـ " ذلك " في العبارة إشارة إلى قوله " ويتعين الأرش مع أحداث حدث فيه " المتصل به. قوله: " فإن شراؤه جائز - إلى قوله - دون الرد ".

مقتضى اطلاق العبارة جواز شرائه مطلقا من غير اشتراط الصحة. ويكون الاطلاق منزلا عليه. وفي بعض عبارات الأصحاب جاز شراؤه بشرط الصحة (٢). وفي عبارة الشيخ (٣) وجماعة (٤) بشرط الصحة والبراءة من العيوب. وعبادة المصنف أجود. ثم إن أطلق اقتضى الصحة، ورجع بأرش العيب مع ظهوره بعد الكسر، ولا رد، للتصرف. وإن شرط البائع البراءة من العيوب صح، ولا خيار ولو ظهر معيبا. وكذا أطلقه الجماعة. ويشكل فيما لو ظهر كله معيبا ولم يكن لمكسوره قيمة كالبيض،

(١) المراسم في الفقه الإمامي: ١٨٠.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٩٥.

(٣) النهاية: ٤٠٤.

(٤) منهم ابن إدريس في السرائر ٢: ٣٣١، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٤٦ - ٢٤٧.

وإن لم يكن لمكسوره قيمة، رجع بالثمن كله.
ولا يجوز بيع سمك الآجام ولو كان مملوكا، لجهالته، وإن ضم إليه

فإن مقتضى الشرط سلامة الثمن كله للبائع (١)، وهو مناف لمقتضى العقد، إذ لا شيء في مقابلة الثمن حينئذ، فيكون أكل مال بالباطل، فيتجه حينئذ بطلان الشرط. وقد نبه على هذا في الدروس (٢).

قوله: " وإن لم يكن لمكسوره قيمة رجع بالثمن كله ".
بمعنى بطلان البيع لعدم وجود عوض في مقابلة الثمن. لكن هل يحكم ببطلان البيع من أصله نظرا إلى عدم تقوم الثمن في نفس الأمر من حين العقد، أم من حين ظهور الفساد لأنه كان مالا متقوما ظاهرا؟ وجهان. وتظهر الفائدة فيما لو تبرأ البائع من عيبه، وفيما لو افتقر إلى مؤنة لنقله وكسره.
والذي يظهر أن المؤنة على المشتري مطلقا، لعدم المقتضي لرجوعه بها، وإن كان الفعل في ملك غيره. وقد عرفت حكم التبري من العيب في ذلك، فتنتفي فائدة الخلاف.

قوله: " ولا يجوز بيع سمك الآجام... الخ ".
المراد به السمك الذي ليس بمشاهد ولا محصور، كما يظهر من اضافته إلى الآجام. والآجام جمع أجمة - بالتحريك - وهي غابة القصب. والقول بالجواز مع الضميمة مذهب الشيخ (٣) وجماعة (٤) استنادا إلى أخبار (٥) ضعيفة. والذي اختاره المتأخرون (٦) أن المقصود بالبيع إن كان هو القصب وجعل السمك تابعا له صح البيع، وإن انعكس أو كانا مقصودين لم يصح. وهو الأقوى. وكذا القول في كل

(١) ورد في " ه " و " ك " و " و " نسخة أخرى لهذه العبارة " فإن مقتضى الشرط رجوعه بالثمن كله لعدم وجود

ما يقابله وهو مناف لمقتضى العقد... " وقد شطب عليها في " ك " .

(٢) الدروس: ٣٣٧.

(٣) النهاية: ٤٠١.

(٤) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٤٦، والفاضل الآبي في كشف الرموز ١: ٤٤٩.

(٥) الوسائل ١٢: ٢٢٤ ب " ١٢ " من أبواب عقد البيع.

(٦) منهم لعلامة في المختلف: ٣٨٧، والحلي في إيضاح ترددات الشرائع ١: ٢٧١.

القصب أو غيره، على الأصح. وكذا اللبن في الضرع، ولو ضم إليه ما يحتلب منه. وكذا الجلود والأصواف والأوبار والشعر على الأنعام، ولو ضم إليه غيره. وكذا ما في بطونها. وكذا إذا ضمهما. وكذا ما يلحق الفحل.

مجهول ضم إلى معلوم، كالحمل واللبن الذي في الضرع وغيرهما. قوله: " وكذا اللبن... الخ "

جوزه الشيخ (١) مع الضميمة ولو إلى ما يوجد في مدة معلومة، استنادا إلى رواية ضعيفة (٢)، والوجه المنع، إلا على التفصيل السابق. نعم لو صالح على ما في الضرع، أو على ما سيوجد مدة معلومة، فالأجود الصحة. قوله: " وكذا الجلود والأصواف والأوبار والشعر... الخ "

أي لا يصح بيع جميع ذلك، ولا كل واحد منها منفردا، ولا مع ضم شيء آخر إليه، لجهالته، ولأن بيع ما عدا الجلود من المذكورات موزون فلا يباع جزافا. والأقوى جواز بيع ما عدا الجلد منفردا ومنضمًا مع مشاهدته وإن جهل وزنه، لأنه حينئذ غير موزون كالثمرة على الشجرة، وإن كان موزونا لو قطع كالثمرة. وفي بعض الأخبار (٣) دلالة عليه. وينبغي مع ذلك جزه في الحال أو شرط تأخيره إلى مدة معلومة. قوله: " وكذا ما في بطونها وكذا إذا ضمهما "

الضمير المثنى يعود إلى النوعين السابقين، وهما ما في بطونها وما على ظهورها من الصوف والشعر والوبر. والمراد أنه لا يصح بيع كل واحد منهما منفردا، ولا منضمًا إلى غيره، ولا أحدهما منضمًا إلى الآخر. وحيث عرفت أن بيع ما على الظهر من المذكورات صحيح، فيجوز ضم ما في البطن إليه إذا كان المقصود بالذات هو ما على الظهر، كما تقدم في القاعدة. وكذا يصح بيعه مع ضميمته إلى كل مقصود، كالحامل وغيرها.

(١) النهاية: ٤٠٠.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٩ ب " ٨ " من أبواب عقد البيع ح ٢.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٦١ ب " ١٠ " من أبواب عقد البيع ح ١.

مسألان:

الأولى: المسك طاهر، يجوز بيعه في فأره، وإن لم يفتق وفتقه أحوط.

الثانية: يجوز أن يندر للظروف ما يحتمل الزيادة والنقيصة. ولا يجوز وضع ما يزيد إلا بالمرضاة. ويجوز بيعه مع الظروف من غير وضع. وأما الآداب: فيستحب أن يتفقه فيما يتولاه،

قوله: " والمسك طاهر يجوز بيعه... الخ ".
الفأر بالهمز، جمع فأرة بها أيضا، كالفأرة في غيره. وهي الجلدة المشتملة على المسك. يجوز بيعه فيه وإن لم يفتق، بناء على أصل السلامة. فإن ظهر بعد الفتق معيبا لزمه حكمه. والمراد بفتقه - على ما ذكره جماعة (١) - إدخال خيط فيه ثم اخراجه وشمه.

قوله: " يجوز أن يندر للظروف... الخ ".
الانذار - بالدال المهملة - الاسقاط. والمراد إسقاط قدر معين للظروف يحتمل كونها بذلك القدر أو يزيد يسير أو ينقص يسيرا، فلو علم يقينا زيادة المسقط على وزنها لم يصح إلا بتراضي المتبايعين، لأن في ذلك تضييعا لمال أحدهما بخلاف ما إذا كان برضاها وكما لا يجوز وضع ما يزيد كذا ما ينقص، لاشتراكهما في المعنى. والمراد ببيعه بالظروف من غير وضع جعل مجموع الموزون من الظرف والمظروف بسعر واحد. ولا يضر جهل وزن كل واحد، لأن معرفة الجملة كافية كمنظائره ما يباع منضما.

قوله: " يستحب أن يتفقه فيما يتولاه ".

(١) منهم الشهيد في المعمة الدمشقية: ٦٤، الدروس: ٣٣٧، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٩٦.

وأن يسوي البائع بين المتباعين في الانصاف، وأن يقبل من استقاله، وأن يشهد الشهادتين، ويكبر الله سبحانه إذا اشترى، وأن يقبض لنفسه ناقصا ويعطي راجحا.

المراد بالتفقه هنا العلم بالأحكام الشرعية المتعلقة بما يزاوله من المتجر ولو بالتقليد، ليعرف صحيح العقد من فاسده، ويسلم من الربا، ويعمل بمقتضى أحكامه. وقد قال علي عليه السلام: "من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم" (١). وكان عليه السلام يقول على المنبر: "يا معشر التجار الفقه ثم المتجر، والفقه ثم المتجر، والله للربا في هذه الأمة أخفى من ديبب النملة على الصفا، التاجر فاجر، والفاجر في النار، إلا من أخذ الحق، وأعطى الحق" (٢). قوله: "وأن يسوي البائع بين المتباعين في الانصاف". بمعنى أنه لا يفاوت بينهم بسبب المماسكة وعدمها، ولا بين الصغير والكبير ونحوهما. أما لو فاوت بينهما بسبب الفضل والدين فلا بأس. قوله: "وأن يقبل من استقاله". عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "أيما عبد مسلم أقال مسلما في بيع، أقاله الله عثرته يوم القيامة" (٣). قوله: "وأن يشهد الشهادتين، ويكبر الله تعالى إذا اشترى". وليكن التكبير ثلاثا، وليقل بعده: "اللهم إني اشتريته التمس فيه من فضلك، فاجعل لي فيه فضلا، اللهم إني اشتريته التمس فيه رزقا فاجعل لي فيه رزقا". ومحله بعد الشراء. قوله: "وأن يقبض لنفسه ناقصا ويعطي راجحا".

- (١) الكافي ٥: ١٥٤ ح ٢٣، الفقيه ٣: ١٢٠ ح ٥١٣، التهذيب ٧: ٥ ح ١٤، الوسائل ١٢: ٢٨٣ ب "١" من أبواب آداب التجارة ح ٢.
- (٢) الكافي ٥: ١٥٠ ح ١، الفقيه ٣: ١٢١ ح ٥١٩، التهذيب ٧: ٦ ح ١٦، الوسائل ١٢: ٢٨٢ ب "١" من أبواب آداب التجارة ح ١.
- (٣) الكافي ٥: ١٥٣ ح ١٦، الفقيه ٣: ١٢٢ ح ٥٢٦، مصادقة الإخوان: ٧٢ ح ١، التهذيب ٧: ٨ ح ٢٦، الوسائل ١٢: ٢٨٦ ب "٣" من أبواب آداب التجارة ح ٢.

ويكره مدح البائع لما يبيعه، وذم المشتري لما يشتريه، واليمين على البيع، والبيع في موضع يستتر فيه العيب، والربح على المؤمن إلا مع الضرورة،

ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة، قدم من بيده الميزان، أو المكيال.
قوله: " ويكره مدح البائع لما يبيعه، وذم المشتري لما يشتريه ".
لقوله صلى الله عليه وآله: " من باع واشترى فليحفظ خمس خصال، وإلا فلا يشتري ولا يبيع: الربا، والحلف، وكتمان العيب، والحد إذا باع، والذم إذا اشترى " (١). ولو ذم سلعة نفسه صادقاً فلا بأس.
قوله: " واليمين على البيع ".
وكذا الشراء، قال الكاظم عليه السلام: " ثلاثة لا ينظر الله إليهم، أحدهم: رجل اتخذ الله عز وجل بضاعة لا يشتري إلا بيمين، ولا يبيع إلا بيمين " (٢).
قوله: " والبيع في موضع يستتر فيه العيوب ".
كالموضع المظلم، حذراً من الغش. قال هشام بن الحكم: كنت أبيع السابري في الظلال، فمر بي الكاظم عليه السلام فقال " يا هشام إن البيع في الظلال غش، والغش لا يحل " (٣).
ومثله اظهار جيد المتاع وكتم رديه، فقد قال النبي صلى الله عليه وآله لفاعل ذلك: " ما أراك إلا قد جمعت خيانة وغشا للمسلمين " (٤).
قوله: " والربح على المؤمن إلا مع الضرورة ".

- (١) الكافي ٥: ١٥٠ ح ٢، الفقيه ٣: ١٢٠ ح ٥١٥، التهذيب ٧: ٦ ح ١٨، الوسائل ١٢: ٢٨٤ ب " ٢ " من أبواب آداب التجارة ح ٢.
(٢) الكافي ٥: ١٦٢ ح ٣، التهذيب ٧: ١٣ ح ٥٦، الوسائل ١٢: ٣٠٩ ب " ٢٥ " من أبواب آداب التجارة ح ٢.
(٣) الكافي ٥: ١٦٠ - ١٦١ ح ٦، الفقيه ٣: ١٧٢ ح ٧٧٠، التهذيب ٧: ١٣ ح ٥٤، الوسائل ١٢: ٣٤٢ ب " ٥٨ " من أبواب آداب التجارة ح ١.
(٤) الكافي ٥: ١٦١ ح ٧، التهذيب ٧: ١٣ ح ٥٥، الوسائل ١٢: ٢٠٩ ب " ٨٦ " من أبواب ما يكتسب به ح ٨.

وعلى من يعده بالاحسان، والسوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، والدخول إلى السوق أولاً، ومبايعة الأذنين.

فيربح قوت يومه موزعاً على سائر المعاملين المؤمنين في ذلك اليوم. هذا إذا اشترى منه للقوت وكان بمائة درهم فصاعداً، أما لو اشترى التجارة فلا بأس. قال الصادق عليه السلام: " ربح المؤمن على المؤمن حرام إلا أن يشتري بأكثر من مائة درهم، فاربح عليه قوت يومك، أو يشتريه للتجارة فاربحوا عليهم وارفقوا بهم " (١). قوله: " وعلى من يعده بالاحسان " .

بأن يقول له: " هلم أحسن إليك "، فيجعل إحسانه الموعود به ترك الربح عليه. قال الصادق عليه السلام: " إذا قال الرجل للرجل: هلم أحسن بيعك، يحرم عليه الربح " (٢).

قوله: " والسوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس " . أي الاشتغال بالتجارة ذلك الوقت، لأنه وقت دعاء ومسألة. وفي الحديث: " إن الدعاء فيه أبلغ في طلب الرزق من الضرب في البلاد " (٣). وفي خبر آخر: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس " (٤).

قوله: " ومبايعة الأذنين " .

فسروا بمن لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه، وبالذي لا يسره الاحسان ولا تسوؤه، وبالذي يحاسب على الدون. والسفلة بمعناهم. وفي الحديث (٥)

(١) الكافي ٥: ١٥٤ ح ٢٢، التهذيب ٧: ٧ ح ٢٣، الوسائل ١٢: ٢٩٣ ب " ١٠ " من أبواب آداب التجارة ح ١.

(٢) الكافي ٥: ١٥٢ ح ٩، الفقيه ٣: ١٧٣ ح ٧٧٤ مرسل، وفيه: " فقد حرم عليه الربح "، التهذيب ٧: ٧ ح ٢١، الوسائل ١٢: ٢٩٢ ب " ٩ " من أبواب آداب التجارة ح ١.
(٣) الحصال ٢: ٦١٦.

(٤) الكافي ٥: ١٥٢ ح ١٢، الفقيه ٣: ١٢٢ ح ٥٢٩، التهذيب ٧: ٨ ح ٢٨، الوسائل ١٢: ٢٩٥ ب " ١٢ " من أبواب آداب التجارة ح ٢.

(٥) الكافي ٥: ١٥٨ ح ٥ و ١٥٩ ح ٨، الفقيه ٣: ١٠٠ ح ٣٨٨، التهذيب ٧: ١٠ ح ٣٦ و ٣٧.

وذوي العاهات والأكراد، والتعرض للكيل أو الوزن إذا لم يحسنه،
والاستحطاط من الثمن بعد العقد، والزيادة في السلعة وقت النداء،

النهي عن معاملة ومخالطة من لم ينشأ في الخير.
قوله: " وذوي العاهات "

أي ذوي النقص في أبدانهم. وعلل في عدة أخبار بأنهم أظلم شيء (١).
قوله: " والأكراد "

للحديث عن الصادق عليه السلام، وفيه النهي عن مخالطتهم (٢). وعلله بأن
الأكراد حي من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء.
قوله: " والتعرض للكيل أو الوزن إذا لم يحسنه "

حذرا من الزيادة والنقصان المؤديين إلى المحرم. وفي الأخبار النهي عنه (٣).
وحرمة بعض الأصحاب (٤).

قوله: " والاستحطاط من الثمن بعد العقد "

لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عنه (٥)، وعن الصادق عليه السلام:
" الوضيعة بعد الصفقة حرام " (٦). والمراد تأكيد الكراهة.

قوله: " والزيادة في السلعة وقت النداء "

بل يصبر حتى يسكت، ثم يزيد إن أراد. قال الصادق عليه السلام: " كان

(١) الوسائل ١٢: ٣٠٧ ب " ٢٢ " من أبواب آداب التجارة.

(٢) الكافي ٥: ١٥٨ ح ٢، علل الشرائع ٢: ٥٢٧ ح ١ و ٢، الفقيه ٣: ١٠٠ ح ٣٩٠ مرسلا، التهذيب
٧: ١١ ح ٤٢، الوسائل ١٢: ٣٠٧ ب " ٢٣ " من أبواب آداب التجارة ح ١.

(٣) الكافي ٥: ١٥٩ - ١٦٠ ح ٤، الفقيه ٣: ١٢٣ ح ٥٣٣ بإسناده عن ميسر بن حفص، التهذيب ٧:
١٢ ح ٤٧، الوسائل ١٢: ٢٩٢ ب " ٨ " من أبواب آداب التجارة ح ١.

(٤) لم نعثر عليه وفي مفتاح الكرامة ٤: ١٣٧ أنه لم يجد القائل به.

(٥) الكافي ٥: ٢٨٦ ح ١، الفقيه ٣: ١٤٥ ح ٦٤١ وفي سنده " إبراهيم بن زياد "، التهذيب ٧: ٨٠
ح ٣٤٥ و ٢٣٣ ح ١٠١٧، الوسائل ١٢: ٣٣٣ ب " ٤٤ " من أبواب آداب التجارة ح ١.

(٦) الكافي ٥: ٢٨٦ ح ٢ وفيه " بعد الضمة " الفقيه ٣: ١٤٧ ح ٦٤٦، التهذيب ٧: ٨٠ ح ٣٤٦،
الوسائل ١٢: ٣٣٤ ب " ٤٤ " من أبواب آداب التجارة ح ٦. وفي هذه الثلاث " بعد الضمة ".

ودخول المؤمن في سوم أخيه، على الأظهر،
وأن يتوكل حاضر لباد، وقيل:
يحرم، والأول أشبه.

أمير المؤمنين عليه السلام يقول: " إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد، وإنما يحرم
الزيادة النداء، ويحلها السكوت " (١).
قوله: " ودخول المؤمن في سوم أخيه على الأظهر ".
المراد بالدخول في سومه أن يطلب المتاع الذي يريد أن يشتريه، بأن يزيد في
الثمن ليقدمه، أو يبذل للمشتري متاعا غير ما اتفق عليه هو والبائع. وقد نهى عنه
في الأخبار، قال صلى الله عليه وآله: " لا يسوم الرجل على سوم أخيه " (٢). وهو
خبير معناه النهي، والأصل في النهي التحريم. فمن ثم ذهب الشيخ (٣) وجماعة (٤) إلى
تحريمه، واستظهر المصنف الكراهة للأصل، والجهل بسند الحديث. ولو صح تعيين
القول بالتحريم. وإنما يحرم أو يكره بعد تراضيهما أو قربه، فلو ظهر منه ما يدل على
عدم الرضاء وطلب الزيادة أو جهل حاله، لم يحرم ولم يكره اتفاقا. ولو طلب الداخل
من الطالب الترك له لم يحرم، وفي كراهته وجه. ولا كراهة في ترك الملتمس منه قطعاً،
بل ربما استحب إجابته إذا كان مؤمناً.
قوله: " وأن يتوكل حاضر لباد... الخ ".
المراد بالبادي الغريب الجالب للبلد، أعم من كونه من البادية أو قروياً.
ومعناه أن يحمل البدوي أو القروي متاعه إلى بلد فيأتيه البلدي ويقول: أنا أبيعك لك
بأغلى مما تبعه به. قيل: أن يعرفه السعر ويقول: أنا أبيع لك وأكون سمساراً. وقد
ورد النهي عنه أيضاً، قال صلى الله عليه وآله: " لا يبيع حاضر لباد، دعوا

- (١) الكافي ٥: ٣٠٥ - ٣٠٦ ح ٨، الفقيه ٣: ١٧٢ ح ٧٦٩، التهذيب ٧: ٢٢٧ ح ٩٩٤، الوسائل ١٢
: ٣٣٧ ب " ٣٩ " من أبواب من أبواب آداب التجارة ح ١.
(٢) الوسائل ١٢: ٣٣٨ ب " ٤٩ " من أبواب آداب التجارة ح ٣، دعائم الإسلام ٢: ٣٤ ح ٧٤،
وعنه المستدرک ١٣: ٢٨٥ ح ١.
(٣) المبسوط ٢: ١٦٠.
(٤) منهم الراوندي في فقه القرآن ٢: ٤٥، وابن إدريس في السرائر ٢: ٢٣٥.

ويلحق بذلك مسألتان:
الأولى: تلقي الركبان مكروه، وحده أربعة فراسخ إذا قصده، ولا يكره إن اتفق. ولا يثبت للبائع الخيار، إلا أن يثبت الغبن الفاحش. والخيار فيه على الفور مع القدرة. وقيل: لا يسقط إلا بالاسقاط، وهو الأشبه.

الناس يرزق الله بعضهم من بعض " (١).
والكلام في دلالة على التحريم وفي سنده
كما تقدم. وقد شرطوا في تحريمه أو كراهيته شروطاً خمسة:
الأول: أن يكون الحاضر عالماً بورود النهي. وهو شرط يعم جميع المناهي.
الثاني: أن يظهر من ذلك المتاع سعة (٢) في البلد، فلو لم يظهر إما لكبر البلد
أو لعموم وجوده ورخص السعر، فلا تحريم ولا كراهة، لأن المقتضي للنهي تفويت
الربح وفقد الرفق (٣) على الناس ولم يوجد هنا.
الثالث: أن يكون المتاع المجلوب مما يعم الحاجة إليه، فما لا يحتاج إليه إلا
نادراً لا يدخل تحت النهي.
الرابع: أن يعرض ذلك الحضري على البدوي ويدعوه إليه، فإن التمس
الغريب ذلك لم يكن به بأس.
الخامس: أن يكن الغريب جاهلاً بسعر البلد، فلو علم به لم يكره، بل
يكون مساعدته محض الخير.
وفي اشتراط ما عدا الأخير نظر، لاطلاق النص وعدم منافاة التعليل له. أما
الأخير فالتعليل يشعر به. وعلى القول بالتحريم لو أوقع البيع صح وإن أثم. ولا
بأس بشراء البلدي له، للأصل، وعدم تناول النهي له.
قوله: تلقي الركبان - إلى قوله - إن اتفق " .

(١) الكافي ٥: ١٦٨ ح ١، التهذيب ٧: ١٥٨ ح ٦٩٧، الفقيه ٣: ١٧٤ ح ٧٧٨، الوسائل ١٢: ٣٢٧
ب " ٣٧ " من أبواب آداب التجارة ح ١ و ٣.
(٢) في " ه " سعر، وفي هامش " و " نقلاً عن حفيد الشارح أن في نسخة الأصل ما يحتمل التاء والراء.
(٣) في " ك " فقد الرزق.

أطلق المصنف القول بالكراهة هنا. والخلاف فيه والكلام كما سبق، فقد ذهب جماعة إلى تحريمه (١)، عملاً بظاهر النهي الوارد في الأخبار. روى منهل القصاب عن الصادق عليه السلام أنه قال: لا تتلق ولا تشتتر ما يتلقى ولا تأكل منه " (٢). والأصل فيه التحريم، فحمله على الكراهة ليس بجيد. نعم يمكن رده بجهالة بعض سنده. ومنه يظهر وجه ما اختاره المصنف وجماعة (٣) من الكراهة عملاً بالأصل، ويكفي في إثبات الكراهة أمثال ذلك. والمراد بالتلقي الخروج أربعة فراسخ فما دون إلى الراكب القاصد إلى بلد، للبيع عليهم أو الشراء منهم فهنا قيود: الأول: كون الخروج بقصد ذلك، فلو خرج لا له فاتفق الركب لم يكره ولم يحرم.

الثاني تحقق مسمى الخروج من البلد، فلو تلقى الركب في أول وصوله إلى البلد لم يثبت الحكم، وإن لم يكن قد عرف السعر. ولو دخل بعض الركب فتلقى البعض الخارج، قيل: يسقط النهي أيضاً. ويشكل بصدق التلقي للخارج منه، إلا أن يقال: لا يصدق على بعضه اسم الركب. الثالث: أن لا يتجاوز أربعة فراسخ، فلو زاد كان سفراً للتجارة لا بأس به. الرابع: جهل الركب بسعر البلد فيما يبيعه ويشتريه، فلو علم بهما أو بأحدهما لم يثبت الحكم فيه، كما يشعر به التعليل في قوله: " لا يتلق أحدكم تجارة خارجة من المصر، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض " (٤). والظاهر أن الاعتبار بعلم من

-
- (١) منهم الشيخ في المبسوط ٢: ١٦٠ والخلاف ٣: ١٧٢ مسألة ٢٨٢ وابن إدريس في السرائر ٢: ٢٣٧.
(٢) الكافي ٥: ١٦٨ ح ٢، الفقيه ٣: ١٧٤ ح ٧٧٩، التهذيب ٧: ١٥٨ ح ٦٩٦، الوسائل ١٢: ٣٢٦ ب " ٣٦ " من أبواب آداب التجارة ح ٢.
(٣) منهم الشيخ في النهاية ٣٧٥، وأبو الصلاح الحلبي في: ٣٦٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٦٠.
(٤) الكافي ٥: ١٦٨ ح ١، التهذيب ٧: ١٥٨ ح ٦٩٧، الفقيه ٣: ١٧٤ ح ٧٧٨، الوسائل ١٢: ٣٢٦ ب " ٣٦ " من أبواب آداب التجارة ح ٥.

وكذا حكم النجش، وهو أن يزيد لزيادة من واطأه البائع.

يعامل خاصة.

الخامس: أن يكون التلقي للبيع عليه أو للشراء منه، فلو خرج لغيرهما من المقاصد ولو في بعض المعاملات كالإجارة لم يثبت الحكم. وفي إلحاق الصلح ونحوه من عقود المعاوضات (١)، يحتمله للعلة، وعدمه اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن. ولعل إلحاق الصلح هنا أقوى. ويحتمل قصر الحكم على الشراء منهم خاصة، نظرا إلى ظاهر قوله عليه السلام: " لا يتلق أحدكم تجارة ". ولو قلنا بالتعميم فينبغي قصر البيع على ما فيه حظر وغبن، فلو خرج لأن يبيع عليهم المأكول ونحوه فلا بأس. إذا تقرر ذلك فنقول: لو خرج واشترى منهم، أو باع عليهم، انعقد البيع، وإن قلنا بالتحريم، لأن النهي عن أمر خارج عن حقيقة البيع، خلافا لابن الحنيد (٢). ثم إن ظهر فيه غبن تخير الركب بين فسخ البيع وامضائه. والأقوى أنه على الفور، اقتصارا في مخالفة عموم لزوم البيع والوفاء بالعقد على موضع اليقين. ووجه التراخي أن ثبوت أصل الخيار اجماعي فيستصحب إلى أن يثبت المزيل. واختاره المصنف هنا، وهو وجيه.

قوله: " وكذا حكم النجش... الخ "

يحتمل كون المشبه به المشار إليه ب " ذا " مجموع الحكم السابق، وهو الكراهة مع صحة البيع، وثبوت الخيار، وكونه على التراخي على الخلاف. وهذه الجملة أحد الأقوال في المسألة. ويمكن كونه الأخير، وهو كون الخيار فيه على التراخي. وهو يستلزم صحة البيع، ولا يكون متعرضا لحكمه من حيث التحريم أو الكراهة. والأقوى تحريمه، لأنه غش وخديعة، وثبوت باقي الأحكام السابقة. وما عرفه به المصنف غير جيد، لأن الزيادة لزيادة من واطأه البائع يكون من المشتري المنخدوع، وهو لا يتعلق به تحريم ولا كراهة اجماعا، وإنما المحرم نفس تلك الزيادة من الخارج التي أوجبت انخداع المشتري. فالأجود في تعريفه أنه الزيادة في السلعة ممن لا يريد

(١) كذا في " ه ". وفي " ب، ن، و، ك " المغابنات.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٤٦.

الثانية: الاحتكار مكروه، وقيل: حرام، والأول أشبه.

شراءها ليخص غيره عليه، وإن لم يكن بمواطأة البائع. فإذا اتفق ذلك فالبيع صحيح، ويتخير المشتري مع ظهور الغبن كما تقدم. وقيل: لا خيار هنا. وقيل بثبوته مع مواطأة البائع لا غير. والأول أقوى.

وفي حكمه ما لو قال البائع: أعطيت في هذه السلعة كذا، وصدقه المشتري، فإنه يتخير لو ظهر الغبن، وإن كان البائع صادقا. ولو كان كاذبا فكالنجش في التحريم، ويزيد عنه بالكذب. ولا يلحق به ترك الزيادة في السلعة ليشتريها بالثمن القليل، للأصل.

قوله: " الاحتكار مكروه... الخ " .

الاحتكار افتعال من الحكرة - بالضم - وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء. والأقوى تحريمه، لصحيفة إسماعيل بن زياد (١) عن الصادق عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: " لا يحتكر الطعام إلا خاطئ " (٢). والمراد به فاعل الذنب. وقال صلى الله عليه وآله: " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " (٣).

والقول بالكراهة للشيخ في المبسوط (٤) وجماعة (٥)، لقول الصادق عليه السلام: " يكره أن يحتكر الطعام " (٦). وجوابه القول بالموجب، فإن المكروه أحد

(١) هكذا فيما لدينا من النسخ والصحيح كما في التهذيب والاستبصار إسماعيل بن أبي زياد وهو السكوني العامي. ويلاحظ تعبيره عنها بالصحيحة.

(٢) الفقيه ٣: ١٦٩ ح ٧٤٩، التهذيب ٧: ١٥٩ ح ٧٠١، الاستبصار ٣: ١١٤ ح ٤٠٣، الوسائل ١٢: ٣١٤ " ٢٧ " من أبواب آداب التجارة ح ٨ و ١٢.

(٣) الكافي ٥: ١٦٥ ح ٦، الفقيه ٣: ١٦٩ ح ٧٥١، توحيد الصدوق: ٣٩٠ ذيل ح ٣٦، التهذيب ٧: ١٥٩ ح ٧٠٢، الاستبصار ٣: ١١٤ ح ٤٠٤، الوسائل ١٢: ٣١٣ ب " ٢٧ " من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٤) المبسوط ٢: ١٩٥.

(٥) منهم المفيد في المقنعة: ٦١٦، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٦٠.

(٦) الكافي ٥: ١٦٥ ح ٥، التهذيب ٧: ١٦٠ ح ٧٠٨، الاستبصار ٣: ١١٥ ح ٤١١، الوسائل ١٢: ٣١٣ ب " ٢٧ " من أبواب آداب التجارة ح ٢.

وإنما يكون في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن، وقيل: وفي الملح، بشرط أن يستبقئها للزيادة في الثمن، ولا يوجد بائع ولا باذل. وشرط آخرون أن يستبقئها في الغلاء ثلاثة أيام، وفي الرخص

معاني الحرام، فإذا دلت تلك الأخبار على التحريم، تعين حمل المكروه عليه. قوله: " وإنما يكون في الحنطة والشعير - إلى قوله - وقيل: وفي الملح ". هذا القول قوي. وفي رواية إضافة الزيت (١)، وهو حسن. قوله: " بشرط أن يستبقئها للزيادة في الثمن وأن لا يوجد بائع ولا باذل ".

إطلاق كلامه مع شرطية يقتضي عدم الفرق بين كون هذه الأشياء من غلته أو شرائها لذلك. وقد صرح العلامة (٢) بأن الاحتكار لا يتحقق إلا بشرائها وحبسها. وفي حسنة الحلبي (٣) دلالة عليه. والأقوى عموم التحريم مع استغنائه عنه، وحاجة الناس إليها، فمع حاجته إليها ولو في المال، لمؤنته ووفاء دينه ونحوهما، أو وجود باذل غيره لا يحرم، نعم يستحب مساواة الناس حالة الغلاء، ولو يبيع ما يزيد عن حاجته، وما عنده من الجيد إذا لم يكن عند الناس إلا الردي واستعمال ما يأكلون، كما روي من فعل الصادق عليه السلام (٤).

قوله: " وشرط آخرون أن يستبقئها ". أي شرطوا ذلك مضافا إلى ما تقدم. والأقوى تقييده بالحاجة لا بالمدة.

(١) الكافي ٥: ١٦٥ ديل ح ٣، الفقيه ٣: ١٦٨ ح ٧٤٤، التهذيب ٧: ١٦٠ ح ٧٠٦، الوسائل ١٢: ٣١٥ ب " ٢٨ " من أبواب آداب التجارة ح ٢.

(٢) المنتهى ٢: ١٠٠٧، نهاية الأحكام ٢: ٥١٣ ويلاحظ أن كلمة يشتري طبع خطأ في المنتهى " يشتري ".

(٣) الكافي ٥: ١٦٤ ح ٣، الفقيه ٣: ١٦٨ ح ٧٤٦، التهذيب ٧: ١٦٠ ح ٧٠٦، الوسائل ١٢: ٣١٥ ب " ٢٨ " من أبواب آداب التجارة ح ١.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٢١ ب " ٣٢ " من أبواب آداب التجارة ح ١ و ٢.

أربعين. ويجبر المحتكر على البيع ولا يسعر عليه، وقيل: يسعر، والأول أظهر.

قوله: " ولا يسعر عليه، وقيل: يسعر، والأول أظهر ".
الأظهر أظهر إلا مع الاجحاف، وإلا لانتفت فائدة الاجبار، إذ يجوز أن يطلب في ماله ما لا يقدر على بذله، أو يضر بحال الناس، والغرض دفع الضرر.

(١٩٣)

الفصل الثالث

في الخيار

والنظر في أقسامه، وأحكامه. أما أقسامه فخمسة:

الأول: خيار المجلس.

فإذا حصل الايجاب والقبول، انعقد البيع، ولكل من المتبايعين خيار الفسخ ما دام في المجلس.

قوله: " خيار المجلس " .

إضافة هذا الخيار إلى المجلس إضافة إلى بعض أمكنته، فإن المجلس موضع الجلوس، وليس بمعتبر في تحقق هذا الخيار، بل المعتبر فيه مكان العقد مطلقاً، أو ما في معناه. والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وآله: " البيعان بالخيار ما لم يفترقا " (١). وهو أوضح دلالة من عبارة الفقهاء، إلا أنه قد صار بمنزلة الحقيقة العرفية، وإن كان للتسمية فيه خصوص لغة. ونظيره في التجوز ما تقدم في شرائط القصر أن لا يكون سفره أكثر من حضره. وقد حررناه في محله.

قوله: " ولكل من المتبايعين خيار الفسخ... الخ " .

اطلاق المتبايعين يشتمل المالكين والوكيلين والمتفرقين، لأن المتبايعين من فعلا البيع، وهو إن كان عبارة عن الايجاب والقبول، فظاهر اطلاقه على من أوقع الصيغة، سواء كان مالكا أم وكيلاً، وإن كان عبارة عن نفس " انتقال الأعيان... الخ " ففاعل الانتقال ومحدثه هو المتعاقدان أيضاً.

لكن الحكم في المالكين واضح، وأما الوكيلان، فإن لم ينص لهما الموكل على

(١) الكافي ٥: ١٧٠ ح ٤ و ٥، التهذيب ٧: ٢٤ ح ١٠٠، الوسائل ١٢: ٣٤٥ ب " ١ " من أبواب الخيار ح ١ و ٢ وفي المصادر: " حتى يفترقا " انظر مسند أحمد ٢: ٩ و ٧٣، وصحيح البخاري ٣: ٧٦ - ٧٧.

ولو ضرب بينهما حائل لم يبطل الخيار. وكذا لو أكرها على التفرق ولم يتمكن من التخاير.

الخيار لم يكن لهما الفسخ، فينتفي الحكم عنهما. وإن وكلهما فيه، فإن كان قبل العقد بني على التوكيل فيما لا يملكه الموكل، هل يصح بوجه أم لا؟ وسيأتي في باب إن شاء الله تعالى. فإن لم نجوزه لم يكن لهما ذلك أيضا، وإن جوزناه أو كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار ما لم يفترقا، عملا باطلاق الخبر. وهل يثبت مع ذلك للموكلين إذا حضرا المجلس؟ قيل: نعم، لأن الخيار لهما بالأصالة، ولأنهما يبعان عرفا إذ يصدق على البائع أنه باع متاعه إذا كان قد وكل في بيعه وباعه الوكيل. وكذا المشتري. ويحتمل العدم، لأنهما ليسا بائعين بمعنى موقعي الصيغة، ولا ناقلين للملك، وإنما أوقعها ونقله الوكيلان. ويحتمل أن لا يكون الخيار إلا لهما، لأنهما المالكان حقيقة المستحقان للخيار، إذ الأصل في الوكيلين أن لا يستحقا خيارا، فلا يتناولهما الخبر.

ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع أو للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيل أم المالكين أم الجميع؟ كل محتمل. ويشكل ثنية (١) ضمير يفترقا في بعض المواد. ومن ثم قيل بأن المراد بهما المالكان، والضمير لهما، ودخول الوكيلين في الحكم بأمر خارج. والوجه ثبوته لكل واحد منهما، واعتبار تفرق كل واحد منهما في خيار نفسه، لا في خيار الآخر. والمسألة من المشكلات.

قوله: " ولو ضرب بينهما حائل... الخ "

لا فرق في الحايل بين الرقيق كالستر، والغليظ كالحائط، والمانع من الاجتماع كالنهر العظيم وغيرها، لعدم صدق الافتراق بذلك، فإن المفهوم منه تباعدهما عن الحد الذي كانا عليه. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث أبطله به. قوله: " وكذا لو أكرها... الخ "

المراد بالتخاير اختيار العقد والبقاء عليه، بأن يقولوا: تخايرنا، أو اخترنا امضاء

(١) كذا في " ك " وفي " ن " بسبب، وفي سائر النسخ التي عندنا " بتشتت " .

ويسقط باشتراط سقوطه في العقد، وبمفارقة كل واحد منهما صاحبه ولو بخطوة، وبايجابهما إياه أو أحدهما ورضا الآخر. ولو التزم أحدهما سقط خياره دون صاحبه.

العقد، أو أمضيانه، أو التزمنا به، وما أدى هذا المعنى. ويتحقق ذلك بمنعها من الكلام بأن يسد فوهما، أو هدا على التكلم، فإنه حينئذ لا يسقط خيارهما بالتفرق، بل لهما الفسخ عند زوال المانع. لكن هل يعتبر حينئذ مجلس الزوال، أو يكون الخيار على الفور؟ وجهان. ولو أخرج أحدهما كرها، ومنع، فالحكم فيه ما ذكر. واعلم أن قيد التخايير هنا كناية عن الفسخ، لأن التزام العقد اختياره لا يتوقف على الكلام، بل لو تفرقا ساكتين لزم، وإنما يتوقف عليه الفسخ، فيكون المنع معتبرا فيه، لا في التخايير.

قوله: " ويسقط باشتراط سقوطه في العقد... الخ "

مسقطات هذا الخيار أربعة، ذكر المصنف منها ثلاثة:

الأول اشتراط سقوطه في متن العقد، فإنه يسقط كغيره، لأنه شرط سائغ، يتعلق به غرض صحيح فيصح، لقوله صلى الله عليه وآله: " المؤمنون عند شروطهم " (١). ولو شرط أحدهما خاصة سقوطه، سقط بالنسبة إليه دون صاحبه. الثاني مفارقة كل منهما صاحبه. ويتحقق بانتقال أحدهما من مكانه بحيث يبعد عن صاحبه وإن قل. فلو انتقلا أو أحدهما لا كذلك، بأن تماشيا مصطحبين، أو تقرب كل واحد إلى صاحبه لم يضر.

الثالث: ايجابهما العقد واختيارهما له، بأن يقولوا: اخترنا العقد، أو التزمناه، أو أسقطنا الخيار. ولو أوجبه أحدهما خاصة سقط خياره وبقي خيار الآخر. ولو رضي بما اختاره صاحبه فهو في حكم الاختيار، إذ لا يختص بلفظ، بل كل ما دل على الرضا به كاف.

(١) الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤.

ولو خيره فسكت، فخير الساكت باق، وكذا الآخر، وقيل: فيه يسقط، والأول أشبه.

ولو كان العاقد واحدا عن اثنين كالأب والجد، كان الخيار ثابتا، ما لم يشترط سقوطه، أو يلتزم به عنهما بعد العقد، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه، على قول.

الرابع: التصرف. فإن كان من المشتري كان التزاما بالبيع وبطل خياره، وبقي خيار البائع. وإن كان من البائع كان فسخا للبيع، وبطل خيارهما. ولا فرق بين التصرف الناقل للملك وغيره، لكن لو وقع الناقل من المشتري مع بقاء خيار البائع، ففي صحته اشكال.

قوله: "ولو خيره فسكت... الخ".

أما بقاء خيار الساكت فظاهر. وأما القائل، فالأقوى أنه كذلك، لعدم حصول أحد الأمور المسقطه، فإن تخييره صاحبه لا يدل على اختياره الامساك بإحدى الدلالات. وحديث "ما لم يفترقا" متناول له. والقول بسقوط خياره للشيخ (١) (رحمه الله)، استنادا إلى ما روي عنه صلى الله عليه وآله بعد قوله "ما لم يفترقا": أو يقل أحدهما لصاحبه: إخترا (٢). وفي هذه الزيادة نظر (٣). قوله: "ولو كان الواحد عاقدا عن اثنين... الخ".

عقد الواحد عن اثنين يشمل ما لو كانا خارجين عنه كالوكيل عن المتبايعين، وما لو كان أحدهما، كالأب يعقد للصبي على ماله أو بالعكس، وكما لو كان أحد المتبايعين وكيلا عن الآخر، فإنه يصدق أيضا أن الواحد عاقد عن اثنين وقائم مقامهما، وإن كان هو أحدهما. والخيار المحكوم بثبوته أعم من كونه لذلك العاقد ولو

(١) نسبه إليه في جامع المقاصد ٤: ٢٨٥. ولكن صريح عبارته في المبسوط ٢: ٨٢ والخلاف ٣: ٢١ خلاف ذلك. قال العلامة في المختلف: ٣٥٠ بعد نقل قول الشيخ عن الخلاف والمبسوط: "وقيل يسقط خيار الآخر".

(٢) مسند أحمد ٢: ٧٣.

(٣) ورد في هامش "ك" هذه الزيادة (مجهولة السند. بخطه).

بالولاية - كما لو كان أبا أو جدا يبيع من نفسه، فإن الخيار له وللطفل، وله مراعاة الجانبيين، لكن في الطفل يراعي مصلحته - وكونه كغيره، كما لو كان وكيلا في العقد خاصة، فإن الخيار للمتبايعين لا له، إن قلنا به. وقوله " ما لم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما " إنما يتم في من له الاشتراط والالتزام، كالأب والجد الذي مثل بهما. فلو كان وكيلا في ايقاع الصيغة لم يكن له ذلك. ولو أريد العموم كان المراد ما لم يشترط أو يلتزم حيث يكون له ذلك. وأيضا فالالتزام عنهما لا يدخل فيه ما لو كان هو أحدهما إلا بتكلف. ففي العبارة قصور عن تأدية الحكم المطلوب من المسألة. إذا تقرر ذلك ففي حكم خيار المجلس هنا ثلاثة احتمالات:

الأول: ما حكاه المصنف من ثبوته ما لم يحصل أحد الأمرين أو يفارق العاقد المجلس الذي عقد فيه. ووجهه أن المعتبر في سقوط خيار المتعاقدين مفارقة أحدهما مجلس العقد، ولما كان ذلك متعذرا هنا لأن الواحد لا يفارق نفسه اعتبر فيه الممكن، وهو مفارقتة مجلس العقد، لأنه مشبه لمفارقة أحد المتعاقدين. وهذا القول نقله الشيخ في المبسوط (١) ولم يذكر قائله. ويضعف بأن الواقع في الحديث هو الافتراق لا مفارقة مجلس العقد، فلو خرجا منه مصطحبين لم يبطل خيارهما، وإن بقيا مدة طويلة. فلا يتم ما وجهه.

الثاني: ثبوته دائما ما لم يلتزمه أو يشترطه سقوطه. ووجهه قد علم من السابق، فإن المسقط هو المفارقة ولم تتحقق. والمفهوم من قوله صلى الله عليه وآله " ما لم يفترقا " إرادة السلب، لا عدم الملكة أي عدم الافتراق عما من شأنه الافتراق، أو محتمل لهما، فيثبت الخيار بمقتضى صدر الحديث، ويحصل الشك في المسقط، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل. وهذا الاحتمال قطع به العلامة في التذكرة (٢)، وهو

(١) المبسوط ٢: ٧٨.

(٢) لم نجد هذه المسألة في التذكرة وإنما وردت في التحرير ١: ١٥٦ ولم يقطع فيه بشئ وفي القواعد ١: ١٤٢ وظاهره تقوية الاحتمال المذكور هنا. فالظاهر أن قوله (في التذكرة) سهو من قلمه الشريف والمراد به القواعد وكذا ما ذكره في الاحتمال الثالث. إلا أن ظاهر عبارة القواعد ورود الاحتمال الثالث. فراجع.

الثاني: خيار الحيوان.
والشرط فيه كله ثلاثة أيام للمشتري خاصة، دون البائع على الأظهر.

ظاهر اختيار الدروس (١)، فإنه حكم بثبوت الخيار، وأبطله بما يبطل به خيار المتعاقدين، ومن جملته التفرق، ولم يتحقق هنا. مع احتمال - على بعد - القول الأول.

الثالث: عدم ثبوته أصلاً، عملاً بظاهر الحديث من اعتبار المغايرة بين المتعاقدين، الموجب لترتب التفرق عليهما. وهذا الاحتمال لم يذكره في التذكرة، ولا أشار إليه في الدروس، بل جزم بثبوت الخيار. وكذلك عبارة الكتاب ليس فيها إشعار به، فإن قوله "على قول" يشير به إلى ما جرت عادتهم به من نقل القول الذي ذكره في المبسوط، وهو سقوط الخيار بمفارقة العاقد المجلس، فيرجع إلى قوله "أو يفارق المجلس". مع أن ظاهر الحديث أدل عليه من الآخرين. والمسألة لا تخلو من إشكال، وإن كان القول الأوسط أوسط. قوله: "والشرط فيه كله ثلاثة أيام".

أراد بالشرط هنا الخيار في الثلاثة مجازاً. وأخذ ذلك من لفظ الحديث الصحيح عن الصادق عليه السلام: "الشرط في الحيوان كله ثلاثة أيام للمشتري" (٢). ونبه بقوله "كله" على خلاف أبي الصلاح، حيث ذهب إلى أن الخيار في الأمة مدة الاستبراء (٣). والحديث حجة عليه.

قوله: "للمشتري خاصة دون البائع على الأظهر".
نبه بالأظهر على خلاف المرتضى (رضي الله عنه) حيث ذهب إلى أن الخيار

(١) الدروس: ٣٥٩.
(٢) الكافي ٥: ١٦٩ ح ٢، التهذيب ٧: ٢٤ ح ١٠٢، الوسائل ١٢: ٣٥٠ - ٣٥١ ب "٤" من أبواب الخيار ح ١.
(٣) الكافي في الفقه: ٣٥٣.

ويسقط باشتراط سقوطه في العقد، وبالتزامه بعده، وباحداثه فيه حدثا كوطئ الأمة وقطع الثوب، وبتصرفه فيه، سواء كان تصرفا لازما كالبيع، أو لم يكن كالهبة قبل القبض والوصية.

لهما (١). وصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: " البائع بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان " (٢) صريحة الدلالة على ما يدعيه. وما تقدم في صحيحة الحلبي من اثبات خياره للمشتري غير مناف لثبوته للبائع، إلا من حيث المفهوم المخالف، وهو ضعيف. فالقول به في غاية القوة إن لم يثبت الاجماع على خلافه. وحملت الرواية على ما لو باع حيوانا بحيوان، وهو تخصيص بغير مخصص. وعلى أن الخيار للمشتري وعلى البائع، فهو بالنسبة إليهما مدة ثلاثة أيام. ويضعف بأن مقتضى الخبر كونه لهما، كما في قوله صلى الله عليه وآله: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " (٣). وعلى أن إثبات الخيار للمجموع من حيث هو مجموع، فلا يدل على ثبوته للأفراد. وفيه ما مر. في الدروس (٤) الشهرة بل الاجماع على خلافه، وهو يؤذن بدعوى الاجماع فإن ثبت فهو الحجة، وإلا فلا.

يبقى الكلام فيما لو باع حيوانا بحيوان، فقد قيل بثبوتيه لهما كما مر، نظرا إلى تحقق الحكمة من الجانبين، فإن اختصاص الحيوان بالخيار لاشتماله على أمور باطنة لا يطلع عليها غالبا إلا بالتروي والاختبار مدة. فيه جمع بين الأخبار المختلفة ظاهرا. وقيل بعدمه وأن الخيار للمشتري مطبقا، التفاتا إلى الحديث السابق (٥)، والشهرة أو الاجماع. والأول أقوى. ولو كان الثمن خاصة حيوانا ثبت الخيار للبائع خاصة على الأقوى. قوله: " وبتصرفه... الخ "

-
- (١) الإنتصار: ٢٠٧.
(٢) التهذيب ٧: ٢٣ - ٢٤ ح ٩٩ وفيه: " المتبايعان "، الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب " ٣ " من أبواب الخيار ح ٣.
(٣) راجع ص ١٩٤.
(٤) الدروس: ٣٦١.
(٥) في ص ١٩٩.

الثالث: خيار الشرط.
وهو بحسب ما يشترطانه أو أحدهما، لكن يجب أن يكون مدة مضبوطة. ولا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج.

لا خلاف في سقوطه بالتصرف، ولأنه دليل على الرضا، ولقول الصادق عليه السلام: " فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط له " قيل: وما الحدث؟ قال: " إن لامس، أو قبل، أو نظر منها إلى ما يحرم عليه قبل الشراء " (١). وإطلاق التصرف والحدث يشمل الناقل وغيره، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة وتحميلها، أو حلب ما يحلب، ولبس الثوب وصبغة وقصارتها، وسكنى الدار ونحو ذلك. ولو قصد به الاستخبار ففي منعه من الرد قول لا بأس به، فإن استثناه (٢) اعتبر منه ما يعلم به الحال بأن يركب الدابة قدرا يظهر به فراحتها وعدمه، ويحلب الشاة بحيث يعلم حالها ونحو ذلك، فلو زاد عنه منع. ولو ساق الدابة إلى منزله، فإن كان قريبا بحيث لا يعد تصرفا عرفيا فلا أثر له، وإن كان بعيدا كثيرا احتمل قويا منعه. وبالجملة فكل ما يعد تصرفا وحدثا يمنع، وإلا فلا. قوله: " لكن يجب أن يكون مدة مضبوطة ".

لا فرق في المدة المشترطة بين كونها متصلة بالعقد ومنفصلة عنه مع ضبطها، فلو شرطها متأخرة صار العقد لازما بعد المجلس وجائزا فيها. وفي جواز جعلها متفرقة كذلك وجهان، أجودهما ذلك. وخرج بقوله " مدة مضبوطة " ما لو جعلها محتملة للزيادة والنقصان، فإنه لا يصح قولاً واحداً، وما لو أطلقا، فإنه لا يصح على الأقوى، خلافاً للشيخ (٣) (رحمه الله) حيث جعله مع الإطلاق ثلاثة أيام، مدعياً فيه النص والاجماع. وهما ممنوعان. أما الاجماع فواضح، وأما النص فلم نقف عليه

(١) الكافي ٥: ١٦٩ ح ٢، التهذيب ٧: ٢٤ ح ١٠٢، الوسائل ١٢: ٣٥٠ - ٣٥١ ب " ٤ " من أبواب الخيار ح ١.
(٢) كذا في أكثر النسخ وفي " م " وهامش " ه " بعنوان نسخة بدل وهامش " و " بعنوان ظاهراً " استثنياه " ولكل وجه.
(٣) الخلاف ٣: ٢٠ مسألة ٢٥.

ولو شرط كذلك بطل البيع.
ولكل منهما أن يشترط الخيار لنفسه، ولأجنبي، وله مع الأجنبي.
ويجوز اشتراط المؤامرة، واشتراط مدة يرد البائع فيها الثمن إذا شاء، ويرتجع
المبيع.

كذلك إلا في خيار الحيوان.
قوله: " ولو شرط كذلك بطل البيع ".
بناء على بطلانه بالشرط الفاسد، وهو الأقوى. وقيل: مع فساد الشرط يصح
العقد مجردا عنه. وهو ضعيف.
قوله: " ويجوز اشتراط المؤامرة ".

هي مفاعلة من الأمر بمعنى اشتراط البائع أو المشتري أو هما استيمار من سميته
في العقد، والرجوع إلى أمره. ولا بد من تعيين مدة مضبوطة لذلك، فيلزم العقد من
جهتهما ويتوقف على أمره. فليس للشارط أن يفسخ حتى يستأمره ويأمره بالرد، لأنه
جعل الخيار له دونه، خلافاً للتحريم (١) والفرق بين المؤامرة وجعل الخيار للأجنبي أن
الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره، لا جعل الخيار له، فلو اختار المؤامر الفسخ أو
الامضاء لم يؤثر بخلاف من جعل له الخيار.
قوله: " واشتراط مدة يرد البائع... الخ ".

هذا راجع إلى اشتراط الخيار للبائع مدة مضبوطة، لكن مع قيد زائد وهو رد
الثمن. والأصل في جوازه - قبل الاجماع - الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام (٢).
وحيث إن رد البائع الثمن، أو مثله مع الاطلاق، فسخ البيع. ولا يكفي مجرد الرد.
ولو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن، أو الخيار في البعض، ففي صحته نظر، من
مخالفة النصوص، وعموم " المؤمنون عند شروطهم " (٣). وهو أوجه. ولو شرط المشتري

(١) التحرير ١: ١٦٦.

(٢) انظر الوسائل ١٢: ٣٥٤ ب " ٧ " من أبواب الخيار.

(٣) الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب
المهور ح ٤.

الرابع: خيار الغبن.
من اشترى شيئاً، ولم يكن من أهل الخبرة، وظهر فيه غبن لم تجر
العادة بالتغابن به،

ارتجاع الثمن إذا رد المبيع صح، ويكون الفسخ مشروطاً برده. ولا يتعدى إلى مثله،
بخلاف الثمن.

قوله: " من اشترى شيئاً ولم يكن من أهل الخبرة... الخ ".
المشهور بين الأصحاب - خصوصاً المتأخرين منهم - ثبوت خيار الغبن، وكثير
من المتقدمين لم يذكره. ونقل عن المصنف في الدروس (١) القول بعدمه. والأخبار
بخصوصه خالية منه، نعم ورد في تلقي الركبان تخيرهم إذا غبنوا (٢) واستدلوا عليه
أيضاً بخبر الضرار (٣) ويظهر من التذكرة (٤) عدم الخلاف بين علمائنا فيه. وكيف كان
فالأجود ثبوته.

إذا تقرر ذلك فثبوته مشروط بأمرين ذكرهما المصنف:
أحدهما: جهالة المغبون بالقيمة. والمراد بها وقت العقد، فلو عرف القيمة ثم
زاد أو نقص مع علمه أو تجددت الزيادة أو النقص بعدة، فلا غبن ولا خيار له
إجماعاً. ولا فرق في الجاهل بها بين من يمكنه معرفتها ولو بالتوقيف، وغيره.
وثانيهما: الزيادة أو النقص الفاحشة التي لا يتسامح الناس بمثلها عادة، بأن
يبيعه ما يساوي مائة بخمسين ونحوها، فلو تبين التفاوت اليسير الذي يتسامح به في
العادة، كالدرهم في المائة بل الخمسة دراهم فيها، فلا غبن. وبالجملة فلا تقدير
لذلك شرعاً، وما هذا شأنه يرجع فيه إلى العادة.

(١) كما في " ه " وفي غيرها من النسخ " الدروس " وهو صحيح أيضاً لأن الناقل عنه هو الشهيد في الدروس:
٣٦٢.

(٢) راجع مستدرک الوسائل ١٣: ٢٨١ ب " ٢٩ " من أبواب آداب التجارة ح ٣ و ٤. وراجع أيضاً مسند
أحمد ٢: ٢٨٤ و ٤٠٣. ولفظ الحديث على اختلافه أن صاحب السلعة بالخيار إذا دخل السوق.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب " ١٧ " من أبواب الخيار ح ٣ و ٤ و ٥.

(٤) التذكرة ١: ٥٢٢.

كان له فسخ العقد إذا شاء.
ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف، إذا لم يخرج عن الملك، أو يمنع مانع
من رده كالأستيلاذ في الأمة، والعتق،

وطريق معرفة الثاني ظاهر، لأنه يمكن إقامة البينة على القيمة، فيناط بها. وأما
الأول فإن أمكن إقامة البينة عليه فواضح، ولكن هل يقبل قول مدعية في الجهالة
حيث تمكن في حقه؟ الظاهر ذلك، لأصالة عدم العلم، ولأن العلم والجهل من
الأمر التي تخفى غالباً، فلا يطلع عليها إلا من قبل من هي به.
ويحتمل عدم قبول قوله، لأصالة لزوم العقد، ووجوب الوفاء به، فيستحب
إلى أن يثبت المزيل. ويشكل بأنه ربما تعذر إقامة البينة، ولم يمكن معرفة الخصم
بالحال، فلا يمكنه الحلف على عدمه، فيسقط الدعوى بغير بينة ولا يمين. نعم لو
علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان والمكان بحيث لا تخفى عليه قيمته لم يلتفت
إلى قوله.

قوله: " كان له فسخ العقد إذا شاء "

قد يستفاد من اطلاق المشيئة أن الخيار فيه على التراخي، كما هو أحد القولين
في المسألة، ووجه ثبوت أصل الخيار، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، لانتفاء
الدليل على خصوص الفورية. والأقوى أنه على الفور، لما تقدم في نظيره من عموم
الأمر بالوفاء بالعقد (١)، وأن الأصل بناء العقود على اللزوم، فيقتصر فيما خالفه على
موضع اليقين، وهو القدر الذي يمكن حصوله فيه، ولافضاء التراخي إلى الاضرار
بالمردود عليه حيث يختلف الزمان ويؤدي إلى تغير المبيع، نعم لو جهل أصل الخيار أو
الفورية عذر إلى حين العلم بها.

قوله: " ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف... الخ "

اطلاق العبارة يشمل ما لو كان المتصرف الغابن فيما وصل إليه من العوض،
والمغبون في العين المغبون فيها. ومقتضى قوله: " إذا لم يخرج عن الملك " أنه مع

(١) المائدة: ١.

الخروج يسقط الخيار، وهو يتم إذا كان التصرف المخرج من ذي الخيار، فإنه لا يمكنه رد العين المنتقلة عنه. وأما الآخر فيمكنه الفسخ حينئذ والرجوع بالمثل أو القيمة على من نقل العين. وبهذا صرح جمع من الأصحاب (١).

وتحرير أقسام المسألة أن التصرف إما أن يكون في المبيع خاصة، أو في الثمن خاصة، أو فيهما. وعلى التقادير الثلاثة، فالمغبون إما البائع أو المشتري أو هما. وعلى التقادير التسعة فالتصرف إما أن يخرج عن الملك، أو ما في حكمه وهو المانع من الرد، أولا. ثم المخرج وما في حكمه إما أن يزول بحيث يعود الملك إلى الناقل بغير مانع، أو يستمر. ثم التصرف المانع من الرد إما أن يرد على العين، أو المنفعة كالإجارة. وزوال المانع من الرد إما أن يكون قبل العلم بالغبن، أو بعده. فأقسام المسألة خمسة وأربعون قسما.

وتحقيق الحكم فيها جملة، أن المغبون إن كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرف المشتري، سواء أخرج المبيع عن ملكه أم لا، لأصالة بقاء الخيار، وعدم الدليل الدال على سقوطه، فإن ضرر البائع لا يسقط اعتباره بتصرف من لا ضرر عليه، فإن فسخ ووجد العين باقية على ملك المشتري ولم يتغير بفعله تغيرا يوجب زيادة القيمة ولا مانع من ردها، أخذها. وإن وجدها متغيرة بأن وجد الثوب مقصورا، أو مصبوغا، أو الحنطة مطحونة، أو البستان محروثا ونحو ذلك، فإن كان العمل صفة محضة أخذ العين. وفي استحقاق المشتري أجره عمله وجه قوي. وإن كان عينا كالصبغ كان شريكا بنسبته.

ولو وجد العين ناقصة فإن لم يكن النقص بفعل المشتري أخذها إن شاء، ولا شيء له. وإن كان بفعله، فالظاهر أنه كذلك، لأنه تصرف في ملكه تصرفا مأذونا فيه، فلا يتعقبه ضمان.

(١) راجع المهذب البارع ٢: ٣٧٦ - ٣٧٧ وجامع المقاصد ٤: ٢٩٥.

ولا يثبت به أرش.

ولو لم يكن النقل لازما كالإعارة، فللمغبون الفسخ وإعادة العين. هذا كله إذا لم يكن قد تصرف في الثمن تصرفا يمنع من رده، فلو تصرف كذلك احتمال قويا سقوط خياره، كما لو تصرف المشتري المغبون في العين. وإطلاق جماعة من الأصحاب (١) الحكم ببطلان رجوع المغبون مع تصرفه المانع وتعليقهم يشملهم.

وإن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع في الثمن مطلقا، فيرجع إلى العين أو المثل أو القيمة. وما تقدم من التفصيل آت هنا. وأما تصرفه فيما غبن له قبل علمه بالغبن، فإن كان ناقلا للملك لازما أو مانعا من الرد كالاستيلاء سقط خياره. اللهم إلا أن يعود إلى ملكه بحيث لا ينافي الفورية، أو يموت الولد كذلك ولم يحصل تغير في العين، أو تنقضي مدة الإجارة كذلك، فيحتمل قويا جواز الرد. وما تقدم من الاحتمالات آت هنا. ولو كان غير لازم فسخ العقد وردها. ولو نقصت العين أو تغيرت قبل العلم بالغبن أو قبل الفورية، ففي منعه من الرد احتمال. ومما ذكرناه يعلم حكم ما لو كان مغبونين، ولو تصرفا معا بوجوه التصرفات.

واعلم أن هذه المسألة من المهمات، وفروعها متكثرة والأصحاب لم يحرروها على وجهها. وفي كثير من فروعها اشكال ناش من عدم النص والفتوى. قوله: " ولا يثبت به أرش " .

بمعنى أن اللازم من الغبن الخيار، لا التفاوت بين الثمن والقيمة الموجب للغبن، سواء بذله الغابن أم لا.

وقد استشكل في التذكرة (٢) في ثبوت الخيار للمغبون، لو بذل الغابن التفاوت، مع دعواه الاجماع على عدم ثبوت الأرش به. ووجه التردد من انتفاء موجب

(١) راجع التذكرة ١: ٥٢٣، المهذب البارع ٢: ٣٧٦.

(٢) التذكرة ١: ٥٢٣.

الخامس: خيار التأخير.
من باع ولم يقبض الثمن، ولا سلم المبيع، ولا اشترط تأخير الثمن،
فالمبيع لازم ثلاثة وأيام. فإن جاء المشتري بالثمن، وإلا كان البائع أولى
بالمبيع.

الغبن وهو النقص مع بذله، من ثبوت الخيار فلا يزول إلا بدليل، ولم يثبت أن زوال
الضرر يقتضي زواله. والأصح بقاء الخيار. نعم لو تراضيا على كون التفاوت في
مقابلة الفسخ صح، وكان معاوضة أخرى.
قوله: " من باع ولم يقبض الثمن... الخ ".
هذا النوع من الخيار ما أطبق الجمهور على عدمه كما أطبق أصحابنا على
ثبوتها. وأخبارهم (١) به متظافرة. وخبر الضرار (٢) يرشد إليه. وهو مشروط بثلاثة
شروط:

الأول: عدم قبض الثمن.

الثاني: عدم تقبض المبيع.

الثالث: عدم اشتراط التأجيل في الثمن والمثمن، وبعض كل واحد منهما ولو
ساعة، اقتصارا فيما خالف الأصل على مورده. وقبض بعض كل واحد منهما
كلا قبض مجتمعا ومنفردا، لصدق عدم قبض الثمن وإقباض المثمن فيتناول
النص. ولو قبض الجميع أو قبض الجميع فلا خيار، وإن عاد بعد ذلك إليه. وشرط
القبض المانع من الخيار كونه بإذن مالكة، فلو وقع بدونه فلا أثر له. وكذا لو ظهر
مستحقا لغير المشتري أو بعضه.

ولا يسقط هذا الخيار بمطالبة البائع بالثمن بعد الثلاثة، وإن كان قرينة الرضا
بالعقد، عملا بالاستصحاب. ولو بذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ احتمل
سقوط الخيار. وهو الذي قطع به العلامة في كتبه (٣)، محتجا بزوال المقتضي لثبوتها،

(١) الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب " ٩ " من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب " ١٧ " من أبواب الخيار ح ٣، ٤، ٥.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٤٣، التذكرة ١: ٥٢٣.

ولو تلف، كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها، على الأشبه.
وإن اشترى ما يفسد من يومه، فإن جاء بالثمن قبل الليل، وإلا
فلا بيع له.

وهو الضرر بالتأخير. ويحتمل بقاءه عملاً بالاستصحاب، وزوال مقتضيه بعد ثبوته
لم يؤثر في نظائره.

واعلم أن للشيخ (١) (رحمه الله) قولاً بجواز الفسخ متى تعذر الثمن، وقواه
الشهيد (رحمه الله) في الدروس (٢). وكأن مستنده خبر الضرار، إذ لا نص فيه
بخصوصه. وليس ببعيد، إلا أن التمسك بلزوم العقد ووجوب الوفاء به أقوى.
وأخذه مقاصدة يرفع الضرر إن تمكن من أخذ العين، وإلا فلا يرفع بالفسخ.
قوله: " ولو تلف كان من مال البائع... الخ ".
الخلاف في تلفه قبل الثلاثة فقد قال المفيد (٣) (رحمه الله) ومن تبعه: إنه من
المشتري، لأن المبيع انتقل إليه والتأخير لمصلحته. وذهب الأكثر إلى أنه من ضمان
البائع لعموم الدليل الدال على أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه.
وهو الأقوى.

قوله: " ولو اشترى ما يفسد من يومه، فإن جاء بالثمن قبل الليل،
وإلا فلا بيع له ".

مستند ذلك ما روي عن الصادق والكاظم عليهما السلام، فيمن اشترى ما
يفسد من يومه وتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: " إن جاء فيما بينه وبين الليل وإلا فلا
بيع له " (٤). وعبارة المصنف أجود عبارات الأصحاب قبل الشهيد (رحمه الله) وأنسب

(١) حكاه عنه الشهيد في الدروس: ٣٦٢.

(٢) الدروس: ٣٦٢.

(٣) المقنعة: ٥٩٢.

(٤) الكافي ٥: ١٧٢ ح ١٥، التهذيب ٧: ٢٥ ح ١٠٨، الاستبصار ٣: ٧٨ ح ٢٦٢، الوسائل ١٢:
٣٥٨ ب ١١ " من أبواب الخيار ح ١. وفي نسخة " ك " أو الكاظم عليه السلام.

وخيار العيب يأتي في بابه إن شاء الله تعالى.

بمدلول الرواية، وأكثرهم عبر عن ذلك بعبارة ردية ولا تؤدي المطلوب بل ضده، فقال: " والخيار فيما يفسد ليومه إلى الليل ". والغرض كما لو علم من الرواية أن البيع لازم إلى الليل، ثم يثبت للبائع الخيار. ويبقى في المسألة إشكال عام، وهو أن الغرض من إثبات هذا الخيار تلافي ضرر البائع قبل تلف المبيع، بأن يفسخ البيع ويبيعه لغيره قبل تلفه. وهذا المعنى يقتضي أن الفسخ يكون قبل التلف. وإذا كان مبدء الخيار دخول الليل فليس المبيع مما يفسد ليومه الذي هو بياض نهار البيع، فإنه بمضيه يثبت الخيار، والحال أن المسألة مفروضة فيما يفسد ليومه. والرواية أيضا دالة عليه. حينئذ فثبوت الخيار بعد فساده لا وجه له، وإنما ينبغي ثبوته إذا خيف فساده بحيث يتلافى أمره قبله. وأجود ما اتفق هنا عبارة الدروس (١) فإنه فرض المسألة فيما يفسده المبيت، وأثبت الخيار عند انقضاء النهار. ثم استقرب تعديته إلى كل ما يتسارع إليه الفساد عند خوف ذلك، وأنه (٢) لا يتقيد بالليل. واكتفى في الفساد بنقص الوصف وفوت الرغبة، كما في الخضراوات واللحم والعنب وكثير من الفواكه. واستشكل فيما لو استلزم التأخير فوات السوق. وهذا التفريع كله حسن، إلا أن فيه خروجاً عن موضع النص. نعم، يمكن استفادته من إيمائه، ومن خبر الضرار المنفي (٣) مع أن المستند مرسل، لكنه لا راد له. وعلى هذا لو كان مما يفسد في يومين تأخر الخيار عن الليل إلى حين خوف الفساد. واحتمل في التذكرة (٤) ثبوته من الليل، وهو بعيد. قوله: " وخيار العيب يأتي في بابه ". إنما أفردته في باب عن باقي أنواع الخيار لكثرة مباحثه، وتشعب مسأله،

(١) الدروس: ٣٦٢.

(٢) في " ك " فإنه.

(٣) المتقدم في ص ٢٠٨ هامش رقم ٢.

(٤) التذكرة ١: ٥٢٣.

وأما أحكامه فتشتمل على مسائل:
الأولى: خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع.
وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف، وكذا الإبراء والطلاق
والعتق، إلا على رواية شاذة (١).

فحسن جعله فصلاً برأسه، بخلاف غيره، فإن مباحثه متقاربة.
قوله: " خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع ".
هذا مما لا خلاف فيه بين علمائنا. ويدل عليه قوله صلى الله عليه وآله
في الحديث السابق: " البيعان بالخيار ما لم يفترقا " (٢). والأصل في غيره اللزوم،
ووجوب الوفاء بالعقد.
ونبه بذلك على خلاف الشافعي (٣) حيث أثبت فيما شابه البيع من عقود
المعاوضات، كصلح المعاوضة، والإجارة، والمزارعة، والمساقاة على خلاف في ذلك
عندهم.
وأما الشيخ (٤) (رحمه الله) فأثبت في المبسوط في عقود جائزة مثل الوكالة،
والمضاربة، والوديعة. وهو غير جيد، لأن العقود الجائزة يصح فسخها في المجلس
وبعده، فلا معنى لاثبات خيار المجلس فيها.
قوله: " وخيار الشرط يثبت في كل عقد... الخ ".
أما جواز الشرط في العقود، فلعموم الأخبار (٥) الدالة على جواز الاشتراط.
ونبه بذلك على خلاف الشافعي (٦)، حيث نفاه في كثير من العقود. ويستثنى من

-
- (١) الظاهر أن المراد بها خصوص ما ورد في العتق. راجع الكافي ٦: ١٧٩ ح ٣، والتهذيب ٨:
٢٢٢ ح ٧٩٥، والوسائل ١٦: ١٥ ب " ١٢ " من أبواب العتق ٢.
(٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٤٥ ب " ١ " من أبواب الخيار وكذا سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٦ باب البيعان بالخيار
(٣) الأم ٣: ٤، مختصر المزني: ٧٥.
(٤) المبسوط ٢: ٨٢.
(٥) الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب " ٦ " من أبواب الخيار.
(٦) السراج الوهاج: ١٨٥، المجموع ٩: ١٩٢.

الثانية: التصرف يسقط خيار الشرط، كما يسقط خيار الثلاثة.

البيع ما يتعقبه العتق كسواء القريب، فإنه لا يثبت فيه خيار الشرط ولا المجلس. وكذا شراء العبد نفسه - إن جوزناه - لأنه مناف لمقتضاه. وأما استثناء ما ذكر، فلأن النكاح لا يقصد فيه المعاوضة، والوقف إزالة ملك على وجه القرية. ومثله العتق. وقريب منه الإبراء. وهذه المواضع محل وفاق، وهو الحجّة، وأما التعليل فلا يصلح لتخصيص النص العام. وكذا القول في الطلاق، وفي معناه الخلع والمبارات. وفي معنى العتق التدبير، وإن كان جائزا في حال الحياة، والمكاتبة المطلقة، أما المشروطة فجوز جماعة فيها خيار الشرط للمولى (١)، وللعبد عند الشيخ (٢).

واستثنى الشيخ (رحمه الله) أيضا من العقود والصرف، مدعى الاجماع (٣). وأطبق المتأخرون على ثبوته فيه، ومنع الاجماع. وهو حسن، لعموم الخبر. واعلم أن استثناء المصنف الطلاق والعتق من العقود، إما منقطع لأنهما من باب الإيقاع، أو محمول على إطلاق العقد على ما يعم الإيقاع تجوزا. وكذا القول في الإبراء، إن لم يشترط فيه القبول. قوله: " التصرف يسقط خيار الشرط... الخ "

قد تقدم (٤) الكلام في التصرف. وضابطه ما يعد تصرفا عرفا، كلبس الثوب للانتفاع، وركوب الدابة له، واستخدام العبد، وحلب الشاة، ونقله عن الملك، وإن لم يكن لازما. وقد استثنى من ذلك ركوبها لدفع الجموح إذا عسر قودها وسوقها في طريق

-
- (١) راجع الخلاف ٣: ١٨ مسألة ٢١، السرائر ٢: ٢٤٦، المهذب ١: ٣٥٧، التحرير ١: ١٦٦، جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.
(٢) الخلاف ٣: ١٨ مسألة ٢١، المبسوط ٢: ٨٢.
(٣) المبسوط ٢: ٧٩.
(٤) في ص ٢٠١.

ولو كان الخيار لهما وتصرف أحدهما سقط خياره. ولو أذن أحدهما
وتصرف الآخر، وسقط خيارهما.

الرد، وعلف الدابة وسقيها فيه، وقبل التمكن من الرد، واستعمال المبيع للاختبار
قدرا يظهر به حاله، فلو زاد ولو خطوة منع. ولو وضع على الدابة سرجا ونحوه وركبها
للاختبار بادر بعد تحصيل الغرض إلى نزعه فإن أبقاه منع، لأنه انتفاع واستعمال.
ويعذر في ترك العذار واللجام لخفتهما، وللحاجة إليهما في قودها. وكذا نعلها مع
حاجتها إليه بحيث يضرها المشي إلى المالك بغير نعل، وإلا كان تصرفا. ولو وقع
التصرف نسيانا ففي منعه من الرد نظر، من صدقه، وعدم قصده.
قوله: " ولو كان الخيار لهما وتصرف أحدهما سقط خياره " .

هذا في طرف المشتري واضح، فإن تصرفه يوجب البيع له، ويسقط خياره (في
المبيع) (١). وأما في طرف البائع فهو فسخ للبيع، فإن الضابط أن ما كان إجازة من
المشتري كان فسخا من البائع. وإطلاق سقوط الخيار حينئذ تكلف. نعم يمكن
ثبوت الحكم في طرف البائع إذا تصرف في الثمن، فإنه يسقط خياره في المبيع، ومعه
يصح الحكم.

قوله: " ولو أذن أحدهما وتصرف الآخر سقط خيارهما " .

أما خيار المتصرف فواضح، وأما الآذن فوجه سقوط خياره دلالة الإذن على
الرضا بالتصرف، فيكون التزاما من البائع بالبيع. وأما من المشتري، فلأن تصرف
البائع يبطل البيع، فلا يبقى لخيار المشتري أثر. ولو لم يتصرف المأذون لم يبطل
خياره. وفي بطلان خيار الآذن نظر، من دلالاته على الرضا المزيل لحقه، ومن عدم
استلزام الرضا بالتصرف زوال الخيار، لأن غايته قبل وقوعه أن تكون الإزالة بيده ولا
يقتضي الزوال بالفعل. وأطلق جماعة كونه مبطلا، وعدم البطلان أوضح. ولو كان
التصرف غير ناقل للملك، ففي إبطاله لخيار الآذن أيضا نظر، لعين ما ذكر.

(١) من " ك " .

الثالثة: إذا مات من له الخيار، انتقل إلى الوارث من أي أنواع الخيار كان.

قوله: " إذا مات من له الخيار... الخ "

لا شبهة في كون الخيار - مطلقا - موروثا، لأنه حق من الحقوق كالشفعة والقصاص. ثم إن كان الخيار خيار شرط ثبت للوارث في بقية المدة المضروبة، فلو كان غائبا أو حاضرا ولم يبلغه الخبر حتى انقضت المدة، سقط خياره بانقضائها كالمورث. وإن كان خيار غبن اعتبرت الفورية فيه حين بلوغه الخبر وعلمه بالفورية، وإن طالت المدة.

وإن كان خيار مجلس وكان الوارث حاضرا في مجلس البيع، قام مقامه في الخيار. وهل يقوم في اعتبار التفرق أو يبقى الحكم معلقا بمفارقة الميت أو الآخر؟ وجهان، أجودهما الثاني عملا بظاهر النص (١)، فإن ضمير " يتفرقا " عائد إلى المتبايعين، والتفرق هنا يصدق بانتقال الحي وبنقل الميت مع عدم المصاحبة، ومعها يبقى إلى أن يتفرقا. وربما احتمل هنا سقوط الخيار بالموت، لأن مفارقة الدنيا أبعد من مفارقة المجلس. وفي الأولوية منع، فإن المتبادر من التفرق التباعد بالمكان كما سبق، وإنما هو ظاهر في الجسم لا في الروح. مع أن الروح لا يعلم مفارقتها للمجلس، فيستصحب الحكم.

ولو كان الوارث غائبا عن المجلس ففي ثبوته له حين بلوغه الخبر فوراً، أو امتداده بامتداد مجلس الخبر، أو سقوط الخيار بالنسبة إلى الميت أوجه. ولو قيل بثبوت الخيار للوارث إذا بلغه الخبر، وامتداده إلى أن يتفرق الميت ومبايعه كان وجهها. هذا كله مع اتحاد الوارث فلو تعدد فكذلك، إلا أن ثبوت الخيار لكل واحد في مجلسه إذا كان غائبا بعيد. ولو اختلفا في الفسخ والإجازة قدم الفاسخ. وفي انفساخ الجميع أو في حصته خاصة، ثم يتخير الآخر لتبعض الصفقة، وجهان، أجودهما الأول. ولو اعتبرنا تفرق الوارث والآخر ففارق أحد الورثة لم يؤثر، لعدم

(١) تقدم في ص ١٩٤.

ولو جن، قام وليه مقامه. ولو زال العذر، لم ينقض تصرف الولي. ولو كان الميت مملوكا مأذونا، ثبت الخيار لمولاه.
الرابعة: المبيع يملك بالعقد. وقيل: به، وبانقضاء الخيار. والأول أظهر. فلو تجدد له نماء كان للمشتري. ولو فسخ العقد، رجع على البائع بالثمن، ولم يرجع البائع بالنماء.

صدق الافتراق بين المتبايعين، نظرا إلى قيام الجميع مقام المورث. وفي هذه الفروع كلها إشكال.

