



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه  
صلى  
عليه  
وآله  
وسلم

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

الزهد القويم

في مسج الرقة البهية

بإشراف

تأليف  
السيد محمد حسين بن محمد بن الحسين

المراد الزاهد

مكتبة دارالكتاب الحادي عشر  
بمكة المكرمة  
الطبعة الأولى سنة 1385 هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

کاتب:

محمد حسن ترحینی عاملی

نشرت فی الطباعة:

دارالفقه للطباعة والنشر

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحریات الكمبيوتریة

# الفهرس

٥	الفهرس
١٩	الزبده الفقهيه فى شرح الروضه البهيه الجزء ٤
١٩	اشاره
٢٠	اشاره
٢٦	كتاب الكفارات
٢٦	اشاره
٢٦	فى الكفارات المرتبه
٢٨	فى الكفارات المختيره
٣١	فى المرتبه و المختيره
٣٤	فى جز المرأه شعرها فى المصاب
٣٥	فى نتف المرأه شعرها أو خدش وجهها، أو شق الرجل ثوبه
٣٧	فى من تزوج امرأه فى عدتها
٣٩	فى من نام عن صلاه العشاء حتى تجاوز نصف الليل
٤٢	فى كفاره ضرب العبد فوق الحد
٤٢	فى كفاره الإيلاء و فى تعيين العتق فى المرتبه بوجدان الرقيه
٥١	فى العجز عن العتق فى المرتبه
٥٤	فى من عجز عن الصيام فى المرتبه
٦٠	فى من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز عن صومهما
٦٣	كتاب النذر و توابعه
٦٣	اشاره
٦٥	فى شرط النادر
٧٢	فى صيغه النذر
٧٣	فى ضابط النذر
٧٥	فى الاحتياج إلى اللفظ

٧٦	في انعقاد التبرع بالنذر
٧٧	في كون الجزاء طاعه
٧٨	في كون الشرط سائغا
٨٠	في أنّ العهد كالنذر
٨٠	في معنى اليمين
٨٥	في ما لا ينعقد اليمين به
٨٨	في التعليق على مشيئه الغير
٨٩	في أن متعلق اليمين كمتعلق النذر
٩٧	كتاب القضاء
٩٧	اشاره
٩٩	القول في المقدمات
٩٩	في وجوب القضاء و القاضي
١٠٨	في من عدل إلى قضاء الجور
١٠٩	في ثبوت ولايه القاضي
١٠٩	في صفات القاضي
١١١	في قاضي التحكيم
١١٤	في ارتزاق القاضي من بيت المال
١١٤	في المرتزقه من بيت المال
١١٤	في وجوب التسويه بين الخصمين
١١٨	في أنه إذا بدر أحد الخصمين بدعوى سمع منه
١١٩	في حرمه الرشوه
١٢٠	في حرمه تلقين أحد الخصمين حجته
١٢٢	في استحباب ترغيبهما في الصلح
١٢٣	القول في كيفيه الحكم
١٢٣	اشاره
١٢٣	في المدعى

- ١٢٤ ..... فى المنكر
- ١٣١ ..... فى جواب المدعى عليه
- ١٣٢ ..... فى ما لو التمس المدعى من الحاكم كتابه إقراره
- ١٣٤ ..... فى ما تثبت به الدعوى
- ١٣٦ ..... فى الإنكار
- ١٣٩ ..... فى أنه لا تسمع البينه من المدعى بعد حلف المنكر
- ١٤٠ ..... فى أنه إن لم يحلف المدعى عليه و ردّ اليمين
- ١٤١ ..... فى نكول المنكر
- ١٤٦ ..... فى أنه إن عرف الفسق ترك الشاهد
- ١٤٧ ..... فى أنه إن ارتاب الحاكم بالشهود
- ١٤٧ ..... فى أنه يحرم على الحاكم أن يردّد الشاهد إلا فى حق الله
- ١٤٩ ..... فى سكوت المدعى عليه
- ١٥٠ ..... القول فى اليمين
- ١٥٠ ..... اشاره
- ١٥٠ ..... فى أنه لا تنعقد اليمين الموجه للحق إلا بالله تعالى
- ١٥٤ ..... فى التغليظ عند اليمين
- ١٥٦ ..... فى وعظ الحالف قبل الحلف
- ١٥٧ ..... فى الحلف على نفى الاستحقاق
- ١٥٨ ..... القول فى الشاهد و اليمين
- ١٥٨ ..... اشاره
- ١٥٨ ..... فى ما يثبت بشاهد و يمين
- ١٦٢ ..... فى ما لا يثبت بالشاهد و اليمين
- ١٦٣ ..... فى لو كان المدّعون جماعة
- ١٦٤ ..... فى اشتراط شهاده الشاهد أولاً
- ١٦٥ ..... فى القضاء على الغائب
- ١٦٦ ..... فى وجوب اليمين مع البينه على بقاء الحق فى الشهاده على الطفل و المجنون

١٦٨	القول في التعارض
١٦٨	اشاره
١٦٨	في ما لو تداعيا ما في أيديهما
١٧٧	في ما لو تشبثا و ادعى أحدهما الجميع و الآخر النصف
١٨٢	القول في القسمة
١٨٢	اشاره
١٨٢	في معنى القسمة
١٨٤	في إجبار الشريك على القسمة
١٨٨	في ما لو ظهر غلط في القسمة
١٩١	كتاب الشهادات و فصوله أربعة
١٩١	اشاره
١٩٣	الفصل الأول - الشاهد
١٩٣	اشاره
١٩٣	في شروط الشاهد
١٩٣	في البلوغ
١٩٥	في العقل و الإسلام
١٩٨	في الإيمان و العدالة
٢٠٢	في طهاره المولد
٢٠٤	في عدم الشركه بينهما
٢٠٥	في عدم المولويه بينهما
٢٠٦	في عدم العداوه الدينويه بينهما
٢٠٨	في عدم كثره السهو
٢١١	في مستند الشهاده
٢١٥	في وجوب التحمل
٢١٧	في وجوب الأداء
٢١٩	في عدم كفايه الخط



٢١٩	في نقل جواز الشهاده بقول المدعى
٢٢٢	الفصل الثاني في تفصيل الحقوق
٢٢٢	اشاره
٢٢٢	في ما يثبت بأربعة رجال
٢٢٤	في ما يثبت برجلين
٢٣٠	في ما يثبت برجلين، و رجل و امرأتين، و شاهد و يمين
٢٣٢	في ما يثبت بالرجال و النساء و لو منفردات
٢٣٧	في ما يثبت بالنساء منضمات إلى الرجال
٢٣٨	الفصل الثالث في الشهاده على الشهاده
٢٣٨	اشاره
٢٣٨	في أن محلها حقوق الناس
٢٤٠	في ما لو اشتمل الحق على الأمرين
٢٤٤	الفصل الرابع في الرجوع عن الشهاده
٢٤٤	اشاره
٢٤٤	في الرجوع قبل الحكم
٢٤٨	في لو كانت الشهاده قبل الاستيفاء أو بعده
٢٥٠	في ما لو شهدا بطلاق ثم رجعا
٢٥٤	في ما لو ثبت تزوير الشهود
٢٥٥	كتاب الوقف
٢٥٥	اشاره
٢٥٧	في تعريفه
٢٥٨	في لفظه الصريح
٢٦٥	في عدم لزومه بدون القبض
٢٦٩	في ما يدخل في وقف الحيوان
٢٦٩	في عدم جواز الرجوع في الوقف
٢٧٤	في الإقباض

- ٢٧٨ ..... فى شرط الموقوف
- ٢٨٢ ..... فى شرط الواقف
- ٢٨٦ ..... فى شرط الموقوف عليه
- ٢٨٧ ..... فى الوقف على المساجد و القناطر
- ٢٨٩ ..... فى المسلمين
- ٢٩٠ ..... فى الوقف على الشيعة و الهاشميه
- ٢٩٢ ..... هنا مسائل
- ٢٩٢ ..... اشاره
- ٢٩٢ ..... الأولى نفقه العبد الموقوف و الحيوان على الموقوف عليهم
- ٢٩٣ ..... الثانيه. لو وقف فى سبيل الله
- ٢٩٤ ..... الثالثه. إذا وقف على أولاده
- ٢٩٦ ..... الرابعه. إذا وقف مسجدا لم ينفك وقفه بخراب القريه
- ٢٩٨ ..... الخامسه. إذا أجر البطن الأول الوقف ثم انقضوا
- ٣٠١ ..... كتاب العطييه و هى أربعة
- ٣٠١ ..... اشاره
- ٣٠٣ ..... الأول. الصدقه
- ٣٠٣ ..... اشاره
- ٣٠٤ ..... فى الافتقار إلى الإيجاب و القبول و القبول و القربه
- ٣٠٦ ..... فى أنّ مفروضها محرم على بنى هاشم
- ٣٠٨ ..... فى أنّ صدقه السر أفضل
- ٣٠٩ ..... الثاني - الهبه
- ٣٠٩ ..... فى أحكامها
- ٣١١ ..... فى أنه لا يشترط فى الإبراء القبول
- ٣١٢ ..... فى أنه يكره تفضيل بعض الولد على بعض
- ٣١٤ ..... فى الرجوع فى الهبه
- ٣١٩ ..... فى ما لو وهب أو وقف أو تصدق فى مرض موته

- الثالث - السكنى و توابعها ..... ٣١٩
- اشاره ..... ٣١٩
- في الإيجاب و القبول و القبض ..... ٣١٩
- في أنّ كل ما صح وقفه صح إعماره ..... ٣٢٢
- الرابع - التحبيس ..... ٣٢٣
- اشاره ..... ٣٢٣
- في حكمه ..... ٣٢٣
- في أنه لو حبس على رجل و لم يعين وقتا ..... ٣٢٤
- كتاب المتاجر ..... ٣٢٧
- اشاره ..... ٣٢٧
- في معنى المتاجر ..... ٣٢٩
- الفصل الأول في موضوع التجاره ..... ٣٣٠
- في تقسيم التجاره بالأحكام الأربعة ..... ٣٣٠
- في الاكتساب المحرم ..... ٣٣٠
- في التجاره بالأعيان النجسه ..... ٣٣٠
- في التجاره بآلات اللهو ..... ٣٤١
- في بيع السلاح لأعداء الدين ..... ٣٤٣
- في إجاره المساكن و الحموله للمحرم ..... ٣٤٥
- في عمل الصور المجسمه ..... ٣٤٧
- في الغناء ..... ٣٤٨
- في معونه الظالمين بالظلم ..... ٣٥٢
- في النوح بالباطل ..... ٣٥٥
- في هجاء المؤمنين ..... ٣٥٦
- في الغيبه ..... ٣٥٧
- في حفظ كتب الضلال ..... ٣٦٠
- في تعلم السحر ..... ٣٦٠

- ٣٦٥ ..... فى الكهانه و القيافه و الشعبده و القمار
- ٣٧٣ ..... فى الغش و تدليس الماشطه و تزيبين كل من الرجل و المرأه بما يحرم عليه
- ٣٧٧ ..... فى الأجره على تغسيل الموتى
- ٣٧٩ ..... فى الأجره على الزنا و رشا القاضى
- ٣٨٠ ..... فى الأجره على الأذان و الإقامه و القضاء و الأجره على تعلم الواجب
- ٣٨١ ..... فى الاكتساب المكروه
- ٣٨١ ..... فى الصرف و بيع الأكتان و الاحتكار و الذباحه و النساجه
- ٣٨٥ ..... فى كسب الصبيان
- ٣٨٦ ..... فى الاكتساب المباح
- ٣٨٦ ..... فى الاكتساب الواجب
- ٣٨٦ ..... الفصل الثانى فى عقد البيع و آدابه
- ٣٨٦ ..... اشاره
- ٣٨٦ ..... فى الإيجاب و القبول
- ٣٩٠ ..... فى المعاطاه
- ٣٩٧ ..... فى ألفاظ البيع
- ٤٠٢ ..... فى شروط المتعاقدين
- ٤٠٦ ..... فى اشتراط الملك فى اللزوم
- ٤٠٨ ..... فى إجازة المالك و أحكامها
- ٤١٧ ..... فى ما لو باع غير المملوك مع ملكه
- ٤٢٠ ..... فى ما لو باع ما يملك و ما لا يملك
- ٤٢٣ ..... فى بيع الوكيل
- ٤٣١ ..... فى بيع المصحف
- ٤٣٥ ..... هنا مسائل
- ٤٣٥ ..... اشاره
- ٤٣٥ ..... الأولى - يشترط كون المبيع مما يملك
- ٤٣٨ ..... الثانى. يشترط فى المبيع أن يكون مقدورا على تسليمه

- ٤٤٤ ..... الثالثه. يشترط فى المبيع أن يكون طلقا
- ٤٥٣ ..... الرابعه. لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنايته من بيعه
- ٤٥٤ ..... الخامسه. يشترط علم الثمن قدرا و جنسا و وصفا
- ٤٥٩ ..... السادسه - إذا كان العوضان من المكيل، أو الموزون
- ٤٦١ ..... السابعه - يجوز ابتياع جزء معلوم النسبه مشاعا
- ٤٦٥ ..... الثامنه - يكفى المشاهده عن الوصف
- ٤٦٨ ..... التاسعه - يعتبر ما يراد طمعه و ريحه)
- ٤٧٤ ..... العاشره - يجوز بيع المسك فى فأره
- ٤٧٤ ..... الحاديه عشره - لا يجوز بيع سمك الآجام مع ضميمة القصب
- ٤٧٧ ..... الثانيه عشره - يجوز بيع دود القز
- ٤٧٨ ..... الثالثه عشره - إذا كان المبيع فى ظرف جاز بيعه معه
- ٤٧٩ ..... القول فى الآداب: و هى أربعه و عشرون
- ٤٧٩ ..... اشاره
- ٤٧٩ ..... الأول - التفقه فيما يتولاه
- ٤٨١ ..... الثانى - التسويه بين المعاملين فى الإنصاف
- ٤٨١ ..... الثالث - إقاله النادم
- ٤٨٤ ..... الرابع - عدم تزيين المتاع
- ٤٨٤ ..... الخامس - ذكر العيب
- ٤٨٤ ..... السادس - ترك الحلف على البيع و الشراء
- ٤٨٤ ..... السابع - المسامحه فيهما
- ٤٨٧ ..... الثامن - تكبير المشتري ثلاثا
- ٤٨٩ ..... التاسع - أن يقبض ناقصا، و يدفع راجعا
- ٤٩١ ..... العاشر - أن لا يمدح أحدهما سلعته
- ٤٩١ ..... الحادى عشر - ترك الربح على المؤمنين
- ٤٩١ ..... الثانى عشر - ترك الربح على الموعود بالإحسان
- ٤٩٣ ..... الثالث عشر - ترك السبق إلى السوق و التأخر فيه

- ٤٩٣ ..... الرابع عشر - ترك معامله الأدينين
- ٤٩٤ ..... الخامس عشر - ترك التعرض للكيل، أو الوزن إذا لم يحسن
- ٤٩٥ ..... السادس عشر - ترك الزيادة في السلعة وقت النداء
- ٤٩٥ ..... السابع عشر - ترك السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس
- ٤٩٦ ..... الثامن عشر - ترك دخول المؤمن في سوم أخيه
- ٤٩٧ ..... التاسع عشر - ترك توكل حاضر لباد
- ٤٩٨ ..... العشرون - ترك التلقى للركبان
- ٥٠٠ ..... الحادي والعشرون - ترك الحكره
- ٥٠٤ ..... الثاني والعشرون - ترك الربا في المعدود
- ٥٠٥ ..... الثالث والعشرون - ترك نسبة الربح و الوضيعه
- ٥٠٥ ..... الرابع والعشرون - ترك بيع ما لا يقبض مما يكال، أو يوزن
- ٥٠٨ ..... الفصل الثالث: في بيع الحيوان
- ٥٠٨ ..... اشاره
- ٥٠٨ ..... في سبى الإنسان
- ٥١١ ..... في عدم استقرار ملك للأصول و الفروع
- ٥١٨ ..... في عدم منع الزوجيه من الشراء
- ٥١٨ ..... في أنّ الحمل يدخل في بيع الحامل مع الشرط
- ٥٢٠ ..... في ما لو شرط فسقط قبل القبض
- ٥٢٢ ..... في جواز النظر إلى وجه المملوكه إذا أراد شراءها
- ٥٢٣ ..... في تغيير اسم المملوك عند شرائه
- ٥٢٤ ..... في أنّ العبد لا يملك شيئاً
- ٥٢٧ ..... في استبراء الأمه قبل بيعها
- ٥٣٤ ..... في كراهه التفرقه بين الطفل و الأم قبل سبع سنين
- ٥٣٦ ..... مسائل
- ٥٣٦ ..... اشاره
- ٥٣٦ ..... الأولى - لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض

- الثانيه. لو حدث فى الحيوان عيب من غير جهه المشتري ..... ٥٣٩
- الثالثه. لو ظهرت الأمه مستحقه ..... ٥٤٤
- الرابعه - لو اختلف مولى مأذون عن الغير ..... ٥٤٩
- الخامسه - لو تنازع المأذونان بعد شراء كل منهما صاحبه ..... ٥٦٠
- السادسه - الأمه المسروقه من أرض الصلح لا يجوز شراؤها ..... ٥٦٤
- السابعه - لا يجوز بيع عبد من عبيدين ..... ٥٦٧
- الفصل الرابع: فى بيع الثمار ..... ٥٧٤
- اشاره ..... ٥٧٤
- فى عدم جواز بيع الثمره قبل ظهورها ..... ٥٧٤
- فى جواز بيعها بعد بدو صلاحها ..... ٥٧٨
- فى جواز بيع الخضر بعد انعقادها ..... ٥٨٢
- جواز استثناء ثمره شجره معينه، أو شجرات ..... ٥٨٦
- مسائل ..... ٥٨٩
- اشاره ..... ٥٨٩
- الأولى - لا يجوز بيع الثمره بجنسها ..... ٥٨٩
- الثانيه - يجوز بيع الزرع قائما ..... ٥٩٥
- الثالثه - يجوز أن يتقبل أحد الشركين حصه صاحبه ..... ٥٩٨
- الرابعه - يجوز الأكل مما يمر به من ثمر النخل و الفواكه ..... ٦٠٣
- الفصل الخامس - فى الصرف ..... ٦٠٦
- اشاره ..... ٦٠٦
- فى معنى الصرف و شرطيه القبض فى المجلس ..... ٦٠٦
- فى أنه لا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد ..... ٦١٣
- فى الأوانى المصوغه من النقدين إذا بيعت بهما ..... ٦١٧
- فى حكم تراب الذهب و الفضة عند الصياغه ..... ٦٢٠
- خاتمه الدراهم و الدنانير يتعينان بالتعيين ..... ٦٢١
- اشاره ..... ٦٢١

٦٢١ ..... فى الحكم فى الصرف و غيره

٦٢٤ ..... فى ما لو كان العيب من الجنس

٦٣١ ..... فى ما لو كان العيب الجنسى فى غير صرف

٦٣٥ ..... الفصل السادس: فى السلف

٦٣٥ ..... اشاره

٦٣٥ ..... فى تعريفه

٦٣٥ ..... فى شرطه

٦٣٨ ..... فى أن كل ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه

٦٤١ ..... فى أنه لا بد قبض الثمن قبل التفريق

٦٤٣ ..... فى تقديره المسلم فيه

٦٤٤ ..... فى تعيين الأجل

٦٤٨ ..... فى كونه عام الوجود عند رأس الأجل

٦٥٢ ..... فى أن الشهر يحتمل على الهلاليه

٦٥٢ ..... فى ما لو شرط تأجيل بعض الثمن

٦٥٤ ..... فى ما لو شرط موضع التسليم

٦٥٧ ..... فى أنه يجوز اشتراط السانغ فى العقد

٦٦٠ ..... فى ما إذا دفع فوق الصفه

٦٦٥ ..... الفصل السابع: فى أقسام البيع بالنسبه إلى الإخبار بالثمن

٦٦٥ ..... اشاره

٦٦٦ ..... أحدها. المساومه

٦٦٦ ..... ثانيها. المراجحه

٦٧٣ ..... ثالثها - المواضعه

٦٧٥ ..... رابعها - التوليه

٦٧٨ ..... الفصل الثامن - فى الربا

٦٧٨ ..... اشاره

٦٧٨ ..... فى مورده



- ٦٧٩ ..... فى ضابط الجنس
- ٦٨١ ..... فى ما لا ربا فيه
- ٦٨٩ ..... فى أنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر
- ٦٩١ ..... فى أنه لا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل
- ٦٩٣ ..... الفصل التاسع - فى الخيار و هو أربعة عشر قسما
- ٦٩٣ ..... اشاره
- ٦٩٣ ..... الأول - خيار المجلس
- ٦٩٧ ..... الثانى - خيار الحيوان
- ٧٠٠ ..... الثالث - خيار الشرط
- ٧٠٥ ..... الرابع - خيار التأخير
- ٧٠٨ ..... الخامس - خيار ما يفسد ليومه
- ٧١٠ ..... السادس - خيار الرؤيه
- ٧١٢ ..... السابع - خيار الغبن
- ٧٢٢ ..... الثامن - خيار العيب
- ٧٣٦ ..... التاسع - خيار التدليس
- ٧٤٤ ..... العاشر - خيار الاشتراط
- ٧٥٠ ..... الثانى عشر - خيار تعذر التسليم
- ٧٥١ ..... الثالث عشر - خيار تبعض الصفقه
- ٧٥٢ ..... الرابع عشر - خيار التفليس
- ٧٥٢ ..... الفصل العاشر فى الأحكام: و هى خمس
- ٧٥٢ ..... اشاره
- ٧٥٢ ..... الأول - النقد و النسيئه
- ٧٥٢ ..... فى تعريفهما
- ٧٥٥ ..... فى أن إطلاق البيع يقتضى كون الثمن حالا
- ٧٥٧ ..... فى ما لو جعل لحالّ ثمنا، و لمؤجل أزيد منه
- ٧٥٩ ..... فى ما لو اشتراه البائع نسيئه

- ٧٦٤ ..... في أنه يجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع
- ٧٦٦ ..... في أنه لا يجوز تأجيل الحال بزياده فيه
- ٧٦٧ ..... الثاني - في القبض
- ٧٦٧ ..... في أن إطلاق العقد يقتضى قبض العوضين
- ٧٦٩ ..... في أنه يجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع
- ٧٧٤ ..... في أنه إن تلف بعضه، أو تعيب
- ٧٧٧ ..... في أنه يكره بيع المكمل و الموزون قبل قبضه
- ٧٧٨ ..... في ما لو ادعى المشتري نقصان المبيع
- ٧٨١ ..... الثالث فيما يدخل في المبيع
- ٧٨١ ..... اشاره
- ٧٨١ ..... في أنه يراعى فيه اللغة و العرف
- ٧٨٣ ..... في ما يدخل في بيع الدار
- ٧٨٥ ..... في ما يدخل في النخل
- ٧٨٨ ..... في ما يدخل في بيع القرية
- ٧٨٩ ..... الرابع. في اختلاف البائع و المشتري
- ٧٨٩ ..... اشاره
- ٧٨٩ ..... في اختلافهما في قدر الثمن
- ٧٩٢ ..... في اختلافهما في تعجيله
- ٧٩٣ ..... في اختلافهما في تعيين المبيع
- ٧٩٥ ..... في بطلان البيع حيث يتحالفان
- ٧٩٧ ..... الخامس - إطلاق الكيل و الوزن ينصرف إلى المعتاد
- ٧٩٧ ..... اشاره
- ٧٩٧ ..... في ما لو تعدد الكيل و الوزن
- ٧٩٩ ..... في أنه لا يضمن الدلال
- ٨٠١ ..... خاتمه في أن لإقاله فسخ لا بيع
- ٨٠٤ ..... تعريف مركز

سرشناسہ: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضہ البہیہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ. شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقہ للطباعہ والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاہری: ۹ ج.

شابک: دوره X-۳۱-۸۲۲۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۲-۸-۹۶۴ ؛ ج. ۲ ۸۲۲۰-۳۳-۶-۹۶۴ ؛ ج. ۳ ۸۲۲۰-۳۴-۴-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۸۲۲۰-۳۵-۲-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۸۲۲۰-۳۶-۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۳۷-۹-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۸-۷-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۹-۵-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۴۰-۹-۹۶۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضہ البہیہ" شهید ثانی کہ خود شرحی است بر "اللمعہ الدمشقیہ" شهید اول.

یادداشت: کتابنامہ.

موضوع: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مكي، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مكي، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/۳/ش ۹/۱۲۱۲۸۰۳۸۵

رده بندی ديويي: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۳۳۵۶۰

ص: ۱

**اشاره**





الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

محمد حسن ترحینی العاملی

ص: ۴







(كتاب الكفارات (١)

### في الكفارات المرتبه

(الكفارات) و هي تنقسم إلى معينه كبعض كفارات الحج و لم يذكرها هنا اكتفاء بما سبق، و إلى مرتبه و مخيره، و ما جمعت الوصفين (٢)، و كفاره جمع (المرتبه) ثلاث (كفاره الظهار (٣)، و قتل الخطأ (٤)، و خصالهما) المرتبه (خصال كفاره الإفطار) (١) الكفاره اسم للتكفير، الذي هو في الأصل بمعنى الستر، و سميت بذلك لأنها تستر الذنب، و منه الكافر لأنه يستر الحق، و يقال: لليل كافر، لأنه يستر من يفعل فيه شيئاً.

(٢) الترتيب و التخيير.

(٣) فيجب فيها العتق و مع العجز فالصوم شهرين متتابعين، و مع العجز فإطعام ستين مسكيناً، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، ذَلِكَمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ، وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا (١)، و للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا رسول الله ظاهرت من امرأتي، قال: فاذهب فاعتق رقبه، قال: ليس عندي، قال:

اذهب فصم شهرين متتابعين، قال: لا أقوى، قال: اذهب فأطعم ستين مسكيناً) (٢) فما ورد من التخيير شاذ كصحيح معاوية بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لامرأته: هي عليه كظهر أمه، قال: تحرير رقبه، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً) (٣) فهو شاذ لمخالفته للكتاب إلا أن يحمل الواو على التقسيم لا على التخيير.

(٤) على المشهور لقوله تعالى: وَ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَ دِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا -

ص:٧

١- (١) سورة المجادله، الآيات ٣-٤.

٢- (٢) (الوسائل الباب - ١ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

٣- (٣) (الوسائل الباب - ١ - من أبواب الكفارات حديث ٣.

(فى شهر رمضان: العتق) أولاً، (فالشهران) مع تعذر العتق، (فالسنتون) أى إطعام الستين لو تعذر الصيام، (و) الثالثة (١) (كفاره من أفطر فى قضاء شهر رمضان بعد الزوال، و هى إطعام عشره مساكين، ثم صيام ثلاثة أيام) (٢) مع العجز عن الإطعام.

- أَنْ يَصَّدَّقُوا - إلى قوله تعالى - (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَ كَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا) (١)، و للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و إذا قتل خطأ أدى ديتة إلى أوليائه ثم اعتق رقبه، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً مداً مداً) (٢).

و عن المفيد و سائر و ابن حمزه أنها مخيرة، و هو واضح الضعف بعد عدم المستند كما اعترف بذلك فى الجواهر.

(١) من المرتبه.

(٢) متتابعات، و الترتيب المذكور هو المشهور لخبر بريد العجلي عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل أتى أهله فى يوم يقضيه من شهر رمضان، قال: إن كان أتى أهله قبل زوال الشمس فلا- شىء عليه إلا- يوم مكان يوم، و إن كان أتى أهله بعد زوال الشمس فإن عليه أن يتصدق على عشره مساكين، فإن لم يقدر عليه صام يوماً مكان يوم، و صام ثلاثة أيام كفاره لما صنع) (٣)، و سنده مشتمل على الحارث بن محمد و هو مجهول لكنه منجبر بعمل المشهور. و التابع قد حكاه كشف اللثام عن الشيخين و جماعه، و ليس له مستند كما فى الجواهر و هو مخالف للعموم فى صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (كل صوم يفرق إلا ثلاثة أيام فى كفاره اليمين) (٤).

و عن ابن أبى عقيل اسقاط الكفاره، لخبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل فإن نوى الصوم ثم أفطر بعد ما زالت الشمس - بالنسبه لقاضى شهر رمضان -، قال عليه السلام: قد أساء و ليس عليه شىء إلا قضاء ذلك اليوم الذى أراد أن يقضيه) (٥)، و هو غير صالح لمعارضه مستند المشهور.

ص: ٨

١- (١) سورة النساء، الآية ٩٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٤ و ٣.

## في الكفارات المخيرة

(والمخيره كفاره شهر رمضان) في أجود القولين (١)،(و) كفاره (خلف النذر (٢) -و عن الصدوقين و ابن البراج أنها كفاره شهر رمضان لخبر زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل صام قضاء من شهر رمضان فأتى النساء، قال: عليه من الكفاره ما على الذي أصاب في شهر رمضان، لأن ذلك اليوم عند الله من أيام رمضان(١))، و مرسل حفص بن سوجه عن أبي عبد الله عليه السّلام (في الرجل يلاعب أهله أو جاريته و هو في قضاء شهر رمضان فيسبقه الماء فينزل، فقال: عليه من الكفاره مثل ما على الذي يجامع في شهر رمضان(٢)) و هذان لا يقاومان مستند المشهور.

و عن الحلبي و ابن زهره التخيير بين الاطعام و الصيام من دون ترتيب، و هذا لا مستند له كما اعترف بذلك في الجواهر.

(١) على المشهور للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (في رجل أفطر في شهر رمضان يوما واحدا من غير عذر، قال: يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينا(٣)).

و عن ابن أبي عقيل أنها مرتبه لخبر عبد المؤمن بن الهيثم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السّلام (إن رجلا أتى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم فقال: هلكت و أهلك، فقال: و ما أهلكك؟ قال: أتيت امرأتى في شهر رمضان و أنا صائم، فقال النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: اعتق رقبة، قال: لا أجد، فقال: صم شهرين متتابعين، قال: لا أطيق، فقال: تصدق على ستين مسكينا(٤)).

(٢) على المشهور أنها مخيره ككفاره شهر رمضان للأخبار.

منها: صحيح عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن من جعل لله عليه أن لا يركب محرّما سماه فركبه، قال: و لا أعلمه إلا قال: فليعتق رقبة أو ليصم شهرين متتابعين أو ليطعم ستين مسكينا(٤)).

و عن الصدوق و المحقق في النافع أنها كفاره يمين للأخبار.

منها: خبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن كفاره النذر، فقال:

كفاره النذر كفاره اليمين) ٦ و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (إن قلت: لله عليّ فكفاره يمين) ٧، و هي محموله على التقيه لموافقته للعامه. -

ص: ٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٤ و ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢.

٣- (( ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و ٥.

٤- ( (٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات حديث ٧ و ٤ و ١.

(و العهد (١) إن جعلناهما ككفاره رمضان، كما هو أصح الأقوال روايه.

(و فى كفاره جزاء الصيد) و هو الثلاث الأول من الثلاثه الأولى (٢) ممّا ذكر فى الكفارات، لا مطلق جزائه (٣)(خلاف) فى أنه مرتب، أو مخير (٤). و المصنف -و عن المرتضى و ابن إدريس و العلامه التفصيل فإذا كان النذر لصوم فكفاره رمضان، و إن كان لغيره فكفاره يمين للجمع بين الأخبار، و عن سلّار و الكراجكى أن كفاره النذر هى كفاره مرتبه ككفاره الظهار، و ليس لهما مستند كما فى الجواهر.

(١)فهى كفاره رمضان على المشهور للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أحدهما عليه السلام (من جعل عليه عهد الله و ميثاقه فى أمر فيه لله طاعه، فحنت فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا)(١) و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل عاهد الله فى غير معصيه، ما عليه إن لم يف بعهده؟ قال: يعتق رقبه أو يتصدق بصدقه، أو يصوم شهرين متتابعين)٢.

و عن بعضهم أنها كفاره يمين لأن العهد مثل اليمين فى الالتزام، و هو واضح الضعف مع ورود ما سمعت من الأخبار، و عن سلّار و الكراجكى أن كفاره النذر و العهد كفاره الظهار، و قال فى الجواهر: (لم نعثر لهما على مستند).

(٢)و الثلاثه الأولى و هى النعامه و بقره الوحش و حماره، و الطبى و الثعلب و الأرنب.

و الثلاث الأول فيها هى: البدنه فإن لم يجد يقوّم البدنه ثم يفض ثمنها على ستين مسكينا، فإن عجز صام ستين يوما فى قتل النعامه، و البقره الأهليه و مع العجز يفضّ ثمنها على ثلاثين مسكينا فإن عجز صام ثلاثين يوما فى قتل بقره الوحش و حماره، و الشاه و مع العجز يفض ثمنها على عشره مساكين فإن عجز صام عشره أيام فى قتل الطبى فعلى الخلاف المتقدم فهل فيها ما فى الطبى أم فيها شاه، و على الثانى فإن عجز عنها أطعم عشره مساكين فإن عجز صام ثلاثه أيام للبدل العام.

(٣)أى جزاء الصيد.

(٤)فالمشهور على الترتيب على ما تقدم فى كتاب الحج، و عن جماعه أنها للتخيير لقوله تعالى:

(وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعِدًّا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِالْغِيبَةِ، أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ، أَوْ عَدْلٌ ذَلِكُمْ صِيَامًا) (٢) و أو للتخيير و يدل عليه-

ص: ١٠

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات حديث ٢ و ١.

٢- (٣) سورة المائده، الآية ٩٨.

اختار فيما سبق الترتيب و هو أقوى، و مبنى الخلاف على دلالة ظاهر الآيه العاطفه للخصال بأو الداله على التخيير، و دلالة الخبر على أن ما فى القرآن بأو فهو على التخيير، و على ما روى نسا من أنها على الترتيب (١) و هو مقدم (٢).

## فى المرتبه و المخيره

(و التى جمعت) الوصفين (٣) (كفاره اليمين، و هى إطعام عشره مساكين، أو كسوتهم، أو تحرير رقبه) مخير بين الثلاث، (فإن عجز فصيام ثلاثه أيام (٤)، و كفاره الجمع لقتل المؤمن عمدا ظلما، و هى عتق رقبه و صيام شهرين) متتابعين، (و إطعام ستين مسكينا) (٥) و قد تقدم (٦) أن الإفطار فى شهر رمضان على محرم -صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (و كل شىء فى القرآن (أو) فصاحبه بالخيار يختار ما يشاء، و كل شىء فى القرآن (فمن لم يجد فعليه كذا) فالأول بالخيار(١) أى المختار و المتعين، و حمل لفظ (أو) هنا على التقسيم لا التخيير جمعا بينها و بين الأخبار المصرحه بالترتيب و قد تقدم ذكر بعضها فى كتاب الحج.

(١) تقدم ذكرها فى كتاب الحج.

(٢) لأن النص مقدم على الظاهر.

(٣) من الترتيب و التخيير.

(٤) بلا- خلاف فى ذلك لقوله تعالى: (لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ، وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ، فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ) (٢).

(٥) للأخبار.

منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (كفاره الدم إذا قتل الرجل المؤمن متعمدا فعليه أن يمكن نفسه من أوليائه، فإن قتلوه فقد أدى ما عليه إذا كان نادما على ما كان منه، عازما على ترك العود، و إن عفى عنه فعليه أن يعتق رقبه و يصوم شهرين متتابعين و يطعم ستين مسكينا) (٣).

(٦) فى كتاب الصوم.

ص: ١١

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

٢- (٢) سورة المائده، الآيه: ٨٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

مطلقا (١) يوجبها أيضا (٢). فهذه جملة الأقسام.

و بقى هنا أنواع اختلف فى كفاراتها أتبعها بها فقال: (و الحالف بالبراءه (٣) (١) سواء كان أصلها كالزنا و شرب المسكر أم عارضا كوطء الحائض و أكل مال الغير.

(٢) أى يوجب كفاره الجمع.

(٣) لا خلاف فى حرمه الحلف بالبراءه من الله أو من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أو من أحد من الأئمه عليهم السلام من غير فرق بين الصادق و الكاذب، و بين الحانث و غيره لإطلاق الأخبار.

منها: مرسل ابن أبى عمير (سمع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم رجلا يقول: أنا برىء من دين محمد، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ويلك إذا برئت من دين محمد فعلى دين من تكون؟ قال: فما كلمه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حتى مات) (١)، و خبر يونس بن ظبيان (قال لى: يا يونس لا تحلف بالبراءه منا، فإن من حلف بالبراءه منا صادقا كان أو كاذبا فقد برىء منا) (٢)، و خبر محمد بن ميمون عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عليهم السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: ستدعون إلى سبى فسبوني، و تدعون إلى البراءه منى فمدوا الرقاب، فإنى على الفطره) (٣) و قال المفيد فى الارشاد (استفاض عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال:

ستعرضون من بعدى على سبى فسبوني، فمن عرض عليه البراءه منى فليمدد عنقه، فإن برىء منى فلا دنيا له و لا آخره) (٤).

نعم اختلف فى الكفاره: فعن الشيخين و جماعه أنها كفاره ظهار فإن عجز فكفاره يمين هذا مع الحنث، بل عن الطوسى و القاضى أنها كذلك و إن لم يحنث، و عن ابن حمزه أنها كفاره نذر، و عن الصدوق أنه يصوم ثلاثه أيام و يتصدق على عشره مساكين لخبر عمرو بن حريث عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل قال: إن كلم ذا قرابه له فعليه المشى إلى بيت الله، و كل ما يملكه فى سبيل الله، و هو برىء من دين محمد صلى الله عليه و آله و سلم، قال:

يصوم ثلاثه أيام و يتصدق على عشره مساكين) (٤).

و عن العلامه فى المختلف و التحرير أن يطعم عشره مساكين لكل مسكين مدّ و يستغفر الله لمكاتبه محمد بن الحسن الصفار إلى أبى محمد العسكري عليه السلام (رجل حلف بالبراءه من-

ص: ١٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الأيمان حديث ٢.

٣- (( ٣ ) ( ٤ ) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الأمر و النهى حديث ٨ و ٢١.

٤- (٥) الوسائل الباب - (٢) - من أبواب الكفارات حديث ٢.



(من الله ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم والأئمة عليهم السلام) على الاجتماع (١) والافراد (٢) صادقا كان أم كاذبا، وفي الخير أنه يبرأ بذلك منهم صادقا وكاذبا، واختلف في وجوب الكفاره به مطلقا أو مع الحنث، فنقل المصنف هنا قولين من غير ترجيح، وكذا في الدروس (و) هو أنه (يكفر كفاره ظهار، فإن عجز فكفاره يمين على قول) الشيخ في النهايه وجماعه، ولم نقف على مستنده، وظاهرهم وجوب ذلك مع الحنث وعدمه ومع الصدق والكذب.

(و في توقيع العسكري عليه السلام) إلى محمد بن الحسن الصفار الذي رواه محمد بن يحيى في الصحيح (أنه) مع الحنث (يطعم عشرة مساكين) لكل مسكين مد (و يستغفر الله تعالى). والعمل بمضمونها حسن، لعدم المعارض مع صحه الروايه.

و كونها مكاتبه و نادره لا يقدره مع ما ذكرناه، و هو اختيار علامه في المختلف، و ذهب جماعه إلى عدم وجوب كفاره مطلقا (٣)، لعدم انعقاد اليمين، إذ لا حلف إلا بالله تعالى، و اتفق الجميع على تحريمه مطلقا (٤).

-الله ورسوله فحنث ما توبته و كفارته؟ فوق عليه السلام: يطعم عشرة مساكين، لكل مسكين مد، و يستغفر الله عز و جل(١).

و عن ابن إدريس و أكثر المتأخرين أنه يأنم و لا كفاره، لأن القول الأول لا مستند له سوى دعوى الاجماع، و مخالفه الكثير له تضره، و كذا القول الثاني، و القول الثالث معتمد على خبر عمرو بن حريث و هو غير حائز شرائط الحجيه، و أما القول الرابع فهو و إن اعتمد على المكاتبه و هي صحيحه السند، إلا أن الأصحاب أعرضوا عنها و لم يفتوا بمضمونها و هذا كاشف عن ضعفها و توهينها، نعم لا بأس بحملها على الندب.

(١) أي حلف بالبراءه من جميعهم.

(٢) أي حلف بالبراءه من أحدهم.

(٣) و إن لم يكن حائثا.

(٤) و إن حنث.

(٥) صادقا أو كاذبا، حائثا أو لا.

ص: ١٣

(و في جز المرأة شعرها في المصاب كفاره ظهار) (١) على ما اختاره هنا، وقبله العلامه في بعض كتبه و ابن إدريس، و لم نقف على المأخذ، (وقيل): كبيره (مخيره) ذهب إليه الشيخ في النهايه، استنادا إلى روايه ضعيفه، و في الدروس نسب القول الثاني إلى الشيخ و لم يذكر الأول.

و الأقوى عدم الكفاره مطلقا (٢)، لأصالة البراءه. نعم يستحب لصلاحيه الروايه لأدله السنن، و لا فرق في المصاب بين القريب و غيره للإطلاق (٣).

و هل يفرق بين الكل و البعض (٤): ظاهر الروايه اعتبار الكل، لإفاده الجمع (١) كما عن سلار و الحلبي و ابن إدريس، و ليس له مستند إلا دعوى الاجماع، و قيل: كما عن المراسم و الوسيله و الجامع و النافع و المقنعه و النهايه أنها كفاره شهر رمضان لخبر خالد بن سدير (سألت أبي عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه - إلى أن قال - و إذا خدشت المرأة وجهها أو جزت شعرها أو نتفته، ففي جز الشعر عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا، و في الخدش إذ أدميت، و في النتف كفاره حنث يمين، و لا شيء في اللطم على الخدود سوى الاستغفار و التوبه، و لقد شققن الجيوب و لظمن الخدود الفاطميات على الحسين بن علي عليه السلام، و على مثله تلطم الخدود و تشقّ الجيوب) (١)، و خالد بن سدير لم يوثق، و في سند الخبر محمد بن عيسى و هو ضعيف، بل قال الصدوق: إن كتابه موضوع، لذا ذهب المحقق و الفخر و ثاني الشهيدين إلى أنها تأثم و لا كفاره عليها للأصل بعد استضعاف الخبر، و فيه: إن الأصحاب قاطبه قد عملوا بالخبر بالنسبه لصدوره كما سيأتي، و بالنسبه لحكم النتف فالسند منجبر و لا داعى للتشكيك.

(٢) لا مرتبه و لا مخيره.

(٣) أى اطلاق الخبر المتقدم.

(٤) جزم الشارح في المسالك و الروضه اعتبار الكل، لأن الخبر قد اشتمل على (جز الشعر) و هو جمع معرف، و على (جزت شعرها) و هو مضاف، و الجمع المعرف و المضاف يفيد العموم.

و فيه: إنه منصرف إلى المتعارف الذي يتحقق في البعض بل اعتبار جز الكل نادر فلا يمكن حمل الخبر على الفرد النادر، و لذا اكتفى بالبعض صاحب الجواهر و سيد الرياض و قبلهما الشهيد في الدروس.

ص: ١٤

المعرّف، أو المضاف العموم. و استقرب في الدروس عدم الفرق، لصدق جز الشعر و شعرها عرفا بالبعض، و كذا الإشكال في إلحاق الحلق و الإحراق بالجز، من مساواته له (١) في المعنى و اختاره في الدروس، و من عدم النص (٢)، و أصاله البراءة، و بطلان القياس، و عدم العلم بالحكمه (٣) الموجبه للإلحاق، و كذا إلحاق جزئه في غير المصاب به (٤) من عدم النص (٥)، و احتمال الأولويه (٦)، و هي ممنوعه (٧).

### في نتف المرأة شعرها أو خدش وجهها، أو شق الرجل ثوبه

(و في نتفه) أى نتف شعرها،(أو خدش وجهها، أو شق الرجل ثوبه في موت ولده، أو زوجته كفاره يمين على قول الأكثر) (٨) و منهم المصنف في الدروس جازما به من غير نقل خلاف، و كذلك العلامه في كثير من كتبه.

و نسبته هنا إلى القول يشعر بتوقفه فيه و هو المناسب، لأن مستنده الروايه التي دلت على الحكم السابق، و المصنف اعترف بضعفها في الدروس، و ليس بين المسألتين (١) دليل الإلحاق لأنه في الكل إزالة الشعر، بل في الاحراق أولى.

(٢) دليل عدم الإلحاق لعدم اندراج الحلق و الاحراق تحت لفظ الجز الوارد في الخبر المتقدم، لأن الجز هو القص.

(٣) إذ يحتمل خصوصيه الجز في الحكم.

(٤) أى بالجز في المصاب.

(٥) دليل عدم اللاحق.

(٦) لأن المصاب قد أخذ على عقل الإنسان، ففي غير المصاب أولى لارتفاع مانع العقل.

(٧) أولا لأنه قياس ظني، و ثانيا لاحتمال كون الجز في المصاب مشعرا بعدم الرضا بقضاء الله تعالى دون الجز في غيره.

(٨) بل لا خلاف فيه كما في الجواهر لخبر خالد بن سدير المتقدم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه على أبيه أو على أمه، أو على أخيه، أو على قريب له، فقال: لا بأس بشق الجيوب، قد شق موسى بن عمران على أخيه هارون، و لا يشق الوالد على ولده، و لا زوج على امرأته، و تشق المرأة على زوجها، و إذا شقّ زوج على امرأته، أو والد على ولده فكفارته حنث يمين، و لا صلاه لهما حتى يكفرا، أو يتوبا من ذلك، فإذا خدشت المرأة وجهها) (١) إلى آخر ما تقدم في الحكم السابق.

ص: ١٥

فرق إلا تحقق الخلاف في الأول دون هذه. و الكلام في نتف بعض الشعر (١) كما سبق.

و لا فرق بين الولد للصلب و ولد الولد و إن نزل ذكرا، أو أنثى لذكر (٢).

و فى ولد الأنثى قولان أجودهما عدم اللحوق (٣)، و لا- فى الزوجه بين الدائم و المتمتع بها (٤)، و المطلقة رجعيًا زوجه، و لا يلحق بها الأمه و إن كانت سرّيه، أو أم ولد (٥). و يعتبر فى الخدش الإدماء كما صرحت به الروايه و أطلق الأكثر، و صرح جماعه منهم العلامه فى التحرير بعدم الاشتراط (٦)، و المعتبر منه مسماه (٧) فلا- يشترط استيعاب الوجه، و لا شق جميع الجلد (٨).

و لا يلحق به خدش غير الوجه و إن أدمى، و لا لطمه مجردا (٩)، و يعتبر فى الثوب مسماه عرفا (١٠)، و لا فرق فيه بين الملبوس و غيره، و لا- بين شقه ملبوسا و منزوعا، و لا بين استيعابه بالشق و عدمه (١١)، و لا كفاره بشقه على غير الولد (١) حيث تضمن الخبر (و فى النتف) و هو جمع معرف، و (نتفته)، فقد ذهب الشارح إلى اعتبار الكل لظاهر الروايه، و ذهب غيره إلى الاكتفاء بالبعض لأنه المنصرف من الخبر عرفا.

(٢) لإطلاق لفظ الولد - الوارد فى الخبر - عليه.

(٣) و هذا ما استقر به فى المسالك، و علّله فى الجواهر بالتبادر، و عن البعض أنه يطلق عليه لغه فيدخل.

(٤) لإطلاق الزوجه عليها، و كذا على الرجعيه.

(٥) لعدم صدق اسم الزوجه عليها.

(٦) أى عدم اشتراط الإدماء و هو مطالب بالمستند - كما فى المسالك - خصوصا بعد تقييد الخدش بالإدماء كما فى الخبر.

(٧) لإطلاق الخبر، و الخدش لا يكون إلا فى الوجه، فلا عبره بخدش غيره كما لا يعتبر استيعاب تمام الوجه.

(٨) فى المخدوش من الوجه، بل لو كان بعض المخدوش منه داميا يكفى.

(٩) عن الخدش، فلا شىء فيه لعدم صدق الخدش الذى هو عنوان الحكم المذكور.

(١٠) أى ما يسمى أنه ثوب، نعم لا فرق بين الملبوس و غيره للإطلاق.

(١١) كل ذلك لإطلاق الخبر المتقدم.

و الزوجه (١)، و أجازته (٢) جماعه على الأب و الأخ لما نقل من شق بعض الأنبياء (٣) و الأئمه (٤) عليهم السلام فيهما (٥)، و لا فى شق المرأه على الميت مطلقا (٦) و إن حرم.

### فى من تزوّج امرأه فى عدتها

(و قيل: من تزوّج امرأه فى عدتها فارقها و كفر بخمسه أصوع دقيقا (٧) (١) لأنه خارج عن مورد النص، بل الخبر قد صرح بجواز الشق على أبيه و أمه و أخيه.

(٢) أى شق الثوب.

(٣) كما وقع من موسى على هارون على ما فى الخبر المتقدم.

(٤) فى مرسل الفقيه (لما قبض على بن محمد الهادى عليه السلام رأى الحسن بن على عليه السلام قد خرج من الدار و قد شق قميصه عن خلف و قدام) (١)، و ما رواه فى كشف الغمه عن كتاب الدلائل لعبد الله بن جعفر الحميرى عن أبى هاشم الجعفرى قال: (خرج أبو محمد عليه السلام فى جنازه أبى الحسن عليه السلام و قميصه مشقوق، فكتب إليه ابن عون: من رأيت أو بلغك من الأئمه شق قميصه فى مثل هذا؟ فكتب إليه أبو محمد عليه السلام: يا أحمق و ما يدريك ما هذا، قد شق موسى على هارون) (٢).

(٥) أى فى الأب و الأخ.

(٦) حتى على زوجها كما صرح الخبر المتقدم، و على ولدها، فلا كفاره لعدم النص، نعم فى غير المنصوص يكون محرّما لما فيه من إضاعه المال كما علّله فى المسالك، و فيه: بعد عدم ثبوت النص إضاعه المال مطلقا لا تساعد على الحرمة فى كل مورد.