قوله: " ولو جن قام وليه مقامه... الخ "

الكلام هنا كالموت بالنظر إلى حضور الولي وغيبته، لو كان (١) خيار المجلس. ومثله ما لو خرس، ولم يمكنه الإشارة المفهومة، وإلا اعتبرت إشارته كاللفظ. قوله: " المبيع يملك بالعقد... الخ "

ما اختاره المصنف هو مذهب الأكثر، وعليه العمل. والمشهور أن القول المحكي للشيخ (٢) (رحمه الله)، إلا أنه صرح بأن ذلك مع كون الخيار للبائع أولهما، فلو كان للمشتري ملك من حين العقد. وحينئذ فلا يصلح نسبة إطلاق القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار إليه. ويظهر من ابن الجنيد (٣) إطلاق القول بذلك، فلعل القول المحكي إشارة إليه.

ثم على القول به مطلقا أو مقيدا، فهل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفا عن ملك المشتري من حين العقد، أم ناقلا له؟ كل محتمل. ويظهر من الشيخ اختيار الأول. وتظهر الفائدة في النماء المنفصل كاللبن، والحمل، والثمرة المتجددة زمن الخيار، فعلى المشهور للمشتري، وكذا على الكشف إذا لم يفسخ، وعلى الآخر للبائع، وفي الأخذ بالشفعة زمنه، وفي جريانه في حول الزكاة لو كان زكويا، وفيما لو

(١) في " ه " ولو كان.

(٢) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة ٢٩.

(٣) نقله عنه الشهيد في الدروس: ٣٦٠، وابن فهد في المقتصر من شرح المختصر: ١٧٠.

الخامسة: إذا تلف المبيع قبل قبضه، فهو من مال بائعه، وإن تلف بعد قبضه، وبعد انقضاء الخيار، فهو من مال المشتري.

اشترى زوجته، فإنه يبطل النكاح على القول بالانتقال، وعلى الآخر لا يبطل حتى ينقضي الخيار.

ثم إن كان الخيار له جاز له وطؤها وبطل خياره، وكان النكاح الذي تحقق به التصرف واقعا بالزوجية على الثاني، وبالمك على الآخرين (١). وتظهر الفائدة فيما لو رتب على أحدهما حكما من الأحكام.

ولو كان الخيار لهما أو للبائع، ففي جواز وطئه وجهان. وعلى الوجهين يترتب عليه أثره من حكم الاستيلاء وغيره. ولو طلقها في زمن الخيار قبل الوطئ وقع على القول بعدم الملك وكون انقضاء الخيار ناقلا له من حينه. وعلى القولين الآخرين لا يقع، لعدم مصادفته الزوجية.

قوله: " إذا تلف المبيع قبل قبضه... الخ "

المراد أنه يفسخ العقد بتلفه من حينه، ويرجع الثمن إلى ملك المشتري. فلو كان قد تجدد له نماء بعد العقد وقبل التلف فهو للمشتري. وليس للمشتري مطالبة البائع بالمثل أو القيمة، وإن كان الحكم بكونه من مال البائع يوهم ذلك. وإنما عبروا بذلك تبعاً للنص (٢)، والمراد منه ما ذكرناه. وحينئذ فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً ما، ويكون التلف كاشفاً عنه. ومثله دخول الدية في ملك الميت، والعبد المأمور بعتقه في ملك المعتق عنه.

وحكى في التذكرة (٣) وجهاً بأن الفسخ هنا يكون من أصله، وعليه فلا يحتاج إلى التقدير. وهذا كله إذا كان تلفه من الله تعالى، أما لو كان من أجنبي أو من البائع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن وبين مطالبته المتلف بالمثل أو القيمة. ولو كان التلف

(١) في " ب " بالزوجية على الثاني وعلى الكشف في الثاني وبالمك على الآخر.

(٢) الكافي ٥: ١٧١ ح ١٢، التهذيب ٧: ٢١ ح ٨٩ و ٢٣٠ ح ١٠٠٣، الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب " ١٠ "

من أبواب الخيار ح ١.

(٣) التذكرة ١: ٤٧٤.

وإن كان في زمن الخيار من غير تفريط، وكان الخيار للبائع فالتلف من البائع.
فرعان
الأول: خيار الشرط يثبت من حين التفرق، وقيل: من حين
العقد، وهو الأشبه.

من المشتري ولو بتفريطه فهو بمنزلة القبض، فيكون التلف منه.
قوله: " وإن كان في زمن الخيار - إلى قوله - فالتلف من البائع ".
إذا تلف المبيع بعد القبض في زمن الخيار، سواء كان خيار الحيوان، أم
المجلس، أم الشرط، فلا يخلو إما أن يكون التلف من المشتري، أو من البائع، أو
من أجنبي. وعلى التقادير الثلاثة، فإما أن يكون الخيار للبائع خاصة، أو للمشتري
خاصة، أو لأجنبي، أو للثلاثة، أو للمتبايعين، أو للبائع والأجنبي، أو للمشتري
والأجنبي. فجملة أقسام المسألة أحد وعشرون.
وضابط حكمها أن التلف إن كان المشتري فلا ضمان على البائع مطلقاً،
لكن إن كان له خيار أو لأجنبي واختار الفسخ رجع على المشتري بالمثل أو القيمة.
وإن كان التلف من البائع، أو من أجنبي، تخير المشتري بين الفسخ والرجوع
بالثمن، وبين مطالبة التلف بالمثل أو القيمة، إن كان له خيار وإن كان الخيار للبائع
والمتلف أجنبي تخير كما مر، ورجع على المشتري أو الأجنبي وإن كان التلف بأفة
من عند الله تعالى، فإن كان الخيار للمشتري، أو له ولأجنبي، فالتلف من البائع،
وإلا فمن المشتري.
قوله: " خيار الشرط يثبت من حين التفرق... الخ ".
القول الأول للشيخ (١) (رحمه الله) ومن تبعه (٢)، نظراً إلى أن اجتماع الخيارين

(١) المبسوط ٢: ٨٥.

(٢) راجع السرائر ٢: ٢٤٧، إيضاح ترددات الشرائع ١: ٢٧٤، التنقيح الرائع ٢: ٤٥.

الثاني: إذا اشترى شيئين، وشرط الخيار في أحدهما على التعيين، صح. وإن أبهم بطل.

يوجب تأكيد الحكم والحكمة التي هي مناط الخيار وهي الارتفاق، والتأسيس خير منه، واجتماع المثليين، وأن الخيار بعد ثبوت العقد، ولا يثبت إلا بعد التفرق. والأقوى الثاني، لأنه قضية اللفظ، ولعدم العلم بغاية المجلس، فيحصل الشك في مبدأ خيار الشرط واحتماله الزيادة والنقصان، وهو يوجب الغرر. وأجيب عن حجة الشيخ بأن الخيار أمر واحد غايته في المجلس أن يكون له جهتان، ولا بعد فيه، كما أنه قد يجتمع خيار المجلس والعيب عند الشيخ (١) أيضا. ومثله القول في مبدأ خيار الحيوان. ولو كان الشرط للمشتري في حيوان فلازم دليلهم أن مبدأ خيار الشرط انقضاء الثلاثة بعد التفرق، ولكن لم يصرحوا به. والأقوى أن مبدأ الجميع العقد، فقد يجتمع للخيار جهات كثيرة حسب (٢) تعدد الخيار. فعلى ما اخترناه لو شرط كونه من حين التفرق لم يصح الشرط، لأنه مجهول، ويطل معه العقد، ولو شرطاه بعد الثلاثة في الحيوان صح، لأنه معلوم. وعلى قول الشيخ لو شرطاه من حين العقد صح، لعموم "المؤمنون عند شروطهم" (٣) وهو شرط مضبوط. ويحتمل البطلان، نظرا إلى ما ذكروه في بعض أدلته من اجتماع المثليين، وتوقفه على ثبوت العقد.

قوله: " وشرط الخيار في أحدهما على التعيين صح ".
فيثبت الخيار فيه دون الآخر، فإن فسخ البيع فيه لم يكن للآخر الفسخ
لتبعض الصفقة، لأنه قدم على ذلك، وخياره مشروط بالجهالة.

(١) لم نجد التصريح به في ما لدينا من كتب الشيخ (قدس سره).

(٢) في "ه" حيث تعدد الخيار.

(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب "٢٠" من أبواب المهور ح ٤.

ويلحق بذلك

خيار الرؤية

وهو بيع الأعيان من غير مشاهدة، فيفتقر ذلك إلى ذكر الجنس. ونريد به هنا اللفظ الدال على القدر الذي يشترك فيه أفراد الحقيقة، كالحنطة مثلاً، أو الأرز، أو الإبريسم. وإلى ذكر الوصف، وهو اللفظ الفارق بين أفراد ذلك الجنس، كالصرابة في الحنطة، أو الحدارة، أو الدقة. ويجب أن يذكر كل وصف يثبت الجهالة في ذلك المبيع عند ارتفاعه. ويبطل العقد مع الإخلال بدينك الشرطين أو أحدهما، ويصح

قوله: " ونريد به هنا اللفظ الدال... الخ "

نبه بقوله " هنا " على أن الجنس المصطلح عليه عند الفقهاء ليس هو الجنس المنطقي، بل اللفظ الدال على الحقيقة النوعية، وبالوصف اللفظ الدال على أصناف ذلك النوع، ولا مشاحة في الاصطلاح. قوله: " كالصرابة في الحنطة ".

الصرابة فيها خلوها من الخليط المعتبر كالشعير. وإنما يعتبر وصفه إذا كان النوعان موجودين متعارفين بين المتبايعين، فلو لم يتعارف بينهما غير الصرب كما يتفق في بعض البلاد، ولم يفتقر إلى ذكره. قوله: " والحدارة أو الدقة ".

الحدارة تقابل الدقة. وإنما يعبر بها وبغيرها لمن علم بمعناها، فلو جهلاه أو أحدهما لم يكف، بل لو وقع في نفس العقد، أبطله للجهالة. قوله: " ويجب أن يذكر كل وصف يثبت الجهالة في ذلك المبيع عند ارتفاعه ".

المراد جهالة توجب اختلاف أثمان تلك الأصناف المشتركة، بحيث لا يتسامح عادة بذلك التفاوت، لا مطلق الجهالة. والضابط في ذلك الأوصاف المعتبرة في

مع ذكرهما، سواء كان البائع رآه دون المشتري، أو بالعكس، أو لم يرياه جميعاً، بأن وصفه لها ثالث. فإن كان المبيع على ما ذكره، فالبيع لازم، وإلا كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع وبين التزامه. وإن كان المشتري رآه دون البائع، كان الخيار للبائع. وإن لم يكونا رأياه، كان الخيار لكل واحد منهما. ولو اشترى ضيعة، رأى بعضها ووصف له سائرها،

السلم، وستأتي مفصلة إن شاء الله تعالى.

قوله: " وإلا كان المشتري بالخيار ".

أي إذا ظهر ناقصاً عن تلك الأوصاف، وإلا لم يكن له خيار. وكذا القول في البائع لو ظهر المبيع زائداً.

قوله: " ولو لم يكونا رأياه... الخ ".

إذا ظهر زائداً من وجه وناقصاً من آخر - كما لو وصف لهما الثوب بأن طوله عشرون ذراعاً. وعرضه ذراع، فظهر خمسة عشر طولاً في عرض ذراع ونصف مثلاً، أو وصف لهما العبد بأنه كاتب خاصة، فظهر خياطاً خاصة - فيتخيران. أما لو ظهر زائداً خاصة أو ناقصاً كذلك، تخير البائع أو المشتري خاصة. وإنما ترك المصنف التقييد بالزيادة والنقصان في الأقسام الثلاثة اتكالا على ظهورها.

قوله: " ولو اشترى ضيعة رأى بعضها ووصف له سائرها ".

أراد بسائرها باقيها، وهو الذي لم يكن رآه. وإطلاق لفظ سائر على الباقي هو الموافق للوضع اللغوي (١)، وأما إطلاقه على الجميع فقد نسبه في درة الغواص (٢) إلى أوهام الخواص. ومنه قول النبي صلى الله عليه وآله لغيلان حين أسلم، وعنده

(١) راجع الفائق في غريب الحديث ١: ٤١ في مادة (أزر) والنهية في غريب الحديث والأثر ٢: ٣٢٧ في باب السين مع الهمزة.

(٢) درة الغواص: ٤، رقم ١.

ثبت له الخيار فيها أجمع، إذا لم تكن على الوصف.

عشر نسوة: " إختار أربعا منهن، وفارق سائرهن " (١) أي من بقي بعد الأربع التي يختارهن. ومن شواهد كتاب سيبويه:
ترى الثور فيها يدخل الظل رأسه* وسائره باد إلى الشمس أجمع (٢)
وعلى تقدير إطلاقه على الجميع أيضا - كما ادعاه بعضهم - فالمراد هنا الأول.
والصيغة العقار " بالفتح ". قاله الجوهري (٣).
قوله: " ثبت له الخيار فيها أجمع إذا لم تكن على الوصف ".
أي الذي رآه والذي وصف له. وليس له الفسخ فيما ظهر مخالفا خاصة، وهو
الذي لم يره، لأنه مبيع واحد. وهذا الخيار - أعني خيار الرؤية - على الفور في أجود
القولين: وثبوته لدفع الغرر، فلو شرط إسقاطه، لم يصح.

(١) السنن الكبرى ٧: ١٨١.

(٢) راجع كتاب سيبويه ١: ١٨١.

(٣) الصحاح ٣: ١٢٥٢.

الفصل الرابع
في أحكام العقود
والنظر في أمور ستة:
الأول: في النقد والنسيئة.

قوله: " في النقد والنسيئة ".
النقد مأخوذ من قولك: " نقدته الدراهم ونقدت له " أي أعطيته فانتقدتها، أي قبضتها. والمراد به البيع بثمن حال، فكأنه مقبوض بالفعل أو القوة.
والنسيئة مأخوذة من النسء، وهو تأخير الشيء. قال الهروي: سمعت الأزهري يقول: أنسأت الشيء إنساء نساء، اسم وضع موضع المصدر الحقيقي (١).
والمراد بها البيع مع تأجيل الثمن وتأخيرها.
واعلم أن البيع بالنسيئة إلى تعجيل الثمن والمثمن وتأخيرهما والتفريق أربعة أقسام: فالأول بيع النقد. والثاني بين الكالي بالكالي. ومع حلول المثمن وتأجيل الثمن هو النسيئة. وبالعكس السلف. وكلها صحيحة عدا الثاني. فقد ورد النهي عنه في الأخبار (٢). وهو - بالهمز - بيع النسيئة بالنسيئة على ما فسره جماعة من أهل اللغة (٣)، اسم فاعل من المراقبة، كأن كل واحد من المتبايعين يكلاً صاحبه، أي يراقبه لأجل ماله الذي في ذمته. وفيه حينئذ إضمار، أي بيع مال الكالي بمال الكالي، أو اسم مفعول كالدافع، فلا إضمار.

- (١) لم نجد له مصدراً. وفي تهذيب اللغة للأزهري ١٣: ٨٣ " والنسئ في قول الله معناه الإنساء، اسم وضع موضع المصدر الحقيقي ".
(٢) دعائم الإسلام ٢: ٣٣ ح ٧٠ وعنه المستدرک ١٣: ٤٠٥ ح ١. راجع سنن البيهقي ٥: ٢٩٠. وللاستزادة من المصادر راجع أيضاً جواهر الكلام ٢٣: ٩٨ والحدائق ١٩: ١١٨ - ١١٩.
(٣) انظر كتاب العين ٥: ٤٠٧ وتهذيب اللغة ١٠: ٣٦٠ والنهاية ٤: ١٩٤.

ومن ابتاع متاعا مطلقا، أو اشترط التعجيل، كان الثمن حالا.
وإن اشترط تأجيل الثمن، صح. ولا بد من أن تكون مدة الأجل معينة،
لا يتطرق إليها احتمال الزيادة والنقصان.
ولو اشترط تأجيل الثمن، ولم يعين أجلا، أو عين أجلا مجهولا
كقدوم الحاج، كان البيع باطلا.
ولو باع بثمان حالا وبأزيد منه إلى أجل، قيل: يبطل، والمروي أنه
يكون للبائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين. ولو باع كذلك إلى وقتين

قوله: " من ابتاع مطلقا أو اشترط التعجيل كان الثمن حالا ".
اشترط التعجيل مطلقا يفيد تأكيده، لحصوله بدونه. نعم لو عين زمانه وأخل
به المشتري ولم يمكن إجباره عليه، أفاد تسلط البائع على الفسخ، وفاقا للدروس (١).
ويحتمل قويا جوازه مع الاطلاق كغيره من الشروط.
واعلم أن اشترط التعجيل في الثمن من المشتري - كما تقتضيه العبارة - خال
عن النكتة في الأغلب، فكان نسبه إلى البائع أو الاطلاق أولى.
قوله: " وإن اشترط تأجيل الثمن، صح. ولا بد أن تكون مدة
الأجل معينة... الخ "

لا فرق في المدة المعينة، بين الطويلة والقصيرة، فلو شرطها ألف سنة ونحوها
صح، وإن علم أنهما لا يعيشان إليها عادة، للعموم (٢)، ولأن الوارث يقوم مقامهما،
لكن يحل بموت المشتري. وفي ثبوت الخيار لوارثه - نظرا إلى أن للأجل قسطا من
الثمن. وقد فات - نظر. ولا فرق في ذلك بين تسليم البائع المبيع في المدة وعدمه،
فلو منعه ظلما حتى انقضت المدة، جاز له أخذ الثمن حينئذ، وانقطع الأجل.
قوله: " ولو باع بثمان حالا - إلى قوله - والمروي أنه يكون للبائع أقل
الثمانين في أبعد الأجلين " .

(١) الدروس: ٣٣٨.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٢ " ٦ " من أبواب الخيار.

متأخرين كان باطلا.

وإذا اشترط تأخير الثمن إلى أجل، ثم ابتاعه البائع قبل حلول الأجل، جاز بزيادة كان أو بنقصان، حالا أو مؤجلا، إذا لم يكن شرط ذلك في حال بيعه. وإن حل الأجل فابتاعه بمثل ثمنه من غير زيادة جاز. وكذا إن ابتاعه بغير جنس ثمنه، بزيادة أو نقيصه، حالا أو مؤجلا.

الرواية المذكورة عن علي عليه السلام (١). وفي سندها جهالة أو ضعف. وقد عمل بها جماعة من الأصحاب (٢)، وعدوها إلى ما لو باع إلى وقتين متأخرين. والأقوى البطلان.

وقول المصنف " في أبعده الأجلين " تبع فيه الرواية، وسمى الحال أجلا باعتبار ضمه إلى الأجل في التثنية، وهو قاعدة مطردة، ومنه الأبوان والقمران. وتثنيتهما بالأجلين، لأنه أخف كالحسين والعمرين (٣). والمراد بأبعدهما الأجل. وفيه تجوز آخر من حيث ثبوت أفعال التفضيل مع عدم الاشتراك في المصدر، لأن الحال لا بعد فيه.

قوله: " إذا لم يكن شرط ذلك في حال بيعه " .

لا فرق في البطلان

مع الاشتراط بين المؤجل وغيره. والمراد بشرطه في حال البيع شرطه في متن العقد، فلو كان في أنفسهما ذلك ولم يشترطه لم يضر. ولو شرطه قبل العقد لفظا، فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له، فلا أثر له، وإلا اتجه بطلان العقد، كما لو ذكره في متنه، لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط، ولم يتم لهما فيبطل العقد.

واختلف كلامهم في تعليل البطلان مع الشرط المذكور. فعلله في التذكرة (٤)

(١) الكافي ٥: ٢٠٦، الفقيه ٣: ١٧٩ ح ٨١٢، التهذيب ٧: ٤٨ ح ٢٠١ و ٥٣ ح ٢٣٠، الوسائل ١٢

٣٦٧ ب " ٢ " من أبواب أحكام العقود ح ١، ٢.

(٢) منهم المفيد في المقنعة: ٥٩٥، والشيخ في النهاية: ٣٨٨.

(٣) في " ه " و " ك " والقمرين.

(٤) التذكرة ١: ٥٤٦.

وإن ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة أو نقيصة، فيه روايتان، أشهرهما الجواز (١).
ولا يجب على من اشترى مؤجلا، أن يدفع الثمن قبل الأجل وإن
طولب. ولو دفعه تبرعا، لم يجب على البائع أخذه.
فإن حل فمكّنه منه، وجب على البائع أخذه. فإن امتنع من أخذه،
ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف من المشتري، كان من مال البائع،
على الأظهر. وكذا في طرف البائع إذا باع سلما. وكذا كل من كان له حق
حال أو مؤجل فحل، ثم دفعه وامتنع صاحبه من أخذه، فإن تلفه من
صاحبه الذي يجب عليه قبضه على الوجه المذكور.

باستلزامه الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقف على بيعه. ورد بأن الموقوف
على حصول الشرط وهو اللزوم لا الانتقال، ويمنع توقف تملك المشتري على تملك
البائع بل تملكه موقوف على العقد المتأخر عن ملك المشتري ولأنه وارد في باقي
الشروط، كشرط العتق والبيع للغير، مع صحته إجماعا.
وعلل أيضا بعدم حصول القصد إلى نقله عن البائع. ويضعف بأن الغرض
حصوله وإرادة شرائه بعد ذلك لا ينافي حصول قصد النقل، وإلا لم يصح إذا قصدا
ذلك وإن لم يشترطاه، وقد صرحوا بصحته.

قوله: " وإن ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة أو نقيصة فيه روايتان أشبههما
الجواز "

الجواز مطلقا قوي، والرواية (٢) المستدل بها على المنع قاصرة عن الدلالة، لو
سلم سندها.

قوله: " فإن حل فمكّنه منه وجب على البائع أخذه - إلى قوله - على
الأظهر "

(١) الوسائل ١٣: ٧٤ ب " ١٢ " من أبواب السلف ح ٤.

(٢) الوسائل ١٣: ٧٤ ب " ١٢ " من أبواب السلف ح ٣.

ويجوز بيع المتاع حالا ومؤجلا بزيادة عن ثمنه، إذا كان المشتري عارفا بقيمته. ولا يجوز تأخير ثمن المبيع، ولا شئ من الحقوق المالية بزيادة فيها. و يجوز تعجيلها بنقصان منها. ومن ابتاع شيئا بثمن مؤجل وأراد بيعه مرابحة، فليذكر الأجل. فإن باع ولم يذكره، كان المشتري بالخيار بين رده وإمساكه بما وقع عليه

هذا هو الأقوى، لكن بشرط تعذر الوصول إلى الحاكم، وإلا رفع أمره إليه، فإن أحل به لم يبرء من ضمانه. قيل: ويجوز للمشتري التصرف فيه بعد تعيينه فيرجع إلى ذمته، ولو تجدد له نماء فهو له. ومقتضى ذلك أنه لا يخرج عن ملكه، وإنما يكون تلفه من البائع عقوبة له. وفيه نظر.

قوله: " ويجوز شراء المتاع حالا ومؤجلا - إلى قوله - عارفا بقيمته ". مقتضى الشرط أنه لو لم يكن عارفا بالقيمة لا يصح البيع. وليس بجيد، بل يجوز شراؤه مطلقا، وإن ثبت له خيار الغبن. ويمكن أن يريد بالجواز اللزوم مجازا، ومع الجهل لا يلزم حيث يثبت الغبن. ولا بد من تقييد الصحة مع الزيادة بعدم استلزامه السفه بأن يتعلق بالزيادة غرض صحيح عند العقلاء، إما لقلتها أو لترتب غرض آخر يقابل الزيادة، كالصبر عليه بدين حال ونحو ذلك.

قوله: " ويجوز تعجيلها بنقصان منها ". بإبراء أو صلح - وهو المسمى بصلح الحطيطة - ونحوهما، وبدون ذلك لا يلزم الوفاء.

قوله: " وأراد بيعه مرابحة فليذكر الأجل ". وكذا لو أراد بيعه تولية أو مواضعة، لأن للأجل قسطا من الثمن. وإنما خص المرابحة لأنها مورد النص (١)، وللخلاف الآتي.

(١) الوسائل ١٢: ٤٠٠ " ٢٥ " من أبواب أحكام العقود.

العقد. والمروى أنه يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع.
النظر الثاني: فيما يدخل في المبيع.
والضابط الاقتصار على ما يتناوله اللفظ، لغة أو عرفاً. فمن باع
بستاناً دخل الشجر والأبنية فيه. وكذا من باع داراً، دخل فيها الأرض
والأبنية، والأعلى والأسفل، إلا أن يكون الأعلى مستقلاً، بما تشهد العادة

قوله: " والمروى أنه يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع ".
روى ذلك هشام بن الحكم في الحسن عن الصادق عليه السلام (١)، وفي
معناها روايات أخر (٢)، وعمل بها جماعة من الأصحاب (٣). والأقوى ما اختاره
المصنف من تخييره بين أخذه حالاً بالثمن - لأنه الذي وقع عليه العقد - وبين الفسخ،
للتدليس.

قوله: " والضابط الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغة أو عرفاً ".
ينبغي أن يراد بالعرف ما يعم الخاص والعام. ويمكن أن يدخل فيه عرف
الشرع، فإنه من أفراد العرف الخاص، فإن لم يدخل فلا بد من إدخاله أيضاً بلفظ
يدل عليه، بل هو مقدم على العرف، كما أن العرف مقدم على اللغة، وإن كان في
العبرة مؤخراً. وقد حقق العلامة قطب الدين الرازي (رحمه الله) بأن المراد تناول
اللفظ بالدلالة المطابقة والتضمنية لا الالتزامية، فلا يدخل الحائط لو باع
السقف (٤). وهو حسن.
قوله: " فمن باع بستاناً دخل الشجر والأبنية فيه ".

-
- (١) الكافي ٥: ٢٠٨ ح ٣، التهذيب ٧: ٤٧ ح ٢٠٣، الوسائل ١٢: ٤٠٠ ب " ٢٥ " من أبواب أحكام
العقود ح ٢.
(٢) انظر الباب المتقدم من الوسائل.
(٣) منهم الشيخ في النهاية: ٣٨٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٤٣.
(٤) راجع جامع المقاصد ٤: ٣٦٦.

بخروجه، مثل أن يكون مساكن منفردة.
وتدخل الأبواب والأغلاق المنصوبة، في بيع الدار وإن لم يسمها.
وكذا الأخشاب المستدخلة في البناء والأوتاد المثبتة فيه، والسلم المثبت في

لا إشكال في دخول الشجر فيه، لأنه داخل في مفهومه لغة وشرعا. وكذا الأرض. أما البناء فإن كان حائطا له دخل أيضا، لما ذكر. وإن كان غيره ففي دخوله وجهان، من أنه من توابعه، وإطلاق البستان عليه ظاهرا إذا قيل: باع فلان بستانه وفيه بناء، ومن عدم دخوله في مسماه لغة، ولهذا يسمى بستانا وإن لم يكن فيه بناء، بخلاف ما لو لم يكن فيه شجر فتنتفي دلالة المطابقة والتضمن، وأما انتفاء دلالة الالتزام فلعدم كونه لازما له بحيث يلزم من قصوره تصوره. والأقوى في ذلك الرجوع إلى العرف، فإن عد فيه جزءا منه أو تابعا دخل وإلا فلا، يختلف ذلك باختلاف البقاع والأزمان وأوضاع البناء.

واعلم أن البستان أعم من الكرم في اللغة والعرف العام، فلو باعه الكرم بلفظ البستان دخل فيه الشجر والأرض كما ذكر، والبناء على التفصيل، والعريش الذي يوضع عليه القضبان ونحوها

إذا كانت مثبتة دائما أو أكثريا، ولو كانت مما تنقل في أكثر الأحيان إلى غيره رجع فيه إلى العرف. وكذا يدخل الطريق والشرب، لدلالة العرف على ذلك كله وإن لم يدخل في مفهومه.

وإن باعه بلفظ الكرم دخل شجر العنب قطعا لدلالة الكرم عليه لغة مطابقة. وأما الأرض والعريش والطريق والشرب والبناء فيرجع فيها إلى العرف، فإن أفاد دخولها في مسماه دخل، وإلا فلا. ولو أفاد دخول بعضها خاصة اختص به. وكذا القول في باقي الأشجار النابتة معه. ومع الشك في تناول العرف لها لا يدخل. قوله: "وتدخل الأبواب والأغلاق المنصوبة... الخ".

الوجه في دخول جميع هذه اقتضاء العرف كونها من أجزاء الدار وتوابعها ومرافقها. ولو كان في الدار حمام معدلها أو حوض أو بئر دخل أيضا. وفي حكمها الخوابي المثبتة في الأرض أو الحيطان، بحيث تصير من أجزائها وتوابعها عرفا.

الأبنية على حذو الدرج. وفي دخول المفاتيح تردد، ودخولها أشبه. ولا تدخل الرحي المنصوبة إلا مع الشرط. ولو كان في الدار نخل أو شجر، لم يدخل في المبيع. فإن قال: " بحقوقها " قيل: يدخل، ولا أرى هذا شيئاً. بل لو قال: " وما دار عليها

وقد قيل في كثير من ذلك بعدم الدخول. ففي التذكرة (١) نفى دخول السلام لم المستقرة (٢) والرفوف والأوتاد المثبتة، لخروجها عن اسم الدار. والأول أقوى لقضاء العرف به. وفي أكثر كتبه (٣) نفى دخول الخوابي مطلقاً. وهو يتم في المنقولة دون المثبتة المدلول على دخولها بالعرف. ولو كان السلم غير مثبت لم يدخل قطعاً. قوله: " وفي دخول المفاتيح تردد ودخولها أشبه ".

وجه التردد من خروجها عن اسم الدار وكونها منقولة فتكون كآلات المنتفع بها فيها، ومن أنها من توابع الدار وكالجزء من الإغلاق المحكوم بدخولها. والأقوى الدخول، إلا أن يشهد العرف بغيره كمفاتيح الأقفال ونحوها، كما لا يدخل القفل نفسه. ومثلها في الأشكال ألواح الدكاكين المجعلولة أبواباً منقولة للارتفاق، ولسعة الباب (٤). والأقوى دخولها أيضاً. قوله: " ولا تدخل الرحي المنصوبة ".

أي التي ثبت حجرها الأسفل. وإنما لم تدخل لأنها لا تعد من الدار لغة ولا عرفاً، وإنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع ويتحرك عند الاستعمال. وللشيخ قول (٥) بدخول الرحي المثبتة لصيرورتها من أجزاء الدار أو توابعها بالثبوت، والأعلى تابع للأسفل.

قوله: " ولو كان في الدار نخل - إلى قوله - قيل: يدخل، ولا أرى

(١) التذكرة ١: ٥٧٢.

(٢) في " ك " و " ب " المسمرة.

(٣) لم نجد النفي المطلق إلا في القواعد ١: ١٤٨. راجع المختلف: ٣٩٢ والتحرير ١: ١٧٤.

(٤) في " ك " و " ه " للارتفاق بسعة الباب.

(٥) الخلاف ٣: ٨٢ مسألة ١٣٣.

حائطها " أو ما شاكله، لزم دخوله.
ولو استثنى نخلة فله الممر إليها،
والمخرج منها، ومدى جرايدها من الأرض.
ولو باع أرضا وفيها نخل أو شجر، كان الحكم كذلك. وكذا لو كان

هذا شيئا "

القول للشيخ (١) (رحمه الله) بل يفهم منه أنها تدخل، وإن لم يقل: " بحقوقها " محتجا بأنها من حقوقها. والمنع متوجه إلى الأمرين معا. والأقوى عدم الدخول مطلقا إلا مع دلالة اللفظ أو القرائن عليه، كقوله " وما اشتملت عليه "، أو " ما أغلق عليه بابها "، أو لمساومته على الشجر أيضا، أو بذل ثمننا لا يصلح إلا لهما ونحو ذلك. ولو كثر الشجر بحيث يطلق عليه اسم البستان ونحوه، فأولى بعدم الدخول مع الاطلاق.

قوله: " وإن استثنى نخلة... الخ "

إذا استثنى شجرة من البستان ونحوه، أو اشتراها من مالكة خاصة، لم تدخل الأرض في البيع، لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف عليه الانتفاع بالشجرة وثمرتها، من الدخول إليها، وسقيها، وحرثها، وجميع ثمرها، ووضعها في المكان المعتاد له. ويستحق أيضا مدى جرايدها في الهواء، وعروقها في الأرض، فليس لمالك الأرض عطف شيء منها، ولا قطعه، ولا العمل في الأرض بما يضر بالعروق، ولا الانتفاع بما استحقته زمن بقائها بالزرع ونحوه إن أضر بها، ولو لم يضر ففي جوازه احتمال وجيه، لأنه مالك للأرض، وإنما استحق مالك الشجرة ما يحتاج إليه بطريق الاستتباع لتوقف الانتفاع عليه لا الملك، فيقتصر فيه على موضع اليقين. وكذا لا يجوز لمالك الشجرة الانتفاع بما يخرج عن متعلقاتها من الزرع تحتها، والإقامة عندها زيادة على المعتاد في أمثالها، مع احتمالها أيضا.
قوله: " ولو باع أرضا وفيها نخل أو شجر فالحكم كذلك ".
أي لا يدخل في بيع الأرض مع الاطلاق، كما لا يدخل في بيع الدار، وإن

(١) المبسوط ٢: ١٠٥.

فيها زرع، سواء كانت له أصول تستخلف أو لم يكن، لكن تجب تبقيته في الأرض حتى يحصد.

ولو باع نخلا قد أبر ثمرها فهو للبائع، لأن اسم النخلة لا يتناوله، ولقوله عليه السلام: "من باع نخلا مؤبرا، فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المشتري" (١). ويجب على المشتري تبقيته نظرا إلى العرف. وكذا لو اشترى

قال: "بحقوقها" إلا على قول الشيخ (٢) (رحمه الله). ولو قال: "وما دار عليه حائطها"، أو "ما اشتملت عليه" أو "ما أغلق عليه بابها" ونحوه دخلت. والظاهر أنه لا يعتبر هنا كون الأرض ذات حائط أو باب، بل هذه الألفاظ دالة على دخول ما اشتملت عليه بطريق الحقيقة إن كان لها ذلك، وإلا فبطريق الكناية. وقد ذكر ذلك جماعة من الأصحاب (٣)، ولا بأس به. قوله: "ولو باع نخلا قد أبر ثمرها فهو للبائع".

التأبير تشقيق طلع الإناث وذر طلع الذكور فيه ليحجى رطبها أجود مما لم يؤبر. والعادة الاكتفاء بتأبير البعض والباقي يتشقق بنفسه وتهب (٤) ريح الذكور إليه. وقد لا يؤبر شيء ويتشقق الكل ويتأبر بالرياح، خصوصا إذا كانت الذكور في ناحية الصبا، فهب الصبا وقت التأبير. ومستند الحكم النص عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم والأئمة عليهم السلام (٥) وإجماع المسلمين عليه، إلا من شذ من العامة. قوله: "ويجب على المشتري تبقيته نظرا إلى العرف".

ظاهر العبارة أن النظر إلى العرف دليل وجوب التبقية على المشتري. وليس بيعيد، فإن الثمرة المقطوعة قبل أوانها لا قيمة لها في الأغلب، خصوصا ثمرة النخل،

-
- (١) انظر الوسائل ١٢: ٤٠٧ ب " ٣٢ " من أحكام العقود وكذا صحيح البخاري ٣: ١٠٢ وصحيح مسلم ٣: ١١٧٢، وسنن النسائي ٧: ٢٩٧.
(٢) الذي مر ذكره في الصفحة المقابلة. وفي خصوص هذه المسألة راجع الخلاف ٣: ٨١ مسألة ١٣٢.
(٣) راجع القواعد ١: ١٤٨ والتنقيح الرائع ٢: ٦٢. وجامع المقاصد ٤: ٣٦٨.
(٤) في "ه" و"و" ن "ينبث".
(٥) مر ذكر مصادره في الهامش رقم (١).

ثمرة كان للمشتري تبقيتها على الأصول، نظرا إلى العادة. وإن باع النخل، ولم يكن مؤبرا، فهو للمشتري على ما أفتى به الأصحاب.

فالعادة تقتضي إبقاؤه للبائع إذا باع الشجرة ويمكن أن يريد به وجوب تقيته بما دل العرف عليه بحسب تلك الشجرة في ذلك المحل. فما كانت عادته أن يؤخذ بسرا يبقى إلى أن تنهض حلاوته، وما يؤخذ رطبا إذا تنهض ترطيبه، وما يؤخذ تمرا إذا انتهى نشافه. وهذا المعنى هو المقصود في أكثر العبارات، إلا أن تفصيله يأتي في عبارة المصنف عن قريب، فهو إما تفصيل بعد الاجمال، أو تأسيس لمعنى آخر، إذا أريد الأول.

قوله: " فلو باع النخل - إلى قوله - على ما أفتى به الأصحاب ".
إنما نسب القول إلى فتوى الأصحاب لقصور المستند النقلي عن إفادة الحكم المذكور، فإنه إنما دل على أن النخل المؤبر ثمرته للبائع لا على أن ما لم يؤبر ثمرته للمشتري، إلا من حيث المفهوم الضعيف. والأصل يقتضي بقاء الملك لبائعه، وعدم انتقاله إلى المشتري، إذ العقد إنما وقع على الأصول وهي مغايرة للثمرة. والنص الوارد في ذلك من طريق العامة قول النبي صلى الله عليه وآله:
" من باع نخلا قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع " (١).
ومن طريق الخاصة قول الصادق عليه السلام: " من باع نخلا قد لقح فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع. قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بذلك " (٢).
وعنه عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: " من باع نخلا قد أبره، فثمرته للذي باع، إلا أن يشترط المبتاع " (٣).
وعنه عليه السلام قال: " قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن ثمرة

(١) صحيح مسلم ٣: ١١٧٢ ح ١٥٤٣.
(٢) الكافي ٥: ١٧٧ ح ١٢، التهذيب ٧: ٨٧ ح ٣٦٩ والوسائل ١٢: ٤٠٧ ب " ٣٢ " من أحكام العقود ح ٢.
(٣) الكافي ٥: ١٧٧ ح ١٤، التهذيب ٧: ٨٧ ح ٣٧٠ والوسائل الباب المتقدم ح ٣.

ولو انتقل النخل بغير البيع، فالثمرة للناقل، سواء كانت مؤبرة أو لم تكن، وسواء انتقلت بعقد معاوضة كالإجارة والنكاح، أو بغير عوض كالهبة وشبهها.

والآبار يحصل ولو تشققت من نفسها فأبرتها اللواقح، وهو معتبر في الإناث. ولا يعتبر في فحول النخل،

النخل للذي أبرها، إلا أن يشترط المبتاع " (١).

وهذه الأحاديث كلها كما ترى إنما تدل على أن الثمرة قبل التأبير للمشتري من حيث المفهوم، ودلالته ضعيفة. فمن ثم أسنده المصنف إلى فتوى الأصحاب، وهو يؤذن بدعوى الاجماع عليه.

وفي المختلف، قال بعد اعترافه بضعف دلالة الأخبار: " لكن الاجماع يعضدها " (٢) مع أنه نقل عن ابن حمزة (٣) أن الاعتبار في دخول الثمرة وعدمه يبدو الصلاح وعدمه، فمتى باعها بعده فالثمرة للبائع، وقبله للمشتري إلا مع الشرط، فكأنهما لم يعتبرا خلافه.

قوله: " ولو انتقل النخل بغير البيع فالثمرة للناقل " .

لا خلاف في ذلك عندنا، ولأن هذا الحكم - وهو كون الثمرة بعد ظهورها للمشتري - على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع النص، وهو البيع. ونبه به على خلاف الشافعي (٤) حيث ألحق بالبيع ما شابهه من عقود المعاوضات قياسا عليه.

قوله: " ولا يعتبر في فحل النخل " .

لما تقدم من أن الحكم معلق على التأبير، ولا يتحقق في الذكور، لأنه على ما

(١) الكافي ٥: ١٧٨ ح ١٧، التهذيب ٧: ٨٧ ح ٣٧١ والوسائل الباب المتقدم ح ١.

(٢) المختلف: ٣٧٧.

(٣) راجع الوسيلة: ٢٥٠.

(٤) المجموع ١١: ٣٤٥.

ولا في غير النخل من أنواع الشجر، اقتصارا على موضع الوفاق، فلو باع شجرا فالثمرة للبائع على كل حال.

وفي جميع ذلك، له تبقية الثمرة حتى تبلغ أوان أخذها، وليس للمشتري إزالتها إذا كانت قد ظهرت، سواء كانت ثمرتها في كمام كالقطن والجوز، أو لم تكن، إلا أن يشترطها المشتري. وكذا إن كان المقصود من الشجر ورده، فهو للبائع تفتح أو لم يتفتح.

فروع

الأول: إذا باع المؤبر وغيره، كان المؤبر للبائع والآخر للمشتري. وكذا لو باع المؤبر لواحد، وغير المؤبر لآخر.

عرفت ذر طلع الفحل في كمام الأنثى بعد شقه. والعكس وإن كان ممكنا، إلا أن الغالب خلافه، والاطلاق محمول على الغالب، بل منزل عليه. فعلى هذا متى ظهرت أكمة الفحول فهي للبائع وإن لم تشقق. قوله: " ولا في غير النخل من أنواع الشجر - إلى قوله - إذا كانت قد ظهرت "

هذا شرط لكونها للبائع. والمراد أن ثمرة غير النخل متى ظهرت - أي وجدت - عند العقد، سواء كانت بارزة كالتين، أم مستترة في كمام كالجوز، أم في ورد كالتفاح قبل تناثر نوره، فإن جميع ذلك لا يدخل في بيع الأصل متى كانت الثمرة موجودة. وكذا القول فيما يكون المقصود منه الورد أو الورق، ولو كان وجوده على التعاقب فالموجود منه حال البيع للبائع، والمتجدد للمشتري. ومع الامتزاج يرجع إلى الصلح.

قوله: " إذا باع المؤبر وغيره كان المؤبر للبائع والآخر للمشتري ". إطلاق الحكم يشمل ما لو كان المؤبر بعض البستان كشجرات معينة وغير المؤبر

الثاني: تبقية الثمرة على الأصول، يرجع فيها إلى العادة في تلك الثمرة، فما كان يخترف بسرا يقتصر على بلوغه، وما كان لا يخترف في العادة إلا رطبا فكذا ذلك.

الباقي، وما لو كان التبويض في الشجرة الواحدة بأن يؤبر بعض النخلة ويترك الباقي، فيكون المؤبر فيهما للبائع والآخر للمشتري، عملا بظاهر النص (١)، فإن تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية، فيكون التأبير هو العلة، فمتى وجد ترتب عليه حكمه، ويتخلف عن الباقي. وبهذا الاطلاق أفتى الشهيد (رحمه الله) في الدروس (٢).

وفرق في التذكرة (٣) بين تأبير بعض النخلة وتأبير بعض النخلات، فحكم في الأول بكون الجميع للبائع، محتجا عليه بأنه يصدق عليه أنه قد باع نخلا قد أبر، فيدخل تحت نص أنه للبائع، وبما في افتراقهما في الحكم من العسر وعدم الضبط. وفي الثاني بتفريق الحكم كما ذكر هنا. ويحتمل هنا ثالث وهو دخول الجميع في البيع، لصدق عدم التأبير في المجموع الذي هو مورد النص. والأقوى الأول. قوله: " تبقية الثمرة على الأصول... الخ "

الاختلاف اجتناء الثمرة، ومنه سمي فصل الخريف، لأن الثمر يخترف فيه. وهذا الحكم مع اتفاق العادة واضح. فلو اضطرت عمل بالأغلب. ومع التساوي يحتمل الحمل على الأقل، اقتصارا فيما خالف الأصل عليه، فإن الأصل تسلط المشتري على ملكه ومنع غيره من الانتفاع به، والأكثر لثبوت أصل الحق، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، ووجوب التعيين للاختلاف المؤدي إلى الجهالة، فيبطل العقد بدونه.

(١) راجع ص ٢٣١ هامش رقم (١).

(٢) الدروس: ٣٤٠.

(٣) التذكرة ١: ٥٧٣.

الثالث: يجوز سقي الثمرة والأصول، فإن امتنع أحدهما أجبر الممتنع. فإن كان السقي يضر أحدهما، رجحنا مصلحة المبتاع، لكن لا يزيد عن قدر الحاجة. فإن اختلفا، رجع فيه إلى أهل الخبرة. الرابع: الأحجار المخلوقة في الأرض والمعادن، تدخل في بيع الأرض، لأنها من أجزائها، وفيه تردد.

قوله: " يجوز سقي الثمرة والأصول - إلى قوله - رجحنا مصلحته المبتاع "

إنما رجحت مصلحته، لأن البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل وتسليط المشتري عليه.

واحتمل في الدروس (١) تقديم البائع. ووجه أن حقه أسبق وكان يقتضي الاستمرار كيف شاء. فإذا باع الأصل وكان بقاء الثمرة مستثنى، لم يخرج ما كان له من الحق.

وذهب بعض الأصحاب (٢) إلى جواز فسخ العقد بينهما مع التشاح. والأشهر الأول. لكن يشكل فيما لو كان نقص الأصول يحيط بقيمة الثمرة وزيادة، فإنه حينئذ ينبغي تقديم مصلحته مع ضمانه لقيمة الثمرة، جمعا بين الحقين. قوله: " الأحجار المخلوقة في الأرض والمعادن... الخ "

وجه التردد في الحجارة من كونها من أجزاء الأرض لغة، ومن عدم صدق اسمها عليها عرفا. وفي المعادن من كونها كالحجارة وخروجها عن حقيقة الأرض، وعدم دلالتها عليها بإحدى الدلالات. والأقوى دخول الحجارة دون المعادن. والفرق أن الحجارة من أجزاء الأرض، بخلاف المعادن لخروجها عن حقيقتها وطبيعتها.

(١) الدروس: ٣٥٠.

(٢) راجع المبسوط ٢: ١٠٣.

النظر الثالث: في التسليم.

اطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والتمن، فإن امتنعا أجبرا، وإن امتنع أحدهما أجبر الممتنع، وقيل: يجبر البائع أولا. والأول أشبه، سواء كان الثمن عينا أو دينا. ولو اشترط البائع تأخير التسليم إلى مدة معينة جاز، كما لو اشترط المشتري تأخير الثمن. وكذا لو اشترط البائع سكنى الدار، أو ركوب الدابة مدة معينة، كان أيضا جائزا.

ثم إن كانت الحجارة مضرّة بالزرع أو الغرس ولم يعلم بها المشتري تخير، وإلا فلا. ولو اشتملت على منفعة زائدة على وضعها، كما لو ظهرت مصنعا أو معصرة للزيت أو العنب ونحوهما، فإن علم بها البائع، وإلا تخير أيضا. واحترز بالمخلوقة عن الموضوععة فيها والمدفونة فإنه لا تدخل، بل هي كالمتاع فيما يجب على البائع تفريغها منه قبل التسليم، وتسوية الحفر إن كانت. ثم إن علم المشتري بها فلا خيار له، وإلا فإن استلزم التفريغ فوات شيء من المنافع معتد به تخير. ولا يجب على المشتري قبول تملكها لو بذلت له (١)، بل على المالك المبادرة إلى النقل، ولا أجره للمشتري عن زمانه. قوله: " اطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والتمن ". احترز بالاطلاق عما لو شرط تأجيل أحدهما، أو تسليمه قبل الآخر، فإنه حينئذ يختص وجوب التسليم بالحال ومن شرط تقديمه أولا. ولو شرط تأجيلهما وكانا عينين صح أيضا، وكان خارجا من الاطلاق. ولو كانا في الذمة بطل، لأنه بيع الكالي بالكالي كما مر (٢). قوله: " وقيل: يجبر البائع أولا. والأول أشبه ". القول للشيخ (رحمه الله) محتجا بأن الثمن تابع للمبيع (٣). وفيه منع، لاستواء

(١) في " ك " ولو بذلت له.

(٢) قد مر في ص ٢٢٢.

(٣) المبسوط ٢: ١٤٨.

والقبض هو التخلية، سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار، أو مما ينقل ويحول كالثوب والجواهر والدابة. وقيل: فيما ينقل، القبض باليد، أو الكيل فيما يكال، أو الانتقال به في الحيوان. والأول أشبه.

العقد في إفادة الملك لكل منهما، فيجبرهما الحاكم معاً مع إمكانه، كما يجبر الممتنع منهما من قبض ماله، فإن تعذر فالظاهر أنه كالدين إذا بذله المديون فامتنع من قبوله. قوله: "والقبض هو التخلية - إلى قوله - والأول أشبه".

إعلم أن القبض من المعاني المعتبرة شرعاً المترتب عليها أحكام. فمن أحكامها في البيع انتقال ضمان المبيع إلى المشتري بعده إن لم يكن له خيار، وكونه على البائع قبله، وجواز بيع ما اشتراه بعد القبض مطلقاً، وتحريمه أو كراهته قبله على بعض الوجوه، وامتناع فسخ البائع بتأخير الثمن كما مر (١). ولم يرد له تعريف من قبل الشارع شامل لجميع أفراد المبيع.

نعم، روى معاوية بن وهب في الصحيح، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه؟ فقال: "ما لم يكن كيل، أو وزن، فلا تبعه حتى تكيله، أو تزنه إلا أن توليه" (٢). فجعل قبض المكيل والموزون كيله أو وزنه بالنسبة إلى جواز بيعه.

وروى عقبة بن خالد، عنه عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من آخر، وواجهه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، فسرق المتاع. من مال من يكون؟ قال: "من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه" (٣). فجعل عليه السلام النقل هو القبض بالنسبة إلى نقل الضمان.

(١) مر في ص ٢٠٨

(٢) التهذيب ٧: ٣٥ ح ١٤٦، الوسائل ١٢: ٣٨٩ ب ١٦ " من أبواب أحكام العقود ح ١١.

(٣) الكافي ٥: ١٧١ ح ١٢، التهذيب ٧: ٢١ ح ٨٩ و ٢٣٠ ح ١٠٠٣، الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب ١٠ " من أبواب الخيار ح ١.

وهذان الخبران حجة على من اكتفى فيه بالتخلية مطلقا. والثاني حجة على من اكتفى بها في نقل الضمان، لا في زوال التحريم أو الكراهة قبل القبض، كالشاهد في الدروس حيث نفى عنه البأس (١)، فإن الخبر مصرح بأنه لا يخرج من ضمان البائع حتى ينقل، نعم يمكن رده نظرا إلى سنده. فيبقى الكلام في تسميتها قبضا. والأجود الرجوع في معناه إلى العرف في غير المنصوص، وهو المكيل والموزون، لأن القاعدة رد مثل ذلك إليه حيث لم يرد له تحديد شرعي. والعرف يدل على أن إقباض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البائع عنه، وعدم مانع للمشتري من قبضه. وأما في المنقول فلا يتحقق إلا باستقلال يد المشتري به، سواء نقله أم لا. وكذا في طرف البائع بالنسبة إلى الثمن. وهذا مطرد في المكيل والموزون وغيرهما، إلا أنهما خرجا عنه بالنص الصحيح، فيبقى الباقي. وهذا هو الأقوى.

وتنقيح ذلك يتم بمباحث

الأول: المراد بالتخلية - حيث يعتبر - رفع المانع للمشتري من قبض المبيع إن كان، والإذن له فيه. ولا يختص ذلك بلفظ، بل كلما دل عليه كاف فيه. وقد لا يكتفي فيها باللفظ الصريح مع وجود المانع منها.

الثاني لو كان المبيع بيد المشتري قبل الاتباع، فإن كان بغير إذن البائع فلا بد من تجديد الإذن في تحققه بالنسبة إلى رفع التحريم أو الكراهة. وأما بالنسبة إلى نقل الضمان فيحتمل قويا تحققه بدونه، كما لو قبضه وبعده بغير إذن البائع. ويحتمل توقف الأمرين على تجديده لفساد الأول شرعا، فلا يترتب عليه أثر. ولو كان بإذنه - كالوديعة والعارية - لم يفتقر إلى تجديد إذن ولا تخلية.

الثالث: ما يكتفى فيه بالتخلية إن كان عقارا، فقبضه رفع يد البائع عنه مع

(١) الدروس: ٣٤٢.

تمكن (١) المشتري كما مر. ولا يشترط مع ذلك مضي زمان يمكن فيه وصول المشتري إليه أو وكيله، لأن ذلك لا مدخل له في القبض عرفاً. نعم لو كان بعيداً جداً بحيث يدل العرف على عدم قبضه بالتخلية - كما لو كان ببلاد أخرى - اتجه اعتبار مضي الزمان. والحاصل أن مرجع الأمر إلى العرف حيث لم يضبطه الشرع. وإن كان منقولاً كالحياوان فعلى ما اخترناه من اشتراط نقله أو وضع اليد عليه، الحكم واضح. وعلى الاكتفاء بالتخلية، يحتمل كونه كالعقار لما مر، واعتبار مضي زمان يتمكن من قبضه ونقله لإمكان ذلك فيه، بخلاف العقار.

الرابع: لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع، فإن كان منقولاً كالصندوق المشتمل على أمتعة البائع واعتبرنا نقله، فنقله المشتري بالأمتعة، كفى في نقل الضمان مطلقاً. ويحتمل توقفه على إذن البائع في نقله الأمتعة. وإن كان عقاراً كالدار، ففي الاكتفاء بالتخلية قبل نقل المتاع وجهان، أجودهما ذلك. وهو خيرة التذكرة (٢).

الخامس: لو كان مشتركاً بين البائع وغيره، فعلى ما اخترناه، إن كان منقولاً فلا بد من إذن الشريك في تحقق القبض، لتوقفه على إثبات اليد والتصرف في حصة الشريك. وإن كان غير منقول ففي توقفه عليه قولان، أجودهما العدم، لأن حقيقة قبض ما هذا شأنه رفع يد المالك عنه، وتخلية المشتري بينه وبينه، وهذا لا يقتضي التصرف في مال الشريك. ووجه الاشتراك أن وضع اليد والتسلط على التصرف لا يمكن بدون التصرف في حصة الشريك. وعلى تقدير التوقف على إذنه بوجه، فإن أذن الشريك فيه وإلا نصب الحاكم من يقبضه أجمع، بعضه أمانة وبعضه لأجل البيع. واختار العلامة في المختلف (٣) الاكتفاء حينئذ بالتخلية، لأن المانع الشرعي من النقل كالمانع العقلي في العقار. ذكر ذلك في باب الهبة، والحكم واحد بل فيها

(١) في "ك" تمكين.

(٢) التذكرة ١: ٥٦٣.

(٣) المختلف: ٤٨٨.

أقوى.

السادس: لو كان المبيع في مكان لا يختص بالبائع كفى في المنقول نقله من حيز إلى آخر. وإن كان في موضع يختص به، فإن نقله فيه من مكان إلى آخر بإذنه كفى أيضا. وإن كان بغير إذنه كفى في نقل الضمان خاصة، كما مر. ولو اشترى المحل معه كفت التخلية في البقعة. وفيه وجهان، أحدهما الافتقار إلى النقل، كما لو انفرد بالبيع. ولو أحضره البائع فقال له المشتري: ضعه، ففعل، تم القبض، لأن البائع حينئذ كالوكيل فيه. وإن لم نقل شيئا، أو قال: لا أريده، ففي وقوعه بذلك وجهان. وينبغي الاكتفاء به في نقل الضمان، كما لو وضع المغصوب بين يدي المالك دون غيره.

السابع: لو كان المبيع مكيلا أو موزونا، فلا يخلو إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن، أولا، بأن أخبر البائع المشتري بكيله أو وزنه، أو باعه قدرا منه معينا من صبرة مشتملة عليه. فإن كان الأخير فلا بد في تحقق قبضه من كيله أو وزنه للنص المتقدم (١). وإن كان الأول ففي الافتقار إلى اعتباره ثانيا لأجل القبض، أو الاكتفاء بالاعتبار السابق، وجهان من إطلاق توقف الحكم على الكيل أو الوزن وقد حصل، وقوله عليه السلام: " لا تبعه حتى تكيله أو تزنه " لا يدل على مزيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع، ومن كون الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لأجل صحة البيع، فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد. وبه صرح العلامة (٢) والشهيد (٣) (رحمه الله) وجماعة وهو الأقوى. ويدل عليه قوله عليه السلام في الخبر السابق " إلا أن توليه " (٤) فإن الكيل السابق شرط لصحة البيع أو ما قام مقامه، فلا بد منه في التولية وغيرها. ومقتضى قوله عليه السلام: " إلا أن توليه " أنه معها لا يتوقف على كيل أو

(١) في ص ٢٣٨ هامش رقم (٢).

(٢) القواعد ١: ١٥٠.

(٣) الدروس: ٣٤٢.

(٤) في ص ٢٣٨ هامش رقم (٢).

وزن، فدل ذلك على أنهما لأجل القبض، لا لأجل الصحة البيع. وأما الثاني فإن اكتفينا بالاعتبار الأول في الأول (١) كفى الاخبار فيه. واختارهما في التذكرة (٢) وإن لم يكتف بالسابق في الأول لم يكتف بالاخبار في الثاني بطريق أولى. وقد روى محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاما، فزعم صاحبه أنه كاله، فصدقناه، وأخذناه بكيهه؟ فقال: " لا بأس. فقلت: أيجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أما أنت فلا تبعه حتى تكيهه " (٣).

الثامن: ألحق في الدروس (٤) المعدود بالمكيل والموزون فاعتبر في قبضه عده بعد البيع ولم يكتف بعده السابق. وفيه نظر، لعدم النص وتحقق القبض فيه عرفا مع نقل المشتري له كغيره من المنقولات. وإلحاقه بهما نظرا إلى اشتراط اعتباره في صحة بيعه لا يوجب ذلك عندنا. واكتفى فيه أيضا عن اعتبار المكيل والموزون والمعدود بنقله. والخبر الصحيح حجة عليه.

وقريب منه مختار العلامة في المختلف (٥)، فإنه اكتفى فيهما بأحد أمور ثلاثة: النقل، والقبض باليد، والاعتبار بالكيل أو الوزن. وفي النقل ما مر، وفي القبض باليد ما دل عليه خبر عقبة بن خالد (٦) من اعتبار النقل. وما في الدروس (٧) أيضا إلى أن التخلية كافية مطلقا في نقل الضمان لا في زوال التحريم أو الكراهة عن البيع قبل القبض. وخبر عقبة حجة عليه إن اعتبره.

(١) في " ب " الأولين.

(٢) التذكرة ١: ٥٦١.

(٣) التهذيب ٧: ٣٧ ح ١٥٧، الوسائل ١٢: ٢٥٦ ب " ٥ " من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٤.

(٤) الدروس: ٣٤٢.

(٥) المختلف: ٣٩٣.

(٦) الكافي ٥: ١٧١ ح ١٢، التهذيب ٧: ٢١ ح ٨٩ و ٢٣٠ ح ١٠٠٣، الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب

" ١٠ " من أبواب الخيار.

(٧) الدروس: ٣٤٢.

وإذا تلف المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، كان من مال البائع. وكذا إن نقصت قيمته بحدث فيه، كان للمشتري رده، وفي الأرش تردد.

ويتعلق بهذا الباب مسائل

الأولى: إذا حصل للمبيع نماء، كالنتاج أو ثمرة النخل أو اللقطة، كان ذلك للمشتري. فإن تلف الأصل، سقط الثمن عن المشتري، وله النماء. ولو تلف النماء من غير تفريط، لم يلزم البائع دركه.

قبل القبض لا ينافي ذلك، لأن الاعتبار بهما قبض وزيادة. وحينئذ فلو قيل بالاكْتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل، عملاً بمقتضى العرف والخبر الآخر. وبتوقف البيع ثانياً على الكيل أو الوزن أمكن، إن لم يكن إحداث قول (ثالث) (١). وهذه المسألة من المهمات، وما تعم بها البلوى في كثير من أبواب الفقه، كالرهن والهبة والوصية وغيرها، فلذلك خرجنا فيها عن موضع التعليق. وبقي فيها مباحث آخر مهمة. قوله: " وكذا إن نقصت قيمته - إلى قوله - وفي الأرش تردد "

موضع التردد ما لو كان التعيب من قبل الله تعالى. ومنشؤه من تعيينه على ملك المشتري لا من قبل أحد، ومن أنه مضمون على البائع بأجمعه، فضمان أجزائه أولى. والأقوى أن له الأرش إن لم يفسخ. ولو كان التعيب من أجنبي أو من البائع تخير المشتري بين الرجوع على المتلف بالأرش وبين فسخ العقد. فإن فسخ الرجوع البائع على الأجنبي بالأرش.

قوله: " إذا حصل للمبيع نماء كالنتاج أو ثمرة النخل أو اللقطة كان ذلك للمشتري "

لأن التلف إنما يبطل البيع من حينه، فيكون النماء السابق وما في حكمه كلقطة العبد التي يمكن تملكها ولو بعد التعريف للمشتري. ويكون هذا النماء في يد البائع أمانة، اقتصاراً فيما خالف الأصل - وهو ضمان مال الغير مع عدم العدوان - على ما والتحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل

(١) في " ك " فقط.

الثانية: إذا اختلط المبيع بغيره في يد البائع اختلاطا لا يتميز، فإن دفع الجميع إلى المشتري جاز. وإن امتنع البائع، قيل: يفسخ البيع، لتعذر التسليم. وعندني أن المشتري بالخيار، إن شاء فسخ، وإن شاء كان شريكا للبائع، كما إذا اختلط بعد القبض.

الثالثة: لو باع جملة فتلف بعضها، فإن كان للتالف قسط من الثمن، كان للمشتري فسخ العقد، وله الرضا بحصة الموجود من الثمن، كبيع عبيدين، أو نخلة فيها ثمرة لم تؤبر. وإن لم يكن له قسط من الثمن، كان للمشتري الرد، أو أخذه بجملة الثمن، كما إذا قطعت يد العبد.

اعتباره بهما، لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما. وكون السؤال فيه وقع عن البيع دل عليه الدليل.

قوله: " إذا اختلط المبيع بغيره - إلى قوله - وعندني أن المشتري بالخيار "

ما اختار المصنف هو الأقوى، لأن التسليم ممكن كما في بيع الجزء المشاع. وثبوت الخيار يجبر عيب الشركة. ولا فرق بين أن يختلط بمثله وأجود وأدون، باختيار البائع وبغير اختياره. وينبغي فيما لو مزج بالأجود بغير اختياره ثبوت الخيار له أيضا، لتضرره بذلك مع اختيار المشتري الشركة. وحيث يفتقر القسمة إلى مؤنة فهي على البائع لأن هذا العيب مضمون عليه، والتخليص واجب عليه، لوجوب تسليم المبيع إلى المشتري بعينه. ولا يسقط الخيار ببذل البائع له ما امتزج به. قوله: " لو باع جملة فتلف بعضها... الخ "

ضابط الأول ما يمكن إفراده بالبيع كأحد العبدین والقفيزين، والثاني ما لا يمكن إفراده به كيد العبد. والفرق بينهما الموجب لاختلاف الحكم أن الأول لا يبقى مع فواته أصل المبيع بل بعضه، والأرش جزء من الثمن، والثمن موزع على أجزاء المبيع. والثاني يبقى مع أصل المبيع. والجزء التالف بمنزلة الوصف، كيد العبد ونحوها من أعضائه التي فواتها لا يخل ببقاء العبد، فإذا فات لم يكن له قسط من

الرابعة: يجب تسليم المبيع مفرغا، فلو كان فيه متاع وجب نقله، أو زرع قد أحصد وجب إزالته. ولو كان للزرع عروق تضر، كالقطن والذرة، أو كان في الأرض حجارة مدفونة أو غير ذلك، وجب على البائع إزالته وتسوية الأرض. وكذا لو كان له فيها دابة أو شيء لا يخرج إلا بتغيير شيء من الأبنية، وجب إخراجه وإصلاح ما يستهدم.

الثمن، ولا أرش له، لأن الأرش هو مقدار حصته من الثمن. هذا وجه ما اختاره المصنف.

والأقوى ثبوت الأرش فيه كالأول، لأن القيمة تزيد بوجوده وتنقص بعدمه، ففواته من أظهر العيوب، ولأن المبيع هو المجموع وقد فات بعضه، فيتخير المشتري بين الرد - لتبعض الصفقة في الموضوعين - والأرش. وهذا كله إذا كان الفئات جزءا من المبيع. أما لو كان وصفا محضا، كما لو كان العبد كاتباً فنسي الكتابة قبل القبض، فللمشتري الرد خاصة، أو الامساك بجميع الثمن، لأن الفئات ليس جزءا من المبيع. ومن ثم لو شرط كونه كاتباً فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد.

قوله: " يجب تسليم المبيع مفرغا... الخ "

المراد وجوب كل واحد من التسليم والتفريغ، ولكن لا يتوقف صحة التسليم عليه، فلو سلمه مشغولا فتسلمه، حصل القبض عندنا، ويجب التفريغ مع ذلك. واحترز بقوله: " قد أحصد " عما لو لم يكن قد بلغ ذلك، فإنه يجب الصبر عليه إلى أوان حصاده إن اختار البائع إبقاءه. ثم إن كان المشتري عالما بالحال، وإلا تخير بين الفسخ والصبر إن احتاج إلى مضي زمان يفوت فيه شيء من النفع معتد به. قوله: " ولو كان للزرع عروق تضر... الخ "

لا ريب في وجوب الإخراج والتفريغ لتوقف التسليم عليه. ثم إن استلزم نقصا في المبيع كان على البائع أرشه، لأنه إتلاف لبعض المبيع بحق وجب عليه. ومع جهل المشتري بالحال فله الفسخ.

الخامسة: لو باع شيئاً فغصب من يد البائع، فإن أمكن استعادته في الزمان اليسير، لم يكن للمشتري الفسخ، وإلا كان له ذلك. ولا يلزم البائع أجره المدة، على الأظهر. فأما لو منعه البائع عن التسليم، ثم سلم بعد مدة، كان له الأجرة.

ويلحق بهذا بيع ما لم يقبض. وفيه مسائل:

قوله: " لو باع شيئاً فغصب... الخ "

المراد هنا باليسير ما لا يشتمل على منفعة مقصودة، بحيث يستلزم فواتها نقصاً معتبراً، وفوات غرض مقصود عرفاً على المشتري. والكثير يقابله. ويجب على البائع استعادته مع الامكان مطلقاً، لأن التسلم واجب عليه، ولا يتم إلا بها. ويشمل قوله: " وإلا كان له ذلك " ما لو تعذر استعادته أصلاً، وما لو أمكن لكن بعد مضي زمان كثير، فإن المشتري يتخير حينئذ بين الفسخ والرجوع إلى الثمن، وبين الرضا بالمبيع وارتقاب حصوله، وله حينئذ الانتفاع بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد ونحوه. ثم إن تلف في يد الغاصب فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع وإن رضي بالصبر، مع احتمال كون الرضا به قبضاً. وكذا لو رضي بكونه في يد البائع. قوله: " ولا يلزم البائع أجره المدة على الأظهر "

إنما لا يضمن الأجرة مع كون العين مضمونة عليه لأنها بمنزلة النماء، وقد تقدم إنه غير مضمون. ووجه اللزوم أن ذلك نقص دخل على المبيع قبل القبض، فيكون في ضمان البائع، ولأن المنفعة كالنماء المتصل، وقد قيل: إنه مضمون، كما لو سمن في يد المشتري ثم هزل. والأول أقوى. وحينئذ فيختص ضمانها بالغاصب. قوله: " أما لو منعه البائع عن التسليم... الخ "

ينبغي تقييده بما إذا كان الحبس بغير حق، فلو حبسه ليقبض الثمن أو ليتقبضاً معاً ونحو ذلك فلا أجره عليه، لإذن الشارع له فيه فلا يتعقبه الضمان. وحيث يكون الحبس سائغاً فالنفقة على المشتري، لأنه ملكه، فإن امتنع منها رفع البائع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق بنية الرجوع ورجع بها عليه، كما في نظائره.

الأولى: من ابتاع متاعا ولم يقبضه ثم أراد بيعه، كره ذلك إن كان مما يكال أو يوزن، وقيل: إذا كان طعاما لم يجز، والأول أشبه.

قوله: " من ابتاع متاعا ولم يقبضه - إلى قوله - والأول أشبه " .

إنما كان أشبه، لأن فيه جمعا بين الأخبار المختلفة التي دل بعضها على الجواز كرواية جميل (١)، وابن الحجاج الكرخي (٢)، عن الصادق عليه السلام، وبعضها على المنع مطلقا كصحيحة الحلبي (٣)، ومنصور بن حازم (٤)، عنه عليه السلام، وبعضها على المنع إلا تولية كصحيحة معاوية بن وهب (٥)، عنه عليه السلام، بحمل النهي على الكراهة لثلاث تسقط أخبار الجواز.

وهذا الجمع إنما يتم لو كانت الأخبار متكافئة في وجوب العمل بها، لكن الأمر هنا ليس كذلك، لأن أخبار المنع صحيحة متظافرة، وخبر التسويغ في طريق أولهما علي بن حديد وهو ضعيف، والآخر مجهول، فالقول بالمنع أوضح. وهو خيرة العلامة في التذكرة (٦) والإرشاد (٧)، والشيخ في المبسوط (٨) - بل ادعى عليه الاجماع - وجماعة

من الأصحاب (٩). نعم تبقى الأخبار الدالة على النهي مطلقا مقيدة بغير التولية، جمعا بينهما وبين ما قيد به مع صحة الجميع. ثم على القول بالمنع مطلقا كما اختاره جماعة، أو على بعض الوجوه وهو في غير

(١) الكافي ٥: ١٧٩ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٦ ح ١٥١، الوسائل ١٢: ٣٨٨ ب " ١٦ " من أحكام العقود ح ٦.

(٢) الفقيه ٣: ١٣١ ح ٥٦٩، التهذيب ٧: ٣٩ ح ١٦٤ والوسائل الباب المتقدم ح ١٩.

(٣) الكافي ٥: ١٧٨ ح ٢ والوسائل المتقدم ح ٥.

(٤) الفقيه ٣: ١٢٩ ح ٥٦٠، التهذيب ٧: ٣٥ ح ١٤٧ والوسائل الباب المتقدم ح ١.

(٥) التهذيب ٧: ٣٥ ح ١٤٦ والوسائل ١٢: ٣٨٩ ب " ١٦ " من أبواب أحكام العقود ح ١١.

(٦) التذكرة ١: ٤٧٤.

(٧) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.

(٨) المبسوط ٢: ١١٩.

(٩) كابن حمزة في الوسيلة: ٢٥٢ وابن البراج في المهذب ١: ٣٨٥ والشهيد في غاية المراد: ١٠٣.

التولية أو ما ألحق بها، لو باع هل يقع باطلاً أو يَأثم خاصة؟ صرح ابن أبي عقيل (١) بالأول، فإنه قال: وبالبطالان وردت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وآله. ويؤيده أن النهي هنا راجع إلى نفس المبيع فيبطل، كبيع المجهول ونحوه، ولتعلق النهي فيه بمصلحة لا تتم إلا بإبطاله.

وبالثاني قطع العلامة في المختلف قال فيه: ولو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع (٢). ولم يذكر دليله وكأنه نظر إلى أن النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد. ويشكل بما مر.

واعلم أن أكثر الأصحاب جعلوا موضع الخلاف هو الطعام، وأكثر الأخبار المانعة مصرحة به. وأطلق في صحيحة منصور بن حازم، ومعاوية بن وهب بالنهي عن بيع المكيل أو الموزون إلا تولية. وبه صرح ابن أبي عقيل (٣). وهو الظاهر، لعدم التنافي بين المطلق والمقيد (٤) حتى يجمع بينهما بالحمل على المقيد (٥)، كما في حمل ما أطلق فيه النهي على غير التولية لتحقيق المنافاة.

ثم على القول باختصاص النهي بالطعام، فهل يعم كل ما أعد للأكل - كما هو موضوعه لغة (٦) - أو يختص بالحنطة والشعير، لأنه معناه شرعاً، كما نبه عليه في موارد منها في حل طعام أهل الكتاب في الآية الشريفة (٧)؟ كل محتمل. وبالثاني صرح الفاضل فخر المحققين في بعض فوائده (٨). ولعله الأجود، اقتصاراً في الحكم بما

(١) راجع المختلف: ٣٩٣.

(٢) راجع المختلف: ٣٩٣.

(٣) راجع المختلف: ٣٩٣.

(٤) في "ك" و "ب" العام والخاص. وفي "ه" جمع بين النسختين.

(٥) في "ك" و "ب" الخاص. وفي "ه" جمع بينهما أيضاً.

(٦) راجع مجمل اللغة ٢: ٥٨٢، الصحاح ٥: ١٩٧٤ والنهية ٣: ١٢٦.

(٧) المائدة: ٥. راجع الوسائل ١٦: ٣٨٠ ب "٥١" من أبواب الأطعمة المحرمة.

(٨) حكاه المحقق الكركي عن بعض الفوائد المنسوبة إليه. راجع جامع المقاصد ٤: ٣٩٨.

وفي رواية يختص التحريم بمن يبيعه بربح، فأما التولية فلا. ولو ملك ما يريد يبيعه بغير بيع، كالميراث والصداق للمرأة والخلع، جاز وإن لم يقبضه.

خالف الأصل على المتيقن.

قوله: " وفي رواية يختص التحريم بمن يبيعه بربح، أما التولية فلا ". هي رواية علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليهما السلام قال: سألته عن الرجل يشتري الطعام، أيصلح يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: " إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان تولية، فلا بأس " (١). وهذه الرواية ذكرها في التهذيب (٢) بغير إسناد. لكن في معناها أخبار (٣) كثيرة (صحيحة فينبغي أن نقول بها) (٤) إلا أنها مصرحة بالمنع مما عدا التولية، وهذه جعل محل المنع فيها المرابحة، وبينهما واسطة. قوله: " ولو ملك ما يريد يبيعه بغير بيع... الخ ".

المنع - على القول به - مشروط بأمرين: انتقاله بالبيع، ونقله به. فلو انتقل بغيره أو نقل بغيره لم يحرم. أما الأول فلا نعلم فيه خلافا، وأما الثاني فهو المشهور، غير أن الشيخ (٥) (رحمه الله) ألحق به الإجارة، محتجا بأنها ضرب من البيوع. وهو ممنوع. وكذلك منع من الكتابة، بناء على أنها بيع العبد من نفسه. وهو مع تسليمه لا يستلزم المنع، لأن العبد ليس مما يكال أو يوزن، وغاية المنع عندنا أن يكون المبيع مقدرًا بهما.

وقد استثنى بعض المانعين من الميراث ما لو كان الموروث مبيعا للمورث قبل قبضه له، فإنه يجوز للوارث يبيعه حينئذ. وفيه نظر، لأن انتقاله إلى الوارث بالإرث

-
- (١) مسائل علي بن جعفر: ١٢٤ ح ٨٤، قرب الإسناد: ١١٤ بتفاوت، الوسائل ١٢: ٣٨٩ ب " ١٦ " من أبواب أحكام العقود ح ٩.
(٢) التهذيب ٧: ٣٦ ح ١٥٣.
(٣) راجع الباب المذكور من الوسائل.
(٤) في " ك " فقط.
(٥) المبسوط ٢: ١٢٠.

الثانية: لو كان له على غيره طعام من سلم، وعليه مثل ذلك، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر، فعلى ما قلناه يكره، وعلى ما قالوه يحرم، لأنه قبضه عوضا عما له قبل أن يقبضه صاحبه.

واسطة بين البيعين. وكذا القول في الصداق إذا كان المصدق قد اشتراه ولم يقبضه ثم أصدقه وأرادت المرأة أن تبيعه قبل القبض. ومثله عوض الخلع من جانب المرأة المشترية له قبل القبض إذا أراد الزوج بيعه. والاستثناء في الجميع غير واضح لثبوت الواسطة.

قوله: " لو كان له على غيره طعام من سلم... الخ ".
قد عرفت أن المنع أو الكراهة مشروط بشرطين: انتقاله بالبيع، ونقله به. وما ذكر في هذا الفرض وإن كان بيعا حيث إن السلم فرد من أفراد، إلا أن الواقع من المسلم إما حوالة لغريمه في القبض، أو وكالة له فيه، وكلاهما ليس ببيع، إلا أن الشيخ (رحمه الله) ذكر هذا الحكم في المبسوط (١) والخلاف (٢)، وقطع بعدم صحته، وتبعه عليه جماعة (٣).

ويظهر من المصنف وجماعة (٤) اختيار صحته، تحريما على القول به، أو كراهته على القول الآخر. وفيه نظر واضح. والجواب بأن الواقع حوالة، وأن الحوالة ملحقة بالبيع، في حيز المنع.

وأجاب الشهيد (رحمه الله) في بعض بعض تحقیقاته عن الاشكال، بأن مورد السلم لما كان ماهيته كلية ثابتة في الذمة منطبقة على أفراد لا نهاية لها، فأى فرد عينه المسلم إليه تشخص ذلك الفرد وانصب العقد عليه، فكأنه لما قال الغريم: " اکتل من غريمي فلان " قد جعل عقد السلم معه واردا على ما في ذمة غريمه المستلف منه ولما يقبضه بعد، ولا ريب أنه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مورد السلم الذي هو بيع يكون

(١) المبسوط ٢: ١٢٢.

(٢) الخلاف ٣: ٩٩ مسألة ١٦٢.

(٣) راجع المذهب ١: ٣٨٧.

(٤) راجع قواعد الأحكام ١: ١٥١ وإيضاح الفوائد ١: ٥٠٨ وجامع المقاصد ٤: ٣٩٩.

وكذا لو دفع إليه مالا، وقال: اشتر به طعاما. فإن قال: اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك، صح الشراء دون القبض، لأنه لا يجوز أن يتولى طرفي القبض، وفيه تردد. ولو قال: اشتر لنفسك، لم يصح الشراء ولا يتعين له بالقبض.

بيعا للطعام قبل قبضه، فيتحقق الشرطان، ويلتحق بالباب. قال: وهذا من لطائف الفقه.

وهذا التحقيق غاية ما يقال هنا في توجيه كلام الشيخ ومن تبعه، إلا أنه مع ذلك لا يخلو من نظر، لأن مورد السلم ونظائره من الحقوق الثابتة في الذمة لما كان أمرا كلياً، كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي. وما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع، وإن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصة فإنها ليست عينه، ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقاً أو معيباً رجع الحق إلى الذمة، والمبيع المعين ليس كذلك. ونظير ذلك ما حققه الأصوليون من أن الأمر بالكلي ليس أمراً بشئ من جزئياته الخاصة، وإن كان يتحقق إلا بها. وحينئذ فانصباب العقد على ما قبض، وكونه وحينئذ يبيعا غير واضح. فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجه. نعم لا بأس حينئذ بالكراهة، خروجاً من خلاف الشيخ والجماعة، وتحريماً مما هو مظنة التحريم. قوله: " وكذا لو دفع إليه منشأ التردد من منع الشيخ (١) تولي الواحد طرفي القبض، محتجاً عليه بأنه لا

يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في قبض حق نفسه من نفسه، وتبعه عليه ابن البراج (٢)، ومن أصالة الجواز، ولأنه وكله في الاقباض، والمغايرة الاعتبارية في القابض والمقبوض منه كافية. ومثله تولي طرفي العقد. وهو الأقوى. قوله: " ولو قال: اشتر لنفسك... الخ "

(١) المبسوط ٢: ١٢١.

(٢) المهذب ١: ٣٨٧.

الثالثة: لو كان المالان قرضاً، أو المال المحال به قرضاً، صح ذلك قطعاً.

الرابعة: إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه، فإن لم يحضر كيله ولا وزنه، فالقول قوله فيما وصل إليه مع يمينه، إذا لم يكن للبائع بينة. وإن كان حضر، فالقول قول البائع مع يمينه، والبينة على المشتري.

لأن مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه ما دام على ملك الغير. وهذا هو الفارق بين هذه والسابقة.

واستقرب في المختلف جواز ذلك (١)، وجعله قبضاً للطعام بجنس الدراهم، أو قرضاً للدراهم. والأقوى ما هنا، لعدم وجود ما يدل على مدعاه. نعم لو علم من الدافع إرادة أحد الأمرين، وقبل القابض ذلك، صح. وكذا لو علم منه إرادة معنى غيرهما يصح، كما لو كان التعبير بكون الشراء له لكونه آيلاً إلى ذلك، والقصد استيفاءه بعد الشراء وقبضه له، ونحو ذلك.