(٧) كما ذهب إليه الشيخ و ابن حمزه و العلامه و ولده لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن امرأه تزوجها رجل فوجد لها زوجا، قال: عليه الحد و عليها الرجم، لأنه قد تقدم بعلم و تقدمت هى بعلم، و كفارته إن لم يقمّ إلى الإمام أن يتصدق بخمسه أصوع دقيقا) (٣) و مرسل الصدوق عنه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يتزوج المرأه و لها زوج، قال: إذا لم يرفع خبره إلى الإمام فعليه أن يتصدق بخمسه أصوع دقيقا بعد أن يفارقها) (٤) و صريح الخبرين فى المرأه ذات البعل، إلا أنهم حملوا المعتده عليها، أمّا الرجعية فواضح لصدق اسم الزوجه عليها، و أما فى البائن فلعدم الفرق بين العدتين مع أن إحداث قول ثالث بالتفصيل خرق للاجماع المركب.-

ص: ١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب الدفن حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب الدفن حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الكفارات حديث ١.

نسب ذلك إلى القول متوقفا فيه، و جزم به في الدروس، و مستنده روايه أبي بصير عن أبي عبد الله، و هي مع تسليم سندها لا تصريح فيها بالوجوب (١)، فالقول بالاستحباب أوجه، و في الروايه تصريح بالعالم، و أطلق الأكثر و لا حجه في لفظ الكفار (٢) على اختصاصها بالعالم (٣)، و لا فرق في العده بين الرجعيه و البائن، و عده الوفاه و غيرها (٤)، و في حكمها (٥) ذات البعل، و هو (٦) مصرح في الروايه، و لا بين المدخول بها و غيرها (٧)، و الدقيق في الروايه و الفتوى مطلق (٨). و ربما قيل باختصاصه بنوع يجوز إخراجه كفاره و هو دقيق (٩) الحنطه و الشعير.

### في من نام عن صلاه العشاء حتى تجاوز نصف الليل

(و من نام عن صلاه العشاء حتى تجاوز نصف الليل أصبح صائما (١٠) - هذا و الفتوى مقتصره على ذات العده و الخبران مصرحان بذات الزوج، فما في الفتوى لا- شاهد له و ما في الخبرين لا عامل به، بالإضافه إلى ضعف السند أما الثاني فواضح للإرسال، و أما الأول فلاشتراك أبي بصير بين جماعه منهم الثقه و الضعيف، و في السند أيضا إسماعيل بن مزار و حاله مجهول، و لهذين الاشكالين ذهب ابن إدريس و المحقق إلى إنكار وجوب التصديق المذكور استضعافا للخبرين بعد إعمال أصاله البراءه، و هو ما قواه الشارح في المسالك. نعم يعمل بها استحبابا تسامحا في أدله السنن.

(١) و هو خبر أبي بصير الأول، و أما مرسل الصدوق عنه فقد تضمن القول (فعليه أن يتصدق) و هي جمله خبريه قد قصد بها الانشاء فهي أبلغ في الوجوب من الأمر.

(٢) الوارد في فتوى الأكثر.

(٣) لأن الكفار تدارك لما فات الإنسان سواء كان عن اختيار أو لا.

(٤) كعده المنقطعه و الأمه كل ذلك لعدم إحداث قول ثالث كما تقدم في البائن.

(٥) أي حكم المعتده.

(٦) أي ما ذكر من ذات البعل.

(٧) لإطلاق الخبرين.

(٨) يشمل دقيق الحنطه و غيره من الشعير و الذره.

(٩) كما في التنقيح للانصراف و الاحتياط.

(١٠) كما عن الشيخ في النهايه و المرتضى في الانتصار و ابن زهره في الغنيه لخبر عبد الله بن المغيره عن حدثه عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل نام عن العتمه فلم يقم إلى انتصاف الليل، قال: يصلها و يصبح صائما) (١)، و ذهب ابن إدريس و المحقق و الفاضل و غيرهم -

---

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب المواقيت حديث ٨.



ظاهره كون ذلك على وجه الوجوب، لأنه مقتضى الأمر. وفي الدروس، نسب القول به إلى الشيخ، وجعل الرواية به مقطوعه (١)، وحينئذ (٢) فالاستحباب أقوى، ولا فرق بين النائم كذلك (٣) عمدا و سهوا (٤)، وفي إلحاق السكران به قول ضعيف (٥)، وكذا من تعمد تركها، أو نسيه من غير نوم (٦)، ولا يلحق به ناسى غيرها قطعا (٧)، فلو أفطر ذلك اليوم ففى وجوب الكفاره من حيث تعيينه على القول بوجوبه، أولا (٨) بناء على أنه كفاره فلا كفاره فى تركها وجهان أجودهما الثانى و لو سافر فيه مطلقا (٩) أفطره وقضاه، وكذا لو مرض، أو حاضت المرأة، أو وافق العيد، أو أيام التشريق مع احتمال سقوطه حينئذ، و لو صادف صوما متعينا تداخلا مع احتمال قضائه.

-إلى عدم الوجوب استضعافا للمرسل المتقدم، نعم لا بأس بالاستحباب تسامحا فى أدله السنن.

(١) بل مرسله.

(٢) أى حين كون الرواية مقطوعه.

(٣) حتى تجاوز نصف الليل.

(٤) لإطلاق الخبر.

(٥) لم أجده لشخص بعينه، نعم ضعفه للأصل بعد ورود النص فى النائم، و قياس السكران عليه لا نقول به.

(٦) فلا كفاره فى نسيان العشاء أو تعمد تركها للأصل بعد ورود النص فى النائم كما عرفت، و قياسهما على النائم قياس باطل.

(٧) لعدم النص.

(٨) تابع الشارح فى هذه الفروع الشهيد فى الدروس حيث قال: (و لو أفطر فى ذلك اليوم أمكن وجوب الكفاره لتعيينه، و عدمه لتوهم أنه كفاره و لا- كفاره فيها، و لو سافر فيه فالأقرب الإفطار و القضاء، و كذا لو مرض أو حاضت المرأة، مع احتمال عدم الوجوب فيهما و فى السفر الضرورى لعدم قبول المكلف الصوم، و كذا لو وافق العيد أو التشريق، و لو وافق صوما معينا فالأقرب التداخل مع احتمال قضائه) انتهى، و لقد أجاد فى الجواهر حيث قال: (لكن الجميع كما ترى مجرد تهجس، بل لعل إهمال ذلك كله و غيره دليل الاستحباب الذى يقع فيه مثل هذا الإهمال بخلاف الواجب).

(٩) مضطرا أو مختارا.

## في كفاره ضرب العبد فوق الحد

(و كفاره ضرب العبد فوق الحد) الذي وجب عليه بسبب ما فعله من الذنب، أو مطلقا (١) (عتقه (٢) مستحبا) عند الأكثر. وقيل: وجوبا و تردد المصنف في الدروس مقتصرًا على نقل الخلاف، وقيل: المعتبر تجاوز حد الحر (٣)، لأنه المتيقن و المتبادر عند الإطلاق، و لو قتله فكفارته كغيره (٤).

## في كفاره الإيلاء و في تعيين العتق في المرتبة بوجدان الرقبه

(و كفاره الإيلاء كفاره اليمين) (٥)، لأنه يمين خاص، (و يتعين العتق في المرتبة بوجدان الرقبه (٦) ملكا، أو تسيبًا) كما لو ملك الثمن و وجد الباذل لها (١) فالإطلاق إما بلحاظ الحدود فقد ضربه فوق كل الحدود حتى تجاوز حد العبد و الحر كما عن بعض، و إما بلحاظ السبب، أي ضربه و إن لم يكن هناك ذنب و هذا ما صرح به في الخبر الآتي.

(٢) وجوبا كما عن جماعه، و المستند فيه صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (من ضرب مملوكا حدا من الحدود من غير حد أوجه المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفاره إلا عتقه) (١).

و ذهب المحقق و العلامة و أكثر المتأخرين إلى الاستحباب لعدم الوثوق بالوجوب صريحا من عبارات القدماء كما في الجواهر.

(٣) النص السابق ظاهر فيما إذا ضربه حدا من الحدود من غير ذنب، و الفتوى صريحه في تجاوز الحد و هما متغايران، هذا من جهه و من جهه أخرى فالمعتبر في الحد هو حد العبيد لا حد الأحرار لأنه المنصرف من الخبر، و قيل - كما في المسالك - حد الأحرار، لأنه المتيقن، لأصالة بقاء الملك سليما عن تعلق حق العتق على مالكه، و هذا يأتي على القول بالوجوب، أما الاستحباب فلا.

(٤) الكفاره مرتبه إن كان القتل خطأ، و جمعا إن كان عمدا.

(٥) لأن الإيلاء من اليمين، إذ هو الحلف على ترك و طئ الزوجه على ما سيأتي تفصيله، و لكن يتميز عن مطلق اليمين بأحكام مخصوصه، و أما الكفاره فواحد.

(٦) بلا خلاف فيه لما تقدم من الأدله حيث أبتدئ بتحرير رقبه ثم إذا لم يجد فصيام شهرين متتابعين، و وجدان الرقبه متحقق فيما لو كانت عنده رقبه، أو عنده ثمنها مع وجود الباذل لها بالبيع و نحوه، نعم إن لم تكن عنده رقبه و لم يجد الباذل لها، أو وجد و لكن فقد الثمن فينتقل إلى الصوم في المرتبه.

ص: ٢٠

زياده (٦) على داره و ثيابه اللائقين بحاله، و خادمه اللائق به، أو المحتاج إليه، و قوت يوم و ليله له و لعياله الواجبى النفقه، و وفاء دينه (١) و إن لم يطالب به. نعم لو تكلف العادم العتق أجزاءه (٢)، إلا مع مطالبه الديان (٣)، للنهي عن العتق حينئذ (٧) و هو عباده، و العبره بالقدره عند العتق (٤) لا الوجوه.

(و يشترط فيها الإسلام) (٥) و هو الإقرار بالشهادتين مطلقا (٦) على الأقوى، و هو المراد من الإيمان المطلوب فى الآيه، و لا يشترط الإيمان الخاص و هو الولاء على الأظهر.

(١) لأنه يشترط فى الثمن أن يكون زائدا عن هذه المستثنيات و إلا فلا يصدق عليه وجدان الرقبه.

(٢) لأن المأتى به قد طابق المأمور به، و هو مأمور به لأنه تكلف ذلك.

(٣) و هو الدائن فلا يجوز له بذل المال الموجود عنده فى شراء الرقبه لأنه منهي عنه بعد مطالبه الدائن بحقه.

(٤) لأن العبره بالقدره حال الأداء.

(٥) و هو المعبر عنه بالإيمان، و هو معتبر فى كفاره القتل عمدا أو خطأ بلا خلاف فيه للتصريح به فى الكتاب العزيز (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) (١) و هذا من حيثه كونه كفاره القتل لا من حيث كونه خطأ، فلذا اشترط الإيمان فى كفاره القتل العمدى أيضا، و أما فى غيرها ففيل بالاشتراط كما نسب إلى الأكثر لخبر سيف بن عميره عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟ قال: لا) (٢) و لقاعده الاشتغال التى تقتضى عتق المؤمنه، و به يحصل الفراغ اليقيني و ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن الجنيد إلى عدم الاشتراط فى غير كفاره القتل للأصل و عملا بإطلاق أدله العتق.

ثم إن المراد بالإيمان هو الإسلام، و هو الاقرار بالشهادتين، و لا يعتبر التصديق القلبى لتعذر الاطلاع عليه غالبا، و كذلك لا يعتبر الإيمان الخاص و هو الاعتقاد بالأئمه عليهم السلام لتأخره عن زمن الخطابات بالعتق فلا يحمل عليه، نعم ذهب ابن إدريس إلى اشتراط الإيمان الخاص لقاعده الاشتغال.

(٦) و إن لم يكن مؤمنا بالأئمه عليهم السلام.

ص: ٢١

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٩٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ٥.

و طفل أحد المسلمين بحكمه (١)، و إسلام الأخرس بالإشارة (٢)، و إسلام المسبى بالغاً بالشهادتين (٣)، و قبله (٤) بانفراد المسلم به (٥) عند المصنف و جماعه، (١) للسيره القطعيه على معاملة الطفل معامله أبويه و لخبر زيد بن علي عن آبائه عن علي عليهم السّلام (إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دعى إلى الإسلام فإن أبي قتل، فإذا أسلم الولد لم يجزّ أبويه، و لم يكن بينهما ميراث) (١). نعم ذهب ابن الجنيّد إلى اشتراط كونه بالغاً في كفاره القتل و تبعه على ذلك المحقق الثاني لخبر معمر بن يحيى عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يظاهر من امرأته، يجوز عتق المولود في الكفاره، فقال: كل العتق يجوز فيه المولود إلا في كفاره القتل، فإن الله تعالى يقول: فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، يعني بذلك مقرّه قد بلغت الحنث) (٢) و مثله غيره، إلا أن هذه الأخبار مهجوره عند الأصحاب كما في الجواهر لخبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السّلام (الرقبه المؤمنه التي ذكر الله إذا عقلت، و النسمة التي لا تعلم إلا ما قلته و هي صغيره) ٣ و خبر كردويه الهمداني عن أبي الحسن عليه السّلام (في قوله تعالى: فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، كيف تعرف المؤمنه؟ قال: على الفطره) ٤.

(٢) بحيث إذا بلغ المملوك الأخرس و أبواه كافران، فأسلم بالإشارة حكم بإسلامه و أجزأ في العتق، بلا- خلاف فيه، لما روته العامه (أن رجلاً جاء إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ و معه جاريه أعجميه أو خرساء، فقال: يا رسول الله عتق رقبة، فهل تجزي عنى هذه؟ فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: أين الله تعالى؟ فأشارت إلى السماء، ثم قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: من أنا؟ فأشارت إلى أنه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ له: اعتقها فإنها مؤمنة) (٣).

(٣) لأن الإسلام يتحقق بهما.

(٤) أى قبل البلوغ.

(٥) بحيث لو انفرد المسلم السابى به، و لم يكن الطفل تحت سلطه أبويه فقد ذهب الشيخ فى المبسوط إلى الحكم بإسلامه، تبعاً للسابى محتجاً بأن هذا الطفل لا حكم له بنفسه، و ليس هاهنا غير السابى فيحكم بإسلامه تبعاً له و تبعه على ذلك جماعه، و عن المشهور العدم لعدم الدليل.

ص: ٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧٠ - من كتاب العتق حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الكفارات حديث ٦ و ٨ و ٧.

٣- (٥) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٨٨.

و ولد الزنا بهما (١) بعد البلوغ، و بتبعيه السابى على القول (٢)، و فى تحقيقه (٣) بالولاده من المسلم و جهان، من انتفائه (٤) شرعا. و تولده منه (٥) حقيقه فلا يقصر عن السابى، و الأول أقوى.

(و السلامه من) العيوب الموجهه للعتق (٦) و هى: (العمى و الإقعاد. و الجذام و التنكيل) الصادر عن مولاه، و هو أن يفعل به فعلا فظيحا بأن يجرد أنفه، أو يقلع أذنيه و نحوه لانعتاقه بمجرد حصول هذه الأسباب على المشهور، فلا يتصور إيقاع العتق عليه ثانيا.

و لا يشترط سلامته من غيرها من العيوب (٧) فيجزى الأعور، و الأعرج، (١) أى بالشهادتين.

(٢) أى قول المصنف و جماعه قبل البلوغ.

(٣) أى تحقق الإسلام لولد الزنا.

(٤) دليل العدم.

(٥) دليل التحقق.

(٦) بلا خلاف و لا اشكال فيه، فلا يجرى الأعمى و لا الأجدم و لا المقعد و لا المنكل به لتحقق العتق بحصول هذه الأسباب، فلا يحصل التحرير المأمور به فى الكفاره ففى خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام (لا يجرى الأعمى فى الرقبه، و يجرى ما كان منه مثل الأقطع و الأشلّ و الأعرج و الأعور، و لا يجوز المقعد) (١)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبي عن علي عليهم السلام (العبد الأعمى و الأجدم و المعتوه لا يجوز فى الكفارات، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أعتقهم) ٢، و خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه أنه حر لا سبيل له، سائبه يذهب) (٢) و ذهب ابن إدريس إلى أن التنكيل ليس سببا للعتق و سيأتى بحته فى كتاب العتق. و قال فى المسالك: (فالتنكيل لغه فعل الأمر الفظيح بالغير، يقال: نكل به تنكيلا، إذ جعله نكالا لغيره، مثل أن يقطع لسانه أو أنفه أو أذنيه أو شفثيه و نحو ذلك، و ليس فى كلام الأصحاب ما يدل على المراد، بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرد الاسم تبعا لإطلاق النص).

(٧) بحيث إذا كان العيب لا يوجب نقصان ماليته كقطع بعض أنامله فلا خلاف فى كونه-

ص: ٢٣

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الكفارات حديث ٢ و ٣.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

و الأقرع، و الخصى، و الأصم، و مقطوع أحد الأذنين و اليدين و لو مع إحدى الرجلين، و المريض و إن مات في مرضه، و الهرم، و العاجز عن تحصيل كفايته، و كذا من تشبث بالحرية (١) مع بقاءه على الملك كالمُدبّر، و أم الولد (٢) و إن لم يجز بيعها، لجواز تعجيل عتقها.

-مجزيا لصدق الرقبه عليه، و أما إذا كان العيب يوجب النقصان كالأصم و الأخرس و من قطعت إحدى يديه أو رجله، فكذا لصدق الرقبه، و خالف ابن الجنيد في الناقص خلقه ببطلان الجارحه إذا لم يكن في البدن سواها كالأخرس دون الأشل من يد واحده، و هو شاذ ضعيف - كما في الجواهر - لصدق الرقبه على الجميع إلا ما خرج بالنص السابق.

(١) ذهب الشيخ في النهايه و القاضى ابن البراج و ابن الجنيد إلى عدم أجزاء المدبّر إذ يشترط أن يكون العبد تام الملك لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل جعل لعبد العتق إن حدث به حدث، و على الرجل تحرير رقبه في كفاره يمين أو ظهار، أ يجزى عنه أن يعتق عبده ذلك في تلك الرقبه الواجبه؟ قال: لا) (١)، و مضمّر عبد الرحمن (سألته عن رجل قال لعبد: إن حدث بي حدث فهر حر، و على الرجل تحرير رقبه في كفاره يمين أو ظهار، أ له أن يعتق عبده الذي جعل له العتق إن حدث به حدث في كفاره تلك اليمين؟ قال: لا يجوز) (٢).

و عن الشيخ في المبسوط و الخلاف و ابن إدريس و أكثر المتأخرين أنه يجزى و يكون عتقه فسخا للتدبير، لأنه بمنزله الوصيه يبطلها الناقل عن الملك، مع حمل الخبرين السابقين على من جعل ذلك بوجه لازم، و يؤيده صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل دبّر مملوكا له ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه إن شاء باعه، و إن شاء أعتقه، و إن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه) (٣).

(٢) المشهور على جواز عتقها في الكفاره كما يجوز عتقها تبرعا لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (أم الولد تجزى في الظهار) (٤)، و عن ابن الجنيد عدم الجواز و هو مذهب بعض العامه لنقصان ملكها باستحقاقها العتق من جهه الاستيلاء، و هو ممنوع، لأنها تستحق العتق بعد موت سيدها لا مطلقا.

ص: ٢٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الكفارات حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب التدبير حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب التدبير حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الكفارات حديث ١.

و فى إجزاء المكاتب الذى لم يتحرر منه شىء قولان (١)، و إجزاؤه لا يخلو من قوه، دون المرهون (٢) إلا مع إجازة المرتهن، و المنذور عتقه (٣)، و الصدقه به (٤)، و إن كان (٥) معلقا بشرط لم يحصل بعد على قول (٦) رجحه المصنف فى الدروس.

(و الخلو عن العوض) (٧) فلو أعتقه و شرط عليه عوضا لم يقع عن الكفاره، لعدم تمحض القربه. و فى اعتاقه بذلك نظر (٨) و قطع المصنف فى الدروس بوقوعه، و كذا لو قال له غيره: أعتقه عن كفارتك و لك على كذا (٩)، و اعترف (١) قال الشيخ فى الخلاف لا- يجزى نظرا إلى نقصان الرق بتحقيق الكتابه، لأنها لانزله من قبل السيد، و قد خرج العبد بها عن الملك خروجاً مترزلاً.

و قال الأ-كثر أنه يجزى لصدق عنوان الرقبه، و لذا جاز عتقه تبرعا و ليس ذلك إلا لبقاء الرق، و ثبوت معامله الكتابه عليه مع وجوب الوفاء بها على سيده لا يقتضى خروجه عن الرق.

(٢) لأن الراهن ممنوع من التصرف فى المرهون بلا- خلاف فيه - كما سيأتى فى باب الرهن - و هذا الفرد منه، نعم مع إجازة المرتهن ينفذ العتق، لأن المنع كان لحقه فإذا أجاز زال المانع.

(٣) فلا يجوز عتقه فى الكفاره لتعين عتقه فى النذر.

(٤) أى المنذور بأن يتصدق به.

(٥) أى النذر.

(٦) قال فى الدروس: (و لا يجزى المنذور عتقه أو الصدقه به، و إن كان النذر معلقا بشرط لم يحصل بعد على الأقوى)، و إلا فمقتضى القواعد جواز عتقه فى الكفاره، ما لم يثبت النذر بتحقيق شرطه.

(٧) بحيث لو قال لعبد: أنت حر و عليك كذا، فلا يجزى عن الكفاره، بلا خلاف فيه، لأن قصد العوض ينافى الاخلاص المعلوم اعتباره فى العباده، و الكفاره منها.

(٨) ناشئ من أنه عتق صدر من أهله و قد وقع فى محله لأن قصده للعتق عن الكفاره يستلزم قصد مطلق العتق، و هو قول الشيخ فى المبسوط و الشهيد فى الدروس، و من أنه لم ينو العتق المطلق، و إنما نوى العتق عن الكفاره فلو وقع عن غيرها لزم وقوعه بغير نيه مع أن العتق مشروط بالنيه لأنه من العبارات.

(٩) فلا يقع عن الكفاره بالاتفاق، و إنما الكلام فى وقوع اعتاق العبد، و يجرى فيه الخلاف السابق.

المصنف هنا بعدم وقوع العتق مطلقاً (١)، نعم لو أمره بعتقه عن الأمر بعوض، أو غيره أجزأ (٢)، و النيه هنا من الوكيل، و لا بد من الحكم بانتقاله إلى ملك الأمر و لو لحظه، لقوله (ص): «لا عتق إلا في ملك (٣)» و في كونه هنا قبل العتق (٤) أو عند (١) لا عن الكفاره، و لا عن غيرها.

(٢) بحيث قال له: اعتق عبدك عنى ففعل، وقع العتق عن الأمر بغير خلاف، و كأنه أعتقه بنفسه لأن فعل الوكيل فعل الموكل، نعم لا بد من دخول العبد في ملك المعتق عنه لخبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق إلا بعد نكاح و لا عتق إلا بعد ملك) (١) و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (و لا يعتق إلا ما يملك) (٢) و خبر النضر عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا عتق قبل ملك) (٣)، و قد اختلفوا في وقت دخوله على أقوال:

الأول: أن الملك يحصل عقيب الفراغ من لفظ الاعتاق على الاتصال، و هو قول الشيخ، و فيه: إنه يستلزم تأخر العتق عن الاعتاق بقدر ما يتوسطهما الملك، الثاني: أنه يحصل الملك بشروعه في لفظ الاعتاق، و يعتق إذا تم اللفظ بمجموع الصيغه، فجزء الصيغه سبب للملك حينئذ و هو قول المفيد و العلامه و فخر المحققين، و فيه لو فرض عدم تماميه الصيغه بعد الشروع فيها للزم خروج الرقبه عن الملك، و دخولها في ملك الأمر، و هذا مما لم يلتزم به أحد لعدم تحقق سبب الانتقال، الثالث: أنه يحصل الملك للأمر بالاستدعاء و يعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتاق، و يرد عليه أنه لو لم يتلفظ المالك بالاعتاق لوجب انتقال الرقبه إلى الأمر و هذا مما لم يلتزم به أحد. الرابع: أن الملك و العتق معا يحصلان عند تمام الإعتاق و فيه: أنه لا بد من تقدم الملك على العتق فكيف يتم وقوعهما معا في وقت واحد، الخامس: إن الملك يحصل بالاستدعاء المقترن بصيغه العتق بحيث يكون تمام الصيغه كاشفا عن سبق الملك عليها، مع الالتزام بأن عدم وقوع صيغه الإعتاق بعد الاستدعاء دال على عدم حصول الملك بالاستدعاء.

و لقد أجاد المحقق في الشرائع حيث قال: (و الوجه: الاقتصار على الثمره و هى صحه العتق عن الأمر، و براءه ذمته عن الكفاره، و لا يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه، فإن ذلك تخمين لا يرجع إلى دليل صالح).

(٣) عين هذا الخبر غير مروى من طرقنا، نعم ما هو مروى قد تقدم، و هو قريب منه فراجع.

(٤) أى قبل التلفظ بصيغه العتق، و يكون الملك عند الاستدعاء كما هو القول الثالث.

ص: ٢٤



الشروع فيه (١)، أو بعد وقوع الصيغته ثم يعتق (٢)، أو يكون العتق كاشفا عن ملكه بالأمر أو وجهه و الوجه انتقاله بالأمر (٣) المقترن بالعتق.

(و النيه) (٤) المشتمله على قصد الفعل على وجهه (٥) متقربا، و المقارنه (٦) للصيغته،(و التعيين للسبب) (٧) الذى يكفر عنه، سواء تعددت الكفاره فى ذمته أم لا، و سواء تغاير الجنس أم لا، كما يقتضيه الاطلاق (٨)، و صرح به فى الدروس.

و وجهه أن الكفاره اسم مشترك بين أفراد مختلفه، و المأمور به إنما يتخصص بمميزاته عن غيره مما يشاركه.

(١) كما هو القول الثانى.

(٢) كما هو القول الأول.

(٣) كما هو القول الخامس.

(٤)النيه معتبره فى الكفاره لتصريح أكثر من واحد بأنها من العبادات، و قد تقدم أن النيه متقومه بالقصد إلى الفعل مع القربه إلى الله، و أما باقى الخصوصيات فلا يجب قصدتها إلا إذا توقف تمييز المأمور به عليها.

(٥)من قصد الوجوب أو الاستحباب، و قد عرفت عدم وجوبه.

(٦)بناء على أن النيه اخطاريه، و قد عرفت أنها قصديه.

(٧)إذا تعددت الكفارات عليه، و أما لو اتحدت الكفاره عليه فلا داعى لتعيين السبب لتمحض المأمور به فى الانطباق عليه.

و على تقدير تعدد الكفارات فتاره يتحد جنس سببها و أخرى يتعدد، فعلى تقدير اتحاد جنس السبب فالمشهور بين الأصحاب عدم وجوب التعيين، بل نقل الشارح فى المسالك عن الشهيد فى الشرح أنه لا يعرف لأحد من العلماء قولاً باشتراط التعيين، كل ذلك لصدق الامتثال بدون الاشتراط.

و على تقدير تعدد السبب فيما أن تتماثل الكفارات ككفاره الظهر و كفاره قتل الخطأ، و إما أن تختلف ككفاره اليمين مع كفاره شهر رمضان التى هى كبيره مخيره، فعلى الاختلاف فى خصالها فلا داعى لتعيين السبب لصدق الامتثال بعد تمحض المأمور به فى الانطباق على المأتى به، و على الاتفاق فى الخصال فلا بد من تعيين السبب لقاعده الاشتغال لامتناع صرف المأتى به إليها، و لا للبعض للترجيح من دون مرجح فلا بد من نيه التعيين، هذا هو مقتضى القواعد المقرره فى النيه التى تقدم البحث فيها فى العبادات.

(٨)أى اطلاق عباره الماتن.

و يشكل بأنه مع اتحادها في ذمته لا اشتراك، فتجزى نيته (١) عما في ذمته من الكفاره، لأن غيره ليس مأمورا به، بل ولا يتصور وقوعه منه في تلك الحاله شرعا، فلا وجه للاحتراز عنه كالقصر و التمام في غير موضع التخيير.

و الأقوى أن المتعدد في ذمته مع اتحاد نوع سببه (٢) كإفطار يومين من شهر رمضان، و خلف نذرين كذلك (٣)، نعم لو اختلفت أسبابه توجه ذلك (٤) ليحصل التمييز و إن اتفق مقدار الكفاره (٥)، و قيل: لا يفتقر إليه مطلقا (٦).

و على ما اخترناه (٧) لو أطلق برأت ذمته من واحده لا- بعينها فيتعين في الباقي الإطلاق سواء كان بعق أم غيره (٨) من الخصال المخيره، أو المرتبه على تقدير العجز، و لو شك في نوع ما في ذمته أجزاء الاطلاق عن الكفاره على القولين (٩)، كما يجزيه العتق عما في ذمته لو شك بين كفاره و نذر (١٠)، و لا يجزى (١) أي نيه العتق من دون ذكر السبب.

(٢) كان الكلام في تعدد جنس السبب سابقا، أما إذا اتحد الجنس و تعددت أفراده كمن عليه كفارتان لإفطار يومين من شهر رمضان فلا يجب التعيين لعدم اشتغال ذمته بغير كفاره افطار شهر رمضان.

(٣) أي فلا يجب التعيين كالفرع السابق.

(٤) أي التعيين للسبب.

(٥) بل التعيين في هذا الفرع لصلاحيه المأتي به للانطباق على أكثر من واجب، و أما لو اختلفت خصال الكفاره فلا داعي للتعين لعدم صلاحية الانطباق.

(٦) كما عن الشيخ في المبسوط في كل الأحوال لأصالة البراءه من الاشتراط، و هو ضعيف فيما لو توقف الامتثال على التمييز.

(٧) من تعدد الكفاره مع اتحاد النوع فلا يشترط نيه التعيين.

(٨) بحيث لو أعتق و لم ينو التعيين سقط إحداهما و بقيت الأخرى، و هذه الأخرى مخيره بين العتق و غيره بحيث يأتي بواحد من خصالها من دون نيه التعيين، و أما لو كانت الأخرى مرتبه فيجوز له أن يأتي بغير العتق على تقدير العجز عنه و كل ذلك من دون نيه التعيين.

(٩) أما على القول بعدم وجوب التعيين، لأنه لا يجب التعيين مع العلم فمع الجهل أولى، و على القول الثاني إنما وجب التعيين مع العلم، و بدونه لا يجب لأن تكليف التعيين مع الجهل تكليف بما لا يطاق فيسقط.

(١٠) بحيث لو نوى التكفير أو النذر فلا- يجزى، لأن النذر لا يجزى فيه نيه التكفير، و هو لا يجزى فيه نيه النذر، فيتعين أن ينوى إبراء ما في ذمته من أيهما.

ذلك فى الأول (١)، كما لا يجزى العتق مطلقا (٢)، و لا بنيه الوجوب (٣).

## فى العجز عن العتق فى المرتبة

(و مع العجز) عن العتق (٤) فى المرتبة (٥) (يصوم (٦) شهرين متتابعين) هلالين (٧)، و إن (٨) نقصا إن ابتداء من أوله، و لو ابتداء من أثنائه أكمل ما بقى منه ثلاثين بعد الثانى (٩)، و أجزاء الهلالى فى الثانى، و لو اقتصر هنا (١٠) على شهر و يوم تعين العددى فىهما (١١)، و المراد بالتتابع أن لا- يقطعهما و لو فى شهر و يوم بالإفطار اختيارا (١٢) و لو (١) أى لا يجزى نيه ما فى الذمه فى الصورة السابقة فيما لو تعددت الكفاره و اتحد النوع لتردد المأتى به بين واجبين.

(٢) أى من دون ذكر عنوان الكفاره، لأن المأتى به لا يتمحض فى التكفير إلا بذكره فلا بد منه.

(٣) أى لا يجزى العتق لو أتى به بنيه الوجوب فقط، لأنه قد يكون واجبا عليه فى غير الكفاره، فلا بد من نيه التكفير ليقع كفاره.

(٤) قد تقدم معنى وجدان الرقبه، و منه تعرف معنى العجز منها.

(٥) لأن فى المخيره يجوز له الصوم المذكور ابتداء.

(٦) فهو لازم فى المرتبة بعد العجز عن العتق بلا خلاف فيه، و لما مرّ من الأدله كتابا و سنه.

(٧) لأنه المراد شرعا عند الاطلاق.

(٨) إن وصله، لتحقق الامتثال بعد صدق صوم الشهرين عليه.

(٩) لأن الأول لا يمكن له أن يحمله على الهلالى بعد الابتداء فى أثنائه، و قيل: يتم من الشهر الثالث ما فاته من الأول فإذا ابتداء باليوم العاشر من الأول مثلا فيكون قد فاته تسعه أيام فيتمها فى الشهر الثالث لأنه أقرب إلى الشهر الحقيقى، و فيه أنه لا بد من احتساب الشهر ثلاثين عند انكساره و قيل: مع انكسار الأول ينكسر الجميع و يبطل اعتبار الأهله، لأن الثانى لا يدخل إلا بعد إكمال الأول، فلا يسلم له الثانى من أول الشهر الهلالى و هو الموافق للاعتبار و الاحتياط.

(١٠) أى فى صورته الابتداء من الأثناء.

(١١) للانكسار فى الشهرين.

(١٢) كما تقدم فى باب الصوم لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (صيام كفاره اليمين فى الظهار شهران متتابعان، و التابع أن يصوم شهرا و يصوم من الآخر أياما أو شيئا منه، فإن عرض له شىء يفطر منه أفطر ثم قضى ما بقى عليه، و إن صام شهرا ثم عرض له شىء فأفطر قبل أن يصوم من الآخر شيئا فلم يتابع، فليعد الصوم كله) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ٩.

بمسوغه (١) كالسفر، و لا- يقطعه غيره (٢) كالحيض و المرض و السفر الضروري و الواجب (٣)، بل بينى على ما مضى عند زوال العذر على الفور هذا إذا فاجأه السفر.

أما لو علم به قبل الشروع لم يعذر (٤) للقدره على التتابع فى غيره، كما لو علم بدخول العيد، بخلاف الحيض، للزومه فى طبيعه عادته، و الصبر إلى سن اليأس تغرير بالواجب، و إضرار بالمكلف، و تجب فيه النيه (٥)، و التعيين (٦) كالتعق، و ما يعتبر فى نيته (٧)، و لو نسيها ليلا جردها إلى الزوال فإن استمر إليه لم يجز و لم (١) أى مسوغ الافطار.

(٢) أى غير الافطار الاختيارى.

(٣) شرعا و كذا لو افطرت الحامل و المرضع مع الخوف على النفس، للأخبار.

منها: صحيح رفاعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل عليه صيام شهرين متتابعين فصام شهرا و مرض، قال: بينى عليه، الله حسبه، قلت: امرأه كان عليها صيام شهرين متتابعين فصامت و أفطرت أيام حيضها، قال: تقضيها، قلت: فإنها قضتها ثم ينست من المحيض، قال: لا تعيدها، اجزأها) (١) و خبر سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان عليه صيام شهرين متتابعين فصام خمسة عشر يوما ثم مرض، فإذا برأ أ بينى على صومه أم يعيد صومه كله؟ قال: بينى على ما كان صام، ثم قال: هذا مما غلب الله عليه، و ليس على ما غلب الله عز و جل عليه شىء) ٢ و من التعليل يستفاد جواز البناء على ما مضى إذا كان الإفطار لعذر مهما كان نوعه.

(٤) كما لو علم بدخول العيد فى الشهر الأول فلا يجوز له أن يصوم شعبان إلا مع صوم يوم قبله، و لا يجوز أن يصوم الشهر الأول فى ذى الحجه لأنه لا يسلم له و يدل عليه صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل صام فى ظهار شعبان ثم أدركه رمضان، قال: يصوم شهر رمضان و يستأنف الصوم، فإن صام فى الظهار فزاد فى النصف يوما قضى بقيته) (٢).

(٥) أى فى صوم الكفاره لأنه من العبادات.

(٦) قد تقدم الكلام فيه.

(٧) أى فى نيه الصوم.

ص: ٣٠

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١٠ و ١٢.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١.

يقطع التتابع على الأقوى (١).

## فى من عجز عن الصيام فى المرتبه

(و مع العجز) عن الصيام (يطعم ستين مسكينا) فما يجب فيه ذلك ككفاره شهر رمضان (٢)، و قتل الخطأ، و الظهار، و النذر (٣) لا- مطلق المرتبه، فإنه فى كفاره إفطار قضاء رمضان، و كفاره اليمين إطعام عشره و أطلق الحكم اتكالا على ما علم (إما إشباعا) فى أكله واحده (أو تسليم مدّ إلى كل واحد على أصح القولين) (٤) (١) بل هو المشهور بينهم لأن النسيان عذر، و يحتمل القطع لأن النسيان مستند إلى تقصيره و إهماله و عدم اهتمامه بالصوم و هو احتمال ضعيف. و لم ينسب الخلاف إلى أحد.

(٢) قد عرفت أنها مخيره و ليست مرتبه فالتمثيل بها ليس فى محله، إلا على قول ابن أبى عقيل من أنها مرتبه.

(٣) و التمثيل به على قول سلالر و الكراجكى حيث ذهبا إلى أن كفاره خلف النذر مرتبه ككفاره الظهار.

(٤) على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (قال الله عز و جل لنبيه صلى الله عليه و آله و سلم: يا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ قد فرض الله لك تحله أيمانكم، فجعلها يمينا و كفرها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، قلت: بما كفر؟ قال أطعم عشره مساكين لكل مسكين مد، قلنا: فمن وجد الكسوه؟ قال: ثوب يوارى عورته) (١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و إذا قتل خطأ أدى ديته إلى أوليائه ثم اعتق رقبه، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدا (٢) و مثلها غيرها الوارد، فى كفاره شهر رمضان.

و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و النهايه و ابن حمزه فى الوسيله و الطبرسى فى مجمع البيان مدان مع القدره، و مع العجز مد لخبر أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام (فى كفاره الظهار قال: تصدق على ستين مسكينا ثلاثين صاعا، لكل مسكين مدين مدين) (٣)، و حمل عند المشهور على الاستحباب.

هذا كله على تقدير التسليم إلى المستحق، و لكنه غير لازم بل يتخير بينه و بين أن يطعمه مره إلى أن يشبع لصدق الاطعام بذلك، قال الله تعالى: (لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي -

ص: ٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ٦.

فتوى و سندا و قيل مدان مطلقا (١)، و قيل: مع القدره، و يتساوى فى التسليم الصغير و الكبير من حيث القدر (٢) و إن كان الواجب فى الصغير تسليم الولي، و كذا فى الإشباع (٣) إن اجتمعوا و لو انفرد الصغار احتسب الاثنان بواحد و لا -أَيْمَانِكُمْ، وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ، فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ (١)، و خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام (سأله عن أوسط ما تطعمون أهليكم، قال: ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك، قلت: و ما أوسط ذلك؟ فقال: الخل و الزيت و التمر و الخبز يشبعهم به مره واحده، قلت: كسوتهم؟ قال: ثوب واحد) (٢)، و عن المفيد و سلار و القاضى و ابن زهره الاشباع فى يومه لخبر سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن قول الله تعالى: من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم، فى كفاره اليمين، قال: ما يأكل أهل البيت يشبعهم يوما، و كان يعجبه مد لكل مسكين) (٣) و هى محموله على الاستحباب جمعا بينها و بين ما تقدم، و عن ابن الجنيد أنه يطعمه فى الغداه و العشاء و لم أجد دليلا على هذا التعيين.

(١) ليس قولنا ثالثا بل هو راجع لقول الشيخ.

(٢) لصدق تسليم المد لكل مسكين و يدل عليه صحيح يونس بن عبد الرحمن عن أبى الحسن عليه السّلام (سألته عن رجل، عليه كفاره إطعام عشره مساكين، أ يعطى الصغار و الكبار سواء، و الرجال و النساء، أو يفضل الكبار على الصغار و الرجال على النساء؟ قال: كلهم سواء) (٤).

(٣) فإن أشيع الكبار فلا خلاف، و إن أشيع الصغار فتاره منضمين إلى الكبار فيحسب الواحد بواحد على المشهور، و عن المفيد أنه يحسب الاثنان واحدا، و أخرى منفردين فلا بد من احتساب الاثنان بواحد بلا خلاف فيه كما فى الرياض، و الأصل فيه خبر غياث بن إبراهيم عن عبد الله عليه السّلام (لا يجزى إطعام الصغير فى كفاره اليمين، و لكن صغيرين بكبير) ٥ و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام قال: من أطعم فى كفاره اليمين صغارا و كبارا فليزود الصغير بقدر ما أكل الكبير) (٥)، و صحيح الحلبي عن -

ص: ٣٢

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات حديث ٩.

٤- ( (٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الكفارات حديث ٣ و ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

يتوقف (١) على إذن الولي (٢).

و لا- فرق بين أكل الصغير كالكبير، و دونه (٣)، لإطلاق النص و ندوره (٤)، و الظاهر أن المراد بالصغير غير البالغ مع احتمال الرجوع إلى العرف (٥)، و لو تعذر العدد في البلد و جب النقل إلى غيره مع الإمكان (٦)، فإن تعذر كرر على الموجودين في الأيام بحسب المتخلف (٧).

-أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل: من أوسط ما تطعمون أهليكم، قال: هو كما يكون، أنه يكون في البيت من يأكل المد، و منهم من يأكل أكثر من المد، و منهم من يأكل أقل من المد، فبين ذلك) (١).

فالصحيح الأخير دال على عدم وجوب اعطاء أكثر مما يأكله و إن كان أقل من المد فلا بد من حمل الخبر الثاني الظاهر في الاجتماع على الاستحباب، و أما الخبر الأول فيحمل على صورته الانفراد جمعاً بينه و بين الصحيح المذكور هذا ما عليه المشهور، و فيه: ان الصحيح ناظر إلى التسليم و كلامنا في لإشباع، و كذا الخبر الثاني، و أما الأول فهو شامل للانفراد و الاجتماع من دون مخصص له فالأقوى عدم احتساب الواحد بواحد بل احتساب الاثنين منهم بواحد.

(١) أى الاشباع.

(٢) لأنه ليس تصرفاً في حاله أو أفعاله حتى يحتاج إلى الإذن.

(٣) أى دون الكبير لإطلاق النص، و هو خبر أبي بصير المتقدم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن أوسط ما تطعمون أهليكم، قال: ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك، قلت: و ما أوسط ذلك؟ قال: الخل و الزيت و التمر و الخبز يشبعهم به مره واحده) (٢).

فلا فرق بين الصغير و الكبير فى الأكل و لو اختلفا، كما يختلف الكبار فى مقدار الأكل.

(٤) أى ندور أكل الصغير كالكبير، و هى عله ثانياه لعدم الفرق، لأنه لو قلنا باشتراط التساوى بين الأكلين للزم عدم جواز اجتماع الصغار مع الكبار إلا على نحو النادر، مع أن بعض الروايات ظاهره بالاجتماع و لا يمكن حملها على الفرد النادر.

(٥) قال فى المسالك (لا تقدير فى الكبر و الصغر شرعا فيرجع فيهما إلى العرف).

(٦) لتوقف الواجب عليه.

(٧) فإنه يجوز التكرار على الواحد مع تعذر غيره بلا خلاف لخبر السكوني عن أبي عبد-

ص: ٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ٥.



و المراد بالمسكين هنا (١) من لا يقدر على تحصيل قوت سنته فعلا و قوه فيشمل الفقير، و لا يدخل الغارم و إن استوعب دينه ماله، و يعتبر فيه الإيمان (٢)، و عدم وجوب نفقته على المعطى (٣)، أما على غيره فهو غنى مع بذل المنفق، و إلا فلا.

و بالطعام مسماه (٤) كالحنطه و الشعير و دقيقهما و خبزهما و ما يغلب على قوت -الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن لم يجد في الكفاره إلا الرجل و الرجلين فيكرر عليهم حتى يستكمل العشره، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غدا)(١).

(١) أى فى باب الكفارات، لأن المسكين هنا لا يشمل الغارم، و قد أدرج الغارم فى مستحق الزكاه للدليل و كذا ابن السبيل.

(٢) و هو الإيمان بالمعنى الخاص، فلم يشترطه المحقق بل اكتفى بالإسلام لعموم أدله الاطعام فى الكفارات، و لموثق إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام (و قد سأله عن الكفاره إلى أن قال - قلت: فيعطيه الضعفاء من غير أهل الولاية؟ قال: نعم، و أهل الولاية أحب إلى)(٢).

و ذهب الشيخ و قواه العلامة إلى اشتراط الإيمان مع الامكان، و قال فى المسالك: (ليس عليه نص بخصوصه)، و ذهب ابن الجنيد و ابن البراج إلى اشتراط الإيمان مطلقا، و ذهب ابن إدريس إلى اشتراط الإيمان و العدالة، و دليل القولين الأخيرين ما تقدم فى الزكاه، و الملازمه ممنوعه كما فى المسالك.

(٣) بلا- خلاف لاشتراط المسكنه فى مصرف الكفاره، و من وجبت نفقته على المعطى كالمودين و الزوجه و المملوك فإنهم يصيرون أغنياء بالدافع فلا يجوز له إعطاءهم من الكفاره.

هذا كله مع بذل المنفق، و أما مع عدمه فكذلك قال فى المسالك (فلا يجوز له صرفها إليهم حتى لو منعهم من النفقه و صاروا محتاجين فحكمهم كذلك بالنسبه إليه، لأن الشرط مقدور عليه من جهته و التقصير واقع منه، فلم يفترق الحال بين بذل النفقه و عدمه، بخلاف الأجنبى فإن تحريم دفعه الكفاره إليهم مشروط ببذل المنفق ما يجب عليه لهم من النفقه ليصيروا أغنياء، فلو لم يكن باذلا لهم و صاروا محتاجين، جاز لغيره أن يعطيهم منها لتحقق الوصف فيهم).

(٤) أى كل ما يؤكل و يسمى طعاما لإطلاق النصوص.

ص: ٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

البلد، و يجزى التمر و الزبيب مطلقا (١)، و يعتبر كونه سليما (٢) من العيب و المزج بغيره، فلا يجزى المسوس، و الممتزج بزوان و تراب غير معتادين، و النيه (٣) مقارنه (٤) للتسليم إلى المستحق، أو وكيله، أو وليه، أو بعد وصوله إليه قبل إتلافه، أو نقله (٥) عن ملكه، أو للشروع فى الأكل، و لو اجتمعوا فيه (٦) ففى الاكتفاء بشروع واحد، أو وجوب تعددها مع اختلافهم (٧) فيه و جهان (٨).

(و إذا كسى الفقير فتوب) فى الأصح (٩)، و المعتبر مسماه (١٠) من إزار (١) سواء غلب على قوت البلد أو لا.  
(٢) للانصراف.

(٣) لأن الكفاره من العبادات.

(٤) إذا كانت اخطاريه و قد عرفت أنها قصديه فلا داعى لهذا التشقيق.

(٥) عطف على إتلافه.

(٦) فى الأكل.

(٧) فى الشروع.

(٨) من أن كل أكله واجبه فتجب نيتها معها، و من أن مجموع الأكلات كفاره واحده فيكفيها نيه واحده للجميع.

(٩) كما عن الشيخ و الحلبي و ابن بابويه و ابن سعيد و العلامه و الشهيدين للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (ثوب يوارى به عورته) (١)، و صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السّلام (قلت: كسوتهم؟ قال: ثوب واحد) ٢ و عن القاضى و الشيخ و ابن زهره و الفاضل فى القواعد و فخر المحققين بحمل هذه الأخبار على العجز و إلامع الاختيار ثوبان جمعا بينها و بين أخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (لكل إنسان ثوبان) (٢) و خبر سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت: أو كسوتهم؟ قال: ثوبين لكل رجل) ٤ و خبر أبي خالد القمات عنه عليه السّلام (و الكسوه ثوبان) ٥، و هى محموله على الاستحباب عند أصحاب القول الأول.

(١٠) قال فى المسالك: (و اعلم أن المعتبر فى الثوب أو الثوبين ما يتحقق به الكسوه عرفا كالجبهه و القميص و الإزار و السراويل و المقنعه للأنثى، دون المنطقه و الخف و القلنسوه،-

ص: ٣٥

٢- ( (٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات حديث ١ و ٩ و ١٣.

و رداء، و سراويل، و قميص (و لو غسيلا (١) إذا لم يتخرق) أو ينسحق جدا بحيث لا ينتفع به إلا قليلا وفاقا للدروس (٢)، و جلسه القطن و الكتان و الصوف و الحرير الممتزج، و الخالص للنساء و غير البالغين، دون الرجال و الخنثائي، و الفرو و الجلد المعتاد لبسه و القنب و الشعر كذلك (٣)، و يكفى ما يسمى ثوبا للصغير و إن كانوا منفردين، و لا يتكرر على الموجودين لو تعذر العدد مطلقا (٤)، لعدم النص (٥) مع احتمالاه (٦).

### فى من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز عن صومهما

(و كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز عن صومهما) أجمع (صام ثمانية عشر يوما) (٧) و إن قدر على صوم أزيد منها، (فإن عجز) عن صوم -و أقله ما يستر العورتين كالمئزر إن اعتيد لبسه و إلا فلا، و لو صلح كسوه للصغير دون الكبير كفى إن دفعه بنيه الصغير دون الكبير، و المعتبر فى جنسه ما يعدّ معه كسوه عرفا كالقطن و الكتان و الصوف و الحرير للنساء و الفرو و الجلد المعتادين، و كذا القنب و الشعر إن اعتاده، و إلا فلا، و يجوز كسوه الصغار و إن انفردوا للعموم، و يستحب الجديد، و يجوز غيره إلا أن ينسحق أو يتخرق). انتهى.

(١) أى مغسولا.

(٢) لإطلاق الأدلة و خالف فى ذلك الوسيله و الإصباح.

(٣) أى المعتاد لبسهما.

(٤) مع وجود المستحق فى البلد الآخر مع تعذر النقل أو مع عدم وجود المستحق.

(٥) أى لعدم النص فى تكرار الكسوه على الموجودين، بخلاف الاطعام فإنه يكرر الاطعام لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن لم يجد فى الكفاره إلا الرجل و الرجلين فيكرر عليهم حتى يستكمل العشره، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غدا) (١).

(٦) أى احتمال التكرار فى الكسوه كما فى الاطعام، و فيه: إنه قياس مع أنه لو كرر لكسى المسكين عشره أثواب فى عشره أيام و هو بعيد عن مذاق الشارع بخلاف الاطعام فلو أطعم على عشره أيام و هو محتاج لكان أمرا راجحا.

(٧) و الأصل فيه خبر أبى بصير و سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عليه صيام شهرين متتابعين فلم يقدر على الصيام و لم يقدر على العتق و لم يقدر على الصدقه،-

ص: ٣٦

الثمانيه عشر أجمع (تصدق عن كل يوم) من الثمانيه عشر (بمد) من طعام (١)، وقيل: عن الستين (٢)، و يضعف بسقوط حكمها (٣) قبل ذلك (٤) و كونه (٥) خلاف المتبادر، و عدم صحته فى الكفاره المخيره، لأن القادر على إطعام الستين يجعله أصلا لا بدلا، بل لا يجزيه الثمانيه عشر مع قدرته على إطعام الستين، لأنها (٦) بدل اضطرارى، و هو (٧) بدل اختياري، (فإن عجز) عن إطعام القدر المذكور، -قال: فليصم ثمانيه عشر يوما عن كل عشره مساكين ثلاثه أيام(١) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل ظاهر امرأته فلم يجد ما يعتق و لا ما يتصدق و لا يقوى على الصيام، قال: يصوم ثمانيه عشر يوما لكل عشره مساكين ثلاثه أيام)(٢).

(١) لما تقدم فى كتاب الصوم من أن الشيخ الكبير و ذا العتاش يتصدقان عن كل يوم بمد كما فى صحيح محمد بن مسلم (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الشيخ الكبير و الذى به العتاش لا حرج عليهما أن يفطرا فى شهر رمضان، و يتصدق كل واحد منهما فى كل يوم بمد من طعام، و لا قضاء عليهما)(٣) و مثله غيره، بل اطعام الستين مع تعذر الشهرين فى المرتبه يومئ إلى ذلك كما فى الجواهر.

(٢) و قد جعله فى نهايه المراد أحد الوجهين، و فيه: أولا أن الصدقه بعد العجز عن صوم الثمانيه عشر يوما المترتب على العجز عن صوم الستين فكيف يرجع إليها بعد الخروج عنها كما فى المسالك، و ثانيا: إن هذا الحكم يشمل صوم الشهرين فى الكفاره المخيره فلو فرضنا أن الصدقه عن ستين يوما هى البدل للعجز عن صوم الثمانيه عشر يوما فيكون قادرا من رأس على أحد خصال الكفاره و معه لا داعى لفرض صوم الثمانيه عشر يوما عند العجز عن صوم الستين.

(٣) أى حكم الستين.

(٤) عند صوم الثمانيه عشر.

(٥) عطف على (سقوط حكمها).

(٦) الثمانيه عشر.

(٧) أى الاطعام عن الستين.

ص: ٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب - من يصح منه الصوم حديث ١.

و إن قدر على بعضه (استغفر الله تعالى) (١) و لو مره بنيه الكفارہ.

(١) لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (كل من عجز عن الكفارہ التى تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقه فى يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارہ، فالاستغفار كفاره ما خلا يمين الظهار) (١) و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن شىء من كفاره اليمين - إلى أن قال - قلت: فإن عجز عن ذلك، قال:

فليستغفر الله تعالى و لا يعود) (٢) و خبر داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الاستغفار توبه و كفاره لكل من لم يجد السبيل إلى شىء من الكفارہ) (٣)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (و إلا يجد ذلك فليستغفر ربه و ينوى أن لا يعود، فحسبه ذلك و الله كفاره) (٤).

ص: ٣٨

---

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات حديث ٦.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات حديث ٣ و ٤.

كتاب النذر و توابعه

اشاره

ص: ۳۹





## فى شرط الناذر

(و شرط الناذر الكمال) بالبلوغ و العقل (٢)،(و الاختيار (٣) و القصد (٤) إلى مدلول الصيغه،(و الإسلام (٥)،...)

(١)فهو لغه الوعد بخير أو شر، و شرعا هو الالتزام بفعل أو ترك قربه إلى الله، و يدل على مشروعيته قوله تعالى:(يُؤْفُونَ بِالنَّذْرِ) (١) و قوله تعالى:(وَلْيُؤْفُوا نُذُورَهُمْ) (٢)، و الأخبار الكثيره التى سيمر علينا بعضها.

(٢)بلا خلاف فيه لحديث رفع القلم(٣).

(٣)بلا خلاف فيه، و أما المكروه فلا أثر لقوله فى وجوب الوفاء بالنذر لحديث رفع عن أمتى(٤).

(٤)بلا خلاف فيه لأنه مع عدمه فتكون العبارة كالعدم، فالنائم و المغمى عليه و السكران و الغضبان الذى سلب القصد بغضبه لا ينعقد منهم النذر.

(٥)لأنه يشترط فى النذر نيه التقرب، و هى متعذره: فى حق الكافر بجميع أقسامه، نعم لو نذر الكافر ثم أسلم استحج له الوفاء كما صرح به غير واحد، و لما روته العامه عن عمر أنه قال لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: (إنى كنت نذرت اعتكاف ليله فى الجاهليه، فقال له -

ص:٤١

١- (١) سورة الإنسان، الآية: ٧.

٢- (٢) سورة الحج، الآية: ٢٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٠.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١.

(و الحريه (١) فلا ينعقد نذر الصبى و المجنون مطلقا (٢)، و لا المكره، و لا غير القاصد كموقع صيغته عابثا، أو لاعبا، أو سكران، أو غاضبا غضبا يرفع قصده إليه و لا الكافر مطلقا (٣)، لتعذر القربه على وجهها منه، و إن استحب له الوفاء به لو أسلم، و لا نذر المملوك، (إلا أن يجيز المالك) قبل إيقاع صيغته، أو بعده (٤) على -النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: أوف بنذرک) (١)، و لو قيل: إن الكافر إذا كان مقرا بوحدانيه الله فيتحقق منه التقرب إلى الله، و إن لم يثاب لعدم إيمانه بالنبوه الخاصه، و لازمه صحه نذره لكان حسنا كما ذهب إليه بعضهم.

(١) فلا يصح نذر المملوك إلا بإذن سيده، بلا خلاف فيه كما فى المسالك و الرياض لخبر قرب الإسناد (أن عليا عليه السلام كان يقول: ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيده) (٢).

(٢) أى سواء كان الصبى مميزا أو لا، و سواء كان الجنون ادواريا أو اطلاقيا.

(٣) و إن كان مقرا بوحدانيه الله تعالى.

(٤) وقع الخلاف بينهم فى أن إذن السيد هل هو شرط فى صحه نذر العبد، أو لا و لكن للسيد حلّ النذر لو صدر من العبد بدون إذنه، فذهب المشهور إلى الثانى، و ذهب البعض إلى الأول لتوقف النذر على الإذن كما هو ظاهر الخبر المتقدم، و سيأتى له تتمه كلام.

و قد الحق به اشتراط إذن الزوج فى نذر الزوجه لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس للمرأة مع زوجها أمر فى عتق و لا صدقه و لا تدبير و لا هبه و لا نذر فى مالها إلا بإذن زوجها، إلا فى حج أو زكاه أو بر والديها، أو صله رحمها) ٣، هذا على المشهور بين المتأخرين كما فى المسالك، و ألحق به العلامه فى بعض كتبه و الشهيد فى الدروس نذر الولد حيث إنه متوقف على إذن الأب، و لا نص على الإلحاق فى باب النذر، و إنما ورد نص على الإلحاق فى اليمين و هو: خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يمين لولد مع والده، و لا للمرأة مع زوجها، و لا للملوك مع سيده) (٣) و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: لا يمين للولد مع والده، و لا للملوك مع مولاه، و لا للمرأة مع زوجها، و لا نذر فى معصيه، و لا يمين فى قطيعه) ٥.

ص: ٤٢

١- (١) نقلا عن جواهر الكلام ج ٣٥ ص ٣٥٧-٣٥٨، و المسالك ج ٢ ص ٢٠٤.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب النذر و العهد حديث ٢ و ١.

٣- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الأيمان حديث ١ و ٢.

المختار عند المصنف، (أو تزول الرقيه) قبل الحل (١) لزوال المانع.

و الأقوى وقوعه بدون الإذن باطلا لنفى ماهيته فى الخبر (٢) المحمول على نفى - و وجه الإلحاق مشابهه النذر لليمين فى الالتزام لله تعالى، و فى الكثير من الأحكام، و لتسميه النذر يمينا فى أكثر من خبر، كما فى خبر الوشاء عن أبى الحسن عليه السلام (قلت له: إن لى جاريه ليس لها منى مكان ولا ناحيه، و هى تحتل الثمن إلا إني كنت حلفت فيها بيمين، فقلت: لله على أن لا أبيعها أبدا، و لى إلى ثمنها حاجه مع تخفيف المئونه، فقال: ف لله بقولك) (١)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يحلف بالنذر و نيته فى يمينه التى حلف عليها درهم أو أقل، قال: إذا لم يجعل الله فليس بشيء) (٢)، و خبر سماعه (إنما اليمين الواجبه التى ينبغى لصاحبها أن يفى بها ما جعل الله عليه فى الشكر إن هو عافاه من مرضه، أو عافاه من أمر يخافه، أو ردّ عليه ماله، أو رده من سفر، أو رزقه رزقا، فقال: لله على كذا و كذا شكرا، فهذا الواجب على صاحبه الذى ينبغى لصاحبه أن يفى به) (٣)،

و فيه: إن اطلاق اليمين عليه فى هذه الاخبار مجاز كما هو واضح و لذا لا يمكن إثبات جميع أحكام اليمين فى النذر بمجرد هذا الإطلاق.

(١) أى قبل حل نذر العبد من قبل سيده، و هذا مناف بظاهره لكلام الماتن سابقا حيث اشترط إذن المولى فى انعقاد نذر العبد، فكيف ينعقد بدون إذنه هنا و أن للسيد الحل فلو زالت الرقيه قبل الحل لكان النذر صحيحا على العبد، و هذا ما وقع به غيره كالمحقق فى الشرائع.

إلا أن يقال: أن النذر من دون إذن السيد ينعقد انعقادا غير تام بحيث لو لحقه الإذن لصح، و على هذا التقدير يتصور اشتراط الإذن أولا ثم الحكم بصحة النذر لو زالت الرقيه قبل الحل، إلا أنه على خلاف الظاهر من الأدله.

(٢) قد عرفت أن الخبر الدال على اشتراط إذن السيد فى نذر العبد هو خبر قرب الاسناد المتقدم (ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيده) (٤)، و هو يدل على نفى ثبوت النذر و لا يدل على نفى ماهيه النذر، نعم فى نذر الزوجه قد تقدم صحيح ابن سنان (و لا نذر -

ص: ٤٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب النذر و العهد حديث ١١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر و العهد حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب النذر و العهد حديث ٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب النذر و العهد حديث ٢.

الصحة، لأنه (١) أقرب المجازات (٢) إلى الحقيقة حيث لا- يراد نفيها (٣)، و عموم الأمر بالوفاء بالنذر مخصوص (٤) بنذر المذكور (٥)، كما دل عليه الخبر لا- بنذره مع النهي (٦) (و إذن الزوج كإذن السيد) في اعتبار توقفه عليها (٧) سابقا (٨)، أو لحقوقها له قبل الحل (٩)، أو ارتفاع الزوجية قبله (١٠) و لم يذكر توقف نذر الولد على إذن الوالد، لعدم -في مالها إلا بإذن زوجها(١١)، و هو يدل على نفي الماهية لمكان (لا) النافية للجنس، إلا أن يكون مراده الاستدلال بما ورد في يمين العبد كما في خبر ابن القداح و صحيح منصور بن حازم المتقدمين، فإنهما متضمنان للنافية للجنس، و يصح الاستدلال باعتبار اطلاق اليمين على النذر، و لكن عرفت ضعف هذا المبنى.

و على كل فقوله عليه السلام (لا نذر في مالها إلا بإذن زوجها) محمول على نفي الصحة لأنه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة، بعد كون نفي الحقيقة غير مراد لأنها متحققه لا محاله.

إن المشهور قد تمسك بعموم وجوب الوفاء بالنذر، و هذا يشمل ما لو صدر نذر الزوجه من دون إذن زوجها، فيتعين حمل الخبر على ما لو كان النذر المذكور منافيا لحق الزوج و قد نهاها عنه و لذا حملت الخبر على أن النذر ينعقد بدون الإذن لكن للزوج حلّه.

إن شمول وجوب الوفاء بالنذر لهذا النذر من دون إذن زوجها أول الكلام، لأن العموم لا يشملها إلا إذا كان صحيحا، و وقوعه صحيحا من دون الإذن أول الكلام.

(١) أي لأن نفي الصحة.

(٢) و المجاز الآخر هو نفي الكمال.

(٣) أي الحقيقة لأنها متحققه بصدور الإذن و إن لم يأذن.

(٤) أي مخصص.

(٥) أي بنذر العبد من دون إذن سيده.

(٦) و المعنى، و ليس العموم المدعى يشمل النذر من دون الإذن و إنما هو مخصص بالنذر مع نهي السيد لمكان الخبر، بل هو مخصص بالنذر من دون الإذن لظاهر الخبر.

(٧) أي على الرخصة المستفاده من إذن الزوج.

(٨) كما هو مختار الشارح.

(٩) كما هو مختار المصنف حيث قال الشارح: (أو بعده على المختار عند المصنف).

(١٠) أي قبل الحل، و يأتي فيه ما تقدم من أنه مناقض لاشتراط الإذن ابتداء.

---

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب النذر و العهد حديث ١.

النص الدال عليه هنا، وإنما ورد (١) في اليمين فيبقى (٢) على أصاله الصحه.

و في الدروس ألحقه بهما (٣) لإطلاق اليمين في بعض الأخبار على النذر كقول الكاظم عليه السلام لما سئل عن جاريه حلف منها بيمين فقال: لله على أن لا أبيعها فقال: ف لله بنذرك (٤)، و الإطلاق و إن كان من كلام السائل إلا أن تقرير الإمام له عليه كتلفظه به (٥)، و لتساويهما (٦) في المعنى، و على هذا (٧) لا-وجه لاختصاص الحكم بالولد، بل يجب في الزوجه مثله (٨)، لاشتراكهما (٩) في الدليل نفياً (١٠) و إثباتاً (١١).

أما المملوك فيمكن اختصاصه بسبب الحجر عليه (١٢)، و العلامه اقتصر عليه هنا (١٣) و هو أنسب (١٤)، و المحقق شرّك بينه (١٥) و بين الزوجه في الحكم كما (١) أي ورد التوقف على إذن الوالد، و قد تقدم.

(٢) أي نذر الولد من دون إذن الوالد.

(٣) أي الحق الولد بالزوجه و العبد.

(٤) و قد تقدم الخير و فيه: (ف لله بقولك).

(٥) بالإطلاق.

(٦) أي النذر و اليمين.

(٧) من شمول اليمين للنذر مع التوقف على إذن الوالد و الزوج في اليمين كما تقدم، فلا وجه لاختصاص الحكم بعدم التوقف في الولد كما يستفاد من عبارته المصنف هنا، حيث اقتصر على الزوج و المملوك في اشتراط نذرهما لإذن الزوج و السيد.

(٨) و الحكم بعدم توقف نذرها على إذن الزوج.

(٩) أي الزوجه و الولد في دليل التوقف.

(١٠) في النذر.

(١١) في اليمين، و فيه إن صحيح ابن سنان قد ورد في اشتراط نذرها بإذن الزوج، و قد تقدم، بخلاف الولد فلم يرد عليه نص بالخصوص في النذر و لعله لذا ترك المصنف اشتراط الإذن في الولد هنا في باب النذر.

(١٢) فلا بد من توقف نذره على إذن السيد و إن لم يرد فيه نص مع أنك قد عرفت ورود النص و قد تقدم.

(١٣) أي اقتصر على العبد في باب النذر.

(١٤) لعدم ورود نص على اشتراط الإذن في الزوجه و الولد كما هو مدعى الشارح، و قد عرفت ضعفه.

(١٥) أي بين المملوك.

ص: ٤٥

هنا (١)، و ترك الولد و ليس بوجه.

## فى صيغه النذر

(و الصيغه: إن كان كذا فلله على كذا) هذه صيغه النذر المتفق عليه بواسطة الشرط (٢)، و يستفاد من الصيغه أن القربه (٣) المعتبره فى النذر إجماعا لا- يشترط كونها غايه للفعل كغيره من العبادات، بل يكفى تضمن الصيغه لها (٤)، و هو هنا موجود بقوله: لله على و إن لم يتبعها بعد ذلك بقوله: قربه إلى الله أو لله و نحوه، و بهذا صرح فى الدروس و جعله أقرب. و هو الأقرب.

(١) كما هو عبارته الماتن.

(٢) و أما إذا وقعت الصيغه ابتداء بغير شرط كأن يقول: لله على كذا ففيه خلاف و سيأتى بحته.

(٣) يشترط مع الصيغه نيه القربه بلا خلاف فيه لموثق إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إنى جعلت على نفسى شكرا لله ركعتين أصليهما فى السفر و الحضر، أفأصليهما فى السفر بالنهار؟ قال: نعم - إلى أن قال - قلت: إنى لم أجعلهما لله على، إنما جعلت ذلك على نفسى أصليهما شكرا لله و لم أوجبهما على نفسى، أفأدعهما إذا شئت؟ قال: نعم) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (كل يمين لا يراد بها وجه الله فى طلاق أو عتق فليس بشىء) (٢)، بناء على شمول اليمين للنذر، و مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل تكون له الجارية فتؤذيه امرأته و تغار عليه فيقول: هى عليك صدقه، فقال: إن كان جعلها لله و ذكر الله فليس له أن يقربها، و إن لم يكن ذكر الله فهى جاريته يصنع بها ما يشاء) (٣)، و صحيح أبى الصباح الكناني (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل قال: على نذر، قال: ليس النذر بشىء حتى يسمّى لله صياما أو صدقه أو هديا أو حجا) (٤)، و مثلها غيرها.

و مقتضى هذه الأخبار أن المعتبر من نيه القربه جعل الفعل لله، و إن لم يجعلها غايه له، فما عن بعضهم كما فى المسالك من كون نيه التقرب المعتبره بأن يقول بعد الصيغه: قربه إلى الله، ليس فى محله.

(٤) لنيه التقرب، بل الأصح يكفى كون الفعل لله جل و علا.

ص: ٤٦

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النذر و العهد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب النذر و العهد حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر و العهد حديث ٢.



و من لا يكتفى بذلك ينظر إلى أن القربه غاية للفعل فلا بد من الدلالة عليها، و كونها شرطاً للصيغه و الشرط مغاير للمشروط.

و يضعف بأن القربه كافيه بقصد الفعل لله في غيره (١) كما أشرنا، و هو هنا حاصل، و التعليل لازم (٢)، و المغايره متحققه (٣)، لأن الصيغه بدونها إن كان كذا فعليّ كذا، فإن الأصل في النذر الوعد بشرط فتكون إضافه لله خارجه.

### في ضابط النذر

(و ضابطه) أى ضابط النذر و المراد منه هنا المنذور و هو الملتزم بصيغه النذر (أن يكون طاعه) (٤).....

(١) غير النذر.

(٢) أى و التعليل يكون القربه غاية للفعل لازم لصيغه النذر حيث تقول: إن كان كذا فله على كذا.

(٣) أى و المغايره بين الشرط و المشروط و هما الصيغه و القربه متحققه، لأن الصيغه هي: إن كان كذا فعليّ كذا، و القربه هي: لله.

(٤) أى عباديا سواء كان واجبا أو مندوبا و يدل عليه صحيح أبي الصباح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: علىّ نذر، قال: ليس النذر بشيء حتى يسمّى لله صياما أو صدقه أو هديا أو حجا) (١)، و أصرح منه صحيحه الآخر عنه عليه السلام (ليس شيء هو لله طاعه يجعله الرجل عليه إلا ينبغى له أن يفى به، و ليس من رجل جعل لله عليه شيئا في معصيه الله إلا أنه ينبغى له أن يتركه إلى طاعه الله) (٢) و مع ذلك فهو ليس بصريح في حصر متعلق النذر بالطاعه، نعم هو صريح في عدم تعلق النذر بالمعصيه الظاهره في المحرم، فالأولى الاستدلال بأن (اللام) في صيغه النذر (لله علىّ) سواء كان للملك أو للغايه تقتضى كون الفعل محبوبا لله تعالى، و لازمه حصر متعلق النذر بما إذا كان راجحا سواء كان عباديا أو لا، و منه يعرف عدم تعلق النذر بالمحرم و المكروه لأنهما غير محبوبين، بل و عدم تعلق النذر بالمباح متساوى الطرفين و هذا ما عليه المشهور.

و ذهب الشهيد في الدروس إلى انعقاده في المباح متساوى الطرفين لروايه الوشاء عن أبي الحسن عليه السلام (في جاريه حلف فيها بيمين فقلت: لله علىّ أن لا أبيعها أبدا و لى إلى -

ص: ٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر و العهد حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب النذر و العهد حديث ٦.

واجبا كان، أو مندوبا،(أو مباحا راجحا) (١) فى الدين، أو الدنيا، فلو كان متساوى الطرفين، أو مكروها أو حراما التزم فعلهما لم ينعقد و هو فى الأخيرين وفاقى، و فى المتساوى قولان، فظاهره هنا بطلانه، و فى الدروس رجح صحته، و هو أجود.

هذا إذا لم يشتمل على شرط، و إلا فسيأتى اشتراط كونه طاعه لا غير و فى الدروس ساوى بينهما (٢) فى صحه المباح الراجح و المتساوى. و المشهور ما هنا (٣).

(مقدورا للناذر) (٤) بمعنى صلاحيه تعلق قدرته به عاده فى الوقت المضروب له فعلا، أو قوه، فإن كان وقته معيناً اعتبرت فيه، و إن كان مطلقاً فالعمر.

و اعتبرنا ذلك (٥) مع كون المتبادر القدره الفعلية لأنها غير مراده لهم، كما -ثمنها حاجه مع تخفيف المئونه، فقال: ف لله بقولك له(١) و فيه: إنه ضعيف السند مع عدم الجابر له بعد إعراض المشهور عنه.

(١) فيشمل المستحب، و الفرق بينه و بين المتقدم أن المتقدم مختص بالعبادى و هذا يشمل غيره كمن نذر الأكل للتقوى على العباده، و كمن نذر ترك أمر دنيوى لمنع النفس عن الشهوات.

(٢) أى بين النذر المطلق و المشروط.

(٣) من التفصيل بين المشروط و غيره، فيعتبر الطاعه فى الأول و يكفى فى الثانى المباح الراجح، قال فى الجواهر (و إن نسبه فى الروضه إلى المشهور و لكن لم نتحققه بل المتحقق خلافه).

(٤) لأنه يمتنع التكليف بغير المقدور فلا ينعقد على غير المقدور عقلا كجمع النقيضين، أو عاده كالصعود إلى السماء بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و فى المسالك: (فالمراد بالمقدور للناذر مضافاً إلى كونه طاعه ما يمكنه فعله عاده و إن لم يكن مقدورا له بالفعل، و من ثم يتوقع نادر الحج ماشيا يمكنه مع الإطلاق، و يقوم نادر الصدقه بما يملك من ماله و يتصدق به على التدريج، إلى غير ذلك من أفراد النذر المعجوز عنها حال النذر، المحكوم فيها بتوقع القدره، حيث لا تكون معينه بوقت معين أو بوقت موسع بالنسبه إليه).

(٥) فعلا أو قوه.

ص: ٤٨

صرحوا به كثيرا، لحكمهم بأن من نذر الحرج وهو عاجز عنه بالفعل، لكنه يرجو القدره ينعقد نذره و يتوقعها (١) فى الوقت، فإن خرج (٢) عاجز بطل، و كذا (٣) لو نذر الصدقه بمال و هو فقير (٤)، أو نذرت الحائض الصوم مطلقا (٥)، أو فى وقت يمكن فعله فيه بعد الطهاره و غير ذلك، و إنما أخرجوا بالقيد الممتنع عاده كنذر الصعود إلى السماء، أو عقلا كالكون فى غير حيز، و الجمع بين الضدين، أو شرعا كالاكتكاف جنبا مع القدره على الغسل، و هذا القسم يمكن دخوله فى كونه طاعه، أو مباحا، فيخرج به (٦)، أو بهما.

### فى الاحتياج إلى اللفظ

(و الأقرب احتياجه إلى اللفظ) (٧) فلا يكفى النيه فى انعقاده، و إن استحب (١) أى القدره.

(٢) أى خرج الوقت المعين و هو عاجز عن الأداء بطل النذر إن كان مقيدا بوقت معين.

(٣) أى و كذا ينعقد.

(٤) و لكنه يتوقع القدره فى الوقت المعين أو مطلقا حسب النذر.

(٥) من غير تقييد بوقت معين.

(٦) أى و الممتنع شرعا يخرج بالطاعه أو بالطاعه أو المباح حيث اشترطوا فى متعلق النذر أن يكون طاعه أو مباحا كما تقدم.

(٧) ذهب الشيخان و القاضى و ابن حمزه إلى أنه ينعقد من دون احتياج إلى لفظ، بل تكفى النيه، لأن النذر عباده و الأصل فى العباده النيه و الاعتقاد، و للنبوى (إنما الاعمال بالنيات) (١)، و إنما للحصر و الباء للسبب و ذلك يدل على حصر العمل بالنيه و لا يتوقف على غيرها و إلا لزم جعل ما ليس بسبب سببا، و لأن الغرض من اللفظ إعلام الغير ما فى الضمير و الاستدلال به على القصد، و الله تعالى عالم بالسرائر و قد قال تعالى: (إِنْ تُبَدُّوْا مَا فِى أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوْهُ يُحَاسِبِكُمْ بِهِ اللَّهُ) (٢).

و ردّ بأن العبادات ليست منحصره فى الاعتقادات، بل منها ما هو لفظى لا يجزى عنها الاعتقاد كالقراءه و الاذكار الواجبه، و أما النبوى فغايه ما يدل على أن النيه معتبره بالعمل و بدونها لا أثر له، و بقيه الأدله مردوده بالنصوص التى اشترطت اللفظ فى النذر.

منها: صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (فليس بشىء حتى يقول: على -

ص: ٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٠.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٨٤.

الوفاء به، لأنه من قبيل الأسباب، والأصل فيها اللفظ الكاشف عما في الضمير، ولأنه في الأصل وعد بشرط، أو بدونه، والوعد لفظي، والأصل عدم النقل، وذهب جماعه منهم الشيخان إلى عدم اشتراطه للأصل، وعموم الأدله، ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إنما الأعمال بالنيات»، وإنما لكل امرئ ما نوى وإنما للحصر، والباء سببيه فدل على حصر السببيه فيها، واللفظ إنما اعتبر في العقود ليكون دالا- على الإعلام بما في الضمير، والعقد هنا مع الله العالم بالسرائر، وتردد المصنف في الدروس والعلامه في المختلف، ورجح في غيره الأول.

### في انعقاد التبرع بالنذر

(و) كذلك الأقرب (انعقاد التبرع) به من غير شرط (١)، لما مرّ من -المشى إلى بيته، أو يقول: لله على هدى كذا وكذا إن لم أفعل كذا وكذا(١) و صحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس النذر بشيء حتى يسمّى شيئا لله)٢.

ولذا ذهب ابن إدريس والأكثر إلى اشتراط اللفظ لهذه الأخبار، ولأن النذر لغه هو الوعد بشرط أو بدونه، والوعد مشروط باللفظ وإلا لا يكون وعدا، ولأن النذر من قبيل الأسباب كالعهد والزواج التي لا يكفي فيها مجرد القصد بل لا بد من اللفظ لأنه الأصل.

و توقف العلامه و الشهيد في الدروس، و مما تقدم تعرف ضعف التوقف.

(١) اعلم أن النذر منقسم إلى المعلق على شرط و إلى المتبرع به، و المعلق على شرط قد يكون شكرا للنعمة كقوله: إن أعطيت ولدا أو مالا أو قدم المسافر أو عافاني الله أو نحو ذلك فله على كذا، وقد يكون شكرا لدفع البليه كقوله: إن برئ المريض أو تخطاني المكروه فله على كذا، و هذا القسم من النذر إذا كان شكرا يسمى بنذر المجازاه.

و المعلق قد يكون زجرا عن فعل يرجح الانزجار عنه كقوله: إن شربت الخمر فله على كذا و هو المسمى بنذر الزجر، و المعلق بجميع أقسامه لا اشكال في انعقاده، و لا خلاف في ذلك، و الكثير من النصوص المتقدمه ظاهر في المعلق مثل صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا قال الرجل: على المشى إلى بيت الله و هو محرم بحجه، أو على هدى كذا و كذا فليس بشيء حتى يقول: لله على المشى إلى بيته، أو يقول: لله على أن أحرم بحجه، أو يقول: لله على هدى كذا و كذا إن لم أفعل كذا و كذا(٢) و المتبرع به-

ص: ٥٠

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر و العهد حديث ١ و ٢.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ١ - من كتاب النذر و العهد حديث ١.

الأصل (١)، و الأدله المتناوله له.

و قول بعض أهل اللغه أنه وعد بشرط، و الأصل عدم النقل، معارض بنقله (٢) أنه بغير شرط أيضا، و توقف المصنف فى الدروس، و الصحه أقوى.

### فى كون الجزاء طاعه

(و لا بد من كون الجزاء طاعه) (٣) إن كان نذر مجازاه بأن يجعله أحد العبادات المعلومه، فلو كان مرجوحا، أو مباحا لم ينعقد لقول الصادق عليه السّلام فى خبر أبى الصباح الكنانى: ليس النذر بشىء حتى يسمّى شيئا لله صياما، أو صدقه، أو هديا، أو حجا (٤)، إلا- أن هذا الخبر يشمل المتبرع به من غير شرط، -و هو غير معلق على شرط كأن يقول: لله علىّ كذا، فالمشهور على الانعقاد لعموم أدله وجوب الوفاء بالنذر و هذا نذر، و لقوله تعالى: (إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا) (١) فاطلق نذرها و لم يعلقه على شرط، و للنبوى (من نذر أن يطيع الله فليطعه) (٢) و هو عام يشمل المتبرع به و ذهب السيد المرتضى إلى عدم الانعقاد مدعىا الاجماع لما روى عن تغلب أن النذر عند العرب هو الوعد بشرط، و الشرع نزل بلسانهم.

و ردّ اما اجماعه فهو معارض باجماع الشيخ فى الخلاف على الانعقاد، و قول تغلب معارض بالمحكى عنه أيضا أن النذر مطلق الوعد.

(١) و هو أن النذر فى أصل اللغه هو الوعد بشرط أو بدونه.

(٢) أى بنقل هذا البعض.

(٣) المراد بالجزاء هو الشرط، و المراد بالطاعه هو الفعل العبادى الأعم من الواجب و المندوب هذا من جهه و من جهه أخرى قد عرفت أنه لا بد من كون متعلق النذر طاعه أو راجحا، و أن النذر لا ينعقد إذا كان متعلقه محرما أو مكروها أو متساوى الطرفين، بلا فرق بين النذر المشروط و غيره.

و ذهب الشهيد فى الدروس إلى انعقاد النذر إذا كان متعلقه متساوى الطرفين لخبر الوشاء المتقدم، و قد نسب الشارح هنا إلى المشهور أنه يشترط فى النذر المشروط أن يكون متعلقه طاعه، و أمّا المتبرع به فمتعلقه أعم من الطاعه و غيرها، و قد تقدم عن صاحب الجواهر أن المتحقق خلافه.

(٤) و مثله خبره الآخر عنه عليه السّلام و قد تقدما سابقا.

ص: ٥١

١- (١) سورة آل عمران، الآية: ٣٥.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب النذر و العهد حديث ٢.

و المصنف لا- يقول به، و أطلق الأ-كثر اشتراط كونه طاعه، و فى الدروس استقرب فى الشرط و الجزاء جواز تعلقهما بالمباح، محتجا بالخبر السابق (١) فى بيع الجاربه، و البيع مباح إلا أن يقترب بعوارض مرجحه (٢).

## فى كون الشرط سائغا

(و) كون (الشرط) و هو ما علق الملتزم به عليه (سائغا) سواء كان راجحا، أم مباحا (إن قصد) بالجزاء (الشكر) كقوله: إن حججت أو رزقت ولدا، أو ملكت كذا فلله على كذا، من أبواب الطاعه، (و إن قصد الزجر) عن فعله (اشترط كونه معصيه، أو مباحا راجحا فيه المنع) (٣) كقوله: إن زنت أو بعث دارى مع مرجوحته فلله على كذا، و لو قصد فى الأول (٤) الزجر، و فى الثانى (٥) الشكر لم ينعقد (٦)، و المثال واحد، و إنما الفارق القصد، و المكروه كالمباح المرجوح (٧) و إن لم يكنه (٨) فكان عليه أن يذكره (٩)، و لو انتفى القصد فى القسمين (١٠) لم ينعقد لفقد الشرط. ثم الشرط إن كان من فعل الناظر فاعتبار كونه سائغا واضح، و إن كان من فعل الله كالولد و العافيه فى إطلاق الوصف (١١) عليه تجوز (١٢)، و فى الدروس اعتبر صلاحيته (١٣)، لتعلق الشكر به و هو حسن.

(١) المتقدم فى إطلاق اليمين على النذر، و هو خبر الوشاء عن أبى الحسن عليه السلام، و قد تقدم منا أكثر من مره.

(٢) فىكون البيع راجحا و على هذا حمله بعضهم، و لذا لا يصح الاستدلال به على جواز تعلق النذر بالمباح متساوى الطرفين، و قد عرفت من الرد بأنه ضعيف السند مع عدم الجابر له.

(٣) أى يتحقق فيه المتع و الزجر.

(٤) أى فيما إذا كان الشرط سائغا سواء كان راجحا أو مباحا.

(٥) فيما إذا كان الشرط معصيه أو مباحا راجحا يحقق الزجر.

(٦) لعدم تحقق الشكر بالمعصيه و لا الزجر بالطاعه.

(٧) فإن قصد به الزجر صح النذر، و إن قصد به الشكر فلا يصح.

(٨) أى و إن لم يكن المكروه من أقسام المباح المرجوح إلا أنه مثله حكما.

(٩) خصوصا على مختاره من انعقاد النذر إذا كان متعلقه مباحا.

(١٠) من انتفاء قصد الشكر فى الشرط السائغ و قصد الزجر فى المعصيه.

(١١) من كونه شرطا سائغا.

(١٢) لأن أفعال الله تعالى ليست موضوعة للأحكام الشرعيه.

(۱۳) صلاحیه فعل اللّٰه تعالیٰ.

ص: ۵۲

## في أن العهد كالنذر

(و العهد كالنذر (١) في جميع هذه الشروط و الأحكام (و صورته (٢) عاهدت الله، أو عليّ عهد الله) أن أفعل كذا، أو أتركه، أو إن فعلت كذا، أو تركته، أو رزقت كذا فعليّ كذا على الوجه المفصل في الأقسام (٣)، و الخلاف في انعقاده بالضمير و مجردا عن الشرط مثله (٤).

## في معنى اليمين

(و اليمين (٥)... (١) كما عن الشهيدين و محكى النهايه لخبر أبي بصير عن أحدهما عليهما السّلام (من جعل عليه عهد الله و ميثاقه في أمر لله طاعه فحنت فعليه عتق رقبه، أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا) (١) حيث جعل مورده الطاعه كالنذر، و من حيث كون كفارته مخيّره ككفاره النذر.

و عن المسالك و القواعد و النافع و الارشاد أن حكمه حكم اليمين لخبر على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته عن رجل عاهد الله في غير معصيه، ما عليه إن لم يف بعهده، قال: يعتق رقبه أو يتصدق بصدقه، أو يصوم شهرين متتابعين) (٢) حيث علق العهد على غير معصيه، و هو يشمل ما لو كان متعلقه مباحا و هو مورد اليمين و يشمل المكروه و خلاف المندوب إلا أنهما خارجان عن مورد العهد بالاجماع كما عن المسالك.

و تظهر الثمره في متعلق العهد، فإذا كان كالنذر اشترط في متعلقه الطاعه، و إذا كان كاليمين فيشمل متعلقه المباح، نعم ذهب الأكثر إلى أن كفاره العهد كبيره مخيّره لخبري أبي بصير و على بن جعفر المتقدمين، و عن المفيد أنها كبيره مرتبه، و قال في المسالك (و لم نقف على مستنده).

(٢) العهد إما معلق و إما تبرعى لإطلاق النصوص السابقه.

(٣) أى في أقسام النذر.

(٤) أى مثل النذر.

(٥) اليمين لغه الجارحه المخصوصه، و اطلق على الحلف لأنهم كانوا يتصافقون باليد اليمنى إذا حلفوا، و شرعا الحلف بالله على نحو مخصوص، هذا و اليمين على أقسام الأول: يمين اللغو، و هى الحلف لا مع القصد على ماض أو مستقبل، و كذلك إذا سبق اللسان إلى اليمين من غير قصد إلى شيء، و هو لا مؤاخذه عليه ففى موقوف مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السّلام (سمعتة يقول في قول الله عز و جل: لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي -

ص: ٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات حديث ١.



هى الحلف بالله (١) أى بذاته تعالى من غير اعتبار اسم من أسمائه (كقوله:)-أَيْمَانِكُمْ، قال: اللغو قول الرجل: لا والله و بلى والله، ولا يعقد على شىء(١) و مثله غيره، القسم الثانى: يمين الغموس، وهى الحلف على الماضى أو الحال مع تعمد الكذب، وهى تغمس الحالف فى النار، ففى مرسل على بن حديد عن أبى عبد الله عليه السّلام (الأيمان ثلاث: يمين ليس فيها كفاره، و يمين فيها كفاره، و يمين غموس توجب النار، فاليمين التى ليس فيها كفاره: الرجل يحلف على باب برّ أن لا يفعله فكفارته أن يفعله، و اليمين التى تجب فيها الكفاره: الرجل يحلف على باب معصيه أن لا يفعله فيفعله فتجب عليه الكفاره، و اليمين الغموس التى توجب النار: الرجل يحلف على حق امرئ مسلم على حبس ماله)(٢).

القسم الثالث: يمين المناشده، وهى الحلف على الغير ليفعلن أو يتركن، وهى لا تتعقد لخبر حفص و غير واحد من أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن الرجل يقسم على أخيه قال: ليس عليه شىء إنما أراد إكرامه)(٣) و خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يقسم على الرجل فى الطعام يأكل منه فلم يأكل، هل عليه فى ذلك كفاره؟ قال: لا)٤.

القسم الرابع: يمين العقد، وهى الحلف على الفعل أو الترك فى المستقبل، وهى التى يقع فيها الكفاره عند تحقق الحنث وهى المبحوث عنها هنا.

(١)الحلف إما بذاته و أما باسم من أسمائه المختصه به، و إما باسم ينصرف إطلاقه إليه، و إما باسم مشترك بينه و بين غيره من دون غلبه إطلاقه عليه، فالقسم الأول أن يذكر ما يفهم منه ذات الله تعالى و لا-يحتمل غيره من غير أن يأتى باسم مفرد أو مضاف من أسمائه الحسنى كقوله: و الذى أعبدته، أو أصلى إليه، أو و الذى خلق الحبه و برأ التسمه، أو الذى نفسى بيده، أو مقلّب القلوب و الأبصار.

و الثانى هو الحلف بأسمائه المختصه به و لا-تطلق على غيره كالله و الرحمن و رب العالمين، و الأول الذى ليس قبله شىء، و مالك يوم الدين، و خالق الخلق، و الحى الذى لا يموت و الأحد و الواحد الذى ليس كمثلته شىء، و فى المسالك: (و عدّ بعضهم الخالق و الرازق من هذا القسم و الأصح أنه من الثالث، لأنهما يطلقان فى حق غير الله تعالى، قال-

ص: ٥٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من كتاب الأيمان حديث ١ و ٣.

(و مقلب القلوب و الأبصار و الذى نفسى بيده، و الذى فلق الحبه و برأ النسمه)، لأن المقسم به فيها مدلول المعبود بالحق، إله من فى السموات و الأرض من غير أن يجعل (١) اسما لله تعالى (أو) الحلف (باسمه) تعالى المختص به (كقوله: و الله) -تعالى: (وَ تَخْلُقُونَ إِفْكَاً) (١)، و قال تعالى: (وَ أَرْزُقُوهُمْ) (٢) انتهى.

و الثالث ما يطلق فى حق الله و حق غيره، لكن الغالب استعماله فى حق الله تعالى بحيث إذا أريد استعماله فى حق غيره لاحتاج إلى تقييد و قرينه كقوله: الرحيم و الرب و الخالق و الرازق و المتكبر و القاهر و البارئ.

و الرابع ما يطلق فى حقه تعالى و حق غيره، و لا- يغلب على أحدهما بحيث يحتاج إلى قرينه لو أراد أحدهما كقوله: الشىء و الموجود و الحى و السميع و البصير و المؤمن و الكريم.

أما الأقسام الثلاثة الأول فينعقد بها اليمين مع القصد بلا خلاف فيه، بل بدون القصد فى القسم الأول كما فى المسالك، و أما القسم الرابع فلا ينعقد بها اليمين و إن قصد بها الذات المقدسه بلا خلاف فى ذلك إلا من الاسكافى من انعقادها بالسميع و البصير، و الأصل فى ذلك كله الأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: قول الله عز و جل: وَ اللَّيْلِ إِذَا يَعْشَى وَ النَّجْمِ إِذَا هَوَى ، و ما أشبه ذلك، فقال: إن لله عز و جل أن يقسم من خلقه بما شاء، و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به) (٣) و مثله خبر على بن مهزيار، ٤، و منها خبر الحسين بن زيد عن الصادق عليه السّلام عن آبائه عليهم السّلام عن النبى صلى الله عليه و آله و سلّم فى حديث المناهى (نهى أن يحلف الرجل بغير الله، و قال: من حلف بغير الله فليس من الله فى شىء) ٥، صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- أرى للرجل أن يحلف إلا- بالله، فأما قول الرجل: لا أب لشانيك، فإنه قول أهل الجاهليه، و لو حلف الرجل بهذا و أشباهه لترك الحلف بالله) ٦، و مثله خبر سماعه ٧ إلى غير ذلك من الأخبار.

و مقتضى هذه الأخبار أن الحلف بالله و بغير ذلك من أسمائه أو ما يغلب عليه أو كان مشتركاً بينه و بين غيره مع قصد الذات المقدسه هو حلف بالله، و معه لا داعى لقولهم من عدم انعقاد اليمين بالقسم الرابع مع قصد الحلف بالذات.

(١) هذا القسم الأول.

ص: ٥٥

١- (١) سورة العنكبوت، الآية: ١٧.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٥.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٣ و ١ و ٢ و ٤ و ٥.

و تالّله و بالّله (١) و أيمن الله (٢) بفتح الهمزة و كسرهما مع ضم النون و فتحها، و كذا (١) الحروف التي يقسم بها بشهادة أهل اللغة هي: الباء و الواو و التاء، و الأصل في القسم الباء لأنها تدخل على الظاهر و المضمّر، و يليها الواو التي تدخل على الأسماء الظاهرة جميعها، ثم التاء التي تختص بالدخول على لفظ الجلالة قال تعالى: (تَاللّهِ تَفْتُنُوا تَذَكُرُ يَوْسُفَ) (١) و قال تعالى: (تَاللّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُمْ) (٢).

و قوله: بالله صله الحلف و القسم، و كأن الحالف يقول: حلفت أو أقسمت بالله، ثم لما كثر الاستعمال و فهم المقصود حذف الفعل بل و ينعقد اليمين لو نطق باسم الجلالة مخفوضا مع نيه القسم من دون النطق بأحد حروف القسم فلو قال: الله لأفعلن، لوروده لغه، و لكون الجر مشعرا بالصلة الخافضة مع بناء اللغة على الحذف و التقدير، و قد تردد المحقق في الشرائع لاستمرار العادة على الحلف بغير هذه الكيفية مع عدم معرفه ذلك إلا لخواص الناس، و هو ضعيف، لاندرجه في إطلاق الأدله بعد كونه صحيحا في اللغة، نعم لو رفع أو نصب أشكل إجراء حكم اليمين لأنه ملحون.

(٢) و هو اسم لا- حرف خلافا للزجاج و الرماني، و اختلفوا في أنه مشتق من اليمن بمعنى البركة أو أنه جمع يمين، فالبصريون على الأول و الكوفيون على الثاني، و همزته همزه وصل على الأول و قطع على الثاني.

و على كلا- التقديرين تردد المحقق في الشرائع في انعقاد اليمين به من حيث هو جمع يمين فالقسم به لا- بالله هذا على مبنى الكوفيين، و أن القسم به قسم بوصف من أوصاف الله و هو يمينه و بركته لا باسمه على مبنى البصريين.

و لكن عن جماعه انعقاد اليمين به لأنه موضوع للقسم عرفا و لخبر حماد عن أبي عبد الله عليه السلام ما يقرب من صحيح الحلبي المتقدم إلا- أنه قال في آخره (و أما لعمر الله و أيم الله فإنما هو بالله) (٣) و أيم مخفف أيمن، بل المقتضب و المخفف من أيمن هو: أيم الله، و من الله، و م الله، و له حكم أيمن، قال في الجواهر بعد ذكر أيمن (و كذا الكلام في «أيم الله و من الله و م الله» مما هو مقتضب من «أيمن»، تخفيفا بحذف بعض حروفه و إبداله لكثرة الاستعمال، بل عن ابن آوى في استدراك الصحاح في هذه الكلمات إحدى و عشرون لغه: أربع في «أيمن»، بفتح الهمزة و كسرهما مع ضم النون و فتحها،-

ص: ٥٦

١- (١) سورة يوسف، الآية ٨٥.

٢- (٢) سورة العنكبوت، الآية: ٥٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان ملحق حديث ٤.

ما اقتطع (١) منها للقسم، و هو سبع عشره صيغه،(أو أقسم بالله، أو بالقديم) بالمعنى المتعارف اصطلاحاً و هو الذى لا أول لوجوده،(أو الأزلى أو الذى لا أول لوجوده).

و ما ذكره هنا (٢) تبعاً للعلامه و المحقق قد استضعفه (٣) فى الدروس بأن -و أربع فى اليمن- باللام المكسوره و المفتوحه و النون المفتوحه و المضمومه، و لغتان فى «يمن» بفتح النون و ضمها، و ثلاث لغات فى «أيم» بفتح الهمزه و كسرها مع ضم الميم، و بفتح الهمزه مع فتح الميم، و لغتان فى «إم» بكسر الميم و ضمها مع كسر الهمزه فيها، و ثلاث فى «من» بضم الميم و النون و فتحها و كسرها، و «م الله» بالحركات الثلاث، و كل ذلك يقسم به، بل فى كشف اللثام «هيم الله» بفتح الهاء المبدله من الهمزه، و الله العالم) انتهى.

(١) و هو: ليمن و أيم و من و م، و هو سبع عشره صيغه مع إضافه قراءه «أيمن» باللغات الأربع فيكون المجموع إحدى و عشرين على ما ذكر فى استدراك الصحاح.

(٢) من التقسيم الثلاثى، فالحلف تاره بذاته كقوله: و مقلب القلوب، و أخرى باسمه المختص كقوله: و الله، و ثالثه بالاسم المشترك بينه و بين غيره إلا أنه منصرف إليه و يغلب عليه كقوله: و الأزلى و القديم.

(٣) قال فى الدروس: (فالحلف بالله هو قوله: و الله و بالله و تالله بالجر، و أيمن الله و ما اقتضب منها، و قيل: الحلف بالله هو كقوله: و الذى نفسى بيده و مقلب القلوب و الأبصار و الأول الذى ليس كمثلته شىء، لأنه مدلول المعبود بالحق، إله من فى السموات و الأرض، و لم تجعل أسماء الله تعالى، و هو ضعيف لأن مرجعه تدل على صفات الأفعال كالخالق و الرازق، التى هى أبعد من الأسماء الداله على صفات الذات كالرحمن و الرحيم، التى هى دون اسم الذات و هو الله جلّ اسمه، بل هو الاسم الجامع).

و هو ظاهر فى أن اسم الذات و هو الله يجب أن يكون القسم الأول لأنه الاسم الجامع، لا ما عدده مثل الأول الذى ليس كمثلته شىء لأنه دال على صفات الأفعال و هى أبعد من الأسماء الداله على صفات الذات و هى دون اسم الجلاله الدال على الذات، و عليه فاسم الجلاله هو القسم الأول، و ما دل على صفات الذات هو القسم الثانى، و ما دل على صفات الأفعال هو القسم الثالث، و ردّ عليه الشارح فى المسالك و الروضه هنا بأن هذه المذكورات قد خصت بقسم من حيث دلالتها على ذاته تعالى من غير احتمال مشاركته غيره تعالى، و جعل القسم أول الأقسام لأن أسمائه تعالى منقسمه إلى أقسام منها المختص-

مرجع القسم الأول إلى أسماء تدل على صفات الأفعال كالخالق والرازق التي هي أبعد من الأسماء الداله على صفات الذات كالرحمن والرحيم التي هي دون اسم الذات وهو الله جلّ اسمه، بل هو الاسم الجامع، وجعل الحلف بالله هو قوله:

والله وبالله وتالله بالجر وأيمن الله، وما اقتضب منها.