قوله: لو كان المالان قرضاً، أو المال المحال به قرضاً صح ذلك قطعاً."

لانتفاء الشرطين معا في الأول والثاني في الثاني. ولا وجه لتخصيص القرض بالمحال به، بل متى كان أحدهما قرضاً صح، لعين ما ذكر. قوله: "إذا قبض المشتري المبيع - إلى قوله - فالقول قول البائع مع يمينه، والبينة على المشتري".

إنما كان القول قول البائع في الثانية، مع أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه في الصورتين، عملاً بالظاهر من أن صاحب الحق إذا حضر استيفاء حقه يحتاط لنفسه ويعتبر مقدار حقه، فيكون هذا الظاهر مرجحاً لقول البائع، ومقويا لجانبه، ومعارضاً للأصل، فيقدم قوله بيمينه. وهذه مما رجح فيها الظاهر على الأصل، وهو

(١) المختلف: ٣٩٤.

الخامسة: إذا أسلفه في طعام بالعراق، ثم طالبه بالمدينة، لم يجب عليه دفعه. ولو طالبه بقيمته، قيل: لم يجز، لأنه يبيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه. وعلى ما قلناه يكره.

قليل.

ويمكن توجيهه بوجه لا يحصل به التعارض، بأن يقال: إنه عند قبضه للحق وقبل دعواه الاختبار المؤدي إلى النقصان كان يعترف بوصول حقه إليه وقبضه له كملا، فإذا ادعى بعد ذلك النقصان كان مدعيا لما يخالف الأصل، إذ الأصل براءة ذمة البائع من حقه بعد قبضه، ويخالف الظاهر أيضا كما قلناه، فيبقى الأصل والظاهر على خلاف دعواه.

فإن قيل: هذا يستلزم قبول قول البائع مطلقا لعين ما ذكرتم من التعليل. قلنا: إذا لم يحضر المشتري الاعتبار لا يكون معترفا بوصول حقه إليه، لعدم اطلاعه عليه، حتى لو فرض حصول ما يقتضي الاعتراف يكون مبنيا على ظاهر الحال، ومعتمدا على قول غيره الذي يمكن تطرق الخلل إليه كثيرا، بخلاف ما لو حضر. وأيضا فإن البناء على ظاهر الحال لا يقتضي الاقرار بوصول حقه إليه بوجه، حتى لو صرح بأن الذي وصل إلى تسلمته على أنه مجموع المبيع بناء على الظاهر وركونا إلى قول الغير، لم يكن اقرارا بوصول جميع حقه إليه. بخلاف ما لو أقر بقبض الجميع بناء على حضوره الاعتبار، فإنه يكون اقرارا صحيحا، فتحقق الفرق. ولو أنه مع فرض حضوره ادعى عدم قبض جميع حقه محولا لها عن دعوى الغلط، قبل قوله أيضا لأصالة عدم قبض الجميع. وما ذكر من الأصل الآخر والظاهر منتف هنا، إذ لا يلزم من حضور المشتري الاعتبار قبضه لجميع حقه. وهو واضح. وهذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي، فإنه مبني على القواعد الظاهرة المنضبطة. قوله: " إذا أسلفه في طعام بالعراق... الخ "

إنما لم يكن عليه دفعه في غير بلده، لأن مال السلم يتعين دفعه في بلده عند الاطلاق، وفي موضع التعيين إن فرض، على ما يأتي من التفصيل. وعلى كل حال فدفعه في غير بلد يتعين دفعه فيه غير واجب، سواء كانت قيمته في بلد المطالبة مخالفة

لقيمته في بلده أو مساوية. وهذا لا شبهة فيه. إنما الكلام فيما لو طالبه بقيمته في البلد التي يجب (١) عليه دفعه فيها، فإن البحث فيها حينئذ في موضعين: أحدهما: أن يرضى المسلم إليه بدفعها، وفي جوازه قولان: أحدهما العدم، نظرا إلى أن القيمة عوض عن مال السلم قبل قبضه وبيعه له، وهو غير جائز، لأن المفروض كونه طعاما. والثاني - وهو الأقوى - الجواز، لمنع كون ذلك بيعا، بل استيفاء للحق، غايته بغير جنسه. ومثل هذا لا يسمى بيعا، فلا يحرم. نعم، ربما قيل بكرهته خروجا من خلاف الشيخ، وتخلصا من عرصة التحريم.

والثاني أن يطلب القيمة، ولا يرضى المسلم إليه بدفعها، فهل يجبر عليه، بناء على الجواز في الأول؟ الأكثر على العدم، لأن الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة، وما في ذمته لا يجب دفعه في البلد المذكور، فأولى أن لا يجب دفع ما لم يجر عليه المعاوضة ولم يقتضه عقد السلم. وذهب بعض الأصحاب ومنهم العلامة في التذكرة (٢) إلى وجوب دفع القيمة حينئذ محتجا بأن الطعام الذي يلزمه دفعه معدوم فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه. وفيه منع ظاهرا إذ ليس ثم طعام يلزمه دفعه حتى ينتقل إلى القيمة.

وعلل أيضا بأن منع المالك من المطالبة بحق حال وجعله متوقفا على الوصول إلى بلد السلم ضرر ظاهر، فإنه ربما لم يكن له عزم العود إلى تلك البلد أصلا، أو أن الوصول إليه يحتاج إلى اضعاف المسلم فيه من المؤن، أو أن المسلم إليه قد لا يظفر به بعد ذلك فيفوت حقه بالكلية، وما يقتضيه والعقد من ارتفاق المسلم إليه بالتسليم

(١) كذا في ما لدينا من النسخ والظاهر " لا يجب " كما يقتضيه قوله: " وما في ذمته لا يجب عليه دفعه في البلد المذكور " وغير ذلك من العبارات الآتية.
(٢) التذكرة ١: ٥٦١.

في البلد المعين قد يحمله (١) المسلم إليه، فلولا الانتقال إلى القيمة أضع حقه، إذ ليس له المطالبة بالعين، فلو لم يجعل له المطالبة بالقيمة على الوجه الذي ينتفي به ضرر المسلم لأدى إلى ضياع حقه رأساً.

وأنت خبير بأن هذه العلة لا توجب الانتقال إلى القيمة متى طلبها المسلم بل مع خوف ضياع حقه بدونه، للعلم بأنه يتخلف الضرر في موارد كثيرة غير ما ذكر، كما لو كان المسلم إليه مصاحباً له في الطريق إلى البلد المعين للتسليم، أو وكل في تسليمه فيه، ونحو ذلك، فإن ذلك هو الذي اقتضاه الأمر الشرعي، فالعدول عنه إلى القيمة مطلقاً غير جيد.

نعم، لو فرض الضرر في بعض موارد، كما لو علم بالقرائن أن المديون لا يرجع إلى تلك البلد، ولم يوكل في الإيفاء توكيلاً يوجب تحصيل الحق وأن الحق يفوت بالتأخير اتجه حينئذ رفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على أحد الأمرين: دفع العين أو القيمة في بلد التسليم، أو دفع العين فيها بوجه يمكن.

وربما قيل بجواز المطالبة بالعين إن كانت القيمة في تلك البلد مثل قيمته في بلد التسليم، أو أدون، وبالقيمة في بلد التسليم إن كانت أكثر. أما الأول فلأن المفروض كون الحق حالاً والاستحقاق له ثابت. وتعين بلد التسليم إنما كان الارتفاق، ومع تساوي القيمة في البلدين أو نقصانها في بلد المطالبة لا يزول الارتفاق، بل يزيد في بعض صورته، فلا وجه لتأخيره. وأما الثاني فلوجوب التسليم لما ذكر مع تعذر المثل شرعاً بسبب الزيادة.

وهذا القول ليس بعيداً من الصواب، إلا أن فيه منع حصول الارتفاق فيما ذكر مطلقاً، لجواز أن يكون المديون قادراً على عين الحق في بلد التسليم عاجزاً عنها في الآخر وإن كان أنقص قيمة، فيحصل الضرر عليه بذلك، مع مخالفة ما شرط له من الارتفاق، أو دل عليه الاطلاق، " والمؤمنون عند شروطهم إلا من عصى

(١) في " ك " تحمله.

وإن كان قرضاً، جاز أخذ العوض بسعر العراق. وإن كان غصباً، لم يجب دفع المثل، وجاز دفع القيمة بسعر العراق. والأشبه جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان، وبالقيمة الحاضرة عند الاعواز.

الله " (١). فالقول بالمنع من المطالبة عينا وقيمة أوجه. وهو الأشهر. قوله: " ولو كان قرضاً جاز أخذ العوض بسعر العراق ". لا شبهة في جواز أخذ عوض القرض إذا تراضيا عليه، لانتفاء المانع منه وهو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه. وإنما الكلام في وجوب دفع العوض في غير بلد القرض، لأن اطلاقه منزل على قبضه في بلده فليس للقرض المطالبة به في غيره، كما أنه لو بذله المقترض لم يجب عليه قبضه أيضاً، لما في نقله إلى ما عينه الشارع موضعاً للقبض من المؤنة. وإذا لم يجب عليه دفع عين الحق فكذا قيمته، لعدم وقوع المعاوضة عليها. وقد تقدم تحرير المقام فيما سبق (٣). والحكم واحد. واختار في المختلف وجوب دفع المثل وقت المطالبة، فإن تعذر فالقيمة ببلد القرض (٣). وفيهما معاً نظر.

قوله: " فإن كان غصباً لم يجب دفع المثل - إلى قوله - عند الاعواز ". القول الأول للشيخ (٤) (رحمه الله). وساوى بينه وبين القرض في الحكم. وما اختاره المصنف هو الأقوى، لأنه حق ثبت عليه بعدوانه فيعم كل مكان، وهو مؤاخذ بأسوأ (٥) الأحوال. ووجه وجوب القيمة عند الاعواز أنه وقت الانتقال من المثل إلى القيمة في المثلي واستقرب في المختلف (٦) في القيمة قول الشيخ، وهو قيمة بلد القرض، لأنه

(١) الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤. وليس فيه " إلا من عصى الله ".

(٢) في ص ٢٥٤.

(٣) المختلف: ٣٩٥.

(٤) المبسوط ٢: ١٢٣.

(٥) في " ك " بأشق.

(٦) المختلف: ٣٩٥.

السادسة: لو اشترى عينا بعين، وقبض أحدهما ثم باع ما قبضه، وتلفت العين الأخرى في يد بائعها، بطل البيع الأول، ولا سبيل إلى إعادة ما بيع ثانياً، بل يلزم البائع قيمته لصاحبه.
النظر الرابع: في اختلاف المتبايعين.
إذا عين المتبايعان نقداً وجب، وإن أطلقا انصرف إلى نقد البلد، إن كان فيه نقد غالب، وإلا كان البيع باطلاً. وكذا الوزن.

غصبه هناك، فإذا تعذر المثل وجب عليه قيمته فيه، ونقل ما اختاره المصنف هنا عن والده. ويشكل بما قلناه. ويحتمل وجوب أعلى القيم من حين الغصب إلى حين الدفع.

قوله: " لو اشترى عينا بعين... الخ "

إنما لم يفسخ البيع الثاني لأن العين المبيعة كانت ملكاً خالصاً للبائع، وإنما طرأ البطلان على العقد بعد انتقال العين فلا يؤثر فيما سبق من التصرفات، بل يلزم البائع الثاني دفع المثل إن كانت العين مثليه والقيمة إن كانت قيمته، كما لو تلف العين. وهل المعتبر قيمته يوم البيع، أو يوم تلف العين الأخرى؟ يحتمل الأول، لأنه وقت تعذر المثل، والثاني لأن القيمة حينئذ لم يكن لازمة للبائع، وإنما لزم بتلف العين الأخرى الموجب لبطلان البيع. وهو الأجود.

ويستفاد من ذلك أن تلف المبيع قبل قبضه إنما يبطل العقد من حينه لا من أصله وإلا لا سترد العين. وتظهر الفائدة في ذلك، وفي النماء.
قوله: " فإن كان فيه نقد غالب وإلا كان البيع باطلاً "

إذا تعدد النقد في البلد كان بمنزلة المشترك لا يحمل على أحد معانيه إلا بقرينة، فإن غلب أحد النقود حمل عليه، لأن الأغلبية تكون قرينة أحد أفراد المشترك، وإن تساوت ولم يعين بطل العقد، لعدم الترجيح واختلاف الغرض. ثم الغلبة قد تكون في الاستعمال، قد يكون في الإطلاق، بمعنى أن الاسم يغلب على أحدهما وإن كان غيره أكثر استعمالاً، كما يتفق ذلك في زماننا في بعض

فإن اختلفا فهنا مسائل:
الأولى: إذا اختلفا في قدر الثمن، فالقول قول البائع مع يمينه،
إن كان المبيع باقيا موجودا، وقول المشتري مع يمينه إن كان تالفا.

أسماء النقود. فإن اتفقت الغلبة فيهما فلا إشكال في الحمل عليه، وإن اختلفت بأن
أحدهما أغلب استعمالا، والآخر أغلب وصفا، ففي ترجيح أحدهما أو يكون
بمنزلة المتساوي نظرا إلى تعارض المرجحين نظر، وإن كان ترجيح أغلبية المتعارف
أوجه. وكذا القول في الكيل والوزن.
قوله: " إذا اختلفا في قدر الثمن... الخ "

هذا هو المشهور بين الأصحاب. بل ادعى عليه الشيخ الاجماع (١). وبه رواية
مرسلة عن الصادق عليه السلام، في الرجل يبيع الشيء، فيقول المشتري: هو بكذا
وكذا بأقل مما قال البائع؟ قال: " القول قول البائع إذا كان الشيء قائما بعينه مع
يمينه " (٢).

وهذه الرواية تدل بمنطوقها على الأول، وهو تقديم قول البائع مع قيام عين
المبيع. واستفيد الثاني من مفهومها، ولأنه موافق للأصل ولأنه لا قائل فيه بخلافه
مع القول في الشق الآخر بما دلت عليه. ومرسلها أحمد بن أبي نصر، وقد استثناه
بعض الأصحاب (٣) من المنع من المراسيل مع من استثنى. وعلى تقدير عدمه فهو
منجبر بالشهرة بين الأصحاب وعملهم بمضمونها.

واحتجوا له أيضا بأن المشتري مع قيام السلعة يدعي تملكها وانتقالها إليه بما
ادعاه من العوض والبائع ينكره، فيقدم قوله لأنه منكر. وأما مع تلفها فإن البائع
يدعي قدرا زائدا في ذمة المشتري وهو ينكره فيكون القول قوله.

(١) الخلاف ٣: ١٤٧ مسألة ٢٣٦.

(٢) الكافي ٥: ١٧٤، الفقيه ٣: ١٧١ ح ٧٦٥، التهذيب ٧: ٢٦ ح ١٠٩ و ٢٢٩ ح ١٠٠١ والوسائل

١٢: ٣٨٣ ب (١١) من أبواب أحكام العقود ح ١.

(٣) راجع عدة الأصول ١: ٣٨٦. ذكرى الشيعة: ٤.

وفيه نظر، لاتفاقهما على انتقال العين إلى المشتري وملكه لها، وإنما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمة المشتري، فلا وجه لتقديم قول البائع، بل المشتري هو المنكر في الموضوعين. فالمعتبر حينئذ هو النص.

وفي المسألة أقوال أخرى:

منها: أن القول قول من هي في يده، إلا أن يحدث المشتري فيه حدثا، فيكون القول قوله مطلقا. وهو خيرة ابن الجنيد (١). ونفى عنه البأس في التذكرة. (٢) ووجه الأول أن من ليس في يده يدعي انتزاعه بما يقربه من الثمن وذو اليد ينكر ذلك، فيكون القول قوله ترجيحا لذي اليد، فإن الخارج هو المدعي وأما حدث المشتري فهو دليل اليد. وفيه ما مر.

ومنها: أن القول قول المشتري مع قيام السلعة أو تلفها في يده، أو في يد البائع بعد الاقباض، والثمن معين، والأقل لا يغير أجزاء الأكثر. ولو كان مغايرا تخالفا وفسخ البيع. اختاره في المختلف (٣). واحتج على الأول بأن المشتري منكر، وعلى الثاني بأن التخالف في عين الثمن، وكل منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيتخالفان. وهذا القول يرجع إلى تقديم المشتري مطلقا حيث يكون الاختلاف في كمية الثمن - وسيأتي - وتغايره مع عدم تعيين الثمن خاصة، وظاهر (٤) أن مدخليته ضعيفة.

ومنها: أنهما يتخالفان مطلقا لأن كلا منهما مدع ومنكر، وذلك لأن العقد الذي

(١) راجع المختلف: ٣٩٥.

(٢) التذكرة ١: ٥٧٥.

(٣) راجع المختلف: ٣٩٥.

(٤) في "ه" فظاهر.

تضمن الأقل وتشخص به ينكره البائع، والعقد الذي تضمن الثمن الأكثر وتشخص به ينكره المشتري، فيكون هذا النزاع في قوة ادعاء كل منهما عقدا ينكر الآخر، فيتحالفان ويبطل البيع.

وفيه منع المغايرة الموجبة لما ذكر، لاتفاقهما على عقد واحد، وعلى انتقال المبيع إلى المشتري به، وثبوت الثمن الأقل في ذمته، وإنما يختلفان في الزائد وأحدهما يدعيه والآخر ينكره، فلا وجه للتحالف. وهذا القول احتمله العلامة في كثير من كتبه (١)، وصححه ولده في الإيضاح (٢)، ونسبه في الدروس إلى الندور مع أنه اختاره في قواعده (٤).

ومنها: أن القول قول المشتري مطلقا، لاتفاقهما على وقوع البيع وانتقال المبيع إلى المشتري. وإنما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمته، فيكون القول قوله في نفي الزائد مطلقا، لأنه منكر. وهذا القول لم يذكره أحد من أصحابنا في كتب الخلاف. وذكره العلامة في القواعد (٥) احتمالا. ونقله في التذكرة (٦) عن بعض العامة، وقواه. والذي يظهر أنه أقوى الأقوال، إن لم يتعين العمل بالأول، نظرا إلى الخبر أو الاجماع غير أن فيهما ما قد عرفت.

وتنقيح المسألة يتم بأمور:

الأول: هذا البحث كله إذا وقع النزاع بعد قبض المشتري، أو قبله مع بقاء عين المبيع. أما لو وقع بعد تلفه في يد البائع، فإن العقد يفسخ، ولا يظهر للنزاع

(١) المختلف: ٣٩٥ - ٣٩٦، القواعد ١: ١٥٤.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٥٢٠.

(٣) الدروس: ٣٥٢.

(٤) القواعد والفوائد ١: ٣٠٥ قاعدة ١٠٣.

(٥) القواعد ١: ١٥٤.

(٦) التذكرة ١: ٧٥٧.

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 والإقالة أو الفسخ بأحد وجوهه.

الثاني: موضع الخلاف أيضا ما لو كان الثمن في الذمة، ليمكن جريان الأقوال، فلو كان معيناً، كما لو قال البائع: بعثك بهذا العبد أو الدينار، فقال: بل بهذه الأمة أو الدراهم، فإنه يتعين التحالف قطعا، لأن كل منهما مدع ومنكر، وهو ضابط التحالف. وهذا لا يطلق عليه اختلاف في القدر، نعم قد يتفق التعيين الاختلاف في القدر، كما لو قال: بعثك بهذين الدينارين، أو الثوبين مثلا، فقال: بل بأحدهما معيناً، فإن الحكم فيه كالذمة، والأقوال جارية فيه. وبهذين الأمرين يظهر أن ما فصله العلامة في المختلف (١) يرجع إلى تقديم قول المشتري مطلقاً، فيكون موافقاً لما قواه في التذكرة (٢).

الثالث: على القول المشهور الفارق بين قيام العين وتلفها، لو كانت العين باقية لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالاً لازماً كالبيع والعتق والوقف والهبة اللازمة، فهل ينزل منزلة التلف أم لا؟ قيل بالأول لما تقدم من التعليل. وقد عرفت ما فيه. ولمساواته للتلف في الخروج عن حد الانتفاع بالنسبة إلى المشتري، فيكون تلفاً حكماً. ويشكل بمنع ذلك وكونه علة الحكم، فإن من الجائز كون التلف الحقيقي علة لقبول قول المشتري في الأول، نظراً إلى امتناع الرجوع إليها في اعتبار ما يدعيه، وصيرورته منكرًا بكل وجه، مع أن الحكم إنما تعلق في تقديم قول البائع على قيام العين من غير اعتبار بالعلة، وهو متحقق مع انتقالها عن ملكه بأي وجه فرض. ولو انتقلت انتقالاً غير لازم - كالبيع في زمن الخيار للبائع، والهبة قبل القبض، أو بعده حيث يجوز له الفسخ - ففي قيامه مقام التلف احتمالاً، وأولى بالعدم.

(١) المختلف: ٣٩٥.

(٢) التذكرة ١: ٥٧٥.

الرابع: لو تلف بعض المبيع خاصة أو انتقل عن ملكه، ففي تنزيه منزلة تلف الجميع، أو بقاء الجميع، أو إلحاق كل جزء بأصله احتمالات. وإن كان الأول أوجه، نظرا إلى عدم صدق قيام عين المبيع الذي هو مناط تقديم قول البائع، كما صرح به في الخبر (١)، ولأن هذا الحكم على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين وهو قيام جميع العين، ويبقى فيما عداه على الأصل من قبول قول المنكر وهو المشتري.

ولا ترد المعارضة بأن تقديم قوله مخصوص بتلف المبيع وهو غير متحقق، لأننا قد بينا أن هذا الحكم إنما أخذ من مفهوم الخبر لا من منطوقه. والتحقيق أنه أخص من المفهوم. وموضع النزاع داخل فيه، فإن ضابطه على ما اقتضاه المنطوق أنه متى لم تكن عين الشيء قائمة لا يكون القول قول البائع، وهو مفهوم الشرط المعبر عند المحققين، فيدخل فيه ما لو تلف البعض مضافا إلى ما حققناه من موافقته للأصل. الخامس: لو امتزج المبيع بغيره، فإن بقي التمييز فعينه قائمة، وإن لم يتميز احتمل بقاءه كذلك، لأنه موجود في نفسه وإنما عرض له عدم التمييز من غيره. والمفهوم من قيام عينه وجوده، خصوصا عند من جعل التلف في مقابلته، فإنه ليس بتالف قطعا. ويحتمل عدمه نظرا إلى ثبوت الوساطة وعدم ظهور عينه في الحسن، ويمنع إرادة الوجود من قيام العين.

وهذا كله مع مزجه بجنسه كالزيت يخلط بمثله، والنوع الواحد من الحنطة كالصفراء تخلط بمثلها، أما لو خلط بغير جنسه بحيث صار حقيقة أخرى كالزيت يعمل صابونا، فإنه حينئذ بمنزلة التالف. وأما تغير أوصافه بزيادة ونقصان، فلا يقدح في قيام عينه بوجه.

السادس: حيث حكمنا بالتحالف إما مطلقا، أو مع الاختلاف في عين الثمن، حلف كل منهما يمينا واحدة على نفي ما يدعيه الآخر، لا على إثبات ما

(١) المتقدم في ص: ٢٥٨ هامش رقم (٢).

يدعيه، ولا جامعة بين الأمرين، فإذا حلفا انفسخ العقد ورجع كل منهما إلى عين ماله إن كانت موجودة، ومثلها أو قيمتها أن كانت تالفة.

والبادي باليمين منهما من ادعي عليه أولا على سبيل الاستحقاق، فإن حلف الأول ونكل الثاني عن اليمين فإن قضينا بالنكول ثبت ما يدعيه الحالف، وإلا حلف يميننا ثانية على إثبات ما يدعيه. وإنما لم يكتف باليمين الجامعة مع تحقق فائدتها في مثل ذلك، لأن يمين الاثبات بعد النكول فلا يتقدم عليه.

السابع: إذا وقع الفسخ بالتحالف فهل يبطل العقد من أصله وينزل البيع منزلة المعدوم، أم من حين التحالف أو الفسخ؟ وجهان:

اختار أولهما العلامة في التذكرة (١) محتجا عليه بأن اليمين قد أسقطت الدعوى من رأس فكأنه لم يبيع، كما لو ادعى على الغير بيع شيء أو شراؤه فأنكر وحلف، فإن الدعوى تسقط، ويكون الملك باقيا على حاله، ولم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه.

ويشكل باتفاقهما على وقوع عقد ناقل للملك، أما في الثمن الموصوف فظاهر، وأما في المعين الذي أوجب التحالف لاختلافه، فالبيع أيضا متفق على انتقاله من البائع إلى المشتري، وإنما الاختلاف في انتقال الثمن المعين. فيمكن أن يتوجه ذلك في هذا الثمن دون المثلثين في الموضوعين. واختار ثانيهما في القواعد (٢)، وتبعه في الدروس (٣).

والتحقيق ما أشرنا إليه من أن البيع لا يبطل إلا من حينه، وأما الثمن فيبقى على حكم الملك بالحلف كما مثل به في التذكرة (٤). فالإطلاق في الموضوعين غير جيد.

(١) التذكرة ١: ٥٧٨.

(٢) القواعد ١: ١٥٤. ولكن ليس فيه تصريح بذلك فلعله استفاده من حكمه بالرجوع إلى القيمة بعد الانتقال. لاحظ جامع المقاصد ٤: ٤٤٦ - ٤٤٧.

(٣) الدروس: ٣٥٣.

(٤) التذكرة ١: ٥٧٥.

وتظهر فائدة القولين فيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين من المشتري بعقد لازم كالبيع وشبهه، أو خرجت عن ملكه بعق ووقف ونحوهما. فعلى الأول تبطل العقود وغيرها، وترجع العين إلى البائع. وبه قطع في التذكرة (١) تفريعاً على أصله. وعلى الثاني يرجع إلى القيمة يوم الانتقال. وبه قطع في القواعد (٢) تفريعاً على أصله. ولو تلف رجع بقيمته على القولين.

الثامن: لو تلف البعض أو انتقل عن ملك المشتري انتقالاً لازماً رجع البائع في الموجود قطعاً، وبقيمة التالف، وفي المنتقل الوجهان. وهذا بخلاف ما تقدم في البحث الرابع. والفرق أن الحكم هناك معلق في النص على قيام العين وهو غير متحقق مع تلف البعض، وهنا يرجع بالتحالف إلى ماله فيأخذ منه الموجود كيف كان وقيمة الذاهب.

ولو امتزج صار شريكاً

بالنسبة. ولو تعيب رجع بأرش العيب. ولو وجد العين مستأجرة أو مرهونة، انتظر انقضاء المدة، أو الفك. وفي تحيره بينه وبين القيمة معجلة وجه.

التاسع: لو اختلفا في قيمة التالف فالذي تقتضيه أصول المذهب قبول قول منكر الزائد مع يمينه، كما في نظائره حتى الغصب. وفيه قول آخر بتقديم قول المالك. وقد أغرب العلامة هنا، فحكم بالرجوع إلى قيمة مثله موصوفاً بصفاته (٣). وهو بأصول العامة أليق، نظراً إلى أن الوصف يفيد أهل الخبرة ظن القيمة فيكون مناسباً لرفع النزاع.

العاشر: الظاهر أن العقد يبطل بمجرد التحالف وإن لم يفسخه فاسخ. وبه قطع في التذكرة (٤) محتجاً بما أسلفناه عنه من أن يمين كل منهما تسقط دعوى الآخر،

(١) التذكرة ١: ٥٧٩.

(٢) القواعد ١: ١٥٤ و ١٥٥.

(٣) القواعد ١: ١٥٤ و ١٥٥.

(٤) التذكرة ١: ٥٧٨.

الثانية: إذا اختلفا في تأخير الثمن وتعجيله، أو في قدر الأجل، أو في اشتراط رهن من البائع على الدرك، أو ضميين عنه، فالقول قول البائع مع يمينه.

فيكون الملك باقيا على حاله، ولم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه. وهذا على القول ببطلانه من أصله. وأما على القول ببطلانه من حينه، فالظاهر أنه كذلك لانتفاء دعوى كل منهما بيمين صاحبه فينفسخ حينئذ، ولأن إمضاءه على وفق اليمينين متعذر، وعلى وفق أحدهما تحكم. وهو ظاهر فتوى القواعد (١).
وحكى في التذكرة (٢) عن الشافعي القائل بالتحالف وجهين في انفساخه به، أو توقفه على الفسخ.

وتوقف في الدروس (٣) في الوجهين، فعلى الثاني يفسخه المتعاقدان أو أحدهما، أو يرضى أحدهما بدعوى الآخر، أو يفسخه الحاكم إذا يئس من توافقهما وامتنعا من فسخه لثلا يطول النزاع. ثم إن توافقا على الفسخ، أو فسخه الحاكم، انفسخ ظاهرا وباطنا. وإن بدر أحدهما فإن كان المحق فكذلك، وإلا انفسخ ظاهرا.
قوله: " إذا اختلفا في تأخير الثمن وتعجيله... الخ "

لأنه في هذه المواضع كلها منكر. وذلك لأنهما اتفقا على صدور العقد وحصول الملك والتمن المعين، وإنما اختلفا في قدر زائد، والبائع ينكره فيقدم قوله في نفيه. وربما قيل بالتحالف هنا بناء على القول في المسألة السابقة لاشتراكهما في الوجه الذي اقتضاه، وهو دعوى امتناع العمل بالمتفق عليه، إذ ليس هناك متفق عليه، لأن أحدهما يسند الملك إلى سبب مخصوص، والآخر ينفيه ويسنده إلى سبب آخر، ففي الحقيقة الملك بقول أحدهما غير الملك بقول الآخر، وكل منهما مدع ومدعى عليه فيتحالفان.

(١) القواعد ١ : ١٥٤ .

(٢) التذكرة ١ : ٥٧٨ .

(٣) الدروس : ٣٥٢ - ٣٥٣ .

الثالثة: إذا اختلفا في المبيع، فقال البائع: بعثك ثوبا، فقال: بل ثوبين، فالقول قول البائع أيضا. فلو قال: بعثك هذا الثوب، فقال: بل هذا الثوب، فهاهنا دعويان، فيتحالفان وتبطل دعواهما.

وليس بواضح، لأن السبب الناقل للملك - وهو العقد - لا نزاع بينهما فيه ولا تعدد، وإنما الخلاف فيما صاحبه من الأمور المذكورة، وهو أمر خارج عن السبب. نعم، هو مقيد بما يذكر فيه منها، فما ثبت منها كان قيذا له، ولا يلزم من ذلك اختلافه، فتنازعهما يرجع إلى وجود تلك القيود وعدمه، فيقدم المنكر. وهذا بعينه آت في المسألة السابقة.

قوله: " لو اختلفا في المبيع... الخ ".

هذا النزاع نظير النزاع في قدر الثمن، ووجه تقديم قول البائع فيه من حيث إنه منكر لبيع الزائد مع اتفاقهما على أمره مشترك، وهو بيع الثوب الواحد. واحتمال التحالف آت هنا بتوجيهه السابق وجوابه.

ولا يخفى أن ذلك كله حيث لا يكون المتنازع معينا، كهذا الثوب فيقول المشتري بل هذان لغير المذكور، فإنه حينئذ يتعين القول بالتحالف. ولو كان الأول أحدهما فالقول قول البائع كالأول. وحيث لا يكون ذلك مستلزما للاختلاف في الثمن، كبعثك ثوبا بألف، فقال المشتري: بل ثوبين بألفين، فإنه يقوى التحالف أيضا، إذ لا مشترك هنا يمكن الأخذ به.

قوله: " فلو قال بعثك هذا الثوب... الخ ".

الحكم هنا واضح بعد الإحاطة بما سلف، فإذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه، فإن كان الثوب المذكور في يده وإلا انتزعه من يد المشتري. وإذا حلف المشتري على نفي ما يدعيه البائع، وكان الثوب في يده، لم يكن للبائع مطالبته به، لأنه لا يدعيه. وإن كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه، لأنه معترف بأنه للمشتري، وله ثمنه في ذمته. فإن كان البائع قد قبض الثمن رده على المشتري، ويأخذ الثوب قصاصا. وإن لم يكن قبضه أخذ الثوب قصاصا أيضا بذلك الثمن.

ولو اختلف ورثة البائع وورثة المشتري كان القول قول ورثة البائع
في المبيع، وورثة المشتري في الثمن.
الرابعة: إذا قال: بعتك بعبد فقال: بل بحر، أو بخل فقال: بل

ولو زاد فهو مال لا يدعيه أحد. كذا فصل في التذكرة (١). وعلى ما تقدم (٢) من
التفضيل في الفسخ ظاهرا وباطنا - على بعض الوجوه - ينتفي ذلك.
واعلم أن ضابط التحالف المقطوع به ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه
الآخر، بحيث لا يتفقا على أمر كما هنا. ومثله لو اختلفا في الثمن المعين، أو فيهما
معا. ومثله ما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الصلح.
ولو اتفقا على أمر، واختلفا في وصف زائد أو قدر، بحيث كانت الدعوى من
طرف واحد، حلف المنكر. ويتعدى ذلك إلى غير البيع من العقود اللازمة، كالصلح
والإجارة.

قوله: " ولو اختلف ورثة البائع... الخ ".
أي لو اختلفا في قدر الثمن أو المثلن فالقول قول ورثة البائع في قدر المبيع،
كما أن القول فيه قول مورثهم وقول ورثة المشتري في الثمن، وإن لم نقل به في مورثهم،
لأنهم منكرون، واقتصارا فيما خالف الأصل على مورده. وذهب جماعة من
الأصحاب (٣) إلى أن حكمهم حكم المورث في جميع الأحكام، وهو حسن. ولو قلنا
بالتحالف بين المورثين ثبت بين الورثة قطعا. ولو اختلف الورثة في عين المبيع أو عين
الثمن - حيث يثبت التحالف - فالحكم فيهم كذلك. فإطلاق المصنف تقديم قول
ورثة البائع في المبيع وورثة المشتري في الثمن منزل على ما ذكرناه.
قوله: " إذا قال: بعتك بعبد... الخ ".
نبه بقوله: " فالقول قول مدعي صحة العقد " على علة الحكم، وهو

(١) التذكرة ١: ٥٧٧.

(٢) في ص ٢٦٥.

(٣) راجع القواعد ١: ١٥٥، الدروس: ٣٥٢ والتنقيح الرئع ٢: ٣٤.

بخمر، أو قال: فسخت قبل التفرق وأنكره الآخر، فالقول قول من يدعي صحة العقد مع يمينه، وعلى الآخر البيينة.
النظر الخامس: في الشروط
وضابطه ما لم يكن مؤدياً إلى جهالة المبيع أو الثمن، ولا مخالفاً للكتاب والسنة.

أصالة الصحة في العقود، فإن الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة، فيكون قول مدعي الصحة موافقاً للأصل. وهذا يتم في المسألة الأولى. وأما الثانية فمدعي الفسخ لا ينكر صحة العقد بل يعترف به ويدعي أمراً آخر، لكن لما كان الأصل عدم طرو المبتل الموجب لاستمرار الصحة أطلق عليه الصحة مجازاً وأراد به بقائها.

وربما استشكل الحكم في الأول مع التعيين، كـ "بعتك بهذا العبد" فيقول: "بل بهذا الحر" فإن منكر نقل العبد إن كان هو المشتري فهو ينفي ثبوت الثمن في ذمته، وإن كان هو البائع فهو ينفي انتقال عبده عنه، فالأصل معهما في الموضعين، ولأنه يرجع إلى انكار البيع، فيقدم قول منكره. نعم، لو لم يعينا في الصورتين توجه ما ذكر.

قوله: "وضابطه ما لم يكن مؤدياً إلى جهالة المبيع... الخ".
ضمير "ضابطه" يعود إلى الشرط المدلول عليه بالشروط تضمننا. والمراد منه ما هو أخص من ذلك، وهو الشرط السائغ. وحينئذ فالعبارة لا تخلو من تكلف، فإن الشروط المعقود لها الباب أعم من الصحيحة والباطلة، والضابط مختص بالصحيح. والمراد أن ضابط ما يصح اشتراطه ما لم يكن مؤدياً إلى جهالة المبيع أو الثمن. وذلك كاشتراط تأجيل أحدهما مدة مجهولة، فإن للأجل قسطاً من الثمن، وهو مجهول فيتجهل العوضان.

وقوله: "ولا مخالفاً للكتاب والسنة" كان مغنياً عن ذكر المؤدي إلى جهالة العوضين، لاستلزامه الغرر المنهي عنه في السنة المطهرة. ومثال ما خالف الكتاب

ويجوز أن يشترط ما هو سائغ داخل تحت قدرته، كقسارة الثوب
وخياطته.
ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله
سنبلا، أو الرطب على أن يجعله تمرا.

والسنة - مع ما ذكر - اشتراط أن لا يبيعه، أو لا يعتقه، أو لا يطأ، أو لا يهب.
وضابطه ما ينافي مقتضى العقد، بأن يقتضي عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع
العقد من حيث هو هو يقتضيه ورتبه عليه. كذا حققه جماعة (١).
ويشكل باشتراط عدم الانتفاع زمانا معيناً، فإن مقتضى العقد إطلاق
التصرف في كل وقت، وباشتراط إسقاط خيار المجلس والحيوان وما شاكل كل ذلك مما
أجمع على حصة اشتراطه. وعبارة المصنف لا تنافي ذلك، لأن كل ما صح اشتراطه
فليس منافياً للكتاب والسنة.

قوله: " ويجوز أن يشترط ما هو سائغ... الخ ".
أي يشترط ذلك على البائع، فإن إطلاق العقد وإن لم يقتضه إلا أنه شرط
سائغ مقدور غير مناف لمقتضى العقد، فيدخل تحت عموم الأمر بالوفاء بالشرط (٢).
ومثله ما لو شرط البائع على المشتري قسارة ثوب معين، أو خياطته.
والمراد من شرطه المذكور تحصيل تلك المنفعة بنفسه أو بغيره، ليصح إطلاق
كونه مقدوراً، فلو شرط فعله بنفسه اعتبر في صحته قدرته عليه، بأن يكون عالماً
بالصنعة قادراً عليها. فإن عين زماناً لا يمكن فيه تحصيل الشرط فهو باطل، لأنه غير
مقدور.

قوله: " ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره - إلى قوله - على أن
يجعله سنبلاً ".

(١) راجع جامع المقاصد ٤: ٤١٤. وفي مفتاح الكرامة ٤: ٧٣٠ نسب ذلك إلى جماعة ولم يذكرهم.
(٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب ٦ من أبواب الخيار حديث ١، ٢، ٥ و ١٥: ٣٠ ب ٢٠ من أبواب المهور
ح ٤.

ولا بأس باشتراط تبقية.
ويجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه،

فإن ذلك غير مقدور للبائع، بل الله تعالى. ولا فرق في البطلان بين أن يشترط عليه أن يجعله هو أو الله تعالى، لاشتراكهما في عدم المقدورية. وفي بعض حواشي الشهيد (١) - رحمه الله - أن المراد به اشتراط أن يجعل الله الزرع سنبلًا، لا اشتراط أن يجعله البائع سنبلًا، فإن ذلك وإن باطلاً أيضاً إلا أنه غير مراد هنا، لأنهم إنما تعرضوا لما (٢) يجوز أن يتوهمه عاقل لا ما يمنعه. وهذا حسن إذا أرادوه، وإن اشترك الأمران في البطلان.
قوله: " ولا بأس باشتراط تبقيته "

لأن ذلك مقدور له. وهل يشترط تعيين المدة، أم يحال على المتعارف من البلوغ لأنه مضبوط عرفاً؟ الظاهر الاكتفاء بالثاني. وإطلاقهم يدل عليه.
قوله: " ويجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه "

إطلاق الحكم يشمل ما لو شرط عتقه من المشتري، وأطلقه، وشرطه عن البائع، وعن (٣) كفارة، وتبرعا، وبعوض. والحكم في الأولين إجماعي. وأما الثالث فقال في التذكرة: إنه يجوز أيضا عندنا، لأنه شرط لا ينافي الكتاب والسنة (٤). وفي القواعد (٥) يجوز اشتراطه مطلقا، أو عن المشتري. ومفهومه عدم الجواز عن البائع، وبه قطع في الدروس (٦). ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله: " لا عتق إلا في ملك " (٧)، والبائع ليس مالكا.

(١) حكاه عنه المحقق الكركي، راجع جامع المقاصد ٤: ٤١٦.

(٢) كذا في " ك " وفي غيرها يفرضوا.

(٣) في " ن " عن كفارة. ولعله أولى.

(٤) التذكرة ١: ٤٩٢.

(٥) قواعد الأحكام ١: ١٥٣.

(٦) الدروس: ٣٤٣.

(٧) الكافي ٦: ١٧٩ ح ٢، الفقيه ٣: ٦٩ ح ٢٣٢، التهذيب ٨: ٢١٧ ح ٧٧٤، الاستبصار ٤: ٥ ح ١٥، الوسائل ١٦: ٧ ب " ٥ " من كتاب العتق ح ٢ وفيه: " لا عتق إلا بعد ملك ".

وأما عتقه عن الكفارة، فإن كانت عن المشتري وشرط البائع عتقه عنها صح. وفائدة الشرط التخصيص لهذا العبد بالاعتاق. وإن لم يشترط (١) بني على أن العتق هل هو حق الله تعالى أو للبائع أو للعبد أو للجميع، فإنه من حيث إن فيه معنى القرية والعبادة يرجح الأول، ومن حيث الاشتراط من البائع وتعلق غرضه به وأن الشرط من جملة العوضين يدل على الثاني، ومن استلزامه زوال الحجر عن العبد وتحريره يكون حقا له. والتحقق أنه لا منافاة بين هذه الحقوق، فيجوز اجتماعها فيه. ويتفرع على ذلك المطالبة بالعتق، فمن كان له الحق فله المطالبة به.

وأما عتقه عن الكفارة (٢) فإن قلنا الحق فيه لله تعالى لم يجز، كالمندور. وإن قلنا إنه للبائع فكذلك إن لم يسقط حقه. وإن أسقطه جاز، لسقوط وجوب العتق حينئذ. وكذا إن قلنا إنه للعبد. وعلى ما اخترناه لا يصح مطلقا. وشرط العتق مستثنى من الشروط القابلة لاسقاط مستحقها. وأولى بالمنع لو كانت على البائع أو غيره. وأما عتقه تبرعا فلا شبهة في جوازه بشرط أن يكون بسبب مباح، فلو نكل به فاعتق لم يأت بالشرط، ويكون بمنزلة التالف. وظاهر الشرط يقتضي ايقاعه مباشرة اختيارا مجانا، فلو شرط عليه عوضا من خدمة وغيرها لم يأت به.

وحيث يفوت الشرط يتخير البائع بين فسخ البيع والامضاء كباقي الشروط، لكن لو فسخ هنا رجع إلى القيمة كالتالف أيضا، لبناء العتق على التغليب، مع احتمال فساده، لوقوعه على خلاف ما وجب. ويحتمل ضعيفا سقوط الشرط هنا ونفوذ العتق.

وهل يشترط وقوعه من المشتري مباشرة، أم يكفي وقوعه مطلقا؟ وجهان. وتظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق، فعلى الأول يحتمل بطلان البيع، لأن شرط

(١) كذا في النسخ والظاهر وإن لم يعتق.
(٢) كذا في جميع ما لدينا من النسخ. ولعل الصحيح عتقه عن غير الكفارة. فيكون المفروض اشتراط عتقه عنها مع أن المشتري أعتقه عن غيرها.

أو يدبره، أو يكاتبه. ولو شرط أن لا خسارة، أو شرط ألا يعتقها، أو لا يطأها، قيل: يصح البيع ويبطل الشرط.

العتق مستحق عليه، فلا يجوز نقله إلى غيره، وصحته مع تخير البائع. ثم إن أعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ وقدر كالتالف، وإلا أخذه. وعلى الثاني يصح، كما لو أعتقه بوكيله. والذي يدل عليه الاطلاق والحكم في باقي الشروط أنه لا يقتضي مباشرتها بنفسه إلا مع التعيين، وهذا الشرط لا يزيد على غيره. قوله: "أو يدبره".

فإن شرط تدبيراً مطلقاً أو معيناً تعين، وإن أطلق تخير بين المطلق والمقيد. فإن اختار الثاني، كتعليقه بوفاته في هذه السنة ولم يتفق الشرط، وجب عليه التدبير ثانياً، لأن الغرض ترتب العتق ولم يحصل، مع احتمال عدمه، لقيامه بالشرط المطلق. وهل يجوز للمشتري الرجوع في هذا التدبير؟ يحتمله نظراً إلى أصله، وعدمه التفاتاً إلى وجوب الوفاء بالشرط، وعدم حصول غرض البائع، والرجوع به إبطال له، وهو ينافي صحة الشرط. ولو أحل المشتري بالتدبير تخير البائع بين فسخ البيع والامضاء، فيرجع بالتفاوت، كما سيأتي في شرط العتق (١). قوله: "أو يكاتبه".

فيتخير المشتري مع الاطلاق بين الكتابة المطلقة والمشروطة، ومع التعيين يتعين ما شرط. وكذا القول في الأجل والقدر. ولو تشاح المشتري والعبد فيه رجع إلى القيمة السوقية، فلا يجب على المشتري النقصان عنها. ولو طلب الزيادة أجبر على القيمة إن أمكن، وإلا تخير البائع بين الفسخ والامضاء. وفي جواز رجوعه في المشروطة عند عجزه وجهان، نظراً إلى الأصل، والوفاء بالشرط، مع احتمال براءة المشتري من الشرط لو فائه به، والفسخ طار سائغ له شرعاً. قوله: "ولو شرط أن لا خسارة... الخ". أي شرط ألا خسارة على المشتري لو باع المبيع فحسر، بل يكون على البائع،

(١) يأتي اشتراط العتق في ص ٢٧٤

ولو شرط في البيع أن يضمن انسان بعض الثمن أو كله صح البيع والشرط.

تفريع

إذا اشترط العتق في بيع المملوك فإن أعتقه فقد لزم البيع، وإن امتنع كان للبائع خيار الفسخ.

فإن هذا الشرط باطل، لمنافاته لمقتضى العقد وثبوت الملك. وكذا القول في شرط البائع عدم عتق المشتري ووطئه.

وهل يبطل البيع أيضا أم يختص البطلان بالشرط؟ قولان أجودهما الأول، لأن التراضي لم يقع إلا على المجموع من حيث هو مجموع، فإذا بطل بعضه وامتنع نفوذه شرعا انتفى متعلق التراضي فيكون الباقي تجارة لا عن تراض. ووجه صحة البيع أن التراضي قد تعلق بكليهما، فإذا امتنع أحدهما بقي الآخر. وهو مذهب الشيخ (١) (رحمه الله). والقولان آتيان في كل بيع تضمن شرطا فاسدا. ومثله ما شابهه من العقود اللازمة.

قوله: " ولو شرط في البيع أن يضمن انسان بعض الثمن أو كله صح البيع والشرط "

لأن ذلك وإن لم يقتضه العقد لكنه شرط يعود على المتعاقدين فيه مصلحة كالأجل، فيصح اشتراطه، للعموم. ومثله اشتراط ضمين للبائع على بعض المبيع أو كله لو كان سلما، بل غير حاضر مطلقا.

ويشترط تعيين الضامن بالمشاهدة أو الوصف، كرجل موثر ثقة، ونحو ذلك، أو يميزه بنسبه، فلو أطلق بطل على الأقوى. ويحتمل الجواز، ويحمل على ما دل عليه الوصف. ومثله ما لو شرط رهنا على أحدهما. ولو هلك المعين منهما أو مات، فإن كان بعد الرهن أو الضمان لم يؤثر، ولو كان قبله ثبت الفسخ لمن شرط له، لفوات الشرط.

قوله: " إذا شرط العتق في بيع المملوك... الخ "

(١) المبسوط ٢: ١٤٨، الخلاف ٣: ١٥٧ مسألة ٢٤٩.

ظاهرة ثبوت الخيار بمجرد امتناع المشروط عليه وإن قدر المشروط له على إجباره على الوفاء. وهو أحد القولين في المسألة. ووجه أصالة عدم وجوب الوفاء وللمشروط له وسيلة إلى التخلص بالفسخ. ففائدة الشرط حينئذ جعل البيع اللازم عرضة للزوال عند فقد الشرط، ولزومه عند الاتيان به. والقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، وعدم تسلط المشروط له إلا مع تعذر تحصيله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد (١)، " والمؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله " (٢). وهذا هو الأجود. فعلى هذا لو امتنع من الوفاء ولم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليجبره، إن كان مذهبه ذلك، فإن تعذر فسخ.

ولشيخنا الشهيد (رحمه الله) في بعض تحقیقاته تفصیل ثالث (٣)، وهو أن الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافيا في تحققه ولا يحتاج بعده إلى صيغة، فهو لازم لا يجوز الاخلال به، كشرط الوكالة في عقد الرهن ونحوه. وإن لم يكن كافيا في تحققه بل يحتاج إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم المشروط فيه جائزا، كشرط رهن شيء على الثمن، فإنه لا يصير رهنا بمجرد الشرط، بل لو جعله رهنا لم يصح، لعدم لزوم الثمن لذمة المشتري حينئذ الذي هو شرط صحة الرهن، بل لا بدله من صيغة أخرى بعد البيع. وجعل السر فيه أن اشتراط ما العقد كاف في تحققه كجزء من الايجاب والقبول، فهو تابع لهما في الجواز واللزوم، واشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن. وبذلك يندفع التعجب من أن اشتراط الجائز في اللازم يجعل

(١) المائدة: ١.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥ والوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤. وليس فيها (إلا من عصى الله).

(٣) لم نعثر عليه.

وإن مات العبد قبل عتقه كان البائع بالخيار أيضا.

الجائز لازما، واشتراط اللازم في اللازم يجعل اللازم جائزا. وهذا التفصيل حسن، وهو أجود من القول بجوازه مطلقا لكن القول باللزوم مطلقا أجود، لما أسلفناه. واعلم أن الخيار المذكور حيث يثبت فهل هو على الفور أو التراخي؟ وجهان، تقدم مثلهما ووجههما (١). وأصالة عدم الفورية بعد ثبوت أصل الخيار يرجح الثاني. قوله: " وإن مات العبد قبل عتقه كان البائع بالخيار أيضا ". لا إشكال في ثبوت الخيار مع موته، فإن اختار الفسخ رجع بجميع القيمة، ورد الثمن إن كان قبضه. إنما الكلام فيما لو اختار الامضاء، هل يرجع على المشتري بما يقتضيه شرط العتق من القيمة، فإنه يقتضي نقصانا من الثمن، أم يلزم مع الإجازة ما عين من الثمن خاصة؟ ذهب العلامة (٢) وجماعة (٣) إلى الأول، لاقتضاء الشرط نقصانا ولم يحصل. ويظهر من الدروس (٤) الثاني، محتجا عليه بأن الشروط لا يوزع عليها الثمن. ورد بأن الثمن لم يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا له، وإنما الشرط محسوب مع الثمن، وقد حصل باعتباره نقصان في القيمة. وطريق تداركه ما ذكر.

وطريق معرفة ما يقتضيه الشرط أن يقوم العبد بدون الشرط، ويقوم معه، وينظر التفاوت بين القيمتين، وينسب إلى القيمة التي هي مع شرط العتق، ويؤخذ من المشتري - مضافا إلى الثمن - بمقدار تلك النسبة من الثمن. فلو كانت قيمته بدون الشرط مائة، ومعه ثمانين، فالتفاوت بعشرين نسبتها إلى الثمانين الربع، فيؤخذ

(١) راجع ص: ٢٠٤.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٥٣.

(٣) راجع المهذب البارع ٢: ٤٠٣ وحاشية المحقق الكركي على الشرايع: ٣٣٥ - ٣٣٦ " مخطوط ".

(٤) الدروس: ٣٤٣.

النظر السادس: في لواحق من أحكام العقود.
الصبرة لا يصح بيعها إلا مع المعرفة بكيورها أو وزنها. فلو باعها أو
جزاء منها مشاعا مع الجهالة بقدرها لم يجوز. وكذا لو قال: بعتك كل قفيز
منها بدرهم، أو بعتكها كل قفيز بدرهم.
ولو قال: بعتك قفيزا منها أو قفيزين مثلا صح.

من المشتري مقدار ربع الثمن مضافا إليه، وذلك هو الذي تسامح به البائع في مقابلة
شرط العتق.

وإن اختار الفسخ والرجوع بالقيمة ففي اعتبار وقتها أو وجه، أجودها يوم
التلف، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، إذ قبلها كان الحكم متعلقا بالعين، ولأن ضمان
العين لا يقتضي ضمان القيمة مع وجودها، فلا ينتقل إلى القيمة إلا وقت القيمة.
وثانيها يوم القبض، لأنه أول دخول في ضمان المشتري. وثالثها أعلى القيم من حين
القبض إلى التلف، لأنه في جميع ذلك مضمون عليه. وقد ظهر من وجه الأول جواب
الآخرين.

قوله: " وكذا لو قال: بعتك كل قفيز منها بدرهم أو بعتكها كل قفيز
بدرهم "

وجه البطلان في الأول واضح، لعدم العلم بقدر المبيع مطلقا، لأن مرجع هذا
العقد إلى تخير المشتري في أخذ ما شاء منها، بحيث يكون ضابط سعر ما يأخذه أن
كل قفيز منه بدرهم، فإن أخذ قفيزا لزمه درهم، وإن أخذ قفيزين لزمه درهمان،
وهكذا. ولا فرق في البطلان بهذا الوجه بين كون الصبرة معلومة أو مجهولة.
وأما الثاني فوجه بطلانه مع الجهالة بقدر الصبرة أنه لا يعلم قدر ما يشتمل
عليه من المقادير المذكورة، فيكون غررا حال البيع وإن علم بعد ذلك. وللشيخ (١) -
رحمه الله - قول بجواز البيع حينئذ، لأن التقدير المذكور يزيل الغرر، والمشهور

(١) الخلاف ٣: ١٦٢ مسألة ٢٥٩.

وبيع ما يكفي فيه المشاهدة جائز، كأن يقول: بعتك هذه الأرض،
أو هذه الساحة، أو جزءا منها مشاعا.
ولو قال بعتكها كل ذراع بدرهم لم يصح، إلا مع العلم بذرعانها.
ولو قال: بعتك عشرة أذرع منها وعين الموضع جاز، ولو أبهمه لم

خلافه. نعم، لو باعه عددا معيناً من المكيل كعشرة أقفزة منها مع علمها باشمالها
عليه صح. ولا فرق حينئذ بين المعلومة القدر والمجهولة. ولو كانت معلومة القدر
وباعها كل قفيز بدرهم صح أيضا.

والحاصل أن المعلومة يصح بيعها جملة، وجزءا منها مشاعا ومعينا، وبيعها كل
قفيز بكذا، والمجهولة لا يصح بيع شيء مما ذكر، سوى الجزء المعين الذي علم
اشتمالها عليه، وأن بيع كل قفيز من الصبرة بكذا باطل مطلقا.
قوله: " وبيع ما يكفي فيه المشاهدة جائز... الخ "

نبه بالمثل على أن الأرض يكفي فيها المشاهدة وإن لم تمسح، وهو أشهر القولين
وأقربهما، ومثلها الثوب. ويظهر من الخلاف (١) المنع فيهما. ونقل بعض تلامذة
المصنف - رحمه الله - أن الساحة في العبارة بالجيم، قال. ولا يجوز بالحاء المهملة.
قوله: " ولو قال بعتكها... الخ "

لما اكتفى في الأرض بالمشاهدة أمكن كونها مجهولة الأذرع حال البيع، فإذا
باعها كل ذراع بدرهم ولا يعلم قدر ذرعانها لم يصح من حيث الجهل بكمية الثمن،
وإن كانت هي معلومة على وجه يصح البيع. وهذا هو الفارق بينها وبين الصبرة
المعلومة حيث صح بيعها كل قفيز بدرهم، لأن معلوميتها إنما تكون من جهة الكيل
فيستلزم العلم بقدر الثمن. ولو اكتفينا بالمشاهدة فيها - كما ذهب إليه ابن الجنيد (٢)
- اشترط في بيعها كل قفيز بدرهم معرفة ما يشتمل عليه منه.
قوله: " ولو قال بعتك عشرة أذرع منها وعين الموضع جاز، ولو أبهمه
لم يجز "

(١) ظاهر الخلاف ٣: ١٩٨ مسألة " ٤ " من باب السلم.

(٢) حكاه عنه الشهيد في الدروس: ٣٣٦.

يجز، لجهالة المبيع، وحصول التفاوت في أجزائها، بخلاف الصبرة. ولو باعه أرضا على أنها جربان معينة فكانت أقل فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع وبين أخذها بحصتها من الثمن، وقيل: بل بكل الثمن، والأول أشبه.

يمكن أن يريد بتعيين الموضع تعيين المبدأ والمنتهى، والجواز حينئذ موضع وفاق. ويمكن أن يريد به تعيين مبدأ البيع، سواء أضاف إليه تعيين المنتهى أم لا، لارتفاع الجهالة في الجملة بسبب التعيين المذكور وضبط الأذرع. وفي صحته حينئذ خلاف، والأجود الصحة. ومثله القول في الثوب، وقد تقدم. ويجب تقييد الصحة بتساوي الأرض أو تقاربها، وإلا فالبطلان أجود. قوله: " ولو باعه أرضا على أنها جربان معينة - إلى قوله - والأول أشبه "

القول الأول مذهب الأكثر، ووجهه أن المبيع مقدر بقدر معين ولم يحصل ذلك القدر، فيقسط الثمن عليه وعلى الفئات إن اختار المشتري الامضاء. وله الفسخ لفوات بعض المبيع، وهو لا يقصر عن فوات وصف. ويشكل التقسيط بأن الفئات لا يعلم قسطه من الثمن، لأن المبيع مختلف الأجزاء، فلا تمكن قسمته على عدد الجربان. ووجه الثاني أن المبيع الذي تناولته الإشارة هو الأرض المعنية لا غير، فإن رضي بها أخذها بما وقع عليه عقدها من الثمن، لأن العقد وقع عليه. وعلى الأول لو لم يعلم البائع بالنقصان هل يثبت له الخيار أيضا؟ يحتمله، لأنه لم يرض إلا ببيعها بالثمن أجمع ولم يسلم له. وعلى تقدير الثبوت هل يسقط ببذل المشتري جميع الثمن؟ يحتمله، لحصول ما رضي به - وبه قطع في المختلف (١) - وعدمه، لثبوت الخيار فلا يزول بذلك، كالغبن لو بذل الغابن التفاوت. وللشيخ (٢) قول ثالث بأن البائع إن كان له أرض تفي بالناقض بجنب الأرض

(١) المختلف: ٣٩٠.

(٢) النهاية: ٤٢٠.

ولو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ والإجازة بكل الثمن، وكذا كل ما لا يتساوى أجزاؤه.
ولو نقص ما يتساوى أجزاؤه، ثبت الخيار للمشتري بين الرد، وأخذه بحصته من الثمن.

المبيعة فعليه الاكمال منها، وإلا أخذه المشتري بجميع الثمن أو فسخ. واستند في ذلك إلى رواية (١) لا تنهض حجة في ذلك.
قوله: " ولو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ والإجازة بكل الثمن "

وجهه أن المبيع هو العين الشخصية الموصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعين، وفوات الوصف لا يخرج الجميع (٢) عن كونه مبيعا.
نعم، يتخير البائع لفوات الوصف. ويحتمل كون الزيادة للبائع، فيتخير المشتري بين الفسخ والرضا في الباقي بجميع الثمن.
واستقرب في المختلف (٣) تخير البائع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم القدر المشروط، فإن رضي بالجميع فلا خيار للمشتري، لأنه زاده خيرا، وإن اختار الثاني تخير المشتري بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى، فإن رضي بالأخذ فالبائع شريك له. ثم احتمل حينئذ تخيره لتضرره بالشركة، وعدمه لأنه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن، فإذا وصل إليه الثمن في البعض كان أولى، ولأن الضرر حصل بتقريره. ويحتمل بطلان البيع من رأس، لأن البائع لم يقصد بيع الزائد، والمشتري لم يقصد شراء البعض، وهذه آتية في متساوي الأجزاء كالحنطة.
قوله: " ولو نقص ما يتساوى أجزاؤه... الخ "

وجه ذلك قد علم ما سبق في مختلف الأجزاء. ويزيد هنا أن التقسيط ممكن

(١) الفقيه ٣: ١٥١ ح ٦٦٣، التهذيب ٧: ١٥٣، الوسائل ١٢: ٣٦١ ب ١٤ من أبواب الخيار.

(٢) في " ك " المبيع.

(٣) المختلف: ٣٩١.

ولو جمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد بثمان واحد، كبيع وسلف، أو إجازة وبيع، أو نكاح وإجازة، صح، ويقسط العوض على قيمة المبيع وأجرة المثل ومهر المثل.

بسبب تساوي الأجزاء. ويشكل بما مر أيضا من أن مجموع الثمن المقابل لمجموع الثمن هو ذلك الموجود، غاية ما في الباب أنه لم يعلم النقصان. واختار العلامة في القواعد (١) تساوي المسألتين في طرفي الزيادة والنقصان في الحكم بتخير البائع أو المشتري بين الفسخ والامضاء بالجميع. وهو متجه. قوله: " ولو جمع شيئين مختلفين... الخ "

لا خلاف عندنا في صحة ذلك كله، لأن الجميع بمنزلة عقد واحد، والعوض فيه معلوم بالإضافة إلى الجملة، وهو كاف في انتفاء الغرر والجهالة، وإن كان عوض كل منهما بخصوصه غير معلوم حال العقد. وكون كل واحد بخصوصه بيعا في المعنى (٢)، أو بعضه (٣) إجازة أو غيرها، الموجب لعوض معلوم، لا يقدر لأن لهذا العقد جهتين، فبحسب الصورة هو عقد واحد، فيكفي العلم بالنسبة إليه. ثم إن احتيج إلى التقسيط قسط على ما ذكر، لأن العوض المبدول في مقابلة المتعبد إنما بذل في مقابلة كل واحد، كما لو باع أمتعة متعددة في عقد واحد بثمان واحد.

واعتبار ثمن المثل وأجرته موضع وفاق، أما مهر المثل فربما استشكل بما سيأتي - إنشاء الله تعالى - من أن المفوضة ترجع إلى مهر السنة لو زاد مهر المثل عنه، وهنا لما لم يتعين لها مهر مقدر ابتداء اشبهت المفوضة، فيحتمل كونها كذلك، ولا يتم إطلاق مهر المثل. والأصح اعتباره مطلقا، لأنها ليست مفوضة بل مسماة المهر، غايته

(١) قواعد الأحكام ١: ١٥٣.

(٢) في " ن " المعين.

(٣) لم ترد كلمة بعضه في " ب ". والظاهر أن الصحيح ما أثبتناه وقوله " كل واحد بخصوصه " ناظر إلى المثل الأول فقط.

وكذا يجوز بيع السمن بظروفه. ولو قال: بعتك هذا السمن بظروفه كل رطل بدرهم كان جائزا.

عدم العلم بقدر ما يخصه ابتداء. وعلى تقدير التفويض فالرجوع إلى مهر السنة - على تقدير زيادة مهر المثل - في موضع المنع. قوله: " وكذا يجوز بيع السمن بظروفه... الخ "

لا بد في المسألتين من معرفة وزن الظرف والمظروف جملة، وإنما يمتازان بأن تقسيط (١) الثمن عليهما في الأولى على ثمن مثلهما، وفي الثانية عليهما باعتبار الوزن. وتظهر الفائدة لو كان كل واحد منهما لواحد، أو ظهر أحدهما مستحقا، وأريد معرفة ما يخص كل واحد منهما. فعلى الأول يقسط الثمن على ثمن مثلهما، بأن يقال: قيمة الظرف مثلا درهم، وقيمة السمن تسعة، فيخص الظرف عشر الثمن كائنا ما كان. وعلى الثاني يوزن الظرف منفردا وينسب إلى الجملة، ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة.

(١) كذا في " و " وفي سائر النسخ يقسط.

الفصل الخامس
في أحكام العيوب
من اشترى مطلقاً أو بشرط الصحة اقتضى سلامة المبيع من
العيوب، فإن ظهر فيه عيب سابق على العقد فالمشتري خاصة الخيار بين
فسخ العقد أو أخذ الأرش.
ويسقط الرد بالتبري من العيوب.

قوله: " من اشترى شيئاً مطلقاً أو بشرط الصحة اقتضى سلامة المبيع
من العيوب " .

اشتراط الصحة يفيد مجرد التأكيد، لأن الاطلاق يقتضي السلامة، لأنها
الأصل في الأعيان، فإذا ظهر عيب تخير كما سيأتي. وربما قيل: إن فائدة اشتراط
الصحة جواز الفسخ وإن تصرف لو ظهر عيب، يفيد فائدة زائدة على الاطلاق،
كاشتراط الحلول.

قوله: " ويسقط الرد بالتبري من العيوب " .

لا فرق في ذلك بين علم البائع والمشتري بالعيوب، وجهلهما، والتفريق، ولا
بين الحيوان ولا غيره، ولا بين العيوب الباطنة وغيرها عندنا، ولا بين الموجودة حالة العقد
والمتجددة التي توجب رداً أو أرشاً. ولا يقدر في الثاني كون البراءة مما لم يجب بعد،
لأن التبري إنما هو من الخيار الثابت بسببها (١) بمقتضى العقد لا بالعيوب.
وهل يدخل المتجدد بعد العقد وقبل القبض، أو في زمن خيار المشتري، في
البراءة السابقة المطلقة؟ وجهان، من العموم، ومن أن مفهومه التبري من الموجود
حال العقد.

(١) في " ك " سببها

وبالعلم بالعيب قبل العقد، وباسقاطه بعد العقد وكذا الأرش.
ويسقط الرد بإحداثه فيه حدثا كالعقق وقطع الثوب، سواء كان قبل
العلم بالعيب أو بعده

قوله: " وبالعلم بالعيب قبل العقد "

أي علم المشتري به قبله، فإن قدومه عليه حينئذ رضا بالعيب.
قوله: " وباسقاطه بعد العقد "

أي إسقاط المشتري خيار العيب. ولا يختص بلفظ، بل كل ما عليه من
الألفاظ كاف فيه. وبه يسقط الرد والأرش، لأنهما متعلق الخيار ولازمه، فإذا أسقط
الملزوم تبعه اللازم. ولو قيد الاسقاط بأحدهما اختص به.
قوله: " وكذا الأرش "

عطف قوله " ويسقط الرد " الشامل للمواضع الثلاثة. والحكم في الأولين
مطلق، أما الأخيرة فإنما ينتفيان مع الاطلاق أو التصريح بالتعميم، أما لو خص
أحدهما اختص بالحكم، كما قلناه.

قوله: " ويسقط بإحداثه فيه حدثا كالعقق وقطع الثوب سواء كان قبل
العلم أو بعده "

نبه بالمثالين على أنه لا فرق في الحدث بين الناقل عن الملك وغيره. وقد تقدم
تفضيله في باب الخيار (١). ومنه ركوب الدابة ولو في طريق الرد، وحلبها، ونقلها إلى
بلده البعيد (٢)، دون سقيها وعلفها. ولو توقف ردها على ركوبها لجماحها بحيث يعسر
قودها وسوقها، لم يقدر ركوبها.

ونبه بقوله: " سواء كان قبل العلم أو بعده " على خلاف ابن حمزة (٣) حيث
جعل التصرف بعد العلم مانعا من الأرش كما يمنع من الرد. وهو ضعيف، إذ لا

(١) في ص ٢٠٠ - ٢٠١ و ٢١٢ - ٢١٣.

(٢) كذا في " ك " وفي " ه " البلد البعيدة. وفي " ب " و " ن " بلدة البعيدة وفي " و " بلدها البعيدة. ويحتمل
أن يكون الصحيح بلدة بعيدة.

(٣) الوسيلة: ٢٥٧.

وبحدوث عيب بعد القبض. ويثبت الأرش. ولو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد.

دلالة للتصرف على إسقاطه. والأصل يقتضي بقاءه. نعم، يدل على الالتزام بالعقد فيسقط الرد.

قوله: " وبحدوث عيب بعد القبض " .

فإنه مانع من الرد بالعيب السابق، دون الأرش. ولا فرق في العيب الحادث بين كونه من جهة المشتري أو غير جهته. ويستثنى منه ما لو كان المبيع حيوانا وحدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري، فإنه حينئذ لا يمنع من الرد ولا الأرش، لأنه حينئذ مضمون على البائع. والظاهر أن كل خيار مختص بالمشتري كذلك. قوله: " ويثبت الأرش " .

في الصورتين. ويثبت أيضا في صورتين أخريين، إحداهما: إذا اشترى من يعتقد عليه، فإنه يعتقد بنفس الملك، ويتعين الأرش لو ظهر معيبا. وفي رده إلى صورة التصرف تكلف. والثانية: ما تقدم من إسقاطه الرد دون الأرش. وقد ينعكس الحكم في بعض الموارد، فيثبت الرد دون الأرش، كما لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح، أو بقيت القيمة، كما لو ظهر العبد خصيا، فإن المشتري يتخير بين الرد أو الإمساك مجانا.

ولو حصل مانع من الرد، كحدوث عيب وتصرف، سقط الأمان معا. ويشكل حينئذ الصبر على العيب والرد، فإنهما إضرار. ويمكن ترجيح البقاء اعتبارا بالمالية، وهي باقية. وكما لو اشترى ربويا بجنسه وظهر عيب من الجنس، فله الرد دون الأرش، حذرا من الربا. ومع التصرف يسقطان - كما مر - على الأشكال. قوله: " ولو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد " .

فيتخير بينه وبين الأرش على المشهور، لأن ضمان البائع للجملة قبل القبض يقتضي ضمان الأجزاء. وشرط الشيخ (١) - في رجوع المشتري حينئذ بالأرش

(١) الخلاف ٣ ١٠٩ مسألة ١٧٨.

وإذا أراد بيع المعيب فالأولى اعلام المشتري بالعيب، أو التبري من العيوب مفصلة. ولو أجمل جاز.

رضا البائع به، مدعيا فيه الاجماع، وهما ممنوعان وحمل على أنه أراد به اجماع العامة. وهو حمل بعيد.

قوله: " وإذا أراد بيع المعيب فالأولى اعلام المشتري بالعيب أو التبري من العيوب مفصلة "

الأصل في " الأولى " أن يكون على وجه الاستحباب. وهو يتم في العيب الظاهر، وهو الذي يمكن للمشتري أن يطلع عليه. أما الخفي كشوب اللبن بالماء فالأقوى وجوب الاعلام به. وقد تقدم تحريمه.

ومقتضى جعله التبري قسيما للاعلام أنه لو تبرى من العيب الخفي مجملا أو مفصلا سقط وجوب الاعلام أيضا وتبرى به - وبه صرح في الدروس (١) - وإن كان قد فعل محرما.

ويشكل في مزج اللبن بالماء، فإن الماء ليس من جنس اللبن، وقد باعه على أنه لبن، فينبغي بطلان البيع فضلا عن البراءة، لأن المبيع المقصود غير معلوم القدر للمشتري. ولو قيل بالصحة نظرا إلى أن الجملة معلومة القدر، كما لو باع ماله ومال غيره، فيبقي عدم سقوط الخيار. قوله: " ولو أجمل جاز "

المراد بالاجمال ذكرها مطلقة أو عامة، كبرئت من عيبه، أو من جميع العيوب، أو من العيوب، فإنه يتناول كل عيب نظرا إلى العموم. وخالف فيه بعض الأصحاب (٢) فحكم بأنه لا يبرأ بإجمال العيوب، لأنه يبيع مجهول. وهو ضعيف، إذ لا جهل مع المشاهدة واعتبار ما يجب اعتباره في صحة البيع، والعيب الحاصل فيه غير مانع من صحة البيع.

(١) الدروس: ٣٦٤.

(٢) راجع المذهب ١: ٣٩٢.

وإذا ابتاع شيئين وعلم بعيب في أحدهما لم يجز رد المعيب منفردا، وله ردهما أو أخذ الأرش. وكذا لو اشترى اثنان شيئا كان لهما رده أو إمساكه مع الأرش، وليس لأحدهما رد نصيبه دون صاحبه.

قوله: " وإذا ابتاع شيئين صفقة - إلى قوله - وله ردهما وأخذ الأرش ".
لما يتضمن رد أحدهما خاصة من ضرر تبعض الصفقة على البائع، فلا يندفع إلا بردهما معا، إن لم يتصرف فيهما ولا في أحدهما، أو بأخذ أرش المعيب. ومتى تصرف في أحدهما - وإن كان الصحيح - سقط رد المعيب، لأنهما بمنزلة مبيع واحد. قوله: " وكذا لو اشترى اثنان شيئا - إلى قوله - دون صاحبه ".
هذا هو المشهور بين الأصحاب. ووجهه ما تقدم من التعيب بالتشقيص، مع أنه عقد واحد. وذهب الشيخ (١) وجماعة إلى جواز التفرق هنا، للعموم، ولجريانه مجرى عقدين بسبب تعدد المشتري، فإن التعدد في البيع يتحقق بتعدد البائع، وتعدد المشتري، وتعدد العقد، ولأن التعيب جاء من قبله حيث باع من اثنين. وهذا إنما مع علمه بالتعدد. ولو قيل بجواز التفرق مع علمه بالتعدد دون جهله كان وجها - واختاره في العلامة في التحرير (٣) - وإن كان القول بالجواز مطلقا متوجها.

وينبغي على القول به أن يثبت للبائع الخيار في الباقي، لتبعض الصفقة، مع جهله بالتعدد. ولا فرق على القولين بين تعدد العين واتحادها، ولا بين أن يقتسما قبل التفرق وعدمه. ولو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحدة معينة، وعلم البائع بالحال وباعهما في عقد واحد، فجواز التفرق هنا أوضح، وإن أمكن تمشي الخلاف فيه، نظرا إلى اتحاد العقد.
هذا كله إذا ظهر العيب في المبيع. أما لو ظهر العيب في الثمن، فإن كان في جميعه فلا إشكال في التخيير، وإن كان في بعضه ففي جواز رده خاصة - نظرا إلى ما

(١) المبسوط ٢: ٣٥١، الخلاف ٣: ٣٣ مسألة ١٠ كتاب الشركة.
(٢) راجع السرائر ٢: ٣٤٥، إيضاح الفوائد ١: ٤٩٤، جامع المقاصد ٤: ٣٣٤.
(٣) التحرير ١: ٢٧٤.

وإذا وطئ الأمة ثم علم بعيبها لم يكن له ردها. فإن كان العيب حبالاً جاز له ردها، ويرد معها نصف عشر قيمتها لمكان الوطئ. ولا تردد مع الوطئ لغير عيب الحبل.

ادعى من أن العقد في قوة التعدد بسبب تعدد المشتري - وجه. وربما اختاره بعض الأصحاب.

ويضعف بأن التعدد بالنسبة إليه غير واضح. والفرق بين المبيع والثلث أن المشتري الذي يرد إنما يرد تمام حصته، فيكون كأنه رد تمام المبيع، نظراً إلى تعدده بالنسبة إليه. وهذا لا يأتي في الثلث، لأن البائع إذا رده إنما يرده عليهما معاً، إذ الفرض كونه مشتركاً بينهما، فإذا رد المعيب فقد رد على مستحقه بعض حقه وبقي البعض الآخر عنده، وهو ممتنع. نعم، لو دفع كل من المشتريين جزءاً من الثلث متميزاً، واشترى بالمجموع شيئاً مشتركاً، فظهر بأحدهما عيب، وكان المعيب متساوياً لحصته صاحبه، اتجه جواز رده خاصة لمالكه، لتحقق التعدد.

واعلم أن هذا الحكم كله فيما لو تعدد المشتري، أما لو تعدد المستحق للمبيع مع اتحاد المشتري ابتداءً، كما لو تعدد وارث للمشتري الواحد فإنه ليس لهم التفرق، لاتحاد الصفقة، والتعدد طار، مع احتمالته.

قوله: " وإذا وطئ الأمة ثم علم بعيبها - إلى قوله - لغير عيب الحبل ".
تحرير هذه المسألة يتوقف على مقدمات:

الأولى: إن تصرف المشتري في المبيع المعيب يمنع من رده وإن جاز له أخذ الأرش.

الثانية: إن الحمل في الأمة عيب، سواء شرط خلوها من الحمل أم لا، لأن ولادتها تشتمل على الحظر، وهو نقص محض، إن قلنا إن الحمل لا يدخل في بيع الأمة كما هو المشهور، وإلا كان نقصاً من وجه وزيادة من وجه. وهو كاف في ثبوت الخيار أيضاً.

الثالثة: إن الوطي تصرف، بل هو من أقوى أنواع التصرف، فالأصل فيه أن

يكون مانعا من الرد.

الرابعة: إن وطى المالك حال الوطي لا يستعقب عليه ضمانا للبضع، لأنه تصرف في ماله، وإن فسخ في المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه المجوزة له. الخامسة: إن المولى لو وطى أمته جاز له بيعها مع عدم تبين الحمل. ثم إن ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع، لكونها أم ولد. وهذه المقدمات كلها إجماعية. السادسة: إن وطى أمة الغير جهلا بتحريمه يوجب على الواطي عشر قيمتها إن كانت بكرا، ونصف العشر إن كانت ثيبا، لدلالة النصوص (١) على هذا التقدير. السابعة: إن الفسخ بالعيب يبطل العقد من حينه لا من أصله، لتحقق الملك بالعقد، وجواز الاستمرار عليه، فلا معنى لرفع ما قد ثبت. إذا تقررت هذه المقدمات فنقول: إذا اشترى أمة وتصرف فيها ثم علم فيها بعيب سابق لم يحز له ردها، بل يتعين الأرش. لكن وردت النصوص (٢) هنا باستثناء مسألة، وهي: ما لو كان العيب جبلا، وكان التصرف بالوطي، فإنه حينئذ يرد لها ويرد معها نصف العشر، لمكان الوطي. وهذا الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدمات من حيث جواز الرد مع التصرف وفي وجوب شيء على المشتري، مع أنه وطى أمته، وفي إطلاق وجوب نصف العشر، مع أن ذلك عقر الثيب، والمسألة مفروضة فيما هو أعم منها.

ولأجل هذه المخالفات التجأ بعض الأصحاب (٣) إلى حملها على كون الحمل من المولى البائع، فإنها تكون حينئذ أم ولد ويكون البيع باطلا، والوطي في ملك الغير جهلا فيلزم فيه العقر. وإطلاق نصف العشر مبني على الأغلب من كون الحمل مستلزما للثيبوبة، فلو فرض - على بعد - كونها حاملا بكرا كان اللازم العشر.

(١) الوسائل ١٢: ٤١٦ ب " ٥ " من أبواب أحكام العيوب ح ٤.

(٢) الوسائل ١٢: ٤١٦ ب " ٥ " من أبواب أحكام العيوب ح ١، ٨، ٩.

(٣) راجع المختلف: ٣٧٣.

وفي هذا الحمل دفع لهذه الاشكالات، إلا أنه مدافع لاطلاق النصوص بالحمل، وبنصف العشر، من غير تقييد بكونه من المولى وكونها ثيبا. وفيه أيضا أنه لا وجه لتقييد التصرف بكونه بالوطني، بل اللازم حينئذ الرد على كل حال، لبطلان البيع. وليس تقييد الحمل المطلق في النصوص الصحيحة وفتوى أكثر الأصحاب، وكون المردود نصف العشر خاصة، أولى من استثناء هذا النوع من التصرف من بين سائر التصرفات.

وكون المنفعة مضمونة على المشتري، إما بناء على أن الفسخ يبطل العقد من أصله، نظرا إلى أن العيب يقتضي تنزيل العقد، فمع اختيار الرد يكشف لنا عن عدم الملك، وأن العقد موقوف على اختيار الرضاء بالعيب، أو أن ضمان المنفعة قد وجد في المصرة المردودة، على ما سيأتي (١). ويكفي في التخصيص بكون المردود نصف العشر موافقة للغالب الأكثر من كون الحامل لا تكون بكرا.