وفيه أن هذه السمات المذكورة في القسم الأول لا تتعلق بالأسماء المختصة، ولا المشتركة، لأنها ليست موضوعه للعلمية، وإنما هي داله على ذاته بواسطة الأوصاف الخاصه به (١)، بخلاف غيرها من الأسماء فإنها موضوعه للاسميه ابتداء (٢)، فكان ما ذكره أولى مما تعقب به. نعم لو قيل: بأن الجميع (٣) حلف بالله (٤) من غير اعتبار اسم جمعا بين ما ذكرناه وحققه من أن الله جلّ اسمه هو الاسم الجامع، ومن ثم رجعت الأسماء إليه ولم يرجع إلى شيء منها، فكان كالذات كان حسنا، ويراد بأسمائه (٥) ما ينصرف إطلاقها إليه من الألفاظ الموضوعه للاسميه وإن أمكن فيها المشاركة حقيقه أو مجازا كالقديم والأزلي والرحمن والرب والخالق والبارى والرازق.

### في ما لا ينعقد اليمين به

(و لا- ينعقد بالموجود والقادر والعالم) والحى والسميع والبصير وغيرها من الأسماء المشتركة بينه وبين غيره من غير أن تغلب عليه (٦) وإن نوى بها الحلف، -به والمشارك الغالب وغيره والداله على صفة فعل أو صفة ذات فناسب أن تجعل المذكورات أول الأقسام لأنها ليست من أسمائه المختصة ولا- المشتركة ولا- يناسب تأخيرها لأنها اخص بالله من كثير من الأقسام، ثم إن اسم الله وإن كان أدل على الذات منها إلا أنه من جمله أسمائه فناسب ذكره مع باقى الأسماء فلم يكن ما ذكره المحقق والعلامه من التقسيم والترتيب تصور من هذا الوجه.

(١) فتكون مختصه به من غير احتمال مشاركه غيره تعالى.

(٢) فيتأتى بها كونها مختصه أو مشتركه.

(٣) وهو القسم الأول مع اسم الجلاله.

(٤) أى حلف بذاته، أما القسم الأول فواضح وأما اسم الجلاله فلأنه الاسم الجامع ولذا رجعت جميع الأسماء إليه فهو دال على الذات.

(٥) من القسم الثانى والثالث.

(٦) هذا هو القسم الرابع وقد تقدم الكلام فيه.

لسقوط حرمتها بالمشاركة (١).

(و لا بأسماء المخلوقات الشريفة (٢) كالنبي و الأئمة و الكعبه و القرآن لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «من كان حالفا فليحلف بالله، أو ليذر».

(و اتباع مشيئه الله تعالى) لليمين (يمنع الانعقاد (٣) و إن علمت مشيئته لمتعلقه (١) و فيه: مع قصد الذات منها فيصدق الحلف بالله، فتشمله إطلاق أدله اليمين حينئذ.

(٢) لا- ينعقد اليمين بغير الله و أسمائه، فلا ينعقد بالحلف بالكعبه أو المصحف أو النبي أو الأئمة عليهم السّلام أو الملائكة أو الأبوين للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (قلت لأبي جعفر عليه السّلام: قول الله عز و جل: وَ اللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى وَ النَّجْمِ إِذَا هَوَى ، و ما أشبه ذلك، فقال: إن لله عز و جل أن يقسم من خلقه بما شاء و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به) (١) و خبره الآخر المروى فى تفسير العياشى عنه عليه السّلام (كل يمين بغير الله فهى من خطوات الشيطان) (٢) و خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا أرى للرجل أن يحلف إلا بالله) (٣) ، و النبوى المروى فى غوالى اللثالى (من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر) (٤) ، و النبوى الآخر (إذا حلفتם فاحلفوا بالله و إلا فاتركوا) (٥).

و عن الاسكافى جواز انعقاده فى ما عظم الله حقوقهم مثل: و حق رسول الله و حق القرآن، إلا أن الأخبار المتقدمه على خلافه.

(٣) أى تعليق اليمين على مشيئه الله يمنعه عن الانعقاد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر الدعائم عن على عليه السّلام (من حلف ثم قال: إن شاء الله، فلا حنث عليه) (٥) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من استثنى فى اليمين فلا حنث و لا كفاره) (٦) و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن الرجل يحلف على اليمين، و يستثنى ما حاله؟ قال: هو على ما استثنى) (٨).

و النصوص مطلقه سواء علم مشيئه الله فيه كالواجب و المندوب و غيره، و عن العلامه قصره على ما لم يعلم مشيئه الله فيه، و هو ضعيف للإطلاق.

ص: ٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٥.

٤- ( (٤ و ٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب الأيمان حديث ١ و ٤.

٥- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ٢٢ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٦- ( (٧ و ٨) الوسائل الباب - ٢٨ - من كتاب الأيمان حديث ١ و ٢.

كالواجب و المندوب على الأشهر، مع اتصالها به (١) عاده، و نطقه بها (٢)، و لا يقدر التنفس و السعال، و قصده إليها عند النطق بها (٣) و إن انتفت عند اليمين (٤)، دون العكس (٥) و لا فرق بين قصد التبرك، و التعليق هنا (٦)، لإطلاق النص، و قصيره العلامه على ما لا تعلم مشيئه الله فيه كالمباح، دون الواجب، و الندب، و ترك الحرام، و المكروه و النص مطلق (٧)، و الحكم نادر (٨).

و توجيهه حسن (٩)، لكنه غير مسموع في مقابله النص.

### في التعليق على مشيئه الغير

(و التعليق على مشيئه الغير (١٠) يحبسها)، و يوقفها على مشيئته إن علق عقدها (١) أى اتصال المشيئه باليمين، قال في المسالك: (أن يكون كلمه الاستثناء متصله باليمين لا يتخللها الكلام و لا سكوت إلا أن يكون قليلا كتنفس و عى و تذكر و سعال و نحو ذلك مما لا يخلّ بالمتابعه عرفا) فلو كان متصلا و تخلله شىء لا يضر بالمتابعه فلا ينعقد اليمين لصدق الكلام الواحد على الجميع، نعم لو تخلل كلام أجنبى أو سكوت طويل حكم باليمين و لغى الاستثناء بلا خلاف فيه لأنهما كلامان منفصلان.

(٢) أى بالمشيئه و لا تكفى النيه لظاهر الأخبار المتقدمه خلافا للفاضل في المختلف.

(٣) قال في المسالك: (و أن يكون قاصدا إليها كاليمين فلو سبق لسانه إليها من غير قصد لم يعتد بها) و هو واضح.

(٤) أى انتفى قصد المشيئه عند النطق باليمين.

(٥) فينعقد اليمين و ذلك فيما لو كان قاصدا للمشيئه عند التلفظ باليمين إلا أنه ذهل عنها بعد الانتهاء و لم يتلفظ بها.

(٦) أى عند اتباع اليمين بالمشيئه، لإطلاق النص، و لأن التبرك حاصل بذكر الاسم و التعليق بحسب المعنى.

(٧) قد تقدم البحث فيه.

(٨) أى أن العلامه حكم به في بعض كتبه.

(٩) حسن توجيهه ناشئ من أن التعليق على مشيئه الغير مع العلم بحصولها لا يضر كما سيأتى، بل بالحقيقه فهو خارج عن التعليق مع العلم بحصول المشيئه.

(١٠) أما أصل التعليق فلا اشكال و لا خلاف في جوازه لإطلاق أدله اليمين، و له صور:

الصوره الأولى: أن يعلق عقد اليمين على مشيئه زيد بأن يقول: و الله لأدخلن الدار إن شاء زيد، فتكون مشيئه زيد شرطا في انعقاد اليمين، فإن شاء انعقد و إلا فلا لفقد الشرط، و كذا لا ينعقد اليمين لو جهل تحقق الشرط بموت زيد أو غيبته أو غيرهما.



عليه (١) كقوله: لأفعلن كذا إن شاء زيد، فلو جهل الشرط لم ينعقد، و لو أوقف حلّها عليه (٢) كقوله: إلا أن يشاء زيد انعقدت ما لم يشأ حلّها، فلا تبطل إلا أن يعلم الشرط، و كذا في جانب النفي كقوله: لا أفعل إن شاء زيد (٣)، أو إلا أن يشاء (٤) فيتوقف انتفاؤه (٥) على مشيئته (٦) في الأول (٧)، و ينتفى بدونها (٨) في الثاني (٩) فلا يحرم الفعل قبل مشيئته (١٠)، و لا يحل قبلها (١١).

### في أن متعلق اليمين كمتعلق النذر

(و متعلق اليمين (١٢) كمتعلق النذر) في اعتبار كونه طاعه، أو مباحا راجحا -الصوره الثانيه: أن يعلق الحل على مشيئته الغير، بأن يقول: و الله لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد، فاليمين منعقد إلا أن يشاء زيد عدم الدخول فيحل اليمين، و لذا لو جهل تحقق الشرط يبقى اليمين على انعقاده.

الصوره الثالثه: أن يعلق عقد اليمين على مشيئته الغير، و كان اليمين قد تعلق بالترك، بخلاف الصوره الأولى فإنه قد تعلق بالفعل، و مثاله كأن يقول: و الله لا أدخل الدار إن شاء زيد، فلا ينعقد إلا إذا شاء الغير، أما مع عدم المشيئته أو الجهل بالشرط فلا ينعقد.

الصوره الرابعه: أن يعلق حلّ اليمين على مشيئته الغير و كان اليمين قد تعلق بالترك بخلاف الصوره الثانيه فقد تعلق بالفعل و مثاله كأن يقول: و الله لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد، فاليمين منعقد و لو جهل الشرط إلا إذا شاء زيد الدخول فيحل اليمين.

(١) أي عقد اليمين على الغير، و هذه هي الصوره الأولى.

(٢) الصوره الثانيه.

(٣) الصوره الثالثه.

(٤) الصوره الرابعه.

(٥) أي انتفاء الفعل، و هو الدخول في المثال.

(٦) أي مشيئته الغير، و به ينعقد اليمين.

(٧) أي الأول المذكور في جانب النفي و هو الصوره الثالثه.

(٨) أي ينتفى الفعل و هو الدخول في المثال بدون مشيئته الغير و به ينعقد اليمين، فاليمين في الصوره السابقه منعقد عند المشيئته و هنا منعقد عند عدم المشيئته.

(٩) أي الثاني المذكور في جانب النفي و هو الصوره الرابعه.

(١٠) في الأول، و هو الصوره الثالثه، فلا يحرم الفعل - أعنى عدم الدخول - قبل مشيئته الغير.

(١١) فى الثانى و هو الصوره الرابعه: فلا يحل الفعل - أعى عدم الدخول - قبل مشيئه الغير.

(١٢) أن يكون راجحا أو متساوى الطرفين و إلا فلو كان الرجحان فى نقيضه لا ينعقد للأخبار الكثيره.-

ص: ٦١

دينا، أو دنيا، أو متساويا، إلا أنه إشكال هنا في تعلقها بالمباح، و مراعاة الأولى فيها (١)، و ترجيح مقتضى اليمين عند التساوى.

و ظاهر عبارته هنا عدم انعقاد المتساوى، لإخراجه (٢) من ضابط النذر، مع أنه لا خلاف فيه هنا كما اعترف به فى الدروس، و الأولويه متبوعه (٣) و لو طرأت -منها: صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام (الكفاره فى الذى يحلف على المتاع أن لا يبيعه و لا يشتريه ثم يبدو له فيه فيكفر عن يمينه، و إن حلف على شىء و الذى حلف عليه إتيانه خير من تركه فليأت الذى هو خير و لا كفاره عليه، إنما ذلك من خطوات الشيطان) (١) و صحيح زراره عن أحدهما عليهما السّلام (سألته عما يكفر من الإيمان، فقال: ما كان عليك أن تفعله فحلفت أن لا تفعله ففعلته فليس عليك شىء إذا فعلته، و ما لم يكن عليك واجبا أن تفعله فحلفت أن لا تفعله ثم فعلته فعليك الكفاره) ٢ و صحيحه الآ-خر عن أبى جعفر عليه السّلام (كل يمين حلفت عليها لك فيها منفعة فى أمر دين أو دنيا فلا- شىء عليك فيها، و إنما تقع عليك الكفاره فيما حلفت عليه فيما لله فيه معصيه أن لا تفعله ثم تفعله) (٢) و خبره الثالث عنه عليه السّلام (كل يمين حلف عليها أن لا يفعلها ممّا له فيه منفعة فى الدنيا و الآ-خره فلا- كفاره عليه، و إنما الكفاره فى أن يحلف الرجل: و الله لا- أذننى، و الله لا أشرب الخمر، و الله لا أسرق، و الله لا أخون، و أشباه هذا و لا- أعصى، ثم فعل فعليه الكفاره فيه) ٤، و إنما الاشكال فى المباح المتساوى الطرفين حيث يستفاد من خبرى زراره الأخيرين الترجيح فى متعلق اليمين، و لكن صدر صحيح عبد الرحمن ظاهر فى المباح المتعلق ببيع المتاع و شرائه، و كذا اطلاق صحيح زراره الأول، و لذا قطع الأصحاب بانعقاد اليمين هنا - كما فى الجواهر - بخلاف النذر فإنه لا ينعقد فيه.

(١) أى إذا تعلق اليمين بالمباح متساوى الطرفين فيجب الوفاء باليمين عند بقاء التساوى و كذا لو ترجح متعلق اليمين فيما بعد، و أما إذا صار نقيضه راجحا فتجب مخالفته اليمين.

(٢) أى إخراج المتساوى.

(٣) قال فى المسالك: (و اعلم أن الأولويه متنوعه فلو طرأت بعد اليمين انحلت - أى اليمين - فلو كان البرّ ابتداء ثم صارت المخالفه أولى اتبع و لا كفاره) انتهى، و قال فى الجواهر:

(لا أجد فيه خلافا) و هو مقتضى اطلاق الأخبار المتقدمه و صريح أخبار غيرها.-

ص: ٦٢

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب الإيمان حديث ٥ و ٤.

٢- (( ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٢٣ - من كتاب الإيمان حديث ٢ و ٣.

بعد اليمين، فلو كان البر أولى في الابتداء ثم صارت المخالفه أولى اتبع و لا- كفاره، و في عود اليمين بعودها بعد انحلالها وجهان (١)، أما لو لم ينعقد ابتداء للمرجوحه لم تعد (٢) و إن تجددت (٣) بعد ذلك (٤) مع احتمال (٥).

-منها: صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، و إن لم يتركها خشى أن يأثم، قال: يتركها، أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا رأيت خيرا من يمينك فدعها) (١)، و مرسل ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فأتى ذلك فهو كفاره يمينه و له حسنه) ٢، و مرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام (من حلف على يمين فرأى ما هو خير منها فليأت الذي هو خير منها و له حسنه) ٣.

(١) وجه العدم لارتفاع حكم اليمين عند تحقق الرجحان في نقيض متعلقه، فلو ترجح متعلقه فيما بعد فيستصحب الارتفاع المذكور و العود بحاجه إلى دليل، و وجه العود رجوع الرجحان الذي هو سبب في انعقاد اليمين أولا.

(٢) أى لم تنعقد اليمين لعدم انعقادها من أول الأمر حيث إنه يشترط عدم رجحان نقيض متعلق اليمين كما هو الظاهر من الأخبار المتقدمه.

(٣) أى الأولويه، و إن وصليه.

(٤) بعد صدور اليمين.

(٥) أى احتمال انعقاد اليمين بسبب تجدد الأولويه، و قال في الجواهر: (و لا ريب في ضعفه لظهور النصوص في عدم انعقاده من أول الأمر و أنه ليس بشيء).

هذا و اعلم أنه يشترط في الحالف البلوغ و العقل و الاختيار و القصد لعين ما تقدم في الناذر، فلا ينعقد يمين الصغير و المجنون و المكره و السكران و الغضبان إلا- أن يملك نفسه، و يصح اليمين من الكافر إلا أنه لا يحلف إلا بالله كالمسلم ففي صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم إلا بالله عز و جل) (٢) و خبر سماعه عنه عليه السلام (هل يصلح لأحد أن يحلف أحدا من اليهود و النصارى و المجوس بآلهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف إلا بالله عز و جل) ٥ و مثلها غيرها.

و كذا ذهب البعض منهم الفاضل في الارشاد و الشارح في المسالك توقف يمين الولد على إذن والده، و يمين الزوج على إذن زوجها، و يمين العبد على إذن سيده لصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يمين للولد مع والده، و لا-

ص: ٦٣

٢- ( (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من كتاب الأيمان حديث ٣ و ٥.

و اعلم أن الكفاره تجب بمخالفه مقتضى الثلاثه (١) عمدا اختيارا (٢)، فلو -للملوك مع مولاه، و لا للمرأة مع زوجها، و لا نذر في معصيه و لا يمين في قطيعه(١) و مثله خبر ابن القداح ٢ و خبر أنس بن محمد ٣.

و ذهب المشهور إلى أن إذنه ليس شرطا و إنما نهيه هو المانع و لذا كان له حله، و لأن الاستفادة من الأخبار أنّ الإذن إنما هو لحقوقهم و لذا يناسبه الثاني لا الأول.

و الانصاف أن الظاهر من الأخبار هو نفي اليمين للثلاثه مع وجود مولاهم من الزوج و السيد و الوالد، و هو كما يحتمل نفيه ابتداء إلا -ياذنبهم يحتمل نفيه استمرارا مع نهيههم و لا قرينه داخلية تعين أحدهم، نعم لما كان وجوب الوفاء باليمين عاما يشمل اليمين ابتداء و لو من دون إذنبهم فيتعين من باب الجمع بينه و بين هذه الأخبار أن تحمل هذه الأخبار على أن النهي مانع و ليس الإذن شرطا ابتداء.

و هذا بخلاف النذر حيث ورد اشتراط الإذن ابتداء في المملوك و الزوجه، أما في المملوك فقد ورد خبر قرب الإسناد عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول: (ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيده)(٢)، و في الزوجه فقد ورد صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس للمرأة مع زوجها أمر في عتق و لا -صدقه و لا -تدبير و لا هبه، و لا نذر في مالها إلا ياذن زوجها) ٥ و أما في الولد فلم يرد نص في إلحاقه بالمملوك و الزوجه كما سمعت سابقا، و عليه ففي اليمين لهم الحل و في النذر إذنبهم شرط ابتداء على خلاف المشهور حيث بحثوا في اليمين أولا و ذهبوا إلى أن نهيههم مانع ثم ألحقوا النذر به كذلك، و هو ليس في محله بعد اختلاف لحن الدليل بين اليمين و النذر، و لم يلتفت إلى ذلك إلا صاحب الجواهر حيث قال: (هذا و لكن قد يفرق بين المقام - أي النذر - و بين اليمين فيشترط الإذن هنا للخبرين - أي خبر قرب الإسناد و صحيح ابن سنان - في المملوك و الزوجه الظاهرين في ذلك المنجبرين بعمل الأصحاب بخلاف مسأله اليمين التي قد عرفت خلو نصوصها عن الإذن أصلا، و إنما الموجود «لا يمين لولد مع والده» إلى آخره، و قد قلنا إنه ظاهر في المعارضه، و إنه يقتضى أن له الحل لا أن الإذن شرط، و بالجمله لا -يخلو كلامهم هنا من تشويش و منشأ الاجتهاد في مدرك المسأله، و أنه نصوص اليمين بناء على شموله للنذر أو الخبران في خصوص الزوجه و المملوك، فتأمل جيدا).

(١) من الطاعه و المباح الراجح و المتساوى.

(٢) لا اشكال في تحقق الحث الموجب للكفاره بالمخالفه الاختياريه و لا خلاف.

ص: ٦٤

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الأيمان حديث ٢ و ١ و ٣.

٢- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب النذر و العهد حديث ٢ و ١.

خالف ناسيا، أو مكرها، أو جاهلا فلا حث (١)، لرفع الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه، و حيث تجب الكفاره تنحل (٢) و هل تنحل فى الباقي (٣) و جهان، و استترب المصنف فى قواعد الانحلال، لحصول المخالفه و هى لا تتكرر كما لو تعدد و إن افترقا بوجوب الكفاره و عدمها.

(١) لعموم النبوى (رفع عن أمتى تسع خصال: الخطأ و النسيان و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون، و ما اضطروا إليه و ما استكروها عليه، و الطيره و الوسوسه فى التفكير فى الخلق، و الحسد ما لم يظهر بلسان أو يد) (١).

(٢) أى اليمين، أى مع المخالفه العمدية الاختيارية الموجهة للكفاره تنحل اليمين لعدم تكرار المخالفه بمعنى لو حلف على عدم إيجاد طبيعه فعل ثم أوجدها فى فرد فقد حث و عليه الكفاره و تنحل اليمين لارتفاع موضوع اليمين بعد إيجاد الطبيعه فى فرد، فلو أوجدها فى فرد آخر فلا حث و لا كفاره لعدم تحقق المخالفه حينئذ.

(٣) أى فى غير المخالفه الاختيارية العمدية، و ذلك عند المخالفه بسبب الجهل و النسيان و الإكراه، قال فى المسالك: (هل ينحل اليمين أم لا فيه - فى غير المخالفه العمدية - و جهان:

أحدهما: نعم لوجود الفعل المحلوف عليه حقيقه فكان كما لو خالف عمدا و إن افترقا فى الكفاره و عدمها، فقد حصلت المخالفه و هى لا- تتكرر، فإذا خالف مقتضاها بعد ذلك لم يحث، و قد حكموا فى الإيلاء بأنه لو وطأ ساهيا أو جاهلا بطل حكم الإيلاء مع أنها يمين صريحه - إلى أن قال - و وجه العدم أن الإكراه و النسيان و الجهل لم يدخل تحتها - أى تحت اليمين - فالواقع بعد ذلك هو الذى تعلق به اليمين إلى أن قال - و استترب الشهيد ره فى قواعد الأول و نسبه إلى ظاهر الأصحاب).

ص: ٦٥





كتاب القضاء

اشاره

ص: ٦٧



## القول فى المقدمات

### فى وجوب القضاء والقاضى

أى الحكم بين الناس (و هو) واجب...

(1) قد ذكر أن القضاء لعه يطلق على معان:

منها: الخلق و منه قوله تعالى: (فَقَضَاهُنَّ سِنْعَ سَمَاوَاتٍ) (1).

و منها: الاتمام و منه قوله تعالى: (فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ) (2).

و منها: الأمر و منه قوله تعالى: (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ) (3).

و منها: الحكم و منه قوله تعالى: (وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ) (4).

و شرعا بأنه ولاية الحكم شرعا لمن له أصلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينين من البريه بإثبات الحقوق و استيفائها للمستحقين.

و مبدأه الرئاسة العامه فى أمور الدين و الدنيا الثابته للنبي صلى الله عليه و آله و سلم و الإمام المعصوم عليه السلام، فلذا كان غصنا من هذه الشجره و هو بحاجه إلى تنصيب من المعصوم، و الأصل فيه قوله تعالى: (يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ) (5)، و قوله تعالى: (إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ) (6) و قوله تعالى:

(فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحْكُمُواكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا -

ص: ٦٩

١- (١) سورة فصلت، الآية: ١٢.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٠٠.

٣- (٣) سورة الإسراء، الآية: ٢٣.

٤- (٤) سورة غافر، الآية: ٢٠.

٥- (٥) سورة ص، الآية: ٢٦.

٦- (٦) سورة النساء، الآية: ١٠٥.

كفايه (١) فى حق الصالحين له، إلا أنه مع حضور الإمام (وظيفة الإمام عليه السّلام (٢)، أو نائبه) فيلزمه نصب قاض فى الناحية (٣) ليقوم به، و يجب على من عينه الإجابة (٤)، و لو لم يعين وجبت كفايه، فإن لم يكن أهلاً إلا واحد تعينت عليه (٥)، و لو لم يعلم به الإمام -قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (١) و خير سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (اتقوا الحكومه فإن الحكومه إنما هى للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين، لنبى أو وصى نبى) (٢) و خير إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين لشريح: يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبى أو وصى نبى أو شقى) (٣).

و قد ورد التنصيب منهم عليهم السّلام للفقهاء الجامع للشرائط كما فى مقبولة عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السّلام (فإنى قد جعلته عليكم حاكماً) (٣) و خبر أبى خديجه (فإنى قد جعلته عليكم قاضياً) (٥)، و ستأتى له تتمه إنشاء الله تعالى.

و غايه القضاء قطع المنازعه، و من خواصه عدم نقض الحكم بل يجب على غيره من القضاء تنفيذه، إلا- أن خطره عظيم إذ القاضى على شفير جهنم ففى الخبر عن أبى عبد الله عليه السّلام (القضاء أربعة، ثلاثه فى النار و واحد فى الجنة، رجل قضى بالبور و هو يعلم فهو فى النار، و رجل قضى ببور و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو فى الجنة) (٤)، و مرسل المقنعه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين) (٧).

(١) لتوقف حفظ النظام الإنسانى عليه، و إلا لساد الهرج و المرج و الفساد.

(٢) لما تقدم أن القضاء غصن من شجره الرئاسة العامه فى الدين و الدنيا الثابته للنبى صلى الله عليه و آله و سلم و الإمام عليه السّلام، قال الله تعالى: (فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِى أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) (٥).

(٣) لتوقف حفظ النظام على ذلك، و سياسه الأمور تقتضى ذلك أيضاً.

(٤) لوجوب اطاعه أمر الإمام المعصوم عليه السّلام.

(٥) أى تعينت الإجابة عليه للانحصار، فإن امتنع فسق و خرج عن أهليه القضاء و إن كان لا- يسقط الوجوب عنه لقدرته على تحصيل الشرط بالتوبه، بل لو لم يعلم به الإمام المعصوم-

ص: ٧٠

١- (١) سورة النساء، الآية: ٦٥.

٢- (( ٢ ) و ( ٣ ) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صفات القاضى حديث ٣ و ٢.

٣- (( ٤ ) و ( ٥ ) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١ و ٦.

٤- (( ٦ ) و ( ٧ ) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صفات القاضى حديث ٦.

٥- (٨) سورة النساء، الآية: ٦٥.

لزمه الطلب، و في استحبابه (١) مع التعدد عينا قولان (٢) أجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به (٣).

(و في الغيبة ينفذ قضاء الفقيه (٤) الجامع لشرائط الإفتاء) و هي البلوغ -وجب أن يعرفه نفسه، لوجوب مقدمه الواجب و لكنه مبنى على عدم علم المعصوم بالموضوعات الخارجيه و هو مبنى ضعيف.

(١) أى استحباب الطلب، فمن يثق من نفسه القيام بشرائط القضاء و كان واحدا فيجب عليه الاعلام بحاله لو لم يعلم الإمام بوجوده كما تقدم، و لو كان أكثر من واحد فيجب عليهم الاعلام بحالهم كفايه و متى قام واحد منهم على وجه اعتمد الإمام عليه سقط عن الباقيين حينئذ وجوب الاعلام، و لكن هل يستحب للباقيين الاعلام بحالهم أو لا.

(٢) و هما وجهان كما في المسالك.

(٣) طلبا للأجر على تقدير السلامه، و وجه العدم ما فى التعرض من الخطر، لما تقدم من الخطر العظيم المحتف بالقضاء، و لما روته العامه عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال لعبد الرحمن بن سمره (لا تسأل الاماره، فإنك إن أعطيتها عن مسأله و كُلت إليها، و إن أعطيتها عن غير مسأله أعنت عليها)(١).

(٤) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السّلام (إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم قاضيا، فإنى قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه)(٢). و خبره الآخر قال (بعثنى أبو عبد الله عليه السّلام إلى أصحابنا فقال: فقل لهم، إياكم إذا وقعت بينكم خصومه أو تدارى فى شىء من الأخذ و العطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا و حرامنا، فإنى قد جعلته عليكم قاضيا، و إياكم أن يخاصم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر)(٣) و مقبوله عمر بن حنظله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه فى دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاء أ يحلّ ذلك؟ - إلى أن قال - قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فإنى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا-

ص: ٧١

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٦.

-حكم بحكمنا فلم يقبل منه وإنما استخفَّ بحكم الله و علينا رد، و الرادّ علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله(١).

و مقتضى هذه الأخبار اشتراط الاجتهاد فى القاضى، لأن معرفه الحلال و الحرام و الأحكام الناشئه من النظر فى الأحاديث هى عين الاجتهاد، غايته أن الاجتهاد فى عصر النص و ما يقرب منه كان ضعيف المثونه بحيث كان يكفيه النظر فى الأحاديث بخلاف الاجتهاد فى العصور المتأخره فإنه متوقف على أصول الفقه فضلا عن الحديث.

و مقتضى الإطلاع فى هذه الأخبار الشمول للمتجزئ هذا من جهه و من جهه أخرى ما قيل من أنه يكفى فى القضاء الإطلاع على جميع ما يتعلق بتلك الواقعه و لو كان بالتقليد بحيث إذا حكم بما عنده و لو من التقليد لكان حكما بالعدل و الحق، و الحكم بالعدل و الحق هو الغايه من القضاء قال تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) (٢) و قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ) (٣)، و قال تعالى: (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) (٤) كما فى آيه أو (فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ) ٥ كما فى آيه أخرى أو (فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) ٦ كما فى آيه ثالته.

ففيه: إن هذه الآيات مقيدة بتلك الأخبار المداله على الاجتهاد فى القاضى على أن التفات غير المجتهد إلى جميع المزايا و الدقائق و الخصوصيات المتعلقة بالوقائع و ما فيها من الأحكام فى غايه البعد بل قريب من المحال. هذا و اعلم أن القاضى و المفتى و المجتهد و الفقيه أفاظ أربعة تدل على المجتهد إلا أن الاختلاف بالاعتبار، فالمجتهد سمي قاضيا باعتبار حكمه على الأفراد بالأحكام الشخصيه المتعلقة بالموضوعات المتنازع عليها لرفع التنازع بينهم، و سمي مفتيا باعتبار إخباره عن الحكم الشرعى الكلى، و سمي فقيها لأنه عالم بالأحكام الشرعيه الفرعيه عن أدلتها التفصيليه.

(١) بلا خلاف فيه لسلب عباره الصبى و المجنون، و لانصراف الأخبار المتقدمه عنهما.

(٢) فلا يصح قضاء المرأه، لانصراف الأخبار المتقدمه منها للتقييد بالرجل فى خبرى أبى -

ص: ٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.

٢- (٢) سوره النساء، الآيه: ٥٨.

٣- (٣) سوره النساء، الآيه: ١٣٥.

٤- (( ٤ و ٥ و ٦ )) سوره المائده الآيه: ٤٧ و ٤٤ و ٤٥.

و الإيمان (١) و العدالة (٢) و طهاره المولد (٣) إجماعاً، و الكتابه (٤) و الحره (٥) -خديجه و ابن حنظله، مضافاً إلى خبر أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آباءه في وصيه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ لِعَلِّي عَلَيْهِ السَّلَام قال: يا علي ليس على المرأه جمعه و لا جماعه - إلى أن قال - (لا تولي القضاء)(١).

(١)بمعنى الاعتقاد بالإمامه فضلاً عن الإسلام، أما الكافر فلائنه ليس أهلاً للأمانه، و أما غير الشيعي فلاشترط الأخبار أن يكون القاضى من الشيعه كما ورد في مقبوله ابن حنظله المتقدمه (من كان منكم) و كما في خبر أبي خديجه المتقدم (إلى رجل منكم)، فضلاً عن الأخبار الكثيره الناهيه عن المرافعه إلى قضاتهم.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السَّلَام (في رجل كان بينه و بين أخ له مماراه في حق، فدعاه إلى رجل من اخوانه ليحكم بينه و بينه فأبى إلا- أن يرفعه إلى هؤلاء كان بمنزله الذين قال الله عز و جل: أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ وَ مَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يَرِيدُونَ أَن يُتْحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ، وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ)(٢) فضلاً عن خبرى ابن حنظله و أبي خديجه المتقدمين.

(٢)فلا يصح قضاء الفاسق لعدم قبول شهادته فلا يسمح له بالقضاء من باب أولى.

(٣)فلا يصح قضاء ولد الزنا لفحوى ما دل على المنع من إمامته و شهادته كما سيأتى.

(٤)ذهب الأ-كثر إلى اشتراط علمه بالكتابه لاضطراره إلى معرفه الوقائع و الأحكام التى لا يتيسر ضبطها غالباً إلا بالكتابه، و عن بعض منهم صاحب الجواهر عدم الاشتراط لإطلاق الأخبار المتقدمه المتضمنه لنصب الفقيه قاضياً في زمن الغيبه، و أما الاستدلال عليه بأن الكتابه غير معتبره في النبوه و هى أكمل المناصب و منها يتفرع الأحكام و القضاء و قد كان النبي الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ أمياً لا يحسن الكتابه كما دل عليه قوله تعالى: (وَ مَا كُنْتَ تَتْلُوا مِنْ قَبْلِهِ مِنْ كِتَابٍ وَ لَا تَخْطُ بِيَمِينِكَ إِذَا لَأْرْتَابَ الْمُبْطُلُونَ) (٣) فقيه: إنه مختص بالنبي الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ المحفوظ بالعصمه المانعه عن السهو و الغلط و النسيان، و كذا دليل اعتبار الاشتراط ضعيف إذ يمكن وضع كاتب عنده يغنيه عن الكتابه و به يتيسر ضبط الوقائع و الأحكام.

(٥)على الأكثر لأن القضاء ولايه و العبد ليس محلاً لها لاشتغاله عنها باستغراق وقته في -

ص: ٧٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٢.

٣- (٣) سوره العنكبوت، الآيه: ٤٨.

و البصر (١) على الأشهر، و النطق (٢) و غلبه الذكر (٣)، و الاجتهاد (٤) فى الأحكام الشرعيه و أصولها، و يتحقق (٥) بمعرفه المقدمات الست و هى الكلام، و الأصول (٦)، و النحو، و التصريف، و لغه العرب، و شرائط الأدله (٧)، و الأصول الأربعة و هى الكتاب، و السنه، و الإجماع، و دليل العقل (٨).

والمعتبر من الكلام ما يعرف به الله تعالى، و ما يلزمه من صفات الجلال و الإكرام و عدله و حكمته، و نبوه نبينا صلى الله عليه و آله و سلم و عصمته و إمامه الأئمه عليه السلام كذلك (٩)، ليحصل (١٠) الوثوق بخبرهم، و يتحقق الحججه به، و التصديق بما جاء -خدمه سيده، و عن بعضهم و هو الحق: عدم الاشتراط لاطلاق الأخبار المتضمنه تنصيب الفقيه قاضيا فى زمن الغيبه.

(١) على الأشهر لافتقار القاضى إلى التمييز بين الخصوم و تعذر ذلك مع العمى، و قيل: لا- يشترط للأصل و إطلاق دليل التنصيب و هو الأقرب.

(٢) قال فى الجواهر: (و لا- يخفى عليك بعد ما ذكرنا من الحكم فى الكثير من الشرائط المذكوره فى كتب العامه التى لم يذكرها الأصحاب، كالنطق فلا يصح قضاء الأخرس، و السمع فلا قضاء للأصم، و غير ذلك مما ليس فى أدلتنا ما يشهد له).

(٣) و هو المعبر عنه بالضبط، فلو غلب عليه النسيان فلا- يجوز قضاؤه، و أشكل فيه بأن اطلاق دليل التنصيب المذكور نفيه مع تسجيل أحكامه على دفتر و تسجيل كل ما له الدخل فى قضاؤه، و هذا التسجيل لا محذور فيه أبدا.

(٤) اشتراط الاجتهاد فى القاضى مما لا خلاف فيه و قد تقدم دليله، و تقدم أن الاجتهاد فى عصرنا متوقف على النظر فى أصول الفقه و الحديث.

(٥) أى الاجتهاد.

(٦) أى علم أصول الفقه.

(٧) أى البرهان.

(٨) و هذه الأربعة هى موضوع علم أصول الفقه، والمعتبر منها الكتاب و السنه، و أما الاجماع فموارده قليله، و أما العقل فموارده منحصره فى غير المستقلات العقلية من مسأله الأجزاء و مقدمه الواجب و مسأله الضد و مسأله اجتماع الأمر و النهى و مسأله دلالة الفساد على النهى، و أما المستقلات العقلية المبنيه على قاعده التحسين و التقيح العقليين فى جميع مواردنا قد ورد النص فيها.

(٩) أى و عصمتهم.

(١٠) تعليل لمعرفه عصمه النبى و الأئمه عليهم السلام.



به النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم من أحوال الدنيا والآخرة، كل ذلك بالدليل التفصيلي (١).

و لا يشترط الزيادة على ذلك بالاطلاع على ما حققه المتكلمون من أحكام الجواهر والأعراض، و ما اشتملت عليه كتبه (٢) من الحكمه و المقدمات، و الاعتراضات، و أجوبه الشبهات و إن وجب معرفته كفايه من جهة أخرى (٣)، و من ثم صرح جماعه من المحققين بأن الكلام ليس شرطاً في التفقه، فإن ما يتوقف عليه منه مشترك بين سائر المكلفين.

و من الأصول (٤) ما يعرف به أدله الأحكام من الأمر و النهي، و العموم و الخصوص، و الإطلاق و التقييد، و الإجمال و البيان و غيرها مما اشتملت عليه مقاصده (٥)، و من النحو و التصريف ما يختلف المعنى باختلافه ليحصل بسببه معرفه المراد من الخطاب، و لا يعتبر الاستقصاء فيه على الوجه التام، بل يكفي الوسط منه فما دون (٦)، و من اللغة ما يحصل به فهم كلام الله و رسوله و نوابه عليه السلام بالحفظ، أو الرجوع إلى أصل مصحح يشمل على معاني الألفاظ المتداوله في ذلك (٧).

(١) أى لا عن تقليد، و قد قرر في محله كفايه الاعتقاد و لو بالتقليد، مع أنه ثبت أن أدله معرفه الله جل و علا أدله فطريه و أدله النبوه الخاصه لا مثونه فيها فيكفى فيها الالتفات و كذا أدله الإمامه الخاصه مع نبذ التعصب.

على أن الوجدان حاكم بعدم توقف الاجتهاد على علم الكلام نعم الاعتقاد الصحيح متوقف على ما ذكره الشارح و هذا أجنبي عن الاجتهاد.

(٢) كتب الكلام.

(٣) أى من جهه رد شبهات المنكرين و المضللين.

(٤) أى و المعبر من الأصول.

(٥) كالصحيح و الأعم و المشتق و خصّه بالأصول اللفظيه لأنه سيتكلم عن حجه الخبر و التعادل و التراجيح عند البحث في السنه، و كان عليه ذكر الأصول العمليه من البراءه و الاحتياط و التخيير و الاستصحاب لكن سيتكلم عن الأصول العمليه عند البحث في الدليل العقلي، باعتبار أن دليلها العقل عندهم و لم يستدل بالأخبار فيها إلا من زمن والد الشيخ البهائي. و علم أصول الفقه من أهم ما يتوقف عليه الاجتهاد.

(٦) فمعرفه كيفيه الاعلال و الابدال و بعض المباحث الدقيقه مما لا يتوقف عليه الاجتهاد كما هو واضح.

(٧) كالرجوع إلى المصباح المنير للفيومي و النهايه الأثيريه و مجمع البحرين و غيرها.

و من شرائط الأدله معرفه الأشكال الاقترانيه، و الاستثنائيه، و ما يتوقف عليه من المعانى المفرده و غيرها (١)، و لا- يشترط الاستقصاء فى ذلك بل يقتصر على المجزئ منه، و ما زاد عليه فهو مجرد تضييع للعمر، و ترجئه للوقت.

والمعتبر من الكتاب الكريم معرفه ما يتعلق بالأحكام و هو نحو من خمسمائه آيه، إما بحفظها، أو فهم مقتضاها ليرجع إليها متى شاء (٢)، و يتوقف على معرفه الناسخ منها من المنسوخ، و لو بالرجوع إلى أصل يشتمل عليه.

و من السنه جميع ما اشتمل منها على الأحكام، و لو فى أصل مصحح (٣) رواه عن عدل بسند متصل إلى النبى و الأئمه، و يعرف (٤) الصحيح منها و الحسن، و الموثق و الضعيف، و الموقوف و المرسل، و المتواتر و الآحاد، و غيرها من الاصطلاحات التى دوّنت فى درايه الحديث، المفتقر إليها (٥) فى استنباط الأحكام، و هى أمور اصطلاحيه توقيفيه، لا مباحث علميه، و يدخل فى أصول الفقه معرفه أحوالها (٦) عند التعارض و كثير من أحكامها (٧)، و من الإجماع و الخلاف أن يعرف أن ما يفتى به لا يخالف الإجماع (٨)، إقنا بوجود موافق من المتقدمين، أو بغلبه ظنه (١) و المراد منه شرائط الحد، و لو قال: والمعتبر منه شرائط البرهان و شرائط الحد لكان أخصر، لكن ما له الدخل فى الاجتهاد من علم المنطق هو أمر ضرورى فطرى فى جبله الإنسان فلا داعى لذكره.

(٢) أو الرجوع إلى كتاب يتضمنها كزبده البيان للمقدس الأردبيلي.

(٣) بحيث لو اكتفى بالوسائل و مستدركه لأعذر فى مقام البحث عن الدليل اللفظي.

(٤) إشاره إلى علم الدرايه.

(٥) و من الواضح أن الاجتهاد ليس متوقفا على معرفه هذه المصطلحات، نعم هو متوقف على حجيه الخبر، فلو قلنا بحجيه الخبر الصحيح فقط أو الأعم منه و من الثقه، أو الأعم منها و من خبر موثوق الصدور فيجب عليه معرفه ذلك من الأخبار حتى يعتمد عليها فى مقام الاستنباط.

(٦) أى معرفه أحوال السنه.

(٧) أى أحكام السنه، كحجيه الخبر الواحد، و الفرق بينه و بين المتواتر.

(٨) و هو اجماع المتقدمين القريبين من عصر النص، و أما اجماع المتأخرين عند عدم النص فلا حجه فيه خصوصا عند سكوت القدماء فى المسأله و عدم تعرضهم لها.

على أنه واقعه متجدده لم يبحث عنها السابقون بحيث حصل فيها أحد الأمرين (١)، لا معرفه كل مسأله أجمعوا عليها، أو اختلفوا، و دلالة العقل من الاستصحاب و البراهه الأصلية و غيرهما داخله فى الأصول، و كذا معرفه ما يحتج به من القياس (٢)، بل يشتمل كثير من مختصرات أصول الفقه كالتهديب (٣) و مختصر الأصول لابن الحاجب على ما يحتاج إليه من شرائط الدليل المدون فى علم الميزان، و كثير (٤) من كتب النحو على ما يحتاج إليه من التصريف.

نعم يشترط مع ذلك كله أن يكون له قوه يتمكن بها من رد الفروع إلى أصولها و استنباطها منها. و هذه هى العمده فى هذا الباب، و إلا فتحصيل تلك المقدمات قد صارت فى زماننا سهله لكثيره ما حققه العلماء و الفقهاء فيها، و فى بيان استعمالها، و إنما تلك القوه بيد الله تعالى يؤتيها من يشاء من عباده على وفق حكمته و مراده، و لكثيره المجاهده و الممارسه لأهلها مدخل عظيم فى تحصيلها، (وَ الَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ) (٥).

و إذا تحقق المفتى بهذا الوصف و جب على الناس الترافع إليه، و قبول قوله، و التزام حكمه، لأنه منصوب من الإمام عليه السلام على العموم بقوله: «انظروا إلى رجل منكم قد روى حديثنا، و عرف أحكامنا فاجعلوه قاضيا فإني قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه» (٦).

(١) من الاجماع أو الخلاف.

(٢) و هو قياس منصوص العله فقط، و هو بالدقه تمسك بظاهر اللفظ و لا يندرج فى القياس الذى تواترت الأخبار فى ذمه و النهى عنه.

(٣) للعلامه.

(٤) أى و يشتمل كثير من كتب النحو كالألفية لابن مالك مع شروحه هذا و الإنصاف أن العلوم العربيه من المقدمات البعيده بخلاف علم الأصول و الحديث فإنها من المقدمات القريبه للاجتهاد و لذا اقتصرنا عليهما سابقا.

(٥) العنكبوت آيه: ٦٩.

(٦) و هو الخبر الأول لأبى خديجه المتقدم (١)، و قد نقله بالمعنى لاختلاف بعض ألفاظه فراجع.

ص: ٧٧

و في بعض الأخبار (١): «فارضوا به حكما، فإنى قد جعلته عليكم حاكما فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما بحكم الله استخف، و علينا رد، و الراد علينا راد على الله، و هو على حدّ الشرك بالله عزّ و جلّ».

### فى من عدل إلى قضاء الجور

(فمن عدل عنه إلى قضاء الجور كان عاصيا) فاسقا لأن ذلك كبيره عندنا، ففى مقبول عمر بن حنظله السابق (٢): «من تحاكم إلى طاغوت فحكم له فإنما يأخذ (١) و هو مقبوله عمر بن حنظله المتقدمه (١)، و أيضا قد نقله بالمعنى لاختلاف بعض ألفاظه.

(٢) ففى مقبوله عمر بن حنظله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه فى دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان و إلى القضاء، أ يحلّ ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم فى حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت، و ما يحكم له فإنما يأخذ سحتا و إن كان حقا ثابتا له، لأنه أخذه بحكم الطاغوت، و قد أمر الله أن يكفر به، قال تعالى:

يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت و قد أمروا أن يكفروا به، قلت: كيف يصنعان؟ قال:

ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا) (٢) إلى آخر ما تقدم نقله سابقا.

و مثلها خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل كان بينه و بين أخ له ممراره فى حق فدعاه إلى رجل من اخوانه ليحكم بينه و بينه فأبى إلا- أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزله الذين قال الله عز و جل: أ لم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك و ما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت، و قد أمروا أن يكفروا به) (٣)، و مقتضى الأخبار حرمة التحاكم إليهم إذا كانت الخصومه بين مؤمنين و إن حكموا بالعدل و كان حقه ثابتا كما هو صريح مقبوله ابن حنظله، و ظاهرها حرمة التحاكم سواء كان الحق عينا أو دينا فما عن البعض من التفصيل بين العين و الدين بجوازه فى الأول دون الثانى لاحتياجه إلى إعمال من الحاكم الجائر لتشخيص الدين فى مال الخصم ليس فى محله، نعم إذا كان الخصم مخالفا و أبى إلا الترافع إلى قضاء الجور عندهم جاز عند التقيه لخبر عطاء بن السائب عن على بن الحسين عليهما السّلام (إذا كنتم فى أئمه الجور فامضوا فى أحكامهم و لا تشهروا أنفسكم فتقتلوا، و إن تعاملتم بأحكامنا كان خيرا لكم) (٤).

ص: ٧٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٧.

سحتا و إن كان حقه ثابتا، لأنه أخذه بحكم الطاغوت و قد أمر الله أن يكفر بها».

و مثله كثير.

### في ثبوت ولايه القاضي

(و تثبت ولايه القاضي) المنصوب من الإمام (بالشياع) و هو إخبار جماعه به يغلب على الظن صدقهم (١)، (أو بشهاده عدلين) (٢) و إن لم تكن بين يدي حاكم، بل يثبت بهما أمره عند كل من سمعهما، و لا يثبت بالواحد (٣)، و لا بقوله (٤) و إن شهدت له القرائن (٥)، و لا بالخط مع أمن التزوير (٦) مع احتمالها.

### في صفات القاضي

(و لا بد) في القاضي المنصوب من الإمام (من الكمال) (٧) بالبلوغ، و العقل، و طهاره المولد، (و العدالة)، و يدخل فيها الإيمان، (و أهليه الإفتاء) بالعلم بالأمر المذكوره، (و الذكوره، و الكتابه) لعسر الضبط بدونها لغير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ (٨)، (و البصر)، لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم، و تعذر ذلك (٩) مع العمى في حق غير النبي، و قيل: إنهما ليسا بشرط، لانتفاء الأول في النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ (١٠)، و الثاني في (١) فالشياع المذكور مما يفيد الظن الغالب الموجب لاطمئنان النفس و هو المسمى بالعلم العادي الذي يرتب عليه العرف آثار العلم العقلي الذي لا شك فيه.

(٢) لعموم حجه البيئه كما سيأتى في الشهادات، و هذا لا- فرق فيه بين قيام البيئه بين يدي حاكم أو لا لعدم التنازع الموجب للقضاء المستدعى لقيام البيئه بين يدي الحاكم.

(٣) لأن القضاء من جمله الحقوق فلا بد فيها من البيئه.

(٤) أى قول القاضي.

(٥) إلا إذا أفادت القطع فيؤخذ به لأن حجه القطع ذاتيه.

(٦) لأن الخط ليس من الأدله الشرعيه كما قيل، و فيه إن الخط مع أمن التزوير مما يفيد العلم و حجه العلم ذاتيه هذا فضلا عن أن سيره في عصر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ و عصر أمير المؤمنين عليه السّلام قائمه على الاكتفاء بالخط المأمون من التزوير الموجود ضمن كتاب مختوم بختم الحاكم في اثبات تنصيب الولاه و القضاء، و هذا ظاهر من ثنايا سطور التاريخ لمن راجعه.

(٧) قد تقدم بحث الشروط المعبره في القاضي.

(٨) لأن عصمته مانعه من الخطأ و النسيان.

(٩) أى تعذر التمييز بين الخصوم.

(١٠) بل تقدم أن الدليل إطلاق دليل التنصيب و كذا في نفي العمى.

ص: ٧٩

شعيب عليه السلام، و لإمكان الضبط بدونهما بالحفظ (١) و الشهود (٢).

و بقى من الشرائط التى اعتبرها المصنف و غيره غلبه الحفظ، و انتفاء الخرس و الحريره على خلاف فى الأخير (٣)، و يمكن دخول الأول فى شرط الكمال (٤)، و عدم اعتبار الأخير (٥) هنا مع أنه قطع به فى الدروس، و ليس دخول الثانى (٦) فى الكمال أولى من دخول البصر و الكتابه فكان اللازم ذكره، أو إدخال الجميع فى الكمال.

### فى قاضى التحكيم

و هذه الشرائط كلها معتبره فى القاضى مطلقا (٧) (إلا فى قاضى التحكيم) (٨) (١) و هو يغنى عن الكتابه.

(٢) للتمييز بين الخصوم.

(٣) بل تقدم الخلاف فيه و فى غلبه الحفظ و انتفاء الخرس و كذا اشتراط السمع، و إطلاق دليل التنصيب ينفى هذا كله.

(٤) حيث ذكر المصنف هنا الكمال و لعله يريد به ما يعم غلبه الحفظ، و فيه: إن الكمال عند الفقهاء منحصر بالبلوغ و العقل و لذا اقتصر عليهما الشارح فى مقام تفسير الكمال.

(٥) أى عدم اعتبار الحريره لعدم ذكر اشتراطها فى صفات القاضى هنا فى اللمعه.

(٦) دفع توهم، أما التوهم فحاصله أن المصنف لعله لم يذكر اشتراط النطق لأنه داخل فى الكمال المذكور فى عبارته، و دفعه: أن دخول البصر و الكتابه فى الكمال ليس بأولى من دخول النطق فيه و مع ذلك قد ذكرهما بعد ذكر الكمال، فلم لم يذكر النطق و إلا فلو أراد بالكمال المعنى الأعم من البلوغ و العقل لكان عليه عدم ذكر البصر و الكتابه كما لم يذكر اشتراط النطق.

(٧) سواء كان منصوبا من الإمام أو نائبه، و سواء كان فى عصر الحضور أو الغيبه.

(٨) محل النزاع فيه مختص بحال حضور المعصوم عليه السلام بحيث لو نصب قاضيا فى بلد و هو مستجمع لشرائط القضاء فهل يجوز للمتخاصمين الرجوع إلى من هو حائز لشرائط القضاء غير أنه ليس بمنصوب للقضاء من قبل المعصوم أو لا يجوز؟

و هذا الفرع مأخوذ من العامه حيث نقل صاحب الجواهر عن كتاب الروضه للرافعى، و هو من كتب العامه: (الخامسه: هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلا- غير القاضى؟ و هل لحكمه بينهما اعتبار؟ قولان، أظهرهما عند الجمهور نعم، و خالفهم الإمام و الغزالي فرجحا المنع، و قيل: القولان فى الأموال فقط، فأما النكاح و اللعان و القصاص و حدّ القذف و غيرها فلا يجوز فيها التحكيم قطعا، و المذهب طرد القولين فى الجميع و به قطع-

و هو الذى تراضى به الخصمان ليحكم بينهما مع وجود قاضٍ منصوب من قبل الإمام عليه السّلام و ذلك فى حال حضوره (١) فإن حكمه ماضٍ عليهما، و إن لم يستجمع جميع هذه الشرائط (٢).

هذا مقتضى العبارة، و لكن ليس المراد أنه يجوز خلوه منها أجمع، فإن استجماعه لشرائط الفتوى شرط إجماعاً، و كذا بلوغه، و عقله، و طهاره مولده، و غلبه حفظه، و عدالته، و إنما يقع الاشتباه فى الباقي (٣)، و المصنف فى الدروس قطع بأن شروط قاضى التحكيم هى شروط القاضى المنصوب أجمع من غير استثناء، و كذلك قطع به المحقق فى الشرائع، و العلامة فى كتبه و ولده فخر المحققين فى الشرح، فإنه قال فيه (٤): التحكيم الشرعى هو أن يحكم الخصمان -الأكثرين-. و الأصحاب طبقوا هذا الفرع على أصولنا أيضاً، و لكن بناء عليه لا يجرى النزاع عندنا فى قاضى التحكيم فى حال الغيبة بعد اشتراط رجوع المتخاصمين إلى الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، و ذلك لأن البحث فى قاضى التحكيم هو البحث فى نفوذ حكم الفقيه غير المأذون بالقضاء من قبل المعصوم مع أن كل فقيه عندنا مأذون بالقضاء من قبل المعصوم لأدله التنصيب المتقدمه.

و لذا قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضى التحكيم يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوص من الشرائط التى من جملتها كونه مجتهداً، و على هذا فقاضى التحكيم مختص بحال حضور الإمام ليفرق بينه و بين غيره من القضاة، بكون القاضى منصوباً و هذا غير منصوب من غير الخصمين، أما فى حال الغيبة فسيأتى أن المجتهد ينفذ قضاؤه لعموم الإذن، و غيره لا- يصح حكمه فلا- يتصور حالتها - حاله الغيبة - قاضى التحكيم) انتهى. بل إن البحث فى قاضى التحكيم على النزاع المتقدم مختص بحال بسط يد المعصوم و أنه هو الحاكم و قد نصّب فى كل بلده قاضياً، و أما حال الحضور مع عدم بسط يده فكل مجتهد ينفذ قضاؤه لعموم الإذن و عليه فلا يتصور قاضى التحكيم مع عدم البسط و النفوذ.

(١) حضور المعصوم عليه السّلام.

(٢) بل هو مستجمع لجميع الشرائط المعتره إلا إذن المعصوم بالقضاء.

(٣) من الحريه و النطق و السمع و البصر و هى محل شك فى القاضى المنصوب أيضاً بل الدليل على عدم اشتراطها.

(٤) أى فى شرح القواعد.



واحدًا جامعا لشرائط الحكم سوى نصّ من له توليته شرعا (١) عليه بولاية القضاء.

ويمكن حمل هذه العبارة على ذلك بجعله استثناء من اعتبار جميع الشرائط كلها التي من جملتها توليته المدلول عليه بقوله أولا أو نائبه، ثم قوله: و تثبت ولاية القاضى الخ، ثم ذكر باقى الشرائط فيصير التقدير أنه يشترط فى القاضى اجتماع ما ذكر إلا قاضى التحكيم فلا يشترط فيه اجتماعه (٢)، لصحته (٣) بدون التولية، وهذا هو الأنسب بفتوى المصنف و الأصحاب (٤).

و يمكن على بعد أن يستثنى من الشرط المذكور أمر آخر بأن لا يعتبر المصنف هنا فيه (٥) البصر و الكتابه، لأن حكمه فى واقعه، أو وقائع خاصه يمكن ضبطها بدونهما، أو لا يجب عليه ضبطهما، لأنه قاضى تراض من الخصمين فقد قدما على ذلك، و من أراد منهما ضبط ما يحتاج إليه أشهد عليه، مع أن فى الشرطين خلافا فى مطلق القاضى (٦)، ففيه أولى بالجواز، لانتفاء المانع الوارد فى العام (٧) بكثرة الوقائع، و عسر الضبط (٨) بدونهما، و أما الذكوريه فلم ينقل أحد فيها خلافا و يبعد اختصاص قاضى التحكيم بعدم اشتراطها و إن كان محتملا، و لا ضروره هنا إلى استثنائها (٩) لأن الاستثناء (١٠) هو المجموع لا الأفراد.

(١) و المعصوم هو الذى حق توليته شرعا على القضاء.

(٢) أى اجتماع جميع الشرائط.

(٣) أى لصحه الاستثناء.

(٤) و هو المتعين هنا فى حمل العبارة.

(٥) أى لا يعتبر المصنف فى اللغه فى قاضى التحكيم.

(٦) حمل عباره المصنف على ذلك خلاف الظاهر.

(٧) أى القاضى العام المنصوب من قبل المعصوم، فعلى فرض اشتراطهما فى القاضى المنصوب يكون الاشتراط لكثرة الوقائع الموجبه للبصر حتى يميز بين الخصوم، و الموجبه للكتابة حتى يسهل ضبط الأحكام و ما يرد عليه من الوقائع و خصوصياتها، إلا أن هذا منفى فى قاضى التحكيم لعدم الوقائع الكثيره، بل هى واقعه خاصه يسهل معرفه حكمها و ماله الدخلى فى تشخيصها من دون اضطرار إلى الكتابه، و يسهل التمييز بين المتخاصمين فلا داعى لاشتراط البصر.

(٨) عطف على (المانع).

(٩) أى استثناء الذكوريه بعد كون دليلها مطلق يشمل القاضى المنصوب و غيره.

(١٠) فى عباره المصنف.

و اعلم أن قاضى التحكيم لا يتصور فى حال الغيبه مطلقا (١)، لأنه إن كان مجتهدا نفذ حكمه بغير تحكيم، و إلا لم ينفذ حكمه مطلقا إجماعا، و إنما يتحقق (٢) مع جمعه للشرائط حال حضوره عليه السلام و عدم نصبه كما بيناه. و قد تحرر من ذلك: أن الاجتهاد شرط فى القاضى فى جمع الأزمان و الأحوال، و هو موضع وفاق. و هل يشترط فى نفوذ حكم قاضى التحكيم تراضى الخصمين به بعده (٣) قولان: أجمدهما العدم عملا بإطلاق النصوص.

### فى ارتزاق القاضى من بيت المال

(و يجوز ارتزاق القاضى من بيت المال مع الحاجه) (٤) إلى الارتزاق لعدم المال، (١) أى أبدا.

(٢) أى قاضى التحكيم.

(٣) أى هل يشترط فى نفوذ حكمه تراضى الخصمين بالقاضى بعد الحكم أو لا؟ لا خلاف فى اعتبار رضا الخصمين بحكمه قبل تمام الحكم فلو رجعا أو رجعا أحدهما قبل الحكم فلا ينفذ حكمه، و إنما الخلاف فى اعتبار رضاهما بعد الحكم، و المشهور على العدم تمسكا بإطلاق الأدله على لزوم الحكم فى مطلق القاضى كما فى مقبوله عمر بن حنظله (فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله، و هو على حد الشرك بالله) (١)، و نقل فى المسالك عن بعض العامه قولاً - باعتبار رضاهما بعده، لأن رضاهما كما هو معتبر فى أصل الحكم كذلك هو معتبر فى لزومه، و هو ضعيف للاطلاق المتقدم بعد تحقق الرضا بالمرافعه عنده.

(٤) الفرق بين الأجره و الارتزاق أن الأجره تحتاج إلى تقدير العمل و العوض و ضبط المده، و الارتزاق منوط بنظر الحاكم من غير أن يقدر بقدر.

فيحرم على القاضى الأجره على المشهور، لأن القضاء واجب و هو مناف لأخذ الأجره خصوصا إذا تعين عليه عند الانحصار، و ذهب العلامة فى المختلف إلى جواز أخذ الأجره مع عدم التعين، و ذهب المفيد و القاضى إلى الجواز مطلقا، و البحث فى أجره القاضى هو من صغريات مسأله جواز أخذ الأجره على الواجبات و سيأتى التعرض لها فى باب المكاسب إن شاء الله تعالى. و على فرض المنع فيجوز للقاضى الارتزاق من بيت المال، لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين، و القضاء من أهمها لتوقف نظم أمور المسلمين عليه، و لمرسله حماد عن العبد الصالح الوارده فى تقسيم الخمس و الانفال و الغنائم - إلى -

ص: ٨٣

أو الوصله إليه، سواء تعين القضاء عليه أم لا، لأن بيت المال معد للمصالح و هو من أعظمها. وقيل: لا- يجوز مع تعينه عليه لوجوبه، و يضعف بأن المنع حينئذ من الأجره لا من الرزق،(و لا يجوز جعل)، و لا الأجره (من الخصوم)، و لا من -أن قال :- (و يؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، و في مصلحه ما ينوبه من تقويه الإسلام و تقويه الدين في وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحه العامه)(١)، و ما روى في نهج البلاغه عن أمير المؤمنين عليه السّلام في عهده إلى مالك الأشتر حين ولاه على مصر و أعمالها إلى أن قال: (و اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ممن لا تضيق به الأمور، ثم ذكر صفات القاضى، ثم قال: و أكثر تعاهد قضائه و أفسح له في البذل ما يزيح علقته و تقلّ معه حاجته إلى الناس، و أعطه من المنزله لديك ما لا يطمع فيه غيره)٢، و خبر الدعائم عن على عليه السّلام (أنه قال: لا بد من إماره و رزق للأمر، و لا بدّ من عريف و رزق للعريف، و لا- بدّ من حاسب و رزق للحاسب، و لا بدّ من قاض و رزق للقاضى، و كره أن يكون رزق القاضى على الناس الذين يقضى لهم و لكن من بيت المال)(٢)، و خبر الجعفریات عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده على بن الحسين عن أبيه عن على بن على بن أبى طالب عليهم السّلام (من السحت ثمن الميتة - إلى أن قال - و الرشوه فى الحكم و أجر القاضى إلا قاض يجرى عليه من بيت المال)(٣) و عن بعضهم عدم جواز الارتزاق مع تعين القضاء عليه لمنافاه الوجوب لأخذ العوض عليه، و فيه: إنه يتم فى الأجره التى هى العوض دون الارتزاق فضلا عن الأخبار المتقدمه و على الأشهر كما فى المسالك عدم جواز الارتزاق مع عدم الحاجه و يدفعه إطلاق مرسله حماد و خبر الدعائم.

ثم الاستفادة من النصوص المتقدمه أن بيت المال معدّ لمصالح المسلمين و ما فيه تقويه الإسلام، و عليه فكل من يشتغل بمصلحه من مصالح المسلمين أو بمصلحه فيها تقويه الإسلام كالجهاد، و كان هذا الاشتغال مانعا عن التكسب فيجوز له الارتزاق كالجند و الوالى و القاضى و أئمّه الجماعات و المؤذن و خازن بيت المال و المدرّس للعلوم الشرعيه و القرآن و الأخلاق و الآداب الحسنه، و صاحب الديوان، و المراد منه من بيده الكتاب الذى يجمع فيه أسماء الجند و القضاء و المدرسين و غيرهم ممن يعيشون بالارتزاق من بيت المال.

ص: ٨٤

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضى حديث ٢ و ٩.

٢- (٣) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٥٣٨.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضى حديث ٤.

غيرهم، لأنه في معنى الرشا (١).

### في المرتزقه من بيت المال

(و المرتزقه) من بيت المال (المؤذن، و القاسم (٢)، و الكاتب) للإمام، أو لضبط بيت المال، أو الحجج، و نحوها من المصالح،(و معلم القرآن و الآداب) كالعربي، و علم الأخلاق الفاضله، و نحوها،(و صاحب الديوان) الذي بيده ضبط القضاء و الجند و أرزاقهم و نحوها من المصالح،(و والى بيت المال) الذي يحفظه و يضبطه و يعطى منه ما يؤمر به و نحوه، و ليس الارتزاق منحصرًا فيمن ذكر، بل مصرفه كل مصلحه من مصالح الإسلام ليس لها جهه غيره، أو قصرت جهتها عنها (٣).

### في وجوب التسويه بين الخصمين

(و يجب على القاضى التسويه بين الخصمين (٤) في الكلام) معهما،(و السلام) عليهما، و رده إذا سلما،(و النظر) إليهما،(و غيرها من (أنواع الإكرام) كالإذن في الدخول، و القيام، و المجلس و طلاقه الوجه،(و الإنصات) لكلامهما، (١) سيأتي بحثه في المكاسب المحرمه إن شاء الله تعالى.

(٢) الذي يقسم أموال بيت المال.

(٣) كما لو قصرت الزكاه عن حصه الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا .

(٤) و إن تفاوتوا شرفا، فيساوى بينهما في السلام و رده و الجلوس و النظر إليهما و الكلام معهما و الإنصات و غير ذلك من أنواع الإكرام، كالأذن في الدخول و طلاقه الوجه لخبر سلمه بن كهيل (سمعت عليا عليه السّلام يقول لشريح: - إلى قال - ثم واس بين المسلمين بوجهك و منطقتك و مجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك و لا يئأس عدوك من عدلك) (١) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الإشاره، و فى النظر، و فى المجلس) (٢) و بهذا الإسناد (أن رجلا نزل بأمر المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياما ثم تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السّلام فقال له: أ خصم أنت؟ قال: نعم، قال: تحول عنا فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى أن يضاف الخصم إلا و معه خصمه) ٣.

فالمشهور على الوجوب كما هو الظاهر من الأخبار، و العلامه و سلار على الاستحباب لضعف سند هذه الأخبار فلا تصلح حينئذ إلا للاستحباب الذى يتسامح فى أدلته، و فيه: إنها منجبره بعمل الأصحاب.

ص: ٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب القاضى حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب آداب القاضى حديث ١ و ٢.

(و الإنصاف) لكل منهما إذا وقع منه (١) ما يقتضيه، هذا هو المشهور بين الأصحاب.

و ذهب سلاور و العلامه فى المختلف إلى أن التسويه بينهما مستحبه عملا بأصالة البراءه، و استضعافا لمستند الوجوب، هذا إذا كانا مسلمين، أو كافرين، (و) لو كان أحدهما مسلما و الآخر كافرا كان (له أن يرفع المسلم على الكافر فى المجلس) (٢) رفعا صوريا، أو معنويا كقربه إلى القاضى أو على يمينه كما جلس على عليه السلام بجنب شريح فى خصومه له مع يهودى، (و أن يجلس المسلم مع قيام الكافر). و هل تجب التسويه بينهما فيما عدا ذلك ظاهر العبارة و غيرها ذلك، و يحتمل تعدّيه (٣) إلى غيره من وجوه الإكرام.

(و لا- تجب التسويه) بين الخصمين مطلقا (٤) (فى الميل القلبى) (٥)، إذ لا- (١) أى من القاضى، و يكون الشارح قد حمل الانصاف على معنى الاعتذار لو صدر منه ما يقتضيه، مع أنه يمكن حملة على ردع أحد الخصمين لو صدر منه ما يوجه كما لو صدر من أحد الخصمين شدة على خصمه.

(٢) فيجوز أن يكون المسلم قاعدا (و الذمى) قائما، أو أن تكون منزله المسلم أعلى كما لو كان على يمين القاضى أو أقرب إلى القاضى، بلا- خلاف فيه، لما روته العامه (أن عليا عليه السلام جلس بجنب شريح القاضى فى حكمه له مع يهودى فى درع و قال: لو كان خصمى مسلما لجلست معه بين يديك، و لكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: لا تساوهم فى المجلس) (١).

و أما بقيه الأمور غير المجلس فهى باقيه تحت العمومات السابقه من وجوب التسويه بين الخصمين.

(٣) أى امتياز المسلم على الكافر، و فيه: إن دليل الاستثناء منحصر فى المجلس كما هو قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم المتقدم.

(٤) مسلمين أو كافرين أو مختلفين.

(٥) لأن التحكيم بالقلب متعذر، و لما روته العامه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى القسم بين نساءه: (هذا قسمى فيما أملك و أنت أعلم بما لا أملك) (٢) يعنى الميل القلبى.

ص: ٨٦

١- (١) مغنى ابن قدامه ج ١١ ص ٤٤٤.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٩٨.

غضاضه فيه على الناقص (١)، و لا إدلال للمتصف، لعدم اطلاعهما، و لا غيرهما عليه. نعم تستحب التسويه فيه ما أمكن.

### فى أنه إذا بدر أحد الخصمين بدعوى سمع منه

(و إذا بدر أحد الخصمين بدعوى سمع منه) وجوبا (٢) تلك الدعوى لا جميع ما يريد منها (٣)، و لو قال الآخر كنت أنا المدعى لم يلتفت إليه (٤) حتى تنتهى تلك الحكومه، (و لو ابتدرا) معا (سمع من الذى على يمين صاحبه) (٥) دعوى واحده، - نعم فى صحيح أبى حمزه الثمالى ما يدل على حرمة الميل القلبي، فقد روى عن أبى جعفر عليه السّلام (كان فى بنى إسرائيل قاض و كان يقضى بالحق فيهم، فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا متّ فاغسلينى و كفنينى و ضعينى على سريرى و غطّى وجهى فإنك لا ترين سوء، فلما مات فعلت ذلك، ثم مكث بذلك حيناً، ثم إنها كشفت عن وجهه لتنظر إليه، فإذا هى بدوده تقرض منخره ففزعته من ذلك، فلما كان الليل أتاها فى منامها، فقال لها: أفزعك ما رأيت؟ قالت: أجل، فقال لها: أما لئن كنت فزعت، ما كان الذى رأيت إلا- فى أخيك فلان، أتانى و معه خصم له، فلما جلسا إلىّ قلت: اللهم اجعل الحق له و وجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما إلىّ كان الحق له و رأيت ذلك بينا فى القضاء، فوجهت القضاء له على صاحبه، فأصابنى ما رأيت لموضع هواى كان مع موافقه الحق) (١)، و قد حمل على الحث على المراتب العاليه، أو أن المحرم هو الميل القلبي لأحدهما فى الحكم لا- فى مقدماته كالنظر و الجلوس و الكلام و نحو ذلك، أو على الوجوب عند الإمكان و هو نادر إلا- ممن له نفس مطواعة لأوامر الله جل و علا، أو على الاستحباب و هو المستفاد من عبارته الشارح هنا و فى الأخير ضعف ظاهر إذ الاستحباب لا يوجب تركه العقاب.

(١) فى الميل القلبي.

(٢) لأنه السابق، و السابق أحق من غيره فى جميع الحقوق المشتركه، و هذا منها، نعم تسمع منه هذه الدعوى للأسبقيه، و لا تسمع جميع الدعاوى التى يريد فتحها.

(٣) من الدعاوى.

(٤) لأنه مدعى بدعوى متأخره فلا تسمع حتى تتم الدعوى السابقه، و عليه الاجابه، نعم بعد الانتهاء من الأولى ينتقل إلى الثانيه.

(٥) و هو الكائن على يسار القاضى عند المواجهه لصحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام

ص: ٨٧

ثم سمع دعوى الآخر لروايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، وقيل: يقرع بينهما لورودها لكل مشكل وهذا منه، ومثله (١) ما لو تراحم الطلبة عند مدرّس والمستفتون عند المفتى مع وجوب التعليم والإفتاء، لكن هنا يقدم الأسبق، فإن جهل، أو جاءوا معا (٢) أقرع بينهم، ولو جمعهم على درس واحد مع تقارب أفهامهم جاز، وإلا فلا (٣)، (وإذا سكتا) (٤) فله أن يسكت حتى يتكلما، وإن شاء (فليقل: ليتكلم المدعى منكما، أو تكلما)، أو يأمر من يقول: ذلك، (و يكره تخصيص أحدهما بالخطاب) لما فيه من الترجيح الذي أقل مراتبه الكراهه.

### في حرمه الرشوه

(و تحرم الرشوه) (٥) بضم الراء و كسرهما، وهو أخذه مالا من أحدهما أو - (قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام) (١) وقال في المسالك:

(و هذه الروايه ليست صريحه في المدعى إلا أن الأصحاب اتفقوا على إرادته ما ذكر منها)، ومثلها صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا تقدمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فقف عن يمينه، يعنى عن يمين الخصم) ٢ والتفسير - على ما هو المظنون - من الصدوق الذى أورد الخبر فى الفقيه. و الشيخ فى الخلاف و المبسوط مال إلى القرعه و هو مذهب أصحاب الشافعى، لأنها لكل أمر مشكل أو مجهول، وفيه: أنه لا إشكال ولا اجمال بعد ورود النص المتقدم.

(١) أى و مثل التخاصم فالحق للأسبق ثم للقرعه، و الأسبقية للمجىء هنا لا للقول، هذا كله إذا كان العلم المطلوب تدريسه واجبا على المدرس و إلا فهو بالخيار يقدم من يشاء، فيجوز له رد الأول حينئذ لعدم وجوب التدريس عليه.

(٢) و منه يستكشف أن الأسبقية للمجىء.

(٣) لأنه يكون ظلما لأحد الطرفين.

(٤) فيستحب له أن يقول: تكلما أو ليتكلم المدعى منكما، لما فى توجيه الخطاب إلى احدهما من إيحاش الآخر، و هذا مناف لما تقدم من وجوب التسويه، و هو يقتضى تحريم توجيه الخطاب إلى أحدهما كما هو ظاهر المبسوط و التحرير، و عن المحقق و جماعه الكراهه و قال الشارح فى المسالك (فإما أن يكون ذلك استثناء من السابق - أى وجوب التسويه - أو رجوعا عن الحكم.

(٥) الرشوه مثلته الراء، و هى من الكبائر بالاتفاق للأخبار.

ص: ٨٨

منهما، أو من غيرهما على الحكم (١)، أو الهدايه إلى شىء من وجوهه (٢)، سواء حكم لباذلهما بحق أم باطل (٣). و على تحريمها إجماع المسلمين، و عن الباقر عليه السلام، أنه الكفر بالله و رسوله (٤)! و كما تحرم على المرتشى تحرم على المعطى، لإعانتة على الإثم و العدوان (٥)، إلا- أن يتوقف عليها تحصيل حقه فتحرم على المرتشى خاصه (٦) (فتجب إعادتها) (٧) مع وجودها، و مع تلفها المثل، أو القيمه،

### فى حرمه تلقين أحد الخصمين حجه

(و تلقين (٨) أحد الخصمين حجه) أو ما فيه ضرر على خصمه، و إذا ادعى -منها: خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (الرشا فى الحكم هو الكفر بالله) (١) و خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام (من أكل السحت الرشوه فى الحكم) ٢، و صحيح عمار بن مروان المروى فى الخصال عن أبى عبد الله عليه السلام (فأما الرشا يا عمار فى الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم و برسوله صلى الله عليه و آله و سلم) (٢)، و النبوى المروى فى غوالى اللآلى (لعن الله الراشى و المرتشى، و من بينهما يمشى) (٣).

(١) كما هو مقيد فى الأخبار المتقدمه.

(٢) أى وجوه الحكم.

(٣) لاطلاق الأخبار المتقدمه.

(٤) و هو خبر عمار بن مروان عن أبى جعفر عليه السلام (فأما الرشا فى الحكم فإن ذلك الكفر بالله العظيم جل اسمه، و برسوله صلى الله عليه و آله و سلم) (٤) و هو ضعيف السند بسهل فى الكافى، و صحيح فى التهذيب.

(٥) و للنبوى المتقدم.

(٦) لقاعده الضرر الموجه لرفع حرمه الرشوه على الدافع.

(٧) كل رشوه يأخذها القاضى سواء كان الدافع معذورا أو لا يجب ردها إلى صاحبها لبقائها على ملكه بعد كون الرشوه من السحت كما تقدم، و لو تلفت ضمن القاضى، لعموم النبوى (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (٥).

(٨) فيحرم على القاضى أن يلحق أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه بأن يعلمه دعوى-

ص: ٨٩

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضى حديث ٣ و ٧.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

٣- (( ٤ )) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضى حديث ٨.



٤-٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٥-٦) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الغصب حديث ٤.

المدعى (فإن وضح الحكم لزمه القضاء (١)، إذا التمس (٢) المقضى له) فيقول:

حكمت (٣)، أو قضيت، أو أنفذت، أو مضيت، أو ألزمت، و لا- يكفى ثبت عندى، أو أن دعواك ثابتة. و فى أخرج إليه من حقه، أو أمره بأخذه العين، أو التصرف فيها قول جزم به العلامة، و توقف المصنف.

### فى استحباب ترغييهما فى الصلح

(و يستحب) له قبل الحكم (ترغييهما فى الصلح) (٤) فإن تعذر حكم بمقتضى الشرع، فإن اشتبه أرجأ حتى يتبين، و عليه الاجتهاد فى تحصيله (٥)، و يكره (أن يشفع) إلى المستحق (فى إسقاط حق) (٦)، أو إلى المدعى (فى إبطال) -صحيحه لم يكن فى نفسه الدعوى بها، أو يلقنه الإنكار بأصل الحق لثلا يصير مقرا، أو يحس منه التردد فيحرضه على الإقامه و نحو ذلك، لأنه نصب لسد باب المنازعه، و فعله هذا يفتح بابها فيكون على خلاف الحكمه الباعثه.

نعم لا بأس بالاستفسار و التحقيق و إن اتفق تأديته فى بعض الأحوال إلى اهتداء الخصم إلى ما يفيد فى خصومته.

(١) لأنه ملزم بالقضاء بعد وضوح الحكم، نعم إن اشكل عليه الحكم أخره حتى ليتضح و لا حد له إلا الوضوح.

(٢) لأنه حق له و ربما عدل عن حقه.

(٣) قال فى الدروس: (يقول: حكمت أو قضيت أو أنفذت أو أمضيت أو ألزمت، و قيل:

يكفى ادفع إليه ماله، أو أخرج إليه من حقه، أو يأمره بأخذ العين و بيعها، و لا يكفى أن يقول: ثبت عندى أو أن دعواك ثابتة) لعدم إنشاء الحكم فى الأخير.

و لقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (قلت: لا دليل على اعتبار لفظ خاص فيه - أى الحكم - فيكون المدار على كل ما دل على إنشاء معنى الحكم، بل لا يبعد الاكتفاء بالفعل الدال على ذلك فضلا عن قول ثبت عندى مريدا به ذلك).

(٤) قال تعالى: (وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ) (١).

(٥) لسد باب المنازعات، و هو واجب عليه حال كونه قاضيا.

(٦) بعد ثبوته أو ابطال دعوى قبل الثبوت لخبر الدعائم عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم (أنه قال لأسامه بن زيد، و قد سأله حاجه لبعض من خاصمه إليه: يا أسامه، لا تسألنى حاجه إذا جلست مجلس القضاء، فإن الحقوق ليس فيها شفاعه) (٢).

ص: ٩٠

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب آداب القاضى حديث ٢.

دعوى، (أو يتخذ حاجبا وقت القضاء) (١) لنهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عنه (أو يقضى مع اشتغال القلب بنعاس، أو هم، أو غم، أو غضب، أو جوع)، أو شيع مفرطين أو مدافعه الأخبثين، أو وجع (٢) و لو قضى مع وجود أحدهما نفذ (٣).

## القول فى كيفية الحكم

### إشاره

(القول فى كيفية الحكم)

### فى المدعى

(المدعى (٤) هو الذى يترك لو ترك) الخصومه و هو المعبر عنه بأنه الذى يخلى (١) للنبوى (من ولى شيئا من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته و فاقته و فقره) (١).

(٢) أما الغضب فللنبوى (لا يقضى القاضى و هو غضبان) (٢) و هو من طرق العامه، و خير السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من ابتلى بالقضاء فلا يقضى و هو غضبان) (٣) و مرفوع أحمد بن عبد الله رفعه عن أمير المؤمنين على عليه السلام لامرأته قال لشريح: (لا تشاور - تشار فى نسخه أخرى - أحدا فى مجلسك، و إن غضبت فقم و لا تقضين و أنت غضبان) (٤)، و لما فيه من المخاطره فى الوقوع فى الخطأ حال الغضب لأنه يفقده التروى فى الحكم.

و أما الجوع فللنبوى (لا يقضى القاضى إلا و هو شعبان ريان) (٤)، و أما الهم فللنبوى (لا يقضى و هو غضبان مهموم و لا مصاب مخزون) (٥)، و من هذه الأخبار يتعدى إلى كل ما يوجب تغيير خلقه و شغل نفسه و تشويش فكره من وجع أو مرض أو خوف أو فرح شديدين أو ملل و ضجر، أو مدافعه الأخبثين أو حضور طعام و نفسه تتوق إليه.

(٣) بلا خلاف فيه لعموم ما دل على نفوذ حكمه و قد تقدم، بعد حمل النصوص الداله على النهى على القضاء عند الغضب و غيره على الكراهه لقصورها عن الحرمة لضعف أسانيدها.

(٤) وردت النصوص بأن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر كما سيأتى التعرض لها، و اختلف الأصحاب فى تعريفهما.

فقيل: المدعى هو الذى يترك لو ترك الخصومه، و يعبر عنه بأنه لو سكت يسكت عنه، -

ص: ٩١

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب القاضى حديث ١ و ٢.

٤- ((٥ و ٦) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٦.

و سكوته، و قيل هو من يخالف قوله الأصل، أو الظاهر،

## فى المنكر

(و المنكر مقابله) فى -و المنكر فى قبالة، و هو المنسوب إلى المشهور.

و قيل: المدعى من يدعى خلاف الأصل و المنكر فى قبالة.

و قيل: المدعى من يدعى خلاف الظاهر بأن يذكر أمرا خفيا، و المنكر فى قبالة، و قد نسب هذان القولان إلى القيل فى جملة من الكتب.

و قيل: إنه لا- حقيقه شرعيه للفظ المدعى فيرجع فيه إلى العرف كما فى الجواهر، و ما تقدم من التعاريف إنما يراد به تمييزه بذكر شيء من خواصه و آثاره الغالبه عليه و هو الأقوى.

لكن المشهور على أن الخلاف بين الأقوال الثلاثة خلاف فى معنى المدعى فهذه التعريفات قد تتفق و هو الأغلب كما لو ادعى زيد دينا فى ذمه عمرو أو عينا فى يده فأنكر الثانى، فزيد مدع على الأول لأنه لو ترك الخصومه يترك، و على الثانى لأنه يذكر خلاف الأصل، لأن الأصل براءة ذمه عمرو من الدين و فراغ يده من حق الغير، و على الثالث لأنه يذكر أمرا خفيا خلاف الظاهر، إذ الظاهر براءة ذمه عمرو و فراغ يده من حق الغير.

و قد تختلف كما لو أسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج: أسلمنا معا فالنكاح باق، و قالت الزوجه: بل على التعاقب فلا نكاح، فعلى الأول فالمرأه مدعيه و الزوج مدع لأنه لا يترك لو ترك فإنها تزعم انفساخ النكاح فعليه الحلف و يحكم بالاستمرار إذا حلف.

و كذا على الثانى فالمرأه مدعيه لأن الأصل عدم تقدم أحدهما على الآخر، و على الثالث فالزوج هو المدعى لأن التساوى الذى يزعمه أمر خفى على خلاف الظاهر فلو حلفت المرأه حكم بارتفاع النكاح.

هذا و قد عرفت أن التعاريف بصدد ذكر خواص المعرف و آثاره و ليست فى مقام التحديد من مفهومه خصوصا بعد تعذر التعاريف الحقيقيه إلا على علام الغيوب، و بعد عدم ثبوت الحقيقه الشرعيه و لا بديه الرجوع إلى العرف هذا من جهه و من جهه أخرى لو قيل إن المراد من الأصل هو الأصل العملى كالامارات المعتبره من يد و نحوها و المراد من الظاهر هو الظاهر الشرعى فتتحد التعاريف الثلاثة بحسب المصاديق و لا- اختلاف بينها كما هو واضح، على أن تفسير الظاهر بالظاهر العرفى المعاش لا بالشرعى كما يستفاد من المثال المتقدم لا دليل عليه بوجه، بل الدليل على خلافه لأن الظاهر الشرعى بنفسه دليل فلذا يطالب من يدعى عكسه بالبينه بخلاف العرفى المعاشى.

و من جهه ثالثه تعرف الحكمه فى جعل البينه على المدعى، لأن قوله على خلاف الأدله الشرعيه من الأصول العمليه و الامارات المعتبره فيطالب بالبينه لتجبر قوه البينه ضعف كلامه المدعى، بخلاف المنكر فقوله موافق لهذه الأدله فيكتفى مع قوه كلامه بالحجه الضعيفه و هى اليمين.-



الجميع، و لا يختلف موجبها غالبا، كما إذا طالب زيد عمرا بدين في ذمته، أو عين في يده فأنكر، فزيد لو سكت ترك (١)، و يخالف قوله الأصل (٢)، لأصله براءة ذمه عمرو من الدين، و عدم تعلق حق زيد بالعين (٣)، و يخالف قوله الظاهر (٤) من براءة عمرو، و عمرو لا يترك (٥)، و يوافق قوله الأصل و الظاهر (٦).

فهو مدعى عليه (٧) و زيد مدع على الجميع (٨).

و قد يختلف كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول فقال الزوج: أسلمنا معا فالنكاح باق، و قالت: مرتبا فلا نكاح. فهي على الأولين مدعية، لأنها لو تركت الخصومه لترك و استمر النكاح المعلوم وقوعه و الزوج لا يترك لو سكت عنها لزعمها انفساخ النكاح، و الأصل (٩) عدم التعاقب، لاستدعائه (١٠) تقدم أحد الحادثين على الآخر و الأصل عدمه (١١)، و على الظاهر الزوج مدع، لبعد التساوق فعلى الأولين يحلف الزوج و يستمر النكاح و على الثالث تحلف المرأة و يبطل (١٢)، و كذا لو ادعى الزوج الإنفاق مع اجتماعهما (١٣) و يساره و أنكرته (١٤) فمعه الظاهر، (١) فهو المدعى على التعريف الأول.

(٢) فهو المدعى أيضا على التعريف الثاني.

(٣) التي تحت يد عمرو هذا إذا كانت موجودة، و مع عدم وجودها فالأصل فراغ يده من حق الغير.

(٤) فهو المدعى أيضا على التعريف الثالث، و مخالفه الظاهر بدعواه أمرا خفيا.

(٥) فهو المنكر على التعريف الأول.

(٦) فهو المنكر على القولين الأخيرين.

(٧) في جميع التعاريف.

(٨) أى جميع التعاريف و هذا مثال اتفاقها و هو الغالب.

(٩) تعليل لكونها مدعية على التعريف الثاني.

(١٠) أى عدم التقدم.

(١١) أى التعاقب.

(١٢) أى النكاح.

(١٣) أى الزوج و الزوجه في دار واحده.

(١٤) أى أنكرت الزوجه الإنفاق.



و حيث عرف المدعى (٢) فادعى دعوى (٣) ملزمه معلومه (٤) جازمه (٥) قبلت (١) فعلى تعريف الظاهر هى مدعيه، و على تعريف الأصل هو مدع، و على التعريف الأول هى مدعيه لأنها تترك لو تركت و قد تركه لوضوحه.

(٢) اعلم أنه يشترط فيه البلوغ و العقل لسلب عباره الصبى و المجنون، و أن يدعى لنفسه أو لمن له الولايه فلا تسمع دعواه مالا لغيره إلا- أن يكون وليا أو وصيا أو وكيلًا- أو حاكما أو أمينا لحاكم لأصالة عدم وجوب الجواب لغيرهم، و أن تكون دعواه ما يصح للمسلم تملكه فلا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا لعدم جواز تملكها، بلا خلاف فى هذه القيود الأربعة.

(٣) فلا بد من كونها صحيحه فى نفسها فلا تسمع دعوى المحال عقلا أو عاده أو شرعا، و هذا ما لم يذكره الشارح، و أن تكون ملزمه للمدعى عليه و هو المعبر عنه باللازمه فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الإقباض، و كذا لو ادعى رهنا أو وقفا بناء على اعتبار القبض فى صحه الأخيرين، إذ لا حق له عليه بدون القبض بلا خلاف فى هذه الشرط.

(٤) و أن تكون الدعوى معلومه، كما عليه الشيخ و أبو الصلاح و ابن زهره و حمزه و إدريس و الفاضل فى تحريره و تذكرته و الشهيد فى المدروس كما لو ادعى فرسا أو ثوبا و لم يعين، فلا تسمع لانتفاء فائدتها، و إذ يتعذر حكم الحاكم بها حال كونها مجهوله فيما لو أجاب المدعى عليه بنعم.

و أشكل بأنه لا فرق بين الدعوى المجهوله و الإقرار بشيء مجهول، مع قبولهم للإقرار بالمجهول و إلزام المقرّ بالتفصيل و أجاب الشيخ عنه بما حاصله: أنه لو اشترطنا التفصيل فى قبول الإقرار للزم الرجوع عن الإقرار فى بعض الأحوال مع أنه قد تعلق حق الغير به، فلذا يقبل الإقرار بالمجهول و يكلف المقرّ بالتفصيل، بخلاف الدعوى فعدم سماع الدعوى المجهوله لا يذهب حق المدعى لأنه مضطر لفتح الدعوى مع التفصيل فيما بعد، و فيه إنه فرق ظاهرى لا يصلح لتأسيس الحكم و عن المحقق و جماعه القبول و إن كانت مجهوله لإطلاق الأدله، و لأن المدعى ربما يعلم حقه بوجه كمن يعلم بوجود فرسه أو ثوبه عند الغير و لا يعلم صفتها فلو لم يجعل له ذريعه إلى الدعوى لبطل حقه، و أما تعيين صفات المدعى فيه فيلزم الخصم بيانه و يقبل تفسيره بمسمى المدعى و يحلف على نفى الزائد لو ادعى عليه.

(٥) فلا- تسمع لو قال: أظن أو أتوهم لأن الدعوى يلزمها فى بعض الصور الحكم باليمين المردوده على المدعى أو بنكول المدعى عليه عن الحلف و هما غير ممكنين مع عدم الجزم بالدعوى من المدعى، و لذا كان الجزم هو المعهود من الدعوى فلا تشمل الظن أو الوهم.



اتفاقاً. و إن تخلف الأول (١) كدعوى هبه غير مقبوضه، أو وقف كذلك، أو رهن عند مشروطه (٢) لم تسمع، و إن تخلف الثاني (٣) كدعوى شيء و ثوب و فرس ففى سماعها قولان:

أحدهما: و هو الذى جزم به المصنف فى الدروس العدم، لعدم فائدتها (٤)، و هو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بنعم، بل لا بد من ضبط المثلى بصفاته، و القيمى بقيمته، و الأثمان بجنسها و نوعها و قدرها، و إن كان البيع (٥) - و نقل المحقق عن شيخه نجيب الدين محمد بن نما سماع الدعوى غير الجازمه فى التهمه و يحلف المنكر من غير أن يترتب عليها رد اليمين على المدعى لعدم إمكانه، و ردّ بأنها لا تسمى دعوى لعدم الجزم فيها.

و عن البعض منهم الشارح فى الروضه هنا التفصيل بين ما يعسر الاطلاع عليه كالسرقة و القتل و بين ما لا يعسر الاطلاع عليه فيعتبر الجزم فى الثانى دون الأول. و عن بعض سماع الدعوى الجازمه و المظنونه دون الوهميه، و عن صاحب الجواهر سماع الدعوى مطلقاً مع وجود التهمه، و الأخير هو الأقوى و يؤيده الأخبار.

منها: خبر بكر بن حبيب (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أعطيت جبه إلى القصار فذهبت بزعمه، قال: إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فليس عليه شيء) (١) و خبره الآخر عنه عليه السّلام (لا يضمن القصار إلا من جنت يده، و إن اتهمته أحلفته) (٢) و خبر أبى بصير عنه عليه السّلام (لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئاً) (٣)، و هى و إن كانت بصوره تحقق اليد المقتضيه للضمان فلا تشمل سائر دعاوى الظنيه من غير تحقق اليد لكن يستفاد منها جواز الاحلاف مع التهمه مطلقاً و هو المدعى، نعم لا يخفى عليك مع عدم الجزم من المدعى لا يرد عليه اليمين المردوده.

(١) الإلزام فى الدعوى.

(٢) أى مشترط القبض فى الرهن.

(٣) العلم بالمدعى فيه.

(٤) أى فائده الدعوى بالمجهول و ذلك فلو أقر المدعى عليه بقوله: نعم و أراد الحاكم أن يحكم فبأى شيء سيحكم ما دامت الدعوى مجهوله.

(٥) دفع توهم، أما التوهم: فلم يحمل البيع على نقد البلد و فى الدعوى يلزم تعيين النقد، -

ص: ٩٥

و شبهه ينصرف إطلاقه إلى نقد البلد، لأنه إيجاب في الحال و هو غير مختلف، و الدعوى إخبار عن الماضي و هو مختلف.

و الثانى: و هو الأقوى السماع، لإطلاق الأدله الداله على وجوب الحكم، و ما ذكر لا يصلح للتقييد، لإمكان الحكم بالمجهول، فيحبس حتى يبينه كالإقرار، و لأن المدعى ربما يعلم حقه بوجه ما خاصه بأن يعلم أن له عنده ثوبا، أو فرسا، و لا يعلم شخصهما، و لا صفتهما، فلو لم تسمع دعواه بطل حقه، فالمقتضى له موجود و المانع مفقود.

و الفرق بين الإقرار و الدعوى بأن المقر لو طوب بالتفصيل ربما رجح (١)، و المدعى لا يرجع لوجود داعى الحاجه (٢) فيه دونه (٣) غير كاف فى ذلك (٤)، لما ذكرناه (٥)، و إن تخلف الثالث و هو الجزم بأن صرح بالظن، أو الوهم ففى سماعها أوجه أوجهها السماع فيما يعسر الاطلاع عليه كالقتل، و السرقة، دون المعاملات، و إن لم يتوجه على المدعى هنا الحلف برد (٦)، و لا نكول (٧)، و لا مع شاهد (٨)، بل -و الجواب أن البيع يحمل على النقد السائد لأن الحال أنهما تعاملتا به و هو نقد البلد بخلاف الدعوى إذ يحتمل أنهما تعاملتا بنقد غير هذه البلده عند ما كانا فى تلك البلده، و أيضا أن البيع منصرف إلى الزمن الحالى و النقد فى الزمن الحالى هو نقد البلد بخلاف الدعوى فإنها إخبار عن الماضي و هو أزمنه متعدده فحملها على زمن خاص ساد فيه نقد خاص ترجيح بلا مرجح، و هذا يتم فيما لو تعدد النقد فى البلد ماضيا أما إذا قطعنا بعدم تغييره فيتعين الدليل الأول فقط.

(١) و به إبطال حق الغير الذى ثبت بالاقرار فلذا يقبل الاقرار بالاجمال.

(٢) و هو طلب حقه فلو لم تسمع دعواه بالمجهول فيرجع و يفتح الدعوى بالتفصيل.

(٣) دون المقر.

(٤) فى الفرق بين الاقرار و الدعوى ليلزم اختلافهما بالحكم فيسمع الاقرار بالمجهول دون الدعوى به.

(٥) من اطلاق الأدله و من أن عدم سماع الدعوى المجهوله موجب لبطلان حق المدعى.

(٦) أى اليمين المردوده لعدم جزمه عند سماع دعواه غير الجازمه.

(٧) عند امتناعه عن اليمين المردوده، لأنه يجب عليه الامتناع لعدم جزمه بما ادعاه فكيف يحلف عليه.

(٨) أى اليمين مع شاهد فكيف يحلف مع عدم جزمه.

إن حلف المنكر، أو أقر، أو نكل و قضينا به (١)، و إلا وقفت الدعوى. إذا تقرر ذلك فإذا ادعى دعوى مسموعه طوّل المدعى عليه بالجواب.

### فى جواب المدعى عليه

(و جواب المدعى عليه (٢) إما إقرار) بالحق المدعى به أجمع، (أو إنكار) له أجمع، أو مركب منهما فيلزمه حكمهما، (أو سكوت) و جعل السكوت جواباً مجازاً شائعاً فى الاستعمال فكثيراً ما يقال: ترك الجواب جواب المقال (٣)، (فالإقرار يمضى) (٤) على المقر (مع الكمال) أى كمال المقر على وجه يسمع إقراره بالبلوغ، و العقل مطلقاً (٥)، و رفع الحجر فيما يمتنع نفوذه به، و سيأتى تفصيله، فإن التمس المدعى حينئذ (٦) الحكم حكمه عليه (٧) فيقول: ألزمتك ذلك، أو قضيت عليك به.

(١) أى بنكول المنكر كما سيأتى.

(٢) أى ما يصدر منه حال الدعوى إما إقرار أو إنكار أو سكوت و لكل حكم و سيأتى إن شاء الله تعالى، و السكوت قد اعتبر جواباً لأنه إذا أصر عليه المدعى عليه اعتبر نكولاً فيردّ اليمين على المدعى و يحكم الحاكم به فيكون السكوت فى حكم الإنكار حينئذ.

(٣) هذا من الناحية اللغوية، و أما من الناحية الشرعية فقد عرفت أنه بحكم الإنكار مع الاصرار عليه.

(٤) لا خلاف فى إن الإقرار نافذ إذا صدر من أهله المستجمع لشرائط صحته كما سيأتى تفصيله فى بابه، و الإقرار يمضى هنا سواء حكم الحاكم به أو لا بخلاف البيه، لأن البيه منوطه باجتهاد الحاكم فى قبولها و ردها بخلاف الإقرار الصادر من أهله فإنه نافذ على المقر على كل حال كما عن المسالك و جماعه، و فيه: إنه لا فرق بينهما فى الاحتياج لحكم الحاكم فى مقام فصل النزاع و قطعه، كما أنه لا فرق بينهما فى ثبوت الحق للمدعى إذا قامت البيه على ذلك أو أقر الخصم، نعم هناك فرق غير فارق إذ الإقرار خفيف المئونه بل معدومها إذ يثبت من دون احتياج إلى إعمال اجتهاد الحاكم لأن حجته معلومه و دلالة ألفاظه واضحة عرفاً بخلاف البيه فيحتاج تحققها إلى اجتهادات من الحاكم غالباً، نعم بعد تحققها عند الحاكم فلا فرق بينها و بين الإقرار فى الاحتياج إلى حكم الحاكم فى فصل الخصومه و لعله إلى هذا يرجع كلام الشارح فى المسالك، و إن كان بعيداً عن ظاهر كلامه.

(٥) و إن كان مجنوناً بجنون أدوارى لكن قد صدر إقراره حال تعقله.

(٦) أى حين الإقرار.

(٧) كما عليه الشيخ فى المبسوط لأن الحكم به عليه حق للمدعى فلا- يستوفى إلا- بأمره، و غيره على العدم لأنه من وظائف القاضى، و حال المدعى من إحضار المدعى عليه -

(و لو التمس) المدعى من الحاكم (كتابه إقراره كتب (١) و أشهد مع معرفته (٢)، أو شهاده عدلين بمعرفته، أو اقتناعه بحليته) (٣) لا بمجرد إقراره (٤) و إن صادقه المدعى، حذرا من تواطؤهما على نسب لغيرهما، ليلزما ذا النسب بما لا يستحق عليه، (فإن ادعى الإعسار) (٥) و هو عجزه عن أداء الحق لعدم ملكه لما زاد عن -للخصومه يغنى عن المقال، هذا و صوره الحكم ما تقدم من قوله: ألزمتها أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله و نحو ذلك قاصدا إنشاء الفصل بينها و إنشاء الحكم بذلك، لا أن يقول ثبت عندي و نحو ذلك مما ليس فيه إنشاء الحكم للفصل بينهما.