وبالجملة فالعدول عن ظواهر هذه النصوص الكثيرة - مع عمل أكثر الأصحاب بها - لمناسبة الأصول غير واضح. وعلى هذا فيكون الرد على وجه الجواز لا اللزوم إن لم يكن الحمل من المولى، ويختص بالوطني. وهل تلحق به مقدماته من اللمس والقبلة والنظر بشهوة؟ وجهان، من الأولوية، واستلزامه لها غالبا، ومن الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النص. وتوقف في الدروس (٢). وله وجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها وبين الوطني. ولو اختص التصرف بها فاللاحاق به من باب مفهوم الموافقة أوجه، وإن كان استثنائها مطلقا متوجها، للملازمة. وهل يختص الحكم بالوطني المتعارف في القبل أم يعم الدبر؟ وجهان،

(١) في ص ٢٩٢.

(٢) الدروس: ٣٦٤.

القول في أقسام العيوب
والضابط أن كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب.
فالزيادة كالإصبع الزائدة، والنقصان كفوات عضو، ونقصان الصفات
كخروج المزاج عن مجراه الطبيعي، مستمرا كان كالممرض،.

أجودهما الإلحاق، لأنه وطى في الجملة، فيتناوله النص (١). وهل الواجب معه العشر
أو نصفه؟ وجهان أيضا، من صدق وطى البكر الموجب للعشر، ومن أن الظاهر المتبادر
إلى الفهم تعليقه بإزالة البكارة، وهو بينها وبين الثيب. والأجود الثاني، عملا
بإطلاق الأمر بالنصف في النص معلقا على الوطي، فيتناول صورة النزاع.
ولو كان العيب غير الحبل فلا رد مع الوطي، اقتصارا على موضع اليقين، كما
أنه لو تصرف بغيره فلا رد وإن كان العيب الحمل.
قوله: " والضابط أن كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو
عيب " .

المراد بأصل الخلقة الموجود في خلقه أكثر النوع الذي يعتبر فيه ذلك بالنظر إلى
الذات والصفات. ولا يعتبر مع ذلك كون الزائد أو الناقص موجبا لنقصان المالية،
لاطلاق النص (٢)، والاتفاق على أن الخصاء عيب مع إيجابه زيادة المالية، وكذا عدم
الشعر على الركب، وهو واقعه ابن أبي ليلى مع محمد بن مسلم (٣). وزاد العلامة (٤)
على الضابط قيد كونه موجبا له، مع موافقته على ما ذكرناه مما لا يوجب. فعدم القيد

-
- (١) المتقدم في ص ٢٨٨.
(٢) الوسائل ١٢: ٤١٠ ب " ١ " من أبواب أحكام العيوب.
(٣) الكافي ٥: ٢١٥ ح ١٢، التهذيب ٧: ٦٥ ح ٢٨٢، الوسائل ١٢: ٤١٠ ب ١ من أبواب أحكام
العيوب.
(٤) التحرير ١: ١٨٢.

أو عارضا ولو كحمى يوم. وكل ما يشترطه المشتري على البائع مما يسوغ فأخل به يثبت به الخيار، وإن لم يكن فواته عيبا، كاشتراط الجعودة في الشعر والتأشير في الأسنان، والزجج في الحواجب.

وهاهنا مسائل:

الأولى: التصرية تدليس يثبت به الخيار بين الرد والامسك.

قوله: "أو عارضا ولو كحمى يوم".

المعروف من حمى يوم أنها التي يأتي في يوم من الأيام وتذهب فيه ثم لا تعود، فلو عادت كل يوم لم تسم حمى يوم بل حمى الورد، أو يوما بعد يوم فحمى الغب إلى آخر الأسبوع. وحينئذ فثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بأن يشتريه فيجده محموما، أو يحم قبل القبض، فإنه يجوز له الفسخ وإن ذهبت عنه الحمى في ذلك اليوم. وليس المراد بها ما يفوت يوما معيناً من الأسبوع، كما فسره بعضهم، فإن تلك لا تسمى حمى يوم، ولا ما يأتي كل يوم، كما مر.

قوله: "والتأشير في الأسنان".

في الصحاح: تأشير الأسنان تحزيزها وتحديد أطرافها (١). والزجج دقة في الحاجبين وطول، وزججت المرأة حاجبها: دققته وطولته (٢). وإطلاق اشتراط ذلك يقتضي كونه خلقيا لا متكلفا. نعم لو شرط ما يشمل التكلفي صح، وثبت له الخيار لو وجدته على الخلاف.

قوله: "التصرية تدليس".

التصرية مصدر قولك: صريت، إذا جمعت، من الصري وهو الجمع، تقول صرى الماء في الحوض ونحوه إذا جمعه (٣)، وصريت الشاة تصرية إذا لم تحلبها أياما

(١) الصحاح ٢: ٥٧٩ مادة "أشر".

(٢) الصحاح ١: ٣١٩ مادة "زجج".

(٣) معجم مقاييس اللغة ٣: ٣٤٦.

ويرد معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذر، وقيل: يرد ثلاثة أمداد من طعام.

حتى يجتمع اللبن في ضرعهما، والشاة مصراة (١). وتسمى المصراة محفلة (٢) أيضا وهو من الحفل وهو الجمع، ومنه قيل للجمع محفل. والمراد ههنا أن تربط أخلاف (٣) الشاة ونحوها ولا تحلب يومين أو أكثر فيجتمع اللبن بضرعها، ويظن الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه كل يوم، فيرغب في شرائها بزيادة.

والأصل في تحريره - مع الاجماع - النص عن النبي صلى الله عليه وآله، وهو من طرق العامة (٤)، وليس في أخبارنا تصريح به، لكنه في الجملة موضع وفاق. والتدليس تفعيل من الدلس - محركا - وهو الظلمة، كأن المدلس بمخادعته آت في الظلمة. (والمراد به إخفاء عيب السلعة) (٥). قوله: "ويرد... الخ".

"مع التعذر" قيد في المردود وبقسميه وهما المثل والقيمة، أي يرد مثل اللبن مع تعذره لأنه مثلي، فإن تعذر فقيمه وقت الدفع ومكانه، فإنه وقت الانتقال إلى القيمة في المثلي.

والمراد باللبن الموجود حال البيع، لأنه جزء من المبيع، فإذا فسخ البيع رده كما يرد المصراة. أما المتجدد بعد العقد ففي وجوب رده وجهان، من إطلاق الرد في الأخبار، ومن أنه نماء المبيع الذي هو ملكه، والعقد إنما يفسخ من حينه، وهو الأقوى. فعلى هذا لو امتزج الموجود حالته بالمتجدد صار شريكا ورجعا إلى الصلح.

(١) راجع الصحاح ٦: ٢٦٠٠ مادة "صري" ومعجم مقاييس اللغة ٣: ٣٤٦.

(٢) الصحاح ٤: ١٦٧١ مادة "حفل".

(٣) وردت في نسخة "ن" و"و" و"و" و"ك" هذه العبارة في الحاشية: "الأخلاف جمع خلفه - بكسر المعجمة وسكون

اللام وبالفاء - حلمة الضرع" منه رحمه الله في "ن". وفي "و": بخطه قدس سره.

(٤) سنن أبي داود. ٣: ٢٧٠ ح ٣٤٤٤، سنن ابن ماجه ٢: ٧٥٣ ح ٢٢٣٩، والسنن الكبرى ٥: ٣١٨ -

٣١٩. راجع أيضا معاني الأخبار ص ٢٨٢. الوسائل ١٣: ٣٦٠ ب "١٣" من أبواب الخيار.

(٥) في نسخة "ك" و"و" و"و".

وتختبر بثلاثة أيام.

والمراد بتعذر رد اللبن عدمه أصلاً، أما لو تغير في ذاته أو صفته، بأن عمله جبناً أو حمض ونحو ذلك، ففي الانتقال إلى بدله، أو رده مع الأرش إن أوجب نقصاً، وجهان، أجودهما الثاني. ولو عمل فيه عملاً قبل العلم بالعيب صار شريكاً بنسبته.

والقول برد المثل أو القيمة مع التعذر هو مقتضى ضمان الأموال حيث لا دليل على ما يخالفه. والقول برد ثلاثة أمداد من طعام للشيخ (١) - رحمه الله - استناداً إلى رواية (٢). وله قول آخر برد صاع من تمر أو صاع من بر (٣)، لأن ذلك هو المنصوص عن النبي صلى الله عليه وآله في حكم المصرة (٤)، إلا أنه ليس من طرفنا، فالرجوع إلى الأصول المتفق عليها أولى. قوله: "وتختبر بثلاثة أيام".

يريد أنه إذا لم يعلم كونها مصراً تختبر بثلاثة أيام، فإن اتفقت فيها الحلبات اتفاقاً تقريبياً لا يخرج عن العادة بحسب حالها في نفسها ومكانها فليست مصراً، وإن اختلفت الحلبات في الثلاثة، بأن كانت ما عدا الأولى أقل، فهي مصراً. وكذا لو كان بعضها ناقصاً والآخر زائداً عن الأولى أو مساوياً.

هذا كله إذا لم يثبت كونها مصراً بغير الاختبار، فلو ثبت بإقرار البائع أو البيعة جاز الفسخ قبل الثلاثة لكن بشرط النقصان، فلو تساوت أو زادت هبة من الله تعالى فالأشهر زوال الخيار الزوال الموجب له، مع احتمال بقاءه. ومثله ما لو لم يعلم بالعيب حتى زال، أو لم تعلم الأمة بالعتق حتى مات الزوج، أو طلق. وحيث ثبتت التصرية بالاختبار فالخيار بعد الثلاثة بلا فصل على الفور،

-
- (١) لم نجده فيما لدينا من كتب الشيخ (ره) راجع التنقيح الرائع ٢: ٨٠ ومفتاح الكرامة ٤: ٦٤٧.
(٢) الكافي ٥: ١٧٣ ح ١، التهذيب ٧: ٢٥ ح ١٠٧، الوسائل ١٢: ٣٦٠ ب "١٣" من أبواب الخيار ح ١.
(٣) المبسوط ٢: ١٢٥.
(٤) البخاري ٣: ٩٢.

وتثبت التصرية في الشاة قطعا، وفي الناقة والبقرة على تردد.
ولو صرى أمة لم يثبت الخيار، مع إطلاق العقد.
وكذا لو صرى البائع أتانا.

وبالاقرار أو البينة يمتد بامتداد الثلاثة، بشرط عدم التصرف بغير الاختبار. وفي
كلام الأصحاب في هذا المقام اختلاف كثير، والمحصل ما ذكرناه.
قوله: " وتثبت التصرية... الخ "

وجه التردد من عدم النص عندنا ظاهرا على هذا الحكم، لكن الشاة محل
وفاق، فيحتمل إلحاق الناقة والبقرة بها لمساواتهما لها في العلة الموجبة للخيار، وهي
كون اللبن مقصودا مع التدليس. وادعى الشيخ (١) الاجماع على إلحاقها بها، فإن
ثبت فهو الحجة، وإلا ففي إثبات الحكم المخالف للأصل بغير نص ولا إجماع
إشكال.

وطرد ابن الجنييد (٢) الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي. وفي بعض
الأخبار من طرق العامة (٣) ما يدل عليه. وهو مناسب لمقابلة (٤) المدلس. وفي
الدروس أنه ليس بذلك البعيد (٥).

قوله: " ولو صرى أمة لم يثبت الخيار مع إطلاق العقد ".
لعدم النص، وكون التصرف مانعا منه. نعم، مع الشرط يثبت الخيار إن لم
يتصرف ولو بالحلب، وإلا فالأرش. ويفهم من العبارة ثبوته وإن تصرف به، كما في
المصراة.

قوله: " وكذا لو صرى البائع أتانا " .

(١) الخلاف ٣: ١٠٥ مسألة ١٧٠.

(٢) حكاه عنه في المختلف: ٣٧٢.

(٣) راجع سنن النسائي ٧: ٢٥٤، وسنن أبي داود ٣: ٢٧١ ح ٣٤٤٦.

(٤) في " و " المعاملة.

(٥) الدروس: ٣٦٣.

ولو زالت تصرية الشاة وصار ذلك عادة قبل انقضاء ثلاثة أيام
سقط الخيار. ولو زال بعد ذلك لم يسقط.
الثانية: الثبوتية ليست عيبا.

هي - بفتح الهمزة - الحمارة، ولا يقال فيها أتانة. والحكم فيها كالأمة من حيث
عدم النص، وكون زيادة اللبن غير مقصود غالبا، إلا مع الشرط فيلزم حكمه.
قوله: " ولو زالت التصرية... الخ ".
هذا يتوجه إذا كان ثبوت التصرية بغير الاختبار، أما به فقد تقدم أنها لا تعلم
إلا بمضي الثلاثة. وأما زوال التصرية بعد الثلاثة فيمكن فيه فرضها بالاختبار أيضا،
بأن ينقص اللبن في الثلاثة ثم يزيد بعدها على الحد الذي كان أولا، فإنه لا يسقط
الخيار السابق لسبق استقراره. وقد تقدم أن الخيار حينئذ يكون بعد الثلاثة بلا فصل
على الفور، فيجب أن يحمل بقاءه في هذه الصورة على وجه لا ينافي الفورية، بأن
يصح الفسخ الفوري بعدها وإن تحقق الزوال بعد ذلك، بمعنى أن الزيادة المتجددة
لا تكون كاشفة عن بطلان الاختيار ولا مبطله له. ويمكن مصاحبته لزمانها في جاهل
الفورية والخيار.

قوله: " الثبوتية ليست عيبا " .

هكذا أطلق الأصحاب والأكثر من غيرهم، نظرا إلى أن أكثر الإماماء لا يوجدن
إلا ثيبات، فكانت الثبوتية بمنزلة الخلقة الأصلية وإن كانت عارضة. ويشكل ذلك
في الصغيرة التي ليست محل الوطي، فإن أصل الخلقة والغالب في مثلها البكارة،
فينبغي أن تكون الثبوتية عيبا. نقل مثل ذلك في التذكرة عن بعض الشافعية، ونفى
عنه البأس (١)، وهو كذلك. بل يمكن القول بكونها عيبا مطلقا، نظرا إلى الأصل.
وهو ظاهر ابن البراج (٢).

(١) التذكرة ١: ٥٣٩.

(٢) راجع المهذب ١: ٣٩٥، والمنقول من كامله في المختلف: ٣٧٢. ولكن مورد كلامه الاشتراط.

نعم لو شرط البكارة فكانت ثيبا كان له الرد إن ثبت أنها كانت ثيبا. وإن جهل ذلك لم يكن له الرد، لأن ذلك قد يذهب بالخطوة. الثالثة: الإباق الحادث عند المشتري، لا يرد به العبد. أما لو أبق عند البائع كان للمشتري رده.

قوله: " نعم لو شرط البكارة فكانت ثيبا... الخ " لا ريب أن البكارة وصف مقصود للعقلاء فيصح اشتراطه. ويثبت بمخالفته التخيير بين الرد والامسك لفوات الشرط، إن ثبت أنها كانت ثيبا حال البيع بالبينة أو إقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار من زمان البيع بحيث لا يمكن تجدد الثيبوبة فيه. وهل يثبت له الأرش مع اختيار الامسك؟ الأقوى ذلك، لأن فواته مما يؤثر في نقصان القيمة تأثيرا بينا. ويحتمل العدم، لأن الأرش جزء من الثمن، وهو لا يوزع على الشروط. وذهب بعض الأصحاب (١) إلى عدم التخيير بفوات البكارة مطلقا، والمشهور الأول.

ولو انعكس الفرض بأن شرط الثيبوبة فظهرت بكرا، فالأقوى تخيره أيضا بين الرد والامسك لكن بغير أرش، لجواز تعلق غرضه بذلك، كعجزه عن البكر. وقيل لا رد هنا لزيادة قيمة البكر.

قوله: " إلا باق الحادث عند المشتري لا يرد به العبد... الخ " ظاهر العبارة الاكتفاء في عيب الإباق بوقوعه مرة عند البائع، وبه صرح في التذكرة (٢). وشرط بعض الأصحاب اعتياده ذلك (٣)، وهو أقوى. وأقل ما يتحقق بمرتتين. ولا يشترط في جواز الرد به إباقه عند المشتري، بل متى تحقق ذلك عند البائع جاز الرد. ولو تجدد الإباق عند المشتري في الثلاثة من غير تصرف فهو كما لو وقع عند البائع.

(١) منهم الشيخ في النهاية: ٣٩٤، وابن البراج في المهذب ١: ٣٩٥.

(٢) التذكرة ١: ٥٣٨.

(٣) في مفتاح الكرامة ٤: ٦١٥ بعد نقل هذا القول: " ولم أجد هذا القائل ".

الرابعة: إذا اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر ومثلها تحيض كان ذلك، عيباً، لأنه لا يكون إلا لعارض غير طبيعي.
الخامسة: من اشترى زيتاً أو بزراً فوجد فيه ثفلاً، فإن كان مما جرت العادة بمثله. لم يكن له رد ولا أرش، وكذا إن كان كثيراً وعلم به.

قوله: " إذا اشترى أمة لا تحيض... الخ ".
الحكم بكون ذلك عيباً مذهب الأكثر، وهو موافق للأصل من كون ذلك وصفاً مطلوباً يترتب عليه قبول الحمل وصحة المزاج.
واستدلوا عليه بصحيفة داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة، فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر، وليس بها حمل. قال: إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد به " (١).

وفي دلالة على اعتبار ستة أشهر نظراً، فإنه عليه السلام إنما علق الحكم على حيض مثلها وأراد به نفي الصغر واليأس، وإن كان ذلك مستفاداً من إثبات إلا دراك ونفي كونه عن كبر، فإن من المعلوم أن مثلها تحيض في تلك المدة وأقل منها، والسؤال وقع عن تأخر الحيض ستة أشهر، والجواب لم يتقيد به، وحينئذ فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد كان حسناً. ويظهر من ابن إدريس نفي الحكم رأساً (٢). والحق خلافه.

قوله: " من اشترى زيتاً أو بزراً... الخ ".
البرز - بكسر الباء وفتحها - زيت الكتان، وأصله محذوف المضاف أي دهن البرز والثفل - بالضم - والثافل ما استقر تحت الشيء (من كدره) (٣). والحكم باستثناء

(١) الكافي ٥: ٢١٣ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٥ ح ١٣٥٧، التهذيب، ٧: ٦٥ ح ٢٨١ والوسائل ١٢: ٤١٣ ب " ٣ " من أحكام العيوب.
(٢) السرائر ٢: ٣٠٤ - ٣٠٥.
(٣) في " ٥ " .

السادسة: تحمير الوجه ووصل الشعر وما شابهه تدليس يثبت به الخيار دون الأرش. وقيل: لا يثبت به الخيار، والأول أشبه. القول في لواحق هذا الفصل وفيه مسائل:
الأولى: إذا قال البائع: "بعت بالبراءة" وأنكر المبتاع فالقول قوله مع يمينه، إذا لم يكن للبائع بينة.

ما جرت العادة به لا شبهة فيه، لأن مثل ذلك ليس عيبا، لاقتضاء طبيعة الدهن كون ذلك فيه غالبا.

وربما أشكل الحكم فيما لو كان كثيرا وعلم به، باعتبار الجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر، والمشاهدة في مثل ذلك غير كافية. وربما اندفع بأن معرفة مقدار الجميع كافية، كما في معرفة مقدار السمن بظروفه جملة من دون العلم بالتفصيل.

قوله: "تحمير الوجه ووصل الشعر... الخ".

القول بعدم الخيار في ذلك وشبهه للشيخ - رحمه الله - في الخلاف (١)، محتجا عليه بوجوب الوفاء بالعقد، فيحتاج الخيار إلى دليل ولم يثبت كون هذه الأشياء عيوباً. والأكثر على ثبوت الخيار بذلك، لأنه تدليس، ولأن الأغراض تختلف في ذلك، فربما رغب المشتري فيما شاهده أولا ولم يسلم له، وهو الأجود. نعم، لو شرط أحد هذه فظهر بالخلاف تخير بين الرد والامسك إجماعاً. وكيف كان فلا أرش له، لأنه ليس عيباً.

قوله: "إذا قال البائع: بعتك بالبراءة - إلى قوله - فالقول قوله مع يمينه".

(١) الخلاف ٣: ١١١ مسألة: ١٨٣.

الثانية: إذا قال المشتري: " هذا العيب كان عند البائع فلي رده " وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه، إذا لم يكن للمشتري بينة ولا شاهد حال يشهد له.

الثالثة: يقوم المبيع صحيحا ومعيبا، وينظر في نسبة النقيصة من القيمة، فيؤخذ من الثمن بنسبتها.

لأصالة عدم التبري. ومثله ما لو ادعى عليه العلم بالعيب. وزاد في التذكرة (١) دعواه عليه التقصير في الرد، وهو يتم في خيار فوري لا في خيار العيب. قوله: " إذا قال المشتري هذا العيب كان عند البائع فلي رده وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه... الخ "

أي قول البائع، لأصالة عدم التقدم. والمراد بشاهد الحال نحو زيادة الإصبع، واندمال الجرح، مع قصر زمان البيع بحيث لا يحتمل تأخره عادة. ويعتبر كونه مفيدا للقطع، فيقدم قول المشتري بغير يمين. ولو شهد الحال للبائع كذلك، كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع، فلا يمين عليه أيضا. وحيث يفتقر البائع إلى اليمين يحلف على القطع بعدم العيب، لا على عدم العلم، إن كان اختبر المبيع قبل البيع، واطلع على خفايا أمره، كما يشهد بالقطع على الاعسار، وبالعدالة وغيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر. ولو لم يكن اختبره ففي جواز حلفه على القطع، عملا بأصالة العدم، واعتمادا على ظاهر السلامة، نظر. واستقرب في التذكرة (٢) هنا الاكتفاء بالحلف على نفي العلم. وهو حسن، لاعتضاده بأصالة عدمه التقدم، فيحتاج المشتري إلى إثباته.

قوله: " يقوم المبيع - إلى قوله - فيؤخذ من الثمن بنسبتها ". أشار بذلك إلى كيفية معرفة قدر الأرش حيث يثبت. وهو تارة يكون للمشتري بأن يجده معيبا، وتارة يكون للبائع بأن يفسخ بخياره بعد تعيبه في يد المشتري عيبا

(١) التذكرة ١ : ٥٤١.

(٢) التذكرة ١ : ٥٤١.

فإن اختلف أهل الخبرة في التقويم عمل على الأوسط.

مضمونا. وقوله: " ويؤخذ من الثمن بنسبتها " يتم في الأول دون الثاني، لأن البائع لا يأخذ من الثمن، بل يأخذ تفاوت ما بين القيمتين. وفي قوله: " وينظر في نسبة النقيصة " وقوله: " بنسبتها " حذف تقديره إلى قيمته صحيحا، وإلى قيمة الصحيح، فإن النسبة ممكنة إلى القيمتين معا. والمعتبر هو قيمة الصحيح.

وإنما احتيج إلى هذه النسبة لجواز اختلاف الثمن والقيمة، فلو أخذ تفاوت ما بين القيمتين لأمكن أخذ الثمن والمثمن، كما إذا كان الثمن خمسين، وقوم المبيع صحيحا بمائة، ومعينا بخمسين، فعلى اعتبار النسبة يؤخذ نصف الثمن وهو خمسة وعشرون، ولو أخذ التفاوت كان مجموع الثمن. وما أطلقه المتقدمون من أخذ تفاوت ما بين المعيب والصحيح مبني على الغالب من بيع الشيء بقيمته. والأمر الضابط ما ذكر من اعتبار النسبة.

والمعتبر في قيمته صحيحا حالة العقد، لأنه حين الانتقال إلى ملك المشتري، ووقت استحقاق الأرش. ويحتمل حين القبض، لأنه حين استقرار الملك، وانتقال الضمان، إذ المبيع قبله معرض للانفساخ لو حصل التلف. ويضعف بأن ذلك لا دخل له في اعتبار القيمة، مع كون استحقاق الأرش قبله. وقوى الشيخ (١) اعتبار أقل الأمرين من قيمته يوم العقد والقبض، أخذا من العلتين. وهو ضعيف قوله: " فإن اختلف أهل الخبرة في التقويم عمل على الأوسط ".

المراد بالأوسط قيمته منتزعة من مجموع القيم، نسبتها إليه كنسبة الواحد إلى عدد تلك القيم. فمن القيمتين نصف مجموعهما، ومن الثلاث ثلثه، وهكذا. وإنما اعتبر ذلك لانتفاء الترجيح لقيمة على أخرى، ولانتفاء الوسط في نحو القيمتين والأربع، فلم يبق إلا أن يراد بالوسط معنى آخر، وهو انتزاع قيمته من المجموع بحيث لا يكون القيمة المنتزعة أقرب إلى واحدة منها. وطريقة أن تجمع القيم

(١) المبسوط ٢: ١٣٢.

الصحيحة على حدة، والمعيبة كذلك، وتنسب إحداها إلى الأخرى، وتأخذ بتلك النسبة. ولا فرق في ذلك بين اختلاف المقومين في القيمة الصحيحة والمعيبة معا وفي إحداهما. وتوضيح ذلك يتم بصور:

الأولى أن يختلف المقومون فيهما معا، بأن قالت إحدى البينتين: إن قيمته اثنا عشر صحيحا وعشرة معيبا. والأخرى: ثمانية صحيحا وخمسة معيبا. فالتفاوت بين مجموع القيمتين الصحيحتين ومجموع المعيبتين الربع، فيرجع بربع الثمن، فلو كان الثمن اثني عشر فالأرش ثلاثة. ويحتمل أن ينسب معيب كل قيمة إلى صحيحها، ويجمع قدر النسبة، ويؤخذ من المجتمع بنسبة القيم. ففي المثال تفاوت ما بين المعيبة والصحيحة على قول الأولى السدس، وعلى قول الثانية ثلاثة أثمان، ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف، يؤخذ نصفها ثلاثة وربع. ولو كانت البيئات ثلاثا فقالت إحداها كأولى، والثانية قيمته عشرة صحيحا وثمانية معيبا، والثالثة ثمانية صحيحا وستة معيبا، فالقيم الصحيحة ثلاثون، والمعيبة أربعة وعشرون، والتفاوت بينهما ستة هي خمس الصحيحة، فيرجع بخمس الثمن. وعلى الاحتمال يجمع سدس الثمن وخمسه وربعه، ويؤخذ ثلث المجموع، وهو يزيد عن الأول في المثال بثلث خمس.

الثانية: أن تتفق البيئات على القيمة الصحيحة، وتختلف في المعيبة، كأن اتفقت على أن قيمته اثنا عشر صحيحا، ثم قالت إحداها (١): عشرة معيبا، وقالت الأخرى ستة. فطريق أخذ التفاوت إما بتنصيف المعيبتين ونسبة النصف إلى الصحيحة فيظهر الثلث، أو بجمع القيمتين وتكرير الصحيحة مرتين ونسبة المجموع إلى المجموع. وعلى الاحتمال بنسبة العشرة إلى الاثني عشر وأخذ السدس، ثم الستة إلى الاثني عشر وأخذ النصف، ويؤخذ نصف المجتمع وهو الثلث. وهنا يتحد الوجهان.

(١) في " ب " إحداها.

الرابعة: إذا علم بالعيب ولم يرد لم يبطل خياره ولو تطاول، إلا أن يصرح باسقاطه. وله فسخ العقد بالعيب،

ولو كانت البيئات ثلاثا واتفقت على الاثني عشر صحيحا، وقالت الثالثة: إن قيمته ثمانية معييا، كررت الصحيحة ثلاثا وضممت الثمانية إلى الأخيرتين، أو ضممت نسبة " الثمانية إلى الاثني عشر " إلى مجموع النسبتين، وأخذت ثلث المجموع، وهو الثلث على الوجهين أيضا، وعلى هذا القياس. الثالثة: أن تتفق البيئات على المعيبة دون الصحيحة، كأن اتفقت على أن قيمته ستة معييا، وقالت إحدى البيئتين: قيمته ثمانية صحيحا، وأخرى (١): عشرة. فإن شئت جمعت الصحيحتين ثمانية عشر، والمعيبتين اثني عشر، والتفاوت بينهما الثلث، وهو الأرش. وإن شئت أخذت نصف الصحيحتين، ونسبته إلى المعيبة، وهو الثلث أيضا. وعلى الاحتمال تجمع التفاوت وهو ربع وخمسان وتأخذ نصفه، ويحصل الاختلاف بين الأمرين.

ولو كانت البيئات ثلاثا بأن قالت الثالثة: إن قيمته اثنا عشر صحيحا. فإن شئت جمعت الصحيحة ثلاثين، وأخذت ثلثها وجعلته القيمة الصحيحة، ونسبته إلى المعيبة، وأخذت من الثمن بنسبة التفاوت، وهو خمسان. وإن شئت ضاعفت المعيبة إلى ثمانية عشر، ونسبتها إلى الثلاثين. وعلى الاحتمال تجمع تفاوت ما بين الثمانية والستة وهو الربع، وبينها وبين العشرة وهو الخمسان، وبينها وبين الاثني عشر وهو النصف، وتأخذ ثلث الجميع، ويظهر بين الأمرين تفاوت أيضا. وقس على هذا ما شئت.

قوله: " إذا علم بالعيب ولم يرد لم يبطل خياره ولو تطاول ". هذا هو المعروف في المذهب لا نعلم فيه خلافا. نعم، جعله في التذكرة (٢)

(١) كذا في النسخ والظاهر (الأخرى).

(٢) التذكرة ١ : ٥٢٩.

سواء كان غريمه حاضرا أو غائبا.
الخامسة: إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري رده، وفي الأرش تردد. ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض.

أقرب، وهو يشعر بالخلاف لكن لا نعلم قائله، وإنما خالف فيه الشافعي (١) فجعله على الفور، وهو محتمل إن لم يثبت الاجماع بتقريب الدليل السابق في نظائره. قوله: " سواء كان غريمه حاضرا أو غائبا ".
نبه بذلك على خلاف أبي حنيفة (٢) حيث شرط حضور الغريم في جواز الفسخ.

قوله: إذا حدث العيب - إلى قوله - وفي الأرش تردد ".
منشؤه من أن ضمان الجملة يقتضي ضمان الأجزاء والأول ثابت في التلف قبل القبض فيكون الثاني كذلك، ومن أصالة اللزوم وبراءة البائع خرج منه التلف فيبقى الباقي. وهو خيرة الشيخ (٣) وابن إدريس (٤). والأول أصح، وقد تقدم مثله. قوله: ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض ".
بمعنى أنه لو تعيب يتخير المشتري بين أخذ أرشه ورد الجميع، وليس له الاقتصار على رد المعيب خاصة، وإن كان ظاهر العبارة قد يدل عليه، وهذا هو أصح القولين.

وربما قيل بجواز الاقتصار على رد المعيب، نظرا إلى أن سبب الرد هو العيب الحادث في البعض، وقد حدث حين كان ذلك البعض مضمونا وحده، فيتعلق به

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٥٨.

(٢) حلية الفقهاء ٤: ٢٣٧.

(٣) المبسوط ٢: ١٢٧ والخلاف ٣: ١٠٩ مسألة ١٧٨.

(٤) السرائر ٢: ٣٠٥.

وما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد في الثلاثة.

السادسة: روى أبو همام عن الرضا عليه الصلاة والسلام قال: " يرد المملوك من أحداث السنة: من الجنون، والجذام، والبرص " (١). وفي رواية علي بن أسباط عنه عليه السلام " أحداث السنة: الجنون والجذام والبرص، والقرن، يرد إلى تمام السنة من يوم اشتراه " (٢). وفي معناه رواية

جواز الرد دون المقبوض. واستلزام تبعض الصفقة برده. قوله: " وما يحدث في الحيوان - إلى قوله - لا يمنع الرد في الثلاثة ". المفهوم من قوله: " لا يمنع الرد " وجعل الثلاثة ظرفاً له أن الرد بخيار الثلاثة، لا بهذا العيب الحادث. ووجه عدم منعه من ذلك ظاهر، لأن العيب الحادث في الثلاثة من غير جهة المشتري مضمون على البائع كالسابق، فلا يكون مؤثراً في رفع الخيار. وهذا هو المنقول من مذهب المصنف في المسألة (٣). ونقل عن شيخه ابن نما ثبوت الخيار في المسألة المفروضة (٤) بالعيب الحادث، بناء على ما ذكر من التعليل، فإن العيب الحادث في الثلاثة لما كان مضموناً على البائع كالسابق لزمه التخيير بين الرد به وأخذ أرشه.

وتظهر فائدة الخلاف في ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة وعدمه، فعلى الأول يرتفع دون الثاني، إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة، غاية حصول الخيار فيها بعلتين وهو غير قادح، إذ ليست عللاً حقيقية حتى يمتنع اجتماعها وإنما هي معرفات، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن والعيب، فإنه يمكن اجتماعها على عين واحدة. وتظهر الفائدة فيما لو شرط إسقاط بعضها. وقول ابن نما هنا أوجه. قوله: " روى أبو همام عن الرضا عليه الصلاة والسلام - إلى قوله -

(١) الكافي ٥: ٢١٧ ح ١٧، التهذيب ٧: ٦٣ ح ٢٧٣، الوسائل ١٢: ٤١١ ب " ٢ " من أحكام العيوب ح ٢.

(٢) الكافي ٥: ٢١٦ ح ١٦، التهذيب ٧: ٦٣ ح ٢٧٤، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

(٣) راجع الدروس: ٣٦٧.

(٤) راجع الدروس: ٣٦٧.

محمد بن علي عنه عليه السلام (١).

فرع

هذا الحكم يثبت مع الأحداث. فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش وسقط الرد.

يرد إلى تمام السنة "

المراد أن هذه الأمراض إذا حدثت ما بين البيع وتمام السنة يرد بها المملوك، وإن لم يكن الرد في السنة، لأن خيار العيب ليس على الفور. والعبارة قد تدل على خلاف ذلك.

والمشهور ثبوت الحكم للأربعة. ولكن يبقى في حكم الجذام اشكال، فإنه يوجب العتق على المالك قهرا، كما سيأتي وحينئذ فإن كان حدوثه في السنة دليلا على تقدمه على البيع، لما قيل في تعليل الرد بهذه الأحداث: إن وجودها في السنة دليلا على حدوثها قبل البيع، لأنها تكمن في البدن سنة ثم تخرج، فيكون عتقه على البائع، فيكشف ظهوره عن بطلان البيع، فلا يتجه الخيار. وإن عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجبا لعتقه قبل أن يختار الفسخ، إذ ليس له اختيار حتى يتحققه، ومتى تحققه حكم بعتقه شرعا قبل الفسخ، فيشكل جوازه بعد العتق. وقد تقدم نظيره.

ويمكن حله بأن الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل، كما هو ظاهر النص، ولا يكتفى بوجوده في نفس الأمر، فلا يعتق على البائع قبل بيعه لعدم ظهوره، ولا بعده قبل الفسخ لعدم ملكه، وعتقه على المشتري موقوف أيضا على ظهوره وهو متأخر عن سبب الخيار، فيكون السابق مقدما فيتخير، فإن فسخ عتق على البائع بعده، وإن اختار الامضاء عتق على المشتري بعده، فينبغي تأمل ذلك. قوله: " فلو أحدث ما يغير - إلى قوله - ثبت الأرش "

(١) التهذيب ٧: ٦٤ ح ٢٧٥، الوسائل الباب المتقدم ذيل ح ٢.

الفصل السادس

في المراجعة والمواضعة والتولية
والكلام في العبارة، والحكم.

أما العبارة فأن يخبر برأس ماله فيقول: بعثك - وما جرى مجراه -
بربح كذا. ولا بد أن يكون رأس ماله معلوما وقد ربح معلوما.

والأجود أن مطلق التصرف مانع من الرد كغيرها من العيوب وإن لم يوجب
تغيرا.

قوله: " الفصل السادس في المراجعة والمواضعة والتولية " .

المراجعة مفاعلة من الربح،

وهي تقتضي فعلا من الجانبين. ووجهه هنا أن

العقد لما توقف على الرضا والصيغة من الجانبين كان كل منهما فاعلا للربح وإن
اختص بملكه أحدهما. ومثله القول في المواضعة.

واعلم أن العقد باعتباره الاخبار برأس المال وعدمه أربعة أقسام، لأنه إما أن

يخبر به أولا، والثاني المساومة، وهي أفضل أقسامه، والأول إما أن يبيع معه برأس
المال، أو بزيادة عليه، أو نقصان عنه، والأول التولية، والثاني المراجعة، والثالث
المواضعة.

وقد يجتمع في عقد واحد الأقسام الأربعة، بأن تكون العين ملكا لأربعة، اشترى أحدهم

ربعها بعشرين، والآخر بخمسة عشر، والثالث بعشرة، وأخبروا

بذلك، والرابع لم يبين الحال، وباعوها بستين، فإن الثمن يقسط على أجزائها لا على

ثمنها، فالبيع بالنسبة إلى الأول مواضعة، وإلى الثاني تولية، وإلى الثالث مراجعة،

وإلى الرابع مساومة.

قوله: " ولا بد أن يكون رأس ماله معلوما وقد ربح معلوما " .

أي معلوما للمتعاقدين معا حالة البيع. ولا يكفي علم أحدهما، ولا تجدد

ولا بد من ذكر الصرف والوزن إن اختلفا. وإذا كان البائع لم يحدث فيه حدثا، ولا غيره، فالعبارة عن الثمن أن يقول: اشتريت بكذا، أو رأس ماله كذا، أو تقوم علي، أو هو علي. وإن كان عمل فيه ما يقتضي الزيادة قال: رأس ماله كذا، وعملت فيه بكذا. وإن كان عمل فيه غيره بأجرة، صح أن يقول: تقوم علي، أو هو علي. ولو اشترى بثمر ورجع بأرش عييه أسقط قدر الأرش، وأخبر بالباقي، بأن يقول: رأس مالي فيه كذا. ولو جنى العبد ففداه السيد لم يجز له أن يضم الفدية إلى ثمنه. ولو جني عليه فأخذ أرش الجناية لم يضعها من الثمن. وكذا لو حصل منه فائدة، كنتاج الدابة وثمره الشجرة.

علمهما بعد العقد، وإن اقتضاه الحساب المنضبط، كما لو علما بالثمن وجعلا ربح كل عشرة درهما ولا يعلمان ما يتحصل من المجموع حالة العقد. قوله: " ولا بد من ذكر الصرف والوزن ". هذا إذا تعددت النقود واختلف صرفها ووزنها، بأن كان صرف بعض الدينانير عشرة دراهم وبعضها أكثر، وكذا الوزن. أما لو اتحد النقد لم يفتقر إلى أحدهما. قوله: " ولو اشترى بثمر - إلى قوله - وأخبر بالباقي ". لأن الأرش جزء من الثمن، فلا بد من بيانه، وإن كان قوله: اشتريته بكذا - وهو الثمن الأصلي - حقا، لطرو النقصان الذي هو بمنزلة الجزء. قوله: " ولو جني عليه فأخذ أرش الجناية لم يضعها من الثمن ". الفرق بين الجناية والعيب أن أرش العيب ثابت بأصل العقد، وكأنه مستثنى من الثمن، بخلاف أرش الجناية الطارئة فإنها حق آخر، كنتاج الدابة. ولا يرد مثله في العيب الحادث بعد العقد، وقبل القبض، أو بعده في زمن الخيار، لأن ذلك كله مستحق بأصل العقد ومقتضاه فكان كالموجود حاله. نعم، لو نقص بالجناية وجب عليه الاخبار بالنقص.

ويكره نسبة الربح إلى المال.

وأما الحكم ففيه مسائل:

الأولى: من باع غيره متاعا جاز أن يشتريه منه بزيادة ونقيصة، حالا ومؤجلا، بعد قبضه. ويكره قبل قبضه إذا كان مما يكال أو يوزن على الأظهر. ولو كان شرط في حال البيع أن يبيعه لم يجز. وإن كان ذلك من قصدهما ولم يشترطاه لفظا كره.

قوله: " ويكره نسبة الربح إلى المال " .

لأنه يصير بصورة الربا. ولا يحرم، للأصل، خلافا للشيخ (١) في أحد قولي، استنادا إلى رواية (٢) لا دلالة لها عليه، مع إمكان حملها على الكراهة.

قوله: " ويكره قبل قبضه إذا كان مما يكال أو يوزن على الأظهر " .

قد تقدم (٢) أن المنع أقوى.

قوله: " ولو كان شرط في حال البيع أن يبيعه لم يجز " .

قد تقدم (٤) الكلام في ذلك وفي علله، وأنها كلها مدخولة. وضمير " لم يجز " ينبغي عوده إلى البيع ليقع باطلا كما هو الواقع، لا إلى الشرط، فإن عدم جوازه قد لا يبطل العقد. وإنما يبطل لو كان الشرط أن يبيعه بعد العقد بلا فصل، فلو شرط بيعه بعد مدة أو إقالته فيه بعدها صح.

قوله: " وإن كان ذلك من قصدهما ولم يشترطاه لفظا كره " .

أي لم يشترط في نفس العقد، فلا عبرة بشرطه قبله. نعم لو توهم لزوم ذلك، أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله اتجه الفساد، كما لو شرطه فيه.

قيل عليه: إن مخالفة القصد للفظ تقتضي بطلان العقد، لأن العقود تتبع

(١) النهاية: ٣٨٩.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٨٥ ب " ١٤ " من أبواب أحكام العقود.

(٣) تقدم في ص ٢٤٧.

(٤) تقدم في ص ٢٤٧ - ٢٤٨.

إذا عرفت هذا، فلو باع غلامه سلعة ثم اشتراه منه بزيادة جاز أن يخبر بالثمن الثاني، إن لم يكن شرط إعادته، ولو شرط لم يجز، لأنه خيانة.

القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ للقصد؟! وأجيب بأن القصد وإن كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ والقصد، وكذلك الصحة، ولم يوجد في الفرض (١). وفيه منع ظاهر، فإن اعتبارهما معا في الصحة يقتضي كون تخلف أحدهما كافيا في البطلان، ويرشد إليه عبارة الساهي والغالط والمكره وغيرها، فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة، وإلا فاللفظ موجود. والذي ينبغي فهمه أنه لا بد من قصدهما إلى البيع المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده، وإنما يفتقر (٢) قصدهما لرده بعد ذلك بطريق الاختيار، نظرا إلى وثوق البائع بالمشتري أنه لا يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره ومروته. قوله: " فلو باع غلامه سلعة ثم اشتراه منه بزيادة جاز أن يخبر بالثمن الثاني "

المراد بغلامه الحر، ليتصور صحة بيعه. ومع عدم ذلك يشكل الجواز مع قصد زيادة الثمن بذلك ليربح فيه، من حيث إنه تدليس وغرور منهي عنه. واستقرب الشهيد (٣) - رحمه الله - التحريم. وهو حسن. وقوله: " ولو شرط لم يجز لأنه خيانة ". يقتضي التحريم مع عدم الشرط أيضا إذا كان قصدهما ذلك لتحقق الخيانة. ومجرد عدم لزوم الإعادة على تقدير عدم شرطها لا يرفع الخيانة، مع اتفاقهما عليها. بل ينبغي فرض التحريم في صورة عدم

٣٠٩

(١) في " ك " بدل قوله ولم يوجد في الفرض " فكما يتوقف البطلان عليها إلى أن يوجد في الفرض ". ولعل الصحيح " عليهما " في الموردين.

(٢) في " ك " يقتضي.

(٣) الدروس: ٣٤٤ واللمعة الدمشقية: ٧١.

(٣٠٩)

الثانية: لو باع مرابحة فبان رأس ماله أقل كان المشتري بالخيار بين رده وأخذه بالثمن. وقيل: يأخذه باسقاط الزيادة. ولو قال: اشتريته بأكثر لم يقبل منه، ولو أقام بينة. ولا يتوجه على المبتاع يمين، إلا أن يدعي عليه العلم.

شرط الإعادة، لأن التحريم لا يتحقق إلا مع عدم صحة البيع ليمكن فرض الزيادة، ومع شرط الإعادة يقع البيع باطلا، كما سلف عن قريب (١)، فلا تتحقق الخيانة ولا التحريم. ويمكن أن يقال بالتحريم وإن قلنا بفساد للعقد، نظرا إلى قصد الغرور والسعي على تحصيل المحرم، كما يقال في (النجش و) (٢) الربا إنه حرام ويفسد البيع. وضابط التحريم قصد الحيلة بذلك على الزيادة، فلو اشتراه منه ابتداء من غير مواطاة جاز. وحيث يتحقق النهي وباع بالاخبار تخير المشتري بين رده وأخذه بالثمن، كما سيأتي. ولا فرق في تحريم الحيلة بين كون غريمه غلامه وولده وأجنبي. قوله: " لو باع مرابحة - إلى قوله - وقيل: يأخذ باسقاط الزيادة ". ما اختاره المصنف هو الأقوى، لأنه الثمن الذي وقع عليه العقد فلا يثبت غيره. وثبوت الكذب في الاخبار ينجبر بلحوق الخيار. والأقوى أن بقاءه على ملك المشتري في الخيار، فله الفسخ مع تلفه أو خروجه عن ملكه مع رد مثله أو قيمته، لأصالة بقاء الخيار. وعلى القول بإسقاط الزيادة يسقط ربحها أيضا ولا خيار له، لأنه قد رضي بالأكثر فأولى أن يرضى بالأقل. ويحتمل ثبوت الخيار أيضا لغروره وكذبه. وقد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ، لابرار قسم، أو إنفاذ وصية. قوله: " ولو قال اشتريته بأزيد - إلى قوله - إلا أن يدعي عليه العلم ". إنما لم يقبل منه لأن قوله الثاني مناف للأول فيلغى، ولا تقبل بينة على ذلك،

(١) في ص ٣٠٨.
(٢) في " ب " و " و " و " ك " .

الثالثة: إذا حط البائع بعض الثمن جاز للمشتري أن يخبر بالأصل. وقيل: إن كان قبل لزوم العقد صحت، وألحق بالثمن، وأخبر بما بقي. وإن كان بعد لزومه كان هبة مجددة، وجاز له الاخبار بأصل الثمن.

الرابعة: من اشترى أمتعة صفقة لم يجز بيع بعضها مرابحة، تماثلت أو اختلف، سواء قومها أو بسط الثمن عليها بالسوية أو باع خيارها، إلا بعد أن يخبر بذلك.

لأنه كذبها باقراره الأول. ويشكل بجواز الغلط، والاستناد إلى أمر كاخبار الوكيل ثم يظهر خلافه، فيتجه القبول إن أظهر لانكاره تأويلا محتملا، بمعنى سماع بنية عليه، لا توجه اليمين عليه بمجرد الدعوى وثبوت مقتضاها. ولو ادعى على المشتري العلم بكون الثمن زائدا توجهت عليه اليمين بنفيه، سواء ادعى الغلط أم لا، وهو مقتضى إطلاق العبارة. وربما قيل بسماع دعواه مطلقا، نظرا إلى إمكان الغلط. ولا بأس به.

قوله: " لو حط البائع - إلى قوله - وقيل إن كان قبل لزوم العقد صحت "

القائل بذلك الشيخ (١) نظرا إلى أن الملك لما كان عنده لا يحصل إلا بانقضاء الخيار فاللاحق به قبله بحكمه. ويضعف بمنع اللزوم، فإن الثمن ما وقع عليه العقد، ولا أثر لوقت انتقاله في ذلك. قوله: " من اشترى أمتعة صفقة... الخ "

المستند مع النص (٢) أن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الأفراد، وإن تقوم بها وقسط الثمن عليها في بعض الموارد، كما لو تلف بعضها أو ظهر مستحقا. وهذا

(١) المبسوط ٢: ١٤٤.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٩٦ ب " ٢١ " من أحكام العقود.

وكذا لو اشترى دابة حاملا فولدت وأراد بيعها منفردة عن الولد.
الخامسة: إذا قوم على الدلال متاعا، وربح عليه أو لم يربح، ولم
يواجه البيع، لم يحز للدلال بيعه مرابحة إلا بعد الاخبار بالصورة. ولا
يجب على التاجر الوفاء، بل الربح له، وللدلال أجره المثل، سواء كان
التاجر دعاه أو الدلال ابتدأه.

التعليل شامل للمتماثلة والمختلفة.

ورد بالتسوية على ابن الجنيدي (١) حيث جوزه في المتماثلة كقفيزي حنطة. وهو
ضعيف. ومقتضى الاستثناء أنه لو أخبر بالحال جاز بيعه مرابحة. وليس كذلك. ولعل
المسامحة كونه حينئذ بصورة المرابحة فاستثنائها مجازا.
قوله: " وكذا لو اشترى حاملا فولدت وأراد بيعها منفردة عن الولد ".
لأن الثمن مع وجود الحمل، حالة البيع يقابل المجموع، وليس للأبغاض
ثمن، بخلاف ما لو تجدد الحمل، فإنه حينئذ يكون الثمن في مقابلة الأم خاصة،
كالثمرة المتجددة.
قوله: " إذا قوم على الدلال متاعا - إلى قوله - إلا بعد الاخبار
بالصورة ".

الكلام في هذا الاستثناء كما مر، فإن مفهومه جواز البيع مرابحة مع الاخبار.
وليس كذلك، لعدم تحقق البيع بالتقويم، بل هو بصورة المرابحة، ومن ثم لا يجب
على التاجر الوفاء.

قوله: " بل الربح له - إلى قوله - أو الدلال ابتدأه ".
إنما كان له الأجرة في الموضوعين، لانتفاء البيع فيهما، مع كونه مأمورا بعمل له
أجرة في العادة، فإذا فات المشترط رجع إلى أجرة المثل.
ونبه بالتسوية بين الأمرين على خلاف الشيخ (٢) - رحمه الله - حيث فرق بينهما،

(١) راجع المختلف: ٣٦٨ والتنقيح الرائع ٢: ٥٩.

(٢) النهاية: ٣٨٩.

وأما التولية فهي أن يعطيه المتاع برأس ماله من غير زيادة، فيقول: وليتك، أو بعتك، أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على النقل.

فحكم بكون الزائد للدلال إن كان التاجر ابتدأه بذلك، وأنه لو لم يزد شيئاً فلا شيء له. وإن كان الدلال ابتدأ التاجر بذلك فالزيادة للتاجر، ولا شيء للدلال، استناداً إلى أخبار صحيحة (١).

ويمكن تنزيلها على كون الواقع من التاجر - على تقدير ابتدائه - جعالة فيلزم ما عينه، ولا يقدر فيها الجهالة كما اعترضه ابن إدريس (٢)، لأن الجهالة في مال الجعالة - إذا لم تؤد إلى النزاع - غير قادح، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وصحيحة محمد بن مسلم (٣) وزرارة (٤) تؤذنان به. ومثله ما لو قال: من رد عبدي فله ثيابه. ولو لم يحصل زيادة فلا شيء له، كما لو لم يوجد على العبد ثياب.

وأما إذا كان المبتدئ هو الدلال، فيحمل عدم وجوب شيء عليه على أنه لم يشترط له شيئاً، وإلا فلو عقب كلام الدلال بلفظ يدل على الرضا بما عينه كان كما لو ابتدأه، كما لو قال لمن ذهب عبده: "أرد عبدك على أن لي نصفه أو ثيابه" ابتداءً منه، فقال مولى العبد: "نعم لك ذلك" فإنه يستحق ما عين له. فعلى هذا يتم كلام الشيخ - رحمه الله - والروايات، من غير منافاة لكلام الأصحاب. نعم، يبقى فيه البحث عن كون جهالة عوض الجعالة على هذا الوجه هل هو قادح أم لا؟ ثم على تقدير قده يجب أجره المثل في الموضوعين.

قوله: "فيقول: وليتك، أو بعتك أو ما شاكله".

إن وقع لفظ بعتك ونحوه من الألفاظ المعتبرة في مطلق البيع أكمله بذكر الثمن، أو ب "ما قام علي"، ونحوه. وإن وقع بلفظ وليتك جعل مفعوله العقد واقتصر

(١) الوسائل ١٢: ٣٨١ ب " ١٠ " من أبواب أحكام العقود ح ١، ٢، ٣، ٤.

(٢) السرائر ٢: ٢٩٤.

(٣) الكافي ٥: ١٩٥ ح ٢، التهذيب ٧: ٥٣ ح ٢٣١ والوسائل المتقدم ح ١.

(٤) التهذيب ٧: ٥٤ ح ٢٣٢ والوسائل المتقدم ح ٢.

وأما المواضعة فإنها مفاعلة من الوضع. فإذا قال: " بعتك بمائة
ووضيعة درهم من كل عشرة " فالثمن تسعون. وكذا لو قال: " مواضعة
العشرة ". ولو قال: " من كل أحد عشر " كان الثمن أحدا وتسعين إلا جزءا
من أحد عشر جزء من درهم.

عليه. ولو قال وليتك السلعة احتمل الاجزاء.
قوله: " فإذا قال بعتك بمائة - إلى قوله - فالثمن تسعون ".
لأن الوضع من نفس العشرة يقتضي ذلك، حملا ل " من " على الظاهر من
التبعيض. وذكر جماعة من الأصحاب (١) احتمال كون الثمن أحدا وتسعين إلا جزءا
من أحد عشر جزءا من درهم، حملا ل " من " على ابتداء الغاية، ويكون التقدير من
كل عشرة تسلم لي. ومثله ما لو قال لكل عشرة درهم، لأن الوضیعة للعشرة غير
العشرة، فهو بمنزلة ما لو قال: " من كل أحد عشر ".
قوله: " وكذا لو قال: " مواضعة العشرة ".
حملا للإضافة على معنى (من) أي من كل عشرة. ويحتمل كونها بمعنى
اللام، أي لكل عشرة، فيكون الثمن أحدا وتسعين إلا جزءا من أحد عشر كما مر.
وربما قيل ببطلان العقد، لتكافؤ الاحتمالين الموجب لجهالة الثمن.
وربما رجح الأول بأن وضیعة العشرة لا يكون إلا من نفس العشرة دون ما
عداها، لأن الموضوع من جنس الموضوع منه، فتكون الإضافة بمعنى (من). والثاني
بأن المواضعة على حد المرابحة للتقابل بينهما، فكما اقتضت المرابحة المعنى الثاني فكذا
المواضعة.
ويضعف الأول بأن اللفظ لا بد فيه من تقدير، وكلا التقديرين محتمل. والثاني
بمنع الملازمة وقيام الاحتمال، إن لم تدل القرينة على أحدهما.
هذا غاية ما قرروه في المسألة. وفيه بحث، لأن المراد من الجنس الذي تكون
الإضافة المعنوية فيه بمعنى (من) أن يكون المضاف جزئيا من جزئيات المضاف إليه،

(١) راجع الارشاد ١: ٣٧٣، غاية المراد: ٩٥ وجامع المقاصد ٤: ٢٦١.

بحيث يصح إطلاقه على المضاف وعلى غيره أيضا والاختبار به عنه، كخاتم فضة،
وباب ساج، لا جزاء من كل، حيث لا يصح إطلاقه عليه، كبعض القوم، ويد
زيد، فإنك تريد بالقوم الكل والكل لا يطلق على بعضه. وكذا القول في يد زيد.
والحاصل أن " من " التي تتضمنها الإضافة هي التبيينية لا التبعيضية، كما في
خاتم فضة، وأربعة دراهم. وشرط (من) التبيينية أن يصح إطلاق المجرور بها على
المبين، كما في قوله تعالى * (فاجتنبوا الرجس من الأوثان) * (١). وقد صرح بهذا
التحقيق

الشيخ الرضي (٢) وابن هشام (٣)، وناهيك بهما. وحينئذ فينتفي القول بحمل الإضافة
في المسألة على معنى (من) رأسا، لأن الموضوع المضاف بعض العشرة، ولا يصح
الاختبار به عنه، فيتعين كونها بمعنى اللام. نعم، يمكن مع ذلك كون الوضيعة من
نفس العشرة كما يستفاد ذلك من إضافته إلى الثمن. وكذا نظائره من المرابحة
وغيرها.

واعلم أن التعبير بالوضيعة هنا أولى من المواضعة، لأنها مفاعلة لا تدخل في
البات، وإنما الغرض وضع الدرهم من العشرة، أولها، والوضيعة تؤدي هذا المعنى
بحمل الفعيل على المفعول.

(١) الحج: ٣٠.

(٢) شرح الرضي على الكافية ٢: ٢٠٧ في الإضافة المعنوية.

(٣) شرح شذور الذهب: ٣٣٠.

الفصل السابع

في الربا

وهو يثبت في البيع وصفين: الحنسية، والكيل أو الوزن.

وفي

القرض مع اشتراط النفع.

أما الثاني فسيأتي. وأما الأول فيقف بيانه على أمور:

الفصل السابع في الربا.

الربا - لغة (١) - الزيادة. قال الله تعالى * (فلا يربوا عند الله) * (٢). و - شرعا - بيع أحد المتماثلين - المقدرين بالكيل أو الوزن في عهد صاحب الشرع صلى الله عليه وآله أو في العادة - بالآخر، مع زيادة في أحدهما حقيقة أو حكما، أو اقتراض أحدهما مع الزيادة وإن لم يكونا مقدرين بهما، إذا لم يكن باذل الزيادة حريبا، ولم يكن المتعاقدان والدا مع ولده، ولا زوجا مع زوجته. وعلى القول بثبوته في كل معاوضة يبذل البيع بالمعاوضة على أحد المتماثلين، إلى آخره. وقد يعرف بأنه زيادة أحد العوضين المتماثلين، إلى آخره، نظرا إلى مناسبة المنقول عنه.

وتحريمه ثابت بالنص والاجماع، وهو من أعظم الكبائر الموبقات، حتى إن الدرهم منه أعظم من سبعين زنية كلها بذات محرم، رواه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام (٣).

قوله: " وهو يثبت في البيع "

ظاهره اختصاص الربا بالبيع. وهو أحد القولين في المسألة، إلا أن المصنف

(١) انظر الصحاح ٦: ٢٣٤٩، معجم مقاييس اللغة ٢: ٤٨٣.

(٢) الروم: ٣٩.

(٣) الكافي ٥: ١٤٤ ح ١، الفقيه ٣: ١٧٤ ح ٧٨٢، التهذيب ٧: ١٤ ح ٦١، الوسائل ١٢: ٤٢٢ ب " ١ " من أبواب الرباح ١.

الأول: في بيان الجنس. وضابطه: كل شيئين يتناولهما لفظ خاص، كالحنطة بمثلها، والأرز بمثله. ويجوز بيع المتجانس وزنا بوزن نقدا، ولا يجوز مع زيادة. ولا يجوز إسلاف أحدهما في الآخر على الأظهر.

- رحمة الله - قد صرح في باب الغصب بثبوته في كل معاوضة. وهو ظاهر اختياره في الصلح أيضا. وهو الأقوى، عملا باطلاق قوله تعالى * (وحرّم الربوا) * (١). قوله: " الجنس وضابطه كل شيئين يتناولهما لفظ خاص ".

المراد باللفظ الخاص ما يكون مفهومه نوعا بالإضافة إلى ما تحته، فالجنس في هذا الباب هو المعبر عنه في المنطق بالنوع، وأهل اللغة يسمونه جنسا أيضا، ولا مشاحة في الاصطلاح. والمراد بالشيئين الذين يتناولهما اللفظ أفراد ذلك النوع، كالصفراء والحمراء في الحنطة، ويستثنى من ذلك الشعير، فإنه هنا من أفراد الحنطة، مع عدم تناول لفظها له، وخروجه بالنص (٢). وأما العلس والسلت - على القول بأنهما من أفراد الحنطة والشعير - فدخولهما فيهما ظاهر، وإن اختصا باسم آخر، وإلا فمقتضى الاسم عدم اللحاق.

قوله: " ويجوز بيع المتجانسين وزنا بوزن نقدا " . هذا إذا كان أصلهما الوزن، أما لو كان أصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزنا خاصة نظر، من كون الوزن أضبط، حتى قيل إنه أصل للكيل، ومن ورود الشرع والعرف بالكيل، فلا يعتبر بغيره. وظاهر كلام المصنف اختيار الأول، وهو متجه، بل نقل بعضهم (٣) الاجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزنا، مع الاجماع على كونهما مكيلين في عهده صلى الله عليه وآله. قوله: " ولا يجوز إسلاف أحدهما في الآخر على الأظهر " . هذا هو المشهور لا نعلم فيه خلافا، إلا ما يظهر من الشيخ في الخلاف (٤)

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) الوسائل ١٢: ٤٣٨ ب " ٨ " من أبواب الربا حديث ١، ٢، ٣، ٤.

(٣) راجع جامع المقاصد ٤: ٢٧٢.

(٤) الخلاف ٣: ٤٦ ذيل المسألة ٦٥.

ولا يشترط التقابض قبل التفرق إلا في الصرف. ولو اختلف
الجنسان جاز التماثل والتفاضل نقدا. وفي النسيئة تردد، والأحوط المنع.
والحنطة والشعير جنس واحد في الربا على الأظهر، لتناول اسم الطعام
لهما. وثمره النخل جنس واحد وإن اختلف أنواعه، وكذا ثمرة الكرم.

والمبسوط (١)، فإنه يشعر بکراهة السلف، ولا نعلم مأخذه. وربما حمل على إرادة
التحريم، فإنه بعض معاني المكروه وقد استعمله الشيخ في ذلك في غير موضع.
قوله: " وفي النسيئة تردد، والأحوط المنع "

الجواز أقوى، للأخبار الصحيحة (٢). والقول بالمنع للشيخ - رحمه الله - في
أحد قولييه (٣)، استنادا إلى خبر (٤) ظاهر في الكراهة، ونحن نقول بها.
قوله: " والحنطة والشعير جنس واحد - إلى قوله - لتناول اسم الطعام
لهما "

نبه بقوله " في الربا " على أنهما في غيره - كالزكاة - جنسان اجماعا، لاختلاف
مفهومهما لغة وعرفا. وأما في الربا فالأظهر أنهما جنس واحد، لصحيفة الحلبي (٥)،
وأبي بصير (٦)، وهشام بن سالم (٧)، وعبد الرحمن بن أبي عبد الله (٨) عن الصادق عليه

(١) المبسوط ٢: ٨٩.

(٢) الظاهر أن المراد بها الاطلاقات الدالة على جواز التفاضل مع اختلاف الجنسين وما صرح فيه بالكراهة
إذا كان نسيئة. راجع الوسائل ١٢: ٤٤٢ ب " ١٣ " من أبواب الربا و ب " ١٦ و ١٧ "

(٣) المبسوط ٢: ٨٩.

(٤) ما يظهر منه الكراهة عدة أخبار. راجع الأبواب المذكورة من الوسائل.

(٥) الكافي ٥: ١٨٧ ح ٣، التهذيب ٧: ٩٤ ح ٣٩٩، الوسائل ١٢: ٤٣٨ ب " ٨ " من أبواب الربا ح ٤.

(٦) الكافي ٥: ١٨٧ ح ٢، الفقيه ٣: ١٧٨ ح ٨٠٣، التهذيب ٧: ٩٥ ح ٤٠٥ والوسائل الباب

المتقدم ح ٣.

(٧) الكافي ٥: ١٨٧ ح ١، التهذيب ٧: ٩٦ ح ٤٠٩ والوسائل الباب المتقدم ح ١.

(٨) الكافي ٥: ١٨٨ ح ٥، التهذيب ٧: ٩٦ ح ٤١٠ والوسائل الباب المتقدم ح ٢.

وكل ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه، كالحنطة بدقيقها، والشعير بسويقه، والدبس المعمول من التمر بالتمر، وكذا ما يعمل من العنب بالعنب.
وما يعمل من جنسين يجوز بيعه بهما، وبكل واحد منهما، بشرط أن يكون في الثمن زيادة عن مجانسه.

السلام، بل ادعى الشيخ في الخلاف (١) عليه الاجماع، وهو الحجة على من خالف، نظر إلى اختلافهما صورة وشكلا ولونا وطعما وإدراكا وحسا وإسما، فإن ذلك كله غير مسموع في مقابلة النصوص الصحيحة. وفي احتجاج المصنف - رحمه الله - بتناول اسم الطعام لهما على الاتحاد نظر، فإنه لا يلزم منه اتحادهما مع تحقق الاختلاف المذكور، وإنما الموجب للاتحاد النص والاجماع.
قوله: " وكل ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه... الخ ".
فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا إذا كانا مكيلين أو موزونين. ولو كان أحدهما مكيلا والآخر موزونا، كالحنطة ودقيقها، والسمسسم والشيرج، ففي اعتبار تساويهما بالوزن أو بالكيل وجهان يأتيان.
قوله: " وما يعمل من جنسين يجوز بيعه بهما... الخ ".
لا يشترط في جواز بيعه بهما مساواة جملة الثمن له قدرا، لأن كل جنس ينصرف إلى ما يخالفه. ولا يعتبر معرفة كل واحد من الجنسين، بل يكفي معرفة المجموع. وأما إذا بيع بأحدهما فإنه يشترط زيادته على مجانسة زيادة متمولة، بحيث يمكن فرض كونها عوضا في البيع منفردة. وقد يفرض هنا أيضا الجهل بقدر المجالس للثمن مع العلم بزيادته عليه، بأن يعلم أن المجانس لا يبلغ النصف، فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلا.
وفي حكم المعمول من جنسين ضم أحدهما إلى الآخر وبيعهما في عقد واحد وإن تميزا، لتساوي الفرضين في العلة المسوغة للبيع عندنا.

(١) الخلاف ٣: ٤٧ مسألة ٦٦.

واللحوم مختلفة بحسب اختلاف أسماء الحيوان، فـلحم البقر والجواميس جنس واحد، لدخولها تحت لفظ البقر. ولحم الضأن والمعز جنس واحد، لدخولهما تحت لفظ الغنم. والإبل عرابها وبخاتها جنس واحد.

والحمام جنس واحد. ويقوى عندي أن كل ما يختص منه باسم فهو جنس واحد كالفخاتي والورشان.

قوله: " اللحوم مختلفة - إلى قوله - لدخولهما تحت لفظ البقر ". هذا الحكم محل وفاق. والمراد أنهما داخلان تحت البقر لغة، وإلا فالعرف يأبى ذلك مع أنه مقدم على اللغة. وقد تقدم أن مناط الاتحاد تناول اللفظ الخاص لهما، فلولا الاجماع على الحكم لكان فيه نظر. وبينه عليه ما قواه المصنف في أفراد الحمام المختص باسم، كما سيأتي. قوله: " عرابها وبخاتها ".

هو - بفتح الباء وتشديد الياء المثناة من تحت - جمع بختي - بضم الباء وتشديد الياء أيضا - الإبل الخراسانية.

قوله: " والحمام جنس واحد... الخ ".

قد تقدم في الحجج (١) تعريف الحمام على اختلاف فيه، وأن الفخاتي والورشان من أفرادهم. ووجه الخلاف هنا الشك في أن مقولية الحمام على ما تحته مقولية النوع على الأصناف، أو الجنس على الأنواع. فعلى الأول يحرم بيع بعضها ببعض مطلقا، وعلى الثاني يختص كل نوع بحكمه. ولما كان الوقوف على ذاتيات الحقائق عزيزا جدا، ولم يكن من جهة الشرع قاطع بشيء، حصل الخلاف. وبهذا يحصل الفرق بين أفراد الحمام وأفراد البقر بالنسبة إلى الجاموس، فإنه قد ثبت شرعا أنهما نوع واحد، ومن ثم ضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة. وعموم قوله تعالى: * (أوفوا بالعقود) * (٢)

(١) ج ٢ : ٤٢٩ .

(٢) المائة: ١ .

وكذا السموك.
والوحشي من كل جنس مخالف لأهليه. والألبان تتبع اللحمان في
التجانس والاختلاف. ولا يجوز التفاضل بين ما يستخرج من اللبن
وبينه، كزبد البقر مثلا بحلييه وخيضه وأقطه. والأدهان تتبع ما تستخرج
منه، فدهن السمسم جنس، وكذا ما يضاف إليه، كدهن البنفسج
والنيلوفر. ودهن البزر جنس آخر.

يقتضي جواز بيع بعضها ببعض كيف كان إلى أن يتحقق المنع. ويؤيده أن العرف
أيضا لا يسمي هذين الفردين حماما. ولا شك أن الحكم باتحاد النوع أولى.
واعلم أن الطير - من حمام وغيره - إنما يتصور الربا فيه إذا بيع لحمه وزنا، أما
لو بيع جزافا فلا. ولو بيع عددا - كما هو الغالب - ففي ثبوت الربا فيه خلاف يأتي (١).
والأقوى عدمه.
قوله: " وكذا السموك "

الحكم المشبه به المشار إليه ب (ذا) هو ما سبق في الطير، أي هو جنس واحد.
ويقوى أن ما يختص باسم منه فهو جنس على انفراده. ويحتمل كون المشار إليه هو
كونه جنسا واحدا. والحاصل أن في اتحاد جنس السمك أو تعدده بتعدد أسمائه
خلافًا، نظرا إلى الشك في مقولته، كما تقدم في الحمام.
قوله: " ولا يجوز التفاضل بين ما يستخرج - إلى قوله - ومخيضه
وأقطه "

هذا الحكم محل وفاق نقله في التذكرة عن علمائنا أجمع (٢)، ولولا ذلك لا نقدح
فيه الاشكال السابق، نظرا إلى اختلاف الاسم والطبيعة.
قوله: " فدهن السمسم جنس وكذا ما يضاف إليه كدهن البنفسج "

(١) يأتي في ص ٣٢٢.

(٢) التذكرة ١: ٤٧٩.

والخلول تتبع ما تعمل منه، فخل العنب مخالف لخل الدبس.
ويجوز التفاضل بينهما نقداً، وفي النسيئة تردد.
الثاني: اعتبار الكيل والوزن.
فلا ربا إلا في مكيل أو موزون. وبالمساواة فيهما يزول تحريم
الربويات. فلو باع ما لا كيل فيه ولا وزن متفاضلاً جاز ولو كان معدوداً
- كالثوب بالثوبين والثياب، والبيضة بالبيضتين والبيض - نقداً، وفي
النسيئة تردد، والمنع أحوط.

إضافته إليه لا تخرجه عن أفراد نوع الدهن، فإنه ليس مركباً منه ومما يضاف
إليه، بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه به مدة خاصيته ثم ينزع منه.
قوله: " فخل العنب مخالف لخل الدبس ".
أي خل دبس التمر. وقد يطلق الدبس على ما يعم دبس العنب، ويختص
خل العنب بخل الخمر.
قوله: " وفي النسيئة تردد ".
هذا هو الخلاف المتقدم (١) في بيع أحد الربويين بالآخر المخالف متفاضلاً
نسيئة. والأقوى جوازه.
قوله: " ولو كان معدوداً كالثوب بالثوبين - إلى قوله - نقداً وفي النسيئة
تردد ".

ظاهره أن الخلاف مختص بالنسيئة، وليس كذلك، بل قد ذهب جماعة (٢) إلى
ثبوته في المعدد مطلقاً، استناداً إلى إطلاق رواية (٣) ظاهرة في الكراهة. والأقوى

(١) تقدم في ص ٣١٨.

(٢) راجع المقنعة: ٦٠٥ والمراسم: ١٧٩

(٣) التهذيب ٧: ١٢٠ ح ٥٢١، الاستبصار ٣: ١٠١ ح ٣٥٢، الوسائل ١٢: ٤٤٩ ب " ١٦ " من أبواب
الرباح ٧.

ولا ربا في الماء، لعدم اشتراط الكيل والوزن في بيعه. ويثبت في الطين الموزون كالأرمني على الأشبه. والاعتبار بعادة الشرع، فما ثبت أنه مكيل أو موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله وسلم بني عليه. وما جهل الحال فيه رجع إلى عادة البلد.

اختصاصه بالمكيل والموزون مطلقا، للأخبار الصحيحة (١) الدالة على الحصر فيهما. قوله: " ولا ربا في الماء لعدم اشتراط الكيل والوزن في بيعه ". لا فرق في ذلك بين بيعه جزافا ومكيلا وموزونا، لانتفاء اعتبارهما فيه. وفي حكمهما التراب والحجارة والحطب. ولا عبرة ببيعه موزونا في بعض البلاد. قوله: " ويثبت في الطين الأرمني على الأشبه ". الأقوى اتباع العادة فيه، فإن استقرت على كيله أو وزنه - كما هو الواقع - يثبت فيه الربا، وإلا فلا. وكذا القول في غيره من التراب، كالطين الخراساني. قوله: " والاعتبار بعادة الشرع - إلى قوله - رجع إلى عادة البلد ". قد ثبت أن أربعة كانت مكيلة في عهده صلى الله عليه وآله، وهي الحنطة، والشعير، والتمر، والملح، فلا يباع بعضها ببعض إلا كيلا، وإن اختلفت في الوزن. واستثنى في التذكرة (٢) ما يتجافى منه في المكيال كالقطع الكبار من الملح فيباع وزنا لذلك.

وما عداها إن ثبت له في عهده صلى الله عليه وآله أحد الأمرين وإلا رجع فيه إلى عادة البلد. ولو عرف أنه كان مقدرا في عهده صلى الله عليه وآله، وجعل اعتباره بأحدهما، احتمل التخيير، وتعين الوزن لأنه أضبط، واختاره في التذكرة (٣)، وهو حسن. ولا فرق بين بلده صلى الله عليه وآله وما أقر أهله عليه في غيره.

(١) انظر الوسائل ١٢ : ٤٣٤ ب " ٦ " من أبواب الربا.

(٢) التذكرة ١ : ٤٨٣.

(٣) التذكرة ١ : ٤٨٣. ولكن لم نجد فيها تعيين الوزن في هذه المسألة وإن ذكر أضبطيته في مسألة أخرى.

ولو اختلف البلدان فيه كان لكل بلد حكم نفسه. وقيل: يغلب جانب التقدير ويثبت التحريم عموماً. والمراعى في المساواة وقت الابتياح. فلو باع لحماً نياً بمقدد متساوياً جاز. وكذا لو باع بسراً برطب. وكذا لو باع حنطة مبلولة بيباسة لتحقق المماثلة. وقيل بالمنع، نظراً إلى تحقق النقصان عند الجفاف، أو إلى انضياغ أجزاء مائية مجهولة. وفي بيع الرطب بالتمر تردد، والأظهر اختصاصه بالمنع، اعتماداً على أشهر الروايتين.

قوله: " ولو اختلف البلدان فيه... الخ "

ما اختاره المصنف هو الأقوى، لأن المعتبر هو العرف عند عدم الشرع، وكما أن عرف تلك التقدير فيلزمه حكمه، فعرف الأخرى الجزاف فيلزمه حكمه، صرفاً للخطاب إلى المتعارف من الجانبين. ووجه عموم التحريم صدق اسم المكيل والموزون على ذلك النوع في الجملة. قوله: " والمراعى في المساواة وقت الابتياح - إلى قوله - وقيل بالمنع نظراً إلى تحقق النقصان "

هذه المسألة من جملة أفراد منصوص العلة. وقد اختلف الأصحاب في تعديته إلى غيره مما شاركه فيها، والأخبار الصحيحة (١) ظاهرة في التعدية. وهو الأقوى. قوله: " وفي بيع الرطب بالتمر تردد... الخ "

هذا هو مورد النص من منصوص العلة لما سئل النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الرطب بالتمر، فقال: " أينقص إذا جف؟ فقالوا نعم، فقال: لا إذن " (٢). وعن الباقر عليه السلام قال: " قال أمير المؤمنين عليه السلام: ويكره أن يباع التمر بالرطب

(١) الوسائل ١٢: ٤٤٥ ب " ١٤ " من أبواب الرباح ١، ٢، ٦.

(٢) سنن أبي داود ٣: ٢٥١ ح ٣٣٥٩، سنن ابن ماجه ٢: ٧٦١ ح ٢٢٦٤، سنن النسائي ٧: ٢٦٨.

فروع
الأول: إذا كانا في حكم الجنس الواحد، وأحدهما مكيل والآخر
موزون، كالحنطة والدقيق، فبيع أحدهما بالآخر وزنا جائز. وفي الكيل
تردد، والأحوط تعديلهما بالوزن.

عاجلا بمثل كيله، من أجل أن التمر يبس فينقص من كيله " (١). وعن الصادق عليه
السلام: " لا يصلح التمر بالرطب، لأن الرطب رطب والتمر يابس، فإذا يبس
الرطب نقص " (٢). فأشاروا عليهم السلام إلى أن علة المنع النقصان بالجفاف. فمن
الأصحاب (٣) من عده إلى المنع من بيع كل رطب بياسه، كالعنب بالزبيب.
ومنهم (٤) من اقتصر على المنصوص. وبالغ ابن إدريس (٥) فجوز الجميع. وإلى قوله
أشار المصنف بقوله: " وفي بيع الرطب بالتمر تردد " حيث جعله موضع التردد، ثم
حكم بتحريمه وعدم تعديته.

وأشار المصنف في دليله ب " أشهر الروايتين " إلى رواية سماعة قال: " سئل أبو
عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب، فقال: " لا يصلح إلا مثلاً بمثل، والتمر
بالرطب مثلاً بمثل " (٦). وجوابه القدرح في سند الرواية. والأقوى التحريم والتعدية
إلى كل ما فيه العلة المذكورة. ومحل تحقيق المسألة الأصول.
قوله: " إذا كانا في حكم الجنس الواحد - إلى قوله - وفي الكيل تردد ".
منشأ التردد من أن الكيل أصل للحنطة فيستصحب في فروعها، ومن أن

-
- (١) الفقيه ٣: ١٧٨ ح ٨٠٥، التهذيب ٧: ٩٥ ح ٤٠٨، الوسائل ١٢: ٤٤٥ ب " ١٤ " من أبواب الربا
ح ٢.
(٢) التهذيب ٧: ٩٠ ح ٣٨٤، الاستبصار ٣: ٩٣ ح ٣١٥، الوسائل ١٢: ٤٤٦ ب " ١٤ " من أبواب الربا
ح ٦.
(٣) الوسيلة: ٢٥٣، المختلف: ٣٥٦.
(٤) المبسوط ٢: ٩٠، والخلاف ٣: ٦٤ مسألة ١٠٥.
(٥) السرائر ٢: ٢٥٨ - ٢٥٩.
(٦) الكافي ٥: ١٩٠ ح ١٦، التهذيب ٧: ٩٧ ح ٤١٧، والوسائل ١٢: ٤٤٥ ب " ١٤ " من أبواب الربا ح ٣.

الثاني: بيع العنب بالزبيب جائز. وقيل: لا، طردا لعلة الرطب بالتمر، والأول أشبه. وكذا البحث في كل رطب مع يابسه. الثالث: يجوز بيع الأدقة بعضها ببعض، مثلا بمثل. وكذا الأخباز، والخلول وإن جهل مقدار ما في كل واحد من الرطوبة، اعتمادا على ما تناوله الاسم.

الوزن أضبط، وأنه أصل للكيل، ولأن من أفراد هذه القاعدة ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالحنطة بالخبز، والسمسسم بالشيرج. واختار الفاضل (١) اعتبار الكيل فيما هو أصله وأطلق. وهو حسن. لكن يشكل بنحو ما ذكرناه، فإن اعتباره بالوزن حينئذ أحسن.

قوله: " بيع العنب بالزبيب جائز " .

المنع أقوى، وقد تقدم (٢).

قوله: " وكذا الأخباز والخلول وإن جهل مقدار ما في كل واحد من الرطوبة " .

لا بد في الجواز من اشتراكهما في أصل الرطوبة، فلو كان أحد الخبزين رطبا والآخر يابسا لم يصح، بناء على ما سلف من القاعدة. وفي العبارة إشارة إليه، حيث أثبت لكل واحد رطوبة جهل مقدارها.

ولو علم أن رطوبة أحدهما أكثر من رطوبة الآخر مع اشتراكهما في الأصل ففي الجواز نظر، من صدق الاسم في المثليين، ومن العلم بزيادة حقيقة أحدهما على الآخر. ولعل الأقرب الجواز، لأن الرطوبة غير مقصودة، والحقيقة مطلقة عليهما. وكذا لو علمت الرطوبة في أحدهما وانتفت من الآخر، كخل الزبيب، وخل العنب الخالص.