(١)نسب الشارح في المسالك إلى الأشهر وجوب الكتابه على القاضى تاره و إلى المعروف بين الأصحاب تاره أخرى، لأن ذلك حجه له فكان على القاضى إقامتها، و فيه: إن الحججه له هو حكم القاضى و الإشهاد عليه لا كتابه الحكم، إلا إذا توقف حقه على الكتابه فتجب من باب المقدمه، و على كل لو أجاب القاضى فلا يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه على وجه يتشخص به عن غيره، أو تقوم البيئه بنسبه و اسمه حتى يؤمن التدليس بجعل الاقرار لغير من وقع، و كذا لو عرف القاضى بخصوصياته الخلقية المميزه له عن غيره أو تقوم البيئه على ذلك من أجل الأمن من التدليس.

(٢)أى معرفه القاضى للمدعى، و لا داعى لضم الشهاده لمعرفه القاضى بنسب المدعى.

(٣)و هى الصفه المشخصه له.

(٤)أى اقرار المدعى عليه.

(٥)إذا كان المدعى به عينا موجوده عند المدعى عليه، و قد أقر المدعى عليه بأنها للمدعى ألزم بردها بعد حكم الحاكم، و أما إذا كان دينا فى الذمه فإذا كان المدعى عليه المقرّ واجدا للمال ألزم به و إن امتنع أجبر عليه، و إن ماطل و أصرّ على الامتناع جازت عقوبته بالتغليظ فى القول و رفع الصوت عليه كأن يقول له: يا ظالم يا فاسق، ثم يجوز حبسه و ضربه حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر الأهون فالأهون لخبر المجاشعى عن الرضا عن آبائه عن على عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: لى الواجد بالدين يحلّ عرضه و عقوبته، ما لم يكن دينه فيما يكره الله عز و جل) (١)، و موثق عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه فيقسمه بينهم) (٢).

ص: ٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الدين و القرض حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الحجر حديث ١.

و- أما إذا كان المدعى به ديناً في الذمه و ادعى المقر الإعسار، فإن علم القاضي إعساره أو صدقه المدعى على الإعسار انظر وفقاً للمشهور لقوله تعالى: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ، وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (١)، و لخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السَّلام (أن علياً عليه السَّلام كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجه و إفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا) (٢) و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السَّلام (إن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها، و كان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه و قال:

إن مع العسر يسراً) ٣.

و عن الشيخ في النهايه أنه يدفع إلى غرمائه ليؤجره و يستعملوه لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السَّلام (أن علياً عليه السَّلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم و اجره، و إن شئتم استعملوه) (٣)، و العمل على الأول لأنه أشهر و أوفق بالكتاب.

و عن ابن حمزه أنه إذا لم يكن ذا حرفه خلى سبيله، و إلا- دفع إلى الغريم ليستعمله جمعاً بين الأخبار المتقدمه، و فيه: إنه جمع تبرعى لا- شاهد له. و إن لم يثبت إعساره فهل يحبس حتى يتبين حاله؟ فهنا لا تخلو المسأله من أنه إما أن يكون له مال ظاهر أو لا- و على الثاني فقد يكون له أصل مال سابقاً أو لا؟ و على الثاني إما أن تكون الدعوى مالا أو لا، و في الجميع ما عدا الأخير يحبس حتى يثبت إعساره، لأنه في جميع هذه الصور ما عدا الأخير هو مدع للإعسار و لا بينه له و لم يصدق المدعى الذي هو غريمه فلا بد من الحبس احتياطاً لحق المدعى و لأن الأمير عليه السَّلام كما في الأخبار المتقدمه كان يحبس بمجرد الالتواء و لا يخرج من السجن حتى يثبت إعساره، و أما في الصورة الأخيره فدعواه الإعسار موافقه للظاهر و الأصل فهو المنكر عند عدم تصديق غريمه، فلا يكلف بينه و للغرماء مطالبته باليمين فلو حلف فلا حبس لعموم صحيح جميل و هشام عن أبي عبد الله عليه السَّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البيئه على من ادعى، و اليمين على من ادعى عليه) (٤).

ص: ٩٩

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٨٠.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الحج حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الحجر حديث ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفيه الحكم حديث ١.

داره و ثيابه اللاتقيه بحاله و دابته و خادمه كذلك، و قوت يوم و ليله له و لعياله الواجبي النفقه.

## في ما ثبت به الدعوى

(و ثبت صدقه) فيه (بينه مطلع على باطن أمره) مراقبه له في خلواته، واجده صبره على ما لا يصبر عليه واجد المال عاده حتى ظهر لها قرائن الفقر، و مخايل الإضاقة، مع شهادتها على نحو ذلك (١) بما يتضمن الإثبات (٢)، لا على النفي الصرف (٣)، (أو بتصديق خصمه) له على الإعسار، (أو كان أصل الدعوى بغير مال)، بل جنايه أوجبت مالا، أو إتلافا فإنه حينئذ يقبل قوله فيه (٤)، لأصالة عدم المال، بخلاف ما إذا كان أصل الدعوى مالا فإن أصالة بقاءه (٥) تمنع من قبول قوله (٦)، و إنما يثبت إعساره بأحد الأمرين: البينه، أو تصديق الغريم - هذا و عند كون المقر مدعى للإعسار و أقام البينه على إعساره، فإن شهدت البينه بتلف جميع أمواله قضى بها و لا يكلف باليمين و لو لم تكن البينه مطلع على باطن أمره بالصحة المتأكدة لأنها بينه إثبات، و أما لو شهدت بالإعسار مطلقا من دون تعرض لتلف ماله المعلوم أصله أو المعلوم بحسب الظاهر فلا تقبل، لأنها بينه نفي و قد تكون مستنده على ظاهر حاله فلا بد من انضمام يمين المعسر دفعا للاحتمال الخفى و هو عدم اطلاعها على الواقع و اصل المال و خفائه عنها، و عن بعضهم - كما في المسالك - أنها تقبل من دون ضم اليمين لعموم على المدعى البينه و اليمين على من أنكر.

نعم لو شهدت بالإعسار مطلقا و كانت لها خبره و اطلاع على باطن أمره بالمعاشرة الكثيره فتقبل بلا خلاف من دون ضم اليمين لأنها و إن كانت بينه نفي بحسب الظاهر إلا - أنها ملحقه بينه الإثبات لأن من يكون من أهل الخبره على باطن أمره بكثرة المخالطة و طول المجاوره و قد شهد بأنه معسر فهو يشهد بأنه لا يملك إلا قوت يومه و ثياب بدنه و دابته و خادمه اللاتقيه بحاله و هذا إثبات لما ذكرناه و نفي لما عداه.

(١) من قرائن الفقر و مخايل الإضاقة.

(٢) من أنه لا يملك إلا ما هو ضرورى له كما تقدم.

(٣) بأن تشهد بأنه لا يملك فهي شهاده نفي لا تقبل إلا إذا تضمنت إثباتا كما تقدم.

(٤) أى قول المقر بالإعسار، لأن قوله موافق للأصل إذ الأصل عدم وجود المال عنده فهو منكر بالحقيقه لو لم يصدقه غريمه فيكتفى منه باليمين.

(٥) أى بقاء المال.

(٦) أى قول المدعى عليه بالإعسار.

و ظاهره أنه لا يتوقف مع البيئه (١) على اليمين و هو أجود القولين (٢)، و لو شهدت البيئه بالإعسار فى القسم الثانى (٣) فأولى بعدم اليمين، و على تقدير كون الدعوى ليست مالا (و حلف) على الإعسار (ترك) (٤) إلى أن يقدر، و لا يكلف التكسب (٥) فى المشهور، و إن وجب عليه السعى على وفاء الدين، (و إلا-) يتفق ذلك بأن لم يقم بينه، و لا صادقه الغريم مطلقا (٦)، و لا حلف حيث لا يكون أصل الدعوى مالا (حبس) (٧) و بحث عن باطن أمره، (حتى يعلم حاله) فإن علم له مال أمر بالوفاء (٨)، فإن امتنع باشره القاضى (٩) و لو بيع ماله إن كان مخالفا للحق، و إن (١) سواء شهدت بتلف ماله أو بالإعسار مطلقا و كان المدعى عليه مدعيا للإعسار و قوله على خلاف الأصل لأن أصل الدعوى مالا، أو كان له مال ظاهرا.

(٢) و قد عرفت أن الأكثر على ضم اليمين لدفع الاحتمال الخفى إذا شهدت بالإعسار مطلقا.

(٣) فيما لو كانت الدعوى بغير مال فيكون مدعى الإعسار منكرا و قوله موافقا للظاهر أو الأصل فلا يمين من باب أولى، لأنه فى القسم الأول عند ما كان مدعيا لأن قوله مخالف للظاهر أو الأصل فلا يمين كما استجوده الشارح فهنا من باب أولى. و فيه: إنه مبنى على قبول البيئه من المنكر مع أنه على خلاف العموم (البيئه على من ادعى و اليمين على من أنكر).

(٤) على المشهور كما تقدم.

(٥) أى لا يكلف التكسب تحت يد الغرماء كما هو مختار الشيخ، أو إذا كان ذا حرفه كما هو مختار ابن حمزه، و قد تقدم الكلام فى ذلك، نعم يجب عليه السعى باختياره و ما فضل عنه دفعه إلى غرمائه، و وجوب السعى هنا لوجوب الوفاء بالدين من باب المقدمه.

(٦) سواء كان أصل الدعوى مالا أو لا.

(٧) حتى يثبت إعساره كما تقدم.

(٨) لأنه هو الذى له التصرف فى ماله و إن تعلق به حق الغير فيؤمر.

(٩) للأخبار منها: خبر الاصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل، و قضى فى الدين أنه يحبس صاحبه، فإن تبين إفلاسه فيحلى سبيله حتى يستفيد مالا، و قضى عليه السلام فى الرجل يلتوى على غرمائه أنه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبى باعه فقسّمه بينهم) (١) و يحمل البيع على ما لو كان الموجود مخالفا بالجنس للمطلوب و إلا فلو كان موجودا بعينه رد الحاكم على الغير عند امتناع المقرّ لأنه ولى الممتنع.

ص: ١٠١

علم عدم المال، أو لم يف الموجود بوفاء الجميع أطلق بعد صرف الموجود.

## فى الإنكار

(و أما الإنكار (١) فإن كان الحاكم عالما) بالحق (قضى بعلمه) (٢) مطلقا على أصح القولين، ولا فرق بين علمه به فى حال ولايته و مكانها و غيرهما (٣)، و ليس له حينئذ طلب البينه من المدعى مع فقدتها قطعا، و لا مع وجودها على الأقوى (٤) (١) بأن قال المدعى عليه: لا حق له على.

(٢) فإذا كان الحاكم معصوما قضى بعلمه مطلقا فى حقوق الله و حقوق الناس لعصمته المانعه من تطرق التهمه، و لعلمه المانع من الخلاف، و لوجوب تصديق الإمام فى كل ما يقوله مع كفر مكذبه. و أما غير المعصوم فكذلك لأنه لو لم يحكم بعلمه للزم إيقاف الدعوى أو الحكم على خلاف علمه الموجب لفسقه و كلاهما محذور فيتعين الحكم بعلمه.

و عن ابن حمزه الجواز فى حقوق الناس دون حق الله، و عكس ابن الجنيد فى كتابه الأحمدي كما فى المسالك، و يظهر من السيد المرتضى أن ابن الجنيد لا يرى قضاء الحاكم بعلمه مطلقا سواء فى ذلك الإمام و غيره، و فى حق الله و حق الناس، و دليل من خالف المشهور إما النبوى (البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه) (١) و القسمه قاطعه للشركه، و أما صحيح هشام عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأئما رجل قطعت له من حال أخيه شيئا فإنما قطعت له به قطعه من النار) (٢) و خبر العسكرى عليه السّلام المروى فى تفسيره عن أمير المؤمنين عليه السّلام (كان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يحكم بين الناس بالبينات و الأيمان فى دعاوى، فكثرت المطالبات و المظالم، فقال، يا أيها الناس إنما أنا بشر و أنتم تختصمون، و لعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، و إنما أفضى على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ به، فإنما أقطع له قطعه من النار) (٣)، و حملت هذه الأخبار عند المشهور على الغالب.

(٣) رد على بعض العامه حيث جوز الحكم بعلمه لو علم بالحق فى مكان الولايه دون غيرها.

(٤) لم أجد مخالفا لكن يحتمل طلب البينه مع وجودها إذ ليس فيه تضييع حق للمدعى مع ما فيه من دفع التهمه عن الحاكم لو حكم بعلمه، لكنه احتمال مردود لما سمعت من كفايه العلم بالحكم.

ص: ١٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و ٥.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و ٣.



و إن قصد دفع التهمة، إلا مع رضاء المدعى. و المراد بعلمه هنا العلم الخاص و هو الاطلاع الجازم، لا بمثل وجود خطه به إذا لم يذكر الواقعة (١) و إن أمن التزوير.

نعم لو شهد عنده عدلان بحكمه به (٢) و لم يتذكر فالأقوى جواز القضاء كما لو شهدا بذلك (٣) عند غيره. و وجه المنع إمكان رجوعه إلى العلم لأنه (٤) فعلة، بخلاف شهادتهما عند الحاكم على حكم غيره فإنه يكفى الظن (٥)، تنزيلا- لكل باب على الممكن فيه، و لو شهدا عليه (٦) بشهادته به (٧)، لا بحكمه فالظاهر أنه كذلك (٨).

(و إلا) يعلم الحاكم بالحق (طلب البينه) من المدعى (٩) إن لم يكن عالما بأنه موضع المطالبة بها، و إلا جاز للحاكم السكوت (١٠)، (فإن قال: لا بينه لى عرّفه) (١) أما مع ذكر الواقعة فلا داعى للخط.

(٢) أى بالعلم.

(٣) أى بحكمه فإنه نافذ عند الحاكم الآخر على تقدير ثبوته بالبينه.

(٤) أى العلم.

(٥) لأن الحاكم الآخر غير عالم بالحكم و لا يستطيع إلا تحصيل الظن الآتى من البينه فلذا اكتفى بالشهادة على حكم الحاكم الآخر، بخلاف الحاكم الأول فإنه يمكن له تحصيل العلم فلا يكتفى بالظن الآتى من البينه القائمة على حكمه بعلمه.

(٦) على الحاكم الأول.

(٧) أى بما يعلم.

(٨) أى قبول الشهادة لعموم أدله حجيه البينه، و يحتمل العدم لإمكان الرجوع إلى علم الحاكم و هو يشهد بنفسه تنزيلا لكل باب على الممكن فيه.

(٩) بل لو علم الحاكم أن المدعى يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه، فالحاكم بالخيار إن شاء قال للمدعى: أ لك بينه؟ و إن شاء سكت، للأصل.

و أما إذا كان المدعى لا يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه أو جهل حاله و جب على الحاكم أن يقول له: أ لك بينه؟ و يجب ذلك على الحاكم هنا لثلا يضيع حق المدعى.

(١٠) قال فى الجواهر: (بل قد يقال بوجوبه عليه مطلقا لأنه مقدمه للقضاء المأمور به بين المتخاصمين، و علمه بالحال - أى بحال المدعى أنه يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه - لا ينافى ذلك منه).

أن له إخلافه (١)، فإن طلبه) أى طلب إخلافه (حلفه [الحاكم]، و لا يتبرع) الحاكم (بإخلافه)، لأنه حق للمدعى (٢) فلا يستوفى بدون مطالبته و إن كان إيقاعه إلى الحاكم (٣)، فلو تبرع المنكر به، أو استحلفه الحاكم من دون التماس المدعى لغى، (و) كذا (لا- يستقل به الغريم من دون إذن الحاكم) لما قلناه: من أن إيقاعه موقوف على إذنه و إن كان حقا لغيره، لأنه وظيفته، (فإن حلف) المنكر على الوجه المعتبر (سقطت الدعوى عنه) (٤) و إن بقى الحق فى ذمته (و حرم مقاصته به) لو ظفر له (١) لثلا يضيع حقه أيضا، إذا كان المدعى جاهلا ذلك، بل يحتمل وجوب ذلك على الحاكم مع علمه بحال المدعى أنه يعلم ذلك مقدمه للقضاء كما تقدم فى البيه.

(٢) فلا- يحلف المدعى عليه إلا- بعد سؤال المدعى ذلك، بلا خلاف فيه، لأنه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبه، و من هنا حكى أن أبا الحسين بن أبى عمر القاضى أول ما جلس للقضاء ارتفع إليه خصمان و ادعى أحدهما على صاحبه دنانير فأنكره، فقال القاضى للمدعى: أ لك بينه؟ قال: لا، فاستحلف القاضى من غير مسأله المدعى، فلما فرغ قال له المدعى: ما سألتك أن تستحلفه لى، فأمر أبو الحسين أن يعطى الدنانير من خزائنه، لأنه استحى أن يحلفه ثانيا.

(٣) بمعنى لا- يستقل الغريم بالإخلاف من دون إذن الحاكم، بل الأخلاف مما يقوم به الحاكم لأنه من وظائفه بلا خلاف فى ذلك.

(٤) بمعنى سقطت الدعوى عنه فى الدنيا و لا يجوز للمدعى فيما بعد المقاصه لو ظفر بمال الغريم، و لو عاود المدعى المطالبه أثم و لم تسمع دعواه، و إن كان المنكر كاذبا بيمينه، غير أنه يجب عليه التخلص من مال الغريم فيما بينه و بين ربه و إرجاعه إلى المدعى، كل ذلك للأخبار.

منها: صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله، ذهب اليمين بحق المدعى فلا- دعوى له، قلت له: و إن كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم، و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له، و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعه قبله مما قد استحلفه عليه) (١) و خبر النخعى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد، قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئا، و إن تركه و لم يستحلفه فهو على -

ص: ١٠٤

المدعى بمال و إن كان مماثلاً لحقه، إلا أن يكذب المنكر نفسه بعد ذلك (١).

### فى أنه لا تسمع البينه من المدعى بعد حلف المنكر

(و) كذا (لا تسمع البينه) من المدعى (بعده) أى بعد حلف المنكر على أصح الأقوال، لصحيحه ابن أبى يعفور عن الصادق عليه السلام إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر بحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله و إن أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامه، فإن اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه، و غيرها من الأخبار. و قيل:

تسمع بينته مطلقاً، و قيل: مع عدم علمه بالبينه وقت تحليفه و لو بنسيانها.

و الأخبار حجه عليهما.

-حقه(١) و خبر عبد الله بن وضاح (كانت بينى و بين رجل من اليهود معامله فخانتى بألف درهم، فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيره فأردت أن اقتص الألف درهم التى كانت لى عنده و أحلف عليها، فكتبت إلى أبى الحسن عليه السلام، فأخبرته أنى قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال فإن أمرتنى أن أخذ منه الألف درهم التى حلف عليها فعلت، فكتب عليه السلام: لا تأخذ منه شيئا، إن كان ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه، و قد ذهبت اليمين بما فيها) ٢ و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس أنه إذا نسى البينه أو لم يعلم بها فاستحلفه ثم تذكر أو علم بها فإنها تسمع و إلا فلا، و عن الشيخ أيضا أنها تسمع البينه بعد الحلف مطلقاً، و عن المفيد و ابن حمزه و القاضى أنها تسمع ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين، و كلها أقوال ضعيفه، و الأخبار المتقدمه حجه عليهم.

(١) أى بعد الحلف، فإن كذب نفسه جاز مطالبته و حلت مقاصته بلا خلاف فيه لخبر مسمع أبى سيار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام إنى كنت استودعت رجلا مالا فجحديته، و حلف لى عليه، ثم إنه جاءنى بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل، فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح منه، و أوقفت المال الذى كنت استودعته حتى أستطلع رأيك، فما ترى. فقال: خذ نصف الربح و اعطه النصف و حلله، إن هذا رجل تائب و الله يحب التوابين)(٢) و خصوصيه المورد لا- تقييد عموم الوارد، و الحكم بإعطاء النصف من الربح محمول على الاستحباب.

ص: ١٠٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤٨ - من كتاب الأيمان حديث ٣.

(و إن لم يحلف) المدعى عليه (و ردّ اليمين) على المدعى (حلف المدعى) (١) إن كانت دعواه قطعية، و إلا لم يتوجه الرد عليه كما مر و كذا لو كان المدعى ولياً، أو وصياً فإنه لا يمين عليه و إن علم بالحال بل يلزم المنكر بالحلف فإن أبى حبس إلى أن يحلف، أو يقضى بنكوله (فإن امتنع) المدعى من الحلف حيث يتوجه عليه (سقطت دعواه) في هذا المجلس قطعاً، و في غيره على قول مشهور، إلا أن يأتي (١) لزمه الحلف إن أراد تحصيل حقه و هي المسماه باليمين المردوده بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (في الرجل يدعى و لا بينه له، قال:

يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلا حق له) (١) و صحيح عبيد الله بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يدعى عليه الحق و لا- بينه للمدعى، قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له) ٢ و مرسل يونس المضمّر (استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدعى فهي واجبه عليه أن يحلف و يأخذ حقه، فإن أبى أن يحلف فلا شيء له) ٣ و مثلها غيرها. و مقتضى الإطلاق فيها سقوط دعواه لو لم يحلف في هذا المجلس و في غيره و عند هذا الحاكم و عند غيره بل في الكفايه: (لا أعرف فيه خلافاً)، و عن المفيد و أبي الصلاح و العلامة في التحرير و الكاشاني عدم السقوط إذا جاء بالبينه فيما بعد، و هو ضعيف لما تقدم من إطلاق الأخبار، و أغرب منه ظاهر المبسوط و موضع من القواعد أن له إعادة الدعوى في غير هذا المجلس و لو مع عدم البينه، و عن بعض التفصيل بين حكم الحاكم بالنكول فتسقط الدعوى و بين العدم فلا تسقط.

هذا و استثنى من إزام المدعى باليمين المردوده فيما لو كانت الدعوى ظنيه أو وهميه مع وجود التهمه بناء على اعتبار سماعها كما هو الأقوى على ما سمعت سابقاً أو فيما لو كان المال للغير و هو ولي عنه كولي اليتيم فالدعوى لا تحسم بيمين غير صاحب المال. ثم عند تعذر رد اليمين على المدعى في صورتين هل يلزم المنكر بالحلف أو يقضى عليه بمجرد نكوله عن الحلف خلاف سياًتي تفصيله، و على الأول هل توقف الدعوى لعدم إمكان القضاء فيها كما عن جماعة، أو يحبس المنكر إلى أن يقرّ أو يحلف حسماً لماده النزاع كما عن جماعة أخرى منهم الصيمري.

ص: ١٠٦

بينه (١)، و لو استمهل أمهل، بخلاف المنكر (٢)، و لو طلب المدعى احضار المال قبل حلفه (٣) ففي إجابته قولان: أجودهما العدم (٤)، و متى حلف المدعى ثبت حقه لكن هل يكون حلفه كإقرار الغريم، أو كاليينه قولان: أجودهما الأول (٥).

## في نكول المنكر

و تظهر الفائدة في مواضع كثيرة متفرقة في أبواب الفقه (٦)، (و إن نكل) (١) و قد عرفت ضعفه.

(٢) قال في المسالك: (إنه يسأله القاضى إذا امتنع: عن سبب امتناعه، فإن لم يعلل بشىء أو قال: لا أريد أن احلف، فهذا نكول يسقط حقه عن اليمين، و ليس له مطالبه الخصم بعد ذلك و لا استئناف الدعوى فى مجلس آخر، كما لو حلف المدعى عليه، لظاهر النصوص السابقه خصوصا الصحيحين - و قد ذكرناهما - مضافا إلى أنه لو لا ذلك لرفع خصمه كل يوم إلى القاضى، و الخصم يرد اليمين عليه و هو لا- يحلف، و هو مناف لمنصب القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، و إن ذكر المدعى لامتناعه سببا فقال: أريد أن آتى بالينه أو أسأل الفقهاء أو انظر فى الحساب و نحو ذلك ترك و لم يطل حقه من اليمين، و هل يقدر إمهاله؟ فيه وجهان: أحدهما أنه لا- يقدر لأن اليمين حقه، و له تأخيرها إلى أن يشاء كاليينه بخلاف المدعى عليه فإنه لا يمهل إن استمهل لأن الحق فيه لغيره، الثانى: يقدر لأن الإمهال من أجل رفع العذر فما زاد يكون كالناكل) و فيه: إنه مناف لإطلاق النصوص السابقه حيث حكمت بسقوط حقه بعد امتناعه عن الحلف، و لا معنى لسؤال القاضى له عن سبب امتناعه، و لا داعى لإمهاله لاحضار اليينه فى اليمين المردوده، نعم فى أصل الدعوى له الحق فى الإمهال لاحضار اليينه و هذا خارج عن محل البحث.

(٣) باعتبار أنه لو حلف ثبت حقه المدعى.

(٤) لأن تكليف الاحضار قبل الثبوت تسلط على مال المسلم بغير حق فليس للحاكم مطالبته، و القول الثانى لأبى الصلاح و لم يذكر دليل له.

(٥) و وجهه أن رد المنكر اليمين على المدعى بعد امتناعه عن الحلف مشعر باعترافه بالحق فهو بمنزله الاقرار.

و وجه الثانى المنسوب إلى الأكثر كما عن فخر المحققين بأن المطلوب من المدعى أولا هو اليينه، و اليمين المردوده قد قامت مقامها فى الإثبات فهى بمنزلتها.

(٦) منها: أن المنكر إذا أقام بينه على أداء المال أو على الإبراء منه بعد حلف المدعى، فإن قلنا إن اليمين المردوده بمنزله اليينه سمعت بينه المنكر حينئذ، و إن جعلناها بمنزله اقرار الغريم الذى هو المنكر فلا تسمع بينه المنكر حينئذ لأنه مكذب لبينته.-

المنكر عن اليمين و عن ردها على المدعى بأن قال: أنا نأكل، أو قال: لا أحلف عقيب قول الحاكم له: احلف، أو لا أرد (ردت اليمين أيضا) على المدعى (١) بعد -و منها: لو قلنا إن اليمين المردودة بمنزله البيه فهى تحتاج فى مقام ثبوتها إلى حكم الحاكم كاحتياج البيه، و إن جعلناها بمنزله اقرار الغريم فلا تحتاج، لعدم احتياج الاقرار إلى حكم الحاكم كما تقدم سابقا.

و فيه: إن التردد فى اليمين المردودة بين البيه و إقرار الغريم ضعيف إذ لا- دليل على الحصر بينهما، مع أن إلحاقها بأحدهما مبنى على الاستحسان الذى لا نقول به، فالأقوى جعلها قسما مستقلا برأسه، و أما الفرعان المذكوران فلا تسمع بينه المنكر بعد حلف المدعى، أولا لثبوت الحق له بالحلف كما هو مقتضى الإطلاق فى النصوص السابقه، و ثانيا: لا تسمع البيه من المنكر بل وظيفته الحلف فقط، هذا بالنسبه للفرع الأول، و أما بالنسبه للفرع الثانى فالحق لا يثبت بمجرد وقوع اليمين المردوده من المدعى بل لا بد من إنشاء حكم الحاكم على كل حال لفصل النزاع بين المتخاصمين.

(١) ذهب الصدوقان و الشيخان و الديلمى و الحلبي و غيرهم إلى أن المنكر لو نكل بمعنى أنه لم يحلف و لم يرد الحلف على المدعى، فيعتبره الحاكم ناكلا- و يحكم عليه للنبوى (البيه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه) (١)، و التفصيل قاطع للشركه و هو يقتضى اختصاص اليمين بالمنكر فلا يجوز من المدعى، و فيه: أنه لبيان الحكم الأولى فلا ينافى ثبوت اليمين على المدعى بالرد و من المنكر أو الحاكم مع امتناع المنكر لأنه ولى الممتنع.

و استدل بصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكر و لم تكن للمدعى بيه؟ فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس - إلى أن قال - كتب له اليمين و غسلها و أمره بشربه فامتنع فألزمه الدين) (٢) و وجه الاستدلال أنه قضى عليه بمجرد النكول، و فيه: أنه قضيه فى واقعه لا- عموم فيها، و لعله قضى عليه بمجرد النكول لعدم إمكان الرد على المدعى، مع أن الخبر المتضمن لشرب الماء بالنحو المذكور لم يعمل به الأصحاب فهو موقوف على العمل به.

و استدل بخبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله (قلت للشيخ - يعنى الكاظم - عليه السلام: خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بيه بما له، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له، و إن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له، و إن لم يحلف فعليه، و إن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيه فعلى المدعى اليمين بالله الذى-

ص: ١٠٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

أن يقول الحاكم للمنكر: إن حلفت، وإلا جعلتك ناكلا ورددت اليمين (١)، مره -لا إله إلا هو لقد مات فلان و أن حقه لعله، فإن حلف و إلا فلا حق له، لأننا لا ندري لعله قد أوفاه بينه لا نعلم موضعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع بينه، فإن ادعى بلا بينه فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه(١).

و وجه الاستدلال قوله عليه السلام (و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه) حيث لم يذكر رد اليمين من الحاكم إذا امتنع المنكر من الجميع، و قد صرح بأنه يحكم عليه بمجرد النكول عند عدم الحلف و عدم الرد، و فيه: إنه على قراءه (يرد) بصيغه المجهول فتشمل رد الحاكم و لا- أقل من الاحتمال، بل فى الرياض أنه بصيغه المجهول عن تهذيب الشيخ و هو معتبر مصحح عنده مضبوط، و قال: و به صرح بعض الفضلاء.

و ذهب الشيخ أيضا فى الخلاف و ابن إدريس و العلامة و الشهيدان بل نسب للكثير من القدماء و سائر المتأخرين أنه مع نكول المنكر يرد الحاكم اليمين على المدعى فإن حلف فله و إن أبى سقط حقه للمحكى من فعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه رد اليمين على المدعى(٢)، و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: (المطلوب أولى باليمين من الطالب)(٣) و هو يدل على شراكتهما فى اليمين و إن كان المطلوب أولى، و صحيح عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق، فإن لم يفعل فلا حق له)(٤) بناء على قراءه (يرد) بصيغه المجهول، و فيه: إنه على خلاف الظاهر بل الظاهر أنه للمعلوم، و السابقان من أخبار العامة، و استدلل بصحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (تردّ اليمين على المدعى)٥ و فيه: لعله بالتماس المنكر و معه لا دلالة فيه على محل النزاع، و استدلل بالاحتياط و بالإجماع المدعى من الشيخ فى الخلاف، و فيهما: أما الاحتياط فهو معارض بمثله حفظا لحق المدعى إذ قد لا يمكن الحلف له، و أما إجماع الشيخ فهو غريب منه إذ خالف الشيخ نفسه فى النهاية و قد سبقه الصدوقان و شيخه المفيد و أبو الصلاح و سلار إلى الأول و مع مخالفتهم كيف يمكن دعوى الإجماع.

(١) بناء على رد الحاكم اليمين المردودة على المدعى.

ص: ١٠٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.
- ٢- (٢) سنن الدارقطنى ج ٤ ص ٢١٣.
- ٣- (٣) سنن الدارقطنى ج ٤ ص ٢١٩.
- ٤- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٢ و ٣.

و يستحب ثلاثا (١) فإن حلف المدعى ثبت حقه، و إن نكل فكما مر.

(و قيل) و القائل به الشيخان و الصدوقان و جماعه: (يقضى) على المنكر بالحق (بنكوله)، لصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السّلام أنه حكى عن أمير المؤمنين عليه الصلاه و السلام أنه أزم أخرس بدين ادعى عليه فأنكر و نكل عن اليمين فألزمه بالدين بامتناعه عن اليمين.

(و الأول أقرب)، لأن النكول أعم من ثبوت الحق (٢)، لجواز تركه إجلالا، و لا- دلالة للعام على الخاص (٣)، و لما روى عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه رد اليمين على صاحب الحق (٤)، و للأخبار (٥) الداله على رد اليمين على المدعى من غير تفصيل (٦)، و لأن الحكم مبنى على الاحتياط التام، و لا يحصل إلا باليمين (٧)، و فى هذه الأدله نظر يّين.

(و إن قال) المدعى مع إنكار غريمه (لى بينه عرّفه) الحاكم (أن له احضارها، و ليقول: أحضرها إن شئت) (٨) إن لم يعلم ذلك (فإن ذكر غيبتها خيرّه بين إحلاف) (١) لا نص على ذلك لا مره و لا ثلاثا كما صرح به أكثر من واحد، نعم لا بأس به للتسامح فى أدله السنن.

(٢) للمدعى.

(٣) أى لا دلالة للنكول لأنه أعم من كون الحق ثابتا للمدعى و من العدم و مع ذلك لم يحلف إجلالا، و فيه: إن المستدل استدل بفعل أمير المؤمنين عليه السّلام حيث ألزمه بالدين بمجرد امتناعه عن اليمين، و قد تقدم أنه قضيه فى واقعه و أنه لعل الأمير عليه السّلام فعل ذلك لعدم إمكان رد اليمين على المدعى لأنها دعوى غير جازمه أو لأنه ولى يطالب بمال الغير.

(٤) و قد تقدم أنه مروى من طرق العامه.

(٥) و هى صحيحتا هشام و ابن زراره، و قد تقدم ما فيهما.

(٦) فتشمل رد الحاكم لليمين على المدعى، و لا تختص برد اليمين بالتماس المنكر.

(٧) و قد عرفت أنه معارض بمثله.

(٨) فعن الشيخ فى المبسوط و ابن البراج فى المذهب و ابن إدريس فى السرائر لا يجوز للحاكم أن يقول له: أحضرها، لأنه أمر و الحق للمدعى فلا يؤمر باستيفائه بل يقول: أحضرها إن شئت، و عن الشيخ فى النهايه و المحقق و هو اختيار الأكثر أنه يجوز لأن الأمر هنا ليس للوجوب بل مجرد إذن و إعلام.-



(الغريم و الصبر) (١)، و كذا يتخير بين إحلافه و إقامه البيئه و إن كانت حاضره، و ليس له (٢) طلب إحلافه، ثم إقامه البيئه، فإن طلب إحلافه ففيه ما مر (٣)، و إن طلب احضارها أمهله إلى أن يحضر، (و ليس له إلزامه بكفيل) (٤) للغريم، (و لا ملازمته) لأنه تعجيل عقوبه لم يثبت موجبها. و قيل: له ذلك، (و إن أحضرها و عرف الحاكم العداله) فيها (حكم) (٥) بشهادتها بعد التماس المدعى سؤالها (٦) و الحكم، ثم لا يقول لهما: اشهدا (٧) بل من كان عنده كلام أو شهاده ذكر ما عنده إن شاء، فإن أجابا بما لا يثبت به حق طرح قولهما، و إن قطعاً بالحق، - عن القواعد و المختلف و الدروس التفصيل بين علم الحاكم بمعرفه المدعى أن له الحق فى البيئه فلا يجوز، و بين جهله فيجوز، و الحق أن الأمر هنا ليس بداعى الوجوب بل بداعى الإذن و الاعلام فلا يدل على الإلزام فيجوز أن يقول: احضرها أو أقمها، و الأولى إضافه المشيئه إليه.

(١) لأن الحق للمدعى فله الخيار إن شاء عجل و أحلف الغريم، و إن شاء أخر انتظاراً لإقامه البيئه بلا فرق أن تكون البيئه غائبه أو حاضره.

(٢) أى ليس للمدعى طلب احلاف غريمه ثم إقامه البيئه، لأنه إذا رضى بيمين غريمه فتسقط الدعوى و لا تسمع - البيئه بعد.

(٣) من ذهب حق المدعى فى الدنيا و عدم جواز مقاصته و لا إقامه الدعوى فيما بعد.

(٤) أى حين ما يمهل المدعى لإحضار بيئته فليس للمدعى ملازمه المدعى عليه على وجه لا يجوز له و لا مطالبته بكفيل، لأنهما عقوبه لم يثبت موجبها على الأ-كثر، و ذهب الشيخان فى المقنعه و النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره إلى ذلك حفظاً لحق المدعى حذراً من ذهاب الغريم الموجب للضرر على المدعى.

وفيه: إنه موجب للضرر على المدعى عليه و مع تعارض الضررين يقدم الأقل ضرراً و هذا ما يختلف فيناط أمره بنظر الحاكم و هذا ما صرح به الفاضل المقداد و مال إليه سيد المدارك، و الحق عدم الجواز لما فيه من الضرر على المدعى عليه قبل ثبوت موجبه، و أما المدعى فلم يثبت حقه حتى يكون تفويته موجبا للضرر عليه.

(٥) أى إن عرف الحاكم عداله الشاهدين أو فسقهما لمخالطته لهما حكم على الأول و طرح شهادتهما على الثانى لما تقدم من جواز حكم الحاكم بعلمه.

(٦) أى سؤال البيئه.

(٧) لما فيه من الإحاله إلى المدعى و هو محرم.

و طابق الدعوى، و عرف العدالة حكم كما ذكرنا.

### فى أنه إن عرف الفسق ترك الشاهد

(و إن عرف الفسق ترك)، و لا- يطلب التزكيه لأن الجارح مقدم (١)(و إن جهل) حالها (٢)(استركى) أى طلب من المدعى تزكيتهما فإن زكاهما بشاهدين على كل من الشاهدين يعرفان العدالة و مزيلها أثبتها (٣)،(ثم سأل الخصم عن الجرح) (٤) فإن اعترف بعدمه حكم كما مر، و إن (استنظر أمهله ثلاثه أيام)، فإن أحضر الجارح نظر فى أمره على حسب ما يراه من تفصيل، و إجمال، و غيرهما، فإن قبله قدّمه على التزكيه لعدم المنافاه (٥)،(فإن لم يأت بالجارح) مطلقا (٦)، أو بعد المده (حكم عليه بعد الالتماس) أى التماس المدعى الحكم (٧).

(١) أى مع علمه بالفسق لا يطلب البينه على عدالتهما لأنه جارح و قول الجارح مقدم، لأن المزكى لا يشهد إلا على ما عرف من عدم المعصيه و هذا لا ينافى علم الحاكم الجارح و العالم بالمعصيه إذ لعله قد اطلع على ما لم تطلع عليه البينه المزكيه.

(٢) بحث عنهما بنفسه للمحكى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (١) أنه كان يفعل ذلك بإرسال شخصين من قبله، لا يعلم أحدهما بالآخر، يسألان قبيلتهما عن حالهما، فإن جاء بمدح و حدثنا حكم على طبق شهادتهما، و إن جاء بشين ستر عليهما و دعا الخصمين إلى الصلح، و إن لم يكن لهما قبيله سأل الخصم عنهما فإن زكاهما حكم و إلا ترك قولهما.

(٣) أى العدالة.

(٤) أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (يقول للخصم هل عندك جرح؟ و فى وجوب ذلك اشكال؟ فإن قال: نعم، و سأل الإنظار فى إثباته، انظره لإمكان صدقه، و لقول على عليه السلام لشريح: «و اجعل لمن ادعى شهودا أمدا بينهما، فإن احضرهم أخذت له بحقه، و إن لم يحضرهم أوجبت عليه القضيه» (٢)، إلا- أنه كما ترى لا تعيين فيه لمدته الإنظار التى قدرها فى المبسوط و غيره ثلاثا، بل لا أجد فيه خلافا بينهم، من دون تفصيل بين بعد المسافه و قربها، مع أن ظاهر المرسل المزبور كون الأمد بحيث يمكن إتيان البينه فيه، كما هو ظاهر النافع) انتهى.

(٥) كما تقدم فى تقديم قول الجارح.

(٦) فى المده و بعدها.

(٧) لأنه حقه فلا يستوفى بدون إذنه و طلبه.

ص: ١١٢

- 
- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.  
٢- (٣) (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب القاضى حديث ١.

(و إن ارتاب الحاكم بالشهود) مطلقاً (١) (فرقهم) (٢) استحباباً، (و سألهم عن مشخصات القضية) زماناً و مكاناً و غيرهما من المميزات، (فإن اختلفت أقوالهم سقطت) شهادتهم، و يستحب له عند الريبه و عظمهم و أمرهم بالثبوت و الأخذ بالجزم (٣)، (و يكره له أن يعنّت الشهود) أى يدخل عليهم العنت و هو المشقه (إذا كانوا من أهل البصيره بالتفريق) و غيره من التحزير (٤).

### في أنه يحرم على الحاكم أن يردّد الشاهد إلا في حق الله

(و يحرم) عليه (أن يتعنع الشاهد) (٥) أصل التعنعه في الكلام التردد فيه (١) سواء كانوا شهود الأصل أو شهود التركيه.

(٢) ليسأل كل واحد منهم من دون علم الآخر عن مشخصات القضية بالزمان و المكان و غيرهما، ليستدل على صدقهم باتفاق كلمتهم و عدمه باختلافهم، و قد فعله دانيال النبي عليه السّلام (١) في شهود على امرأه بالزنا فعرف منه كذبهم، و كذا داود عليه السلام (٢)، و قد فعله أمير المؤمنين عليه السّلام كما في خبر أبي بصير (٣) في سبعة نفر خرجوا في سفر ففقد واحد منهم فجاء ولده إلى أمير المؤمنين عليه السّلام و ذكر له ذلك، فاستدعاهم و سألهم فأنكروا، ففرقهم و أقام كل واحد منهم إلى ساريه و وكل به من يحفظه، ثم استدعى واحداً منهم و سأله فأنكر فقال عليه السّلام: الله أكبر، فسمعه الباكون فظنوا أنه قد اعترف، فاستدعى واحداً بعد واحد فاعترفوا بقتله فآلزمهم المال و الدم.

(٣) من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر.

(٤) و هو الحزازه، فيكره للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر و الأذهان القويه أن يفرق بينهم أو يكلفهم ما يثقل عليهم من المبالغه في مشخصات القضية، و كذا يكره لأهل الفضل و العقل الوافر و الدين لما فيه من غضاظه لهم و امتهان و إن كان لا يصل إلى حد الحرمة، نعم يستحب ذلك عند الريبه.

(٥) و هو أن يداخله في أثناء التلفظ بالشهاده بكلام يجعله ذريعه لنطقه ما لا يريد، أو يجعله مانعاً للعدول عما كان يريد التلفظ به، من باب الهدايه إلى ما ينفعه، و كذا استدراجه إلى ما ينفعه، بل يجب على الحاكم أن يكف عن الشاهد حتى ينتهي ما عنده و يحكم بمقتضاه، و إن كان الشاهد يتردد و يتلعثم في شهادته لهيبه الحاكم أو مجلس الحكومه، كل ذلك لما فيه من تضييع الحق و ترويج الباطل.

ص: ١١٣

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٤٢٦-٤٢٧.

٢- (٢) القاضي ج ٧ ص ٣٧٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

(و هو) هنا (أن يداخله فى الشهاده) فيدخل معه كلمات توقعه فى التردد، أو الغلط بأن يقول الشاهد: إنه اشترى كذا فيقول الحاكم: بمائه، أو فى المكان الفلانى، أو يريد أن يتلفظ بشيء ينفعه فيداخله بغيره ليمنعه من إتمامه و نحو ذلك، (أو يتعقبه) بكلام ليحمله تمام ما يشهد به بحيث لولا لردد، أو أتى بغيره، بل يكف عنه حتى ينتهى ما عنده و إن لم يفد، أو تردد، ثم يرتب عليه ما يلزمه، (أو يرغبه فى الإقامة) (١) إذا وجد مترددا (أو يزهده لو توقف، و لا يقف عزم الغريم عن الإقرار (٢) إلا فى حقه تعالى) فيستحب أن يعرض المقر بحدّ الله تعالى بالكف عنه و التأويل.

(لقضيه ماعز بن مالك عند النبي صلى الله عليه و آله و سلم) حين أقر عنده بالزنا فى أربعة مواضع، و النبي صلى الله عليه و آله و سلم يردده و يوقف عزمه تعريضا لرجوعه، و يقول له: لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت قال: لا- قال: أفنكتها لا تكني قال: نعم، قال:

حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها قال: نعم، قال: كما يغيب المروود (٣) فى المكحله و الرشا (٤) فى البئر، قال: نعم، قال: هل تدري ما الزنا، قال: نعم أتيت منها حراما ما يأتى الرجل من امرأته حلالا، فعند ذلك أمر برجمه (٥).

و كما يستحب تعريضه للإنكار يكره لمن علمه منه غير الحاكم حثه على الإقرار، لأن هزّالا قال لماعز: بادر إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قبل أن ينزل فيك قرآن فقال له النبي صلى الله عليه و آله و سلم لما علم به: ألا سترته بثوبك كان خيرا لك.

(١) فلو تردد الشاهد فى الشهاده لأمر قد عرض له لم يجز ترغيبه فى الاقدام، و كذلك لا يجوز تزهيده فى إقامتها بعد فرض جزم الشاهد بالشهادة لما فيه من تضييع الحق و ترويح الباطل.

(٢) أى لا- يجوز للحاكم إيقاف الغريم عن الاقرار لو أراد أن يقر بالحق لما فيه من الظلم بالغريم الآخر، هذا فى حقوق الآدميين، و أما الاقرار فى حق الله تعالى فإنه يجوز ذلك و تزهيده فى إتمامه و تعريضه بالتأويل بل يستحب ذلك لقضيه ماعز بن مالك الأسلمى عند اعترافه بالزنا و قد نقل الخبر الشارح فى الروضه.

(٣) بكسر الميم و سكون الراء و فتح الواو، و هو الميل الذى يكتحل به.

(٤) بالكسر و هو الحبل.

(٥) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٢٦.

و اعلم أن المصنف رحمه الله ذكر أولاً أن جواب المدعى عليه إما إقرار، أو إنكار، أو سكوت (١)، و لم يذكر القسم الثالث، و لعله أدرجه في قسم الإنكار على تقدير النكول، لأن مرجع حكم السكوت على المختار (٢) إلى تحليف المدعى بعد إعلام الساكت بالحال. و في بعض نسخ الكتاب نقل أن المصنف ألحق بخطه قوله: (و أما السكوت فإن كان لآفه) من طرش، أو خرس (توصل) الحاكم (إلى) معرفه (الجواب) بالإشاره المفيده لليقين، و لو بترجمين عدلين، (و إن كان) السكوت (عنادا حبس حتى يجيب) على قول الشيخ في النهايه، لأن الجواب حق واجب عليه، فإذا امتنع منه حبس حتى يؤديه، (أو يحكم عليه بالنكول بعد عرض الجواب عليه) بأن يقول له: إن أجبت، و إلا جعلتك ناكلا، فإن أصر حكم (١) إذا طلب الحاكم الجواب من المدعى عليه فسكت، فإن كان سكوته لدهش له أو غباوه فلا بد من إيناسه إلى أن تزول دهشته و يعرف حاله حينئذ، و إن كان السكوت لآفه من صمم أو خرس فلا بد من التوصل إلى معرفه جوابه المعتبر بإشارته المفيده لليقين بكونه مقرا أو منكرا، و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى مترجم فلا بد من اثنين عدلين يترجمان إشارته، و إن كان سكوته عنادا ففيه أقوال:

الأول: أنه يلزم بالجواب فإن أصرّ حبس حتى يبين، لأن الجواب حق عليه فيجوز حبسه لاستيفائه منه، و هو المحكى عن الشيخ في النهايه و الخلاف و المفيد و سلاّر و ابني حمزه و سعيد و العلامه و ولده بل في المسالك نسبتة إلى المتأخرين.

الثاني: من أنه يجبر من دون حبس بل يجبر بالضرب و يبالغ معه في الإهانه، و قال في الجواهر: لم نعرف قائله، و دليله من باب الأمر بالمعروف، و أن الجواب حق عليه فينتزع منه و لو بالضرب.

الثالث: قول الشيخ في المبسوط و الحلّي في سرائره و العلامه في موضع من القواعد و القاضى في مهذبته يقول له الحاكم: إما أجبت و إما جعلتك ناكلا، و عليه فإن قلنا بالحكم عليه بالنكول فهو و إلا ردّ الحاكم اليمين على المدعى كما تقدم الخلاف فيه، و استدل لهذا القول بأنه لو أجاب جوابا صحيحا ثم امتنع عن اليمين جعل ناكلا، فإذا امتنع عن الجواب و اليمين معا كما هو المفروض هنا فأولى أن يكون ناكلا، و بالإضافة إلى أن العناد أشدّ و أظهر هنا، و الأخير متجه لما في الأول و الثاني من الحبس و الضرب و هما ضرران عليه من دون دليل ملزم.

(٢) و هو مختار الشارح لا المصنف، و إلا مختار المصنف الحكم عليه بمجرد النكول من دون رد اليمين على المدعى من قبل الحاكم.

بنكوله على قول من يقضى بمجرد النكول و لو اشترطنا معه (١) إخلاف المدعى أحلف بعده. و يظهر من المصنف التخيير بين الأمرين (٢) و الأولى جعلهما إشاره إلى القولين، و فى الدروس اقتصر على حكايتهما قولين و لم يرجح شيئا. و الأول (٣) أقوى (٤).

## القول فى اليمين

### إشاره

(القول فى اليمين)

### فى أنه لا تعتقد اليمين الموجهه للحق إلا بالله تعالى

(١- لا- تعتقد اليمين الموجهه للحق) من المدعى، (أو المسقطه للدعوى) من المنكر (إلا بالله تعالى) (٥) و أسمائه الخاصه (مسلمًا كان الحالف أو كافرا)، و لا يجوز بغير (١) مع النكول.

(٢) من الحبس حتى يجيب أو الحكم عليه بالنكول.

(٣) أى الحبس حتى يجيب.

(٤) قال فى المسالك (فالقول الأول هو الأقوى، و ذكر المصنف - أى المحقق فى الشرائع - أنه مروى أيضا و لم نقف على روايته) و قد عرفت ما فيه.