(١) المختلف: ٣٥٦.

(٢) في ص ٣٢٥.

تتمة فيها مسائل ست:
الأولى: لا ربا بين الوالد وولده، ويجوز لكل منهما أخذ الفضل من صاحبه. ولا بين المولى ومملوكه. ولا بين الرجل وزوجته.

قوله: " لا ربا بين الوالد وولده... الخ "

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل الإجماع عليه، فإن المرتضى - رحمه الله - وإن خالف في بعض كتبه (١)، وحكم بثبوت الربا بينهم، حملا للخبر المنفي (٢) على النهي، كقوله تعالى: * (فلا رفا ولا فسوق ولا جدال في الحج) * (٣) وعملا بعموم القرآن (٤) الوارد بتحريم الربا، إلا أنه رجح عنه (٥) محتجا بوجود الإجماع على خلافه. ونبه بقوله: (ويجوز لكل واحد منهما أخذ الفضل) على خلاف ابن الجنيد (٦) حيث نفى الربا بين الوالد وولده، بشرط أن يأخذ الوالد الفضل، وأن لا يكون للولد وارث ولا عليه دين. وإطلاق النص (٧) حجة عليه. والحكم مختص بالولد النسبي بالنسبة إلى الأب، فلا يتعدى الحكم إلى الأم، ولا إلى الجد مع ولد الولد، ولا إلى ولد الرضاع، على إشكال فيهما، اقتصارا بالرخصة على مورد اليقين. ووجه العدم إطلاق اسم الولد عليهما، ومن ثم حرمت امرأته على الأب والجد من آية حلائل الأبناء (٨). ولا فرق في الزوجة بين الدائم والمنقطع على الظاهر لإطلاق النص (٩)، خلافا

- (١) جوابات المسائل الموصليات، ضمن رسائل السيد المرتضى ١: ١٨٢.
- (٢) الوسائل ١٢: ٤٣٦ ب " ٧ " من أبواب الرباح ١.
- (٣) البقرة: ١٩٧.
- (٤) البقرة: ٢٧٥.
- (٥) الإنتصار: ٢١٣.
- (٦) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٣٥٣.
- (٧) الوسائل ١٢: ٤٣٦ ب " ٧ " من أبواب الربا.
- (٨) النساء: ٢٣.
- (٩) انظر الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

ولا بين المسلم وأهل الحرب. ويثبت بين المسلم والذمي على الأشهر.

للتذكرة (١) حيث خصهما بالدائم، معللا بأن التفويض في مال الرجل إنما يثبت في حق العقد الدائم، فإن للزوجة أن تأخذ من مال الرجل المأدوم. وفي معارضة مثل ذلك للنص منع ظاهر

والحكم بنفي الربا بين السيد ومملوكه إما لعدم صحة البيع، بناء على أنه لا يملك، فيصدق عدم الربا، وإما بناء على أنه يملك. وكان الأولى بالقائل بعدم ملكه ترك ذكره، لكن لما ورد النص (٢) به تعرضوا له. ويشترط مع القول بملكه أن لا يكون مشتركا، فلو كان كذلك ثبت بينه وبين كل من الشركاء. والمدبر وأم الولد في حكم القن. أما المكاتب بقسميه فلا على الظاهر، مع احتمالاه. قوله: " ولا بين المسلم وأهل الحرب "

هذا إذا أخذ المسلم الفضل، وإلا حرم. ولا فرق بين الحربي المعاهد وغيره، ولا بين كونه في دار الحرب والاسلام. وأطلق جماعة (٣) نفي الربا هنا من غير فرق بين أخذ المسلم الزيادة والحربي. والتفصيل أقوى. قوله: " ويثبت بين المسلم والذمي على الأشهر "

هذا هو المشهور (٤)، لعموم الأدلة. وذهب السيد المرتضى (٥) وابنا بابويه (٦) وجماعة (٧) إلى عدم ثبوته، للرواية المخصصة (٨) له كما خصصت غيره من سبق. والأول أولى. فإن قلنا بعدم ثبوته لزم تقييده بما مر من أخذ المسلم الزيادة.

(١) التذكرة ١: ٤٨٥.

(٢) راجع الوسائل الباب المتقدم حديث ١، ٣.

(٣) راجع النهاية: ٣٧٦، الوسيلة: ٢٥٤.

(٤) في " ب ": الأشهر.

(٥) الإنتصار ٢١٢ - ٢١٣.

(٦) المقنع: ١٢٦ وحكاها العلامة في المختلف: ٣٥٣ عنهما.

(٧) لم نعثر عليهم ولكن نسبه العلامة في المختلف: ٣٥٣ إلى المفيد ونسبه في مفتاح الكرامة إلى إيضاح النافع.

(٨) الفقيه ٣: ١٧٦ ح ٧٩٢ والوسائل ١٢: ٤٣٧ ب " ٧ " من أبواب الرباح ٥.

الثانية: لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه، كلحم الغنم بالشاة، ويجوز بغير جنسه، كلحم البقر بالشاة، لكن بشرط أن يكون اللحم حاضرا.

الثالثة: يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة خالية، وبيع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن أو خالية، أو بلبن ولو كان من لبن جنسها.

الرابعة: القسمة تميز أحد الحقلين وليست بيعا، فتصح فيما فيه الربا، ولو أخذ أحدهما الفضل. وتجوز القسمة كيلا وخرصا. ولو كانت

قوله: " لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم الغنم بالشاة ويجوز بغير جنسه " .

هذا هو المشهور بين الأصحاب. وخالف فيه ابن إدريس (١) فحكم بالجواز، لأن الحيوان غير مقدر بأحد الأمرين. وهو قوي مع كونه حيا، وإلا فالمنع أقوى. والظاهر أنه موضع النزاع.

قوله: " يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة خالية وبيع شاة في ضرعها لبن " .

الوجه في ذلك أن الدجاجة والشاة ليستا مقدرتين بالوزن حال حياتهما، وما في بطنهما غير مقدر أيضا ما دام كذلك كالثمرة على الشجرة، ولأنه تابع. ونبه بذلك على خلاف الشافعي (٢) حيث منع منه محتجا بأن له قسطا من الثمن، وهو ممنوع. قوله: " أو بلبن وإن كان من لبن جنسها " .

لا فرق بين كون الثمن زائدا عما فيها من اللبن وناقصا، لما تقدم من التعليل، وإن كان الفرض بعيدا. ومثله بيع نخلة فيها تمر بتمر مثله. قوله: " القسمة ليست بيعا فتصح فيما فيه الربا ولو أخذ أحدهما الفضل " .

(١) السرائر ٢: ٢٥٨.

(٢) الأم ٣: ٢٧، ٨١، مختصر المزني: ٧٧.

الشركة في رطب وتمر متساويين فأخذ أحدهما الرطب جاز.
الخامسة: يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك وفي أحدهما عقد
التبن ودقائه، وكذا لو كان في أحدهما زؤان أو يسير من تراب، لأنه مما
جرت العادة بكونه فيه.

السادسة: يجوز بيع درهم ودينار بدينارين ودرهمين، ويصرف كل
واحد منهما إلى غير جنسه. وكذا لو جعل بدل الدينار أو الدرهم شيء من
المتاع. وكذا مدمن تمر ودرهم بمدين أو أمداد، ودرهمين أو دراهم.

هذا موضع وفاق. ونبه به على خلاف الشافعي (١) في أحد قولي، حيث جعلها
بيعا يثبت فيه الربا كالبيع.

قوله: "يجوز بيع مكوك من الحنطة - إلى قوله - لأنه مما جرت العادة".
أشار بذلك إلى اشتراط قلته بحيث تجري العادة بتبعيته، فلو زاد عن ذلك لم
يجز. ومثله الدردي في الخل والدبس، والثفل في البزر، ونحو ذلك.
قوله: " ويجوز بيع درهم ودينار بدينارين... الخ".

هذا الحكم موضع وفاق بين أصحابنا، وخالف فيه الشافعي (٢) محتجا
بحصول التفاوت عند المقابلة على بعض الوجوه، كما لو بيع مد ودرهم بمدين،
والدرهم ثمن لمد ونصف بحسب القيمة الحاضرة. وجوابه أن الزيادة حينئذ بمقتضى
التقسيط لا بالبيع، فإنه إنما وقع على المجموع بالمجموع.
ويشكل الحكم لو احتيج إلى التقسيط شرعا، كما لو تلف الدرهم المعين قبل
القبض، أو ظهر مستحقا مطلقا، وكان في مقابله ما يوجب الزيادة المفضية إلى الربا،
فإنه حينئذ يحتمل بطلان البيع من رأس، للزوم التفاوت في الجنس الواحد، كما لو
باع مدا ودرهما بمدين ودرهمين مثلا، فإن الدرهم التالف إذا كان نصف المبيع، بأن

(١) الأم ٣: ٢٨ مختصر المزني: ٧٧.

(٢) الأم ٣: ٢١، مختصر المزني: ٧٧.

كانت قيمة المد درهما، يبطل البيع في نصف الثمن، فيبقى النصف الآخر، وحيث كان منزلا على الإشاعة كان النصف في كل من الجنسين، فيكون نصف المدين ونصف الدرهمين في مقابل المد، فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان. ويحتمل البطلان في مخالف التالف خاصة، والصحة في مخالف الباقي، لأن كلا من الجنسين في المبيع قوبل به مخالفه في الثمن، فإذا بطل أحد الجزئين بطل فيما قوبل به، لأن صحة البيع منزلة على ذلك، فكذا بطلانه. والمرجح لذلك نص الأصحاب على أن كل جنس في مقابل ما يخالفه. ويحتمل الصحة فيما بقي من الثمن وما قابله كائنا ما كان، فيقسط الثمن على التالف من المبيع والباقي، ففي المثال السابق يصح البيع في نصف المبيع بنصف الثمن، ولا ينظر إلى الزيادة، لأنها إنها صارت بسبب التقسيط، وليس التقسيط بيعا، وفي حال البيع لم تكن زيادة. ويشكل بأنه وإن لم يكن بيعا فهو معاوضة، وقد تقدم أن الربا يعم كل معاوضة. ويندفع بأنه لا معاوضة إلا بالبيع السابق، وقد كان في وقته جامعا للشرايط، فيستصحب حكم الصحة. وربما نزل بعضهم (١) التقسيط على وجه لا يلزم منه الربا، كما إذا كانت قيمة المد مثلا درهمين فإن الثمن يكون أثلاثا من الفضة والتمر، وكذلك المثلث، فيكون ثلث الدرهم بإزاء ثلث درهم، وثلثا مد التمر بإزاء ثلثي مد تمر، ويبقى ثلث مد تمر بإزاء درهم وثلثين، وثلثا درهم بإزاء مد وثلث تمر، فإذا تلف المد أو الدرهم سقط ما ذكر بإزائه. ووجه التقسيط - على هذا الوجه - أن أجزاء المبيع لما قوبلت بأجزاء الثمن على طريق الشيوخ لم يجب أن يقع التسقيط على وجه يلزم معه المحذور، صيانة للعقد عن الفساد ما أمكن السبيل إليه.

(١) راجع جامع المقاصد ٤: ٢٧٥.

وقد يتخلص من الربا بأن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها، ثم يشتري الأخرى بالثمن، ويسقط اعتبار المساواة. وكذا لو وهبه سلعته ثم وهبه الآخر، أو أقرضه صاحبه ثم أقرضه هو وتبارعا. وكذا لو تبايعا ووهبه الزيادة، وكل ذلك من غير شرط.

الثالث: الصرف وهو بيع الأثمان بالأثمان.

ويشكل بأن مقتضى التقسيط مقابلة كل من الجنسين بمقابله على النسبة، فالعدول عنه بمجرد العناية تحكم. والذي يوافق أصول الأصحاب هو الاحتمال الوسط، فإنه هو المصحح لأصل البيع، وإلا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من رأس. قوله: " وقد يتخلص من الربا بأن يبيع... إلخ ". ولا يقدر في ذلك كون هذه الأمور غير مقصودة بالذات، والعقود تابعة للقصد، لأن قصد التخلص من الربا إنما يتم مع القصد إلى بيع صحيح، أو قرض، أو غيرهما من الأنواع المذكورة، وذلك كاف في القصد، إذ لا يشترط في القصد إلى عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه، بل يكفي قصد غاية صحيحة من غاياته، فإن من أراد شراء دار مثلا ليؤاجرها ويتكسب بها فإن ذلك كاف في الصحة، وإن كان لشراء الدار غايات أخر أقوى من هذه وأظهر في نظر العقلاء. وكذا القول في غير ذلك من أفراد العقود. وقد ورد في أخبار كثيرة (١) ما يدل على جواز الحيلة على نحو ذلك.

قوله: " الصرف وهو بيع الأثمان بالأثمان ".
والصرف - لغة (٢) - الصوت، و- شرعا - بيع الأثمان - وهي الذهب والفضة - بالأثمان، كأنه سمي بذلك لما يشتمل عليه من الصوت عند تقليبها في البيع والشراء.

(١) انظر الوسائل ١٢: ٤٥٥ ب ٢٠ من أبواب الربا.

(٢) النهاية لابن الأثير ٣: ٢٥.

ويشترط في صحة بيعها - زائدا على الربويات - التقابض في المجلس. فلو افترقا قبل التقابض بطل الصرف، على الأشهر.

وإنما سمي الجنس ثمنا لأنهما يقعان عوضا عن الأشياء، ويقترنان بباء العوض غالبا. بل نقل العلامة قطب الدين الرازي (١) عن الفاضل أنهما ثمن وإن اقترنت الباء بغيرهما، حتى لو باعه دينارا بحيوان ثبت للبائع الخيار، مدعيا على ذلك الاتفاق. قوله: " ويشترط في صحة بيعها - إلى قوله - بطل الصرف على الأشهر "

زيادة أحكامها على الربويات باعتبار مجموع أفراد بيع الربويات لا جميع أفرادها، فإن من جملتها بيع الذهب بالفضة، وهذا لا يتعلق به ربا، بل حكم الصرف خاصة. والحاصل أن بين حكم الربا والصرف عموما وخصوصا من وجه، يجتمعان في بيع أحد النقدين بجنسه، ويختص الربا بغير الأثمان، ويختص الصرف ببيع أحد الأثمان بالآخر.

والمراد بالمجلس محل الاجتماع وإن تعدد، كما مر في خيار المجلس (٢)، حتى لو فارقا مجلس العقد مصطحبين لم يبطل. ولو قال " التقابض قبل التفرق " كان أولى. ونبه بالأشهر على خلاف الصدوق ابن بابويه (٣) حيث لم يعتبر المجلس، استنادا إلى روايات ضعيفة. (٤) والأصحاب كلهم على خلافه، فربما كان الشرط إجماعا.

واعلم أنه على تقدير الحكم بالبطلان مع التفرق، هل يجب تحصيل هذا الشرط بحيث يأتان لو أخلا به اختيارا؟ ليس في اعتبار شرطيته ما يدل عليه، بل غايته الحكم بالبطلان مع الإخلال به. وفي التذكرة (٥) قطع بوجوب الوفاء به والتأثير

(١) راجع جامع المقاصد ٤: ١٨١. ولكن لم ينقله فيه عن الفاضل.

(٢) في ص ١٩٤.

(٣) حكاة عنه في كشف الرموز ١: ٤٩٧ وإيضاح ترددات الشرائع ١: ٢٨٢. راجع الفقيه ٣: ١٨٣ ح ١.

(٤) راجع الوسائل ١٢: ٦٤٠ ب ٢ من أبواب الصرف ح ١٠ إلى ١٥.

(٥) التذكرة ١: ٥١٠ - ٥١١.

ولو قبض البعض صح فيما قبض حسب. ولو فارقا المجلس مصطحبين لم يبطل.
ولو وكل أحدهما في القبض عنه، فقبض الوكيل قبل تفرقهما، صح. ولو قبض بعد التفرق، بطل.
ولو اشترى منه دراهم ثم ابتاع بها دنانير قبل قبض الدراهم لم يصح الثاني. ولو افترقا بطل العقدان.

بتركه اختيارا، وجعله بمنزلة الربا، حتى أوجب عليهم التفاسخ قبل التفرق ولو تعذر عليهما التقابض، وجعل تفرقهما قبله بمنزلة بيع الربوي نسيئة، فإن بطلانه لا يغني عن الإثم به. وهو ظاهر عبارة الدروس (١)، حيث حكم بوجود التقابض قبل التفرق، وإن كان الوجوب في هذا الباب قد يعبر به عن الشرط مجازا. وفي الأخبار (٢) ما ينبه على التحريم، لكن لم يتعرض له الأكثر.
قوله: " ولو قبض البعض صح فيما قبض حسب ".
ويتخير كل منهما في فسخ الباقي وإمضائه لتبعض الصفقة، إن لم يكن حصل منهما تفريط في تأخير القبض، وإلا فلا. ولو اختص أحدهما بعدم التفريط اختص بالخيار.

قوله: " ولو وكل أحدهما في القبض عنه... الخ ".
الضابط في ذلك أن المعتبر حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدين. فمتى كان الوكيل في القبض غير المتعاقدين اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدين، ولا اعتبار بتفرق الوكيلين. ومتى كان المتعاقدان وكيلين اعتبر تقابضهما في المجلس، أو تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين.
قوله: " ولو اشترى منه دراهم - إلى قوله - ولو افترقا بطل العقدان ".
إنما لم يصح الثاني لأن ملك العوض في الصرف موقوف على التقابض ولم

(١) الدروس: ٣٦٩.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ٤٥٨ ب ٢ من أبواب الصرف ح ١، ٩.

ولو كان له عليه دراهم فاشترى بها دنانير صح وإن لم يتقابضا.
وكذا لو كان له دنانير فاشترى بها دراهم، لأن النقدين من واحد.

يحصل، فيكون قد باع ثانيا ما لم يصير ملكا له. ويحیی على القول بالمنع من بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه وجه آخر لعدم الصحة هنا. وبذلك يظهر بطلان العقدین لو افترقا قبله. هذا قول الأكثر. وفصل ابن إدريس هنا فقال: إن كان النقد المبتاع أولا معينا صح العقد الثاني إذا تقابضا في المجلس. وإن كان في الذمة بطل الثاني، لأنه دين بدين (١).

وينبغي القول بالصحة مطلقا إذا تقابضا قبل التفرق. وغاية ما يحصل في البيع الثاني أن يكون فضوليا، فإذا لحقه القبض صح. وسيأتي أن بيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع.

قوله: " ولو كان عليه دراهم - إلى قوله - لأن النقدين من واحد ".
هذا التقدير مصحح لهذه المسألة، لأن ما في الذمة بمنزلة المقبوض، وهو وارد في المسألة السابقة أيضا، إلا أن هذه انفصلت عن تلك بأن ما في الذمة أولا كان ثابتا مستقرا بخلاف السابقة، فإن الدراهم المشتراة أولا لم تستقر في الذمة بسبب توقفه على القبض، فلم يكن حصول النقدين من واحد كافيا.
واعلم أن المصنف فرض المسألة في من اشترى دنانير ممن عليه الدراهم، فيبقى موضع الاشكال فيها اشتراط التقابض أو الاكتفاء بالعقد. وجماعة من الأصحاب (٢) فرضوها - تبعا للرواية (٣) - في من قال لمن في ذمة الدراهم: حولها إلى دنانير، وحكموا بالتحويل وإن لم يتقابضا، لعله أن النقدين من واحد. وأنكر ذلك ابن إدريس (٤) من حيث عدم التقابض، ومن أن مجرد هذا الأمر لا يقتضي التحويل.

(١) السرائر ٢: ٢٦٧.

(٢) كالشيخ في النهاية: ٣٨٠ ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٢٥٥.

(٣) الوسائل ١٢: ٤٦٣ ب ٤ من أبواب الصرف ح ١ و ٢.

(٤) السرائر ٢: ٢٦٥.

ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد ولو تقابضا. ويجوز في الجنسين.
ويستوي في وجوب التماثل المصوغ والمكسور، وجيد الجوهر ودرئيه.
وإذا كان في الفضة غش مجهول لم تبع إلا بالذهب أو بجنس غير الفضة. وكذا الذهب. ولو علم جاز بيعه بمثل جنسه، مع زيادة تقابل الغش.

وربما بنوا حكمهم على مقدمات يلزم من صحتها صحة الحكم هنا:
الأولى: أن الأمر بالتحويل توكيل في تولي طرفي العقد، فإن التوكيل لا ينحصر في لفظ.

الثانية: أنه يصح تولي طرفي العقد من الواحد.

الثالثة: أنه يصح أيضا تولية طرفي القبض.

الرابعة: أن ما في الذمة مقبوض.

الخامسة: أن بيع ما في الذمة للغير من الدين الحال بثمن في ذمته ليس بيع دين بدين.

السادسة: أن الوكيل في البيع إذا توقفت صحته على القبض يكون وكيلا فيه، وإلا فإن مطلق التوكيل في البيع لا يقتضي التوكيل في القبض. فإذا سلمت هذه المقدمات صحت المسألة.

قوله: " إذا كان في الفضة غش مجهول - إلى قوله - وكذا الذهب "

هذا مبني على الغالب من أن المغشوش لا يباع بوزنه خالصا، لأن البيع مبني على المكايسة والمغالبة، فلا يدفع المشتري بوزن المغشوش صافيا، وإلا فلو فرض وقوع ذلك صح بيعه بجنسه أيضا، بل متى علم زيادة الخالص عن مجانس المغشوش صح وإن لم يبلغ قدر المجموع من النقد والغش.
قوله: " ولو علم جاز بيعه بمثل جنسه مع زيادة تقابل الغش "

ولا يباع تراب معدن الفضة بالفضة احتياطاً، ويباع بالذهب. وكذا تراب معدن الذهب.

ولو جمعا في صفقة واحدة جاز بيعهما بالذهب والفضة معا. ويجوز بيع جوهر الرصاص والصفير بالذهب والفضة معا، وإن كان فيه يسير فضة أو ذهب، لأن الغالب غيرهما.

وكذا لو جهل كما بيناه، بأن جهل قدره ولكن علم أنه لا يزيد عن النصف، فيجوز بيعه بزيادة يسيرة عن النصف من جنسه، ويصرف الزائد إلى مقابلة الغش. ومعنى قوله "تقابل الغش" أن تكون الزيادة على النقد يصلح عوضا في مقابلة الغش بحيث يتمول، وإن لم تقابله قيمة. قوله: "ولا يباع تراب معدن الفضة بالفضة احتياطاً ويباع بالذهب".

أي للاحتياط في التحرز من الربا إذا بيع بجنسه، لجواز زيادة أحدهما على الآخر، إذ الفرض كون النقد مجهولا. ولو بيع التراب هنا بمساويه نقدا لم يصح كما في المغشوش، لأن التراب لا قيمة له، فيبقى الزائد في الثمن بغير عوض. وكما يجوز بيعه بالنقد الآخر بجوز بمخالفهما بطريق أولى، لأنه أبعد عن الربا. وكان عليه أن يذكره أيضا.

قوله: "ولو جمعا في صفقة واحدة جاز بيعهما بالذهب والفضة معا".
الظاهر من المعية كون الذهب والفضة مجعولين معا ثمنا واحدا. وجواز بيعهما بهما حينئذ واضح على أصولنا، لانصراف كل واحد إلى ما يخالفه. وكذا يجوز بيعهما بأحدهما مع زيادة الثمن على مجانسة، بحيث يقابل تراب معدن الآخر. ولو بيعا بغيرهما صح أيضا بطريق أولى، كما مر.

قوله: "ويجوز بيع جوهر الرصاص... الخ".
في قوله: "وإن كان فيه" لف ونشر مرتب، أي وإن كان في جوهر الرصاص يسير فضة، وفي جوهر الصفير يسير ذهب. ولا يشترط العلم بزيادة الثمن عن ذلك

ويجوز إخراج الدراهم المغشوشة مع جهالة الغش، إذا كانت معلومة الصرف بين الناس. وإن كانت مجهولة الصرف لم يجز إنفاقها إلا بعد إبانة حالها.
مسائل عشر:

اليسير، لأنه مضمحل وتابع غير مقصود بالبيع، فأشبهه الحلية على سقوف الجدران، ولحسنه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (١) عليه والسلام.
وما ذكرناه من التعليل أجود من تعليل المصنف بأن الغالب غيرهما، فإن مجرد الأغلبية غير كاف في جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق، حتى لو كان الخليط عشرا يمكن تمييزه لم يجز بيعه بجنسه إلا مع زيادة الثمن عليه بحيث تقابل الآخر، كما مر. وكأنه أراد الغلبة المستولية على النقد بحيث اضمحل معه مجازا، كما تجوزوا في قولهم في باب الأحداث: النوم الغالب على الحاستين. والرصاص بفتح أوله، والصفر بضمه.

قوله: " ويجوز إخراج الدراهم المغشوشة... الخ ".
المراد بكونها معلومة الصرف كونها متداولة بين الناس مع علمهم بحالها، فإنه يجوز حينئذ إخراجها وإن لم يعلم بقدر ما فيها من الغش. فلو كانت مجهولة الصرف، بحيث لو علموا بحالها ما قبلوها، وجب على مخرجها إبانة حالها، بأن يقول إنها مغشوشة وإن لم يبين قدر غشها. ولو أخرجها من دون الإعلام على الجاهل بحالها جاز له ردها إذا علم. ولو لم يردّها بقي في ذمة المخرج لها قدر التفاوت بينها وبين النقد المطلوب.

ولا يخفى أن المراد هنا الغش المعبر دون ما يستهلك لقلته. نبه عليه في التذكرة. (٢)

(١) الكافي ٥: ٢٤٨ ح ١٥، التهذيب ٧: ١١١ ح ٤٨١، الوسائل ١٢: ٤٨٥ ب ١٧ من أبواب الصرف ح ١، ٢.
(٢) التذكرة ١: ٥١٢.

الأولى: الدراهم والدنانير يتعينان، فلو اشترى شيئاً بدراهم أو دنانير، لم يجز دفع غيرهما ولو تساوت الأوصاف.
الثانية: إذا اشترى دراهم بمثلها معينة. فوجد ما صار إليه من غير جنس الدراهم، كان البيع باطلاً. وكذا لو باعه ثوبا كتانا فبان صوفاً.

قوله: " الدراهم والدنانير يتعينان "

هذا موضع وفاق بين أصحابنا وأكثر من خالفنا، لعموم الأمر بالايفاء بالعقود (١)، فإذا اشتملت على التعيين لم يتم الوفاء بها إلا بجميع مشخصاتها، ولأن المقتضي لتعين العروض هو العقد، وهو حاصل في الثمن، فيتعين كالعرض. فعلى هذا يجب رفع العين، ولا يجوز إبدالها. ولو تلفت قبل القبض انفسخ البيع، لم يكن له دفع عوضها وإن ساواه مطلقاً، ولا للبائع طلبه. وإن وجد البائع بها عيباً لم يستبدلها، بل إما أن يرضى بها أو يفسخ العقد. ونبه بذلك على خلاف أبي حنيفة (٢) حيث ذهب إلى أنها لا تتعين بالعقد، بل بالقبض، وأثبت (به) (٣) نقيض هذه الأحكام.

قوله: " إذا اشترى دراهم بمثلها معينة "

الثمن والمثمن إما أن يكونا معينين أو مطلقين أو مختلفين، فالأقسام أربعة. ثم إما أن يظهر العيب فيهما أو في أحدهما، بحيث يكون جميعه معيباً أو بعضه. ثم إما أن يكون العيب من الجنس أو من غيره. ثم إما أن يكون الظهور قبل التفرق أو بعده. فالصور ست وتسعون صورة. وهذه المسألة قد اشتملت على حكم المعين منها، وهي ثمان وأربعون، والتي بعدها اشتملت على حكم غير المعين. ومنهما يعلم حكم ما لو تفرقا فيه. وكل هذه الأحكام متفرعة على تعيينهما بالتعيين.
قوله: " فوجد ما صار إليه من غير جنس الدراهم كان البيع باطلاً "

(١) المائدة: ١.

(٢) حلية العلماء ٤: ١٥٦، تحفة الفقهاء ٢: ٤٨، المغني لابن قدامة ٤: ١٨٤.

(٣) في " ك " فقط.

ولو كان البعض من غير الجنس بطل فيه حسب، وله رد الكل
لتبعض الصفقة، وله أخذ الجيد بحصته من الثمن، وليس له بدله، لعدم
تناول العقد له.

ولو كان الجنس واحدا، وبه عيب كخشونة الجوهر أو اضطراب
السكة، كان له رد الجميع أو إمساكه، وليس له رد المعيب وحده ولا
إبداله، لأن العقد لم يتناوله.

كما لو ظهرت الدراهم رصاصا أو نحاسا. ووجه بطلان البيع ظاهر، لأن ما
وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء فيقع العقد باطلا، لتخلف القصد عما وقع عليه
العقد. ولا فرق في ذلك بين الصرف وغيره، كما أشار إليه المصنف بقوله: " وكذا لو
باعه ثوبا كتانا فبان صوفا ". ومثله ما لو باعه بغلة فظهرت فرسا ونحو ذلك. فيجب
هنا رد الثمن، وليس له الإبدال لوقوع العقد على عين شخصية فلا يتناول غيرها،
ولا الأرش لعدم وقوع الصحيح والمعيب على هذه العين.
قوله: " ولو كان البعض من غير الجنس - إلى قوله - وله أخذ الجيد
بحصته من الثمن " .

هذا الحكم واضح بنحو ما قلناه سابقا. وحيث يأخذ المشتري الجيد بحصته
من الثمن يتخير البائع أيضا مع جهله بالعيب لتبعض الصفقة، كما يتخير المشتري.
وإنما فرض خيار التبعض للمشتري بناء على الظاهر من أن المشتري يجهل بالعيب
دون البائع لثبوته في ملكه، وإطلاعه على أحواله، فلو فرض خلاف ذلك بأن اشتراه
وكيله وباعه بسرعة من غير تأمل، أو كان العيب مما يخفى على مثله، ثبت له الخيار،
كما أن المشتري لو اطلع عليه فلا خيار له.
قوله: " ولو كان الجنس واحدا... الخ " .

إذا كان العيب من الجنس كما مثله المصنف، ومنه ظهور السكة مخالفة لسكة
السلطان حيث تكون هي الغالب في المعاملة والمقصودة بها ونحو ذلك، فإن كان
العيب شامل للجميع تخير المشتري بين رده أجمع وإمساكه، وليس له رد البعض

الثالثة: إذا اشترى دراهم في الذمة بمثلها، ووجد ما صار إليه غير
فضة قبل التفرق، كان له المطالبة بالبدل. وإن كان بعد التفرق بطل
الصرف.
ولو كان البعض، بطل فيه وصح في الباقي.

لتبعض الصفقة على صاحبه، ولا الإبدال للتعين.
وإن كان مختصا ببعض تخير أيضا بين رد الجميع وإمساكه. وهل له رد المعيب
وحده؟ قيل: لأفضائه إلى تبعض الصفقة على الآخر، فيمنع منها كما لو كان
بأجمعه معيبا، فإن كل جزء منه موجب للخيار. وبه قطع المصنف وجماعة (١). وقيل:
له الاقتصار على رد المعيب، لانتقال الصحيح بالبيع. وثبوت الخيار في الباقي
لعارض العيب لا يوجب فسخ البيع فيه. ورجحه في التذكرة (٢).
وأما الأرش فهو منفي في جميع هذه الصور، لأنها مفروضة في بيع الفضة
بالفضة، وهما متجانسان متساويان في القدر، فلو أخذ أرش المعيب لزم زيادة قدر
المعيب عن الصحيح، ولا يجبره عينية الجنسي، لما عرفت من أن جيد الجوهر ورديه
جنس واحد. نعم، لو كانا مختلفين كالدرهم بالدنانير جاز له اختيار الأرش أيضا ما
داما في المجلس، فإن فارقاه لم يجز أن يأخذ من الأثمان لثلا يعد صرفا بعد التفرق،
ويجوز من غيرها.

قوله: " إذا اشترى دراهم في الذمة - إلى قوله - بطل الصرف ".
إنما كان له البدل هنا لأن العوض في الذمة وهو أمر كلي، والمدفوع لما لم يكن
من الجنس امتنع كونه أحد العوضين، فيطالب بحقه، لانتفاء المانع من حيث لم يحصل
التفرق قبل القبض. ووجه البطلان مع التفرق فوات شرط صحة الصرف، وهو
التقابض قبله.
قوله: " ولو كان البعض بطل فيه وصح في الباقي " .

(١) كالشيخ في الخلاف ٣: ٦٨ مسألة ١١٢ والصيمري في تلخيص الخلاف ٢: ٣١ مسألة ٩٥، والعلامة
في تحرير الأحكام ١: ١٧٢.
(٢) التذكرة ١: ٥١٣.

وإن لم يخرج بالعيب من الجنسية كان مخيرا بين الرد والامساك بالثمن من غير أرش، وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعا. وفيما بعد التفرق تردد.

أي ظهر كون البعض من غير الجنس وكان تبينه بعد التفرق، فإنه يبطل فيه، لما مر (١). ولو كان قبله طالب بالبدل، وهو غير داخل في العبارة. ولو قال: " ولو كان البعض اختص بالحكم " لكان أشمل وأخصر. قوله: " وإن لم يخرج بالعيب من الجنسية... الخ ".

أما التخير فللعيب، وأما عدم الأرش فلاستلزامه الربا. وحيث كان ما في الذمة أمرا كلياً محمولاً على الصحيح كان له ابداله قبل التفرق قطعا، لأن المقبوض لا يقصر عن عدمه. وأما بعده ففيه تردد من حيث إن الإبدال يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق، فإن (٢) الأمر الكلي الثابت في الذمة قد وجد في ضمن البديل الحاصل بعد التفرق، فيؤدي إلى فساد الصرف، فلا يصح البديل، ومن تحقق التقابض في العوضين قبل التفرق، لأن المقبوض وإن كان معيباً فقد كان محسوباً عوضاً، لأن العيب من الجنس، فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين، غايته كونه بالعيب الجنسي مفوتاً لبعض الأوصاف، واستدراكه ممكن بالخيار، ومن ثم لو رضي به استقر ملكه عليه، ونماؤه له على التقديرين، فإذا فسخ رجع الحق إلى الذمة فيتعين حينئذ عوضاً صحيحاً.

وقد ظهر بذلك أن التفرق قبل قبض العوض الصحيح لا يقدر في المعاوضة، وكذا لا يقدر الفسخ الطارئ. وهذا هو الأقوى. لكن هل يجب قبض البديل في مجلس الرد، بناء على أن الفسخ رفع العوض، وصير عوض الصرف غير مقبوض، فإذا لم يقدر في صحة السابقة يتعين القبض حينئذ ليتحقق التقابض. أو يسقط اعتباره، من حيث صدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة،

(١) في ص ٣٤٠.
(٢) كذا في " ك " وفي غيرها (وإن).

الرابعة: إذا اشترى ديناراً بدينار ودفعه، فزاد زيادة لا تكون إلا غلطا أو تعمداً، كانت الزيادة في يد البائع أمانة، وكانت للمشتري في الدينار مشاعة.

والأصل براءة الذمة من وجوب قبض آخر، ولأن الصرف قد حكم بصحته بالقبض السابق، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل؟ وجهان، أجودهما الثاني. وقد ظهر مما قلناه وجه الترجيح.

قوله: " إذا اشترى ديناراً بدينار... الخ "

المراد أنه اشترى ديناراً في الذمة بدينار كذلك - وإن كان قوله: " ودفعه " قد يوهم التعيين - إذ لو كانا معينين لبطل الصرف، من حيث اشتغال أحد العوضين على زيادة عينية. وكذا لو كان الزائد معيناً، والمطلق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه.

والحكم بكون الزائد أمانة هو أجود القولين، لأصالة البراءة من الضمان، ولأنه لم يقبضها بسبب مضمون، من سوم ولا غصب ولا بيع فاسد، وإنما قبضها بإذن مالكيها، فيكون كالودعي.

والقول الآخر أنها تكون مضمونة، لأنه قبضه على أنه أحد العوضين الذين جرى عليهما عقد المعاوضة فيكون مضموناً، نظراً إلى مقتضى العقد، ولأنه أقرب إلى الضمان من المقبوض بالسوم، ولعموم " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١). وفيه: أن قبضه على نية العوض غير قادح مع ظهور عدمه، ومقتضى العقد لم يدل على ضمان غير العوضين، وكونه أقرب من المقبوض بالسوم إنما يجري لو سلم كون المقبوض بالسوم مضموناً، وهو محل النزاع. وعموم الخبر بحيث يشمل محل النزاع في حيز المنع، فإن الثابت على الآخذ بمقتضى الخبر غير مبين، فجاز كون الواجب على اليد الحفظ أو نحوه إلى أن تؤدي. ويرشد إليه الأمانات المقبوضة باليد مع عدم الحكم بضمانها، وإنما القدر المتفق عليه وجوب حفظها.

(١) عوالي اللثالي ١: ٢٢٤، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠ و سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١.

الخامسة: روي جواز ابتياع درهم بدرهم، مع اشتراط صياغة خاتم. وهل يتعدى الحكم؟ الأشبه لا.

ونبه بقوله: (لا يكون إلا غلطا أو تعمدا) على التسوية بين الأمرين في الأمانة. وهو في صورة التعمد محل وفاق، ولأنه وكيل له ونائب في الحفظ. ثم الأمانة في الصورتين - على تقديرها - مختلفة، فعلى تقدير التعمد هي أمانة مالكية لا يجب ردها إلا مع طلب مالكيها، وإن وجب حفظها. وعلى تقدير الغلط هي شرعية، وإن كانت مدفوعة من المالك، لعدم علمه بها، فيكون كما لو أعاره صندوقا فوجد فيه متاعا، فإنه يكون أمانة شرعية، مع استناد دفعه إلى المالك نظرا إلى جهله به، ويحتمل كونها مالكية، نظرا إلى استناد دفعها إليه وتعريفها المشهور بينهم صادق على محل النزاع، لأنهم جعلوا مناطها كونها مستندة إلى المالك أو من هو في حكمه. وتظهر الفائدة في وجوب ردها على الفور أو إعلام المالك بها، فإن ذلك من أحكام الأمانة الشرعية.

ثم على تقدير الغلط إما أن يبين الحال قبل التفرق أو بعده، فإن كان قبله فلكل منهما استرداد الزائد وإبداله، وليس للآخر الامتناع تحرزا من الشركة. وإن كان بعد التفرق، فإن جوزنا الإبدال للمعيب من الجنس - كما مر - (١) فكذلك، وإلا ثبت الخيار لكل واحد منهما، لعيب الشركة. ولو كانت الزيادة يسيرة بسبب اختلاف الموازين فهي للقباض.

قوله: " روي جواز ابتياع درهم بدرهم... الخ ".
هذه الرواية رواها أبو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يقول للصائغ: صغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهما طازجيا بدرهم غلة، قال: لا بأس " (٢).
وقد اختلفوا في تنزيل هذه الرواية والعمل بمضمونها. فالشيخ - رحمه الله -

(١) في ص ٣٤٠.
(٢) الكافي ٥: ٢٤٩ ح ٢٠، التهذيب ٧: ١١٠ ح ٤٧١، الوسائل ١٢: ٤٨٠ ب (١٣) من أبواب الصرف.

عمل بها في البيع المذكور في الكتاب (١)، وعداها إلى اشتراط غير صياغة الخاتم، نظرا إلى تضمن الرواية جواز الصياغة مع البيع، وعدم الفرق بينها وبين غيرها من الشروط. وكذلك ابن إدريس (٢)، إلا أنه نظر من جهة أخرى، وهي أن الصياغة ليست زيادة عينية، والممتنع في الربا هي خاصة دون الحكمية. والمصنف (رحمه الله) وجماعة (٣) نقلوها بلفظ " روي " مترددين فيها.

والحق أنها لا دلالة لها على مدعاهم من جواز بيع درهم مطلقا بدرهم مع شرط الصياغة، بل إنما تضمنت جعل إبدال الدرهم المذكور فيها بالدرهم شرطا في الصياغة، لا البيع بشرط الصياغة. اللهم إلا أن يقال: إن الإبدال يرجع إلى الصرف، وأنه لا فرق بين الزيادة إذا جعلت شرطا في الربوي، وبين جعل الربوي شرطا فيها، مع حصولها في الحالين.

وأجود ما تنزل عليه الرواية أنها تضمنت إبدال درهم طازج بدرهم غلة، مع شرط الصياغة من جانب الغلة، ومع ذلك لا تتحقق الزيادة، لأن الطازج - على ما ذكره بعض أهل اللغة (٤)، ونقله جماعة من الفقهاء (٥) - الدرهم الخالص، والغلة غيره وهو المغشوش. وقد تطلق الغلة على المكسرة. ولكن هنا يتم مع التفسير الأول، لأن الزيادة الحكمية مشروطة مع المغشوش، وهي تقابل بما زاد في الخالص عن جنسه في المغشوش. وهذا الوجه لا مانع منه في البيع وغيره، وفي شرط صياغة خاتم وغيره من الصنائع والأعيان. فعلى هذا يصح الحكم ويتعدى. وأما ما أطلقوه فالمنع إليه متوجه، سواء فيه شرط الصياغة وغيرها، للاجماع لي المنع من الزيادة العينية. وكذا الحكمية على المذهب الحق. ولا دليل يعارض ذلك على ما عرفت من الرواية.

(١) النهاية: ٣٨١.

(٢) السرائر ٢: ٢٦٧.

(٣) كالعلامة في القواعد ١: ١٣٣ وإرشاد الأذهان ١: ٣٦٨.

(٤) راجع النهاية ٣: ١٢٣ ولسان العرب ٢: ٣١٧، مادة (طرج).

(٥) راجع غاية المراد: ٩٢ وجامع المقاصد ٤: ٢٠٢.

السادسة: الأواني المصوغة من الذهب والفضة إن كان كل واحد منهما معلوماً جاز بيعه بجنسه من غير زيادة، وبغير الجنس وإن زاد. وإن لم يعلم وأمكن تخليصهما لم تبع بالذهب ولا بالفضة، وبيعت بهما أو بغيرهما. وإن لم يمكن وكان أحدهما أغلب بيعت بالأقل. وإن تساويا تغلبت بيعت بهما.

قوله: " الأواني المصوغة من الذهب والفضة... الخ "

قد عرفت من القواعد السالفة أن المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسهما مطلقاً، وبهما معاً، سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا إذا عرف قدر الحمل، وسواء أمكن تخليصهما أم لا، وبكل واحد منهما إذا علم زيادته عن جنسه بحيث يصلح ثمناً للآخر وإن قل، سواء أمكن التخليص أم لا، وسواء علم قدر كل واحد أم لا. وهذه المسألة جزئية من جزئيات القاعدة. وما ذكره فيها من الحكم كلام الشيخ (١) (رحمه الله)، وتبعه عليه جماعة (٢). وهو محتاج إلى التنقيح في جميع أقسامه كما لا يخفى. ولننبه منه على أمور:

الأول: قوله: (إن كان أحدهما معلوماً جاز بيعه بجنسه من غير زيادة، وبغير الجنس وإن زاد) إن أراد من بيعه ذلك الجنس خاصة فهذا لا وجه له، لأن المبيع إنما هو المركب منهما لا الجزء، فلا معنى لافراده بالبيع. وإن كان المراد به المجموع اشترط في بيعه بجنس أحدهما زيادة الثمن على جنسه لتقابل الآخر. وإن أراد بيع المجموع بجنسه، أي بالجنسين معاً، فلا وجه لاشتراط عدم زيادته أيضاً، لانصراف كل جنس إلى مخالفه، فيجوز زيادته ونقصانه. ولا فرق في هذين القسمين بين أن يعلم قدر كل واحد منهما أو يجهل كما مر، فلا وجه للتقييد بالعلم بهما.

الثاني: قوله (وإن لم يعلم وأمكن تخليصهما لم تبع بالذهب ولا بالفضة، وبيعت بهما أو بغيرهما) فيه: أن بيعه بوزنه ذهباً أو فضة جائز مطلقاً. وكذا مع زيادة

(١) النهاية: ٣٨٣.

(٢) راجع السرائر ٢: ٢٧١.

السابعة: المراكب المحلاة إن علم ما فيها بيعت بجنس الحلية، بشرط أن يزيد الثمن عما فيها، أو توهب الزيادة من غير شرط، وبغير جنسها مطلقا.

الثمن على قدر المركب. ويمكن جوازه مع نقصانه إذا علم زيادة الثمن على جنسه بما يتمول، فمنعه من بيعه بأحدهما على تقدير إمكان التخليص لا وجه له، بل يجوز حينئذ بيعه بهما وبأحدهما وبغيرهما (وبالأقل) (١)، سواء أمكن التخليص أم لا. الثالث: قوله (وإن لم يمكن وكان أحدهما أغلب بيعت بالأقل) فيه: أنه يجوز بيعه بهما، وبغيرهما، وبالأقل والأكثر، إذا علم زيادة الثمن على جنسه، كما مر. فالتقييد بالأقل عار عن النكتة.

واعتذر الشهيد (رحمه الله) لهم عن ذلك بأن ذكر الأقل محافظة على طلب الزيادة (٢). ولا يخفى أن الزيادة المعتبرة في الثمن عن جنسه يمكن تحققها مع الأقل والأكثر، ومع ذلك فالارشاد إلى الزيادة غير كاف في التخصيص الموجب لتوهم المنع من غيره.

الرابع: قوله (وإن تساويا تغلبا بيعت بهما) فيه: أنه مع تساويهما يجوز بيعه بهما، وبأحدهما مع الزيادة، وبغيرهما، فلا وجه للتخصيص بهما. ولا فرق في ذلك أيضا بين إمكان التخليص وعدمه، ولا بين العلم بقدر كل واحد منهما وعدمه، بل المعتبر العلم بالجملة. ويمكن فرض العلم بتساويهما مع جهالة قدر كل واحد منهما، بأن يكون معهما ثالث من نحاس وغيره، بحيث يوجب الجهل بقدرهما مع العلم بتساويهما قدرا. وفي قوله (وإن تساويا تغلبا) تجوز، فإن التغليب لا يكون إلا مع زيادة أحدهما لا مع تساويهما.

قوله: " المراكب المحلاة إن علم ما فيها - إلى قوله - وبغير جنسها مطلقا " .

(١) وردت في " ه " .

(٢) الدروس: ٣٧٠ .

وإن جهل، ولم يمكن نزعها إلا مع الضرر، بيعت بغير جنس حليتها. وإن بيعت بجنس الحلية، قيل: يجعل معها شيء من المتاع، وتباع بزيادة عما فيها تقريبا، دفعا لضرر النزاع.

الكلام في هذه المسألة نحو ما تقدم، فإنه مع العلم بقدر الحلية يجوز بيعها بغير جنسها مطلقا، وبجنسها مع الزيادة. وكذا يجوز ذلك مع الجهل بقدرها إذا علم زيادة الثمن عن الحلية، فإنه يمكن تصور العلم بالزيادة وإن جهل القدر. ولا فرق في ذلك بين إمكان نزعها وعدمه.

وقوله: (من غير شرط) أي من غير شرط الاتهاب في عقد البيع، لاستلزامه الزيادة في أحد الجنسين، لأن الشرط زيادة حكمية، كما عرفت في اشتراط صياغة الخاتم. وإنما يصح مع شرط هبة الزيادة إذا وقع البيع بالثمن على الحلية خاصة، إذا فرضت قدره، أو زائدة على قدره، كما لا يخفى. ولو وهبه الزائد قبل البيع أيضا، ويجب تجريده عن شرط بيع الباقي بمثله، كما لو تأخرت الهبة. قوله: " وإن جهل ولم يمكن نزعها... الخ ".

قد عرفت مما سلف أنه مع الجهل بقدرها يجوز بيعها بغير جنس حليتها مطلقا، وبجنسها مع العلم بزيادة الثمن عليها فإنه قد يفرض، سواء جعل معها شيء أم لا، ومع عدم العلم بزيادته عليها إذا ضم إليه شيء، ليصرف الثمن إلى غير الحلية والضميمة إليها.

وأما قوله: (قيل يجعل معها شيء) فأشار به إلى قول الشيخ - رحمه الله - (١)، فإنه ذكر ذلك وجعل الضمير مؤنثا كما هنا، وظاهره أن الضميمة تكون مع الحلية. وحينئذ يظهر ضعف القول، فمن ثم ذكره بصيغة " قيل "، لأن ضميمة شيء إلى المركب توجب الضرر (٢)، حيث يحتاج إلى مقابلة الثمن بها مع الباقي، وإنما المحتاج

(١) النهاية: ٣٨٤.

(٢) في " ب " الغرر.

الثامنة: لو باع ثوبا بعشرين درهما، من صرف العشرين بالدينار، لم يصح لجهالته.

إلى الضميمة الثمن. والشيخ تبع في ذلك رواية (١) وردت بهذه الصيغة ونسب إلى وهم الراوي، وأن الصواب " معه ". واعتذر له الشهيد (رحمه الله) بأنه أراد أن يبيعها منفردة لا يجوز، فيضم إليها المحلى أو شيئا آخر، أو يضم إليها وإلى المحلى، تكثيرا للثمن من الجنس (٢). وقد عرفت أن ذلك كله مستغنى عنه، فإن يبيعها منفردة - وإن كانت مجهولة - بالجنس يمكن مع العلم بزيادة الثمن عليها، سواء ضمنا إليها شيئا أم لا. وكان الأولى عود الضمير إلى الثمن ولو بضرب من التجوز، فإنه المحتاج إلى الضميمة إذا لم يعلم زيادته عن الحلية. لكن على تقدير إرادة الثمن - بتأويل الأثمان ونحوه - لا يلتزم مع قوله بعد ذلك: " وتباع بزيادة عما فيها تقريبا " لأنه مع الضميمة إلى الثمن - والحال أن المحلى منضم إلى الحلية - يستغنى عن زيادة الثمن، لانصراف كل من جزئي العوضين إلى مخالفه. قوله: " لو باع ثوبا بعشرين درهما... الخ ". تعليقه المنع بالجهالة يقتضي إثباتها وإن وجد في المعاملة منها نوع صرفه ذلك وعلم به. وبهذا التعميم صرح في التذكرة، حتى قال: " لو كان نقد البلد صرف عشرين بدينار لم يصح أيضا، لأن السعر مختلف، ولا يختص ذلك بنقد البلد " (٣). ويشكل بأن المانع من الصحة إنما هو مجهولية الدراهم، وهي على هذا التقدير معلومة، والاطلاق منزل على نقد البلد، أو الغالب إن تعدد، فمتى كان نقد البلد معيناً لذلك الصرف أو الغالب، أو عين نوعاً بذلك صح، وإلا فلا.

(١) المراد بها رواية عبد الرحمن بن الحجاج المروية في الكافي ٥: ٢٤٨ ح ١٥ وفي التهذيب ٧: ١١١ ح ٤٨١ والوسائل ١٢: ٤٨٥ ب (١٧) من أبواب الصرف ح ١. وفيها " معه " إلا أنه حكى نقلها بصيغة " معها ". راجع الجواهر ٢٤: ٤٣ ومستدرک الوسائل ١٣: ٣٥٢.

(٢) الدروس: ٣٧٠.

(٣) التذكرة ١: ٥١٥.

التاسعة: لو باع مائة درهم بدينار إلا درهما، لم يصح لجهالته.
وكذا لو كان ذلك لما لا ربا فيه. ولو قدر قيمة الدرهم من
الدينار، جاز لارتفاع الجهالة.

قوله: " لو باع مائة درهم بدينار إلا درهما لم يصح لجهالته ".
هكذا أطلق الشيخ (١) وجماعة (٢). ويجب تقييده بجهالة نسبة الدرهم من
الدينار، بأن جعله مما يتجدد من النقد حالا ومؤجلا، أو من الحاضر مع عدم علمهما
بالنسبة، فلو علماها صح. وإلى القيد أشار المصنف بقوله: (للجهالة)، وبقوله:
(ولو قدر قيمة الدرهم من الدينار جاز لارتفاع الجهالة). وأراد بالتقدير العلم بالنسبة
وإن لم يصرح بها، فإنه مناط الصحة، وإن كان التصريح بالتقدير أولى بالصحة.
وفي رواية السكوني عن الصادق عن علي عليهما السلام في الرجل يشتري
السلعة بدينار غير درهم إلى أجل قال: " فاسد، فعمل الدينار يصير بدرهم " إشارة
إلى أن العلة هي الجهالة. ولا فرق (حينئذ) (٤) بين استثناء الدرهم من الدينار، وغيره
منه، وغيره من غيره فإن ضابط الصحة في الجميع علم النسبة، والبطان عدمه.
قوله: " وكذا لو كان ذلك ثمنا لما لا ربا فيه ".
بأن باعه ثوبا بدينار غير درهم، فإن الحكم واحد في الصحة مع علم النسبة،
والبطان لا معه. وقد روى حماد عن الصادق عن أبيه عليهما السلام " أنه كره أن
يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم " (٥). وهو
محمول على جهالة النسبة كما يقتضيه التعليل، فلو علم بها صح.

(١) راجع المبسوط ٢: ٩٨، النهاية: ٣٨٤.

(٢) منه ابن البراج في المهذب ١: ٣٧٠ - ٣٧١، وابن إدريس في السرائر ٢: ٢٧٢.

(٣) التهذيب ٧: ١١٦ ح ٥٠٢ والوسائل ١٢: ٣٩٩ ب (٢٣) من أبواب أحكام العقود ح ٢.

(٤) وردت في " ب " .

(٥) التهذيب ٧: ١١٦ ح ٥٠٤ والوسائل الباب المتقدم ح ١ و ٤.

العاشرة: لو باع خمسة دراهم بنصف دينار، قيل: كان له شق دينار، ولا يلزم المشتري صحيح، إلا أن يريد بذلك نصف المثقال عرفا. وكذا الحكم في غير الصرف. وتراب الصياغة يباع بالذهب والفضة معا، أو بعرض (١) غيرهما، ثم يتصدق به، لأن أربابه لا يتميزون.

قوله: " لو باع خمسة دراهم بنصف دينار - إلى قوله - إلا أن يريد بذلك نصف المثقال عرفا ".

القول للشيخ - رحمه الله - (٢) وهو حق، لأنه حقيقة فيه لغة، إلا أن يدل العرف على غيره، فيحمل عليه. وأولى منه لو صرح بإرادة الصحيح. وقول المصنف: " إلا أن يريد بذلك نصف المثقال عرفا " أي نصفه صحيحا، وإن كان اللفظ أعم منه. وكذا القول في نصف الدرهم وغيره من الأجزاء. وحيث كان الاطلاق منزلا على الإشاعة إلا مع دلالة العرف على خلافه، فلو اختلف العرف في أحدهما حمل الاطلاق على الشق، إذ لا معارض للغة، بسبب عدم انضباط العرف، خلافا للتذكرة (٣)، حيث حكم بالبطلان هنا مع عدم التعيين، للجهالة.

ولو باعه شيئا آخر، بنصف دينار آخر، فإن حملناه على الشق تخيير بين أن يعطيه شقي دينارين، ويصير شريكا فيهما، وبين أن يعطيه دينارا كاملا. وإن حمل على الصحيح لم يجب قبول الدينار الكامل. قوله: " وتراب الصياغة يباع بالذهب والفضة معا... الخ ".

إنما وجب بيعه بهما حذرا من الربا لو بيع بأحدهما، لجواز زيادة ما فيه من جنس الثمن عنه، أو مساواته له. وعلى هذا لو علم زيادة الثمن عن جنسه صح بيعه بأحدهما خاصة. والعرض - بفتح العين وسكون الراء - غير الدراهم والدنانير من

(١) في بعض النسخ " بعوض ".

(٢) المبسوط ٢: ٩٨.

(٣) التذكرة ١: ٥١٥.

الأمتعة والعقار، فالوصف بكونه غيرهما موضح، إذ العرض لا يكون إلا غيرهما. وقوله: " ثم يتصدق به " معللا بأن أربابه لا يتميزون، محمول على ذلك، فلو تميزوا بأن كانوا منحصرين رده إليهم. ولو كان بعضهم معلوما فلا بد من محالته ولو بالصلح، لأن الصدقة بمال الغير مشروطة باليأس من معرفته. وعلى هذا فيجب التخلص من كل غريم يعمله. وذلك يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد، فلو أخرج حتى صارت مجهولا أتم بالتأخير، ولزمه ما ذكر من الحكم. ولا يتعين بيعه قبل الصدقة - كما يشعر به ظاهر العبارة - بل يتخير بين الصدقة بعينه وثمانه. وإنما ذكر البيع لينبه على تعيين الطريق إلى بيعه، سواء أراد الصدقة أم لا.

ومصرفه مصرف الصدقات الواجبة، وقيل: المندوبة، وإن كانوا عياله، لا نفسه وإن كان بالوصف، مع احتمالته. ولو ظهر بعد الصدقة بعض المستحقين ولم يرض بالصدقة ضمن حصته، مع احتمال العدم. ولو دلت القرائن على إعراض مالكة عنه جاز للصائغ تملكه كغيره من الأموال المعرض عنها. والأصل في ذلك رواية علي بن ميمون الصائغ (١) عن الصادق عليه السلام. ويلحق به أرباب باقي الحرف، كالحداد والخياط والطحان والخباز.

(١) الكافي ٥: ٢٥٠ ح ٢٤، التهذيب ٧: ١١١ ح ٤٧٩، الوسائل ١٢: ٤٨٤ ب (١٦) من أبواب الصرف ح ١.

الفصل الثامن

في بيع الثمار

والنظر في ثمرة النخل، والفواكه، والخضر، واللواحق.
أما النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاما. وفي جواز بيعها
كذلك عامين فصاعدا تردد، والمروي الجواز. ويجوز بعد ظهورها، وبدو
صلاحها، عاما وعامين، بشرط القطع وبغيره، منفردة ومنظمة.

قوله: " أما النخل فلا يجوز بيع ثمرته - إلى قوله - والمروي الجواز ".
لا خلاف في المنع من بيع الثمرة قبل ظهورها عاما واحدا من غير ضميمة.
والمشهور المنع مع الضميمة أيضا حيث لا تكون الضميمة هي المقصودة بالبيع، لأنه
غرر. وأما بيعها أكثر من عام فالمشهور عدم جوازه أيضا، بل ادعى عليه ابن
إدريس (١) الاجماع، للغرر المنهي عنه، ولرواية أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه
السلام قال: سئل عن النخل والتمر يبتاعها الرجل عاما واحدا قبل أن يثمر؟ قال:
" لا حتى تثمر وتأمين ثمرتها من الآفة، فإذا أثمرت فاتبعها أربعة أعوام إن شئت مع
ذلك العام، أو أكثر من ذلك، أو أقل " (٢). ومفهوم الشرط يدل على المنع من بيعها
قبل ظهور الثمرة، وهو حجة عند المحققين. وقريب منها رواية أبي الربيع الشامي
عنه عليه السلام (٣). لكن في الرواية الأولى ضعف، والثانية من الحسن.
وأشار المصنف (رحمه الله) بقوله: (المروي الجواز) إلى صحة يعقوب بن

(١) السرائر ٢: ٣٥٩.

(٢) التهذيب ٧: ٩١ ح ٣٨٧، الاستبصار ٣: ٨٨ ح ٣٠٣، الوسائل ١٣: ٥ ب (١) من أبواب بيع الثمار
ح ١٢. وفي الاستبصار (يبتاعهما).

(٣) الفقيه ٣: ١٥٧ ح ٦٩٠، التهذيب ٧: ٨٧ ح ٣٧٢، الاستبصار ٣: ٨٦ ح ٢٩٣، الوسائل ١٣:

٤ ب (١) من أبواب بيع الثمار ح ٧.

ولا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاما، إلا أن يضم إليها ما يجوز بيعه، أو بشرط القطع، أو عامين فصاعدا.

شعيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل فقال: " كان أبي يكره شراء النخل قيل أن يطلع ثمره، ولكن السنتين والثلاث، كان يقول: إن لم تحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى ". وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن تطلع، فيشتري سنتين أو ثلاث سنين أو أربعا، فقال: " لا بأس، إنما يكره شراء سنة واحدة قبل أن تطلع مخافة الآفة حتى تستين " (١).

وعمل بمضمون هذه الرواية الصدوق (رحمه الله) (٢). ويظهر من المصنف الميل إليه. وهو قوي - إن لم يثبت الاجماع على خلافه - لصحة روايته، وترجيحها على ما يخالفها من الروايات، مع إمكان حمل روايات المنع على الكراهة جمعا. والمراد بظهور الثمرة خروجها إلى الوجود، وإن كانت في طلوعها. وفي حديث سماعة قال: سألت عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلوعها؟ فقال: " لا إلا أن يشتري معها غيرها رطبة أو بقلًا، وإن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل " (٣) تنبيه على أن المراد بالظهور ما يشمل خروجه في الطلع. وفيه دليل على جواز بيعه عاما مع الضميمة، إلا أنه مقطوع، وحال سماعة مشهور. والمراد بالعام هنا ثمرة العام، وإن وجدت في شهر واحد أو أقل. قوله: " ولا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاما - إلى قوله - أو عامين فصاعدا " .

من الضميمة بيعها مع الأصل. وألحق العلامة (٤) بالثلاثة بيعها على مالك

(١) التهذيب ٧: ٨٧ ح ٣٧٣، الاستبصار ٣: ٨٦ ح ٢٩٢، الوسائل ١٣: ٤ ب (١) من أبواب بيع الثمار ح ٨. في المصادر " قبل أن تطلع ثمرة السنة. وفي الاستبصار " كان يجوزه ويقول " .

(٢) المقنع: ١٢٣.

(٣) الكافي ٥: ١٧٦ ح ٧، الفقيه ٣: ١٣٣ ح ٥٧٨، التهذيب ٧: ٨٤ ح ٣٦٠، الاستبصار ٣: ٨٦ ح

٢٩٥، الوسائل ١٣: ٩ ب ٣ من أبواب بيع الثمار ح ١.

(٤) التذكرة ١: ٥٠٣.

ولو بيعت عاما من دون الشروط الثلاثة، قيل: لا يصح، وقيل: يكره، وقيل: يراعي السلامة، والأول أظهر. ولو بيعت مع أصولها جاز مطلقا.

الأصل، وبيع الأصل مع استثناء الثمرة. وفي الأخير نظر، إذ ليس هناك بيع ولا نقل للثمرة بوجه. ودليل الأول غير واضح، والتبعية للأصل إنما تجدي (١) لو بيعا معا. ونبه بقوله (ما يجوز بيعه) على اشتراط كون الضميمة مما يمكن إفراده بالبيع بأن يكون متمولا جامعا لباقي لشرائط البيع.

واعلم أن في عبارة المصنف تسامحا، فإنه جعل متعلق المنع بيعها عاما، واستثنى منه الثلاثة التي منها بيعها عامين فصاعدا، وفساده ظاهر، وكان الأولى ترك قوله (عاما) ليكون المنع عاما في غير الثلاثة. ومثله قوله (ولو بيعت عاما من دون الشروط الثلاثة)، واللازم ترك لفظة عاما هنا أيضا. قوله: " ولو بيعت عاما من دون الشروط الثلاثة - إلى قوله - والأول أظهر ".

القول بالمنع للأكثر، وبه روايات (٢) معارضة بما هو أصح منها. وطريق الجمع حملها على الكراهة، وهو القول الثاني. والقول بمراعاة السلامة لسالار (رحمه الله) (٣) في ظاهر كلامه. والأوسط أوسط. قوله: " ولو بيعت مع أصولها جاز مطلقا " سواء بدا صلاحها، أو شرط القطع، أو ضم إليها شيئا، أم لا. وهذا في الحقيقة راجع إلى الضميمة، كما مر فليس في إفراده نكتة.

(١) كذا في " ن " و " و " وفي " ه " تجزي، وفي " ك " و " م " يجري.
(٢) راجع الوسائل ١٣: ٢ ب (١٠) من أبواب بيع الثمار ح ٣، ٤، ٥، ١٣.
(٣) المراسم: ١٧٧. وفيه: " ومتى خاست الثمرة المبتاعة قبل بدو صلاحها فللبائع ما غلب دون ما انعقد عليه البيع من الثمن ".

وبدو الصلاح أن تصفر، أو تحمر، أو تبلغ مبلغاً يؤمن عليها العاهة.

وإذا أدرك بعض ثمرة البستان جاز بيع ثمرة أجمع، ولو أدركت ثمرة بستان لم يحز بيع ثمرة البستان الآخر، ولو ضم إليه. وفيه تردد.

قوله: " وبدو الصلاح أن تصفر أو تحمر أو تبلغ مبلغاً تؤمن عليها العاهة " .

بدو صلاح ثمرة النخل المجوز لبيعها - على القول بالمنع من بيعها قبله على الوجه السابق - أحد الأمرين المذكورين، عملاً بما دلت عليه الروايات، فإن كثيراً منها دل على الأول، وفي رواية أبي بصير السابقة (١) ما يدل على الثاني. واقتصر جماعة من الأصحاب (٢) على العلامة الأولى لصحة دليلها. وقيل بالثاني خاصة. وربما نزل كلام المصنف في الجمع بين العلامتين على القولين، لا على الجمع بينهما. والأقوى اعتبار العلامة الأولى خاصة، لما ذكرناه. والمرجع في الأمن من العاهة - على القول بها - إلى أهل الخبرة. ونقل في التذكرة (٣) عن بعض العلماء أن حده طلوع الثريا، محتجاً عليه برواية (٤) عن النبي صلى الله عليه وآله. ولم يثبت النقل.

قوله: " وإن أدرك بعض ثمرة البستان - إلى قوله - وفيه تردد " .
أما الأولى فموضع وفاق، ولأن بيع ما لا يدرك جائز مع الضميمة، كما مر (٥)، وما أدرك ضميمة لما لم يدرك. وأما الثانية فالأقوى أنها كذلك، لتحقق الضميمة

-
- (١) الوسائل ١٣: ٥ ب (١٠) من أبواب بيع الثمار ح ١٢.
(٢) راجع النهاية: ٤١٤ والسرائر ٢: ٣٦١ والقواعد ١: ١٣٠.
(٣) التذكرة ١: ٥٠٣.
(٤) سنن البيهقي ٥: ٣٠٢.
(٥) في ص ٣٤٥.

وأما الأشجار فلا يجوز بيعها حتى يبدو صلاحها. وحده أن ينعقد الحب، ولا يشترط زيادة عن ذلك، على الأشبه.

المسوغة للبيع، ويؤيده رواية إسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام (١). ووجه المنع أن لكل بستان حكم نفسه، لتعدد، ورواية عمار (٢) عنه عليه السلام الدالة على اعتبار إدراك كل نوع من الأنواع المتفرقة. وهو قول الشيخ (٣). وضعف مستنده واضح. هذا كله على القول بالمنع من بيع ما لم يبد صلاحه، وعلى ما اخترناه فلا إشكال.

قوله: " وحده أن ينعقد الحب ولا يشترط زيادة عن ذلك على الأشبه "

عنى بالزيادة المنفية قول الشيخ في النهاية (٤) وجماعة (٥) " إن حده مع انعقاد الحب تناثر الورد " وقوله في المبسوط (٦) " إنه التلون فيما يتلون، وصفاء اللون، وأن يتموه،

وهو أن ينمو فيه الماء الحلو فيما يبيض، والحلاوة وطيب الأكل في مثل التفاح، والنضج في مثل البطيخ، وفيما لا يتلون ولا يتغير طعمه بل يؤكل صغيرا وكبيرا كالقثاء والخيار تناهي عظم بعضه ". وهذا البحث فائدته عند من يمنع البيع قبل بدو الصلاح. وعلى ما اختاره المصنف من تفسيره يتحد وقت الظهور المجوز للبيع عندنا وبدو الصلاح المجوز عند الباقيين، إذ ليس بينهما واسطة، وإنما تظهر الفائدة على القولين المنفيين. وعلى تقدير اعتباره فما اختاره المصنف أجود. ومستند القولين أخبار (٧) لا تبلغ

(١) الكافي ٥: ١٧٥ ح ٦، التهذيب ٧: ٨٤ ح ٣٦١، الاستبصار ٣: ٨٧ ح ٢٩٦، الوسائل ١٣: ٨

ب (٢) من أبواب بيع الثمار ح ٢.

(٢) الاستبصار ٣: ٨٩ ح ٣٠٤، التهذيب ٧: ٩٢ ح ٣٩١، الوسائل ١٣: ٨ ب (٢) من أبواب بيع الثمار ح ٥.

(٣) الخلاف ٣: ٨٨ مسألة ١٤٤، المبسوط ٢: ١١٤.

(٤) النهاية: ٤١٤.

(٥) راجع السرائر ٢: ٣٦١ وغاية المراد: ٨٧ والتنقيح ٢: ١٠٧.

(٦) المبسوط ٢: ١١٤.

(٧) الوسائل ١٣: ٢ ب (١) من أبواب بيع الثمار ح ٥، ١٣.

وهل يجوز بيعها سنتين فصاعدا قبل ظهورها؟ قيل: نعم، والأولى المنع، لتحقق الجهالة.

وكذا لو ضم إليها شيئا قبل انعقادها. وإذا انعقد جاز بيعه مع أصوله ومنفردا، سواء كان بارزا، كالتفاح والمشمش والعنب، أو في قشر يحتاج إليه لادخاره، كالجوز في القشر الأسفل، وكذا اللوز، أو في قشر لا يحتاج إليه، كالقشر الأعلى للجوز والباقلی الأخضر والهريمان والعدس. وكذا السنبل، سواء كان بارزا كالشعير، أو مسترا كالحنطة، منفردا أو مع أصوله، قائما وحصيدا.

حد الصحة.

قوله: " وهل يجوز بيعها سنتين فصاعدا قبل ظهورها؟ قيل: نعم، والأولى المنع "

الخلاف هنا والمختار ما مر في النخل. ويظهر من فتوى المصنف في الموضوعين الميل إلى الجواز، لأنه جعله في الأول مرويا ولم يبنه على خلافه، وفي الثاني جعل الأولى المنع، وهو لا يبلغ حد المنع. وقد تقدم (١) ما يدل عليه. قوله: " وكذا لو ضم إليها شيئا قبل انعقادها "

يمكن كون المشبه به الحكم بأولوية المنع، فيكون ميلا إلى الجواز، لكن لم يذكره فيما سبق. ويمكن أن يريد ثبوت أصل الخلاف فيه من غير تعرض الفتوى. والأول أولى. وكيف كان فالأجود المنع. وموضعه ما لو كانت الضميمة غير مقصودة بالبيع، بحيث تكون تابعة، أو هما مقصودان. أما لو كانت الضميمة مقصودة والثمره تابعة صح، كما مر.

(١) في ص ٣٥٣.

وأما الخضر فلا يجوز بيعها قبل ظهورها.
ويجوز بعد انعقادها لقطعة واحدة ولقطات. وكذا ما يقطع
فيستخلف كالرطبة والبقول جزءة وجزات، وكذا ما يخرط كالحناء والتوت.
ويجوز بيعها منفردة ومع أصولها.
ولو باع الأصول بعد انعقاد الثمرة لم يدخل في البيع إلا بالشرط،

قوله: " ويجوز بعد انعقادها لقطعة ولقطات " .
مقتضى اشتراط الانعقاد كون جميع اللقطات موجودة حالة البيع. والأقوى
الاكتفاء بوجود الأولى، وتكون الباقية بمنزلة المنضم. فلو باع الثانية خاصة، أو ما
بعدها مما لم يوجد، لم يصح، للجهالة. ويرجع في تعيين اللقطة وما يصلح للقطع
إلى العرف. وكذا القول في الخرطة والجزرة.
قوله: " كالرطبة " .

هي - بفتح الراء وسكون الطاء - الفصة (١)، وهي أيضا القضب (٢). وإنما
يجوز بيعه إذا ظهر ورقه، لأنه المقصود بالبيع، فلو لم تكن موجودة كان المبيع مجهولا.
قوله: " والتوت " .

هي بالتاءين المشتاين من فوق. قال في الصحاح: ولا يقال: التوت بالثاء
المثلثة (٣). والمراد بالخرط أخذ الورق وترك الأغصان، تقول: خرطت الورق أخرطه،
وهو أن تقبض على أعلاه ثم تمر يدك عليه إلى أسفله. وفي المثل " دونه خرط القتاد " .
وهو شجر له شوك لا يتيسر خرطه لذلك.
قوله: " ولو باع الأصول بعد انعقاد الثمرة لم يدخل في البيع " .
أما قبله فتدخل وإن كان وردا، خلافا للشيخ. (٤)

(١) كذا في النسخ. والصحيح: الفصفصة. وفي المنجد إن العامة تسميها فصة.
(٢) الصحاح ١: ١٣٦ مادة " رطب "، و ٢٠٣ مادة " قضب " .
(٣) الصحاح ١: ٢٤٥ .
(٤) المبسوط ٢: ١٠٢ .

ووجب على المشتري إبقاؤها إلى أوان بلوغها. وما يحدث بعد الابتاع للمشتري.

وأما اللواحق فمسائل:
الأولى: يجوز أن يستثنى ثمرة شجرات أو نخلات بعينها، وأن يستثنى حصة مشاعة، أو أرتالا معلومة.

قوله: " ووجب على المشتري إبقاؤها إلى أوان بلوغها ". ويرجع في ذلك إلى المتعارف في تلك الشجرة من أخذ ثمرها بسرا أو رطبا أو تمرا، عنباً أو زيبياً (أو دبساً) (١)، وغير ذلك. ولو اضطرب العرف فالأغلب، ومع التساوي يجب التعيين، فإن أطلق احتمال البطلان، والتنزيل على أقل المراتب لأنه المتيقن، وعلى أعلاها صيانة المال البائع. (٢) وليس هذا الإبقاء كالأجل حتى يتطرق إليه احتمال الفساد للجهل بقدره، بل هو حكم شرعي مترتب على عقد البيع، وثبوته من مقتضيات المعاوضة، فيرجع في تقديره إلى العرف حيث لا مقدر له شرعاً. وكذا القول لو استثنى البائع الثمرة حيث يدخل.

ويجوز لكل منهما التردد إلى ملكه وسقيه ما لم يتضرر الآخر فيمنع، إلا أن يتقابل الضرران، فترجح مصلحة المشتري، لأن حقه على البائع حيث قدم على البيع المقتضي لوجوب الإبقاء والسقي.

قوله: " يجوز أن يستثنى ثمرة شجرات أو نخلات - إلى قوله - أو أرتالا معلومة ".

ذكر النخلات بعد الشجرات من باب عطف الأخص على الأعم، ولقد كان ذكر الشجرات مغنياً عنها. وكذا يجوز استثناء جزء معين من الشجرة، كعذق معين منها. وجواز استثناء ذلك كله موضع وفاق، إلا الأرتال المعلومة، فقد منعه أبو

(١) لم ترد هذه في " ك " و لعله الصحيح.

(٢) في " ه " و " و " و " ب " المشتري.

ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه.
الثانية: إذا باع ما بدا صلاحه، فأصيب قبل قبضه، كان من مال
بائعه. وكذا لو أتلفه البائع. وإن أصيب البعض، أخذ السليم بحصته
من الثمن. ولو أتلفه أجنبي، كان المشتري بالخيار، بين فسخ البيع وبين
مطالبة المتلف.
ولو كان بعد القبض - وهو التخلية هنا - لم يرجع على البائع بشيء
على الأشبه.

الصلاح (١)، للجهل بقدر المبيع حيث لا يعلم قدره جملة. والأصحاب على خلافه.
قوله: " ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه ".
هذا في الحصة المشاعة والأرطال، دون الشجرات، لامتياز المبيع عنها.
وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة ظاهر، وأما في الأرطال المعلومة فيعتبر
الجملة بالخرص والتخمين، فإذا قيل: ذهب ثلث الثمرة أو نصفها، سقط من الثنيا
بتلك النسبة.
قوله: " وكذا لو أتلفه البائع ".
أي يكون إتلافه فسخا للبيع، كما لو تلف بآفة، نظرا إلى صدق التلف، وأن
الواقع منه كذلك من مال البائع، بمعنى انفساخ العقد به. الأقوى تخير المشتري
بين الفسخ وإلزام البائع بالمثل. أما الفسخ فالأن المبيع مضمون على البائع قبل
القبض. وأما الزامه بالعوض فلأنه أتلّف ماله، لأن المبيع قد انتقل إلى المشتري وإن
كان مضمونا على البائع، كما لو أتلّفه الأجنبي، تمسكا بأصالة بقاء العقد، واقتصارا
بالانفساخ على موضع الوفاق وهذا إذا لم يكن للبائع خيار، وإلا كان اتلافه فيه
فسخا، فإن كل ما يعد إجازة من المشتري يكون فسخا من البائع.
قوله: " ولو كان بعد القبض وهو التخلية - إلى قوله - على الأشبه ".

(١) نسبه إليه العلامة في المختلف: ٣٧٧. ولكن صرح أبو الصلاح في الكافي: ٣٥٦ بجواز ذلك.

ولو أتلفه المشتري، وهو في يد البائع، استقر العقد، وكان الاتلاف كالتقبض.

وكذا لو اشترى جارية وأعتقها قبل القبض.

فيه بالأشبهه على خلاف بعض الأصحاب (١) حيث ذهب إلى أن الثمرة على الشجرة مضمونة على البائع وإن أقبضها بالتخلية، نظرا إلى أن بيعها بعد بدو صلاحها بغير كيل ولا وزن على خلاف الأصل، لأن شأنها بعده النقل والاعتبار بالوزن أو الكيل بالقوة القريبة من الفعل، وإنما أجبر بيعها كذلك للضرورة، فيراعى فيها السلامة. وحينئذ ف " على الأشبهه " متعلق بقوله " لم يرجع ". وربما يحتمل كونه تنبيها على ما اختاره من كيفية القبض، وهو التخلية، فقد تقدم (٢) فيها خلاف، ومختار المصنف أنه التخلية مطلقا، كما مر. والقول الآخر أنه الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن. وهذه الثمرة بعد بدو صلاحها قد صارت صالحة للاعتبار بهما، كما قلناه. والخلاف في هذه المسألة بخصوصها غير موجود في عبارات المتأخرين، ولا في كتب الخلاف، فلذلك أشكل المراد منه هنا. وإنما يكون التلف بعد التخلية من المشتري إذا لم يكن الخيار مختصا به، وإلا فممن البائع. قوله: " ولو أتلفه المشتري - إلى قوله - وكان الاتلاف كالتقبض ". إتلاف المشتري للمبيع في يد البائع أعم من كونه بإذن البائع وعدمه، فإن كان بإذنه فهو قبض يترتب عليه أحكام القبض مطلقا، وإن كان بغير إذنه - كما هو الظاهر - فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشتري، وإن تخلف عنه باقي الأحكام. والغرض هنا هو انتقال الضمان. وإنما شبه الاتلاف بالقبض، ولم يجعله قبضا، لأن الاتلاف قد يكون بمباشرة المتلف فيكون قبضا حقيقة، وقد يكون بالتسبب فيكون في حكم القبض خاصة. قوله: " وكذا لو اشترى جارية وأعتقها قبل القبض ".

(١) قال في الجواهر ٢٤ : ٨٨ : " لم نعرف القائل بذلك منا " .

(٢) في ص ٣٦١ .

الثالثة: يجوز بيع الثمرة في أصولها بالأثمان والعروض. ولا يجوز بيعها بثمرتها منها وهي المزبنة. وقيل: بل هي بيع الثمرة في النخل بتمر، ولو كان موضوعا على الأرض. وهو الأظهر. وهل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه؟ قيل: لا، لأنه لا يؤمن من الربا.

أي يكون العتق قبضا ويقع صحيحا، لأن الملك حاصل قبله، والعتق بمنزلة الاتلاف.

قوله: " ولا يجوز بيعها بثمرتها - إلى قوله - وهو الأظهر ".
المزبنة مفاعلة من الزبن، وهو الدفع (١)، ومنه الزبانية، لأنهم يدفعون الناس إلى النار. وسميت بذلك لأنها مبنية على التخمين، والغبن فيها يكثر، وكل منهما يريد دفعه عن نفسه إلى الآخر، فيتدافعان.

وتحريمها في الجملة إجماعي منصوص عن النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام (٢). وإنما الخلاف في معناها. وأصح القولين الثاني، وهو أنها بيع ثمر النخل الموجود بثمر ولو من غيرها، لصحيفة عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزبنة " قلت: وما هو؟ قال: " أن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة " (٣) وعلل مع ذلك بأنهما ربويان فيتطرق احتمال الزيادة إلى كل واحد، والمساواة المحتملة نادرة، وعلى تقدير اتفاقها فشرط الصحة العلم بالتساوي. وفيه: منع كون الثمرة على الشجرة ربوية وإن كانت من جنسه، لأنها ليست مكيلة ولا موزونة، وإنما تباع جزافا.
قوله: " وهل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل - إلى قوله - لا يؤمن الربا ".

(١) الصحاح ٥: ٢١٣٠.

(٢) انظر الوسائل ١٣: ٢٣ ب (١٣) من أبواب بيع الثمار ح ١، ٢، ٥.

(٣) الكافي ٥: ٢٧٥ ح ٥، التهذيب ٧: ١٤٣ ح ٦٣٣، الاستبصار ٣: ٩١ ح ٣٠٨، الوسائل ١٣: ٢٣

ب (١٣) من أبواب بيع الثمار ح ١.

وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه إجماعاً، وهي المحاقلة. وقيل:
بل هي بيع السنبل بحب من جنسه كيف كان، ولو كان موضوعاً على
الأرض. وهو الأظهر.

ما ورد من تعريف المزبنة في الأخبار وكلام الفقهاء - مما ذكر هنا وغيره - يقتضي
اختصاص الحكم بالنخل، ويبقى غيره على أصل الجواز. وتعليل التعدي بالربا
عرفت أنه غير تام، لأن الثمرة على الشجر ليست ربوية. نعم، يمكن تعليقه بالعلة
المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر، وهي نقصانه عند الجفاف، فإنها قائمة
هنا، وقد تقدم ترجيح التعدية، فيثبت الحكم هنا. وهو الأقوى.
ويمكن استفادة التعليل بالربا منها أيضاً، فإنه جعل علة المنع النقصان عند
الجفاف، فيؤدي إلى زيادة الثمن عن المثلن المؤدي إلى الربا، إذ لا يضر الاختلاف
في غير الربوي. ويؤيده كونه من جنس الربوي وإن لم يكن الآن عينه. إلا أنه يبقى
في اختصاص الحكم بالمكيل والموزون - حتى دخل في تعريف الربوي - منع، إلا أن
يريد به ما يعم القوة والفعل. ومعه ينتقض من وجه آخر.
قوله: " وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه - إلى قوله - وهو الأظهر ".
المحاقلة مفاعلة من الحقل، وهي الساحة التي تزرع. سميت بذلك لتعلقها
بزرع في حقل. وأطلق اسم الحقل على الزرع مجازاً، من إطلاق اسم المحل على
الحال، أو المجاور على مجاورة، فكأنه باع حقلاً بحقل. وتحريمها في الجملة إجماعي
منصوص. وقد تقدم ما يدل عليه في صحيحة عبد الرحمان (١)، وأن القول الثاني
أقوى.

وقد اختلف عبارات النصوص والفقهاء في اسم المبيع فيها، فبعضهم عبر عنه
بالزرع (٢)، ومنه الرواية السابقة، ومنهم من عبر عنه بالسنبل، كعبارة (٣) المصنف.

(١) المتقدم في ص ٣٦٣.

(٢) منهم المفيد في المقنعة: ٦٠٣، وسلار في المراسم: ١٧٨، والعلامة في القواعد ١: ١٣١.

(٣) منهم الشيخ في المبسوط ٢: ١١٧، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٥٠، والشهيد في اللمعة الدمشقية: ٦٩.

الرابعة: يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا، والعرية هي النخلة تكون في دار الانسان. وقال أهل اللغة: أو في بستانه، وهو حسن.

ويظهر من كلامهم الاتفاق على أن المراد به السنبل وإن عبروا بالأعم. قال في التذكرة: " لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس، لأنه حشيش، وهو غير مطعوم ولا مكيل، سواء تساويا جنسا أو اختلفا. ولا يشترط التقابض في الحال ". (١) ثم السنبل لا يختص بالحنطة، بل يعم الشعير والدخن والأرز وغيرها، ومقتضى التعريف دخولها في المحاقلة. وفي التذكرة: أن أكثر تفاسير المحاقلة أنها بيع الحنطة في السنبل بحنطة إما منها أو من غيرها، فيختص بالحنطة، ويدخل فيه الشعير إن جعلناه من جنس الحنطة، أو عللنا المنع بالربا، وإلا فلا. قال: وفي بعض ألفاظ علمائنا هي بيع الزرع بالحب من جنسه، فيكون ذلك كله محاقلة. انتهى. (٢) وفي صحيحة عبد الرحمان السابقة (٣) ما يرشد إلى الأول. ويبقى الكلام في إلحاق الباقي بالحنطة، كما مر، فإن عللنا بالربا - كما يظهر من المصنف وجماعة (٤) - لحق، وإلا فلا.

قوله: " يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا - إلى قوله - وهو حسن ". العرايا جمع عرية. والعرية ما ذكره المصنف متفقا عليه، ومنقولا عن أهل اللغة، لأن أهل اللغة يرجع إليهم في مثل ذلك، ولمسيس الحاجة إليها، كالتي في الدار. والعرية مستثناة من المزبنة عند أهل العلم أجمع خلا أبا حنيفة (٥). وقد صح عن النبي صلى الله عليه وآله (٦) الإذن فيها. وجملة ما يشترط في بيعها أمور: الأول: الوحدة، فلا يجوز في دار أو بستان أزيد من واحدة، فلو كان لمالك

(١) و (٢) التذكرة ١: ٥٠٩.

(٣) تقدمت في ص ٣٦٣.

(٤) منهم الشيخ في المبسوط ٢: ١١٧ - ١١٨، وابن البراج في المهذب ١: ٣٨٣، والعلامة في التذكرة ١: ٥٠٩.

(٥) المغني لابن قدامة ٤: ١٩٧.

(٦) انظر الوسائل ١٣: ٢٥ ب (١٤) من أبواب بيع الثمار ح ١ و ٢.

وهل يجوز بيعها بخرصها من تمرها؟ الأظهر لا. ولا يجوز بيع ما زاد على الواحدة. نعم، لو كان له في كل دار واحدة جاز. ولا يشترط في بيعها بالتمر التقابض قبل التفرق، بل يشترط التعجيل، حتى لا يجوز إسلاف أحدهما في الآخر.

واحد اثنتان لم يحز بيع ثمرتهما ولا ثمرة أحدهما، لانتفاء العرية فيهما. نعم، لو تعدد البستان أو الدار جاز تعددها من الواحد.

الثاني: كون الثمن من غيرها، لئلا يتخذ الثمن والمثمن، على أصح القولين. الثالث: كونه حالاً.

الرابع: عدم المفاضلة حين العقد. وأما كونه معلوم القدر مشاهداً أو موصوفاً فالأمر فيه كغيرها. والرخصة مقصورة على النخلة، فلا يتعدى إلى غيرها من الشجر، اقتصاراً بالرخصة على موردها.

وقد أشار المصنف إلى الشرط الأول بقوله: " ولا يجوز بيع ما زاد على الواحدة ". وإلى الثاني بقوله: " الأظهر لا ". وإلى الثالث بقوله: " ولا يشترط... الخ ". وفي قوله: " ولا يجب أن يماثل... الخ " إشارة إلى الرابع. وقول المصنف: " تكون في دار الانسان أو بستانه " يشمل مالك ذلك، ومستأجره، ومشتري الثمرة، والمستعير على الأقوى، لصدق الإضافة في ذلك كله، ولاشتراك الجميع في العلة، وهي مشقة دخول الغير عليهم.

قوله: " وهل يجوز بيعها بخرصها من تمرها؟ الأظهر لا ".

وجه الجواز إطلاق الإذن في النصوص (١) ببيعها بخرصها تمراً، وهو متناول لموضع النزاع، ولوجود المقتضي، وهو الرخصة. والأقوى المنع، لوجوب مغايرة الثمن للمثمن، وهو المعروف في المذهب.

قوله: " ولا يشترط في بيعها بالتمر التقابض قبل التفرق، بل يشترط التعجيل ".

(١) انظر الوسائل ١٣: ٢٥ ب (١٤) من أبواب بيع الثمار ح ١.

ولا يجب أن يتمثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمرتها، عملاً
بظاهر الخبر.
ولا عرية في غير النخل.

نبه بذلك على خلاف الشيخ (١) - رحمه الله - حيث اشترط التقابض قبله،
تخلصاً من الربا. والأقوى العدم، للأصل.
قوله: " ولا يجب أن يتمثل في الخرص - إلى قوله - عملاً بظاهر الخبر ".
أي لا يجب مطابقة ثمرتها جافة لثمرتها، بل المعتبر في الجواز بيعها بما يقتضيه
ظن الخارص لها تمراً بقدره، بمعنى أنها تقدر رطباً أو بسراً أو نحوهما كم يبلغ تمراً إذا
جفت، فيباع تمراً بهذا المقدار تمراً. ثم لا يجب مطابقة هذا التقدير للثمن عند
الجفاف فلو زادت عند الجفاف عما خرصها به أو نقضت لم يكن ذلك قادحاً في
الصحة، عملاً بإطلاق النص.

وقيل: يعتبر المطابقة، فلو اختلفا تبين بطلان البيع. وهو ضعيف. بل لا يجب
جعل ثمرتها تمراً، ولا اعتباره بعد ذلك بوجه، لأصالة عدم الاشتراط. وهذا هو
المشهور من معنى عدم وجوب المماثلة بين ثمرتها وثمرتها.
وفي التذكرة (٢) أن المعتبر المماثلة بين ما عليها رطباً وبين الثمن تمراً، فيكون
بيع رطب بتمر متساوياً، وجعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساوياً. ولم نجد
هذا التفسير للمصنف في غير الكتاب، ولا لغيره صريحاً، وإن كان أكثر عبارات
العلامة لا تنافيه. والمختار الأول.
قوله: " ولا عرية في غير النخل ".

هذا موضع وفاق. وإنما تظهر الفائدة لو منعنا من بيع ثمر باقي الشجر بجنسه
جافاً، كما هو المختار. وأما على ما ذهب إليه المصنف من الجواز فمعنى نفي العرية
أنه لا خصوصية لها حتى تنقيد بقيودها، بل يجوز بيع الثمرة - اتحد الشجر أم تعدد،

(١) المبسوط ٢: ١١٨.

(٢) التذكرة ١: ٥٠٩.

فرع
لو قال: " بعتك هذه الصبرة من التمر أو الغلة بهذه الصبرة من
جنسها سواء بسواء " لم يصح ولو تساويا عند الاعتبار، إلا أن يكونا عارفين
بقدرهما وقت الابتياح. وقيل: يجوز وإن لم يعلما. فإن تساويا عند الاعتبار
صح، وإلا بطل. ولو كانتا من جنسين جاز إن تساويا، أو تفاوتتا ولم يتمانعا،
بأن بذل صاحب الزيادة، أو قنع صاحب النقيصة، وإلا فسخ البيع.
والأشبه أنه لا يصح على تقدير الجهالة وقت الابتياح.
الخامسة: يجوز بيع الزرع قصيلا، فإن لم يقطعه فلبائع قطعه، وله
تركه والمطالبة بأجرة أرضه.

في الدار وغيرها - بجنس ثمرها متماثلا.
قوله: " لو قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة... الخ ".
ما اختاره المصنف هو الأقوى. ولا خصوصية في هذه المسألة بهذا الباب، وإنما
محلها شرائط

المبيع في أول الكتاب. والمخالف في ذلك الشيخ (١) وابن الجنيدي (٢)، إلا
أن الشيخ شرط في الصحة التطابق عند الاعتبار مع تساوي الجنس، وعدم المانع مع
اختلافه، بأن يبذل صاحبه الزيادة، أو يقبل صاحب النقيصة.
قوله: " يجوز بيع الزرع قصيلا - إلى قوله - والمطالبة بأجرة أرضه ".
إذا شرط قطعه قصيلا وعين للقطع مدة تعين قطعة فيها، وإن أطلق قطع في
أول أوقات قطعه عادة، فإن اشتراه قبل أو أن قطعه وجب الصبر إليه مجانا، كما لو باع
الثمرة. وإنما يجوز للبائع قطعه بإذن المشتري إن أمكن، وإلا رفع أمره إلى الحاكم،
فإن تعذر جاز له حينئذ مباشرة القطع، دفعا للضرر المنفي. وله المطالبة بأجرة

(١) المبسوط ٢: ١١٩.

(٢) الظاهر أن نظره إلى تجويز ابن الجنيدي بيع الصبرة مطلقا. راجع المختلف: ٣٨٥.

وكذا لو اشترى نخلا بشرط القطع.
السادسة: يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عما ابتاعه أو نقصان، قبل قبضه وبعده.
السابعة: إذا كان بين اثنين نخل أو شجر، فتقبل أحدهما بحصة صاحبه بشئ معلوم، كان جائزا.

الأرض عن الزمان الذي تأخر فيه القطع عن وقته، سواء طالب بالقطع أم لا، وسواء رضي ببقائه أم لا. وكذا له أرش الأرض أن نقصت بسببه، إذا كان التأخير بغير رضاه.

قوله: " وكذا لو اشترى نخلا بشرط القطع ".
وكذا غيره من الثمر. ولا فرق في ذلك بين أن يكون للمقطوع قيمة كالحصرم واللوز، أو لا كالجوز والكمثرى وبعض أنواع النخل.
قوله: " يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة... الخ ".
هذه المسألة محل وفاق، وهي منصوطة في صحيحة الحلبي (١) ومحمد بن مسلم (٢) عن الصادق عليه السلام. وفيه تنبيه على أن الثمرة حينئذ ليست مكيلة ولا موزونة، فلا يحرم بيعها قبل القبض - لو قلنا بتحريمه قبله فيما - يعتبر بأحدهما.
قوله: " إذا كان بين اثنين نخل... الخ ".

هذا القبالة معاوضة مخصوصة مستثناة من المزابنة والمحاكلة معا. والأصل فيها ما رواه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه: إختر: إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلا مسمى، وتعطيني نصف هذا الكيل، زاد أو نقص، وإما أن آخذه أنا بذلك

(١) الفقيه ٣: ١٣٢ ح ٥٧٦، التهذيب ٧: ٨٨ ح ٣٧٦، الوسائل ١٣: ١٣ ب (٧) من أبواب بيع الثمار ح ٢.

(٢) التهذيب ٧: ٨٩ ح ٣٧٧، الوسائل ١٣: ١٣ ب (٧) من أبواب بيع الثمار ح ٣.

وأرد عليك، قال: " لا بأس بذلك " (١). وكذا روي (٢) أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قبل أهل خيبر نخلهم وخيرهم كذلك.
وظاهر الأصحاب أن الصيغة تكون بلفظ القبالة، وأن لها حكما خاصا زائدا على البيع والصلح، لكون الثمن المثلث واحدا، وعدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص، ووقوعه بلفظ التقبيل، وهو خارج عن صيغتي العقدتين. وفي الدروس أنه نوع من الصلح (٣). ولا دليل عليه، كما لا دليل على إيقاعه بلفظ التقبيل، أو اختصاصه به. وإنما المعلوم من الرواية أنه معاملة على الثمرة، وأنه لازم بحيث يملك المقبيل الزائد، ويلزمه لو نقص. ويلزم ذلك أن يكون مضمونا في يده، ولعموم " على اليد ما أخذت (٤) حتى تودي "، ولأنه لم يدفعه مجانا بل بعوض، ولو قلنا: إن المقبوض بالسوم مضمون، فهذا أولى.

وفي الدروس أن قراره مشروط بالسلامة (٥)، حتى لو هلكت الثمرة بأجمعها فلا شيء على المقبيل، ودليله غير واضح. وربما وجه بأن العوض إذا كان من المعوض، ورضي به المقبيل، فقد رضي بكون حقه في العين لا في الذمة، فإذا تلف بغير تفريط احتاج ثبوت بدله في الذمة إلى دليل. وفيه نظر. نعم، لو كان النقص بغير آفة بل النقصان الخرص فلا نقصان، كما أنه مع الزيادة يملك الزائد ولو كان العوض غير مشروط منها.
وتردد في التذكرة (٦) في سقوط شيء من المال لو تلفت الثمرة بآفة سماوية،

-
- (١) الكافي ٥: ١٩٣ ح ٢، الفقيه ٣: ١٤٢ ح ٦٢٣، التهذيب ٧: ١٢٥ ح ٥٤٦، الوسائل ١٣: ١٨ ب (١٠) من أبواب بيع الثمار ح ١.
(٢) الكافي ٥: ٢٦٦ ح ١، التهذيب ٧: ١٩٣ ح ٨٥٥، الوسائل ١٣: ١٨ ب (١٠) من أبواب بيع الثمار ح ٢.
(٣) الدروس: ٣٥١.
(٤) سنن الترمذي ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦، مسند أحمد ٥: ١٢.
(٥) الدروس: ٣٥١.
(٦) التذكرة ١: ٥١٠.

الثامنة: إذا مر الانسان بشئ من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع اتفاقا، جاز أن يأكل من غير إفساد، ولا يجوز أن يأخذ معه شيئا.

وكذلك تردد في لزوم العقد، وفي لزوم الناقص له على تقديره، وفي جواز العقد بلفظ البيع. وموجب هذا الاشتباه أن النصوص الدالة على أصل القبالة لا تعرض لها إلى هذه الأحكام، وإنما مدلولها أصل الجواز. وإثبات هذه الأحكام بمجرد الاحتمال لا يخلو من مجازفة.

وأورد ابن إدريس (١) على أصل الحكم بأن هذا التقييل إن كان بيعا لم يصح لكونه مزابنة، وإن كان صلحا لم يصح كون العوض مشروطا من نفس الثمرة للغرر، وإن كان في الذمة فهو لازم، سواء بقيت الثمرة أم تلفت.

وأجيب بالتزام كونه صلحا، والغرر محتمل للنص، وحينئذ فإذا تلف منه شيء يلزم تلف بعض العوض المشروط، فإذا لم يتحقق ضمانه لم يجب العوض.

وأجيب أيضا بالتزام أنه ليس بصلح ولا بيع، بل هو معاملة خاصة ورد بها النص، فلا يسمع ما يرد على طرفي الاحتمال لخروجها عنهما.

والمصنف (رحمه الله) اقتصر في هذا الكتاب على أصل الجواز، وفي النافع (٢) على الصحة، نظرا إلى أن النص لا يستفاد منه مزيد من ذلك. وهذا هو الأولي. قوله: " إذا مر الانسان بشئ من النخل... الخ "

الأصل في هذه المسألة ما رواه ابن أبي عمير في الصحيح من بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يمر بالنخل والسنبل والثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضرورة أو غير ضرورة؟ قال: " لا بأس " (٣). وروى محمد بن مروان قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أمر بالثمرة فأكل منها، قال: " كل ولا تحمل " قلت: جعلت فداك إن التجار قد اشتروها ونقدوا

(١) هكذا نقله عنه في التنقيح الرائع ٢: ١١٣. وعبارته في السرائر ٢: ٣٧٢ لا تطابقه.

(٢) المختصر النافع ١: ١٣١.

(٣) الاستبصار ٣: ٩٠ ح ٣٠٦، التهذيب ٧: ٩٣ ح ٣٩٣، الوسائل ١٣: ١٤ ب (٨) من أبواب بيع الثمار ٣.

أموالهم، قال: " اشترؤوا ما ليس لهم " (١). وبذلك عمل أكثر الأصحاب، ونقل في الخلاف (٢) فيه الاجماع.

ولكن قد ورد ما يخالف ذلك، وهو صحيحة الحسن بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر

والمباطخ وغير ذلك من الثمر يحل له أن يتناول منه شيئاً ويأكل بغير إذن صاحبه؟ وكيف حاله إن نهاه صاحب الثمرة أو أمره القيم؟ وكم الحد الذي يسعه أن يتناول منه؟ قال: " لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً " (٣). وبه أخذ جماعة من المتأخرين،

والمرتضى في المسائل الصيداوية، لاعتضادها بالقرآن الكريم المتضمن للنهي عن أكل المال بغير تراض (٤)، ولقبح التصرف في مال الغير، وباشتمالها على الخطر وهو مقدم على ما تضمن الإباحة عند التعارض، لأن دفع الضرر أولى من جلب النفع.

وحمل العلامة (٥) الأخبار السابقة وما شاكلها على ما إذا علم بشاهد الحال

الإباحة. وهو بعيد: والشيخ (رحمه الله) حمل خبر النهي على الكراهة، أو على

النهي (٦) عن الحمل، جمعا بين الأخبار. وهو جمع حسن. والمصنف - رحمه الله - قطع

بالجواز من غير نقل خلاف، لندور المخالف قبل زمانه، حتى إن إدريس (٧) - مع إطراحه لأخبار الآحاد رأسا - حكم بالإباحة، إما استنادا إلى الاجماع، أو إلى تواتر الأخبار، نظر إلى طريقته في الاستدلال.

(١) التهذيب ٧: ٨٩ ح ٣٨٠، الاستبصار ٣: ٩٠ ح ٣٠٥، الوسائل ١٣، ١٥ ب (٨) من أبواب بيع الثمار ح ٤.

(٢) الخلاف ط - كوشانپور ٢: ٥٤٦ مسألة ٢٨ كتاب الأطعمة.

(٣) التهذيب ٧: ٩٢ ح ٣٩٢، الاستبصار ٣: ٩٠ ح ٣٠٧، بتفاوت يسير، الوسائل ١٣: ١٥ ب (٨) من أبواب بيع الثمار ح ٧.

(٤) السناء: ٢٩.

(٥) المختلف: ٣٤٣.

(٦) الاستبصار ٣: ٩٠ ذيل ح ٣٠٧.

(٧) السرائر ٢: ٣٧١.

وقد شرط المصنف للجواز ثلاثة شروط:

أحدها: كون المرور اتفاقا، فلو قصدتها ابتداء لم يصح، اقتصارا في الرخصة المخالفة للأصل على موضع اليقين، ودلالة ظواهر النصوص (١) على ذلك. والمراد بالمرور بها أن يكون الطريق قريبة منها، بحيث لا يستلزم قصدتها البعد الخارج عن المعتاد، بحيث يصدق عرفا أنه قد مر بها، لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة، أو ملاصقة لحائط البستان.

وثانيها: أن لا يفسد. والمراد أن يأكل منها شيئا كثيرا بحيث يؤثر فيها أثرا بينا ويصدق معه الإفساد عرفا، ويختلف ذلك بحسب كثرة الثمرة وقتلها، وكثرة المارة وقتلهم، أو يهدم حائطا، أو يكسر غصنا يتوقف الأكل عليه، لا إن وقع ذلك خطأ، فإنه لا يحرم الأكل وإن ضمنه، مع احتمال. ومستند هذا الشرط رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: " لا بأس أن يمر على الثمرة ويأكل منها ولا يفسد ". (٢)

وثالثها: أن لا يحمل معه شيئا، بل يأكل في موضعه. وقد دل على هذا الشرط خبر محمد بن مروان السابق صريحا، وصحيحة ابن يقطين حملا. وزاد بعضهم رابعا: وهو عدم علم الكراهة. وخامسا: وهو عدم ظنها. وهو حسن، وإن كانت الأخبار مطلقة، بل فيها ما يشعر بعدم اعتبارهما. وسادسا: وهو كون الثمرة على الشجرة، فلو كانت محرزة ولو في الحريز (٣) حرم. ولا بأس به.

(١) انظر الوسائل ١٣: ١٤ ب (٨) باب جواز أكل المار من الثمار.

(٢) المحاسن: ٥٢٨ ح ٧٦٦، الكافي ٣: ٥٦٩ ح ١، الوسائل ٦: ١٣٩ ب (١٧) من أبواب زكاة الغلات ح ١.

(٣) الحرين: " موضع البر، وقد يكون للتمر والعنب. بيد الحرت "، راجع لسان العرب ١٣: ٨٧.

الفصل التاسع

في بيع الحيوان

والنظر فيمن يصح تملكه، وأحكام الابتياح، ولواحقه.
أما الأول فالكفر الأصلي سبب لجواز استرقاق المحارب وذراريه، ثم يسري الرق في أعقابه وإن زال الكفر، ما لم تعرض الأسباب المحررة. ويملك اللقيط من دار الحرب. ولا يملك من دار الاسلام. فلو بلغ وأقر بالرق، قيل: لا يقبل، وقيل: يقبل، وهو الأشبه.

قوله: " يجوز استرقاق المحارب... الخ "

المراد بالمحارب الكافر الأصلي من غير فرق المسلمين الذي لم يلتزم بشرائط الذمة وأطلق عليه وصف الحرب بسبب خروجه عن طاعة الله تعالى ورسوله وثبوته على الكفر، وإن لم يقع منه الحرب بمعنى القتال. وإلى هذا المعنى أشار تعالى بقوله: * (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) * (١) الآية.

قوله: " ويملك اللقيط من دار الحرب "

إذا لم يكن فيها مسلم يمكن انتسابه إليه ولو كان أسيراً، وإلا حكم بحريته، لا طلاق الحكم بحرية اللقيط في النصوص، خرج منه ما علم انتفاؤه عن المسلم، فيبقى الباقي.

قوله: " ولو بلغ فأقر بالرق قيل: لا يقبل، وقيل: يقبل، وهو الأشبه "

أي أقر من حكم بحريته ظاهراً، لكونه ملقوفاً من دار الاسلام مطلقاً، أو من دار الكفرة إذا أمكن انتسابه إلى المسلم، بعد بلوغه، ففي قبول إقراره قولان، أحدهما عدم، لسبق الحكم بحريته شرعاً، فلا يتعقبها الرق. والآخر - وهو الأقوى -

(١) المائدة: ٣٣.

ويصح أن يملك الرجل كل أحد عدا أحد عشر، وهم: الآباء،
والأمهات، والأجداد، والجندات وإن علوا، والأولاد، وأولادهم ذكورا
وإناثا وإن سفلوا، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ،
وبنات الأخت.

القبول، لامكانه، وقوله صلى الله عليه وآله: " إقرار العقلاء على أنفسهم
جائز ". (١)

ولا يخفى أن ذلك في غير معروف النسب، وإلا لم يقبل قطعا. وكذا القول في
كل من أقر على نفسه بالرقية مع بلوغه وجهل نسبه، سواء كان مسلما أم كافرا، وسواء
كان المقر له مسلما أم كافرا، وإن بيع عليه قهرا.
وهل يعتبر مع ذلك رشده؟ يظهر من المصنف عدمه، لعدم اشتراطه.
واختلف كلام غيره، فمنهم من اشترطه، ومنهم من لم يشترطه من غير تعرض لعدمه.
وفي التذكرة (٢) في هذا الباب اشترطه، وفي باب اللقطة اكتفى بالبلوغ (٣) والعقل.
ووجه اشتراطه واضح، لأن غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال، وهو نفسه مال.
ووجه العدم أن إقراره بالرقية ليس إقرارا بنفس المال وإن ترتب عليه، كما
يسمع إقراره بما يوجب القصاص، وإن أمكن رجوعه إلى المال بوجه. ويشكل فيما لو
كان بيده مال، فإن إقراره على نفسه بالرقية يقتضي كون المال للمقر له، إلا أن يقال
بثبوتها تبعا لثبوت الرقية، لا لأنه إقرار بالمال. والأقوى اعتبار الرشيد.
قوله: " ويصح أن يملك الرجل كل أحد عدا أحد عشر ".
أي ملكا مستقرا، وإلا فملك من استثناه صحيح أيضا، غاية أنه يعتق عليه
بالشراء، فلا يستقر ملكه عليه.

(١) يراجع عوالي اللئالي ١: ٢٢٣ ح ١٠٤.

(٢) التذكرة ١: ٤٩٧.

(٣) التذكرة ٢: ٢٨٣.

وهل يملك هؤلاء من الرضاع؟ قيل: نعم، وقيل: لا، وهو الأشهر.

ويكره أن يملك من عدا هؤلاء من ذوي قرابته، كالأخ، والعم، والخال، وأولادهم. وتملك المرأة كل واحد، عدا الآباء وإن علوا، والأولاد وإن نزلوا نسبا. وفي الرضاع تردد، والمنع أشهر. وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه استقر الملك ولم تستقر الزوجية.

قوله: " وهل يملك هؤلاء من الرضاع؟ قيل: نعم، وقيل: لا، وهو الأشهر "

أي ملكا مستقرا، كما مر. والقول بالعدم هو الأقوى، لصحيفة ابن سنان عن الصادق عليه السلام، معللا فيها بقوله صلى الله عليه وآله " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " (١) ولقوله صلى الله عليه وآله: " الرضاع لحمة كلحمة النسب " (٢).

قوله: " وفي الرضاع تردد والمنع أشبه " .
الخلافاً فيه والفتوى كما سبق.

قوله: " وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه استقر الملك ولم تستقر الزوجية " .

هذا موضع وفاق، ولمنافاة الملك العقد، لأن المالك إن كان هو الزوجة حرم عليها وطئ مملوكها، وإن كان الزوج استباحها بالملك، ولأن التفضيل يقطع الشركة. وعلل مع ذلك بأن بقاءه يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصي.

(١) الكافي ٥: ٤٤٦ ذيل ح ١٦، التهذيب ٧: ٣٢٦ ذيل ح ١٣٤٢، الوسائل ١٤: ٣٠٧ ب (١٧) من أبواب ما يحرم بالرضاع ذيل ح ١.
(٢) لم نعثر عليه.

ولو أسلم الكافر في ملك مثله أجبر على بيعه من مسلم، ولمولاه ثمنه. ويحكم برق من أقر على نفسه بالعبودية، إذا كان مكلفا غير مشهور بالحرية.

ولا يلتفت إلى رجوعه، ولو كان المقر له كافرا. وكذا لو اشترى عبدا فادعى الحرية، لكن هذا يقبل دعواه مع البينة.

وهو ضعيف، لأن علل الشرع معرفات. وبأن اختلاف الأسباب يقتضي اختلاف المسببات. ويندفع بجواز ذلك في أسباب الشرع، وبعدم تماميتها في جانب الزوجة. وملك البعض كملك الكل، للمنافاة، واستحالة تبعض البضع، وقطع الشركة بالتفصيل.

قوله: " ولو أسلم الكافر في ملك مثله أجبر على بيعه من مسلم، ولمولاه ثمنه " .

لانتفاء السبيل للكافر على المسلم. وفي حكم إسلام العبد إسلام أحد أبويه صغيرا أو أحد أجداده على الأقوى، لثبوت حكم الإسلام له، فينتفي سبيل الكافر عليه.

قوله: " ولا يلتفت إلى رجوعه " .

لاشتماله على تكذيب إقراره، ورفع ما ثبت عليه، حتى لو أقام بينة لم تسمع، لأنه بإقراره أولا قد كذبها. كذا قطع في التذكرة (١). ويشكل ذلك فيما لو أظهر لانكاره تأويلا محتملا، كأن قال: إني تولدت بعد إعتاق أحد الأبوين، وما كنت أعلم بذلك حين أقررت، فإنه ينبغي القبول. وسيأتي له نظائر. وأولى بالقبول ما لو أقر بالرقية لمعين فأنكر المقر له. وسيأتي مثله في الإقرار، كما لو أقر لأحد بمال فأنكر المقر له، فادعاه المقر حين إنكاره. وعلى هذا فينبغي سماع بينته بطريق أولى. وقوله: " وكذا لو اشترى عبدا فادعى الحرية، لكن هذا يقبل دعواه مع البينة " .

(١) التذكرة ١ : ٤٩٧ .

الثاني: في أحكام الابتاع.

إذا حدث في الحيوان عيب بعد العقد وقبل القبض كان المشتري بالخيار بين رده وإمساكه، وفي الأرش تردد. ولو قبضه ثم تلف، أو حدث فيه حدث في الثلاثة، كان من مال البائع، ما لم يحدث فيه المشتري حدثا. ولو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري، لم يكن ذلك العيب مانعا من الرد بأصل الخيار. وهل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد، والظاهر لا. ولو حدث العيب بعد الثلاثة منع الرد بالعيب السابق.

أي اشترى عبدا ثابت العبودية بأن وجدته يباع في الأسواق، فإن ظاهر اليد والتصرف يقتضي الملك، ولصحيحة حمران عن الصادق عليه السلام (١). ومثله الجارية، بل هي مورد النص، فكان التعميم أولى. أما لو وجدته في يده وادعى رقيته، ولم يعلم شراؤه ولا بيعه، فإن كان كبيرا وصدقة فكذلك، وإن كذبه لم تقبل دعواه إلا بالبينة، عملا بأصالة الحرية، وإن سكت أو كان صغيرا فوجهان. واستقرب في التذكرة (٢) العمل بأصالة الحرية، وفي التحرير (٣) بظاهر اليد، وهو أجود.

قوله: " إذا حدث في الحيوان عيب - إلى قوله - وفي الأرش تردد ".
قد تقدمت (٤) هذه المسألة في مطلق البيع، وتقدم أن الأقوى ثبوت الأرش.
قوله: " وهل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد، والظاهر لا ".
قد تقدم (٥) الكلام في هذه المسألة أيضا، وأن الأجود ثبوت الأرش.
قوله: " ولو حدث العيب بعد الثلاثة منع الرد بالعيب السابق ".
ولا يمنع الأرش.

- (١) الكافي ٥: ٢١١ ح ١٣، ١٤٠ ح ٦١٣، التهذيب ٧: ٧٤ ح ٣١٨، الوسائل ١٣: ٣١
ب (٥) من أبواب بيع الحيوان ح ٢. والراوي حمزة بن حمران.
(٢) التذكرة ١: ٤٩٧.
(٣) لم نجده في التحرير، راجع ١: ١٩١.
(٤) في ص ١٧٩.
(٥) في ص ٢٨٤.

وإذا باع الحامل فالولد للبائع على الأظهر، إلا أن يشترطه المشتري. ولو اشتراها فسقط الولد قبل القبض رجع المشتري بحصة الولد من الثمن.
وطريق ذلك أن تقوم الأمة حاملا وحائلا، ويرجع بنسبة التفاوت من الثمن.

قوله: " وإذا باع الحامل فالولد للبائع على الأظهر، إلا أن يشترطه المشتري "

هذا هو المشهور وعليه الفتوى. وخالف فيه الشيخ (١) (رحمه الله) وتبعه جماعة (٢)، محتجا بأنه جزء من الحامل فيدخل ولا يصح استثناءه - كما سيأتي - حتى حكم بفساد البيع لو استثناه البائع، كما لو استثنى جزءا معيناً. وحيث يشترطه المشتري يدخل وإن كان مجهولاً، لأنه تابع للمعلوم. ولا فرق حينئذ بين أن يقول البائع: " بعثتها وحملها " أو " وشرطت لك حملها " ونحوه. ولو لم يكن الحمل معلوماً وأراد إدخاله فالعبارة الثانية لا غير. وإن لم يشترط وكان متحقق الوجود عند البيع فهو للبائع. وإن احتمل الأمرين، بأن ولدته في وقت يحتمل كونه عند البيع كان موجوداً وعدمه، فهو للمشتري، لأصالة عدم وجوده سابقاً. فلو اختلفا في وقت البيع لذلك قدم قول البائع مع اليمين وعدم البينة. وليس يبض البائض كالحمل، بل هو للمشتري مطلقاً، لأنه تابع كسائر أجزائه.

قوله: " وطريق ذلك أن تقوم الأمة حاملا وحائلا ويرجع بنسبة التفاوت "

بل يقوم الأمة حاملا ومجهضاً، لأنه المطابق للواقع بخلاف الحائل، ولتحقق التفاوت بينهما، إذ الاجهاض في الأمة عيب ربما نقص القيمة.

(١) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٢) منهم ابن البراج في جواهر الفقه: ٦٠ مسألة ٢٢١، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٤٨.

ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعا، كالنصف والربع.
ولو باع واستثنى الرأس والجلد صح، ويكون شريكا بقدر قيمة
ثنيه على رواية السكوني. وكذا لو اشترك اثنان أو جماعة، وشرط أحدهما
لنفسه الرأس والجلد، كان شريكا بنسبة رأس ماله.
ولو قال: اشتر حيوانا بشركتي صح، ويثبت البيع لهما، وعلى كل
واحد نصف الثمن.
ولو أذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه صح، ولو تلف كان بينهما،
وله الرجوع على الأمر بما نقد عنه. ولو قال له: الربح لنا، ولا خسران
وله الرجوع على الأمر بما نقد عنه. ولو قال له: الربح لنا، ولا خسران
عليك، فيه تردد، والمروي الجواز.

قوله: " ولو باع واستثنى الرأس والجلد - إلى قوله - على رواية
السكوني "

لم يفرق بين المذبوح وما يراد ذبحه وغيره، وهو أحد الأقوال في المسألة، لاطلاق
الرواية (١)، إلا أن المستند ضعيف، والجهالة متحققة، والشركة المشاعة غير
مقصودة، فالقول بالبطلان متجه، إلا أن يكون مذبوحا أو يراد ذبحه، فتقوى صحة
الشرط. وكذا القول فيما لو اشترك فيه جماعة وشرط أحدهم ذلك.
قوله: " ولو أذن أحدهما لصاحبه - إلى قوله - بما نقد عنه ".
لا شبهة في صحة الانقاد، إنما الكلام في رجوعه عليه. والحق أنه يرجع عليه بمجرد
الإذن فيه وإن كان ذلك أعم منه، لدلالة القرائن عليه، وعدم حصول ما يقتضي
التبرع، وكأنه اكتفى بما يأتي من الحكم بالرجوع بعد التلف. ويحصل الإذن صريحا
كقوله: ادفع عني الثمن، وفحوى بأن يوكله في شرائه من مكان بعيد لا يسلم فيه
البائع بدون قبض الثمن عادة، ونحو ذلك.
قوله: " ولو قال له: الربح لنا ولا خسران عليك فيه تردد والمروي
الجواز "

(١) الكافي ٥: ٣٠٤ ح ١، التهذيب ٧: ٨١ ح ٣٥٠، الوسائل ١٣: ٤٩ ب (٢٢) من أبواب بيع الحيوان
ح ٢٠.

ويجوز النظر إلى وجه المملوكة ومحاسنها إذا أراد شراءها.
ويستحب لمن اشترى مملوكا أن يغير اسمه، وأن يطعمه شيئا من
الحلاوة، وأن يتصدق عنه بشيء.
ويكره وطئ من ولدت من الزنا بالملك أو العقد، على الأظهر.

وجه التردد من الرواية الدالة على الجواز (١)، وعموم "المؤمنين عند
شروطهم" (٢) ومن كونه مخالفا لمقتضى الشركة بل مقتضى المذهب، فإن الربح
والخسران تابعان لرأس المال. وهو الأقوى. والرواية - مع كونها واردة في مبيع خاص
- يمكن تأويلها بما يوافق الأصل.
قوله: "ويجوز النظر إلى وجه المملوكة ومحاسنها إن أراد شراءها".
المراد بمحاسنها مواضع الحسن والزينة، كالكفين والرجلين والشعر. ولا
يشترط في ذلك إذن المولى. ولا يجوز الزيادة على ذلك إلا بإذنه، فيكون تحليلا يتبع
منه ما دل عليه اللفظ حتى العورة. وكذا يجوز له مس ما يجوز له النظر إليه مع
الحاجة. وجوز في التذكرة (٣) النظر إلى ما عدا العورة بدون الإذن للمشتري.
قوله: "ويستحب لمن اشترى مملوكا أن يغير اسمه، وأن يطعمه شيئا
من الحلاوة، وأن يتصدق عنه بشيء".
للنص (٤) في ذلك كله. وقدرت الصدقة فيه بأربعة دراهم.
قوله: "ويكره وطئ من ولدت من الزنا بالملك والعقد على الأظهر".

- (١) الكافي ٥: ٢١٢ ح ١٦، التهذيب ٧: ٧١ ح ٣٠٤، الوسائل ١٣: ٤٢ ب (١٤) من أبواب بيع
الحيوان ح ١.
(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب
المهور ح ٤.
(٣) التذكرة ١: ٥٠١.
(٤) الكافي ٥: ٢١٢ ح ١٤، التهذيب ٧: ٧٠ ح ٣٠٢، الوسائل ١٣: ٣١ (٦) من أبواب بيع الحيوان
ح ١.

وأن يرى المملوك ثمنه في الميزان.
الثالث: في لواحق هذا الباب. وهي مسائل:
الأولى: العبد لا يملك، وقيل: يملك فاضل الضريبة، وهو
المروي، وأرش الجناية على قول. ولو قيل: يملك مطلقا، لكنه محجور
عليه بالرق حتى يأذن له المولى، كان حسنا.
الثانية: من اشترى عبدا له مال كان ماله لمولاه، إلا أن يشترطه

هذا هو الأجود، حملا للنهي (١) على الكراهة، وعلل بأن ولد الزنا لا يفلح،
وبالعار. وحرمه ابن إدريس (٣) بناء على أن ولد الزنا كافر، وأن وطئ الكافرة محرم.
والمقدمتان ممنوعتان.
قوله: " وأن يرى المملوك ثمنه الميزان ".
علل في النص بأنه إذا رآه لا يفلح (٣). وظاهر النص أن الكراهة معلقة على
رؤيته فيه، فلا يكره في غيره. وربما قيل بأنه جرى على المتعارف من وضع الثمن فيه،
فلو رآه في غيره كره أيضا. وفيه نظر.
قوله: " العبد لا يملك... الخ ".
القول بالملك في الجملة للأكثر. ومستنده الأخبار (٤). وذهب جماعة إلى عدم
ملكه مطلقا، واستدلوا عليه بأدلة كلها مدخولة. والمسألة موضع إشكال. ولعل
القول بعدم الملك مطلقا متوجه. ويمكن حمل الأخبار على إباحة تصرفه فيما ذكر، لا
بمعنى ملك رقبة المال، فيكون وجهها للجمع.
قوله: " من اشترى عبدا له مال... الخ ".

-
- (١) راجع الوسائل ١٢: ٢٢٢ ب (٩٦) من أبواب ما يكتسب به و ١٤: ٣٣٧ ب (١٤) من أبواب ما
يحرم بالمصاهرة.
(٢) السرائر ٢: ٣٥٣.
(٣) الكافي ٥: ٢١٢ ح ١٥، التهذيب ٧: ٧١ ح ٣٠٣، الوسائل ١٣: ٣٢ ب (٦) من أبواب بيع الحيوان
ح ٢.
(٤) انظر الوسائل ١٣: ٣٤ ب (٩) من أبواب بيع الحيوان.

المشتري. وقيل: إن لم يعلم به البائع فهو له، وإن علم فهو للمشتري،
والأول أشهر.

ما اختاره المصنف واضح بناء على أنه لا يملك شيئاً، فإذا باعه لم يدخل ماله
إلا مع الشرط، لأن الجميع مال المولى في الحقيقة، وإنما نسب إليه بسبب الملازمة.
ويؤيده أيضاً صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: " المال للبائع، إنما
باع نفسه، إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من مال أو متاع فهو له " (١).
والقول بالتفصيل بالعلم وعدمه لابن البراج (٢)، محتجاً عليه بحسنة زرارة (٣)
عن أبي عبد الله عليه السلام. ويضعف بأن الملك لا ينتقل إلى المشتري بمجرد العلم
من دون صيغة تدل عليه. ويمكن حمل الرواية على اشتراط البائع للمشتري ذلك.
وبقي في المسألة أمور:

الأول: أن هذه المسألة ذكرها من قال بملك العبد ومن أحاله. ونسبة المال إلى
العبد على الأول واضحة، وعلى الثاني يراد به ما سلطه عليه المولى وأباحه له ونسبه
إليه من كسوة وفراش وغيرهما، فإن الإضافة تصدق بأدنى ملازمة.
الثاني: أن الخلاف في دخول المال المذكور على القول بأنه لا يملك يتجه
فرضه، لأنه ملك للبائع، فيمكن دخوله في المبيع ونقله له، وإذا حكم بكونه له يكون
استصحاباً للملك السابق. أما إذا قلنا بملكية العبد فيشكل الحكم بكونه للبائع -
بمجرد البيع - أو للمشتري، فإن ملك مالك لا ينتقل عنه إلا برضاه، والحال أن
العبد لا مدخل له في هذا النقل. وقد ذكر هذه المسألة من ملكه وممن أحاله. ولا
يندفع الاشكال إلا إذا قلنا بأن المراد بملكية العبد تسلطه على الانتفاع بما قبل بملكه
له لا ملك الرقبة، كما نقله في الدروس (٤) عن بعض القائلين بالملك، فيكون الملك

-
- (١) الكافي ٥: ٢١٣ ح ٢، التهذيب ٧: ٧١ ح ٣٠٦، الوسائل ١٣: ٣٢ ب (٧) من أبواب بيع الحيوان
ح ١.
(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٨٠، والمهذب ١: ٤٠٢.
(٣) الكافي ٥: ٢١٣ ح ١، الفقيه ٣: ١٣٨ ح ٦٠٥، التهذيب ٧: ٧١ ح ٣٠٧، الوسائل ١٣: ٣٢ -
٣٣ ب (٧) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.
(٤) الدروس: ٣٤٧.

ولو قال للمشتري: اشترني ولك علي كذا، لم يلزمه وإن اشتراه.
وقيل: إن كان له مال حين قال له، لزم، وإلا فلا. وهو المروي.

على هذا الوجه غير مناف لملك البائع لرقبته على وجه يتوجه به نقله إلى المشتري أو بقاءه على ملكه.

الثالث: أن المصنف (رحمه الله) حكم هنا بأن العبد يملك وإن كان محجورا عليه، ثم حكم بأن ماله - إذا بيع - لمولاه. والحكم فيه أقوى إشكالا، لأن مقتضى الملك على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة، وإن حجر عليه في الانتفاع به، فلا يناسب ما نقله في الدروس، ولا يتم الحكم بكون ماله للبائع أو المشتري بمجرد بيعه. اللهم إلا أن يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم، فيرد حينئذ بأنه دال على عدم ملك العبد، لئلا يناقض الحكم المتفق عليه من عدم ملكية شخص مال غيره إلا برضاه. والمناسب للقول بملكه لرقبة المال أن يتبع العبد أين كان، ولا يكون للبائع ولا للمشتري.

والأقوى - تفريعا على القول بأنه لا يملك - أن ماله المنسوب إليه للبائع مطلقا، إلا أن يشترط للمشتري، فيكون له بشرط علمهما بقدره أو كونه تابعا، وسلامته من الربا بأن يكون الثمن مخالفا لجنسه الربوي، أو زائدا عليه مع قبض مقابل الربوي في المجلس.

قوله: " ولو قال للمشتري: اشترني ولك علي كذا... الخ ".
ما اختاره المصنف هو الأقوى، بناء على أنه لا يملك، وعلى القول بملكه فهو محجور عليه يتوقف جعله على إجازة المولى. والقول المذكور للشيخ (١) (رحمه الله). واستند فيه إلى رواية الفضيل (٢) عن الصادق عليه السلام. ومدلولها أنه جعل ذلك لمولاه لبيعه. ولا دلالة فيها على ما ادعاه الشيخ، للفرق بين الأجنبي والمولى،

(١) النهاية: ٤١٢.

(٢) الكافي ٥: ٢١٩ ح ١ و ٢، التهذيب ٧: ٧٤ ح ٣١٥ و ٣١٦، الوسائل ١٣: ٤٧ ب (١٩) من أبواب

بيع الحيوان ح ١.

الثالثة: إذا ابتاعه وماله، فإن كان الثمن من غير جنسه جاز مطلقا، وكذا يجوز بجنسه إذا لم يكن ربويا. ولو كان ربويا وبيع بجنسه، فلا بد من زيادة عن ماله تقابل المملوك.

الرابعة: يجب أن يستبرئ الأمة قبل بيعها إذا وطئها المالك بحيضة، أو خمسة وأربعين يوما إن كان مثلها تحيض ولم تحض.

فإن حكم الأجنبي ما ذكرناه، وأما المولى فإن قلنا: إن العبد لا يملك فماله لمولاه، وإلا فحجره زائل برضا المولى، فيمكن العمل بالرواية من دون القول. ولا يلزم ما رده ابن إدريس من أن الرواية لا يجوز العمل بها، وأن الشيخ أوردتها إيرادا لا اعتقادا (١). قوله: " إذا ابتاعه وماله... الخ "

هذا إذا قلنا إنه لا يملك، أو قلنا به بمعنى جواز تصرفه خاصة، أما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط في الثمن ما ذكر، لأن ماله حينئذ ليس جزء من المبيع، فلا يقابل بالثمن.

قوله: " يجب أن يستبرئ الأمة قبل بيعها إذا وطئها المالك "

الاستبراء استفعال من البراءة. والمراد هنا طلب براءة الرحم من الحمل، فإنه إذا صبر عليها هذه المدة تبين حملها أو خلوها منه، لئلا تختلط الأنساب. وهذا هو الحكمة في وجوب الاستبراء، ومن ثم انتفى الحكم عمن لا يأتي، لانتفاء الحكمة. وفي حكم البيع غيره من الوجوه الناقلة للملك. وكذا القول في الشراء، فيجب بكل ملك زائل وحادث، خلافا لابن إدريس (٢) حيث خصه بالبيع.

ولو لم يستبرئ الناقل أتم، وصح البيع وغيره من العقود وإن أتم، لرجوع النهي إلى أمر خارج. ويتعين حينئذ تسليمها إلى المشتري ومن في حكمه إذا طلبها، لأنها قد صارت ملكا وحقا له، مع احتمال بقاء وجوب الاستبراء قبله، ولو بالوضع على يد عدل، لوجوبه قبل البيع، فيستصحب. وأما ابقاؤه عند البائع فلا يجب

(١) السرائر ٢: ٣٥٢ - ٣٥٣.

(٢) السرائر ٢: ٣٤٦.

وكذا يجب على المشتري إذا جهل حالها.
ويسقط استبرؤها إذا أخبر الثقة أنه استبرأها.

قطعا، لأنها صارت أجنبية منه.

قوله: " وكذا يجب على المشتري إذا جهل حالها "

إنما يجب على البائع ومن في حكمه الاستبراء إذا كان قد وطئها، سواء عزل أم لا. وأما المشتري ومن في حكمه فإنما يجب عليه الاستبراء إذا علم بوطئ السابق، أو جهل الحال، فلو علم الانتفاء لم يجب، لانتفاء الفائدة، وللنص (١) عليه. وإنما خص المصنف الحكم بجهله الحال لدخوله القسم الآخر فيه بطريق أولى. ولو قال: " وإن جهل حالها " لشمل القسمين بأبلغ نظم، لإفادته الحكم في المسكوت عنه بذلك. والمعتبر من الاستبراء ترك الوطئ في القبل والدبر دون باقي الاستمتاع، لصحيفة محمد بزيع (٢)، خلافا للمبسوط (٣) حيث حرم الجميع. ولو وطئ في زمن الاستبراء أثم وعزر مع العلم بالتحريم، ويلحق به الولد لأنه فراش. وهل يسقط الاستبراء حينئذ؟ نظر، من انتفاء فائدته وحكمته، حيث قد اختلط الماءان، ولحق به الولد الذي يمكن تجرده، ومن اطلاق الأمر بالاجتناب في المدة، وهي باقية.

قوله: " ويسقط استبرؤها إذا أخبر الثقة أنه استبرأها "

إنما عبر بالثقة لوروده في النصوص المذكورة (٤) في هذا الباب، وهي واردة في إخبار البائع أنه لم يطأها. وفي حكمه إخباره بأنه استبرأها، وهو الذي فرضه المصنف.

(١) الوسائل ٤: ٥٠٣ ب (٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) التهذيب ٨: ١٧٣ ح ٦٠٥، الاستبصار ٣: ٣٦٠ ح ١٢٩١، الوسائل ١٤: ٥٠٤ ب (٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥.

(٣) المبسوط ٢: ١٤٠.

(٤) انظر الوسائل ١٤: ٥٠٣ ب (٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء.

وكذا لو كانت لا امرأة، أو في سن من لا تحيض لصغر أو كبر، أو حاملا، أو حائضا إلا بقدر زمان حيضها.
نعم، لا يجوز وطئ الحامل قبلا قبل أن يمضي لها (١) أربعة أشهر وعشرة أيام. ويكره بعده. ولو وطئها عزل عنها استحبابا.

والظاهر أن المراد بالثقة العدل، لأنه الثقة شرعا، وبه صرح في النافع (٢)، مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس إليه ويثق بخبره وفي صحيحة أبي بصير: "إن أمنتها فمسها" (٣). وأوجب ابن إدريس (٤) استبراءها وإن أخبر الثقة بها. وتبعه الإمام فخر الدين في الشرح (٥).
قوله: "وكذا لو كانت لا امرأة".

هذا هو المشهور بين الأصحاب، وخالف فيه ابن إدريس - كما مر - وتبعه فخر المحققين. وحدثنا - مع الشهرة - الأخبار المتظافرة (٦). وهل يلحق بها أمة العين والمجبوب

والصغير الذي لا يمكن في حقه الوطئ نظر، من المشاركة فيما ظن أنه علة الحكم وهو الأيمن من الوطئ، ومن أنه قياس. والمناسب للأصول الشرعية عدم اللحاق. وليس من مواضع الاشكال ما لو باعتها المرأة لرجل في المجلس فباعها حينئذ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعاً، للعلم بعدم وطئ البائع. وقد يحتال لاسقاط الاستبراء ببيعها لامرأة ثم اشتراؤها منها، لاندراجها حينئذ في أمة المرأة، نظراً إلى إطلاق النص من غير تعليل. وكذا لو باعها لرجل ثم اشتراها منه قبل وطئها لها حيث يجوز ذلك.

قوله: "نعم لا يجوز وطئ الحامل قبلا قبل أن يمضي لحملها أربعة

(١) في متن الجواهر والمسالك الحجرية: (لحملها).

(٢) المختصر النافع ١: ١٣٢.

(٣) الاستبصار ٣: ٣٦٠ ح ١٩٠، التهذيب ٨: ١٧٣ ح ٦٠٤، الوسائل ١٤: ٥٠٤ ب (٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤.

(٤) السرائر ٢: ٣٤٦.

(٥) إيضاح الفوائد ٣: ١٦٥.

(٦) انظر الوسائل ١٤: ٥٠٤ ب (٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء.

أشهر وعشرة أيام ويكره بعدها ".
 قد اختلف كلام الأصحاب في تحريم وطئ الأمة الحامل أو كراهته بسبب اختلاف الأخبار في ذلك، فإن في بعضها إطلاق النهي (١) عن وطئها، وفي بعضها حتى تضع ولدها (٢)، وفي بعضها إذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها (٣). فمن الأصحاب من جمع بينها بحمل النهي المغيا بالوضع على الحامل من حل أو شبهة أو مجهولا، والمغيا بالأربعة الأشهر وعشرة على الحامل من زنا. ومنهم من ألحق المجهول بالزنا في هذه الغاية. ومنهم من أسقط اعتبار الزنا، وجعل التحريم بالغائتين لغيره. والمصنف (رحمه الله) أطلق الحكم بالتحريم قبل الأربعة والعشرة، والكراهة بعدها، وهو أوضح وجوه الجمع. أما الاطلاق بحيث يشمل الجميع فلاطلاق النص الشامل لها. وأما الحكم بالتحريم قبل المدة المذكورة فلا اتفاق الأخبار أجمع عليه، والأصل في النهي التحريم، وأما بعدها فقد تعارضت الأخبار، فيجب الجمع بينها، وحمل النهي حينئذ على الكراهة - لتصريح بعضها بنفي البأس - طريق واضح في ذلك ونظائره، فالقول به أقوى.
 نعم، يبقى في الحمل من الزنا أن المعهود من الشارع إلغاء اعتباره من العدة والاستبراء في غير محل النزاع، فلو قيل بالجواز فيه مطلقا كان حسنا. وتخصيص المصنف الوطئ بالقبل هو الظاهر من النصوص، فإن النهي فيها

- (١) التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦٢٠، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٣٠١، الوسائل ١٤: ٥٠٢
 ب (٥) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥ وص ٥٠٦ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٦.
 (٢) الكافي ٥: ٤٧٥ ح ٣، التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦١٧، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٢٩٩، الوسائل ١٤: ٥٠٥ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
 (٣) التهذيب ٨: ١٧٧ ح ٦٢٢، الاستبصار ٣: ٣٦٤ ح ١٣٠٥، الوسائل ١٤: ٥٠٥ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.

ولو لم يعزل كره له بيع ولدها، واستحب له أن يعزل له من ميراثه قسطا.

الخامسة: التفرقة بين الأطفال وأمهاتهم قبل استغنائهم عنهن محرمة، وقيل: مكروهة، وهو الأظهر.

معلق على الفرج، والظاهر منه إرادة القبل. وفي رواية أبي بصير (١) عن الباقر عليه السلام: " له منها ما دون الفرج ". وربما قيل بإلحاق الدبر به، بدعوى صدق اسم الفرج عليهما، وبأن في بعض الأخبار " لا يقربها حتى تضع " الشامل (٢) للدبر، وغيرهما خارج بدليل آخر. وهو أولى.

قومه: " ولو لم يعزل كره له بيع ولدها واستحب له أن يعزل له من ميراثه قسطا " .

كذا ورد في الأخبار، وفيها التعليل بتغذية الولد بنطفة الواطئ، وأنه شارك في إتمام الولد. وليس في الأخبار تقدير القسط بقدر. وفي رواية إسحاق عمار عن الكاظم عليه السلام: " أنه يعتقه ويجعل له شيئا يعيش به، لأنه غداه بنطفته " (٣). قوله: " التفرقة بين الأطفال وأمهاتهم... الخ " .

القول بالمنع أجود، لتظافر الأخبار بالنهي عنه، فمنها قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حديث سبي اليمن لما سمع بكاء الأمة: " بيعوهما جميعا أو امسكوهما جميعا " ثم بعث بثمان ابنتها فأتي بها (٤). والأمر للوجوب المقتضي للنهي عن التفريق. وروى أبو أيوب عن النبي صلى الله عليه وآله: " من فرق بين والدته وولدها

- (١) الكافي ٥: ٤٧٥ ح ٤، التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦١٨، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٣٠٠، الوسائل ١٤: ٥٠٢ ب (٥) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.
- (٢) انظر الوسائل ١٤: ٥٠٥ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
- (٣) الكافي ٥: ٤٨٧ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٤ ح ١٣٥١، التهذيب ٨: ١٧٨ ح ٦٢٤، الوسائل ١٤: ٥٠٧ ب (٩) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
- (٤) الكافي ٥: ٢١٨ ح ١، الفقيه ٣: ١٣٧ ح ٥٩٩، التهذيب ٧: ٧٣ ح ٣١٤، الوسائل ١٣: ٤١ ب (١٣) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

فرق الله بينه وبين أحبته " (١). وفي صحيحة ابن سنان (٢) عن الصادق عليه السلام:
" في الرجل يشتري الجارية أو الغلام، وله أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من
الأمصار، فقال: لا يخرج من مصر إلى مصر آخر إن كان صغيراً، ولا يشتريه، وإن
كانت له أم فطابت نفسها ونفسه فاشتره إن شئت " (٣). وهذه هي العمدة في ذلك،
وغيرها شاهد.

ومقتضى اطلاق الحكم بالتفريق في كلام المصنف عدم الفرق بين رضاهما
وعدمه. وفي خبر ابن سنان ما يدل على اختصاص النهي بعدم رضاهما. وهو أجود.
والظاهر عدم الفرق بين البيع وغيره، وإن كان في بعض الأخبار ذكر البيع، لايمائها
إلى العلة الموجودة في غيره، فيتعدى إلى كل ناقل للعين حتى القسمة والإجارة الموجبة
للفرق.

وحيث كانت علة المنع الفرق، فلو لم يستلزمها العقد، كما لو باع أحدهما
وشرط استخدامه مدة المنع، أو على من لا يحصل منه التفريق بينهما، لم يحرم، مع
احتماله في الثاني إذا لم يكن الاجتماع لازماً له شرعاً.
وحيث حكم بالتحريم فهل يقع البيع ونحوه صحيحاً، نظراً إلى أن النهي في
غير العبادة لا يقتضي الفساد، ولرجوعه إلى وصف خارج عن ذات المبيع كالمبيع وقت
النداء، أم باطلاً، التفاتاً إلى الأحاديث الدالة على الرد من غير اعتبار ورضا المتبايعين،

- (١) عوالي اللثالي ٢: ٢٤٩ ح ٢٠، وعنه المستدرک ١٣: ٣٧٥ ح ٤.
(٢) في هامش " ن " و " و " : " وحكم جماعة من الأصحاب بصحة رواية ابن سنان. وهو كذلك بالنظر إلى
جميع من عداه من الرواة، وأما هو فورد فيها كما نقلناه من غيره ذكر اسمه، مع أنع مشترك بين محمد
وعبد الله، فإن كان الثاني فهي صحيحة، وإن كان الأول فهي ضعيفة، فيمكن أن يكونوا اطلعوا على
أن المراد به الثاني، وأن يكونوا سموها صحيحة باعتبار من سبق عليه، فإنهم يطلقون ذلك في بعض
الاصطلاحات منه رحمه الله ".
(٣) الكافي ٥: ٢١٩ ح ٥، الفقيه ٣: ١٤٠ ح ٦١٦، التهذيب ٧: ٦٨ ذيل ح ٢٩٠، الوسائل ١٣: ٤١
ب (١٣) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

والاستغناء يحصل ببلوغ سبع، وقيل: يكفي استغناؤه عن الرضاع، والأول أظهر.

ولأن تحريم التفريق أخرجهما عن صلاحية المعاوضة؟ قولان، أجودهما الثاني. وهل يختص نهى التفريق بالولد مع الأم، أم يعم غيرها من الأرحام المشارك لها في الاستيناس والشفقة؟ استقرب في التذكرة (١) الأول. وصحيحة ابن سنان دالة على الثاني، وهو أجود.

وموضع الخلاف بعد سقي الأم اللبن، أما قبله فلا يجوز قطعاً، لما فيه من التسبب إلى إهلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونه. صرح به جماعة. ولا يتعدى الحكم إلى البهيمة، اقتصاراً بالمنع على موضع النص، فيجوز التفرقة بينها وبين ولدها بعد استغناؤه عن اللبن وقبله، إن كان مما يقع عليه الذكاة، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه. قوله: "والاستغناء يحصل ببلوغ سبع... الخ".

هذا الخلاف لم نقف له على مستند بخصوصه، ولا ادعاه مدع من الأصحاب، وإنما نقلوا الخلاف هنا مقتصرين عليه. وذكر جماعة من المتأخرين (٢) أنه مترتب على الخلاف في الحضانة الآتي في باب النكاح. وهو الظاهر. وقد اختلفت الروايات ثم في تقدير المدة، ففي بعضها (٣) سبع مطلقاً، وفي بعضها (٤) مدة الرضاع، وبكل منهما قائل.

وجمع جماعة (٥) بين الروايات بحمل السبع على الأثني والحولين على الذكر، لمناسبة الحكمة في احتياج الأثني إلى تربية الأم زيادة على الذكر، ولأنه أولى من

(١) التذكرة ١: ٥٠٠.

(٢) منهم ابن فهد الحلبي في المهذب البارع ٢: ٤٥٨، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٤: ١٥٨.

(٣) الفقيه ٣: ٢٧٥ ح ١٣٠٥، الوسائل ١٥: ١٩٢ ب (٨١) من أبواب أحكام الأولاد ح ٦.

(٤) الكافي ٦: ١٠٣ ح ٣، تفسير العياشي ١: ١٢١ ح ٣٨٥، الوسائل ١٥: ١٩٢ ب (٨١) من أبواب أحكام الأولاد ح ٥.

(٥) منهم الشيخ في النهاية: ٥٠٣ و ٥٠٤، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٨.

السادسة: من أولد جارية ثم ظهر أنها مستحقة انتزعتها المالك، وعلى الواطئ عشر قيمتها إن كانت بكرا، ونصف العشر إن كانت ثيبا. وقيل: يجب مهر أمثالها، والأول مروى. والولد حر، وعلى أبيه قيمته يوم ولد حيا، ويرجع على البائع بما اغترمه من قيمة الولد. وهل يرجع بما اغترمه من مهر وأجرة؟ قيل: نعم، لأن البائع أباحه بغير عوض، وقيل: لا، لحصول عوض في مقابلته. السابعة: ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام يجوز تملكه في حال الغيبة، ووطئ الأمة. ويستوي في ذلك ما يسيبه المسلم وغيره، وإن كان فيها حق للإمام، أو كانت للإمام.

إطراح بعضها إذا عمل ببعض، وهذا هو الأجود. وحيث كان ذلك حكم الحرة فليكن في الأمة كذلك، لأن حقها لا يزيد على الحرة، ولأن ذلك هو الحق المقرر للأم في كون الولد معها في نظر الشارع. قوله: " من أولد جارية ثم ظهر أنها مستحقة - إلى قوله - والأول مروى " .

المراد أنه أولدها جاهلا بكونها مستحقة، كما ينبه عليه قوله: " ثم ظهر أنها مستحقة " . والقول بوجوب العشر أو نصفه هو الأقوى والمشهور. ولو كان عالما بالاستحقاق فالولد رق للمالك، والواطئ زان، فيلزمه العقر. ولا يرجع به ولا بغيره مما يغترمه.

قوله: " وهل يرجع بما اغترمه من مهر أو أجرة... الخ الأقوى رجوعه بالجميع. وقد تقدم.

قوله: " ما يؤخذ من دار الحرب - إلى قوله - وإن كان فيها حق للإمام أو كانت للإمام " .

الترديد بين القسمين للتنبيه على الفرق بين المأخوذ، فإنه إن كان سرقة وغيلة

الثامنة: إذا دفع إلى مأذون مالا ليشتري به نسمة ويعتقها ويحج عنه بالباقي، فاشترى أباه، ودفع إليه بقية المال فحج به، واختلف مولاه وورثة الأمر ومولى الأب، فكل يقول: اشترى بمالي. قيل: يرد إلى مولاه رقا، ثم يحكم به لمن أقام البيعة، على رواية ابن أشيم. وهو ضعيف. وقيل: يرد على مولى المأذون، ما لم يكن هناك بيعة. وهو أشبه.

ونحوهما مما لا قتال فيه فهو لآخذه وعليه الخمس، وإن كان بقتال فهو بأجمعه للإمام عليه السلام، لرواية البنزطي (١). وعلى التقديرين يباح تملكه حال الغيبة، ولا يجب إخراج حصة الموجودين من الهاشميين منه، لإباحة الأئمة عليهم السلام ذلك لشيعتهم، لتطيب مواليدهم. وكذا يجوز شراؤه من السابي والآخذ، وإن كان مخالفا. ويمكن أن يكون التردد بسبب الخلاف في أن المغنوم بغير إذن الإمام هل هو له عليه السلام - كما هو المشهور ووردت به الرواية (٢) - أم لآخذه وعليه الخمس، نظرا إلى كون الرواية مقطوعة، كما ذكره المصنف في النافع (٣) متوقفا في الحكم بسبب ذلك؟ إلا أن المعروف من المذهب هو العمل بمضمونها لا نعلم فيه مخالفا. وحينئذ فلا يضر القطع، فيكون التفسير الأول أولى. وبه صرح في الدروس (٤)، وتبعه عليه جماعة من المتأخرين (٥).

قوله: " إذا دفع إلى مأذون مالا... الخ ".
هذه المسألة بمعنى ما حكاه المصنف أولا رواها علي بن أشيم عن الباقر عليه

-
- (١) الوسائل ١١: ١١٩ ب (٧٢) من أبواب جهاد العدو ح ١ و ٢.
(٢) التهذيب ٤: ١٣٥ ح ٣٧٨، الوسائل ٦: ٣٦٩ ب (١) من أبواب الأنفال ح ١٦.
(٣) المختصر النافع: ٦٣.
(٤) الدروس: ٣٤٧.
(٥) منهم السيوري في التنقيح ٢: ١٢٧ وابن فهد في المهذب البارع ٢: ٤٦٠، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٤: ١٢٩.

السلام، وفيها: " أن الحجّة مضت بما فيها " (١). وعمل بمضمونها الشيخ (٢) (رحمه الله). وردّها المتأخرون بضعف ابن أشيم فإنه غال، وبمخالفتها لأصول المذهب من حيث الحكم برد العبد إلى مواليه، مع اعترافه ببيعه ودعواه فساد البيع، ومدعي الصحة - وهو الآخران - مقدم، وبحكمه بمضي الحجّة مع أن ظاهر الأمر حجة بنفسه وقد استتاب فيها، ومجامعة صحة الحج لعوده رقا وكونه قد حج بغير إذن سيده.

واعتذر العلامة (٣) للأول بحملها على إنكار مولى الأب البيع، لافساده. ويرده منافاته لمنطوقها الدال على كونه اشترى بماله، فلا تسمع. ونزلها في الدروس على أن المأذون بيده مال لمولى الأب وغيره، وبتصادم الدعاوي المتكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على مالكة، ولا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد، لأن دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين فيتساقطان. قال: وهذا واضح لا غبار عليه (٤).

وفيه نظر واضح، بل الغبار عليه لا يح، لمنع تكافؤ الدعاوي أولا على تقدير تسليم أن يكون بيده مال للجميع، لأن من عدا مولاه خارج والداخل مقدم، فسقط مولى الأب وورثة الأمر، فلم يتم الرجوع إلى أصل بقاء الملك على مالكة. وبذلك يظهر فساد دعوى كون دعوى الصحة مشتركة بين متقابلين متكافئين، فإن الخارجة لا تكافئ الداخلة، فإذا قدمت لم يبق لرد الدعوى المشتملة على فساد البيع مانع، إذ لم ينقدح توجهها إلا بسبب تساقط تينك الدعويين، ولم يتم. ثم لو سلم أن يكون بيد المأذون أموالا لغير مولاه، فإن إقراره بها لغيره غير

-
- (١) الكافي ٧: ٦٢ ح ٢٠، التهذيب ٧: ٢٣٤ ح ١٠٢٣ و ٨: ٢٤٩ ح ٩٠٣، و ٩: ٢٤٣ ح ٩٤٥.
الوسائل ١٣: ٥٣ ب (٢٥) من أبواب بيع الحيوان ح ١.
(٢) النهاية: ٤١٤.
(٣) التذكرة ١: ٤٩٩.
(٤) الدروس: ٣٤٩.

التاسعة: إذا اشترى عبدا في الذمة، ودفع البائع إليه عبدين، وقال: اختر أحدهما، فأبق واحد. قيل: يكون التالف بينهما، ويرجع بنصف الثمن. فإن وجده اختاره، وإلا كان الموجود لهما. وهو بناء على انحصار حقه فيهما. ولو قيل: التالف مضمون بقيمته، وله المطالبة بالعبد الثابت في الذمة، كان حسنا.

مقبول مع تكذيب المولى وإن كان مأذونا، لأن المأذون إنما يقبل إقراره بما يتعلق بالتجارة لا مطلقا، كما سيأتي.

وحينئذ فلا بد من إطراح الرواية لهذه المنافيات لقبولها، والرجوع إلى أصل المذهب. والذي يناسبه إطراح دعوى مولى الأب، لاشتمالها على الفساد. ويبقى المعارضة بين مولى العبد وورثة الأمر، لاشتراكهما في دعوى الصحة، فيقدم قول المولى لأنه ذو اليد.

وقال المصنف في النافع: الذي يناسب الأصل إمضاء ما فعله المأذون (١). وفيه ما مر، إلا أن يقال: إن العبد المأذون يصير كالوكيل، يقبل إقراره على ما في يده، ويمضي تصرفه كالوكيل. وليس ببعيد مع تناول الإذن لذلك، كما هو المفروض. ومختار المصنف هنا أقوى.

هذا كله مع عدم البينة، ومعها إن كانت لواحد حكم بها، وإن كانت لاثنين أو للجميع، فإن قدمنا بينة الداخل عند التعارض فكالأول، وإن قدمنا الخارج أو لم يكن للداخل بينة، ففي تقديم بينة ورثة الأمر نظرا إلى الصحة، أو بينة مولى الأب، لأنه خارج بالإضافة إلى ورثة الأمر، لادعائه ما ينافي الأصل، وجهان أجودهما الأول، لأنهما خارجان بالنسبة إلى مولى المأذون ومدعيان، ويبقى مع ورثة الأمر مرجح الصحة. قوله: " إذا اشترى عبدا في الذمة... الخ "

(١) المختصر النافع: ١٣٣.

هذا الحكم ذكره الشيخ (١) (رحمه الله)، وتبعه عليه بعض الأصحاب (٢). مستنده رواية محمد بن مسلم (٣) عن الباقر عليه السلام. وفي طريقها ضعف يمنع من العمل بها، مع ما فيها من مخالفة الأصول الشرعية، من انحصار الحق الكلي قبل تعيينه في فردين، وثبوت المبيع في نصف الموجود المقتضي للشركة مع عدم الموجب لها، ثم الرجوع إلى التخيير لو وجد الآبق. ونزلها الأصحاب على تساويهما قيمة، ومطابقتها للمبيع الكلي ووصفا، وانحصار حقه فيهما حيث دفعهما إليه وعينهما للتخيير، كما لو حصر الحق في واحد. وعدم ضمان الآبق إما بناء على عدم ضمان المقبوض بالسوم، أو تنزيل هذا التخيير منزلة الخيار الذي لا يضمن التالف في وقته. ويشكل الحكم بانحصار الحق فيما على هذه التقادير أيضا، لأن المبيع أمر كلي لا يتشخص إلا بتشخيص البائع، ودفعه الاثنان ليتخير أحدهما ليس تشخيصا، وإن حصر الأمر فيهما، لأصالة بقاء الحق في الذمة إلى أن يثبت المزيل، ولم يثبت شرعا كون ذلك كافيا، كما لو حصره في عشرة فصاعدا. ونزلها في المختلف (٤) على تساوي العبدین من كل وجه ليلحق بمتساوي الأجزاء، حتى استوجبه جواز بيع عبد منهما، كما يجوز بيع قفيز من الصبرة، وينزل على الإشاعة، فيكون التالف منهما والباقي لهما. ويشكل بمنع تساوي العبدین على وجه يلحقان بالمثلي، ومنع تنزيل بيع القفيز من الصبرة على الإشاعة، وقد تقدم. ومع ذلك فاللازم عدم ارتجاع نصف الثمن. والأولى الاعراض عن الرواية لما ذكر، والرجوع إلى أصل المذهب. فينظر

(١) النهاية: ٤١١.

(٢) منهم ابن البراج نقله عنه في المختلف: ٣٨٢، والشهيد في اللمعة: ٦٨.

(٣) الكافي ٥: ٢١٧ ح ١، الفقيه ٣: ٨٨ ح ٣٣٠، التهذيب ٧: ٧٢ ح ٣٠٨، الوسائل ١٣: ٤٤ ب

(١٦) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٤) المختلف: ٣٨٢.

وأما لو اشترى عبدا من عبدين لم يصح العقد، وفيه قول موهوم.

حينئذ في العبدین إن كانا بوصف المبيع وتخیر الآبق رد الباقي ولا شيء له. وإن اختار الباقي بني ضمان الآبق على أن المقبوض بالسوم هل هو مضمون أم لا؟ فإن قلنا به - كما هو المشهور - ضمنه، وإلا فلا. وأما بناؤه على التالف في زمن الخيار فليس بشيء، إذ لا خيار هنا. وإن كان أحدهما بالوصف خاصة فله اختياره، وحكم الآخر ما مر. وإن لم يكونا بالوصف طالب بحقه ورد الباقي. وفي ضمان الذاهب ما مر. وعلى هذا لا فرق بين العبدین والعبيد وغيرهما من الأمتعة وغيرها. وعلى الرواية لا يتعدى إلى غير العبيد، اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص، لبطلان القياس. وبه قطع الشيخ (١) رحمه الله.

ولو تعددت العبيد ففي انسحاب الحكم وجهان، من صدق العبدین في الجملة، والخروج عن نفس المنصوص. فإن قلنا به وكانوا ثلاثة فأبق واحد فأتى ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن، مع احتمال بقاء التخيير لبقاء محله وعدم فوات شيء. ولو كانا اثنين، أو عبدا وأمة، ففيه الوجهان. وقطع في الدروس (٢) بانسحاب الحكم هنا. ولو هلك أحد العبدین ففي انسحاب الحكم الوجهان. والأولى العدم في ذلك كله لو قلنا به، لما ذكرناه.

قوله: "أما لو اشترى عبدا من عبدين لم يصح العقد، وفيه قول موهوم".

أشار بالقول إلى ما ذكره الشيخ (رحمه الله) في الخلاف (٣) من الجواز أخذنا من ظاهر الرواية السابقة. ودلالاتها على ذلك ممنوعة، لما قد عرفته، فلذلك نسبه المصنف (رحمه الله) إلى الوهم. وحمله العلامة في المختلف على تساوي العبدین من كل وجه،

(١) الخلاف ٣: ٢١٧ كتاب السلم مسألة ٣٨.

(٢) الدروس: ٣٤٨.

(٣) الخلاف ٣: ٣٨ كتاب البيوع مسألة ٥٤.

العاشرة: إذا وطئ أحد الشركين مملوكة سقط الحد مع الشبهة، ويثبت مع انتفائها. لكن يسقط منه بقدر نصيب الواطئ. ولا تقوم عليه بنفس الواطئ، على الأصح. ولو حملت قومت عليه حصص الشركاء، وانعقد والولد حرا، وعلى أبيه قيمة حصصهم يوم ولد حيا.

ونفى استبعاد بيع أحدهما لا بعينه حينئذ، كما لو باعه من متساوي الأجزاء بعضه (١). ويشكل بما مر (٢). والأقوى المنع مطلقا. قوله: " إذا وطئ أحد الشريكين - إلى قوله - بقدر نصيب الواطئ " .

ظاهر النصوص (٣) والفتاوى أن الواجب هنا من الحد الجلد خاصة، وإن كان محصنا، لأنه الحد الذي يقبل التبعض. وكأن الوجه فيه أنه ليس زنا محصنا، بسبب ملكه لبعضها، ومن هنا توجه الحكم أيضا بلحوق الولد به، وإن كان عالما بالتحريم، مع أن الزاني العالم لا يلحق به الولد. ولا يخفى أنه يستثنى من الحد بسبب نصيب الشريك ما لو كان ولد الواطئ، فإنه لا حد على الأب بسبب نصيبه، كما لا حد عليه لو كانت بأجمعها للولد، كما سيأتي. قوله: " ولا تقوم عليه بنفس الواطئ على الأصح " .

أوجب الشيخ (٤) تقويمها بنفس الواطئ استنادا إلى ظاهر رواية عبد الله بن سنان (٥). والأقوى ما اختاره المصنف، لأن الاحبال تصير به أم ولده فتقوم عليه معه، لا بدونه.

قوله: " ولو حملت قومت عليه حصص الشركاء، وانعقد الولد حرا،

(١) المختلف: ٣٨٢.

(٢) في ص ٣٩٦.

(٣) انظر الوسائل ١٣: ٤٥ ب (١٧) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٤) النهاية: ٤١٢.

(٥) الكافي ٥: ٢١٧ ح ٢، التهذيب ٧: ٧٢ ح ٣٠٩، الوسائل ١٣: ٤٥ ب (١٧) بيع الحيوان ح ١.

الحادية عشرة: المملوك كان المأذون لهما، إذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه، حكم بعقد السابق. فإن اتفقا في وقت واحد بطل العقدان، وفي رواية يقرع بينهما، وفي أخرى يذرع الطريق ويحكم للأقرب، والأول أظهر.

وعلى أبيه قيمة حصصهم يوم ولد "

إذا حملت الأمة المذكورة تعلق بها حكم أمهات الأولاد، فتقوم عليه، لأن الاستيلاء بمنزلة الاتلاف، لتحريم بيعها، وانعتاقها بموت سيدها، فكان عليه غرامة الحصص. وهل المعتبر قيمتها عند الوطء، أو التقويم، أو الأكثر؟ الأنسب الأخير. ولا تدخل في ملكه بمجرد الحمل، بل بالتقويم ودفع القيمة، أو الضمان مع رضا الشريك، فكسبها قبل ذلك للجميع، وكذا حق الاستخدام. ولو سقط الولد قبل التقويم استقر ملك الشركاء. وإنما يلزم أباه قيمة حصصهم يوم ولد إذا لم تكن قومت عليه حاملا، وإلا دخلت قيمته معها.