(٥) لا خلاف فى ذلك للأخبار.

منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تحلفوا اليهودى و لا النصرانى و لا المجوسى بغير الله، إن الله عز و جل يقول: فاحكم بينهم بما أنزل الله) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا أرى أن يحلف الرجل إلا بالله) (٢) و صحيح ابن مسلم (قلت لأبى جعفر عليه السلام: قول الله: وَ اللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى وَ النَّجْمِ إِذَا هَوَى و ما أشبه ذلك، فقال: إن الله عز و جل أن يقسم من خلقه بما شاء، و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به) (٣) و مقتضى الأخبار لا بديه الحلف بالله أو بأسمائه و لو من الكافر، و عن الشيخ فى المبسوط أنه لا- يقتصر فى المجوسى على لفظ الجلاله لاحتمال أنه يريد منه النور فلا بد من إضافه الخالق فىقال: خالق النور و الظلمه لدفع هذا الاحتمال، و مال إليه فخر المحققين و هو ظاهر الدروس، و فيه: إن المعبر هو العلم بكونه قد أقسم بالله الذى هو المأمور به شرعا فيتحقق الأجزاء، و أما مطابقه قصده للفظ فليس بشرط فى صحه اليمين لاطلاق الأخبار المتقدمه.

ص: ١١٤

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٣.

ذلك كالكتب المنزله و الأنبياء و الأئمه (١) لقول الصادق عليه السّلام: لا يحلف بغير الله (٢)، و قال: اليهودى و النصرانى و المجوسى لا تحلفوهم إلا بالله و فى تحريمه بغير الله فى غير الدعوى نظر، من ظاهر النهى فى الخبر، و إمكان حمله على الكراهه أما بالطلاق و العتاق (٣)...

(١) بلا خلاف فيه لما تقدم من حصر الحلف بالله جل و علا، و فى النبوى (من حلف بغير الله فقد أشرك) (١) و فى آخر (فقد كفر) ٢.

و ظاهر الأخبار ترتب الاثم لو حلف بغير الله مع عدم انقطاع الدعوى به، و أما القسم بغير الله فى غير الدعوى فعن جماعه الحرمة، و عن المسالك و تبعه الكفايه و صاحب الجواهر الكراهه للسيره المستمره و لورود النصوص بذلك.

(منها) خبر أبى جرير القمى (قلت لأبى الحسن عليه السّلام: جعلت فداك قد عرفت انقطاعى إلى أبيك ثم إليك، ثم حلفت له: و حق رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و حق فلان و فلان حتى انتهيت إليه أنه لا يخرج ما تخبرنى به إلى أحد من الناس، و سألته عن أبيه أحمى هو أم ميت، قال: قد و الله مات - إلى أن قال - فأنت الإمام؟ قال: نعم) (٢) و خبر محمد بن يزيد الطبرى (كنت قائما على رأس الرضا عليه السّلام بخراسان - إلى أن قال - فقال: بلغنى أن الناس يقولون: إنا نزعم أن الناس عبيد لنا، لا و قرابتى من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ما قلته قط، و لا سمعت أحدا من آبائى قاله، و لا بلغنى من أحد من آبائى قاله، و لكنى أقول: إن الناس عبيد لنا فى الطاعه، موال لنا فى الدين فليبلغ الشاهد الغائب) ٤.

و لذا ذهب ابن الجنيد إلى جواز الحلف بما عظم الله من الحقوق من دون كراهه، لأن ذلك من حقوق الله عز و جل.

(٢) و هو خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يحلف بغير الله، و قال: اليهودى و النصرانى و المجوسى لا تحلفوهم إلا بالله عز و جل) (٣).

(٣) فالحلف بالطلاق و العتاق كما تفعله العامه مما لا يجوز بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر صفوان الجمال عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن المنصور قال له: رفع إلى أن مولاك المعلى بن خنيس يدعو إليك و يجمع لك الأموال، فقال: و الله ما كان، فقال: لا أرضى منك إلا بالطلاق و العتاق و الهدى و المشى، فقال: أ بالأنداد من دون الله تأمرنى أن -

ص: ١١٧

١- ( (١ و ٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٤ - من کتاب الأيمان حديث ٢٣.

٢- ( (٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من کتاب الأيمان حديث ٦ و ٧.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من کتاب الأيمان حديث ٢.



و الكفر و البراءة (١) فحرام قطعاً. (و لو أضاف مع الجلاله خالق كل شىء فى المجوسى كان حسناً) إماطه (٢) لتأويله، و يظهر من الدروس تعين إضافه نحو ذلك فيه لذلك (٣)، و مثله خالق النور و الظلمه.

(و لو رأى الحاكم ردع الذمى بيمينهم فعل (٤)، إلا أن يشتمل على محرم) (٥) كما لو اشتمل على الحلف بالأب و الابن و نحو ذلك، و عليه حمل ما روى أن -أحلف، إنه من لم يرض بالله فليس من الله فى شىء (١) و خبر منصور بن حازم (قال لى أبو عبد الله عليه السلام: أما سمعت بطارق، إن طارقاً كان نحاساً بالمدينه فأتى أبا جعفر عليه السلام: فقال: يا أبا جعفر، إنى هالك، إنى حلفت بالطلاق و العتاق و النذور، فقال: يا طارق هذا من خطوات الشيطان) ٢ و مثلها غيرها.

(١) تقدم الكلام فيه فى باب اليمين و النذر.

(٢) أى دفعاً.

(٣) أى فى المجوسى دفعاً لتأويله.

(٤) قد تقدم عدم جواز الحلف بغير الله و لو من الكافر، و عن الشيخ و المحقق و جماعه لو رأى الحاكم تحليف الذمى بما يقتضيه دينه أوردع من إحلافه بالله جاز لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراه التى أنزلت على موسى عليه السلام) (٢) و صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سألته عن الأحكام فقال:

فى كل دين ما يستحلفون به) و فى نسخه (ما يستحلون به) ٤، و خبر محمد بن قيس (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: قضى على عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلف بكتابه و ملته) (٣)، و سيأتى معنى يمين الصبر و خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن علياً عليه السلام كان يستحلف اليهود و النصارى بكتابتهم، و يستحلف المجوس ببيوت نيرانهم) ٤، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم فلا بد من حملها على جواز ذلك مع الحلف بالله احتياطاً للمسلمين.

(٥) قال فى الجواهر (نعم فى اللمعه و الروضه إلا- أن يشتمل على محرم كما لو اشتمل الحلف على الأب و الابن تعالى الله عن ذلك).

ص: ١١٨

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الأيمان حديث ٣ و ٤.

٢- (( ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٣٢ - من كتاب الأيمان حديث ٤ و ٧.

٣- (( ٥ و ٦ )) الوسائل الباب - ٣٢ - من كتاب الأيمان حديث ٨ و ١٢.

عليها عليه السّلام استحلّف يهوديا بالتوراه. وربما أشكل تحليف بعض الكفار باللّٰه تعالى، لإنكارهم له فلا يرون له حرمه، كالمجوس فإنهم لا يعتقدون وجود إله خلق النور و الظلمه فليس فى حلفهم به عليهم كلفه، إلا أن النص ورد بذلك.

### فى التغليظ عند اليمين

(و ينبغى التغليظ بالقول) (١) مثل و الله الذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب، الضارّ النافع، المدرك المهلك، الذى يعلم من السر ما يعلمه من العلانيه (٢) (و الزمان) كالجمعه و العيد (٣)، و بعد الزوال، و العصر (٤)، (١) لأن فيه مظنه رجوع الحالف إلى الحق خوفا من عقوبه الله، و على تقدير جرأته كاذبا فهو مظنه المؤاخذه حيث أقدم على الحلف باللّٰه مع إحضار عظمته و جلالته فى الموضوع و الزمان و القول التى هى محل احترام.

(٢) و هذا مستفاد من خبر محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكر و لم يكن للمدعى بينه، فقال: إن أمير المؤمنين عليه السّلام أتى بأخرس فادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينه، فقال أمير المؤمنين عليه السّلام: الحمد لله الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت للأمه جميع ما تحتاج إليه - إلى أن قال - ثم كتب أمير المؤمنين عليه السّلام: و الله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضارّ النافع، المهلك المدرك، الذى يعلم السر و العلانيه، إن فلان بن فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان - أعنى الأخرس - حق و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا بسبب من الأسباب، ثم غسله و أمر الأخرس أن يشر به فامتنع، فألزمه الدين) (١)، و فى النهج عن أمير المؤمنين عليه السلام (احلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برىء من حول الله و قوته، فإنه إذا حلف بها كاذبا عوجل، و إذا حلف باللّٰه الذى لا إله إلا هو لم يعاجل، لأنه قد وَّحد الله سبحانه) (٢).

(٣) و فضلها واضح.

(٤) لقوله تعالى: (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ) (٣)، و هو مفسّر بما بعد صلاه العصر، و للنبوى (ثلاثه لا ينظر الله إليهم يوم القيامة، و لا يزيكهم و لهم عذاب أليم، رجل تابع إمامه فإن أعطاه وفى له به و إن لم يعطه خانه، و رجل حلف بعد العصر يمينا فاجره -

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من كتاب الأيمان حديث ٢.

٣- (٣) سورة المائدة، الآية: ١٠٦.

(و المكان) (١) كالكعبة و الحطيم و المقام، و المسجد الحرام، و الحرم و الأقصى تحت الصخره، و المساجد فى المحراب. و استحباب التغليظ ثابت (فى الحقوق كلها، إلا أن ينقص المال عن نصاب القطع) و هو ربع دينار (٢)، و لا- يجب على الحالف الإجابة إلى التغليظ (٣)، و يكفيه قوله: و الله ما له عندى حق.

-ليقطع بها مال امرئ مسلم... (١) إلى غير ذلك من الأوقات المكروهه كشهري رمضان و غيره.

(١) كالمسجد الحرام و الأماكن المعظمه و المشاهد المشرفه خصوصا منبر النبي صلى الله عليه و آله و سلم للنبوي (من حلف على منبرى هذا يمينا كاذبه تبوأ مقعده من النار) (٢) و فى ثاب (لا يحلف أحد عند منبرى هذا على يمين آثمه و لو على سواك أخضر إلا تبوأ مقعده من النار أو وجبت له النار) ٣، و فى ثالث (من حلف على منبرى هذا يمينا كاذبه استحل بها مال امرئ مسلم فعليه لعنة الله و الملائكه و الناس أجمعين) (٣).

(٢) فالحكم مشهور كما فى الجواهر و المسالك و فى الرياض نفى الخلاف فيه، و قال فى المسالك: (هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب و ذكروا أنه مروى، و ما وقفت على مستنده، و للعامه اختلاف فى تحديده بذلك - أى ربع دينار - أو بنصاب الزكاه و هو عشرون ديناراً أو مائتا درهم، و ليس للجميع مرجح واضح). و قال فى الجواهر:

(قلت: لعله مضافاً إلى ما سمعت - من دعوى الاجماع - المرسل أو الصحيح عن زراره و محمد بن مسلم (٤) عنهما عليهما السلام جميعاً: لا يحلف أحد عند قبر النبي صلى الله عليه و آله و سلم على أقل مما يجب فيه القطع) انتهى.

(٣) بلا- خلاف فيه و لذا لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لا- يجبر، و للإطلاق فى خير أبى حمزه عن على بن الحسين عليهما السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تحلفوا إلا بالله، و من حلف بالله فليصدق، و من لم يصدق فليس من الله، و من حلف له بالله فليرض، و من حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عز و جل) (٥) و مثله غيره، و لذا لو حلف بالله دون التغليظ لوجب الرضا به و لا يجب عليه الزيادة.

ص: ١٢٠

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٧٧.

٢- (( ٢ و ٣ )) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٧٦.

٣- (٤) مجمع الزوائد ج ٣ ص ٣٠٧.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الأيمان حديث ١.

(و يستحب للحاكم وعظ الحالف قبله) (١) و ترغيبه في ترك اليمين، إجلالا لله تعالى، أو خوفا من عقابه على تقدير الكذب، و يتلو عليه ما ورد في ذلك من الأخبار والآثار، مثل ما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، من أجلَّ اللهُ أن يحلف به أعطاه الله خيرا مما ذهب منه، و قول الصادق عليه السَّلام: من حلف بالله كاذبا كفر، و من حلف بالله صادقا أثم، إن الله عزَّ و جلَّ يقول: (وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ) ، و عنه عليه السَّلام (٢) قال حدثني أبي أن أباه كانت عنده امرأه من الخوارج فقضى لأبي أنه طلقها، فادعت عليه صداقتها فجاءت به إلى أمير المدينة تستعديه، (١) للأخبار منها: خبر يعقوب الأحمر عن أبي عبد الله عليه السَّلام (من حلف على يمين و هو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله) (١) و خبر جابر بن يزيد عن أبي جعفر عليه السَّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إياكم و اليمين الفاجره فإنها تدع الديار بلاقع) ٢، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السَّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من أجلَّ اللهُ أن يحلف به أعطاه الله خيرا مما ذهب منه) (٢) ، و خبر أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله عليه السَّلام (لا تحلفوا بالله صادقين و لا كاذبين، فإنه عز و جل يقول: وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ) ٤، و خبر أبي سلام المتعبد أنه سمع أبا عبد الله عليه السَّلام يقول لسدير: (يا سدير من حلف بالله كاذبا كفر، و من حلف بالله صادقا أثم، إن الله عز و جل يقول: و لا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم) (٣) ، و خبر علي بن أبي حمزة عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السَّلام (إن أباه كانت عنده امرأه من الخوارج، أظنه قال: من بنى حنيفه، فقال له مولى: يا بن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

إن عندك امرأه تبرأ من جدك، فقضى لأبي أن طلقها فادعت عليه صداقتها فجاءت به إلى أمير المدينة تستعديه فقال له أمير المدينة: يا على إما أن تحلف و إما تعطيها، فقال لى: يا بنى قم فأعطها أربعمائة دينار، فقلت له: يا أبة، جعلت فداك، أ لست محقا؟ قال: بلى يا بنى، و لكننى أجلت الله أن أحلف به يمين صبر) (٤) و اليمين الصبر هى يمين الصدق لأن الحالف يصبر عليها كما قيل، و عن المغرب أنها هى التى يصبر عليها، أى يحبس حتى يحلف.

(٢) و الخبر مروى عن أبي جعفر عليه السَّلام كما تقدم.

ص: ١٢١

- ١- ( ( ١ و ٢ ) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الأيمان حديث ٤ و ٦ .
- ٢- ( ( ٣ و ٤ ) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الأيمان حديث ٣ و ٥ .
- ٣- ( ٥ ) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الأيمان حديث ٦ .
- ٤- ( ٦ ) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الأيمان حديث ١ .

فقال له أمير المدينة: يا على إما أن تحلف، أو تعطيها فقال لى يا بنى: قم فأعطها أربعمائه دينار، فقلت: يا أبه جعلت فداك، أ لست محقا قال: بلى و لكنى أجلت الله عزّ و جلّ أن أحلف به يمين صبر.

### فى الحلف على نفى الاستحقاق

(و يكفى الحلف على نفى الاستحقاق (١) و إن أجب) فى إنكاره (بالأخص) كما إذا ادعى عليه قرضا فأجاب بأنى ما اقترضت، لأن نفى الاستحقاق يشمل المتنازع و زياده، و لأن المدعى قد يكون صادقا فعرض ما يسقط الدعوى، و لو اعترف به و ادعى المسقط طولب بالبينه، و قد يعجز عنها فدعت الحاجه إلى قبول الجواب المطلق، و قيل: يلزمه الحلف على وفق ما أجب به، لأنه بزعمه قادر على (١) لقد أجاد الشارح فى المسالك فى تحرير هذه المسأله حيث قال: (إذا ادعى عليه شيئا فإما أن يطلق الدعوى كقوله: لى عليك مائه، أو يخصصها فى سبب معين، كقوله: من ثمن مبيع أو أجره أو غضب، و إنكار المدعى عليه إما أن يكون مطلقا أيضا، كقوله: لا تستحق عندى شيئا أو معينا، كقوله: لم أغضب أو لم اشتر أو لم استأجر، فمع اطلاق الإنكار يكفيه الحلف على نفى الاستحقاق مطلقا اتفاقا، لأن الغرض يحصل به، و نفى العام يستلزم نفى الخاص، فإن أجب بنفى الخاص فإذا حلف عليه فكذلك لأنه هو المطابق للإنكار و يأتى على الدعوى.

و إن أراد الحلف على نفى الاستحقاق - عند كون إنكاره بنفى الخاص - ففى إجابته قولان، أظهرهما نعم لما تقدم من دخول الخاص فى ضمن نفيه، و جاز تعلق غرض صحيح بالعدول إلى العام بأن كان قد غضب أو اشترى أو استأجر و لكن برئ من الحق بدفع أو إبراء فحلفه على نفى الخاص كذب، و العدول إلى العام مع كونه صدقا يتضمن الفرض الصحيح من براءته من حقه، و قال الشيخ: يلزمه فى هذه الصوره الحلف على وفق الجواب، لأنه المطابق للدعوى، و جوابه بنفى الأخص يقتضى عدم تلك الاحتمالات الموجبه للعدول إلى الأعم، و لو وقعت لأجاب ابتداء بنفى الاستحقاق.

و يضعف بأنه مع تسليم قدرته على الحلف على وفق الجواب لا يلزم منه وجوب إجابته إليه، و إنما اللازم له الحلف على البراءه من حقه بأى لفظ اتفق، فله العدول إلى نفى الاستحقاق اقتراحا، مع أنا نمنع من استلزام جوابه بنفى الأخص إمكان حلفه عليه لما استقر عليه من العادات من التساهل فى جواب المحاورات بما لا يتساهل به فى وقت الأيمان و نحوها) انتهى. و المنع الثانى شرحه صاحب الجواهر بقوله: (ربما كان له غرض بتغيير المحلوف عليه عما أجب به لمعلوميه التسامح فى العاده فى المحاوره بما لا يتسامح به فى حال الحلف) انتهى.

الحلف عليه حيث نفاه بخصوصه إن طلبه منه المدعى و يضعف بما ذكرناه، و بإمكان التسامح فى الجواب بما لا يتسامح فى اليمين.

(و) الحالف (يحلف) أبدا (على القطع (١) فى فعل نفسه و تركه و فعل غيره)، لأن ذلك يتضمن الاطلاع على الحال الممكن معه القطع، (و على نفي العلم فى نفي فعل غيره) كما لو ادعى على مورثه مالا- فكفاه الحلف على أنه لا- يعلم به، لأنه يعسر الوقوف عليه، بخلاف إثباته فإن الوقوف عليه لا يعسر.

## القول فى الشاهد و اليمين

### إشارة

(القول فى الشاهد و اليمين (٢)

### فى ما يثبت بشاهد و يمين

(كل ما يثبت بشاهد و امرأتين يثبت بشاهد و يمين (٣)،)...

(١) أى البيت إثباتا و نفيًا لأنه أعرف بنفسه، و كذا لو أراد الحلف على فعل الغير فيحلف على البت لأنه يسهل الوقوف عليه كما أنه يشهد به، و أما لو أراد الحلف على نفي فعل الغير فيحلف على عدم العلم به، لأن النفي المطلق بمعنى أنه لم يفعله الغير واقعا مما يعسر الوقوف على سببه و لهذا لا تجوز الشهادة على النفي.

(٢) لا- خلاف و لا- إشكال فى القضاء بالشاهد و اليمين فى الجملة، و هو عندنا موطن وفاق و وافقنا عليه الكثير من العامة، و خالف أبو حنيفة و أصحابه ففى خبر أبى العباس بن هلال عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (إن جعفر بن محمد عليهما السّلام قال له أبو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السّلام: قضى به رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، و قضى به على عليه السّلام عندكم، فضحك أبو حنيفة، فقال له جعفر عليه السّلام: أنتم تقضون بشهاده واحد شهاده مائه، قال: ما نفعل، فقال عليه السّلام: بلى يشهد مائه فترسلون واحدا يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقبوله) (١)، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق) (٢) و صحيح حماد (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: حدثنى أبى أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قضى بشاهد هو و يمين) (٣) و مثلها غيرها.

(٣) وقع الخلاف فيه فعلى المشهور أن الشاهد و اليمين يجرى فى حقوق الناس المالىة لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (لو كان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز و جل أو-

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١٣ و ٢ و ٤.

و عن الشيخ و ابن زهره و جماعه من القدماء اختصاص ذلك بالدين فقط للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يكون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد فقال: كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحق، و ذلك في الدين) ٢ و خبر حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (كان على عليه السلام يجيز في الدين شهاده رجل و يمين المدعى) ٣ و خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يجيز في الدين شهاده رجل واحد و يمين صاحب الدين، و لم يجز في الهلال إلا شاهدي عدل) ٤، و خبر القاسم بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام (قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بشهاده رجل مع يمين الطالب في الدين وحده) ٥، و مقتضى الجمع بين الأخبار يقتضى اختصاص ذلك بالدين.

و على المشهور لم يعمل بهذه الأخبار إما للاعراض عنها و إما لأنها غير صالحه للتقييد لأنها بصدد بيان فعل النبي صلى الله عليه و آله و سلم في الدين و لا تدل على أنه لا يجوز ذلك في غير الدين.

و فيه: كثرتها مع العمل بها من جماعه من القدماء يوجب التمسك بها هذا من جهه و من جهه أخرى فهي صريحه في التقييد، و من جهه ثالثة فصحيح محمد بن مسلم المتقدم مطلق غير ظاهر في حقوق الناس الماليه، إذ حمله على هذه الحقوق الماليه فقط من دون مستند و لذا ذهب صاحب الكفايه و مال إليه في الجواهر من باب التمسك بها إلى كل حقوق الناس سواء كانت ماليه أو لا- كعيوب النساء و الوكاله و العتق و الرجعه و الطلاق و الخلع و التدبير و النسب و غير ذلك مما لا يختص بخصوص المال، بالإضافة إلى أن المشهور غير متفق في تحديد الحقوق الماليه، بل كلامهم في غايه التشويش، بل يختلف كلام الشخص الواحد في كتابين بل في كتاب واحد في ضابطه الحقوق الماليه و مصاديقها، فالأقوى اختصاص ذلك بالدين فقط.

و أما شهاده امرأتين و شاهد فلا يثبت بهما شيء من حقوق الله سبحانه الموجه للحد، و أما حقوق الأدميين فإن كان كالطلاق و الخلع و الوكاله و الوصيه إليه و النسب و رؤيه الاهله فلا خلاف في عدم القبول إلا من الشيخ و ابن الجنيد في الطلاق و النسب و الخلع، و أما في العتق و النكاح و القصاص ففيه خلاف، و أما إذا كانت حقوق الأدميين من قبيل الدين و القرض و الغصب و البيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجاره و الوصيه له و الجنايه التي -



(و هو (١) كل ما كان مالا، أو كان المقصود منه المال كالدين و القرض) (٢) تخصيص بعد التعميم (٣)،(و الغصب، و عقود المعاوضات (٤) كالبيع و الصلح)، و الإجاره، و الهبه المشروطه بالعوض (٥)،(و الجنايه الموجهه للديه كالخطأ، و عمد الخطأ، و قتل) -توجب الديه فعلى المشهور القبول، و قد اتفق الجميع فى قبولها بالدين، كل ذلك للأخبار الوارده فى ذلك و سيأتى تفصيل ذلك فى باب الشهادات و سترى أن موارد قبول شهاده المرأتين مع الشاهد هى عين موارد الشاهد و اليمين، إلا فى الدم بالنسبه للديه لثلا يذهب حق المسلم، هذا و هل تقبل شهاده امرأتين و يمين بدل شاهد و يمين، الأكثر على ذلك لخبر منصور بن حازم (حدثنى الثقة عن أبى الحسن عليه السّلام أنه قال: إذا شهدت لصاحب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز)(١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف بالله أن حقه لحق)٢.

و عن ابن إدريس عدم قبول شهاده المرأتين مع اليمين محتجا بعدم الاجماع و بعدم تواتر الأخبار، و هو مبنى على أصله من عدم الأخذ بخبر الواحد و هو ضعيف، نعم الرجوع إلى الأخبار يعطى أن جواز ذلك مختص بالدين و منه تعرف أن جواز ذلك فى مطلق المال كما عليه المشهور ليس فى محله.

(١) أى ما يثبت بشاهد و يمين و ضابطه: ما كان مالا كالدين و القرض و الغصب و الالتقاط و الاحتطاب و الأسر، أو ما يقصد به المال كما فى المعاوضات كالبيع و الصرف و الصلح و الاجاره و الهبه و الوصيه له و الجنايه الموجهه للديه كالخطأ المحض و قتل الوالد ولده، و قتل الحر العبد، و كسر العظام و الجائفه و المأمومه، و يخرج عنه غيرهما كالخلع و الطلاق و الرجعه و العتق و التدبير و الكتابه و النسب و الوكاله و الوصيه إليه و عيوب النساء على خلاف فى بعضها كما سيأتى، و لكن نحن فى غنى عن هذا البحث بتمامه لاختصاص الشاهد و اليمين فى الدين فقط.

(٢) أمثله القسم الأول و منها الغصب و غيره.

(٣) فالدين ما ثبت بالذمه و لو من مهر أو جنايه أو تلف، و أما القرض فهو ما يثبت بالذمه بالاستدانه فهو أخص.

(٤) أمثله القسم الثانى.

(٥) و أما الهبه غير المشروطه بعوض فليست من المعاوضات، على أن إنكارها يعد رجوعا عنها إذا لم تكن على الرحم و لم يستعملها الآخذ.

ص: ١٢٥

(الوالد ولده، و قتل الحر العبد، و المسلم الكافر، و كسر العظام) و إن كان عمدا، (و كذا (الجائفة (١) و المأمومه (٢)، و المنقله (٣) لما فى إيجابها (٤) القصاص على تقدير العمد من التغيرير.

### فى ما لا يثبت بالشاهد و اليمين

(و لا- يثبت) بالشاهد و اليمين (عيوب النساء) و كذا عيوب الرجال، لاشتراكهما فى عدم تضمينهما المال، (و لا الخلع) (٥) لأنه إزاله قيد النكاح بفديه و هى شرط فيه، لا داخله فى حقيقته، و من ثم أطلق المصنف و الأكثر و هذا يتم مع كون المدعى هو المرأه، أما لو كان الرجل فدعواه تتضمن المال و إن انضم إليه أمر آخر، فينبغى القطع بثبوت المال كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين فى غيره (٦) كالسرقه، فإنهم قطعوا بثبوت المال. (٧) و هذا قوى و به جزم فى الدروس (و الطلاق) المجرى عن المال و هو واضح، (و الرجعه) (٨) لأن مضمون الدعوى إثبات الزوجيه و ليست مالا و إن لزمها النفقه، لخروجها عن حقيقتها (٩)، (و العتق (١٠) على قول) مشهور لتضمنه إثبات الحرية و هى ليست مالا، و قيل:

(١) التى تصل إلى الجوف من أى الجهات.

(٢) التى تصل إلى أم الرأس و هى الخريطه التى تجمع الدماغ.

(٣) بالتشديد و هى التى تنقل العظام من محل إلى آخر.

(٤) فيما ذكر من الجائفة و اختيها و إن كانت على سبيل العمد فلا- يثبت القصاص لما فيه من تغيرير بنفس الجانى لو أريد الاقتصاص منه.

(٥) قال فى المسالك (فإن كان مدعيه الزوج فهو يتضمن دعوى المال، و إن كان تدعيه الزوجه فلا) و هو واضح.

(٦) أى غير الخلع.

(٧) دون الحد فيما لو ثبت السرقه بشاهد و يمين.

(٨) لأنها من حيث هى رجعه لا- توجب النفقه و إنما يوجبها النكاح السابق، و الرجعه رفعت حكم الطلاق فهى بذاتها لا توجب المال و لذا وقع الاتفاق عليها عند أصحاب هذا القول على أنها لا تثبت بشاهد و يمين.

(٩) أى خروج النفقه عن حقيقه الرجعه.

(١٠) فلا- يثبت بشاهد و يمين على قول مشهور إنه يتضمن تحرير الرقبه، و الحرية ليست مالا، و عن البعض أن المملوك مال و تحريره مستلزم لتفويته على المالك فالحرية و إن لم تكن مالا لكنها تتضمن مالا من هذه الحيشه.

يثبت بهما لتضمنه المال من حيث إن العبد مال للمولى فهو يدعى زوال المالى، (و الكتابه و التدبير و الاستيلاء) (١). و ظاهره عدم الخلاف فيها، مع أن البحث (٢) آت فيها (٣). و فى الدروس ما يدل على أنها بحكمه، لكن لم يصرحوا بالخلاف فلذا أفردهما، (و النسب) (٤) و إن ترتب عليه وجوب الإنفاق، إلا أنه خارج عن حقيقته كما مر، (و الوكاله) (٥) لأنها ولايه على التصرف و إن كان فى مال، (و الوصيه إليه) (٦) كالوكاله (بالشاهد و اليمين) متعلق بالفعل السابق، أى لا تثبت هذه المذكورات بهما.

(و فى النكاح قولان) (٧): أحدهما و هو المشهور عدم الثبوت مطلقا (٨)، لأن المقصود الذاتى منه الإحصان، و إقامه السنه، و كف النفس عن الحرام و النسل و أما المهر و النفقه فإنهما تابعان. و الثانى القبول مطلقا (٩) نظرا إلى تضمنه المال و لا نعلم قائله، و فى ثالث قبوله من المرأه دون الرجل لأنها تثبت النفقه و المهر، و ذهب إليه العلامه. و الأقوى المشهور (١٠)،

### فى لو كان المدعون جماعه

(و لو كان المدعون جماعه) و أقاموا شاهدا واحدا (١) فلا تثبت هذه الأمور الثلاثه بالشاهد و اليمين، لأن الذى يدعيها يدعى ملزوم الحريه و قد عرفت أن الحريه ليست مالا فكذا ملزومها، و فيه: إنه يدعى تفويت العبد على سيده و العبد مال فيجرى فيه الخلاف السابق فى العتق.

(٢) أى البحث المتقدم فى العتق.

(٣) أى فى هذه الثلاثه.

(٤) لأن المال ليس داخلا فى حقيقته و إن ترتب عليه.

(٥) و من الواضح عدم دخل المال فى حقيقتها و لا يقصد بها المال.

(٦) بأن يوصى أن يقوم بعمل ما بخلاف الوصيه له، فالمال ليس داخلا فى حقيقه الأول دون الثانى.

(٧) فعن المشهور عدم ثبوته بالشاهد و اليمين لأن المقصود منه بالذات التناسل و إقامه السنه و كف النفس عن الحرام، و المهر و النفقه من التوابع، و قيل: يثبت من حيث تضمنه المهر و النفقه، و عن العلامه فى القواعد الثبوت إذا كانت الزوجه مدعيه لأنها تدعى المهر و النفقه باللازم بخلاف الزوج لو كان مدعيها فلا يثبت.

(٨) سواء كان المدعى الزوج أو الزوجه.

(٩) سواء كان المدعى الزوج أو الزوجه.

(١٠) أى الأول، هذا و قد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (عدم ثبوت كون العنوان للحكم -

(فعلى كل واحد يمين)، لأن كل واحد يثبت حقا لنفسه ولا يثبت مال لأحد يمين غيره (١).

### فى اشتراط شهاده الشاهد أولا

(و يشترط شهاده الشاهد أولا (٢)، و تعديله (٣) و الحلف بعدهما، ثم الحكم يتم بهما (٤) لا بأحدهما فلو رجع الشاهد غرم النصف)، لأنه أحد جزئى سبب فوات المال على المدعى عليه، (و المدعى لو رجع غرم الجميع) (٥)، لاعترافه بلزوم المال له مع كونه قد قبضه، و لو فرض تسلم الشاهد المال ثم رجع أمكن ضمانه -المتعلق بالمال فى شىء من النصوص المرويه من طرفنا كى نرجع فى المراد منه إلى العرف، و كلامهم غير منقح بل فيه من التشويش ما لا يخفى - إلى أن قال - و من الغريب اتفاقهم على خروج الوكاله على المال و إن كانت بجعل، و كذا الوصيه، و اختلافهم فى العتق، و بالجمله كل من أعطى النظر حقه فى كلماتهم و خلع ربقه التقليد يعلم أنها فى غايه التشويش، و السبب فيه هو الضابط المذكور الذى لم نجده فى شىء من النصوص، و إنما الموجود فيها عنوانا للحكم (حقوق الناس بعدم تقييدها بنصوص الدين) انتهى، و قد عرفت لا بديه التقييد و حصر مورد الشاهد و اليمين فى خصوص الدين، فهذا البحث فى مصاديق ضابط المشهور من كونه مالا أو قد قصد به المال ساقط من أساسه.

(١) حلف كل واحد مع الشاهد، لأن هذه الدعوى تنحل إلى دعاوى متعدده و إن كانت واحده ظاهرا بلا خلاف فيه إلا من المقدس البغدادي حيث اجتزأ يمين واحد من أحدهم، و فيه: إنه لو اجتزأ يمين واحد لثبت مال الغير يمين غيره و هو مخالف للقواعد و الأصول المقرره فى هذا الباب.

(٢) ثم الحلف بلا -خلاف فيه و ذلك لأن المدعى وظيفته اليينه لا- اليمين بالأصالة، فإذا أقام شاهدا صارت - اليينه التى هى وظيفته - ناقصه فيتممها باليمين، بخلاف ما لو قدم اليمين فإنه ابتداء بما ليس من وظيفته و لم يتقدمه ما يكون متمما له، و لأن الشاهد أقوى جانبا من اليمين فلا بد من تقديمه، و لأصالة عدم ثبوت الحق بدون تقدم الشاهد على اليمين بعد الشك فى إرادته غيره من إطلاق الأدله.

(٣) اشتراط العداله معلوم حتى تكون شهادته معتبره، و سيأتى الدليل على اشتراط العداله فى الشاهد فى باب الشهادات.

(٤) لأن النصوص السابقه قد وردت بهما، فتكون اليمين قائمه مقام الشاهد الآخر فكل منهما جزء حينئذ.

(٥) لأن يده على المال فيضمنه بتمامه لأنها يد عدوان.

الجميع (١) إن شاء المالك، لاعترافه بترتب يده على المغصوب، فيتخير المالك في التضمين

## في القضاء على الغائب

(و يقضى على الغائب عن مجلس القضاء) (٢) سواء بعد أم قرب و إن كان (١) فيده على المال - حسب الفرض - بعد يد المدعى، فمع فرض رجوع الشاهد عن شهادته و المدعى عن يمينه و دعواه فقد أقر بالحق للمدعى عليه، و لازم اقرارهما أن يدهما على المال يد عدوان، و مع تعاقب الأيدي العدوانية الضامنة على المال فالمالك بالخيار في الرجوع على أيهما شاء.

(٢) القضاء على الغائب مشروع و ثابت في الجملة بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيه و يباع ماله، و يقضى عنه دينه و هو غائب، و يكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيه إلا بكفلاء) (١) و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (كان على عليه السّلام يقول: لا يحبس فى السجن إلا ثلاثه: الغاصب، و من أكل مال اليتيم ظلماً، و من ائتمن على أمانه فذهب بها، و إن وجد له شىء باعه غائباً كان أو شاهداً) ٢.

و ما ورد فى خبر أبى البختري عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (لا- يقضى على غائب) ٣ محمول على أنه لا- يجزم بالقضاء عليه بل يكون على حجته عند حضوره.

و مقتضى الأخبار جواز القضاء على الغائب المسافر سواء كان دون المسافه أو بعدها و خالف يحيى بن سعيد فاعتبر المسافه و الاطلاق المتقدم حجه عليه، و أما إذا كان فى البلد و لم يحضر مجلس الحكم لعارض فكذلك لإطلاق الأخبار المتقدمه، و أما إذا لم يحضر قصدا فالمشهور جواز القضاء عليه للإطلاق المذكور، و عن الشيخ فى المبسوط العدم اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن و هو ما لو غاب على نحو الضروره. و الإطلاق أيضا يدفعه.

ثم إن القضاء على الغائب مخصوص بحقوق الأدميين كالديون و العقود و الايقاعات فإذا ثبتت البيه يحكم بها عليه لثلاث تضيع حقوق الناس و ليس فيها حيف على الغائب لأنه على حجته إذا حضر، و أما فى حقوق الله كالحل المترب على الزنا و غيره فلا، لأنها مبنية على التخفيف فله فعل الزنا بعنوان و طء الشبهه و لذا تدرأ الحدود بالشبهات بلا- خلاف فى ذلك كله، و إنما الخلاف فيما اشتمل على الحقين كالسرقة فلا إشكال فى ثبوت حق الأدمى و هو المال، و أما القطع الذى هو حق الله فمقتضى ما تقدم عدم الثبوت و قد تردد-

ص: ١٢٩

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و ٢ و ٤.

فى البلد و لم يتعذر عليه حضور مجلس الحكم على الأقوى، لعموم الأدله، و لو كان فى المجلس لم يقض عليه إلا بعد علمه (١)، ثم الغالب على حجته لو حضر، فإن ادعى بعده قضاء أو إبراء أقام به البينه، و إلا أحلف المدعى، و محله حقوق الناس، لا حقوق الله تعالى، لأن القضاء على الغائب احتياط، و حقوق الله تعالى مبنيه على التخفيف لغنائه، و لو اشتمل على الحقين كالسرقة قضى بالمال دون القطع.

### فى وجوب اليمين مع البينه على بقاء الحق فى الشهاده على الطفل و المجنون

(و تجب اليمين مع البينه على بقاء الحق) (٢) إن كانت الدعوى لنفسه، و لو -المحقق من حيث إنه حق الله فلا يثبت، و من أن القطع و المال هنا معلولان لعله واحده فإذا ثبت معلول فلا بد أن يثبت الآخر حتما لأنه لا يعقل ثبوت أحدهما دون الآخر، و فيه: إن التفكيك بين المتلازمين فى الفقه غير عزيز و ذلك لأنها ليست معاليل لعله حقيقه بل العله هنا من قبيل المعرفات للأحكام. و مثله ما لو أقر بالسرقة فإنه يثبت المال دون القطع بالاتفاق.

(١) لعدم صدق الغائب عليه فلا تشمله الأخبار المتقدمه.

(٢) قد تقدم أنه لا يستحلف المدعى مع بينته بالاتفاق و يدل عليه مضافا إلى ما تقدم خبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام: عن الرجل يقيم البينه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا) (١) و خبر أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين) ٢.

و ما عن بعض العامه من ضم اليمين إلى البينه فى المدعى ضعيف، نعم قد ورد فى حديث سلمه بن كهيل عن على عليه السلام يقول لشريح: (و ردّ اليمين على المدعى مع بينته فإن ذلك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء) ٣، فهو محمول على الدعوى على الميت كما سيأتى أو أنه يرد إلى أهله لعدم صلاحيته لمعارضه ما تقدم.

إذا تقرر هذا فقد استثنى الأصحاب من ذلك ما لو كانت الدعوى على الميت فإذا ادعى عليه حقا و شهدت البينه بذلك فإنه يستحلف على بقاء الحق فى ذمه الميت استظهارا إذ لعله قد وقاه حقه ببينه أخرى أو من دون بينه، و هذه اليمين تسمى بيمين الاستظهار، و هذا مما لا خلاف فيه لخبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله (قلت للشيخ عليه السلام - يعنى موسى بن جعفر -: خبّرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بما له -

ص: ١٣٠

كانت لموكله، أو للمولى عليه فلا يمين عليه (١)، و يسلم المال بكفيل إلى أن يحضر المالك، أو يكمل (٢) و يحلف (٣) ما دام المدعى عليه غائبا (٤)، (و كذا تجب) اليمين مع -قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له، و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له، و إن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيه، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان و أن حقه لعله، فإن حلف و إلا فلا حق له، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بيته لا نعلم موضعها، أو غير بيته قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيه، فإن ادعى بلا- بيته فلا- حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق(١) و هى نص فى المطلوب، و فى طريقها محمد بن عيسى العبيدى و هو ضعيف عند جماعه، و ياسين الضرير و هو لم يمدح و لم يذم إلا أن المناقشه فى السند مدفوعه لانجبارها بعمل الأصحاب.

ثم هل يتعدى من الميت إلى من يساويه فى المعنى كالدعوى على الغائب و الطفل و المجنون حيث لا لسان لهم، فذهب الأكثر إلى التعدى لاشتراك الجميع فى العله المومى إليها فى النص و هى أن المدعى عليه ليس له لسان يجيب به.

وفيه: إن العله الظاهره من الخبر هو كون المدعى عليه ليس بحى، و هذه العله منتفيه فى المذكورين، بالإضافة إلى أن الميت قد انتفى جوابه مطلقا فى دار الدنيا بخلاف الصبى و المجنون و الغائب فإن لهم لسانا يرتقب جوابهم فى المستقبل فهم باقون على حجتهم، بالإضافة إلى الأخبار المتقدمه فى جواز القضاء على الغائب حيث دلت بإطلاقها على عدم ضم يمين الاستظهار إلى بيته المدعى، و لذا ذهب المحقق و جماعه إلى عدم اللاحاق. ثم إن مورد النص ما لو كانت الدعوى على الميت ديناً، أما لو كانت الدعوى عينا فى يد الميت بعاريه أو غصب و قامت البيه للمدعى أنها له إلى حين الدعوى دفعت إليه من دون ضم اليمين للقطع بنفى احتمال خروج الميت عن حق المدعى، و أما لو قامت البيه للمدعى أنه قد أعطى الميت العين بعاريه أو غصب و لم تشهد أنها باقيه على ملك المدعى إلى حين الدعوى فالأقوى ضم يمين الاستظهار لاحتمال خروج الميت عن حق المدعى.

(١) لما تقدم من عدم اليمين من شخص يدعى المال لغيره.

(٢) أى يتحقق به الكمال من البلوغ و العقل.

(٣) يمين الاستظهار.

(٤) بناء على إلحاقه بالميت.

ص: ١٣١

اليينه (فى الشهاده على الميت و الطفل أو المجنون) أما على الميت فموضع وفاق، و أما على الغائب و الطفل و المجنون فلمشاركتهم له فى العله المومى إليها فى النص، و هو أنه لا لسان له (١) للجواب فيستظهر الحاكم بها (٢)، إذ يحتمل لو حضر كاملاً أن يجيب بالإيفاء، أو الإبراء فيتوجه اليمين، و هو (٣) من باب اتحاد طريق المسألتين، لا من باب القياس.

و فيه نظر للفرق مع فقد النص (٤)، و هو (٥) أن الميت لا-لسان له مطلقاً فى الدنيا بخلاف المتنازع (٦) فيمكن مراجعته إذا حضر، أو كمل، و ترتيب حكم على جوابه، بخلاف الميت فكان أقوى فى إيجاب اليمين فلا يتحد الطريق. و إطلاقه (٧) يقتضى عدم الفرق بين دعوى العين و الدين و قيل بالفرق، و ثبوت اليمين فى الدين خاصة، لاحتمال الإبراء منه و غيره (٨) من غير [علم] الشهود، بخلاف العين فإن ملكها إذا ثبت استصحاب، و يضعف بأن احتمال تجدد نقل الملك ممكن فى الحالين و الاستظهار و عدم اللسان آت فيهما (٩).

## القول فى التعارض

### اشاره

(القول فى التعارض)

### فى ما لو تداعيا ما فى أيديهما

أى تعارض الدعوى فى الأموال (لو تداعيا ما فى أيديهما) (١٠) فادعى كل (١) للميت كما هو مورد النص.  
(٢) أى باليمين.

(٣) أى الحاق الطفل و المجنون و الغائب بالميت.

(٤) إذ النص قد ورد فى الميت و هو مفقود فى الطفل و المجنون و الغائب.

(٥) أى الفرق.

(٦) من الطفل و المجنون و الغائب.

(٧) أى إطلاق النص.

(٨) أى غير الإبراء كالوفاء.

(٩) فى الدين و العين، و قد عرفت عدم الاحتياج إلى اليمين إذا قامت اليينه على ثبوت العين للمدعى إلى حين الدعوى، إلا أن يقال إنها شهاده على النفى لا تقبل لأنها تشهد على عدم ملكيه الميت للعين بنقل من بيع و غيره، و هو ضعيف لأنها تتضمن إثباتاً، و هو استمرار ملكيه المدعى إلى حين الدعوى فلا تغفل.



(١٠) لو تنازعا في عين و كلّ منهما يدعى مجموعها له و لا بينه لهما، فلا يخلو إما أن تكون العين في يدهما، أو في يد أحدهما أو في يد ثالث.

ص: ١٣٢

[واحد] منهما المجموع و لا بينه (حلفا) كل منهما على نفى استحقاق الآخر (و اقتساماه) بالسويه، و كذا لو نكلا عن اليمين (١)، و لو حلف أحدهما و نكل الآخر فهو للحالف (٢)، فإن كانت يمينه بعد نكول صاحبه حلف يميننا واحده تجمع النفي و الإثبات، و إلا (٣) افتقر إلى يمين أخرى للإثبات، (و كذا) يقتسمانه (إن أقاما) - و على الأول فكل منهما مدع النصف الذى هو فى يد غيره و مدعى عليه فى النصف الآخر الذى هو فى يده، فيحلف كل واحد منهما على نفى ما يدعيه الآخر، و لا يتعرض واحد منهما فى يمينه لإثبات ما فى يده بل يقتصر على أنه لاحق لصاحبه فيما فى يده، لأن اليمين هنا يمين المدعى عليه فإذا حلف ثبت قوله فيما هو مدعى عليه، و هو ثبوت ما فى يده له و هو نصف المجموع، و لم يخالف فى ذلك إلا المحقق حيث أورد الحلف بصوره القيل المشعر بالتضعيف مع أن القاعده بأن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر تقتضى الحلف كما ذكرنا.

(١) و قلنا بالحكم على المدعى عليه بمجرد النكول، فما فى يد كل منهما ينتقل إلى الآخر و تكون النتيجة قسمه المدعى فيه نصفين بينهما.

و لو قلنا برد الحاكم اليمين المردوده على المدعى، فكل منهما مدع للنصف الموجود عند الآخر، و كل منهما ناكل عن اليمين المردوده بحسب الفرض فتسقط دعوى كل منهما حينئذ، مع بقاء ما فى يد كل منهما له و النتيجة هى التنصيف بينهما.

(٢) أى المتنازع فيه، فهو له كله، لأن هذا الحالف مدع و مدعى عليه، فيما أنه مدعى عليه بالنصف الذى تحت يده فيحتاج إلى يمين المنكر و هى يمين نفى استحقاق الغير، و بما أنه مدع بالنصف الذى فى يد خصمه - و المفروض أن الخصم قد نكل عن اليمين - فلو حكمنا بمجرد النكول فالنصف الذى فى يد خصمه له بلا حلف منه، و لو رددنا اليمين المردوده عليه فعليه بما هو مدع يمين و هى يمين إثبات أن ما فى يده له، فإذا نكل عليه يمينان هذا كله إذا رغب الحالف باليمين فحلف على إبطال دعوى الخصم، ثم إن الحاكم قد طلب اليمين من ذلك الخصم بالنسبه لدعوى الحالف فنكل فرد اليمين عليه فعليه يمين أخرى و هى يمين إثبات كما عرفت، و أما إذا نكل الخصم من الأول قبل حلف الحالف فيكفيه يمين واحده يجمع بين النفي و الإثبات فيها بأن يقول: و الله لا حق له فى النصف الذى يدعيه و النصف الآخر لى، مع احتمال تعدد اليمين هنا لتعدد السبب المقتضى لتعدد المسبب.

(٣) أى و إن كانت يمينه قبل نكول صاحبه فيجب عليه حينئذ يمين المنكر ثم بعد نكول صاحبه فعليه يمين المدعى و هى يمين إثبات.

بينه (١) و يقضى لكل منهما بما فى يد صاحبه)، بناء على ترجيح بينه الخارج. و لا فرق هنا بين تساوى البيتين عددا و عدالة و اختلافهما.

(و لو خرجا) (٢) فذو اليد من صدّقه من هى بيده مع اليمين (٣)، و على المصدّق اليمين للآخر (٤)، فإن امتنع (٥) حلف الآخر (٦).....

ثم هذا الكلام بتمامه بناء على وجود المتنازع بين أيديهما و لا بينه لهما، و أما إذا كان المتنازع تحت يد أحدهما أو تحت يد ثالث فسيأتى التعرض لهما عند تعرض الشارح فى الروضه.

(١) و كان المتنازع فيه تحت أيديهما فتقسم العين نصفين بينهما بلا خلاف و لا ينظر إلى ترجيح إحدى البيئات على الأخرى بأعدليه أو أكثره، لأن يد كل واحد على النصف و قد أقام الآخر بينه عليه فيقضى له بما فى يد غريمه بناء على تقديم بينه الخارج، فكل من البيتين قد اعتبرت فيما لا تعتبر فيه الأخرى و لذا لم يلحظ الترجيح بالعدد و العدالة هذا ما عليه الأشهر.

و قيل: إن التنصيف ناشئ من تساقط البيتين بعد التعارض و يبقى الحكم كما لو لم تكن هناك بينه، و فيه: إنه يلزم حينئذ اليمين على كل منهما لصاحبه كما تقدم فى المسأله السابقه.

و قيل: إن مع كل واحد مرجحا باليد فتقدم بينته على ما فى يده و كذا خصمه فلذا لا بد من التنصيف، و فيه: إن ترجيح البيته باليد هو عمل بالراجع بحسب الحقيقه، و لازمه عدم اليمين مع عدم البيته لوجود اليد و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

(٢) بأن كانت العين المتنازع فيها تحت يد ثالث، فذو اليد من صدقه الثالث و عليه اليمين للآخر، لأنه بالاقرار له صار كذى اليد فهو مدعى عليه و خصمه مدع، فلو حلف اليمين فهى له، و على المصدّق اليمين للآخر كما فى القواعد، و فيه: إن المصدّق لا دخل له بها بعد التصديق فالدعوى متعلقه بالعين و بعد انتقالها إلى المصدّق تنتقل الدعوى كذلك، إلا أن يكون الآخر قد ادعى على المصدّق العلم بملكه فله عليه اليمين لنفى العلم.