ونبه المصنف بقوله: " انعقد الولد حرا " على أن فكه بالقيمة ليس على حد فك الوارث الرق، بل هو محكوم بحريته من حين الانعقاد وإن لم يبذل قيمته. وتظهر الفائدة فيما لو أوصى له حملا، فإن الوصية صحيحة. ولو قيل بانعقاده رقا وتوقف تحريره على دفع قيمته أو ما قام مقامها لم يصح. وفيما لو سقط بجناية جان، فإنه يلزمه دية جنين حر للأب عشر ديته، وعليه للشركاء دية جنين الأمة عشر قيمتها إلا قدر نصيبه. ويجب على الأب مضافا إلى ذلك العقر بسبب الوطء، سواء كانت بكرا أم ثيبا، وهو العشر أو نصفه، مضافا إلى ذلك أرش البكارة مستثنى منه قدر نصيبه، على أصح القولين.

قوله: " المملوك كان المأذون لهما... الخ "

ما اختاره المصنف هو الأقوى. ووجه تقديم السابق واضح، لأن عقده صدر من أهله في محله، بخلاف المتأخر، لبطلان إذنه بانتقاله عن ملك مالكه، فلا يمضي عقده.

ثم إن كان شراء كل منهما لنفسه، وقلنا بملكه، فبطلان الثاني واضح، لامتناع أن يملك العبد سيده. وإن أحلنا الملك، أو كان شراؤه لسيده، صح السابق، وكان الثاني فضوليا لبطلان إذنه، فيقف على إجازة من اشترى له. ولو كان وكيلا له، وقلنا بأن وكالة العبد تبطل ببيع مولاه له، صح الثاني أيضا، وإلا فكالمأذون. والفرق بين الإذن والوكالة أن الإذن ما جعلت تابعة للملك، والوكالة ما أباحت التصرف المعين مطلقا. والمرجع فيهما إلى ما دل عليه كلام المولى. ولو اقترن العقدان بطلا، أي لم يمضيا، بل يكونان موقوفين على الإجازة، لاستحالة الترجيح إذا لم يكونا وكيلين، كما مر. ويتحقق الاقتران بالاتفاق في القبول بأن يكمله معا، لأن به يتم السبب ويحصل الانتقال عن الملك الموجب لبطلان إذن المتأخر، لا بالشروع في العقد، لعدم دلالة قصد إخراج العبد عن الملك على القصد إلى منعه من التصرف بإحدى الدلالات، حتى لو شرع في العقد فحصل مانع من إتمامه بقيت الإذن، وإنما المزيل لها خروجه عن ملكه، عملا بالاستصحاب وتمسكا ببقاء المقتضي.

والرواية (١) بالقرعة ذكرها الشيخ (٢) (رحمه الله)، وفرضها في صورة تساوي المسافة واشتباه الحال، وهو لا يستلزم الاقتران وإن احتمله. والقول بها حينئذ ليس بعيدا من الصواب، لاشتباه الحال في السبق والاقتران. وقد روي أن القرعة لكل أمر مشكل (٣). واختارها العلامة في التذكرة (٤) والمختلف مع الاشتباه - كما قلناه -

-
- (١) الكافي ٥: ٢١٨ ذيل ح ٣، الوسائل ١٣: ٤٦ ب (١٨) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.
(٢) التهذيب ٧: ٧٣ ح ٣١١، الاستبصار ٣: ٨٢ ذيل ح ٢٧٩.
(٣) لم نجده بهذا اللفظ ولكن ورد في دعائم الاسلام ٢: ٥٢٢ عن علي وأبي جعفر وأبي عبد الله عليهم السلام أنهم أوجبوا الحكم بالقرعة فيما أشكل. المستدرک ١٧: ٣٧٣ ب (١١) من أبواب كيفية الحكم ح ١.
(٤) التذكرة ١: ٥٠٠.
(٥) المختلف: ٣٨٣.

الثانية عشرة: من اشترى جارية سرقت من أرض الصلح كان له ردها على البائع واستعادة الثمن. ولو مات أخذ من وارثه. ولو لم يخلف

لا مع علم الاقتران.

ويشكل بأنه مع احتمال الاقتران والسبق كما يحتمل السبق الخارج بالقرعة يحتمل الاقتران المبطل للعقد، وليس في القرعة ما يخرجها، فإن ظاهر المؤدى منها إخراجها على السابق منهما، وحينئذ فلا يتوجه إلا مع اشتباه السابق. نعم، لو قيل - مع اشتباه السبق والاقتران كما هو ظاهر فرض المسألة - إنه يكتب ثلاث رقاع في أحدها الاقتران ليحكم بالبطلان إن ظهر، كان حسناً، إلا أنهم لم ينبهوا عليه، ولا هو ظاهر ما نقل من الرواية. والرواية المشتملة على ذرع الطريق رواها الشيخ - رحمه الله - عن أبي خديجة (١) عن الصادق عليه السلام. وفيها أن ذلك مع اشتباه الحال، فلو علم السابق قدم وإن كان أبعد طريقاً. وظاهرها أن كلا منهما اشترى الآخر لنفسه، بناء على أن العبد يملك. والمختار ما قدمناه. بقي في العبارة شيء، وهو أنه بعد حكمه بتقديم السابق، والبطلان مع الاقتران روى القرعة ومسح الطريق ثم رجح الأول، وهو يشعر بكونهما في مقابلة مختاره، والحال أنهما وردتا في صورة الاشتباه، والمصنف لم يذكر حكم هذا الفرض، فلا يكونان في مقابلة حكمه، بل في الثانية تصريح بتقديم السابق، ولا تعرض لهما لحالة تيقن الاقتران. والظاهر أن المصنف جعلهما في مقابلة الاقتران تبعاً للشيخ - رحمه الله - فإنه صرح في النهاية (٢) بالقرعة عند الاقتران محتجاً بالرواية، وهي لا تدل على مطلوبه، لأنه فرضها في كتابي الحديث فيما إذا كانت المسافة متساوية واشتبه الحال، لا فيما إذا علم الاقتران. والله أعلم. قوله: " من اشترى جارية... الخ "

(١) التهذيب ٧: ٧٢ ح ٣١٠، الاستبصار ٣: ٨٢ ح ٢٧٩ الوسائل ١٣: ٤٦ ب (١٨) من أبواب بيع الحيوان ح ١. ورواه في الكافي ٥: ٢١٨ ح ٣ عن أبي سلمة والظاهر اتحاده مع أبي خديجة.
(٢) النهاية: ٤١٢.

وارثا استسعيت في ثمنها. وقيل: تكون بمنزلة اللقطة. ولو قيل: تسلم إلى الحاكم ولا تستسعي كان أشبه.

القول الأول للشيخ (١) - رحمه الله -، وأتباعه (٢). ومستنده رواية مسكين السمان (٣)، عن الصادق عليه السلام. والقول الثاني لابن إدريس (٤)، نظرا إلى رد الرواية بناء على أصله، ولمخالفتها لأصول المذهب من جهة ردها على بايعها وليس مالكا ولا وكيلا له، واستسعائها في ثمنها مع أن كسبها لمولاهها، والتمن لم يصل إليه فكيف يؤخذ من غير آخذه؟! هذا مع جهالة حال مسكين الموجب لترك العمل بروايته وإن وافقت الأصول.

وفي الدروس (٥) استقرب العمل بالرواية، واعتذر عن الاشكالين بأن ردها على البائع تكليف له بردها إلى أهلها، إما لأنه سارق، أو لأنه ترتبت يده عليه. وزاد في شرح الارشاد (٦) بأن يده أقدم، ومخاطبته بالرد ألزم، خصوصا مع بعد دار الكفر. وأن في استسعائها جمعا بين حق المشتري وحق صاحبها. والأصل فيه أن مال الحربي فئ في الحقيقة، وبالصلح صار محترما احتراماً عرضياً، فلا يعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة.

وهذا التنزيل تقريب للنص وتوجيه له حيث يكون النص هو الحجة، وإلا فلا يخفى أن مجرد ما ذكره لا يصلح للدلالة، لأن تكليف البائع بالرد لا يقتضي جواز الدفع إليه كما في كل غاصب، وقدم يده لا أثر له في هذا الحكم أيضا، وإلا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد على الغاصب، وهو باطل إجماعاً، ولأن البائع إن كان سارقاً لم يكن أهلاً للأمانة لخيانته، وإن لم يكن سارقاً فليس وكيلاً للمالك

(١) النهاية: ٤١٤.

(٢) منهم ابن البراج نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٨٤.

(٣) التهذيب ٧: ٨٣ ح ٣٥٥، الوسائل ١٣: ٥٠ ب (٢٣) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٤) السرائر ٢: ٣٥٦.

(٥) الدروس: ٣٤٩.

(٦) غاية المراد: ٩٢.

ولا وليا له، فلا يجوز الدفع إليه، كما في كل مبيع يظهر استحقاؤه. وأما الفرق بين احترام المال بالعرض والأصل فلا مدخل له شرعا في الحكم، بل لا تفاوت في نظر الشارع بينهما، بل كل منهما مضمون على المتلف. مع أن المتلف للمال المحترم حقيقة ليس هو مولى الجارية، بل البائع الذي غره إن كان عالما، أو من غره، فلا يرجع على غيره " ولا تزر وازرة وزر أخرى (١) ". ولو تم ذلك لزم منه جواز أخذ ما ذهب من الأموال المحترمة بالأصل من مال المحترم بالعرض كأهل الذمة، وهو واضح البطلان.

والوجه ما قلناه من أن ذلك تنزيل للنص وتقريب له إلى العقل، لا تعليل بعلة معتمدة. وإنما الاعتماد على الرواية، لصحة طريقها في غير مسكين، وعمل الشيخ وجماعة (٢) من الأعيان بها.

والأقوى وجوب التوصل إلى مالكها أو وكيله أو وارثه كذلك، ومع التعذر تدفع إلى الحاكم. وهذا هو مراد المصنف مما اختاره أخيرا، وإنما ترك ذكر المالك لتعذر الوصول إليه غالبا. وأما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقا، ومع تلفه إن كان المشتري جاهلا بسرقتها. وكذا القول في الوارث. ولا تستسعى الجارية مطلقا وإن ضاع الثمن.

(١) الأنعام: ١٦٤.

(٢) في مفتاح الكرامة ٤: ٣٤٩ " ولم نجد الموافق له من الاتباع إلا ما حكى عن القاضي " أي ابن البراج وقد مر في ص ٤٠٢ أن العلامة حكى عنه في المختلف.

الفصل العاشر

في السلف

والنظر فيه يستدعي مقاصد:

الأول: السلم هو ابتياع مال مضمون إلى أجل معلوم بمال حاضر، أو في حكمه. وينعقد بلفظ أسلمت، وأسلفت، وما أدى معنى ذلك، ولفظ

قوله: " السلم وهو ابتياع مال مضمون... الخ ".

أراد بالحاضر المعين ثمنا المقبوض في المجلس، وبما في حكمه المقبوض في المجلس مع كونه موصوفا غير معين، وإن كان المقبوض حاضرا عندهما، لأن الثمن - إذا كان موصوفا - غير منحصر في المقبوض، بل هو أمر كلي، والكلي لا حضور له، لكن بتعيينه في المجلس وقبضه يصير في حكم الحاضر. وينبه على أن المراد بالحاضر المعين ثمنا اقتترانه بالباء، فإن الحاضر عندهما إذا قبض في المجلس ولم يكن معينا في العقد ليس هو متعلق الباء، وإن كان بعض أفرادها، لأن الأمر الكلي مغاير لأفراده، وإن لم يوجد بدونها.

قوله: " وينعقد بلفظ أسلمت وأسلفت ".

السلم والسلف بمعنى، أشار إليهما المصنف بجعل العنوان في السلف ثم عرف السلم. ويقال: أسلفت وسلفت، يتعدى بالهمزة والتضعيف، وأسلمت بالهمزة. قال في التذكرة ويحى سلمت إلا أن الفقهاء لم يستعملوه (١). وينبغي القول بجوازه، لدلالته صريحا على المقصود ووروده لغة فيه. هذا إذا كان الإيجاب من المسلم. ولو كان من المسلم إليه - الذي هو البائع في الحقيقة - صح بلفظ البيع

(١) التذكرة ١: ٥٤٧.

البيع والشراء. وهل ينعقد البيع بلفظ السلم، كأن يقول: أسلمت إليك هذا الدينار في هذا الكتاب؟ الأشبه نعم، اعتبارا بقصد المتعاقدين.

والتمليك على قول، وب (استلمت منك كذا) أو استلفت، أو تسلفت، أو تسلمت، على ما مر، إلى آخر الصيغة. والقبول هنا من المسلم: قبلت وشبهه. وهذا الحكم من خواص السلم بالنسبة إلى أنواع البيع. ومثله في صحة الايجاب من كل من المتعاقدين الصلح.

قوله: " وهل ينعقد البيع بلفظ السلم كأن يقول: أسلمت إليك ... الخ "

أي قال ذلك المشتري، فيكون ذلك على نهج السلم من كون المسلم هو الثمن والمسلم فيه هو المبيع. ومثله ما لو قال البائع أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار، كما فرضه في القواعد (١).

ووجه الأشبه:

أن البيع يصح بكل ما أدى ذلك المعنى المخصوص، والسلم نوع من البيع اعتبره الشارع في نقل الملك، فجاز استعماله في الجنس مجازا تابعا للقصد. ولأنه إذا جاز استعماله لما في الذمة المحتمل للغرر كان مع المشاهدة أدخل، لأنه أبعد من الغرر، إذ مع المشاهدة يحصل العلم أكثر من الوصف، والحلول يتيقن معه إمكان التسليم والانتفاع بخلاف الأجل، فكان أولى بالصحة.

ولأن البيع ينعقد ب (ملكك كذا بكذا) على ما ذكره بعض الأصحاب (٢)، ولا ريب أن السلم أقرب إلى حقيقة البيع من التمليك المستعمل شرعا - استعمالا شائعا - في الهبة، فإذا انعقد بالأبعد لتأديته المعنى المراد، فالأقرب إذا أداه أولى. وهذا هو اختيار الأكثر.

ووجه العدم:

أن لفظ السلم موضوع حقيقة للنوع الخاص من البيع، فاستعماله في غير ذلك

(١) قواعد الأحكام ١: ١٣٤.

(٢) منهم العلامة في قواعد الأحكام ١: ١٢٣، والشهيد في الدروس: ٣٣٤.

ويجوز اسلاف الأعراض في الأعراض إذا اختلفت، وفي الأثمان. وإسلاف الأثمان في الأعراض. ولا يجوز إسلاف الأثمان في الأثمان ولو اختلفا.

الثاني: في شرائطه، وهي ستة:
الأول والثاني: ذكر الجنس والوصف.

النوع مجاز، والعقود اللازمة لا تثبت بالمجازات. ولأن الملك إنما ينتقل بما وضعه الشارع ناقلا، ولم يثبت جعل الشارع هذا ناقلا في موضع النزاع. والحق أنا إن قلنا باختصاص البيع بما يثبت شرعا من الألفاظ لم يصح هنا، وإن جوزناه بكل لفظ دل صريحا على المراد صح، لأن هذا اللفظ مع قصد البيع صريح في المطلوب، وكلام الأصحاب في تحقيق ألفاظ البيع مختلف. والقول بعدم انعقاد البيع بلفظ السلم لا يخلو من قوة. وعلى القول بالصحة فيما ذكره المصنف لو جعل متعلق البيع عينا موصوفة بصفات السلم حالا كان أولى بالصحة، لأنه أقرب إلى السلم وإنما يخالفه بالأجل. وعلى المنع يحتمل الصحة هنا. والأقوى الصحة في الموضعين. قوله: " ويجوز اسلاف الأعراض في الأعراض... الخ ".
نبه بالأول على خلاف ابن الجنيد (١) حيث منع من إسلاف عرض في عرض، إذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين، كالسمن في الزيت. وبالثاني على خلاف ابن أبي عقيل (٢) حيث منع من إسلاف غير النقدين. وهما نادران.
وأما الثالث وهو اسلاف الأثمان في الأعراض فموضع وفاق، كما أن المنع من الرابع موضع وفاق بين من أوجب قبض عوض الصرف في المجلس، لأن السلم يقتضي تأجيل المسلم فيه، وهو ينافي قبضه في المجلس. وفيه مع تماثل العوضين مانع آخر، وهو الزيادة الحكمية في الثمن المؤجل باعتبار الأجل، فإن له حظا من الثمن فيوجب

(١) راجع المختلف: ٣٦٥ و ٣٦٥.

(٢) راجع المختلف: ٣٦٥ و ٣٦٥.

والضابط أن كل ما يختلف لأجله الثمن، فذكره لازم.
ولا يطلب في الوصف الغاية، بل يقتصر على ما يتناوله الاسم،
ويجوز اشتراط الجيد والردى.

الربا. ويشكل على القول بجوازه حالا كما سيأتي، وبإمكان الجمع بين الأجل
والقبض في المجلس على تقدير اشتراطه، فإن الأجل لا يتقدر في جانب النقصان،
اللهم إلا أن يقال: إنه مع الحلول يكون بيعا بلفظ السلم لا سلما، وسيأتي تحقيقه.
وأجيب عن الثاني بأن الجمع بين الأجل والتقابض وإن كان ممكنا إلا أن
الأجل مانع من التقابض مدته، فيكون العقد معرضا للبطلان في كل وقت من
أوقات الأجل. وعدم حصول التفرق قبل التقابض لا يدفع كونه معرضا لذلك.
ويشكل بأن الشرط وهو التقابض في المجلس - إذا حصل - تم العقد،
والمعرضية (١) المذكورة لم يثبت شرعا كونها قاذحة في الصحة بوجه.
قوله: " والضابط أن كل ما يختلف لأجله الثمن فذكره لازم ".
المراد اختلاف الثمن بسببه اختلافا لا يتغابن به، فلا يقدح الاختلاف اليسير
المتسامح بمثله عرفا. والمرجع في هذه الأوصاف إلى العرف، وربما كان العامي أعرف
بها من الفقيه، وخط الفقيه منها البيان الاجمالي.
قوله: " ولا يطلب في الوصف الغاية بل يقتصر على ما يتناوله
الاسم " .

أي لا يجب الاستقصاء في الوصف، بل يجوز الاقتصار منه على ما يتناوله اسم
الموصوف بالوصف الذي يزيل اختلاف أثمان الأفراد الداخلة في المعين. فإن
استقصى كذلك ووجد الموصوف صح السلم، وإن عز وجوده بطل. فعلى هذا،
النهي والأمر الواقعان في العبارة قد يكونان على وجه المنع واللزوم، كما إذا استلزم
الاستقصاء غرة الوجود، وقد يكونان على وجه نفي اللزوم والجواز، كما إذا لم يستلزم

(١) أثبتناه بناء على ما في نسخة " ه " وإن كان بعض الكلمة غير مقروء. وفي سائر النسخ (والعرضة).

ولو شرط الأجود، لم يصح لتعذره. وكذا لو شرط الأردأ. ولو قيل في هذا بالجواز، كان حسناً، لا مكان التخلص. ولا بد أن تكون العبارة الدالة على الوصف، معلومة بين المتعاقدين ظاهرة في اللغة، حتى يمكن استعمالها عند اختلافهما.

ذلك. وهي عبارة صحيحة. وقد تجوز في القواعد فجمع بين الفردين المختلفين في الصحة وعدمها، حيث قال: " ولا يجب في الأوصاف الاستقصاء، لعسر الوجود " (١) فإن التعليل بعسر الوجود لعدم الجواز لا لعدم الوجوب، كما قد عرفته. قوله: " ولو شرط الأجود - إلى قوله - لا مكان التخلص ". أما عدمه صحة الضبط بالأجود فظاهر، لأنه ما من فرد جيد إلا ويمكن أن يكون فوقه ما هو أجود منه، فلا يتحقق كون المدفوع من أفراد الحق. وأما شرط الأردأ فالمشهور المنع منه، لما ذكرناه في الأجود. وأشار المصنف بقوله: (لا مكان التخلص) إلى الجواب عن ذلك بأن الأردأ وإن لم يمكن الوقوف عليه لكن يمكن التخلص من الحق بدونه، وطريقه أن يدفع فرداً من الأفراد، فإن كان هو الأردأ فهو الحق، وإن لم يمكنه كان قد دفع الجيد عن الردي، وهو جائز، فيحصل التخلص، بخلاف ما لو شرط الأجود. ويشكل بأن إمكان التخلص بهذا الوجه لا يكفي في صحة العقد، بل يجب مع ذلك تعيين المسلم فيه بالضبط، بحيث يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، ويمكن تسليمه ولو بالقهر، بأن يدفعه الحاكم من مال المسلم إليه عند تعذر تسليمه. وظاهر أن هذين الأمرين منتفیان عن الأردأ، لأنه غير متعين، ولا يمكن الحاكم تسليمه. والجيد غير مستحق عليه، فلا يجوز لغيره دفعه، ولا يجب عليه مع المماكسة، فيتعذر التخلص. وحينئذ فالأقوى عدم الصحة. قوله: " ولا بد أن تكون العبارة - إلى قوله - حتى يمكن استعمالها عند اختلافهما ".

(١) قواعد الأحكام: ١: ١٣٤.

وإذا كان الشيء مما لا ينضبط بالوصف لم يصح السلم فيه،
كاللحم نيه ومشويه، والخبز، وفي الجلود تردد. وقيل: يجوز مع المشاهدة،
وهو خروج عن السلم.
ولا يجوز في النبل المعمول، يجوز في عيدانه قبل نحتها،

المراد بظهورها في اللغة كونها على وجه يمكن الرجوع إليها عند اختلافهما،
كما قيده به. وإنما يتم ذلك إذا كان مستفاضاً، أو يشهد به عدلان. وفي حكم اللغة
العرف، فمتى كان المعنى متعارفاً جازت الحوالة عليه كذلك. ولا بد مع ذلك من
علم المتعاقدين بالمعنى المراد، كما نبه عليه في العبارة باشتراط الأمرين معاً: علمهما
وظهور المراد في اللغة، فلو جهلاه أو أحدهما بطل العقد، وإن كان معناه معروفاً لغة
وعرفاً.

قوله: " وفي الجلود تردد. وقيل: يجوز مع المشاهدة، وهو خروج عن
السلم "

المشهور المنع من السلم في الجلود، للجهالة، واختلاف الخلقة، وتعذر
الضبط حتى بالوزن، لأن القيمة لا ترتبط به.

والقول بالجواز مع المشاهدة للشيخ (١) (رحمه الله)، لارتفاع الجهالة بها. ورده
المصنف بأنه مع المشاهدة يخرج عن وضع السلم. ويمكن الجواب بأنه إنما يخرج مع
تعيين المبيع، وكلام الشيخ أعم منه، فيمكن حمله على مشاهدة جملة كثيرة يكون
المسلم فيه داخلاً في ضمنها. وهذا القدر لا يخرج عن السلم، كما لو شرط الثمرة من
بلد معين، أو الغلة من قرية معينة لا تخيس عادة. والأجود (٢) المنع مطلقاً،
للاختلاف، وعدم الانضباط.

قوله: " ويجوز في عيدانه قبل نحتها "

لامكان ضبطها حينئذ بالعدد وبالوزن، وما يبقى فيه من الاختلاف لا

(١) النهاية: ٣٩٧.

(٢) في " ه " والأحوط.

ولا في الجواهر والآلئ، لتعذر ضبطها، وتفاوت الأثمان مع اختلاف أوصافها، ولا في العقار والأرضين. ويجوز السلم في الخضر والفواكه، وكذا كل ما تنبت الأرض، وفي البيض والجوز واللوز، وفي الحيوان كله والأناسي، والألبان والسمون والشحوم، والأطياب والملابس، والأشربة والأدوية، بسيطها ومركبها، ما لم يشتهه مقدار عقايرها، وفي جنسين مختلفين صفقة واحدة.

يقده، لعدم اختلاف الثمن بسببه، بخلاف المعمول. قوله: " ولا في الجواهر والآلئ، لتعذر ضبطها، وتفاوت الأثمان مع اختلاف أوصافها ".

لم يفرق بين الآلئ الصغيرة والكبيرة، لاشتراكهما في علة المنع، وهو تعذر الضبط الموجب لرفع اختلاف الثمن. وفرق جماعة بينهما فجوزوه في الصغار، لأنها تباع وزناً، ولا يعتبر فيها صفات كثيرة تتفاوت القيمة بها تفاوتاً بينا بخلاف الكبار، وهو أجود. ولا فرق بين المتخذ للتداوي وغيره. قوله: " وفي البيض والجواز واللوز ".

شرط الشيخ (١) في جواز السلم في البيض والجوز ضبطه بالوزن لاختلافه. والأقوى الاكتفاء بالعدد مع ذكر النوع الذي يقل الاختلاف فيه بحيث يختلف بسببه الثمن، لأن الغرض العلم بالقدر، وهو حاصل بذلك، حيث لم يرد من الشارع تعيين الاعتبار، والعرف يدل عليه.

قوله: " والأدوية بسيطها ومركبها ما لم يشتهه مقدار عقايرها " . بأن لا يكون لها ضابط معين في مقدار كل واحد من أجزائها، فلو أمكن ضبطها بالقدر صح، وإن لم يكن ذلك لازماً فيها. وعقاير الدواء أجزاءه التي يتركب منها. ويعلم من اشتراط العلم بمقدار عقايرها العلم بها نفسها بطريق أولى، لترتفع

(١) المبسوط ٢: ١٨٩، الخلاف ٣: ٢٠٩ مسألة ١٩ من كتاب السلم.

ويجوز الأسلاف في شاة لبون، ولا يلزم تسليم ما فيه لبن، بل شاة من شأنها ذلك.

ويجوز في شاة معها ولدها، وقيل: لا يجوز، لأن ذلك مما لا يوجد إلا نادرا. وكذا التردد في جارية حامل، لجهالة الحمل. وفي جواز الأسلاف في جوز القز تردد.

الجهالة. وفي اعتبار ذلك في المشاهدة نظر، من توقف العلم عليه، ومن مشاهدة الجملة. وهو أجود.

قوله: " ويجوز الأسلاف - إلى قوله - بل شاة من شأنها ذلك ".
نبه بذلك على خلاف الشافعي، حيث منع في أحد قولييه من السلف في شاة لبون، محتجا بمجهولية اللبن المعين (١). وليس بجيد، لأن الواجب من شأنها أن يكون لها لبن وإن لم يكن موجودا بالفعل حال البيع، بل لو كان لها لبن حينئذ لم يجب تسليمه، بل له أن يحبلها ويسلمها. ولو سلم وجود اللبن بالفعل فهو تابع لا يضر جهالته، كما مر. وضابط اللبن ما يمكن أن تحلب في زمان يقارب زمان التسليم، فلا يكفي الحامل وإن قرب إبان ولادتها.

قوله: " ويجوز في شاة معها ولدها - إلى قوله - لجهالة الحمل ".
القول بالمنع للشيخ (٢) (رحمه الله)، محتجا على الأول بعزة الوجود، وعلى الثاني بجهالة الحمل، وعدم إمكان وصفه. والمشهور والأجود الأول، لامكان وصف الأول بالصفات المعتمدة في السلم من غير إداء إلى العسر، واغتفار الجهالة في الحمل، لأنه تابع. ووافق العلامة (٣) في الجارية الحسنة مع ولدها، لعزة وجودها كذلك، وفي الفرق نظر. وضابط المنع وعدمه عزة الوجود وعدمه.
قوله: " وفي الأسلاف في جواز القز تردد ".

(١) الأم ٣: ١٢٠.

(٢) المبسوط ٢: ١٧٧.

(٣) التذكرة ١: ٥٥٠.

الشرط الثالث: قبض رأس المال قبل التفرق شرط في صحة العقد. ولو افترقا قبله بطل. ولو قبض بعض الثمن صح في المقبوض وبطل في الباقي. ولو شرط أن يكون الثمن من دين عليه، قيل: يبطل، لأنه بيع دين بمثله، وقيل: يكره، وهو أشبه.

منع الشيخ (رحمه الله) (١) من الأسلاف في جواز القرض، محتجا بأن في جوفه دودا ليس مقصودا ولا فيه مصلحة، فإنه إذا ترك فيه أفسده، لأنه يقرضه ويخرج منه، وإن مات فيه لم يجز من حيث إنه ميتة. والأصح الجواز، لأن المقصود بالبيع خال من هذه الموانع، والدود ليس بمقصود، وهو في حكم النوى الذي لا فائدة فيه. ومنشأ تردد المصنف مما ذكرناه في الوجهين.

قوله: " قبض رأس المال قبل التفرق شرط في صحة العقد ".
هذا هو المشهور بل إجماع. وظاهر ابن الجنيد (٢) جواز تأخير القبض ثلاثة أيام. وهو متروك.

قوله: " ولو قبض البعض صح في المقبوض وبطل في الباقي ".
ثم إن كان عدم الاقباض بتفريط المسلم إليه فلا خيار له، وإلا تخير، لتبعض الصفقة.

قوله: " ولو شرط كون الثمن من دين عليه - إلى قوله - وهو أشبه ".
القول بالبطلان للشيخ (٣) والأكثر (٤)، لما ذكر، إذ لا شك في إطلاق اسم الدين عليه. ووجه الكراهة أن ما في الذمة بمنزلة المقبوض.
وبقي في المسألة قسم آخر، وهو ما لو لم يعينه من الدين ثم تقاصا في المجلس مع اتفاق الجنس والوصف، أو تحاسبا مع الاختلاف، فإن الأجود هنا الصحة، لأن

(١) المبسوط ٢: ١٨٢.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٦٧.

(٣) المبسوط ٢: ١٨٩.

(٤) منهم العلامة في المختلف: ٣٦٨، والشهيد في الدروس: ٣٥٧، والمحقق الكركي في جامع

المقاصد ٤: ٢٢٩.

الشرط الرابع: تقدير السلم (١) بالكيل أو الوزن العامين. ولو عولا على صخرة مجهولة، أو مكيال مجهول، لم يصح ولو كان معينا. ويجوز الأسلاف في الثوب أذرا. وكذا كل مذروع. وهل يجوز الأسلاف في المعدود عددا؟ الوجه، لا.

ذلك استيفاء محض قبل التفرق، مع عدم ورود العقد على ما في الذمة. وقيل بالبطلان هنا أيضا، لأن الثمن قد تشخص بما في الذمة، فيكون بيع دين بدين، أو لأن هذه معاوضة على ثمن السلم قبل قبضه، فتكون فاسدة. وهما ضعيفان، لأن الثمن هنا أمر كلي، وتعيينه في شخص لا يقتضي كونه هو الثمن الذي جرى عليه العقد. ومثل هذا التقاص والتحاسب استيفاء لا معاوضة. وحيث يكون الجنس والوصف واحدا فالتقاص قهري، وإلا توقف على التراضي. قوله: "تقدير السلم بالكيل أو الوزن العامين".

لا فرق في ذلك بين ما يعتاد كيله ووزنه، وما يعتاد بيعه جزافا، لأن المشاهدة تدفع الغرر، بخلاف السلم المعول فيه على غائب أو معدوم. وسيأتي في حكم السلم في الحطب والقصب ما ينبه عليه.

قوله: "ويجوز السلم في الثوب أذرا". هذا الحكم ثابت أيضا، وإن قلنا بجواز بيعه مع المشاهدة بدون الذرع، لانتفاء الغرر، كما مر.

قوله: "وهل يجوز الأسلاف في المعدود عددا؟ الوجه لا".

وجه الوجه عدم انضباط المعدود، فلا يحصل العلم بقدره بدون الوزن. وهذا يتم في بعض المعدودات كالرمان، أما النوع الخاص من البيض والجوز فالأجود جوازه بالعدد والوزن. وفي اللوز نظر، من عدم انضباط نوعه الخاص غالبا. والأولى اعتباره بالكيل أو الوزن. والضابط للصحة الانضباط الرافع لاختلاف الثمن.

(١) في متن الجواهر: المسلم.

ولا يجوز الأسلاف في القصب أطنانا، ولا في الحطب حزما، ولا في
المجزوز جزا، ولا في الماء قريبا.
وكذا لا بد أن يكون رأس المال، مقدرا بالكيل العام، أو الوزن.
ولا يجوز الاقتصار على مشاهدته، ولا يكفي دفعه مجهولا، كقبضة من
دراهم، أو قبة من طعام.
الشرط الخامس: تعيين الأجل، فلو ذكر أجلا مجهولا كأن يقول:
متى أردت، أو أجلا يحتمل الزيادة والنقصان، كقدوم الحاج كان باطلا.

قوله: " ولا يجوز الأسلاف في القصب أطنانا - إلى قوله - ولا في الماء
قربا " .

الوجه في ذلك كله اختلاف مقدار المذكورات الموجب للغرر في عقد السلف،
بخلاف ما لو بيع مشاهدا، فإن المشاهدة ترفع الغرر عنه.

قوله: " ولا يجوز الاقتصار على مشاهدته " .

هذا إذا كان مما يكال أو يوزن أو يعد. فلو كان مما يباع جزافا جاز الاقتصار
على مشاهدته، كما لو بيع.

ولو كان مذروعا، كالثوب، ففي الاكتفاء بمشاهدته عن ذرعه نظر، من جوازه
لو بيع - كما مر - فكذا إذا كان ثمنا، ومن الجهالة. وقطع الشيخ (١) باشتراط ذرعه.
وتوقف الفاضل في المختلف (٢). والأولى بناؤه على جواز بيعه كذلك، فإن قلنا به ثم
أجزناه هنا. وخالف المرتضى (٣) في ذلك كله، فاكتفى بالمشاهدة في الثمن مطلقا.
والعمل على المشهور.

(١) الخلاف ٣: ١٩٨ مسألة ٤ من كتاب السلم.

(٢) المختلف: ٣٦٤.

(٣) نقله عنه في التنقيح الرائع ٢: ١٤٤.

ولو اشتراه حالا، قيل: يبطل، وقيل: يصح، وهو المروي، لكن بشرط أن يكون عام الوجود في وقت العقد.
الشرط السادس: أن يكون وجوده غالبا وقت حلوله، ولو كان معدوما وقت العقد.

قوله: " ولو اشتراه حالا... الخ ".
موضع الخلاف ما إذا قصد الحلول، سواء أصرح به أم لم يصرح، فإنه حينئذ يكون يبيعا بلفظ السلم، لأنه بعض جزئياته. وقد تقدم (١) جوازه في العين الحاضرة، ففي الكلية أولى.
ووجه المنع حينئذ أن وضع السلم على التأجيل، حتى ادعى الشيخ (٢) عليه الاجماع، وعن النبي صلى الله عليه وآله: " من أسلف فليسلف في كيل أو وزن معلوم وأجل معلوم " (٣).
وأجاب في المختلف (٤) بالقول بموجب هذه الأدلة، فإنه مع قصد السلم يجب ذكر الأجل، وليس صورة النزاع، بل البحث فيما لو تبايعا حالا بلفظ السلم، ومقتضى ذلك أن موضع الخلاف ما إذا لم يقصد السلم. وظاهر العبارة أن الخلاف في السلم أيضا، لأن ضمير " اشتراه " ناسب كونه المسلم فيه. وهو ظاهر الدروس (٥) أيضا. وهذا هو الأجود.
قوله: " أن يكون وجوده غالبا وقت حلوله ".
أي يكون الأغلب وجوده عند الأجل عادة، فلا يكفي وجوده فيه نادرا. وفي القواعد (٦) جعل الشرط إمكان وجوده، فيدخل فيه النادر إلا على تكلف بعيد. وما

-
- (١) في ص ٤٠٦.
(٢) الخلاف ٣: ١٩٦ مسألة ٣ من كتاب السلم.
(٣) مسند أحمد ١: ٢٨٢، الترمذي ٣: ٦٠٢ ح ١٣١١، البيهقي ٦: ١٨ و ٢٤.
(٤) المختلف: ٣٦٤.
(٥) الدروس: ٣٥٦.
(٦) قواعد الأحكام ١: ١٣٧.

ولا بد أن يكون الأجل معلوما للمتعاقدين.
وإذا قال: إلى جمادى، حمل على أقربهما، وكذا إلى ربيع، وكذا إلى
الخميس والجمعة.

هنا أجود.

والحاصل أن الشرط تحقق وجوده عادة عند الأجل، بحيث يقدر على تسليمه.
وبقيد "العادة" يندفع تخيل كون ما هو معدوم الآن مستصحب العدم، فلا يحصل
بوجوده في ثاني الحال إلا الظن، فإن هذا الظن الغالب المستند إلى قرائن الأحوال
المستمرة يفيد العلم العادي، وإن لم يفد العلم الحقيقي. ومن هنا أطلق في
الدروس (١) أن الشرط هو القدرة على التسليم عند الأجل.
واعلم أن وجوده عند الأجل - بأي معنى اعتبر - أعم من كونه متجددا فيه مع
كونه الآن معدوما، ومن كونه موجودا من الآن إلى ذلك الوقت، فما عبر به في الدروس
أجود وأدل على المقصود.
قوله: "ولا بد أن يكون الأجل معلوما للمتعاقدين".
هذا وما بعده من فروع الأجل المعين، فكان ذكره في بابه أجود. وكأنه أضرب
عن الشرط السادس، وهو آخر الشروط، وشرع في تكميل مباحث الشروط
السابقة.

والمراد أنه لا بد - مع كون الأجل مضبوطا في نفسه بما لا يحتمل الزيادة
والنقصان - من كونه معلوما لهما على ذلك الوجه، فلا يكفي تعيينه في نفسه، بحيث
يرجعان في معرفته إلى غيرهما، كالنيروز والمهرجان والفصح، ونحو ذلك من الأوقات
المضبوطة التي لا يعرفها كثير من الناس، لأن الأجل كجزء من العوضين، وتجهيله
حالة العقد - وإن تجدد العلم به - كتجهيل أحدهما حالته، وإن تجدد العلم به. ومثله
ما لو قال العارف للعامي في الأجل: إلى سلخ الشهر الفلاني، أو غرته، ونحو ذلك،
إذا لم يكونا عارفين بمعناه.
قوله: "وإذا قال: إلى جمادى، حمل على أقربهما".

(١) الدروس: ٣٥٧.

إنما حمل على أولهما مع كونه مشتركا، لتعليقه الأجل على الاسم المعين، وهو يصدق بالأول. ويعتبر علمهما بذلك قبل العقد ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعا مع جهلهما أو أحدهما به، كما مر. ومثله التأجيل إلى يوم معين من أيام الأسبوع، كالخميس والجمعة، مع احتمال البطلان في الجميع مع عدم التعيين، للاشتراك، والشك في حمله على الأول.

وفرق في التذكرة (١) بين الأول والثاني، فحكم في الثاني - وهو اليوم - بحمله على الأول لدلالة العرف عليه، وتردد في الأول. والمعتمد التسوية بينهما في الحمل على الأول.

فإن قلت: قد شرطت في الصحة علمهما بذلك، وقصدهما إليه، ومع ذلك كيف يتجه احتمال البطلان؟! لأنهما إذا قصدا إلى الأول، أو الثاني واتفقا عليه صح قطعا، لعدم الاشتباه والاختلاف، ومع عدم القصد إلى معين لا مجال للصحة، فكيف يتوجه الوجهان على نحو واحد؟!.

قلت منشأ الاحتمالين من الشك في دلالة اللفظ المشترك على المعنى (٢) من معانيه أم لا. فمن حمله على الأول زعم أن إطلاق اللفظ دال عليه، إما عرفا، أو مطلقا، نظرا إلى تعليقه على اسم فمتى دخل الأول صدق الاسم، فلا يعتبر غيره، وإذا كان الإطلاق دالا على الأول حمل عاليه اللفظ، لأنه مدلوله. ومن حكم بالبطلان نظرا إلى اشتراك اللفظ واحتماله للأمرين على السواء، فلا يمكن حمل الإطلاق على أحدهما.

وإذا تقرر ذلك وكان اعتقاد المتعاقدين وفهمهما انصرافه إلى الأول كان اطلاقهما في قوة إرادة الأول، وإن لم يكن لهما اعتقاد ذلك، سواء اعتقد نقيضه أم لا،

(١) التذكرة ١: ٥٤٨.

(٢) وردت في "ه" و"م": "معنى"، وفي "ن" و"و" و": "معين"، وفي "ب" و"ك" معنيين. ولعل الصحيح معنى معين.

ويحمل الشهر عند الاطلاق على عدة بين هلالين، أو ثلاثين يوما.
ولو قال: إلى شهر كذا حل بأول جزء من ليلة الهلال، نظرا إلى
العرف.

كان ما جعلاه من الأجل محتملا للزيادة والنقصان، فلا يصح العقد، وإن كان له
محمل شرعي عند الفقيه، فإن ذلك غير كاف في صحة العقد من دون أن يعلمه
المتعاقدان. هذا هو الذي تقتضيه القواعد المتقدمة، ويقتضيه الدليل.
ويحتمل ضعيفا الاكتفاء في الصحة وعدمها بما يقتضيه الشرع في ذلك،
قصده أم لم يقصده، نظرا إلى كون الأجل الذي عيناه مضبوطا في نفسه شرعا،
وإطلاق اللفظ منزل على الحقائق الشرعية. وقد ظهر مما سبق ضعفه.
قوله: " ويحمل الشهر عند الاطلاق على عدة بين هلالين أو ثلاثين
يوما " .

أي يحمل الشهر على شهر هلالين إن اتفق الأجل في أوله، سواء كان ثلاثين يوما
أم أقل، أو على ثلاثين يوما إن كان العقد وقع في أثناء شهر، فالترديد باعتبار
التفصيل، لا ترديد إشكال في اعتبار أيهما.
ويعتبر في أولية الشهر وأثنائه العرف لا الحقيقة، لانتفائها غالبا أو دائما، إذ لا
تتفق المقارنة المحضة لغروب ليلة الهلال. فعلى هذا لا يقدر فيه نحو اللحظة،
ويقدر فيه نصف الليل ونحوه. وحيث كان المرجع إلى العرف فهو المعيار. والظاهر
أن الساعة فيه غير قادمة.

قوله: " ولو قال: إلى شهر كذا حل بأول جزء من ليلة الهلال " .
إنما أسنده إلى العرف لأن الشهر معين وقع غاية للأجل، والغاية - لغة - قد
تدخل في المغيا، كما في قولك: قرأت القرآن إلى آخره، وبعث الثوب إلى طرفه، وقد
لا تدخل، كـ * (أتموا الصيام إلى الليل) * (١)، وقد تحتملها، كآية غسل اليدين إلى
المرافق (٢)، لكن هنا دل العرف على خروج الغاية، وهو الشهر المعين، فيحكم به،

(١) البقرة: ١٨٧.

(٢) المائدة: ٦.

ولو قال: إلى شهرين، وكان في أول الشهر، عد شهرين أهلة. وإن أوقع العقد في أثناء الشهر، أتم من الثالث بقدر الفائت من شهر العقد. وقيل: يتمه ثلاثين يوما. وهو أشبه.

لأنه المرجع حيث لا يكون للفظ حقيقة شرعية. وهذا بخلاف ما لو كان الشهر مطلقا، كما لو جعل الأجل إلى شهر، فإنه يتم بآخره، لدلالة العرف عليه أيضا، وبقرينة أنه لولا ذلك لخلا السلم من الأجل، وقد صرحا به. وفرق الشهيد (رحمه الله) بينهما في بعض تحقیقاته، مع اشتراكهما في انتهاء الغاية، بأن المغيا في المبهم مسمى المدة، وهو لا يصدق إلا بالمجموع، والمغيا في المعين مسمى المعين، وهو يصدق بأول جزء منه، ضرورة صدق الشهر - كصفر مثلا - بأول جزء منه.

وفيه نظر، لأن المطلق لما حمل على الشهر المتصل، وهو الهاللي إن اتفق وإلا فثلاثون يوما، كان مسمى المدة المبهمة هو المجموع المركب من الأيام المخصوصة المتصل بالعقد، فإن صدقت الغاية بأولها ثبت الحكم فيهما. وإنما الفارق العرف الدال على خروج الأول ودخول الثاني، كما دل على خروج بعض الغايات ودخول بعض في نظائره.

ويشكل الحكم في المعين لو كان العقد في أوله، وجعله الغاية فإن الحكم بخروجه يوجب خلو العقد من الأجل، وقد ذكراه. والحكم بدخوله أجمع يخالف القاعدة الحاكمة بخروج المعين.

ويمكن السلامة من المحذور الأول - إن لم يعتبر الأجل في صحة العقد - بأن ذكر الأجل على هذا الوجه بمنزلة التصريح بالحلول، لأنه لازمة، وإن كان بصورة الأجل، فيصح حالا، كما لو صرحا به. أما مع اعتبار ذكر الأجل فيمكن ترجيح آخره تحصيلًا للصحة وإن خالف الظاهر، والبطلان لفقد شرط الصحة. ومخالفة الظاهر لتحصيل حكم شرعي غير لازم، لأن البطلان حكم شرعي أيضا. وهذا هو الأجود، بناء على اعتبار الأجل.

قوله: " ولو قال إلى شهرين وكان في أول الشهر - إلى قوله - وهو

أشبهه " .

الأصل في الشهر عند الاطلاق، الهلالي، وإنما يعدل عنه إلى العددي عند تعذر حمله على الهلالي. فمتى كان الأجل شهرا واحدا، وكان العقد في أوله، اعتبر الهلالي، وإن كان في أثناءه فالعددي. ولو كان الأجل شهرين فصاعدا ووقع في أثناءه، ففي اعتبار الشهر بأيهما ثلاثة أقوال، أشار المصنف إلى اثنين منها: أحدها: اعتبار الشهرين بالهلالي. أما الثاني فظاهر لوقوعه بأجمعه هلاليا. وأما الأول فلصدق مضي القدر الحاصل منه عرفا، كنصفه وثلثه مثلا، فيتم من الثالث قدر ما فات منه، حتى لو كان ناقصا كفى اكمال ما يتم تسعة وعشرين يوما، لأن النقص جاء في آخره، وهو من جملة الأجل، والفاتت من الأول لا يختلف بالزيادة والنقصان. وهذا هو الذي حكاه المصنف أولا.

وثانيها: اعتبار ما عدا الأول هلاليا، ويتم الأول ثلاثين. أما الأول فلصدق الشهر الهلالي عليه. وأما الثاني، وهو الأول المنكسر، فلأنه باهلال الثاني لا يصدق عليه أنه شهر هلاليا، فيكون عدديا. ولا يمكن اعتبار الجميع بالهلالي، لئلا يلزم إطراح المنكسر، وتأخر الأجل عن العقد مع الاطلاق. وحينئذ فيكمل الأول ثلاثين بعد انقضاء المقصود من الهلالي من شهر أو أكثر. وهذا هو قول الأكثر. وثالثها: انكسار الجميع بكسر الأول، فيعتبر الكل بالعدد. ووجهه أن الشهر الثاني لا يعقل دخوله إلا بعد انقضاء الأول، فالأيام الباقية إما أن لا تحسب من أحدهما، أو من الثاني، وكلاهما محال، أو من الأول فلا يعقل دخول الثاني حتى يتم الأول بعدد ما فات منه من الثاني، فينكسر الثاني، وهكذا. وإلى هذا القول ذهب الشيخ (١) في أحد قولييه.

والأوسط أوسط لما مر، ولأن الأشهر الباقية يمكن إجزاؤها على حكم

(١) لم نعثر عليه فيما لدينا من كتب الشيخ قدس سره. وله قولان ذكرهما في المبسوط ٢: ١٧١، وليس هذا منهما. وإنما ذكره العلامة في المختلف: ٣٦٧ ولم يستبعده.

ولو قال إلى يوم الخميس حل بأول جزء منه.
ولا يشترط ذكر موضع التسليم على الأشبه، وإن كان في حمله مؤنة.

الأصل، وهو اعتبارها بالهلال، فيتعين. ولا يلزم إكمال الشهر الأول من الذي يليه، لأن الاكمال صادق سواء أكمل من الذي يليه أم من غيره، إذ لا يلزم محذور لو أكمل من غيره، بخلاف ما لو أكمل من الذي يليه، فإنه يلزم اختلال الشهر الهلالي مع إمكان اعتباره بالهلالي، ولأن الأجل إذا كان ثلاثة أشهر مثلا، فبعد مضي شهرين هلاليين وثلاثين يوما ملفقة من الأول والرابع يصدق أنه قد مضى ثلاثة أشهر عرفا، فيحل الأجل، وإلا كان أزيد من المشترك، ولأنه إذا وقع العقد في نصف الشهر مثلا، ومضى بعده شهران هلاليان، يصدق أنه مضى من الأجل شهران ونصف، وإن كانت الثلاثة ناقصة. وهذا أمر ثابت في العرف حقيقة، فيكفي إكمالها خمسة عشر يوما لصدق الثلاثة معها.

واعلم أن المعبرة في الأولية والأثناء العرف - كما مر - (١) لا اللغة، فلا يقدر فيه اللحظة والساعة، مع احتمالها.

قوله: " ولو قال إلى يوم الخميس حل بأول جزء منه ".

الوجه فيه ما تقدم من الغاية المعنية، فإنه وإن كان مطلقا إلا أنه قد تعين شرعا وعرفا بأول خميس، فصار كالمعين ابتداء، فيصار في الاكتفاء بدخوله إلى العرف. ويشكل بما إذا كان العقد في أوله، فإن ما تقدم من الاحتمال والبحث آت فيه.
قوله: " ولا يشترط ذكر موضع التسليم على الأشبه وإن كان في حمله مؤنة ".

اختلف الأصحاب في اشتراط ذكر موضع التسليم في العقد، مع اعترافهم بأنه لا نص فيه على الخصوص، على أقوال:

أحدها: عدمه مطلقا، كما اختاره المصنف، والشيخ في النهاية (٢)، والعلامة

(١) في ص ٤١٨.

(٢) النهاية: ٣٩٥.

في التحرير (١) والإرشاد (٢)، وجماعة (٣)، لأصالة البراءة من اشتراطه، وإطلاق الأوامر بالوفاء بالعقود (٤)، وحل البيع، وللإجماع على عدم اشتراطه في باقي أنواع البيع وإن كان مؤجلا. بل ادعى ابن إدريس (٥) الإجماع عليه هنا أيضا. وهي دعوى في محل النزاع.

وثانيها: اشتراطه مطلقا. اختاره الشيخ في الخلاف (٦)، وتبعه عليه جماعة (٧)، واستقر به الشهيد (٨) (رحمه الله). ووجهه أن مكان التسليم مما تختلف فيه الأغراض، ويختلف باعتباره الثمن والرغبات، فإنه قد يكون بعيدا عن المشتري فلا يرغب في تكثير الثمن ولا في الشراء وعلى بعض الوجوه، وقد يكون قريبا فينعكس الحكم. وكذا القول في البائع. ولأن المطالبة بالمبيع فرع ثبوته في الذمة واستحقاق المطالبة به، وذلك في السلم المؤجل غير معلوم، لأنه إنما يكون عند الحلول، ولا يعلم في أي مكان تحقق الحلول على البائع. وبهذا يفرق بينه وبين القرض، حيث انصرف إلى مكان العقد. وكذا البيع. ولا يلزم مثله في بيع النسيئة، لخروجه بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محله، وإلا لكان الدليل قائما فيه، فلا يلحق به المختلف فيه. وثالثها: التفصيل، فإن كان في حمله مؤنة وجب تعيين محله، وإلا فلا. اختاره الشيخ في المبسوط (٩). ووجهه يعلم مما تقدم، فإن الأغراض إنما تختلف في محل يفتقر

(١) تحرير الأحكام ١: ١٩٦.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٣٧٢.

(٣) منهم ابن أبي عقيل نقله عنه في المختلف: ٣٦٧، وابن إدريس في السرائر ٢: ٣١٧، والصيمري في تلخيص الخلاف ٢: ٨٥.

(٤) المائة: ١.

(٥) السرائر ٢: ٣١٧ - ٣١٨.

(٦) الخلاف ٣: ٢٠٢ مسألة ٩ كتاب السلم.

(٧) منهم العلامة في المختلف: ٣٦٧، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٤: ٢٣٨.

(٨) الدروس: ٣٥٨.

(٩) المبسوط ٢: ١٧٣.

إلى المؤنة أما غيره فلا.

ورابعها: أنهما إن كانا في برية أو بلد غربة قصدهما مفارقتة اشتراط تعيينه، وإلا فلا. وهو اختيار العلامة في القواعد (١) والمختلف (٢). ووجهه أنه متى كان البلد كذلك لم يمكن التسليم في مكان العقد، وليس أحد الأمكنة في غيره أولى من الآخر فيفضي إلى التنازع لجهالته، بخلاف ما إذا كانا في بلد يجتمعان فيه، فإن إطلاق العقد يقتضي التسليم في بلده.

وخامسها: إن كان لحملة مؤنة، أو لم يكن المحل صالحا كالغربة، اشترط تعيينه، وإلا فلا. وهو خيرة العلامة في التذكرة (٣). ووجهه مركب من القولين السابقين.

ولكل من الأقوال وجه، إلا أن الأخير يضعف السابقين عليه. ويبقى الاشكال في ترجيح أحد الثلاثة، فأصالة البراءة وحمل الاطلاق في نظائره على موضع العقد يرجح الأول. واختلاف الأغراض وعدم الدليل الدال على تعيين موضع العقد في المتنازع يؤيد الثاني. ووجه الأخير ظاهر. ولا ريب أن التعيين مطلقا أولى. وأنا في ترجيح أحدهما من المترددين.

بقي هنا أمور:

الأول: موضع الخلاف ما لو كان السلم مؤجلا، فلو كان حالا لم يعتبر تعيين المحل قطعاً، بل كان كغيره من البيوع يستحق المطالبة به في محل العقد، أو في محل المطالبة إن فارقاه.

الثاني: على القول بعدم اشتراط تعيينه مطلقاً، أو على بعض الوجوه، فمكانه موضع العقد أيضاً، إلا أن يعين موضع آخر فيتعين.

(١) قواعد الأحكام ١: ١٣٧.

(٢) المختلف: ٣٦٧.

(٣) التذكرة ١: ٥٥٧.

المقصد الثالث: في أحكامه. وفيه مسائل:
الأولى: إذا أسلف في شيء لم يجز بيعه قبل حلوله. ويجوز بيعه بعده
وإن لم يقبضه، على من هو عليه، وعلى غيره على كراهية. وكذا يجوز بيع
بعضه وتولية بعضه. ولو قبضه المسلم ثم باعه زالت الكراهية.
الثانية: إذا دفع المسلم إليه دون الصفة ورضي المسلم صح
وبرئ، سواء شرط ذلك لأجل التعجيل أو لم يشترط. وإن أتى بمثل
صفته وجب قبضه أو إبراء المسلم إليه.

الثالث: لو عينا محلا وقلنا باشرطه صح العقد وتعين، ولو لم يعينا بطل. ولو
لم نشترطه فعيناه تعين أيضا، وفاء بالشرط. ولو اتفقا على التسلم في غير الموضع المعين
جاز. وكذا القول لو عينا موضعا غير ما عينه الشارع.
الرابع: لو كانا في مكان من قصد أحدهما مفارقتة دون الآخر فهو كما لو
قصداهما معا، لما ذكر من العلة، وإن كان كلامهم في التمثيل بخلاف ذلك. وكذا
لو كان أحدهما غريبا دون الآخر.
الخامس: ليس المراد من البرية وبلد الغربة حقيقتهما خاصة، بل هما على
سبيل المثال. وإنما المعتبر بلدهما وما في حكمه، فمتى كانا خارجين عنه وعن ما في
حكمه عرفا اعتبر تعيين المكان عند من اشترطه، لاقتضاء الدليل ذلك.
السادس: المعتبر في تشخص المكان ذكر محل لا يختلف الحال في جهاته
وأجزائه عرفا، كالبلد المتوسط فما دونه، والقطعة من الأرض كذلك، بحيث لا يفرق
بين أجزائها، ولا يحصل كلفة زائدة في جهة منها دون جهة، لا مطلق البلد، ولا
الموضع الشخصي الصغير.
قوله: " ويجوز بعده وإن لم يقبضه على كراهية ".
هذا إذا كان مما يكال أو يوزن، أما لو كان مما يعد ففي الكراهة نظر، لعدم
الدليل. وقد تقدم (١) الكلام في ذلك، وأن الأقوى التحريم إذا كان طعاما، أو إذا كان

(١) في ص ٢٣٨.

ولو امتنع قبضه الحاكم إذا سأل المسلم إليه ذلك. ولو دفع فوق
الصفة وجب قبوله. ولو دفعه أكثر لم يجب قبول الزيادة. أما لو دفع من غير
جنسه لم يبرأ إلا بالتراضي.

الثالثة: إذا اشترى كرا من طعام بمائة درهم، وشرط تأجيل
خمسين، بطل في الجميع على قول.

مما يكال أو يوزن، على ما فصل. ويجوز الصلح عليه قبل الحلول وبعده، وقبل
القبض وبعده، على الأقوى، بناء على أن الصلح أصل لا فرع البيع نحوه.
قوله: " ولو امتنع قبضه الحاكم إذا سأل المسلم إليه ذلك ".
هذا مع إمكانه، ومع تعذره يخلي بينه وبينه ويبرأ منه وإن تلف. وكذا يفعل
الحاكم لو قبضه إن لم يمكن إلزامه بالقبض.
قوله: " ولو دفع فوق الصفة وجب قبوله ولو دفع أكثر لم يجب قبول
الزيادة ".

الفرق بين العين والصفة أن زيادة الصفة لا تنافي عين الحق بل تؤكد، إذ
المفروض كونه مساويا للحق في النوع وغيره وتزيد الصفة، أما العين فهي خارجة عن
الحق زائدة عليه، فلا يجب قبولها، لأنها عطية جديدة يمكن تخليصها، والحق معها
غير متعين. وخالف ابن الجنيدي (١) في الأول وسوى بينهما في عدم وجوب القبول،
عملا بظاهر رواية سليمان بن خالد (٢).
قوله: " إذا اشترى كرا من طعام - إلى قوله - بطل في الجميع على
قول ".

أما بطلانه في المؤجل فظاهر، وأما في غيره فالأن الثمن المعجل يقابل من البيع
قسطا أكثر مما يأخذ المؤجل، لأن للأجل قسطا منه، والتفاوت غير معلوم عند العقد،
فإذا بطل البيع في المؤجل يجهل ما قابل المعجل فيبطل أيضا.

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٦٧.

(٢) التهذيب ٧: ٤١ حديث ١٧٣، الوسائل ١٣: ٦٧ ب (٩) من أبواب السلف حديث ٨.

ولو دفع خمسين وشرط الباقي من دين له على المسلم إليه صح فيما دفع، وبطل فيما قابل الدين. وفيه تردد.
الرابعة: لو شرطا موضعا للتسليم، فتراضيا بقبضه في غيره، جاز. وإن امتنع أحدهما لم يجبر.
الخامسة: إذا قبضه فقد تعين وبرئ المسلم إليه. فإن وجد به عيبا فرده زال ملكه عنه، وعاد الحق إلى الذمة سليما من العيب.

ووجه الصحة إمكان العلم بالتقسيط ولو بعد العقد، كما لو باع سلعتين فظهرت أحدهما مستحقة، فإن التقسيط اللاحق كاف وإن جهل ما يخص كل واحدة حالة العقد. وأقرب منه ما لو باع ما يصح تملكه وغيره. وقد تقدم (١) في بحثهما توجيه البطلان فيهما أيضا مع علم المشتري بالحال.
قوله: " ولو دفع خمسين - إلى قوله - وفيه تردد ".
قد تقدم (٢) الخلاف في ذلك، وما يعلم به وجه التردد، وأن المصنف اختار الصحة على كراهة. وهنا تردد في البطلان. والأقوى الصحة في الجميع.
قوله: " لو شرطا موضعا للتسليم - إلى قوله - وإن امتنع أحدهما لم يجبر ".

لا فرق في ذلك بين كون ذكر الموضع شرطا في صحة السلم وعدمه، فإن العقد إذا انضبط في أصله جاز التراضي على غير ما عين من الموضع وغيره.
قوله: " إذا قبضه فقد تعين... الخ ".
إذا قبض المشتري المسلم فيه فوجد به عيبا فلا أرش له، لأنه لم يتعين للحق، بل يقع عوضا عن الحق الكلي مملوكا له ملكا متزلزلا يتخير معه بين الرضا به مجانا فيستقر ملكه عليه، وبين أن يرده فيرجع الحق إلى ذمة المسلم إليه سليما بعد أن كان قد خرج عنها خروجا متزلزلا. ونبه بقوله: (عاد) على ذلك حيث إن العود يقتضي

(١) في ص ١٦٣.

(٢) في ص ٤١٢.

الخروج بعد أن لم يكن، فإنه مصير الشيء إلى ما كان عليه بعد خروجه. وتظهر الفائدة في النماء المنفصل المتجدد بين القبض والرد فإنه يكون للقبض، لأنه نماء ملكه، كظائره من النماء المتجدد زمن الخيار. أما المتصل فيتبع العين. ويتفرع عليه أيضا ما لو تجدد عنده عيب قبل الرد، فإنه يمنع من الرد، لكونه مضمونا عليه ولم يمكنه بعده رد العين كما قبضها. وبه قطع في التذكرة (١). وزاد أن له حينئذ أخذ أرش العيب السابق، وإنه لم يكن ثابتا لولا الطارئ، فإن المنع منه إنما كان لعدم انحصار الحق فيه، حيث إنه أمر كلي، والمعيب غير تام في جملة أفراد الحق، فلما طرأ العيب المانع من الرد تعين قبوله، فصار كالمبيع المعين إذا كان معيبا، فإنه يجوز أخذ أرشه، ويتعين عند مانع من رده. وربما قيل بجواز رده هنا، لعدم تعيينه ابتداء والعيب الطارئ لم يوجب تعيينه، غاية ما في الباب أن يلزم بأرشه. وقد ظهر مما قررناه جواب ما قيل على العبارة من أن زوال الملك عند رده إنما يكون بعد ثبوته، والمعيب ليس المسلم فيه، فلا ينتقل عن المسلم إليه، وإن عود الحق إنما يكون بعد زواله، وهو مستلزم لأحد المحذورين: إما الحكم بالشيء مع وجود نقيضه، أو اثبات الحقيقة من دون لوازمها، وذلك لأن الحكم بالبراءة إن كان صادقا لزم الأول وإلا لزم الثاني.

فإننا نلتزم بأن المقبوض معيبا يصلح أداء عن الحق إذا رضي به المستحق، لأنه من جنس الحق، وعيبه ينجر بالخيار، فيتم الزوال والعود، ومن ثم كان النماء له، كما بيناه. ولا بعد في تحقق الملك متزلزلا لمكان العيب، فإذا علم به كان له الفسخ وطلب السليم. ولو فرض أنه لم يعلم بالعيب وتصرف فيه وذهبت عينه برئ المسلم إليه من الحق فيما بينه وبين الله تعالى مما زاد على أرش عيبه. وفي ثبوت مقدار الأرش في ذمته كما تقدم.

وما حققناه أجود مما أجاب به الشهيد (رحمه الله) عن الأيراد في بعض

(١) التذكرة ١: ٥٥٩.

السادسة: إذا وجد برأس المال عيبا، فإن كان من غير جنسه بطل العقد، وإن كان من جنسه، رجع بالأرش إن شاء. وإن اختار الرد، كان له.

تحقيقاته، بأن الحكم بالزوال والعود مبني على الظاهر، حيث كان المدفوع من جنس الحق، وصالحا لأن يكون من جملة أفراده قبل العلم بالعيب، فإذا علم بالعيب زال ذلك الملك الذي حصل ظاهرا وإن لم يثبت في نفس الأمر، فصح إطلاق الزوال والعود بهذا الاعتبار. وأنت خبير بأنه لا ضرورة إلى التزام ذلك، بل الملك حصل ظاهرا وباطنا، غاية أمره التزلزل هو غير مانع منه كنظائره. قوله: " إذا وجد برأس المال عيبا... الخ "

إنما يبطل العقد مع ظهور العيب من غير الجنس إذا كان ظهوره بعد التفرق، وكان الثمن بأجمعه معيبا من غير الجنس، أو كان معينا. أما لو كان في الذمة وتبين العيب قبل التفرق لم يبطل العقد، بل يمكن إبداله. وكذا لو كان بعده والعيب غير مستوعب، كما هو الظاهر من العبارة، فإن العيب غير الجنس إذا كان مستوعبا لم يكن المدفوع ثمنا ولا رأس مال، وإن أطلق عليه ذلك بتوهم كونه هو. إذا كان من الجنس فإنما يرجع بالأرش - كما ذكره - مع تعيينه، أما مع إطلاقه فلا، بل له إبداله قبل التفرق وبعده، على أشكال تقدم (١) الكلام على نظيره في باب الصرف. وجملة أقسام المسألة: أن العيب إما أن يكون من الجنس، أو من غيره. ثم إما أن يكون في جملة الثمن، أو في بعضه. ثم إما أن يظهر قبل التفرق، أو بعده. ثم إما أن يكون الثمن معينا، أو كليا. فالأقسام ستة عشر. وحكمها قد علم مما أسلفناه هنا وفي باب الصرف (٢).

(١) في ص ٣٤٢.

السابعة: إذا اختلفا في القبض، هل كان قبل التفرق أو بعده؟
فالقول قول من يدعي الصحة.
ولو قال البائع: قبضته ثم رددته إليك قبل التفرق، كان القول قوله
مع يمينه، مراعاة لجانب الصحة.

قوله: " إذا اختلفا في القبض هل كان قبل التفرق أو بعده فalcول
قول من يدعي الصحة " .

إنما قدم قول مدعي الصحة، مع أنها معارضة بأصالة عدم القبض قبل
التفرق، لأن هذه الأصالة معارضة بأصالة عدم التفرق قبل القبض المتفق على
وقوعه، فيتساقط الأعلان، ويحكم باستمرار العقد. وفي الحقيقة لا نزاع بينهما في
أصل الصحة، وإنما النزاع في طرو المفسد، والأصل عدمه. وهذا بخلاف ما لو
اختلفا في أصل قبض الثمن، فإن القول قول منكر القبض وإن تفرقا واستلزم بطلان
العقد، لأنه منكر لقبض ماله الذي هو الثمن الثابت عند المسلم، لما قلناه من
اتفاقهما على صحة العقد في الحالين، وإنما الخلاف في طرو المفسد، وحيث كان
الأصل عدم القبض كان المقتضي للفساد قائما، وهو التفرق قبل القبض. فلا يقدح
فساد العقد به، حيث إنه مترتب على ما هو الأصل مع تحقق الصحة سابقا. وليس
هذا من باب الاختلاف في وقوع العقد صحيحا أو فاسدا. ومثله ما لو اختلفا في
قبض أحد عوضي الصرف قبل التفرق.

ولو أقام كل منهما في المسألة الأولى بينة بني على تقديم بينة الداخل - وهو هنا
مدعي الصحة - أو الخارج. والأجود الثاني. وقدم العلامة (١) هنا بينة الأول، لقوة
جانبه بدعوى أصالة عدم طرو المفسد، ولكون دعواه مثبتة والأخرى نافية، وبينة
الاثبات مقدمة.

قوله: " ولو قال البائع قبضته - إلى قوله - مراعاة لجانب الصحة " .
المراد أنهما اتفقا الآن على كون الثمن في ذمة المشتري أو عنده، ولكن اختلفا

(١) المختلف: ٣٦٨.

الثامنة: إذا حل الأجل وتأخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه، كان بالخيار بين الفسخ والصبر.

في كون ذلك على وجه مفسد للعقد، بأن لا يكونا تقابضا أصلا، أو على وجه مصحح ، بأن يكون البائع قبضه ثم رده إليه. والمصنف هنا قدم قول البائع ترجيحاً لجانب الصحة، مع أن الأصل عدم القبض أيضاً، وتحقق صحة العقد سابقاً، كما مر (١). ويمكن أن يقال حينئذ: تعارض الأصولان، فيحصل الشك في طرو المفسد، والأصل عدمه، فيتمسك بأصل الصحة لذلك.

لكن يبقى في المسألة شيء، وهو أن دعوى البائع الرد غيره مقبولة، كظواهرها، إذ لا دخل له في الصحة، وإنما قدم قوله في أصل القبض مراعاة لجانبها. وحينئذ فمع قبول قوله في القبض هل له مطالبته المشتري بالثمن؟ يحتمل عدمه، لما قلناه من عدم قبول قوله في الرد مع اعترافه بحصول القبض.

ويحتمل جواز المطالبة، لاتفاق المتبايعين على بقاء الثمن عند المشتري الآن، أما على دعوى البائع فظاهر، وأما على دعوى المشتري فلاعترافه بعدم القبض، فإذا قدم قول البائع في صحة العقد ألزم المشتري بالثمن. ويشكل بأن المشتري حينئذ لا يعترف باستحقاق الثمن في ذمته، لدعواه فساد البيع، فلا يبقى إلا دعوى البائع وهي مشتملة على الاعتراف بالقبض ودعوى الرد، وهي غير مقبولة في الثاني. والمسألة موضع إشكال. ولعل عدم قبول قوله في الرد أوجه.

قوله: " إذا حل الأجل وتأخر التسليم - إلى قوله - كان لخيار بين الفسخ والصبر "

احترز بالعارض عما لو كان تأخر التسليم باختيار المشتري مع بذل البائع له، فإنه لا فسخ له، لاستناده إلى تقصيره. ولكن تشمل العبارة بمفهومها ما لو كان التأخير اقتراحاً من البائع خاصة. والحق حينئذ أن الخيار يثبت للمشتري، كما لو كان

(١) في ص ٤٢٩.

ولو قبض البعض كان له الخيار في الباقي، وله الفسخ في الجميع.

التأخير لعارض، لاشتراكهما في المعنى بالنسبة إليه. ولا فرق حينئذ بين أن يطالب بالأداء وعدمه. نعم لو رضي بالتأخير ثم عرض المانع فالمتجه سقوط خياره، كما مر. وتحيزه بين الأمرين خاصة هو المشهور، وبه أخبار (١) بعضها صحيح. وحينئذ فلا يلتفت إلى انكار ابن إدريس (٢) الخيار. وزاد بعضهم ثالثاً، وهو أن لا يفسخ ولا يصبر، بل يأخذ قيمة الآن. وهو حسن، لأن الحق هو العين، فإذا تعذرت رجع إلى القيمة حيث يتعذر المثل.

والخيار ليس على الفور، لأصالة العدم. حينئذ فلا يسقط بالتأخير، بل لو صرح بالإمهال فالأقوى عدم سقوط خياره. وتوقف في الدروس (٣). ولو كان الانقطاع ببلده خاصة وأمكن تحصيله من غيرها، فإن قلنا بوجوب تعيين البلد فلا كلام، إذ لا يجب قبول غيره، فلا تجب المطالبة به، ولا يجب قبولها. وإن لم نوجب - مطلقاً أو على بعض الوجوه - فإن نقله البائع باختياره وإلا لم يجبر عليه مع المشقة، ويجبر مع عدمها.

وفي حكم انقطاعه بعد الأجل مع العارض موت المسلم إليه قبل الأجل ووجود المسلم فيه. وفي إلحاق ما لو تبين العجز قبل الحلول عن الأداء بعده، فيتخير الخيار، أو يتوقف على الحلول، وجهان أجودهما الثاني، لعدم وجود المقتضي الآن، إذ لم يستحق شيئاً حينئذ.

قوله: " ولو قبض البعض كان له الخيار في الباقي، وله الفسخ في الجميع "

المراد أنه يتخير بين ثلاثة أشياء: الصبر وإنما تركه لوضوحه، والفسخ في

(١) راجع الوسائل ١٣: ٦٨ ب " ١١ " من أبواب السلف.

(٢) السرائر ٢: ٣١٧.

(٣) الدروس: ٣٥٧.

التاسعة: إذا دفع إلى صاحب الدين عروضاً، على أنها قضاء ولم يساعره، احتسب بقيمتها يوم القبض.
العاشرة: يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذي هو عليه وعلى غيره.

الجميع هرباً من تبعض الصفقة التي هي عيب إذ المسلم فيه إنما هو المجموع وقد تعذر، وفي المختلف خاصة لأنه الذي تعذر، فله الرجوع إلى ثمنه، لأن الصبر ضرر لا يلزم به، ولحسنه عبد الله بن سنان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام. فإن اختار الثالث فالأصح أن للبائع الفسخ أيضاً، لتبعض الصفقة عليه أيضاً، إن لم يكن التأخير بتفريطه، وإلا فلا خيار له. وما تقدم من التأخير بين أخذ القيمة الآن مع ما ذكر آت هنا.

قوله: " إذا دفع إلى صاحب الدين - إلى قوله - يوم القبض ".
لأن جعلها قضاء يقتضي كونها من جنس الدين، فلما لم يكن عند الدفع - الذي هو وقت القضاء - من جنسه فلا بد من احتسابها على وجه تصير من الجنس، وذلك باعتبار قيمتها يومئذ سواء كانت قيمية أم مثلية. ولو كان الدين من غير النقد الغالب احتسب أيضاً به يوم دفع العرض قضاء. ويدخل في ملك المدين بمجرد القبض وإن لم يساعره عليه في الموضعين. ولا يختص ذلك باب السلم، بل ذكر هذه المسألة في باب الدين أولى. وهذا الحكم مع الاتفاق عليه مروى في مكاتبة (٢) الصفار.

قوله: " يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذي هو عليه وعلى غيره ".
إحترز ببعديّة الحلول عما قبله، فلا يصح بيعه حينئذ، إذ لا استحقاق للبائع في الذمة حينئذ. ويشكل بأنه حق مالي إلى آخر ما يعتبر في المبيع، فينبغي أن يصح بيعه على حالته التي هو عليها، وإن لم تجز المطالبة به قبل الأجل. وهو خيرة

(١) الكافي ٥: ١٨٥ ح ٣، التهذيب ٧: ٢٨ ح ١٢٢، الوسائل ١٣: ٦٠ ب (٥) من أبواب السلف ح ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٤٠٢ ب ٢٦ من أبواب أحكام العقود ح ٥.

فإن باعه بما هو حاضر صح. وإن باعه بمضمون حال صح أيضا. وإن اشترط تأجيله قيل: يبطل، لأنه بيع دين بدين، وقيل: يكره، وهو الأشبه.

التذكرة (١).

وربما أشكل بعدم إمكان قبضه الذي هو شرط صحة البيع. ويندفع بمنع اشتراط إمكان القبض حين العقد، بل إمكانه مطلقا، ويمكن تحققه بعد الحلول، كما لو باعه عينا غائبة منقولة لا يمكن قبضها إلا بعد مضي زمان يمكن فيه الوصول إليها.

ونبه بقوله " وعلى غيره " على خلاف ابن إدريس (رحمه الله) (٢) حيث منع من بيعه على غير الغريم. وهو ضعيف.

قوله: " فإن باعه بما هو حاضر صح - إلى قوله - وهو الأشبه "

أراد بالحاضر المشخص، سواء كان حاضرا حين العقد أم لا، وبالمضمون ما في الذمة. ولا إشكال في جواز بيعه بالمضمون الحال، إذ لا يصدق عليه بيع الدين بالدين، ولا بيع الكالي بالكالي، لأن المراد به - على ما فسره به أهل اللغة (٣) - بيع المضمون المؤجل بمثله. وأما بيعه بمؤجل فقد ذهب جماعة (٤) إلى المنع منه، اعتمادا على أن المؤجل يقع عليه اسم الدين. وفيه: أنهم إن أرادوا إطلاق اسم الدين عليه قبل العقد وحالته فظاهر منعه، لأنه لا يعد دينا حتى يثبت في الذمة، ولا يثبت إلا بعد العقد، فلم يتحقق بيع الدين بالدين. وإن أرادوا أنه دين بعد ذلك لزم مثله في المضمون الحال، ولا يقولون ببطلانه. وأما دعوى إطلاق اسم الدين على المؤجل قبل ثبوته في الذمة دون الحال، فهو تحكم.

(١) التذكرة ١: ٥٩٩.

(٢) السرائر ٢: ٣٨ - ٤٠.

(٣) الصحاح ١: ٦٩.

(٤) منهم ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٥ و ٣١٤، والعلامة في التذكرة ١: ٥٥٩.

الحادية عشرة: إذا أسلف في شيء، وشرط مع السلف شيئا معلوما، صح. ولو أسلف في غنم، وشرط أصواف نعجات معينة، قيل: يصح، وقيل: لا، وهو أشبه.

والحق أن اسم بيع الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا كان العوضان معا دينا قبل المعاوضة، كما لو باعه الدين الذي في ذمته بدين آخر له في ذمته، وفي ذمة ثالث، أو تبايعا دينا في ذمة غريم لأحدهما بدين في ذمة آخر غريم للآخر، ونحو ذلك، لاقتضاء الباء كون الدين نفسه عوضا. والمضمون الذي لم يكن ثابتا في الذمة قبل ذلك لا يعد جعله عوضا ببيع دين بدين. وأما ما يقال: اشترى فلان كذا بالدين، مرادين به أن الثمن في ذمته لم يدفعه، فهو مجاز يريدون به أن الثمن بقي في ذمته دينا بعد البيع. ولولا ذلك لزم مثله في الحال، لاطلاقهم فيه ذلك. نعم الدين المبيع يطلق عليه اسم الدين قبل حلوله وبعده، فلا بد في المنع من دين آخر يقابله. فظهر أن ما اختاره المصنف من جواز ذلك على كراهية أوضح، وإنما كره خروجنا من خلاف من منع منه.

قوله: "ولو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات معينة قيل: يصح، وقيل: لا، وهو أشبه".

القول بالمنع لابن إدريس (١). وهو مبني على المنع من بيع الصوف على ظهور الغنم استقلالا، بناء على أنه موزون لم يعلم كميته. وقد تقدم (٢) الكالأ فيه، وأن الأقوى الجواز مع المشاهدة. ويمكن بناؤه أيضا على اشتراط الأجل في عقد السلم، والأصواف المعنية هنا حالة، فيكون بعض السلم حالا، وابن إدريس صرح بالمنع منه أيضا. والأصل ممنوع، ولو سلم فاشتراط الأصواف هنا ليس سلما، بل شرط فيه، وهو جائز، كما تقدم في صدر المسألة من جواز شرط المعلوم مع السلم. وهو هنا كذلك. وحينئذ فالجواز - مع مشاهدة الصوف وشرط جزه حالا أو الاطلاق - قوي.

(١) السرائر ٢: ٣١٦.

(٢) في ص ١٨١.

ولو شرط أن يكون الثوب من غزل امرأة معينة، أو الغلة من قراح بعينه، لم يضمن.

ولو شرط تأجيل الجز إلى أجل السلم، فلا يخلو إما أن يشترط دخول المتجدد أولاً. وفي الأول يحتمل الصحة، لأنه شرط مضبوط. وقد صرح جماعة من الأصحاب (١) بجواز مثل ذلك في الصوف واللبن استقلالاً. ونحن فيما سلف (٢) شرطنا فيه كون المجهول تابعاً، حينئذ لا إشكال أيضاً مع الشرط. وفي الثاني بينى على أمرين:

أحدهما: أن شرط تأجيل الثمن إذا كان عيناً هل هو جائز أم لا؟ والحق جوازها، بل ادعى عليه في التذكرة (٣) الاجماع. ومثله الثمن المعين. والثاني: أن اختلاط مال البائع بالمبيع هل هو مانع من صحة البيع أم لا؟ ولا شبهة في عدم منعه. وقد تقدم (٤) نظيره فيمن اشترى لقطعة أو جزءاً وأخر قطعها فامتزجت بمال البائع. وحينئذ فطريق التخلص الصلح. وهذه الوجوه كلها متوجهة شرعاً إلا أنها غير محررة في كلامهم، وإنما ذكروا أصل المسألة واختلفوا فيها. نعم، ذكر بعض المتأخرين (٥) هنا أن شرط تأجيل الجز إلى أمد السلف باطل قولاً واحداً. وكأنه نظر إلى ظاهر ما وقع فيه الخلاف، وإلا فدعوى الاجماع هنا في حيز المنع.

قوله: " ولو شرط أن يكون الثوب من غزل امرأة معينة أو الغلة من قراح بعينه لم يضمن "

أي لم يصح السلم، فلا يضمن المسلم فيه، لأن الضمان لازم للصحة،

(١) منهم الشيخ في النهاية: ٣٩٩، والعلامة في المختلف: ٣٦٦.

(٢) في ص ١٨١.

(٣) التذكرة ١: ٥٥٥.

(٤) لم نجد في ما سبق وإنما مر الكلام حول اختلاط مال المشتري بمال البائع بصورة عامة ص ٢٤٤.

(٥) في هامش "ه" و"و" و"ن" و"و": (هو الشيخ أحمد بن فهد في المهذب بخطه قدس سره). راجع المهذب

البارع ٢: ٤٧٨.

المقصد الرابع: في الإقالة.
وهي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما.

فأطلق اللازم وأراد الملزوم. ووجه عدم الصحة إمكان أن لا يتفق ذلك للمرأة، بأن تمرض، أو تموت، أو تترك العمل، إمكانا مساويا لنقيضه. وكذا القراح يمكن أن يخنس، أو لا يظهر منه ما يطابق الوصف. والضباط اعتبار ما لا يتخلف عنه المسلم فيه عادة، كالبلد الكبير بالنسبة إلى الأرض والأهل.
قوله: " المقصد الرابع في الإقالة "

جعل الإقالة من مقاصد السلف غير حسن، فإنها لا تختص به، بل ولا بباب البيع، لجريانها في سائر العقود المتقومة من الجانبين بالمال. فكان الأولى جعلها قسما برأسه بعنوان خاص، كالتمتة لباب البيع، حيث إنه الركن الأعظم لمتعلقها. وأبعد منه جعله القرض ودين المملوك من مقاصد السلف أيضا، كما سيأتي. ولقد كان الصواب جعله كتابا منفردا، لا من فصول البيع ومقاصده فضلا عن السلف.
قوله: " وهي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما "

نبه بقوله " فسخ " على خلاف بعض العامة (١)، حيث زعم أنها بيع مطلقا، وعلى بعض آخر، حيث زعم أنها بيع إن وقعت بلفظ الإقالة، وفسخ إن وقعت بلفظة، فيلحقها أحكامه. بقوله " في حق المتعاقدين وغيرهما " على خلاف بعضهم أيضا، حيث زعم أنها بيع بالنسبة إلى الشفيع خاصة، فيستحق الشفعة بها، وإن كانت فسخا في حق المتعاقدين. وبطلانه ظاهر، إذ لا يطلق عليه اسم البيع في جميع الصور، وللبيع ألفاظ خاصة ليست منها.

وصيغتها أن يقول كل منهما: تقايلنا، أو تفاسخنا. أو يقول أحدهما: أقلتك، فيقبل الآخر. ولا فرق في ذلك بين النادم وغيره. ولا يكفي التماس أحدهما عن

(١) في هامش " ه " و " ن " و " و " و " و " ك " : " القائل بأنها بيع في حق غير المتعاقدين أبو حنيفة، والقائل بالتفصيل بالفسخ وغيره بعض الشافعية، والقائل بأنها بيع مطلقا جماعة منهم مالك والشافعي في القديم " وفي " ك " : منه رحمه الله. وفي " و " : بخطه قدس سره. انظر المجموع ٩ : ٢٦٩ و ١٣ : ١٦٠ والمحلى لابن حزم ٩ : ٢ - ٤ .

ولا تجوز الإقالة بزيادة عن الثمن ولا نقصان. وتبطل الإقالة بذلك، لفوات الشرط.

وتصح الإقالة في العقد، وفي بعضه، سلما كان أو غيره. فروع ثلاثة

الأول: لا تثبت الشفعة بالإقالة، لأنها تابعة للبيع.

قبوله. ولا يعتبر فيها سبق الالتماس بل لو ابتدأ أحدهما بالصيغة فقبل الآخر صح. قوله: " ولا يجوز الإقالة بزيادة عن الثمن ولا نقصان وتبطل بذلك "

لما كانت الإقالة فسحا فمقتضاه رجوع كل عوض إلى صاحبه، فإذا شرط فيها زيادة أو نقصان في أحد العوضين فقد شرط فيها ما يخالف مقتضاها، فيفسد الشرط، ويترتب عليه فسادها، كما في كل شرط فاسد، لأنهما لم يتراضيا على الفسخ إلا على ذلك الوجه، ولم يحصل. ولا فرق في المنع من الزيادة والنقيصة بين العينية والحكومية، فلو أقاله على أن ينظره بالثمن، أو يأخذ الصحاح عوض المكسر ونحوه، لم يصح. قوله: " وتصح الإقالة في العقد، وفي بعضه، سلما كان أو غيره "

نبه بالتسوية بين السلم وغيره على خلاف بعض العامة (١)، حيث منع من الإقالة في بعض السلم، لأنه حينئذ يصير سلما وبيعا، وقد نهى النبي (٢) صلى الله عليه وآله وسلم عنه. وبطلانه ظاهر، وإطلاق الإذن في الإقالة - بل استحبابها - يشمل الكل والبعض. ومتى تقايلا في البعض اقتضى تقسيط الثمن على المثلين، فيرتجع في نصف المبيع نصف الثمن، وفي ربه برعه، وهكذا. قوله: " لا تثبت الشفعة بالإقالة، لأنها تابعة للبيع "

(١) في هامش " و " و " ن " : هو مالك بن أنس. بخطه قدس سره. راجع بداية المجتهد ٢ : ٢٠٦.
(٢) الفقيه ٤ : ٤، التهذيب ٧ : ٢٣٠ ح ١٠٠٥، الوسائل ١٢ : ٢٦٦ ب (١٢) من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١٢.

الثاني: لا تسقط أجره الدلال بالتقاييل، لسبق الاستحقاق.
الثالث: إذا تقايلا رجع كل عوض إلى مالكة. فإن كان موجودا
أخذه، وإن كان مفقودا ضمن بمثله إن كان مثليا، وإلا بقيمته، وفيه وجه
آخر.

قد تقدم الكلام في ذلك. وهذا بمنزلة التفريع على ما سبق من الحكم على
أنها ليست بيعة في حق المتعاقدين وغيرهما، كما أن الخصم فرع الثبوت على ما حكم
به.

قوله: " لا تسقط أجره الدلال بالتقاييل، لسبق الاستحقاق ".
أي استحقاقه الأجرة، فإنه كان على السعي المتقدم، وقد حصل. ومثله أجره
الكيال والوزان والناقذ.

قوله: " فإن كان موجودا أخذه - إلى قوله - وفيه وجه آخر ".
يدخل في الموجود ما حصل له نماء منفصل، فإنه لا يرجع به بل بأصله. أما
المتصل فيتبع الأصل. والولد منفصل وإن كان حملا. أما اللبن في الضرع ففي كونه
متصلا نظرا. وأما الصوف والشعر قبل الجز فالظاهر أنه متصل، مع احتمال كونه
كاللبن. ولو وجده معيبا أخذ أرش عيبه مطلقا، لأن الجزء الفائق بمنزلة التالف،
فيضمن كما يضمن الجميع.

ولو وقعت الإقالة بعد أن أحدث المشتري حدثا، فما وقع منه بأعيان من عنده
فهو له. ولو كانت من المبيع، فإن زاد بفعله - كالعمارة - فهي للبائع، وللمشتري
ما زاد بفعله، بأن يقوم قبل الأحداث وبعده. ويرجع بالتفاوت (١).
والمعتبر في قيمة القيمي يوم تلف العين، كنظائره، لأن الضمان متعلق بالعين
ما دامت، فإذا تلفت تعلق بقيمتها يومئذ، مع احتمال اعتبار يوم القبض، ويوم
الإقالة، والأعلى. والوجه الآخر الذي أجمله المصنف هو أن القيمي يضمن بمثله

(١) في هامش " و " و " ك " و " ن ": " ينبغي مراجعة النظر في هذه الفروع، لأن الأصحاب لم يذكروها.
بخطه
قدس سره ".

المقصد الخامس: في القرض. والنظر في أمور ثلاثة:
الأول: في حقيقته. وهو عقد يشتمل على إيجاب، كقوله:
" أقرضتك "

أيضا. وهو ضعيف.

قوله: " المقصد الخامس في القرض "

وهو بفتح القاف وكسرهما.

قوله: " وهو عقد يشتمل على ايجاب "

لا شبهة في اشتراط الايجاب والقبول فيه بالنسبة إلى تحقق الملك، أن قلنا إنه يملك بهما وبالقبض. ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف كان قبله بمنزلة الإباحة، فينبغي أن لا يتوقف على العقد، إلا أن يقال: إن ترتب الأثر بعد التصرف - على الوجه الآتي المغاير للإباحة - يتوقف على ما يدل عليه وهو العقد. وعلى القول بالاكْتفاء في البيع بالمعاطاة يكتفى بها هنا بطريق أولى، من حيث إنه عقد جائز يدخله من الرخص ما لا يدخل في العقد اللازم. وعلى هذا فالمعاطاة تفيد فيه إباحة التصرف كالبيع، ولا يتحقق الملك التام إلا بالتصرف.

والكلام في كونه إباحة محضة أو عقدا متزلزلا ما مر في البيع، إلا أنه يشكل هنا بأنه لا معنى للعقد المتزلزل إلا ما يفيد جواز رجوع كل واحد فيه. وهذا المعنى حاصل وإن كانت الصيغة تامة. ويمكن اندفاع ذلك بأن معنى جواز رجوع كل منهما ليس على حد العقود الجائزة المحضة، كالعارية والوديعة، فإن الرجوع في تلك يوجب أخذ عين المال، بخلافه هنا، فإنه إنما يفيد وجوب تخلص المقرض من حق المقرض بمطالبتة بتلك العين أو غيرها - كما سيأتي - فليس ذلك في الحقيقة فسخا للعقد، بل مطالبة بالحق الثابت في الذمة. نعم، على القول بوجوب رد العين الباقية لو طلبها المالك يتجه كونه عقدا جائزا محضا، لكن سيأتي ضعفه. ومعه يشكل كونه عقدا جائزا، فإن مطالبتة المقرض للمقرض بما في ذمته متى شاء أمر آخر غير كون العقد جائزا أو لازما.

أو ما يؤدي معناه، مثل " تصرف فيه " أو " انتفع به وعليك رد عوضه " .

قوله: " أو ما يؤدي معناه - إلى قوله - وعليك رد عوضه " .
من المؤدي لمعناه: خذ هذا - أو اصرفه، أو تملكه، أو ملكتك، أو أسلفتك،
ونحوه - وعليك رد عوضه، أو مثله، ونحو ذلك. والحاصل أن صيغته لا تنحصر في
لفظ، كالعقود الجائرة، بل كل لفظ دل عليه كفى، إلا أن " أقرضتك " صريح في
معناه، فلا يحتاج إلى ضمنية " عليك رد عوضه " ونحوه، وغيره يحتاج إليها. فلو تركها
وكان بلفظ التمليك أفاد الهبة، وإن لم يطلع على قصده، لأنه صريح فيها. وإن كان
بلفظ السلف ونحوه كان فاسدا لا يترتب عليه حكم عقد، لأنه حقيقة في السلم ولم
يجمع شرائطه. وإن كان بغيره من تلك الألفاظ الدالة على الإباحة فهو هبة مع قصد
الموجب لها لا بدونه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. فلو اختلفا في القصد فالقول قوله،
لأنه أبصر به.

أما لو اختلفا في قصد الهبة مع تلفظه بالتمليك فقد قطع في التذكرة (١) بتقديم
قول صاحب المال، محتجا بأنه أعرف بلفظه، وأن الأصل عصمة ماله، وعدم
التبرع، ووجوب الرد على الآخذ لقوله صلى الله عليه وآله: " على اليد ما
أخذت حتى تؤدي " (٢). ثم احتمل تقديم دعوى الهبة قضية للظاهر من أن التمليك
من غير عوض هبة. وتوقف في القواعد (٣).

ويشكل ما احتج به على الأول بأن لفظ التمليك حقيقة في الهبة، لأنه تمام
مفهومه الشرعي. وأما كونه بمعنى القرض فيفتقر إلى ضمنية أخرى، فيكون جزء
مفهومه. فاطلاقه عليه معنى مجازي لا يصار إليه إلا بقريضة، والفرض انتفاؤها. ولا
شبهة في أن دعوى خلاف الظاهر والحقيقة في سائر العقود لا التفات إليها. والقصد

(١) التذكرة ٢ : ٥ .

(٢) سنن الترمذي ٣ : ٥٦٦ ح ١٢٦٦، مسند أحمد ٥ : ١٢، سنن البيهقي ٦ : ٩٥، سنن ابن

ماجة ٢ : ٨٠٢ ح ٢٤٠٠ .

(٣) قواعد الأحكام ١ : ١٥٧ .

وعلى قبول، وهو اللفظ الدال على الرضا بالايجاب، ولا ينحصر في
عبارة.

وفي القرض أجر، ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً.

وإن كان معتبراً إلا أن الظاهر في الألفاظ الصريحة اقترانها بالقصد، فيحمل الاقرار
عليه. ومن هنا أجمعوا على أنه لو ادعى عدم القصد إلى البيع ونحوه مع تصريحه بلفظه
لم يلتفت إليه.

وبهذا يظهر ضعف باقي أدلته، فإن أصالة العصمة قد انقطعت بما وقع من
اللفظ الصريح. ومثله القول في الحديث، فإن مع وجود السبب الناقل للملك
شرعاً، الراجع للضمان، يخرج موضع النزاع عن ذلك.
قوله: " وعلى قبول، وهو اللفظ الدال على الرضا بالايجاب، ولا
ينحصر في عبارة "

الكلام هنا كما مر في أن ذلك شرط في صحة العقد على وجه يترتب عليه جميع
ما يأتي من آثاره، فلا ينافي وقوعه معاطاة على ذلك الوجه. وهل يقوم القبول الفعلي هنا
مقام

القول؟ الظاهر ذلك بالنسبة إلى إباحة التصرف. وفي الاكتفاء به في تمام الملك نظر.
وقطع جماعة (١) بالاكتفاء به مطلقاً.
قوله: " وفيه أجر "

لا شبهة في ثبوت الأجر فيه، لما فيه من معونة المحتاج كما ذكر، والمعانة على
البر، وكشف كربة المسلم، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله: " من
كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة " (٢).
وعن الصادق عليه السلام: قال: قال النبي صلى الله عليه وآله: " ألف درهم
أقرضها مرتين أحب إلي من أن أتصدق بها مرة " (٣). وروي " أن درهم الصدقة

(١) راجع الدروس: ٣٧٥ وجامع المقاصد ٥: ٢٠.

(٢) مسند أحمد ج ٢: ٩١.

(٣) ثواب الأعمال: ١٦٧ ح ٥، التهذيب ٦: ١٩٢ ح ٤١٨، الوسائل ١٣: ٩٠ ب (٨) من
أبواب الدين والقرض ح ٥.

بعشرة، ودرهم القرض بثمانية عشر " (١). إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على عظم ثوابه. وحينئذ فتنكير المصنف للأجر إما للتعظيم من قبيل " له حاجب عن كل أمر يشينه " أو للتكثير من قبيل " إن له إبلا وإن له غنما ". وفي ظاهر الخبرين الأخيرين تدافع. وطريق التأليف حمل الصدقة الراجعة عليه على صدقة خاصة، كالصدقة على الأرحام والعلماء والأموات، والمرجوحة على غيرها. فقد روي أنها على أقسام كثيرة، منها ما أجره عشرة ومنها سبعون وسبعمئة إلى سبعين ألفا.

وقد روي أيضا أن القرض أفضل من الصدقة بمثله في الثواب، ذكره الشيخ (٢) رحمه الله، ونقله في كتب الفقه جماعة منهم العلامة في كتبه (٣). وهو يحتمل أمرين:

أحدهما - وهو الظاهر - : أن الجار في " بمثله " يتعلق ب " أفضل " . والمعنى: أن القدر المقرض أفضل من المتصدق به بمقدار مثله في الثواب، فالصدقة لما كان القدر المعروف من ثوابها والمشارك بين جميع أفرادها عشرة فيكون درهم القرض مثلا بعشرين، إلا أنه يرجع إلى ثمانية عشر ويوافق الخبر السالف، وذلك لأن الصدقة بدرهم مثلا ما صارت عشرة وحصلت لصاحبها حتى أخرج درهما ولم يعد إليه، فالثواب الذي كسبه في الحقيقة تسعة، فيكون القرض بثمانية عشر، لأنه أفضل منه بمثله، لأن درهم القرض يرجع إلى صاحبه، والمفاضلة إنما هي في الثواب والمكتسب. وعلى هذا فالجار في قوله في الخبر: " في الثواب " متعلق ب " أفضل " أيضا، لأن المفاضلة في الحقيقة ليست إلا فيه، وإن كان الحكم جاريا على القرض والصدقة، إلا أن الثواب لازم لهما. فالتقدير بمثل المتصدق به يستلزم التقدير بمثل ثوابه. وحينئذ فلا يرد ما قيل من أنه على هذا التقدير يلزم استدراك قوله " في الثواب " لأن

(١) تفسير أبي الفتوح ٢: ٢٨١، وعنه مستدرک الوسائل ١٣: ٣٩٥ ح ٣.

(٢) النهاية: ٣١١.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٥٦، تحرير الأحكام ١: ١٩٩، التذكرة ٢: ٤.

والاقتصار على رد العوض، فلو شرط النفع، حرم ولم يفد الملك.

الأفضلية لا تكون إلا باعتباره. فإنه - على تقدير تسليمه - يجوز كون القيد لبيان الواقع، من قبيل قتل النبيين بغير حق، ويطير بجناحيه. ومن أن المتفاضل فيه هو مقدار الثواب المتصدق به، لا مقدار مثله، لما بيناه من التلازم بينهما. والأمر الثاني: أن الجار في قوله " بمثله " متعلق ب " الصدقة " فيكون المعنى أن القرض بشئ أفضل من الصدقة بمثل ذلك. وقوله " في الثواب " متعلق ب " أفضل ".
وحينئذ فإنما يدل على أرجحية القرض على الصدقة مطلقا، لا على تقدير الرجحان. وهو محتمل بحسب اللفظ، إلا أن الأول ألطف وأوفق بمناسبة الخبر الآخر، ويشتمل على سر لطيف وبلاغة في الكلام تناسب حال الكلام الصادر عن مشكاة النبوة التي أوتيت جوامع الكلم.

واعلم أن تحقق أصل الثواب في القرض، فضلا عن أفضليته بوجه، إنما يكون مع قصد المقرض بفعله وجه الله تعالى، كما في نظائره من الطاعات التي يترتب عليها الثواب، فلو لم يتفق هذا القصد، سواء قصد غيره من الأغراض الدنيوية والريائية أم لم يقصد، لم يستحق عليه ثوابا، كما لا يخفى.
قوله: " والاقتصار على رد العوض... الخ ".
الأولى كون " الاقتصار " خبر مبتدأ محذوف تقديره " وشرطه الاقتصار " ونحوه، فيكون عطف جملة، إذ لم يتقدم من المفردات ما يحسن عطف هذا المفرد عليه، سيما بتفريع قوله: " فلو شرط النفع حرم عليه " فإن أربط ما سبق به قوله " معونة " وبعطفه عليها مجرورا يكون علة للأجر (١)، وذلك لا يستلزم الحكم بتحريم شرط النفع. وهو واضح.
قوله: " فلو شرط النفع حرم ولم يفد الملك ".
هذا الحكم إجماعي. ومستنده ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه

(١) كذا في أكثر النسخ مع اختلاف فيها. وفي " ه " : " فإذا ربط بما سبق من قوله " معونة " وعطف عليها مجرورا تكون علة للأجر.

نعم لو تبرع المقترض، بزيادة في العين أو الصفة، جاز.

قال: " كل قرض يجر منفعة فهو حرام " (١) والمراد مع الشرط، إذ لا خلاف في جواز التبرع بالزائد، وغيره من الأخبار.

ولا فرق في النفع بين كونه عينا وصفة ولا بين الربوي وغيره عندنا، لاطلاق النصوص (٢)، ولأن الغرض من القرض مجرد الارفاق والاحسان، بخلاف البيع. ومتى فسد العقد لم يجرز للمقترض أخذه، فلو قبضه كان مضمونا عليه كالبيع الفاسد، للقاعدة المشهورة من أن كل ما ضمن بصحيحة ضمن بفاسده. خلافا لابن حمزة (٣) هنا، فإنه ذهب إلى كونه أمانة. وهو ضعيف.

قوله: " نعم لو تبرع المقترض - إلى قوله - جاز ".

لا فرق في الجواز بين كون ذلك من نيتها وعدمه، ولا بين كونه معتادا وعدمه. بل لا يكره قبوله، للأصل، ولإطلاق النصوص بذلك. وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اقترض بكرا (٤) فرد بازلا رباعيا، وقال: " إن خير الناس أحسنهم قضاء " (٥). وروي مثله كثيرا عن الصادق عليه السلام (٦). وبذلك يجمع بين ما تقدم من النهي عن قرض جر منفعة، وبين ما روي عن الصادق عليه السلام أن خير القرض الذي يجر المنفعة (٧).

إذا تقرر ذلك فإن كانت الزيادة حكومية، كما لو دفع الجيد بدل الرديء، أو الكبير بدل الصغير كما صنع النبي صلى الله عليه وآله، ملكه المقرض

(١) سنن البيهقي ٥: ٣٥٠ وفيه: " فهو وجه من وجوه الربا ".

(٢) انظر الوسائل ١٢: ٤٧٦ ب (١٢) من أبواب الصرف، و ب (١٢) من أبواب الربا.

(٣) الوسيلة: ٢٧٣.

(٤) في هامش " و " و " ه " و " ن ": " البكر: الفتى من الإبل. البازل: الذي تم له ثمان سنين، ثم يقال له بازل عام وبازل عامين، وهكذا كلما زاد سنه. منه نور الله مرقدته ".

(٥) سنن البيهقي ٥: ٣٥١ - ٣٥٣.

(٦) الوسائل ١٢: ٤٧٦ ب (١٢) من أبواب الصرف.

(٧) الكافي ٥: ٢٥٥ ح ٢، التهذيب ٦: ٢٠٢ ح ٤٥٣، الاستبصار ٣: ٩ ح ٢٢، الوسائل

١٣: ١٠٤ ب (١٩) من أبواب الدين والقرض ح ٥.

ولو شرط الصحاح عوض المكسرة، قيل: يجوز، والوجه المنع.

ملكا مستقرا بقبضه، وكان بأجمعه استيفاء.

وإن كانت عينية كما دفع اثنا عشر من عليه عشرة، ففي كون المجموع وفاء كالحكمي، بناء على أنه معاوضة عما في الذمة، غايته كونه متفاضلا وهو جائز بالشرط، وهو عدم الشرط، أو يكون الزائد بمنزلة الهبة، فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه على بعض الوجوه الآتية، التفاتا إلى أن الثابت في الذمة إنما هو مقدار الحق، فالزائد تبرع خالص وإحسان محض وعطية منفردة، احتمالا. ولم أقف فيه على شيء. ولعل الثاني أوجه، خصوصا مع حصول الشك في انتقال الملك عن مالكه على وجه اللزوم.

قوله: " ولو شرط الصحاح عوض المكسرة... الخ "

هذا الشرط جزئي من جزئيات ما تقدم. وقد عرضت فساد شرطه والقرض. والقول بالجواز هنا وإخراج هذا الفرد من القاعدة للشيخ - رحمه الله - في النهاية (١)، وتبعه عليه جماعة (٢)، استنادا إلى صحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة فيأخذ من الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه، قال: " لا بأس ". وذكر ذلك عن علي عليه السلام (٣). ولا يخفى بعده عن الدلالة على المدعى، إذ ليس فيه أنه شرط ذلك، فيحمل على ما لو لم يشترط. بل الظاهر هنا (٤) ذلك جمعا. وقد تقدم جواز أخذ الزائد قدرا ووصفا مع عدم الشرط. وحينئذ فالقول ضعيف. والمراد بالطازج الخالص وبالغلة غيره. وقد تقدم في الصرف.

(١) النهاية: ٣١٢.

(٢) منهم ابن البراج كما في المختلف: ٤١٥، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٧٣.

(٣) الكافي ٥: ٢٥٤ ح ٤، الفقيه ٣: ١٨١ - ١٨٢ ح ٨٢١، التهذيب ٦: ٢٠١ ح ٤٥٠،

الوسائل ١٢: ٤٧٧ ب (١٢) من أبواب الصرف ح ٥.

(٤) كذا في " ه " وفي غيرها (منها).

الثاني: ما يصح إقراضه. وهو كل ما يضبط وصفه وقدره، فيجوز إقراض الذهب والفضة وزنا، والحنطة والشعير كيلا ووزنا، والخبز وزنا وعددا، نظرا إلى المتعارف.

قوله: " فيجوز اقتراض الذهب والفضة وزنا والحنطة والشعير كيلا ووزنا "

الضابط في المثلي اعتبار ما يعتبر في السلم من الكيل والوزن والعدد، فيجوز اقتراض المكيل وزنا لأنه أضبط، والموزون كيلا مع عدم الاختلاف المؤدي إلى الجهالة، بأن يكون قطعا كبيرا يتجافى في المكيال، ونحو ذلك. وحينئذ فلو اقترض المقدر (المعتبر) (١) غير معتبر لم يفد الملك، ولم يحز التصرف فيه، وإن اعتبره بعد ذلك. ولو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه، ويخلص منه بالصلح، كما هو وارد في كل ما يجهل قدره. وسيأتي الخلاف في بعض الموارد التي لا يصح السلم فيها، لعدم انضباطها بالوصف.

قوله: " والخبز وزنا وعددا "

لا شبهة في جواز اقتراض الخبز وزنا، لانضباطه. وإنما الكلام في العدد، فعندنا أنه جائز أيضا، للعادة، ولرواية الصباح بن سيابة عن الصادق عليه السلام (٢). ويظهر من التذكرة (٣) أنه عندنا إجماعي. ويغتفر التفاوت اليسير المتسامح بمثله عادة. ومثله الجوز والبيض.

وشرط في الدروس (٤) في جواز اقتراض الخبز عددا عدم علم التفاوت، وإلا اعتبر وزنا. وينبغي تقييده بتفاوت لا يتسامح به عادة، لا مطلق التفاوت لتحققه غالبا. والرواية مصرحة بالجواز معه.

(١) في " ه " فقط.

(٢) الفقيه ٣: ١١٦ ح ٤٩٣، الوسائل ١٣: ١٠٩ ب (٢١) من أبواب الدين والقرض ح ١.

(٣) التذكرة ٢: ٥.

(٤) الدروس: ٣٧٦.

وكل ما يتساوى أجزاؤه، يثبت في الذمة مثله، كالحنطة والشعير،
والذهب والفضة.
وما ليس كذلك يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم. ولو قيل يثبت
مثله أيضا، كان حسنا.

قوله: " وكل ما يتساوى أجزاؤه يثبت في الذمة مثله كالحنطة ".
أشار بذلك إلى ضابط المثلي، وهو ما تتساوى أجزاؤه في القيمة والمنفعة،
وتتقارب صفاته، بمعنى أن قيمة نصفه تساوي قيمة النصف الآخر، وتقوم مقامها
في المنفعة، وتقاربها في الوصف، وهكذا كل جزء بالنسبة إلى نظيره لا مطلقا، وذلك
كالحبوب والأدهان. وقد جرت العادة بتحقيق ذلك في باب الغصب، إلا أن المصنف
- رحمه الله - أشار هنا إلى الفرق لمكان الحاجة إليه.
ولا خلاف في اعتبار المثل في المثلي مع وجوده، ومع تعذره ينتقل إلى القيمة.
وفي اعتبار يوم القرض، أو التعذر، أو المطالبة، أو وجهه. أوجهها الأخير، لأنه وقت
الانتقال إلى القيمة، إذ الثابت في الذمة إنما هو المثل إلى أن يطالب به.
ووجه الأول سبق علم الله بتعذر المثل وقت الأداء، فيكون الواجب حينئذ هو
القيمة. وضعفه ظاهر، إذ لا منافاة بين وجوب المثل وقت القرض، طردا للقاعدة
الاجتماعية، والانتقال إلى القيمة عند المطالبة لتعذره.
ووجه الثاني أنه وقت الانتقال إلى البدل الذي هو القيمة. وفيه أن التعذر
بمجردة لا يوجب الانتقال إلى القيمة، لعدم وجوب الدفع حينئذ، فيستحب
الواجب إلى أن يجب دفعه بالمطالبة، فحيث لم يوجد الآن ينتقل إلى قيمته.
قوله: " وما ليس كذلك - إلى قوله - كان حسنا ".
الكلام (١) هنا في موضعين:
أحدهما: أن الواجب في عوض القيمي - وهو ما يختلف أجزاؤه في القيمة
والمنفعة كالحيوان - ما هو؟ أقوال:

(١) في هامش " و " و " ن ": " هذه المسألة لم يذكرها في المختلف مع أن الخلاف فيها شهير. منه ره "

أحدها - وهو المشهور - : قيمته مطلقا، لعدم تساوي أجزائه (١)، واختلاف صفاته، فالقيمة فيه أعدل. وهو قول الأكثر.

وثانيها: ما مال إليه هنا، ولعله أفتى به، إلا إنه لا قائل به من أصحابنا، كما يشعر به قوله (ولو قيل)، وهو ضمانه بالمثل مطلقا، لأن المثل أقرب إلى الحقيقة. وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى (٢)، وحكم بضمن عائشة إناء حفصة وطعامها - لما كسرت ذهب الطعام - بمثلها (٣). والخبران عاميان، ومع ذلك فهما حكاية حال لا تعم، فلعل الغريم رضي بذلك. وموردهما مطلق الضمان. وعورضا بحكمه صلى الله عليه وآله بالقيمة في معتق الشقص (٤).

وثالثها: ضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف، وهو ما يصح السلم فيه، كالحيوان والثياب، وضمن ما ليس كذلك بالقيمة، كالجواهر والقسى. اختاره في التذكرة (٥)، محتجا على الأول بأن النبي صلى الله عليه وآله استقرض بكرا فرد بازلا، وأنه استقرض بكرا فأمر برد مثله (٦).

وفيه - على تقدير صحة السند - أن مطلق الدفع أعم من الوجوب، ولا شبهة في جواز ذلك مع التراضي، كيف وقد زاده خيرا فيما دفع. وما أمر به - لو صح - لم يقع، إذ لم ينقل ذلك، فلا يدل على تحقق البراءة به، بل يجوز كونه مشروطا بالتراضي. والأقوى المشهور.

والثاني: على تقدير اعتبار القيمة مطلقا، أو على بعض الوجوه، فالمعتبر قيمته وقت التسليم، على ما اختاره المصنف هنا، لأنه وقت الملك، لما سيأتي من أن الأقوى

(١) كذا في "ه" وفي غيرها (جزئياته).

(٢) سنن البيهقي ٦ : ٩٦.

(٣) سنن البيهقي ٦ : ٩٦.

(٤) سنن البيهقي ١٠ : ٢٧٤.

(٥) التذكرة ٢ : ٥.

(٦) سنن البيهقي ٥ : ٣٥٣.

تحققه بالقبض، فيكون وقت الثبوت في الذمة. وقيل: وقت القرض، ذكره الفاضل في القواعد (١). وعلمه الشارح (٢) بما ذكرناه سابقا من أنه وقت الثبوت في الذمة. وليس بواضح، إذ لا انتقال إليها قبل القبض عنده. ولعله تجوز في إطلاق القرض على القبض، بناء على الغالب من اتصال القبض باللفظ الدال على القرض الذي هو الإيجاب. ومن أن القبض هو القبول، بناء على الاكتفاء بالفعلي، كما اختاره، وهو الغالب في العادة، فيكون القرض مستلزما للقبض عادة أو غالبا. وقيل: الاعتبار بالقيمة وقت التصرف، بناء على انتقال الملك به. وسيأتي. ولا اعتبار بقيمته يوم المطالبة هنا قولاً واحداً، إلا على القول بضمانه بالمثل، ويتعذر فيعتبر يوم المطالبة، كالمثلي على أصح الأقوال. وقد تقدم (٣). قوله: " ويجوز اقتراض الجوّاري " .

لا خلاف عندنا في جواز اقتراض الجوّاري، للأصل، والضبط، وجواز السلف فيهن، فجاز قرضهن كالعييد. وخالف في ذلك بعض العامة (٤)، مع إطباقهم على جواز اقتراض العبد والجارية التي لا يحل للمقترض وطؤها بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

وحيث جاز اقتراضها يحل وطؤها بالقبض، كما يباح غيره من المنافع، إن قلنا بانتقال الملك بالقبض، ولو أوقفنا على التصرف لم يحل. ولو كانت ممن ينعتق عليه عتقت أيضاً، بناء على ذلك.

وأما ارتجاعها بعد الوطء مع بقاء المماثلة فينبى على ما سلف من ضمان القيمي بمثله أو بقيمة. وأولى بالجواز لو رد العين، لأن الانتقال إلى القيمة إنما وضع بدلا عن العين، فإذا أمكنت ببذل المقترض كانت أقرب إلى الحق من القيمة. وكذا القول

(١) القواعد ١: ١٥٦.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٢٤.

(٣) في ص ٤٤٧.

(٤) راجع المدونة الكبرى ٤: ٢٤، المغني لابن قدامة ٤: ٣٨٥ - ٣٨٦.

وهل يجوز اقتراض اللآلي؟ قيل: لا، وعلى القول بضمان القيمة، ينبغي الجواز.

الثالث: في أحكامه. وهي مسائل:
الأولى: القرض يملك بالقبض لا بالتصرف، لأنه فرع الملك، فلا يكون مشروطا به.

في غيرها.

قوله: " وهل يجوز اقتراض اللآلي... الخ "

القول بعدم الجواز للشيخ - رحمه الله - في المبسوط (١)، بناء على أن الوصف لا يضبطه. وهو يتم على القول بوجوب رد المثل في مثل ذلك. أما على القول بالقيمة فيه أو مطلقا، فالقول بالجواز أجود، لانضباطه بالقيمة. فعلى هذا هل يعتبر في صحة القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حالة العقد، فإن ذلك بمنزلة تقدير ما يقدر بالكيل والوزن، أم يكفي في جواز اقتراضه مشاهدته على حد ما يعتبر في جواز بيعه ويبقى اعتبار القيمة بعد ذلك أمرا وراء الصحة، على المقترض

معرفتها، مراعاة لبراءة ذمته، حتى لو اختلفا في القيمة فالقول قوله؟ وجهان. وإطلاق كلام الأصحاب يدل على الثاني. وللأول وجه، وربما كان به قائل. قوله: " القرض يملك بالقبض... الخ "

هذا هو المشهور بين الأصحاب. وكثير منهم لم يذكروا فيه خلافا (٢). وقيل لا يملك إلا بالتصرف. ونسبه الشهيد (رحمه الله) في بعض حواشيه إلى الشيخ (٣). وفي الدروس (٤) نسب المشهور إلى الشيخ - رحمه الله - وحكى الآخر بلفظ (قيل).

(١) المبسوط ٢: ١٦١.

(٢) كما عن ابن إدريس في السرائر ٢: ٦٠.

(٣) كما نسب إليه أيضا في التنقيح ٢: ١٥٦، والموجود في المبسوط ٢: ١٦١ والخلاف ٣: ١٧٧

التصريح بخلافه. ولعله يستفاد من كلامه في سائر الأبواب. راجع المبسوط ١: ٢٢٩ و

٢٣١. وقد مر الكلام حوله في الجزء الأول: ٤٣٥.

(٤) الدروس: ٣٧٦.

ووجه الأول ما أشار إليه المصنف من أن التصرف فرع الملك وتابع له فيمتنع كونه شرطاً فيه، وإلا لزم كون الشيء الواحد سابقاً على آخر ولا حقاً له، وهو دور. وقد يوجه بوجه آخر، وهو أن التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكاً، لقبح التصرف في مال الغير، ولا يصير ملكاً له حتى يتصرف فيه، فيلزم توقف التصرف على الملك والملك على التصرف. وفيه نظر واضح، لمنع تبعية التصرف للملك مطلقاً وتوقفه عليه، بل يكفي في جواز التصرف إذن المالك فيه، كما في غيره من المأذونات. ولا شك أن الإذن للمقترض حاصل من المالك بالإيجاب المقترن بالقبول، فيكون ذلك سبباً تاماً في جواز التصرف، وناقصاً في إفادة الملك، وبالتصرف يحصل تمام سبب الملك.

ثم إن كان التصرف غير ناقل للملك واكتفينا به فالأمر واضح. وإن كان ناقلاً أفاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة يسيرة، كما في العقد المأمور بعقده عن الآخر غير المالك. بل نقل في الدروس (١) أن هذا القائل يجعل التصرف كاشفاً عن سبق الملك مطلقاً. وعلى هذا فلا إشكال من هذا الوجه.

ويؤيد هذا القول أصالة بقاء الملك على أصله إلى أن يثبت المزيل. وأن هذا العقد ليس تبرعاً محضاً، إذ يجب فيه البدل، وليس على طريق المعاوضات، فيكون كالإباحة بشرط العوض لا يتحقق الملك معه إلا مع استقرار بدله، وكالمعاطاة. ومع ذلك كله فالعمل على المشهور، بل لا يكاد يتحقق الخلاف. وتظهر فائدة القولين في جواز رجوع المقرض في العين ما دامت باقية، ووجوب قبولها لو دفعها المقرض، وفي النماء قبل التصرف إن قلنا بكون التصرف ناقلاً للملك حقيقة أو ضمناً، فإنه يكون للمقترض على المشهور، وللأول على الآخر. ولو قلنا بالكشف احتمال كونه كذلك، بمعنى كون التصرف كاشفاً عن سبق الملك قبله بلا فصل كالملك الضمني. ويمكن - بل هو الظاهر - أن يريد به كونه كاشفاً عن سبق

(١) الدروس: ٣٧٦.

وهل للمقرض ارتجاعه؟ قيل: نعم، ولو كره المقرض، وقيل: لا، وهو الأشبه، لأن فائدة الملك التسلط.

الملك من حين القبض، فالنماء للمقرض على القولين. وتظهر الفائدة أيضا في نفقته لو كان حيوانا، وفي وقت انعناقه لو كان ممن ينعنق على المقرض، وفي جواز وطئ الأمة إذ لم يحصل من اللفظ ما يفيد التحليل ولم يتحقق الملك، ووطئ الأمة منحصر فيهما، بخلاف غيره من التصرفات، مع احتمال جواز الوطئ على القولين، كما لو اشترى الأمة معاطاة.

إذا تقرر ذلك، فالمراد بالتصرف الموجب للملك على هذا القول؟ ليس في كلام أصحابنا تصريح بشيء. وكأن الباعث عليه عدم الاهتمام بشأن القول ليفرع عليه، ولكن تعليقه يشعر بأن المراد بالتصرف، المتلف للعين أو الناقل للملك، كما يستفاد من جعله إباحة إتلاف مضمون. ويظهر من الشهيد - رحمه الله - في بعض تحقیقاته أن المراد مطلق التصرف وإن لم يزل الملك، إلا أنه علل في دروسه (١) القول بما يأتي ذلك (٢).

وفي التذكرة (٣) نقل عن الشافعية في التصرف ثلاثة أوجه. الأول والثاني ما ذكرناهما.

والثالث كل تصرف يستدعي الملك. فلا يكفي الرهن على الثالث. ويكفي هو والإجارة، وطحن الطعام، وخبز الدقيق، وذبح الشاة، على الثاني. ويكفي البيع، والاعتاق، والاتلاف، على الجميع. ولم يرجح شيئا منها. قوله: " وهل للمقرض ارتجاعه... الخ "

الحكم هنا مبني على الخلاف السابق، فإن قلنا إن المقرض لا يملك إلا

(١) الدروس: ٣٧٦.

(٢) في هامش " و " و " ن " : " لأنه علله بقوله: لأنه ليس عقدا محققا، بل هو راجع إلى الإذن في الاتلاف المضمون، والاتلاف يحصل بإزالة الملك أو العين، فهو كالمعاطاة، انتهى. وهذا يدل على إرادة ما نقلناه عن تعليل المصنف. منه ره "

(٣) التذكرة ٢: ٦.

بالتصرف، بأي معنى اعتبرناه، فللمقرض الرجوع في العين قبله، لأنها ملكه. وإن قلنا يملك بالقبض، فهل يمكن القول بذلك؟ ظاهر القواعد (١) عدم، لأنه جعل هذه المسألة مفرعة على تلك بالفاء. ويظهر من المصنف هنا أن الخلاف في هذه المسألة جار وإن قلنا يملك بالقبض. وهذا هو الظاهر.

وتنقيح المسألة أنه على القول يملكه بالقبض لو طالب المقرض عين ماله مع بقائها هل يلزم إجابته؟ قال الشيخ (رحمه الله) (٢) نعم، محتجا بأنه عقد يجوز الرجوع فيه، كالهبة في موضع الجواز (٣). وهذا التعليل ظاهر في كونه متفرعا على ملك المقرض كالهبة. وجوابه المنع من المساواة، فإن ملك المقرض العين يقتضي تسلطه عليها، واللازم له إنما هو العوض، فيتخير فيه. ولا يلزم ثبوت التخير في الهبة بدليل خارج إلحاق غيرها بها.

ويمكن تعليقه أيضا بالاتفاق على أن القرض عقد جائز، ومن شأن العقد الجائز أن من اختار فسخه رجع إلى عين ماله لا إلى عوضه، كالهبة والبيع يختار. فلو جاز فسخ الغرض من دون أخذ العين لأدى إلى لزومه، لأن العوض الثابت في الذمة - في الحقيقة - هو أحد العوضين في هذه المعاملة من قبل المقرض، والعوض الآخر هو العين المنتقلة من القرض، ومقتضى فسخ العقد الجائز بالأصل أو بالعارض أن يرجع كل منهما إلى عوضه مع بقاءه وإلى بدله مع تلفه، فخرج هذا العقد عن هذا الحكم - مع جوازه - لا وجه له. وأما رجوعه بالعوض الذي يثبت في ذمة المقرض بالقبض فهو أحد عوضي المعاوضة كما ذكرناه، وانحصار الحق فيه إنما يناسب لزوم المعاوضة لا جوازها. وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه.

نعم في التذكرة لما نقل عن بعض الشافعية القول بجواز الرجوع في العين -

(١) القواعد ١: ١٥٦.

(٢) المبسوط ٢: ١٦١.

(٣) في هامش "و" و"و" ن: " هذه الحجة نقلها عنه في المختلف منه ره "

محتجا بأن المقرض يتمكن من أخذ بدل حقه، فلأن (١) يتمكن من مطالبته بعينه أولى، ولا ينافيه ملك غيره له، كما يرجع الواهب في الهبة - أجاز بأن القبض أو جب الانتقال إلى الذمة، كما يملك البائع الثمن بعقد البيع، وليس له الرجوع في العين. قال: " والفرق بينه وبين الهبة أن الواهب ليس له الرجوع على المتهد بعوض الهبة، بخلاف القرض ". انتهى (٢).

وأنت خبير بجواب هذا كله إذا أحطت بما حررناه. واستشهاده على ذلك بالبيع عجيب، فإن البيع من العقود اللازمة، بخلاف القرض. ولو فرض جوازه كالبيع بخيار فإن الفاسخ يرجع إلى عين ماله، كما بيناه، ويصير مناسباً للقرض، لا ما استشهد به.

وأما فرقه بينه وبين الهبة بما ذكر فهو حق إلا أنه لا يفيد المطلوب، لأن الهبة عطية محضة لا يقابلها من الجانب الآخر عوض لازم، بخلاف القرض، فإذا رجع الواهب في الهبة لا مجال له إلا في عين ماله، وإذا رجع المتهد تعين عليه رد العين، إذ ليس غيرها، بخلاف القرض، فإن هناك عوضاً هو المثل أو القيمة، ومعوذاً وهو العين، فمن فسخه رجع إلى حقه.

وقد يعلل أيضاً بأن الانتقال إلى المثل أو القيمة إنما كان لتعذر العين ولو بالملك، فإذا أمكن الرجوع إلى العين بفسخ الملك - حيث يمكن - لا يعدل عن الحق إلى بدله. هذا غاية ما يوجه به هذا القول.

ويمكن الاحتجاج للمشهور - بناء على الملك بالقبض - بأن الأصل في ملك الإنسان أن لا يتسلط عليه غيره إلا برضاه، والثابت بالعقد والقبض للمقرض إنما هو البدل، فيستصحب الحكم إلى أن يثبت المزيل. ولا سند له يعتد به إلا كون العقد جائزاً يوجب فسخه ذلك.

(١) في النسخ (فلئن). والصحيح ما أثبتناه.

(٢) التذكرة ٢: ٦.

الثانية: لو شرط التأجيل في القرض، لم يلزم.

وفيه: منع ثبوت جوازه بالمعنى الذي يدعيه، إذ لا دليل عليه. وما أطلقوه من كونه جائزا لا يعنون به ذلك، لأنه قد عبر به من ينكر هذا المعنى، وهو الأكثر. وإنما يريدون بجوازه تسلط المقرض على أخذ البديل إذا طالب به متى شاء. وإذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح، وإن كان مغايرا لغيره من العقود الجائزة من هذا الوجه. وحينئذ فلا اتفاق على جوازه، بمعنى يثبت به المدعى، ولا دليل صالحا على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشهور، فيبقى الملك وما يثبت في الذمة حكمها إلى أن يثبت خلافه. وهذا هو الوجه.

قوله: " لو شرط التأجيل في القبض لم يلزم "

أي شرط تأجيل مال القرض في عقده. ويمكن أن يريد ما هو أعم، بأن يشرط في عقد القرض تأجيل مال حال، سواء كان القرض أم غيره. والحكم فيهما واحد، لأن عقد القرض - كما مر - (١) من العقود الجائزة، لا يلزم ما يشترط فيها. ويجيء على ما قرناه - من لزومه على ذلك الوجه - احتمال لزوم هذا الشرط، مضافا إلى عموم قوله صلى الله عليه وآله: " المؤمنون عند شروطهم " (٢) وغير ذلك مما دل على لزوم ما شرط في العقد اللازم، إذ ليس هذا العقد على حد العقود الجائزة ليقطع فيه بعدم لزوم الشرط، ولا على حد اللازمة ليلحقه حكمها. ويمكن على هذا أن يرجع إلى عموم الأدلة الدالة على لزوم الالتزام بالشروط والوفاء بالعقود (٣). ولو شرط تأجيله في غير القرض من العقود اللازمة، بأن باعه شيئا وشرط عليه تأجيل قرضه إلى شهر مثلا، فالأقوى لزومه ووجوب الوفاء به، لما تقدم من عموم الأمر بالوفاء بالعقود والشروط، وهي كالجزم منها. وقيل لا يلزم الوفاء بها، بل يقرب العقد اللازم جائزا، بمعنى أن المشروط عليه لو أحل بالشرط تسلط الآخر على فسخ العقد المشروط فيه. وجعلوا ذلك قاعدة كلية هي: أن شرط الجائز في اللازم يقرب

(١) في ص ٤٣٩.

(٢) الكافي ٥: ٤٠٤ ح ٨ وفيه: " المسلمون "، التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣:

٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

(٣) المائة: ١.

وكذا لو أجل الحال، لم يتأجل. وفيه رواية مهجورة تحمل على الاستحباب. ولا فرق بين أن يكون مهرا، أو ثمن مبيع، أو غير ذلك. ولو أخره بزيادة فيه، لم يثبت الزيادة، ولا الأجل. نعم، يصح تعجيله بإسقاط بعضه.

التلازم جائزا، ومثله شرط اللازم في اللازم. وال لزوم مطلقا أجود. وقد تقدم البحث فيه (١).

نعم، لو امتنع من شرط عليه من الوفاء بالشرط، ولم يمكن إجباره، تسلط المشروط له على الفسخ، إلا أن هذا الأمر العارض للعقد لا ينافي لزومه في أصله. وبذلك يجمع بين الأدلة والحقيين. قوله: " وكذا لو أجل الحال لم يتأجل... الخ "

المراد بتأجيل الحال أن يعبر صاحب الدين بعبارة تدل عليه من غير ذكره في عقد كما مر، بأن يقول أجلتك في هذا الدين مدة كذا. ووجه عدم اللزوم بذلك واضح، إذ ليس ذلك بعقد يجب الوفاء به، بل هو وعد يستحب الوفاء به. والرواية المذكورة رواها الحسين بن سعيد (٢). ومحصلها: أن من مات وقد اقترض إلى أجل يحل. وهي مشعرة بجواز التأجيل. وحملها على الندب كما قلناه أولى. وأشار بالتسوية بين الأمور المذكورة إلى خلاف بعض العامة، حيث ذهب إلى ثبوت التأجيل في ثمن المبيع والأجرة والصداق و عوض الخلع، دون القرض وبدل المتلف. وإلى خلاف آخرين منهم إلى ثبوته في الجميع (٣). قوله: " نعم يصح تعجيله بإسقاط بعضه "

مع تراضيها بذلك. وكما يعتبر التراضي في إسقاط البعض يعتبر في تعجيله بغير إسقاط، لأن الأجل أيضا حق لهما، لتعلق غرض كل منهما به، فإن التعجيل قد

(١) راجع ص: ٢٧٤.

(٢) التهذيب ٦: ١٩٠ ح ٤٠٩، الوسائل ١٣: ٩٧ ب (١٢) من أبواب الدين والقرض ح ٢.

(٣) في هامش " و " ن " و " ه " و " ك " : " القائل بالتفصيل أبو حنيفة وباطلاق الثبوت مالك. بخطه قدس سره " . راجع حلية العلماء ٤: ٤٠٢ والشرح الكبير ٤: ٣٨٧.

الثالثة: من كان عليه دين، وغاب صاحبه غيبة منقطعة، يجب أن ينوي قضاءه، وأن يعزل ذلك عند وفاته، ويوصي به ليوصل إلى ربه، أو إلى وارثه إن ثبت موته. ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه. ومع اليأس، يتصدق به عنه، على قول.

لا يرضى به صاحب الحق، لحصول ضرر بالقبض لخوف ونحوه، وبالنسبة إلى الآخر واضح. لكن إسقاط الأجل يكفي فيه مجرد الرضا. أما إسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك، كما يقتضيه ظاهر إطلاقهم، ويكون الرضا بالبعض (١) قائما مقام الإبراء، فإنه - كما يظهر من تضاعيف كلامهم في مواضع متفرقة - لا يختص بلفظ، وفي كتاب الجنائيات يقع بلفظ العفو ونحوه، فيكون هذا منه. ويحتمل قويا توقف البراءة على لفظ يدل عليه صريحا، كالبراءة والإسقاط والعفو والصلح، لا مطلق الرضا، لأصالة بقاء الملك إلى أن يتحقق المزيل له شرعا. قوله: " من كان عليه دين... الخ "

وجوب نية القضاء ثابت على كل من عليه حق، سواء كان ذو الحق غائبا أم حاضرا، لأن ذلك من أحكام الايمان، كما قالوا في العزم على الواجب في الوقت الموسع، لا لكونه بدلا عن التعجيل. وإنما ذكر الوجوب مع الغيبة المنقطعة تأكيدا، وليس المراد أنه يجب تجديد العزم السابق حينئذ، لعدم دليل على هذا الوجوب. وأما وجوب العزل عند الوفاة فهو مناسب لتمييز الحق، وأبعد عن تصرف الورثة فيه. وربما قيل بوجوب العزل عند اليأس من الوصول إليه وإن لم تحضر الوفاة. وهو أحوط. وأما العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم - خصوصا على ما يظهر من المختلف (٢) - أنه لا خلاف فيه، وإلا لأمكن تطرق القول بعدم الوجوب، لأصالة البراءة مع عدم النص. قوله: " ولو لم يعرفه... الخ "

(١) كذا في " ه " وفي غيرها (بالبعض).
(٢) المختلف: ٤١٢.

المعتبر في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الأماكن التي يمكن كونه أو خبره بها. ويستمر كذلك على وجه لو كان لظهر. فإذا يئس منه قال الشيخ - رحمه الله - : يتصدق به عنه (١). وتبعه عليه جماعة من الأصحاب (٢). وتوقف المصنف هنا، والعلامة في كثير من كتبه (٣)، لعدم النص على الصدقة. ومن ثم ذهب ابن إدريس (٤) إلى عدم جوازها، لأنه تصرف في مال الغير غير مأذون فيه شرعا. (ولا شبهة في جوازها، إنما الكلام في تعيينه) (٥).

ووجه الصدقة أنها احسان محض بالنسبة إلى المالك، لأنه إن ظهر ضمن له عوضها إن لم يرض بها، وإلا فالصدقة أنفع له من بقائها، المعرض لتلفها بغير تفريط، المؤدي إلى سقوط حقه. وقد قال الله تعالى: * (ما على المحسنين من سبيل) * (٦)، خصوصا وقد ورد الأمر بالصدقة (٧) في نظائر كثيرة لها. وحينئذ فالعمل بهذا القول أجود، خصوصا مع تعذر قبض الحاكم لها، (أما معه فهو أحوط) (٨). وحيث يمكن مراجعة فهو أولى من الصدقة بغير إذنه وإن كان جائزا، لأنه أبصر بمواقعها.

(١) النهاية: ٣٠٧.

(٢) كابن البراج على ما في إيضاح الفوائد ٢: ٣، والمختلف: ٤١٢.

(٣) التذكرة ٢: ٣، القواعد ١: ١٥٦.

(٤) السرائر ٢: ٣٧.

(٥) يلاحظ أن هذه العبارة محمل ما فصله بقوله: " ووجه الصدقة... " ولعلها من الحاشية المختصرة قبل أن يضيف إليها الشرح الكبير قد أدرجت في الكتاب سهوا من النسخ. وقد مر نظيره.

(٦) التوبة: ٩١.

(٧) الفقيه ٤: ٢٤١ ح ٧٦٩.

(٨) هذه العبارة أيضا محمل ما فصله بقوله: " وحيث يمكن... " بل يلاحظ الفرق بينهما حيث بدل التعبير بأنه أولى. فلعلها أيضا من بقايا الحاشية المختصرة أدرجت في الشرح الكبير سهوا.

الرابعة: الدين لا يتعين ملكا لصاحبه إلا بقبضه. فلو جعله مضاربة قبل قبضه، لم يصح.

ومصرفها مصرف الصدقة المندوبة وإن وجبت على المديون أو وارثه بالعارض، فإنه بمنزلة الوكيل والوصي الذي يجب عليه الصدقة وإن كانت في أصلها مندوبة. وقد عرفت أنه يضمن مع ظهور المالك وعدم رضاه بها. ولو دفعها إلى الحاكم فلا ضمان وإن تلفت في يده بغير تفريط ولم يرض المالك. أما مع بقائها معزولة في يده أو يد وارثه فينبغي أن يكون حكمها حكم ما لو كانت في يد الحاكم، لأن الإذن الشرعي في عزلها يصيرها أمانة في يده فلا يتبعه الضمان، مع احتمالها لأن الأمانة هنا شرعية لا مالكية، والأمانة الشرعية قد يتبعها الضمان. قوله: " الدين لا يتعين... الخ ".

هذه المسألة بباب المضاربة أليق، وإنما ذكرها هنا لمناسبة ما.

والحاصل أن المضاربة لا تصح إلا بعين النقدين، فلا تصح بالدين وإن كانت المضاربة للمديون، لأن ما في الذمة وإن كان مقبوضا أو بمنزلة إلا أن شرط المضاربة تشخصه، لا كونه مقبوضا على وجه كلي كالدين. وحينئذ تقع المضاربة به باطلة. فإن كان العامل هو المديون ثم ميزه واتجر به فالربح كله له، لأن المال لم يتعين للمالك بتعيينه، إذ لم يجعله وكيلا في التعيين، وإنما جعل معه مضاربة فاسدة. وإن كان ثالثا فالربح للمالك، لأنه وكيل المالك في قبض الدين، فيتعين بتعيين المديون وقبض الوكيل.

ولا يرد أن فساد المضاربة يستلزم فساد القبض لأنه تابع لها، لمنع الملازمة، فإن فساد المضاربة إنما يقتضي فساد لوازمها، وقبض المال من المديون أمر آخر وراء المضاربة وأحكامها، فيكون بمنزلة الوكيل بالنسبة إلى قبض المال، والمضارب بالنسبة إلى العمل، فيبطل متعلق المضاربة خاصة، كما لو جمع في عقد واحد بين شيئين ففسد أحدهما، فإنه لا يقتضي فساد الآخر. وحينئذ فيكون للعامل أجره المثل، كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة مع جهله، والربح للمالك مع إجازته الشراء بالعين. ولو كان الشراء في الذمة فالربح للعامل إن نوى الشراء لنفسه، وإلا فلا.

الخامسة: الذمي إذا باع ما لا يصح للمسلم تملكه كالخمر
والخنزير، جاز دفع الثمن إلى المسلم عن حق له. وإن كان البائع مسلماً،
لم يجز.

السادسة: إذا كان لاثنين مال في ذمم، ثم تقاسما بما في الذمم،
فكل ما يحصل، لهما. وما يتوى، منهما.

واعلم أن في الفرق بين المديون والثالث - حيث صححوا قبضه دونه - نظراً،
لأن المضاربة الفاسدة إن اقتضت وكالة في القبض خارجة عن حقيقتها فليكن في
المديون كذلك، فإن الصيغة إنما اقتضت المعاملة على الدين الذي في الذمة، وكما لا
يمكن للأجنبي العمل به ما دام في الذمة، لأنه حينئذ أمر كلي لا وجود له في الخارج،
فاقتضى ذلك الإذن له في قبضه الذي زعموا كونه وكالة، كذلك نقول في المديون،
فإنه لا يمكنه العمل بنفس دين المالك الذي في ذمته، بل لا بد من إفرازه والشراء
به، كما سيأتي من أن العامل لا يصح له أن يشتري إلا بالعين. وحينئذ فالمضاربة
الفاسدة إن كانت مجامعة لو وكالة في تعيين المال فهي واقعة في الموضعين، وإلا فلا.
وأيضاً فكون ذلك أمراً خارجاً عن مقتضيات المضاربة في محل النظر، بل الظاهر أنه
بعض لوازمها وتوابعها فينبغي أن يتبعها في الفساد.
قوله: " الذمي إذا باع... الخ "

التقييد بالذمي لأخراج الحربي، إذ لا يجوز أخذ ثمن ذلك منه، لعدم اقرار
الشريعة له على ذلك. ولا بد من تقييد الذمي بكونه مستتراً في بيع ذلك، كما هو
مقتضى اقرار الشريعة، فلو تظاهر به لم يجز.
قوله: " إذا كان لاثنين مال في ذمم... الخ "

المراد أن قسمة ما في الذمم غير صحيحة. وعبر عن البطالان بلازمه، وهو كون
الحاصل لهما والذاهب عليهما. والحيلة في تصحيح ذلك أن يحيل كل منهما صاحبه
بحصته التي يريد اعطائها صاحبه ويقبل الآخر، بناء على صحة الحوالة ممن ليس في
ذمته دين. ولو فرض سبق دين له عليه فلا إشكال في الصحة.

السابعة: إذا باع الدين بأقل، منه، لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله، على رواية.

ولو اصطالحا على ما في الذمم بعضا ببعض فقد قرب في الدروس صحته (١).

وهو حسن بناء على أصالته.

و" يتوى " في قول المصنف - بالتاء المثناة من فوق - بمعنى يهلك. يقال: ثوي المال - بكسر الواو - يتوى إذا هلك.

قوله: " إذا باع الدين بأقل منه... الخ "

الرواية رواها محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام (٢). وقريب منها روى

أبو حمزة عن الباقر عليه السلام (٣). وإنما اقتصر المصنف على رواية واحدة لأن

الثانية ليست صريحة في المطلوب. وعمل بمضمونها الشيخ - رحمه الله - (٤) وتبعه على

ذلك ابن البراج (٥).

والمستند ضعيف مخالف لأصول المذهب ولعموم الأدلة وإطلاقها من الكتاب

والسنة. وربما حملتا على الضمان مجازا لأنه معاوضة يشبه البيع، أو على فساد البيع،

فيكون دفع ذلك الأقل مأذونا فيه من البائع في مقابلة ما دفع، ويبقى الباقي لمالكه.

والأقوى أنه مع صحة البيع يلزمه دفع الجميع. ولا بد من رعاية السلامة من الربا،

ورعاية شروط الصرف لو كان أثمانا. ولو وقع ذلك بصيغة الصلح صح أيضا، وسلم

من اعتبار الصرف لا من الربا، على الأقوى فيهما، لدخول الربا في كل معاوضة

(١) الدروس: ٣٧٣.

(٢) الكافي ٥: ١٠٠ ح ٣، التهذيب ٦: ١٩١ ح ٤١٠، الوسائل ١٣: ١٠٠ ب (١٥) من أبواب

الدين والقرض ح ٣.

(٣) الكافي ٥: ١٠٠ ح ٢، التهذيب ٦: ١٨٩ ح ٤٠١، الوسائل الباب المذكور ح ٢.

(٤) النهاية: ٣١١.

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤١١.

المقصد السادس: في دين المملوك.
لا يجوز للمملوك أن يتصرف في نفسه بإجارة، ولا استدانة، ولا غير ذلك من العقود. ولا بما في يده ببيع ولا هبة إلا بإذن سيده، ولو حكم له بملكه.

وكذا لو أذن له المالك أن يشتري لنفسه، وفيه تردد، لأنه يملك

عملا بإطلاق الآية (١)، واختصاص الصرف بالبيع. ومنع ابن إدريس (٢) من بيع الدين على غير من هو عليه مطلقا. وهو ضعيف.
قوله: " لا يجوز للمملوك - إلى قوله - ولو حكم بملكه ".
جعل الإجارة تصرفا في نفسه واضح. أما الاستدانة ونحوها من العقود الموجبة لجعل شيء في ذمته، فوجه إلحاقه بالتصرف في نفسه أنه يجعل نفسه مديونا، ففيه مناسبة للتصرف فيها بوجه. وإنما لم يحز التصرف فيما في يده على تقدير الحكم بملكه له لأنه على ذلك التقدير محجور عليه، كما سيأتي، فلا ينفذ تصرفه بدون إذن المولى.
قوله: " وكذا لو أذن له المالك... الخ ".
لا بد قبل الكلام على العبارة من تحرير المسألة. فنقول:
إذا أذن السيد لعبده في أن يشتري لنفسه - أي لنفس العبد - فهل يصح هذا الإذن بمعنى وقوع الشراء للعبد، أم لا يصح؟ بينى على أن العبد هل يمكن أن يملك مثل هذا أم لا؟ والأصح العدم. فإذا لم نقل بملك العبد واشترى هل يقع الشراء للسيد أم لا؟ يحتمل الأول، لأن الشراء لنفسه تضمن أمرين: الإذن في الشراء وتقيده بكون لنفسه. فإذا بطل القيد بقي المطلق، لأن المطلق جزء المقيد، فيقع للمولى، لأنه أذن في الابتاع في الجملة. ولهذه المسألة نظائر كثيرة في الفقه وغيره يدعى فيها أن المقيد يدل على المطلق من الجهة التي أشرنا إليها.
ويحتمل الثاني، لأن الإذن في الشراء لنفسه وقع فاسدا، فلا يترتب عليه صحة

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) السرائر ٢: ٣٨.

وطئ الأمة المبتاعة. مع سقوط التحليل في حقه.

البيع. ونمنع من كون المقيد يدل على المطلق، فإن الإذن إنما تعلق بأمر واحد، وهو المقيد المخصوص بالعبد، فحيث لم يصح كان الابتياح باطلا، لأنه غير مأذون فيه، فلا يثمر ملكا للمولى، لأنه لم يأذن فيه على هذا الوجه. وهذا هو الأقوى. ثم على القول بوقوعه للمولى لو كان المبيع أمه هل يستبيح العبد بضعها بهذا الإذن؟ قيل: نعم، لاستلزام الإذن من المولى له في الشراء لنفسه الإذن له في الوطئ، لأنها إذا كانت مملوكة للعبد كان جميع التصرفات له حلالا، ومن جملتها الوطئ، فإذا بطل الإذن الأول لعارض - وهو عدم أهليته لملك الرقبة - بقي الثاني الداخلة ضمنا أو التزاما، لأن العبد أهل للإباحة، كما يستبيح الأمة التي يأذن له فيها المولى، فاستباحة الوطئ بذلك الإذن لا من حيث الملك، بل لاستلزامه الإذن. ويضعف بأن المأذون فيه هو الشراء لنفسه، فإن تحقق استلزام إباحة التصرفات. أما الإذن في التصرف مع كونه غير مالك للرقبة فغير حاصل، ومن الجائز رضى المولى بكون العبد يطاء أمة نفسه ولا يرضى بوطيه أمة المولى، فلا ملازمة بين الأمرين. فإذا لم يقع الشراء للعبد لم يستبح الوطئ. وهذا هو الأقوى. وحينئذ فاستباحة العبد وطئ الأمة المذكورة ضعيف مبني على ضعف، وهو وقوع الشراء للمولى، فهو ضعف في ضعف.

إذا تقرر ذلك فلنعد إلى العبارة، فنقول: المشبه به المشار إليه ب (ذا) في قوله: " وكذا لو أذن له المالك " لا يجوز أن يكون هو الحكم السابق الذي حاصله: أنه لا يجوز التصرف المذكور إلا بإذن سيده، لأنه يصير التقدير: أنه لا يجوز شراء المأذون في شرائه لنفسه إلا بالإذن. وظاهر فساده، لأن المفروض تحقق الإذن. وأيضا فالاشكال واقع مع الإذن كما عرفت. بل الأولى كون المشبه به هو أصل الحكم مجردا عن الاستثناء، وهو عدم جواز تصرف العبد، فيصير التقدير: وكذا لا يجوز تصرفه لو أذن له سيده أن يشتري لنفسه. لكن يبقى فيه إجمال من حيث إنه مع عدم الجواز هل يقع باطلا من رأس أو يقع للمولى؟ وظاهر الاطلاق الأول. ثم قوله: " وفيه تردد " أي في الحكم المذكور، وهو عدم جواز شرائه ما أذن في

فإن أذن له المالك في الاستدانة، كان الدين لازماً للمولى، إن استبقاه أو باعه. فإن أعتقه، قيل: يستقر في ذمة العبد، وقيل: بل يكون باقياً في ذمة المولى، وهو أشهر الروايتين. ولو مات المولى كان الدين في تركته. ولو كان له غرماء، كان غريم العبد كأحدهم.

إلا أن يقال: إن الإذن السابقة على شراء الأمة لا يمكن حملها على العقد، لأن المولى لا يملك العقد على أمة الغير، فبقي أن يكون إباحة وإذنا محضاً، فدل على تأثير الإذن السابقة في الجملة. وعلى كل حال فعبارة المصنف في تعليقه ليست بجيدة مطلقاً.

قوله: " إن استبقاه أو باعه - إلى قوله - أشهر الروايتين ". محل النزاع ما إذا استدان العبد بإذن المولى لنفسه، أما لو استدان للمولى فهو على المولى قولاً واحداً. نبه عليه في المختلف (١). والقولان للشيخ - رحمه الله - أولهما

في غير الاستبصار (٢). وتبعه عليه جماعة منهم العلامة في المختلف (٣)، استناداً إلى روايتين (٤) لا تنهضان حجة فيما خالف القواعد الشرعية، فإن العبد بمنزلة الوكيل، وإنفاقه للمال على نفسه في المعروف بإذن المولى انفاق لمال المولى، فيلزمه كما لو لم يعتق. ويشهد للقول الثاني صحيحة أبي بصير عن الباقر عليه السلام (٥). وهو الأقوى.

قوله: " ولو كان له غرماء كان غريم العبد كأحدهم ". هذا التفريع واضح بعد الحكم بلزوم دينه للمولى، لأن التقسيط هو مقتضى

(١) المختلف: ٤١٤.

(٢) النهاية: ٣١١. والثاني في الاستبصار ٣: ١١ ذيل ح ٣٠.

(٣) المختلف: ٤١٤.

(٤) الوسائل ١٣: ١١٨ ب (٣١) من أبواب الدين والقرض ح ٣ و ج ١٦: ٥٧ ب (٥٤) من أبواب العتق ح ١.

الوسائل ١٣: ١١٨ ب (٣١) من أبواب الدين والقرض ح ١.

وإذا أذن له في التجارة، اقتصر على موضع الإذن. فلو أذن له بقدر معين، لم يزد. ولو أذن له في الابتياح، انصرف إلى النقد. ولو أطلق له النسيئة، كان الثمن في ذمة المولى. ولو تلف الثمن، وجب على المولى عوضه.

الاستحقاق في ذمته ورواية (١) زرارة عن الباقر عليه السلام تدل عليه أيضا. وفي الحقيقة إطلاق غرماء العبد بطريق المجاز لوقوع الاستدانة منه، وإلا فالجمع غرماء المولى.

قوله: " ولو أذن له في الابتياح انصرف إلى النقد " (٢).
من القواعد الأصولية أن الأمر بالكلي ليس أمرا بجزئي معين وإن توقف تحققه عليه بالعرض. ومقتضى الإطلاق التخيير. وإنما اختص هنا بالنقد بواسطة قرائن خارجية عينت بعض أفراد الكلي، وهو الاضرار بالمولى في النسيئة بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد، لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه إلى العبد من المال، أو لا غرض له فيه. وهذا هو حاصل ما أجاب به الفاضل - قدس الله سره - لما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين الرازي - حين قرأ عليه هذه المسألة من القواعد - بأن البيع أمر كلي والنسيئة جزئي فلم لا يدخل؟ أجاب أولا: بأن البيع أعم فلا يدل على النسيئة بإحدى الدلالات. فأورد عليه العلامة المحقق بأنه لا يلزم من نفي الدلالة نفي الاستلزام، لجواز كون اللزوم غير بين. ثم عارضه بالنقد، فعدل الفاضل إلى الجواب بما أشرنا إليه أولا من أن في النسيئة إضرارا بالمولى بثبوت شيء في ذمته، بخلاف النقد.

قوله: " ولو أطلق له النسيئة - إلى قوله - لزم المولى عوضه " .
أي لو تلف الثمن قبل تسليمه إلى البائع والحال أنه قد اشترى نسيئة، فإنه

(١) الكافي ٥: ٣٠٣ ح ٢، الاستبصار ٣: ١١ ح ٣٠، التهذيب ٦: ١٩٩ ح ٤٤٤، الوسائل

١٣: ١١٩ ب (٣١) من أبواب الدين والقرض ح ٥.

(٢) في هامش " و " و " ن " : " هذه المسألة أطلقها الأصحاب وغيرهم هنا وفي باب القراض وفي الوكالة. ولو لم يكن إجماعيا يمكن جعل جواز النسيئة وجهها في المسألة. منه رحمه الله " .

وإذا أذن له في التجارة، لم يكن ذلك إذنا لمملوك المأذون، لافتقار التصرف في مال الغير إلى صريح الإذن. ولو أذن له في التجارة دون الاستدانة، فاستدان وتلف المال، كان لازما لذمة العبد. وقيل: يستسعى فيه معجلا، ولو لم يأذن له في التجارة ولا الاستدانة، فاستدان وتلف المال، كان لازما لذمته يتبع به، دون المولى.

يلزم المولى عوضه، لأن تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد. وليس المراد به الثمن المعين، لأن تلفه يبطل البيع، فلا يلزم المولى عوضه. ولا فرق بين تلفه بيد العبد بتفريط وغيره. ولو لم يكن السيد أذن في الشراء في الذمة فاشترى بها ثم تلف الثمن الذي دفعه إليه لم يلزم السيد بدله. وحينئذ فإن تبرع السيد ودفع ثانيا صح العقد له، لأن العبد حينئذ كالفضولي للسيد، والبيع وقع له، فإذا دفع الثمن صح له، وإلا فسوخ البائع العقد.

قوله: " وإذا أذن له في التجارة - إلى قوله - صريح الإذن ".
يمكن أن يريد ب " مملوك المأذون " الحقيقة، تفريعا على القول بأنه يملك، بل هذا هو الظاهر. ويمكن أن يريد به معناه المجازي، لأن الإضافة تصدق بأدنى ملابس، فيريد بمملوكه من هو في خدمته من ممالك المولى حالة التجارة، بحيث يدخل تحت أمره، كما هو الواقع في كثير من التجار بالنسبة إلى بعض مواليتهم. وعلى التقديرين لا يتناول الإذن له مملوكا بأي معنى اعتبر، لأن المولى إنما اعتمد على نظره، فلم يكن له أن يتجاوز بالاستنابة، كالتوكيل. وكذا ليس للمأذون أن يوكل غيره لعين ما قلناه.

ونبه بذلك على خلاف أبي حنيفة (١)، حيث ذهب إلى أن للمأذون أن يأذن لعبده في التجارة، مع أن أبا حنيفة لا يقول بأن العبد يملك، فلذلك جعلنا العبد المذكور محتملا للمعنى المجازي بالنسبة إلى المأذون.

قوله: " ولو أذن له في التجارة - إلى قوله - فيه معجلا ".
إذا استدان المأذون له في التجارة، فإن كان لضرورتها، كنقل المتاع وحفظه

(١) راجع روضة القضاة ٢: ٦٠١ وتحفة الفقهاء ٣: ٢٨٩.

فرعان

الأول: إذا اقترض أو اشترى بغير إذن، كان موقوفا على إذن المولى، فإن لم يجرز كان باطلا وتستعاد العين، فإن تلفت يتبع بها إذا أعتق وأيسر.

الثاني: إذا اقترض مالا فأخذه المولى فتلف في يده، كان المقرض بالخيار بين مطالبة المولى، وبين اتباع المملوك إذا أعتق وأيسر. خاتمة

أجرة الكيال ووزان المتاع على البائع، وأجرة ناقد الثمن ووزانه على

ونحوهما، مع الاحتياج إلى ذلك، يلزم المولى. وغير الضروري لها وما خرج عنها يلزم المولى. فإن كانت عينه باقية رجع إلى مالكة، وإلا فالأقوى أنه يلزم ذمة العبد، فإن أعتق أتبع به بعده، وإلا ضاع.

وقيل: يستسعى العبد فيه معجلا، استنادا إلى اطلاق رواية أبي بصير (١). وحملت على الاستدانة للتجارة. ويشكل بأن ذلك يلزم المولى من سعي العبد وغيره. والأقوى أن استدانتة لضرورة التجارة إنما تلزم مما في يده، فإن قصر أستسعي في الباقي. ولا يلزم المولى من غير ما في يده. وعليه تحمل الرواية. قوله: " إذا اقترض مالا فأخذه المولى... الخ "

وجه التخيير أن كلا منهما قد أثبت يده على ماله، فيرجع على من شاء، فإن رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد وإن أعتق، لاستقرار التلف في يده، ولأن المولى لا يثبت له مال في ذمة عبده. وإن كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد، فإن كان عند أخذه للمال عالما بأنه قرض فلا رجوع له على العبد أيضا، وإن كان قد غره العبد بأن المال له اتجه رجوعه على العبد، للغرور. ولو رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى، لاستقرار التلف في يده، إلا أن يكون قد غر المولى، فلا رجوع له عليه، كما مر.

(١) المتقدمة في ص ٤٦٥ الهامش رقم (٥).

المبتاع. وأجرة بائع الأمتعة على البائع، ومشتريها على المشتري. ولو تبرع لم يستحق أجرة ولو أجاز المالك. وإذا باع واشترى، فأجرة ما يبيع على الأمر ببيعه، وأجرة الشراء على الأمر بالشراء. ولا يتولاهما الواحد.

قوله: " وأجرة بائع الأمتعة على البائع ومشتريها على المشتري ". المراد أن أجرة الدلال على من يأمره. فإن أمره الإنسان ببيع متاع فباعه له فأجرته على البائع الأمر، لا على المشتري. وإن أمره إنسان أن يشتري له متاعاً ولم يأمره مالكة ببيعه فأجرته على المشتري الأمر. وإنما استحق الأجرة وإن لم يشارط عليها، لأن هذا العمل مما يستحق عليه أجرة في العادة، والدلال أيضاً ناصب نفسه للأجرة، فيستحق على أمره الأجرة، كما سيأتي - إن شاء الله - في الإجارة. قوله: " ولو تبرع لم يستحق أجرة ولو أجاز المالك ".

أي تبرع الدلال بالبيع أو بالشراء، أو تبرع الكيال والوزان، ونحوهما، لم يستحق أجرة على من يلزمه الأجرة لو أمره، وإن أجاز البيع والشراء والفعل، لأنه بالفعل لم يستحق، لمكان التبرع، وبعد الإجازة لم يعمل عملاً، والأصل براءة الذمة من استحقاق شيء.

قوله: " وإذا باع واشترى - إلى قوله - ولا يتولاهما الواحد ". المراد كون الدلال باع أمتعة شخص، واشترى أمتعة لشخص آخر غير تلك الأمتعة، فهاهنا يستحق أجرتين على العاملين، لعدم المنافاة. وهذا قسم ثالث للمسألة السابقة التي اشتملت على استحقاقه أجرة واحدة من البائع على ما باع له، وأجرة واحدة من المشتري على ما اشترى له. وأما قوله: " ولا يتولاهما الواحد " فظاهر سياق العبارة - كغيرها مما عبر فيه بذلك - أن المراد بذلك أن الشخص الواحد لا يتولى العاملين في متاع واحد، بحيث يستحق أجرة على البائع الذي أمره بالبيع والمشتري الذي أمره بالشراء، بل لا يستحق إلا أجرة واحدة، لأنه عمل واحد. ولأن البيع مبني على المكايسة والمغالبة، ولا

وإذا هلك المتاع في يد الدلال، لم يضمنه. ولو فرط، ضمن. ولو
اختلفا في التفريط، كان القول قول الدلال مع يمينه، ما لم يكن بالتفريط
بينة. وكذا لو ثبت التفريط واختلفا في القيمة.

يكون الشخص الواحد غالبا ومغلوبا، والعمل بالحالة الوسطى خارج عن مطلوبهما
غالبا، فيتوقف على رضاهما بذلك. وحينئذ فمن كايس له استحق عليه الأجرة
خاصة.

لكن يشكل إطلاقه بما لو كان السعر مضبوطا عادة، بحيث لا يحتاج إلى
المماكسة، أو كانا قد اتفقا على قدر معلوم وأراد تولية طرفي العقد، وحينئذ يكون
عليهما أجرة واحدة بالسوية، سواء اقترنا في الأمر أم تلاحقا، مع احتمال كون الأجرة
على السابق. هذا إذا جوزنا للواحد تولي طرفي العقد، وإلا فعدم استحقاق الواحد
لهما أوضح.

ويحتمل - على بعد - أن يكون الضمير في " يتولاهما " عائدا إلى الايجاب والقبول
المدلول عليهما بالمقام أو بالبيع والشراء تضمنا، فيكون ذهابا إلى المنع. أو يعود
الضمير إلى الأجرتين، بناء على المنع من تولي طرفي العقد. وعلى ذلك نزل الشهيد
- رحمه الله - كلام الأصحاب في هذه العبارة، لأنها عبارة متداولة بينهم.
ويضعف بأن المصنف وكثيرا ممن عبر بذلك لا يرى المنع من تولي الواحد
الطرفين، فتتزيل كلامه على ما لا يوافق مذهبه المعروف به - بمجرد احتمال إرادته مع
إمكان تنزيهه على غيره - بعيد جدا.

وحيث كان تولي الطرفين من الواحد جائزا عند المصنف لم يمتنع استحقاقه
أجرتين عليهما، لأنهما عملا متغايران، أعني الايجاب عن البائع والقبول عن
المشتري. فلو صرحا له بذلك استحق على كل واحد بحسبه. وهو راجع عرفا إلى
أجرة واحدة على البيع موزعة عليهما، كما أسلفناه.
قوله: " وإذا هلك المتاع في يد الدلال لم يضمنه ".
الحاصل: أن الدلال أمين فلا يضمن إلا مع التعدي أو التفريط، ويقبل قوله