(٣) من المصدّق.

(٤) إن ادعى الآخر على المصدق علمه بملكه لا مطلقا كما عرفت.

(٥) المصدّق.

(٦) أى الخصم الآخر و اغرم المصدّق قيمه العين له، لأن المصدّق باقراره أنها لغير الحالف قد حال بين الحالف و بين العين بعد استقرار العين لغير الحالف للاقرار السابق، و هذا مثل ما لو أقر الثالث أولا أن العين لاحدهما ثم أقر ثانيا بأنها للآخر فتدفع العين للأول و قيمتها للثانى فكذا ما هو بحكمه و هو الحلف هنا.

و أغرم له (١) لحيلولته (٢) بينه و بينها (٣) بإقراره الأول، و لو صدقهما فهى لهما بعد حلفهما، أو نكولهما (٤) و لهما إحلافه إن ادعيا علمه (٥)، و لو أنكرهما (٦) قدم قوله يمينه، و لو كان لأحدهما بينه فى جميع هذه الصور (٧) (فهى لذى بينه) مع يمينه (٨)، و لو أقامها (٩) رجح الأعدل) شهودا، فإن تساوا فى العدالة (فالأكثر) (١) أى و أغرم المصدق للحالف بقيمه العين.

(٢) أى لحيلوله المصدق باقراره.

(٣) أى بين الحالف و بين العين.

(٤) فإن حلفا باعتبار أن كل واحد منهما مدعى عليه بما فى يده، فيثبت لكل منهما ما فى يده، و إن نکلا فإن حکمنا بالنكول فكذلك و لكن لكل واحد منهما ما فى يد خصمه، و إذا رددنا اليمين و كلّ منهما نكل عن اليمين المردوده بما هو مدع بما فى يد غيره تسقط الدعوى و يبقى ما فى يد كل منهما تحت يده.

(٥) بحيث كل منهما يدعى على الثالث بأنه عالم بملكه بتمام العين، و هو منكر فلهما إحلافه.

(٦) حلف لهما سواء ادعاهما لنفسه أو لا، لأن الثالث هنا منكر و هما مدعيان فالقول قوله مع يمينه.

(٧) التى تكون العين تحت يد الثالث سواء صدق أحدهما أو صدقهما معا أو أنكرهما.

(٨) لا معنى لضم اليمين هنا إلى بينه على ذى بينه، لأن صاحب بينه خارج باعتبار كون العين تحت يد الثالث، فهو مدع على كل حال و وظيفته بينه و قد أتى بها، فلا داعى لليمين، و لذا اقتصر الشهيد فى الدروس على بينه من دون ضم اليمين.

و هذا يتم فى صورته إنكارهما، أما فى صورته تصديق أحدهما و كان هو صاحب بينه فلا تقبل منه لأنه ذو يد على العين بالاقرار فهو المنكر و خصمه المدعى، و لا تسمع بينه من المنكر بل وظيفته اليمين، و كذا يأتى الإشكال فى صورته تصديقهما و أتى أحدهما بالبينة فالإشكال السابق يأتى بالنسبه لما صدقه فيه.

(٩) و كانت العين فى يد ثالث و لم يصدق أحدهما و كل منهما قد أقام بينه قضى بأرجح البينتين عداله، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهودا، و مع التساوى فى العدالة و العدد أقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف و قضى له، و لو امتنع أحلف الآخر و قضى له، و إن نکلا قضى بالعين بينهما بالسويه على المشهور للأخبار.

منها: خبر البصرى عن أبى عبد الله عليه السلام (كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود، عدلهم سواء و عددهم سواء، أقرع بينهم على أيهم بصير اليمين، و كان يقول :-

شهودا، فإن تساوا فيهما (فالقرعه) فمن خرج اسمه حلف و أعطى الجميع فإن نكل أحلف الآخر و أخذ، فإن امتنعا قسّمت نصفين (١)، و كذا يجب اليمين على من رجحت بيته (٢) و ظاهر عبارته عدم اليمين فيهما (٣)، و الأول (٤) مختاره في الدروس -اللهم رب السموات السبع، أيهم كان الحق له فأدّه إليه، ثم يجعل الحق للذى بصير عليه اليمين إذا حلف(١) و المرسل في الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السّلام (في البيتين يختلفان في الشىء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا اعتدلت بينه كل واحد منهما و ليس في أيديهما، فإن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و إن كان في يد أحدهما فالبينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه)(٢) فالخبر الأول قد دل على أن القرعه مع اليمين بعد تساوى البيتين عداله و عددا، و المرسل قد دل على أنه إذا لم تكن العين في أيديهما، و هناك أخبار مثلها قد تركناها اختصارا.

(١) لأن العين ليست خارجه عنهما.

(٢) كما صرح بذلك جماعه على ما فى الجواهر لظاهر بعض الأخبار كخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يأتى القوم فيدعى دارا فى أيديهم و يقيم البينه، و يقيم الذى فى يده البينه أنه ورثها عن أبيه، و لا يدرى كيف كان أمرها؟ قال عليه السّلام: أكثرهم بينه يستحلف و تدفع إليه، و ذكر أن عليا عليه السّلام أتاه قوم يختصمون فى بغله فقامت البينه لهؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم و لم يبيعوا و لم يهبوا، و قامت البينه لهؤلاء بمثل ذلك، فقضى عليه السّلام بها لأكثرهم بينه و استحلفهم)(٣) الخبر، و هو ظاهر فى الحلف مع ترجيح بينه للأكثرية و هو الظاهر من عبارته الدروس دون الأعدليه، و عن البعض كصاحب الجواهر و غيره ثبوت الحلف مع ترجيح البينه للأكثرية و الأعدليه و هو الظاهر من كلام الشارح هنا حيث إن الاستفادة من الخبر أن الترجيح هو لتعين من يقدم قوله و يكون بمنزله المنكر، لا لكون البينه حجه فعليه فى إثبات الحق حتى يستغنى عن اليمين.

(٣) أى عند تقديم ذى البينه و لا بينه للآخر، و عند تقديم الأرحح عداله أو أكثرية أو بالقرعه عند إقامه البينه من كليهما.

(٤) أى ما ذكر أولا فى كلام الشارح من لزوم اليمين.

ص: ١٣٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

فى الثانى قطعا (١)، و فى الأول (٢) ميلا.

(و لو تشبث أحدهما) (٣) أى تعلق بها بأن كان ذا يد عليها (فاليمين عليه) إن لم يكن للآخر بينه، سواء كان للمتشبث بينه أم لا، (و لا- يكفى بينته (٤) عنها) أى عن اليمين، لأنه منكر فيدخل فى عموم اليمين على من أنكروا وإن كان له بينه، فلو نكل عنها حلف الآخر و أخذ فإن نكل أقرت فى يد المتشبث (٥)، (و لو أقاما) أى المتشبث و الخارج (بينه فى الحكم لأيهما خلاف). فقيل: تقدم بينه (٦) الداخل (١) عند ترجيح الأعدل أو الأكثر من البيئتين، و فيه: قد عرفت أن ظاهر العبارة أن الحلف عند ترجيح الأكثر كما هو ظاهر الخبر دون ترجيح الأعدل.

(٢) أى فى صورته إقامة أحدهما بينه. و قد عرفت أن الشهيد فى الدروس جزم بعدم اليمين و إليك نص عبارته (و لو خرجا فذو اليد من صدقه الثالث، و عليه اليمين للآخر، فإن امتنع حلف الآخر و اغرم، و لو صدقهما فهى لهما بعد حلفهما أو نكولهما، و لهما إحلافه إن ادعى علمه، و لو أنكروهما حلف، و لو قال: هى لأحدكما و لا أعرفه احتمل القرعة و اليمين، و لو كان لأحدهما بينه فهى له فى الصور كلها، و إن أقاما بيئتين و خرجا فهى للأعدل شهودا، فإن تساوا فالأكثر مع اليمين قاله ابن بابويه و الشيخ فى النهايه، و مع التساوى القرعة أو اليمين) انتهى.

(٣) قد تقدم أن الأقسام ثلاثه، فإن كانت تحت أيديهما أو تحت يد ثالث فقد تقدم الكلام فيهما، و أما إذا كانت تحت يد أحدهما فهو المنكر و خصمه المدعى، فعلى القاعده، من كون اليمين على من أنكروا فهى له مع يمينه، نعم إن نكل المتشبث عن الحلف حلف خصمه المدعى إن لم يقض بالنكول، هذا و حلف المنكر هنا على نفي الاستحقاق و حلف المدعى هنا على الاثبات على ما تقدم فى أول هذه المسأله.

(٤) أى بينه المتشبث لأنه منكر فلا تسمع منه البيئه لأن وظيفته اليمين فيطالب بها.

(٥) لأنه مع نكول المدعى عن اليمين المردود، تسقط دعواه و يكون الحق للمنكر.

(٦) فقيل: يقضى بها للخارج دون المتشبث مع التساوى فى العدد و العداله و عدمه كما عن سلار و ابن زهره و ابن إدريس و الشيخ فى موضع من الخلاف للأخبار.

منها: خبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل فى يده شاه فجاء رجل فادعاها و أقام البيئه العدول أنها ولدت عنده لم يبيع و لم يهب، و جاء الذى فى يده بالبيئه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبيع و لم يهب، قال عليه السلام: حقها للمدعى و لا أقبل من الذى فى يده بينه، لأن الله عز و جل أمر أن تطلب البيئه من المدعى، فإن -

- كانت له بينه وإلا- فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عز و جل(١)، و هى نصّ فى عدم قبول البيئه من المنكر سواء تعارضت البيئات كما هو مورد الخبر أو لا، وهذا ما ذهب إليه سيد الرياض، و هى مؤيده بالعموم الدال على أن اليمين على من أنكر و البيئه على المدعى، و عليه فكل الأخبار التى ترجح البيئه الأ- كثر عداله أو عددا عند التعارض مع كون العين فى يد أحدهما كخبر أبى بصير المتقدم تكون معارضه له.

و ذهب الشيخ فى الخلاف إلى ترجيح بينه ذى اليد مطلقا لخبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان فى دابه و كلاهما أقاما البيئه أنه انتجها، فقضى بها للذى فى يده، و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين)(٢)، و لخبر جابر الأنصارى (إن رجلين تداعيا فى دابه فأقام كلّ بينه أنها دابته انتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للذى هى فى يده)(٣).

و ذهب الشيخ فى النهايه و الاستبصار و التهذيب و المحقق و القاضى و جماعه إلى ترجيح بينه الداخلى إن شهدت بسبب الملك سواء انفردت به أم شهدت بينه الخارج به أيضا، و تقديم بينه الخارج إن شهدت بالملك المطلق أو انفردت بينته بالسبب، و وجهه الجمع بين الأخبار التى دل بعضها على تقديم الداخلى مع بيان السبب كخبر غياث و خبر جابر المتقدمين، و بين الأخبار الداله على تقديم الخارج و هى محموله على ما إذا أطلقنا أو اختصت بينه الخارج بالسبب.

و عن المفيد ترجيح الأعدل من البيئتين أو الأكثر عددا مع تساويهما فى العداله مع اليمين، و مع التساوى يقضى للخارج، و عن ابن حمزه التفريق بين السبب المتكرر كالبيع و الصباغه و غير المتكرر كالنتاج و نساجه الثوب فحكم بتقديم ذى اليد مع كون السبب مما يتكرر، و توقف جماعه كما فى الدروس و اللمعه و المسالك و الكفايه، إلى غير ذلك من الأقوال و قد أنهاها فى المستند إلى تسعه، مع الاختلاف بينهم فى نسبه الأقوال إلى أصحابها أيضا. و الانصاف أن التفريق بين ذكر الشاهد السبب و عدمه مثل أن الدابه انتجت على مذوده أو تملكها بالشراء و نحو ذلك و بين كون الشىء مما يتكرر أو لا يتكرر هو من القيود التى لا تستفاد من الأخبار، لأنها و إن ذكرت فى بعض الأخبار لكن قد ذكرت فى كلام السائل فلا يستفاد منها القيدية هذا من جهه و من جهه أخرى فاصل النزاع قائم على جواز قبول البيئه من المنكر عند التعارض بين البيئات، و إلا فإذا قلنا-

ص: ١٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٣.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٦.

مطلقا لما روى (١) أن عليا عليه السّلام قضى بذلك، و لتعارض البيتين فيرجع إلى - بعدم القبول فالمتعين تقديم بينه الخارج و أما الداخل فوظيفته اليمين ليس إلا و ما عثرت عليه من الأخبار الداله على تقديم بينه الخارج لأن الداخل وظيفته اليمين فلا تقبل منه البيه هي: خير منصور المتقدم فقال عليه السّلام (حقها للمدعى و لا أقبل من الذى فى يده بينه، لأن الله تعالى أمر أن يطلب البيه من المدعى فإن كانت له بينه و إلا فيمين الذى هو فى يده هكذا أمر الله عز و جل)(١) و خير الدعائم المرسل عن أمير المؤمنين عليه السّلام (و إن كان فى يد أحدهما فالبيه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه)(٢) مع أن صدره صريح فى اختلاف البيات فى الشىء الواحد، و الفقه الرضوى (فإذا ادعى رجل على رجل عقارا أو حيوانا أو غيره، و أقام بذلك بينه، و أقام الذى فى يده شاهدين، فإن الحكم فيه أن يخرج الشىء من يد مالكة إلى المدعى لأن البيه عليه)(٣، و هو مؤيد بعموم النبوى (البيه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه)(٣). و فى قبال ذلك و ورود أخبار تدل على قبول البيه من المنكر عند التعارض و هي: خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (قيل: فإن كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا بينه، قال: اقض بها للحالف الذى هو فى يده)(٤) و خبر غياث عن أبى عبد الله (أن أمير المؤمنين عليه السّلام اختصم إليه رجلان فى دابه كلاهما أقاما البيه أنه أنتجها فقضى بها للذى هى فى يده)٦ و خير جابر (إن رجلين تداعىا دابه و أقام كل بينه أنها دابته أنتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للذى فى يده)(٥)، و خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يأتى القوم فيدعى دارا فى أيديهم و يقيم البيه، و يقيم الذى فى يده الدار البيه أنه ورثها عن أبيه و لا يدري كيف كان أمرها، قال: أكثرهم بينه يستحلف و تدفع إليه)(٦)، و الترجيح للطائفه الثانيه بضعف أسانيد الأولى ليس فى محله لأن أسانيد الطائفه الثانيه ضعيفه أيضا، و الترجيح للطائفه الثانيه بكثرة العدد معارض بتأييد الطائفه الأولى للعموم الوارد أن اليمين على من أنكر، فالعمل بالطائفه الأولى و إلا فلا بد من التوقف لأن المسأله ما زالت محل إشكال و الله العالم الهادى.

(١) و هو خبر غياث المتقدم.

ص: ١٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١٤.

٢- (( ٢ و ٣ )) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

٤- (( ٥ و ٦ )) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٢ و ٣.

٥- (٧) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٦.

٦- (٨) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.



تقديم ذى اليد، وقيل: الخارج مطلقا عملا بظاهر الخبر المستفيض، من أن القول قول ذى اليد، والبينه بينه المدعى، الشامل لموضع النزاع (١)، وقيل: تقدم بينه الخارج (٢) إن شهدتا بالملك المطلق، أو المسبب، أو بينته (٣) خاصة (٤) بالسبب، و لو انفردت به (٥) بينه الداخلة قسّم، وقيل مع تسببهما تقدم بينه الداخلة أيضا، و توقف المصنف هنا و فى الدروس مقتصرًا على نقل الخلاف، و هو فى موضعه لعدم دليل متين من جميع الجهات، و فى شرح الإرشاد رُجِح القول الثالث، و هو مذهب الفاضلين. و لا يخلو من رجحان.

### فى ما لو تشبثا و ادعى أحدهما الجميع و الآخر النصف

(و لو تشبثا و ادعى أحدهما الجميع و الآخر النصف) (٦) مشاعا (و لا بينه اقتسماها) نصفين (بعد يمين مدعى النصف) للآخر (٧)، من دون العكس (٨)، لمصادقته إياه على استحقاق النصف الآخر، و لو كان النصف المتنازع معينًا (٩) (١) و هو تعارض البينتين.

(٢) و حاصله تقديم بينه الخارج مطلقا إلا إذا انفردت بينه الداخلة بالسبب.

(٣) أى الخارج.

(٤) أى شهدت بينته خاصة.

(٥) بالسبب.

(٦) فتاره يقيمان البينه و أخرى لا بينه لهما و ثالثه البينه لأحدهما.

فعلى الأول فالنصف لمدعى الكل بغير معارض، و أما النصف الآخر الذى فى يد مدعى النصف فقد تعارضت فيه البيتان فعلى القول بتقديم الخارج فى المسألة السابقة فهو لمدعى الكل أيضا و لا شىء لمدعى النصف، و على القول بتقديم بينه ذى اليد فهو لمدعى النصف.

و على الثانى فالعين بالسوية بينهما، أما النصف الذى فى يد مدعى الكل فهو له لعدم التنازع فيه بحسب الفرض، و أما النصف الآخر الذى فى يد مدعى النصف فهو منكر لموافقته قوله الظاهر و مدعى الكل مدع هنا و لا بينه له فيقدم قول المنكر مع يمينه.

و على الثالث فالنصف الذى لا تنازع فيه فهو لمدعى الكل، و أما النصف الآخر المتنازع فيه فهو لمدعى البينه.

(٧) الذى هو مدعى الكل.

(٨) أى من دون حلف مدعى الكل على النصف الأول، لأن مدعى النصف مصادق معه فى صحه دعواه فى النصف الأول، فهو له بلا منازع.

(٩) فالنصف الآخر يقينا خارج عن التنازع و هو لمدعى الكل بلا منازع، و أما النصف المتنازع -



اقتسامه (١) بالسويه بعد التحالف فيثبت لمدعيه (٢) الربع. و الفرق (٣) أن كل جزء من العين على تقدير الإشاعه يدعى كل منهما تعلق حقه به و لا ترجيح (٤)، بخلاف المعين إذ لا نزاع في غيره (٥)، و لم يذكروا في هذا الحكم خلافا، و إلا فلا يخلو من نظر (٦).

(و لو أقاما بينه فهى للخارج على القول بترجيح بينته (٧)، و هو مدعى الكل) لأن فى يد مدعى النصف النصف فمدعى الكل خارج عنه (و على) القول (الآخر) (٨) يقسم (بينهما) نصفين، كما لو لم يكن بينه، لما ذكرناه من استقلال يد مدعى النصف عليه فإذا رجحت بينته به أخذه، و لو أقام أحدهما خاصة بينه حكم بها (٩)، (و لو كانت فى يد ثالث و صدق أحدهما (١٠) صار صاحب اليد) فيترتب -فيه فهو تحت أيديهما و كلاهما مدع و مدعى عليه به، و لا بينه لهما و لا لأحدهما فيحلفان يمين المنكر، و بعد التحالف يتقاسمانه لعدم إمكان إعطائه لأحدهما دون الآخر لأنه ترجيح بلا مرجح، فيكون لمدعى الكل نصفه الأول الذى لا تنازع فيه و نصف النصف المتنازع فيه، و لمدعى النصف نصف النصف الآخر.

(١) أى اقتسما النصف المتنازع المعين.

(٢) أى لمدعى النصف يثبت الربع و لمدعى الكل ثلثه أرباع.

(٣) بين النصف المشاع و النصف المعين.

(٤) و فيه: إن المرجح موجود و هو كون النصف المتنازع فيه تحت يد مدعى النصف فيقدم قوله مع يمينه بناء على ما قالوه فكيف يقول الشارح بعدم الترجيح.

(٥) أى فى النصف الآخر.

(٦) و النظر هو: أن الحكم فى صورته التعيين فى محله، فيجب أن يكون الحكم فى صورته الإشاعه كذلك، لأن النصف المشاع تحت أيديهما معا كما كان المعين، و دعوى أن المشاع تحت يد مدعى النصف فقط ليس فى محله فالتحالف و تقسيم المتنازع بينهما هو الجارى فى الصورتين.

(٧) أى على القول بترجيح بينه الخارج كما تقدم فى المسأله السابقه.

(٨) من تقديم بينه الداخلى فى المسأله السابقه.

(٩) و ظاهره الإطلاق سواء كان صاحب البينه هو مدعى الكل أو مدعى النصف، مع أنه لو كان صاحبها مدعى النصف لوجب أن لا تقبل منه، لأنه منكر بحسب ما فرضوه هنا لأن يده على النصف المتنازع فيه، و المنكر وظيفته اليمين.

(١٠) فإن صدق مدعى الكل فهو المنكر فى نصف العين لأن نصفها الأول له بلا منازع فيقدم-

عليه ما فصل (١)، (و للآخر إحلافهما) (٢)، و لو أقاما بينه (٣) فللمستوعب (٤) النصف، و تعارضت البيئتان في الآخر، فيحكم للأعدل فالأكثر فالقرعه و يقضى لمن خرج يمينه (٥)، فإن امتنع حلف الآخر (٦) فإن نكلا قسم بينهما، فللمستوعب ثلاثه أرباع و للآخر الربع، و قيل (٧): يقسم على ثلاثه، فلمدعى الكل اثنان، -قوله مع يمينه، و إن حلف فالكمل له.

و إن صدق مدعى النصف فهو المنكر في النصف المتنازع فإن حلف فالنصف المتنازع له، و النصف الأول لمدعى الكل.

(١) من كلام الشارح عند قول المصنف في المسأله السابقه (و لو خرجا).

(٢) أى و للخصم الآخر إحلاف خصمه و المصدّق، أما إحلاف خصمه فلأن الخصم منكر، و أما إحلاف المصدّق فلا يتم إلا إذا ادعى عليه العلم بأن العين له على ما تقدم فى المسأله السابقه، و فائده هذا الحلف هو الغرم لا القضاء بالعين، بحيث لو نكل و قضينا بالنكول فيغزّم المصدّق له قيمه ما أقر، و النصف المقر للمقر له.

(٣) و كان الثالث قد صدقهما أو أنكرهما معا، أما لو صدق أحدهما دون الآخر فالمصدّق لا تقبل بينته لأنه ذو يد فوظيفته اليمين لا- البيئه، فلو أنكرهما و أقاما البيئه فلمدعى الكل النصف الذى لا نزاع فيه، و فى النصف الآخر ترجيح الأعدل ثم الأكثر و مع التساوى فالقرعه، و من خرج اسمه حلف و أعطى النصف فإن نكل أحلف الآخر و أخذ، و لو نكلا قسّم النصف المتنازع عليه نصفين بينهما كما تقدم فيما لو ادعى كلّ منهما عينا و كانت العين خارجه عن أيديهما و أما لو صدقهما فيجب - كما فى المسأله السابقه - مع قيام البيئه من كل منهما تنصيف النصف بينهما بحيث يكون لكل منهما ما فى يد صاحبه بناء على ترجيح بينه الخارج، إلا أن كلام الشارح هنا أن الحكم بالترجيح للأعدل ثم الأكثر ثم للقرعه جار سواء صدقهما أو أنكرهما و على كل فيكون لمدعى الكل ثلاثه أرباع و لمدعى النصف الربع.

(٤) أى مدعى الكل.

(٥) فيما لو أنكرهما فقط، أما لو صدقهما أو صدق أحدهما فله حكمه و قد تقدم.

(٦) فإن امتنع مدعى النصف و حلف مدعى الكل فالكمل له، و إن امتنع مدعى الكل و حلف مدعى النصف فالنصف المتنازع له و النصف الآخر لمدعى الكل.

(٧) قال الشارح فى المسالك: (و ذهب ابن الجنيّد إلى اقتسامهما - المتداعيين - ما يتنازعان فيه على طريق العول، فيجعل هنا لمدعى الكل الثلثان، و لمدعى النصف الثلث، لأن المنازعه وقعت فى أجزاء غير معينه و لا مشار إليها، بل كل واحد من أجزائها لا يخلو من دعوى

و لمدعى النصف واحد، لأن المنازعه وقعت فى أجزاء غير معينه فيقسم على طريق العول على حسب سهامها و هى ثلاثه كضرب الديان مع قصور مال المفلس، و كل موضع حكمنا بتكافؤ البيئات، أو ترجيحها بأحد الأسباب إنما هو مع إطلاقها (١) أو اتحاد التاريخ.

(و لو كان تاريخ إحدى البيتين أقدم قدمت) (٢) لثبوت الملك بها سابقا فيستصحب. هذا إذا شهدتا بالملك المطلق، أو المسبب، أو بالتفريق. أما لو - كل منهما، باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكل من غير منازع، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه، و يدعى مدعى الكل كله، و نسبه إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثا، واحدا لمدعى النصف و اثنتين لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان فى مال المفلس و الميت، و فى المختلف وافق ابن الجنيده على ذلك مع زياده المدعين على اثنين، إلا أن ابن الجنيده فرض الحكم على تقدير كون العين بيديهما، و العله تقتضى التسويه بين الداخلتين و الخارجتين حيث تقسمان، و فى القواعد جعل قول ابن الجنيده احتمالا على تقدير خروجهما، كما هو محتمل على تقدير الدخول، و الأصح المشهور، و الجواب عن حجه العول أن مدعى الكل يسلم له نصف مشاع بغير نزاع، و هو كاف فى المطلوب، و إن كان النزاع واقعا فى كل جزء باعتبار التعيين). انتهى.

(١) من دون تاريخ.

(٢) كما عن الشيخ و ابنى إدريس و حمزه، و نسبه فى المسالك إلى المشهور، و علل بأن الأقدام يثبت الملك فى وقت لا تعارضه اليينه اللاحقه فيه، و إنما يتساقطان فى محل التعارض دون السابق الذى لا معارض له فى وقته المختص به، و الأصل فى الثابت دوامه، و يشهد له صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (عن على عليه السلام أنه كان إذا اختصم الخصمان فى جاريه فزعم أحدهما أنه اشتراها، و زعم الآخر أنه أنتجها، و كانا إذا أقاما اليينه جميعا، قضى بها للذى أنتجت عنده) (١).

و يحتمل تقديم المتأخره لأنها لو شهدت بأنه اشتراها من الأول لقدمت على المتقدمه قطعا لأنها لما صرحت بالشراء كانت حاكمه على الأولى لأنها اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى. و هذا كله فيما إذا كانت العين خارجه عن أيديهما.

ص: ١٤٣

شهدت إحداهما باليد و الأخرى بالملك (١)، فإن كان المتقدم هو اليد رجح الملك لقوته و تحققه الآن، و إن انعكس ففي ترجيح أيهما قولان للشيخ، و توقف المصنف في الدروس مقتصرًا على نقلهما.

## القول في القسمة

### إشارة

(القول في القسمة (٢)

### في معنى القسمة

(و هي تمييز أحد النصيبين) فصاعدا (عن الآخر، و ليست بيعا) عندنا (و إن كان فيها رد (٣)، لأنها لا تفتقر إلى صيغته، و يدخلها الإيجاب...

(١) لا ريب في أن الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد، لأن اليد تحتمل الملك و تحتمل غيره من العاربه و الإجاره بخلاف الملك فإنه صريح في المطلوب هذا مع اتحاد تاريخهما أو كانت شهادة الملك متأخره و أما لو كانت شهادة الملك متقدمه فللشيخ قولان، ففي المبسوط يقدم المتأخر و إن كانت شهادة اليد، لأن اليد كما تحتمل العاربه و الإجاره من أنواع التصرف التي لا تستند على الملك فكذلك شهادة الملك المتقدمه تحتمل أنه قد باعها بعد ثبوت ملكه إلى غيره فالترجيح بالحالي لأن ظاهره الملك، و في الخلاف رجح السابق لأنه منفرد بالزمن السابق من دون معارض فيستصحب و هو الذي اختاره المحقق.

(٢) قال الشارح في المسالك: (إنما ذكر أحكام القسمة في كتاب القضاء، لأن القضاء لا يستغنى عن القسام للحاجه إلى قسمة المشتركات، بل القسام كالحاكم فحسن الكلام في القسمة في هذا الكتاب - أي كتاب القضاء -، كما فعله جماعه من الفقهاء، و من أفردا كتابا برأسها نظرا إلى استقلالها بالأحكام غيرها من كتب الفقه). انتهى.

هذا و لا ريب في مشروعيه القسمة قال تعالى: (وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ) (١) و قال تعالى:

(تَبَيَّنْهُمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ) (٢)، و قد ورد أن عبد الله بن يحيى كان قساما لأمير المؤمنين عليه السلام (٣).

هذا و القسمة هي تمييز الحق لكل شريك عن حق غيره، و هي ليست بيعا و إن اشتملت على رد، لأنها لا تفتقر إلى صيغته، و يدخلها الإيجاب و لا بد من تساوى الحصص فيها و البيع ليس فيه شيء من ذلك، بلا خلاف في ذلك، و خالف بعض العامة.

(٣) عند زياده حصه أحد الشريكين.

ص: ١٤٤

١- (١) سورة النساء، الآية: ٨.

٢- (٢) سورة القمر، الآية: ٢٨.



و يلزمها (١) و يتقدّر أحد النصيين بقدر الآخر، و البيع ليس فيه شيء من ذلك، و اختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات، و اشتراك كل (٢) جزء يفرض قبلها (٣) بينهما، و اختصاص كل واحد بجزء معين، و إزاله ملك الآخر عنه (٤) بعدها (٥) بعوض مقدّر بالتراضى ليس حد البيع حتى يدل عليه. و تظهر الفائده (٦) فى عدم ثبوت الشفعه للشريك بها و عدم بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض فى البيع، و عدم خيار المجلس و غير ذلك (٧).

### فى إجبار الشريك على القسمة

(و يجبر الشريك) على القسمة (لو التمس شريكه) القسمة، (و لا ضرر و لا رد (٨).

(١) أى و يلزمها الحاكم على بعض الفرقاء كما سيأتى.

(٢) شروع فى رد دليل من خالف من العامه بأنها بيع و استدلل المخالف بأن كل جزء مشترك بين الشريكين فتخصيص كل واحد بجزء معين و إزاله ملك الآخر عنه بعوض مقدر و هو ملكه فى الجزء الآخر على جهه التراضى يقتضى البيع لأن ذلك حده، و فيه: إن حد البيع هو مبادله عين بمال كما سيأتى و هو أجنبي عمّا تقدم.

(٣) قبل القسمة.

(٤) عن هذا الجزء المعين الذى خصص به الأول.

(٥) بعد القسمة.

(٦) بين القولين من أنها بيع أو لا.

(٧) من أحكام البيع.

(٨) العين المشتركة إما أن لا يعظم الضرر فى قسمتها أو يعظم، و على الأول إما أن تكون مثليه و هى المتساويه الأجزاء فى قيمه و الصفات كالجوب و الادهان و إما قيمه لكنها متشابهه الأجزاء كالدائر المتفقه الأبنيه و الأرض المتشابهه الأجزاء بحيث يمكن قسمتها على عدد الشركاء من غير رد و لا- ضرر، أو تتوقف القسمة على الرد، و على الثانى فالضرر إما على الجميع أو على البعض، فالأقسام خمس ثلاثه على الأول و اثنان على الثانى.

فالأول: ما لو كانت القسمة متساويه الأجزاء فى قيمه و الصفات فيجبر الشريك على القسمة لو امتنع عند التماس شريكه القسمة بلا خلاف فيه، لوجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر و الضرار، و لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله، و لا ريب أن الانفراد أكمل نفعاً فيجب على شريكه الاستجابة إلى القسمة ما دام لا ضرر فيها.

و الثانى: ما لو كانت القسمة فى القيمي و لا ردّ و لا ضرر فكذلك كالأول.

و الثالث: ما لو كانت العين قيمه و القسمة تقتضى الرد من أحد الشريكين على الآخر،-





و المراد بالضرر (١) نقص قيمه الشقص بها (٢) عنه (٣) منضمًا نقصًا فاحشًا على ما اختاره المصنف في الدروس، و قيل: مطلق نقص القيمة، و قيل: عدم الانتفاع به منفردًا، و قيل: عدمه (٤) على الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، و الأجود الأول.

(و لو تضمنت ردا) أى دفع عوض خارج عن المال المشترك من أحد الجانبين (لم يجبر) الممتنع منهما، لاستلزامه المعاوضه على جزء من مقابله صوري (٥)، أو معنوي و هو (٦) غير لازم، (و كذا) لا يجبر الممتنع (لو كان فيها ضرر، كالجواهر و العضائد) - فلا يجبر الشريك على القسمة لو التمسها شريكه، لأن فيها معاوضه على أجزاء لأحدهما بمال خارجي و هو غير لازم القبول.

و الرابع: فيما لو كان الضرر على كل الشركاء فلا يجبر الممتنع لقاعده لا ضرر و لا ضرار.

و الخامس: فيما لو كان الضرر على البعض، فإن كان البعض هو الممتنع فلا يجبر لقاعده نفى الضرر المتقدمه، و إن كان الضرر على الملتمس للقسمة و شريكه الآخر لا ضرر عليه فيجبر لارتفاع المانع من القسمة بعد أن رضى الملتمس بالنقصان و الضرر.

(١) قد اختلف في معنى الضرر المانع من القسمة، فقيل - كما عن الشيخ في الخلاف -: إنه عدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة، و بطلان المنفعة هو مناط الضرر، و هو منفي لقاعده لا ضرر و لا ضرار.

و قيل كما عن الشيخ في المبسوط -: إنه نقصان القيمة و إن بقيت المنفعة نظرا إلى أن فوات المالىه موجب للضرر.

و قيل: عدم الانتفاع به منفردا فيما كان ينتفع به مع الشركه، و إن لم تنقص قيمته و لم تبطل منفعته من غير هذا الوجه.

و قيل: هو نقصان القيمة نقصانا فاحشا بحيث يحصل به الضرر عرفا و هو خيره الشهيد في الدروس، و لو قيل: بأنه مطلق نقصان العين أو القيمة أو الارتفاع مما يوجب معه صدق الضرر عرفا لكان أولى من دون تخصيصه في نقصان المنفعة أو القيمة فقط.

(٢) بالقسمة.

(٣) عن الشقص.

(٤) أى عدم الانتفاع.

(٥) و هما وصفان للجزء، فالصوري عند اقتضاء القسمة لزياده أحد النصيبين من حيث الكمية، و المعنوي عند اقتضاء القسمة لزياده أحد النصيبين من حيث الكيفيه.

(٦) أى الرد، و هو غير واجب على الشريك لو التمس شريكه القسمة.

(الضيقة و السيف). و الضرر فى هذه المذكورات يمكن اعتباره بجميع المعانى (١) عدا الثالث فى السيف (٢) فإنه ينتفع بقسمته غالبا فى غيره (٣) مع نقض فاحش (فلو طلب) أحدهما (المهاياه) (٤) و هى قسمه المنفعه بالأجزاء، أو بالزمان (جاز و لم يجب) إجابته، سواء كان مما يصح قسمته إجبارا أم لا، و على تقدير الإجابة لا يلزم الوفاء بها، بل يجوز لكل منهما فسخها، فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر، أو هو كان عليه أجره حصه الشريك (٥).

(و إذا عدلت السهام) بالأجزاء إن كانت فى متساويها كيلا، أو وزنا، أو ذرعا، أو عددا بعدد الأنصباء، أو بالقيمه (٦) إن اختلفت، كالأرض و الحيوان و (اتفقا على اختصاص كل واحد بسهم لزم) من غير قرعه لصدق القسمة مع التراضى الموجه لتمييز الحق، و لا- فرق بين قسمه الرد و غيرها،(و إلا) يتفقا على الاختصاص (أقرع (٧) بأن يكتب (٨) أسماء الشركاء، أو السهام كل فى رقعته (١)المذكوره فى تفسير الضرر.

(٢)فالثالث عدم الانتفاع به منفردا و هو غير جار فى السيف بعد قسمته، لأنه بعد القسمه ينتفع فى أبعاضه فى غير الحرب و أما بقيه معانى الضرر فتجرى فيه، و فيه أن أبعاض الجواهر ينتفع بها بعد قسمتها و لو فى الأدويه و غيرها فلا يتصور بطلان منفعتها حتى يجرى فيها التفسير الثالث للضرر.

(٣)أى غير الحرب، و الحرب هو مجال الانتفاع به قبل قسمته.

(٤)لا- تجب إجابته، لأنه ليس طلب قسمه العين، بل طلب قسمه المنفعه، و وصوله إلى حقه من المنفعه ليس منحصرًا بالمهاياه حتى تجب إجابته فيها.

(٥)لتفويت منفعتة فى حصته لما كانت تحت يد الثانى بتمامها وقت المهاياه.

(٦)أى عدلت السهام بالقيمه عند تفاوت الأجزاء.

(٧)لأن القرعه لكل أمر مشكل و هذا منها.

(٨)الواجب هو القرعه لتعيين كل قسم لصاحبه من الشركاء، و أما كيفية القرعه فلا- يجب الالتزام بكونها على نحو مخصوص، قال صاحب الجواهر: (و الظاهر عدم وجوب خصوص كتابه الرقاع و عدم الصون فى ساتر، بل و عدم وجوب كون المأمور مكلفا، بل و غير ذلك من القيود المزبوره، إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره - أى أمر التعيين - إلى الله، و يفعلان ما يفيدته) انتهى.

و تصان و يؤمر من لم يطلع على الصورة بإخراج إحداهما (١) على اسم أحد المتقاسمين، أو أحد السهام. هذا إذا اتفقت السهام قدرا (٢)، و لو اختلفت (٣) قسّم على أقل السهام و جعل لها (٤) أول (٥) يعينه المتقاسمون و إلا الحاكم، و تكتب أسماؤهم لا أسماء السهام حذرا من التفریق، فمن خرج اسمه أولا أخذ من الأول و أكمل نصيبه منها (٦) على الترتيب، ثم يخرج الثانى إن كانوا أكثر من اثنين و هكذا، ثم إن اشتملت القسمة على رد اعتبر رضاها بعدها (٧) و إلا فلا.

### فى ما لو ظهر غلط فى القسمة

(و لو ظهر غلط) (٨) فى القسمة بينه، أو باطلاع المتقاسمين (بطلت، و لو ادعاه) أى الغلط (أحدهما و لا- بينه حلف الآخر) لأصالة الصحة، فإن حلف (تمت) القسمة، (و إن نكل) عن اليمين (حلف المدعى) إن لم يقض بالنكول (و نقضت. و لو ظهر) فى المقسوم (استحقاق بعض (٩) معين بالسوية) لا يخل (١) أى إحدى الرقعتين فيما لو كانت القرعة على أحد الأسماء أو أحد السهام.

(٢) فيما لو كان سهم كل شريك بقدر سهم الآخر.

(٣) كما لو كانت الأرض بين ثلاثة، و لأحدهم النصف و للثانى الثلث و للثالث السدس، فتقسم الأرض أسداسا، و ترقم بحيث يجعل السدس الأول ثم الثانى ثم الثالث إلى الآخر، و تكون القرعة على الأسماء فمن خرج اسمه أولا أعطى حصته بمعنى يعطى السدس الأول فإن كان بمقدار حصته فهو و إلا فأعطى السدس الثانى و الثالث و هكذا، و عليه فلو خرجت القرعة باسم صاحب السدس أعطى السدس الأول فقط، و إن خرجت باسم صاحب الثلث أعطى السدس الأول و الثانى، و إن خرجت باسم صاحب النصف أعطى السدس الأول و الثانى و الثالث، ثم بعد إعطاء الأول حصته يبقى من الشركاء اثنان، فيقرع بينهما فمن خرج اسمه أعطى حصته بالبيان السابق.

(٤) للسهام.

(٥) أى ترقيم فترتب أولا و ثانيا و ثالثا و هكذا.

(٦) من السهام.

(٧) أى بعد القسمة.

(٨) فإن ادعى أحد الشريكين الغلط فى التقسيم لا تسمع دعواه إلا بالبينة لأصالة الصحة فى فعل المقسّم إلا أن يظهر المزيل، و إذ لا- بينه له فإن وافقه شريكه على الغلط بطلت القسمة للعلم الحاصل لهما بعد وصول الحق إلى أحدهما فلا يجوز للآخر حينئذ التصرف، و إن لم يوافقه فله اليمين عليه إن ادعى عليه العلم بالغلط.

(٩) لو اقتسما ثم ظهر أن البعض مستحق للغير، فإن كان معينا مع أحدهما بطلت القسمة-

إخراجه بالتعديل (فلا- نقض)، لأن فائده القسمة باقيه، و هو أفراد كل حق على حده،(و إلا) يكن متساويا فى السهام بالنسبه (نقضت) القسمة لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون بقدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، و تعود الإشاعه،(و كذا لو كان) المستحق (مشاعا)، لأن القسمة حينئذ لم تقع برضا جميع الشركاء.

-بلا خلاف و لا إشكال لبقاء الشركه فى النصيب الآخر مع عدم تعديله، و لو كان المستحق المعين عندهما بالسويه لم تبطل بلا خلاف فيه لأن فائده القسمة باقيه و هى إفراز كل واحد من الحقين، و لو كان المستحق لا بالسويه فيهما بطلت القسمة لتحقق الشركه كما هو واضح، و لو كان المستحق مشاعا معهما فللشيخ قولان:

أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحق.

و الثانى: البطلان لأن مقصود القسمة التمييز و لا تميز هنا فلا يزال الآخر شريكا فيما زاد عن المستحق فلا بد من رضاه الموجب للقسمة من جديد.

ص: ١٤٩









## الفصل الأول - الشاهد

### إشارة

(الأول - الشاهد)

### في شروط الشاهد

### في البلوغ

(و شرطه البلوغ (١) إلا في) الشهادة على (الجراح) ما لم يبلغ (١) أما غير المميز فلا خلاف فيه، و أما المميز، فقليل: تقبل شهادته مطلقا إذا بلغ عشر سنين في القتل و الجرح و غيرهما، و قال في الجواهر: (بل اعترف غير واحد بعدم معرفه القائل به، و إن نسب إلى الشيخ في النهايه و لكنه وهم)، نعم يدل على هذا القول أخبار.

منها: خبر أبي أيوب الخزاز (سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال:

إذا بلغ عشر سنين، قلت: و يجوز أمره، فقال: إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ دخل بعائشه و هى بنت عشر سنين، و ليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأه، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره و جازت شهادته) (١) و خبر عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السَّلام عن شهادة الصبى و المملوك؟ فقال: على قدرها يوم أشهد، تجوز في الأمر الدون و لا تجوز في الأمر الكبير) ٢ و خبر طلحة بن زيد عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السَّلام (شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم) ٣، و لكنها مهجوره عند الأصحاب على أن الأولى غير منقوله عن المعصوم عليه السَّلام و الثانية مشتمله على ما لم يقل به أحد من الأصحاب من عدم قبول شهادة المملوك في الأمر الكبير، و الثالثة يمكن حملها على القتل و لا تأبى ذلك، فلذا لا تصلح لمعارضه الطائفة الداله على عدم جواز شهادة الصبى.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (في الصبى يشهد على الشهاده، فقال:-

ص: ١٥٣

النفس (١)، و قيل: مطلقاً (٢) (بشرط بلوغ العشر) سنين (و أن يجتمعوا على مباح، و أن لا ينفرقوا) بعد الفعل المشهود به إلى أن يؤدوا الشهادة. و المراد حينئذ أن شرط البلوغ ينتفى و يبقى ما عداه من الشرائط التي من جملتها العدد، و هو اثنان - إن عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته (١) و خير السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن شهادة الصبيان إذا شهدوهم و هم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها) ٢ و مثلها غيرها.

نعم اختلفوا في قبول شهادة الصبي في الجرح و القتل، ففي صحيح جميل (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان؟ قال: نعم في القتل يؤخذ بأول كلامه و لا يؤخذ بالثاني منه) (٢) و صحيح محمد بن حمران (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي؟ فقال: لا، إلا في القتل يؤخذ بأول كلامه و لا يؤخذ بالثاني) ٤ و الخبران قد ذكرا القتل فيدخل الجراح بطريق أولى و لذا ذكر الأ-كثر أن شهادة الصبي تقبل في القتل و الجراح، و عن الشيخ في الخلاف و المحقق في النافع الاقتصار على الجراح فقط، و عن التحرير و الدروس اشتراط أن لا يبلغ الجراح النفس، و فيه: إن الخبرين الواردين متضمنان للقتل فعلى القول بالتعدى إلى الجراح لا داعى لهذا الاشتراط و إن بلغ الجراح النفس، ثم إن من اقتصر على الجراح قد اقتصر بدعوى أن التهجم على الدماء بخبر الواحد خطر، إذ لو قبلت شهادة الصبيان في القتل كما هو مقتضى الخبرين لوجب قتل القاتل قصاصاً و هو تهجم على الدم بخبر الواحد، فالأولى الاقتصار في قبول شهادة الصبيان على الجراح فقط، و فيه: إن ردّ الخبرين بداعى الاحتياط يقتضى عدم قبول الشهادة في الجراح، كما أن القبول في الجراح اعتماداً على هذين الخبرين يقتضى القبول في القتل.

ثم إن الخبرين قد اشترطا الأخذ بأول كلامهم دون الثاني إلا أن الأصحاب منهم المحقق زاد اشتراط بلوغ الصبي منهم العشر و أن لا- ينفرقوا قبل أداء الشهادة و يمكن أن يكون ذلك مستفاداً من خبر أبي أيوب الخزاز و خبر طلحة بن زيد السابقين بعد حملهما على القتل الذي هو مورد قبول شهادة الصبي، و اشترطوا في قبول شهادتهم أن يكون اجتماعهم على مباح و هو شرط لا دليل عليه كما في المسالك.

(١) كما هو مختاره في الدروس.

(٢) كما عن الأكثر.

ص: ١٥٤

١- ( (١ و ٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٢- ( (٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

فى ذلك (١) و الذكورىه، و مطابقه الشهاده للدعوى، و بعض الشهود لبعض، و غيرها، و لكن روى هنا الأخذ بأول قولهم لو اختلف، و التهجم على الدماء فى غير محل الوفاق ليس بجيد (٢).

و أما العداله فالظاهر أنها غير متحققه (٣) لعدم التكليف الموجب للقيام بوظيفتها من جهه التقوى، و المروءه غير كافيه، و اعتبار صوره الأفعال (٤) و التروك لا دليل عليه، و فى اشتراط اجتماعهم على المباح تنبيه عليه (٥).

## فى العقل و الإسلام

(و العقل) (٦) فلا تقبل شهاده المجنون حاله جنونه، فلو دار جنونه قبلت شهادته مفيقا بعد العلم باستكمال فطنته فى التحمل و الأداء (٧)، و فى حكمه الأبله و المغفل (٨)...

(١) أى فى الشهاده على الجراح.

(٢) فالأخذ بشهاده الصبيان من دون احراز هذه الشرائط و إن لم يقد الدليل على بعضها ليس بجيد.

(٣) فى شهاده الصبيان المقبوله فى القتل و الجرح لعدم الدليل على اشتراطها.

(٤) أى أن الحكم بعدالتهم بمجرد صوره الأفعال فى الواجبات و صوره التروك فى المحرمات مما لا دليل عليه أيضا.

(٥) أى على عدم تحقق العداله فيهم كما هو ظاهر عباره المصنف.

(٦) فلا تقبل شهاده المجنون الاطباقي بالاتفاق، و لا الادوارى حال جنونه لقوله تعالى:

(وَ أَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ) (١) و العداله مشروطه بالتكليف، و لا- تكليف فى حق المجنون، و قال تعالى: (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) (٢) و المجنون غير مرضى.

(٧) فتقبل شهادته لانتفاء المانع.

(٨) الأبله من البله بمعنى الغفله فالعطف تفسيرى، و لا تقبل شهادته لعدم تفضنه لمزايا الأمور و تفاصيلها، و يدخل عليه الغلط و التزوير من حيث لا يشعر، و يدل عليه مرسل الإمام العسكرى عليه السلام فى تفسيره عن أمير المؤمنين عليه السلام فى تفسير قوله تعالى: (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) ٣ قال: (ممن ترضون دينه و أمانته و صلاحه و عفته و تيقظه فيما-

ص: ١٥٥

١- (١) الطلاق، الآيه: ٢.

٢- (( ٢ و ٣ )) سورة البقره، الآيه: ٢٨٢.

الذى لا يتفطن لمزايا الأمور، (و الإسلام) (١) فلا تقبل شهاده الكافر و إن كان ذميا، (و لو كان المشهود عليه كافرا على الأصح) لا تصافه بالفسق و الظلم المانعين من قبول الشهاده، خلافا للشيخ رحمها لله حيث قبل شهاده أهل الذمه لملتهم و عليهم استنادا إلى روايه ضعيفه، و للصدوق (٢) حيث قبل شهادتهم على مثلهم و إن خالفهم فى المله كاليهود على النصرارى.

و لا تقبل شهاده غير الذمى إجماعا، و لا شهادته على المسلم إجماعا.

- يشهد به، و تحصيله و تمييزه، فما كل صالح مميّزا و لا محصلا، و لا كل محصل مميّز صالح (١).

(١) فتقبل شهاده المسلم على المسلم و غيره، و لا تقبل شهاده الكافر ذميا أو حربيا على المسلم بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبى عبيده عن أبى عبد الله عليه السلام (تجوز شهاده المسلمين على جميع أهل الملل، و لا تجوز شهاده أهل الذمه - الملل - على المسلمين) (٢).

و هل تقبل شهاده الذمى على الذمى، فعن الشيخ فى المبسوط القبول إذا كان الشاهد و المشهود له من مله واحده لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن شهاده أهل المله فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم) ٣.

و عن ابن الجنيد القبول و إن اختلفا فى المله لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (هل تجوز شهاده أهل الذمه على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، أنه لا يصلح ذهاب حق أحد) (٣).

و عن المشهور عدم القبول مطلقا للأخبار الكثيره المشترطه لإسلام الشاهدين و عدالتهم، و سيمرّ عليك بعضها، و فيه: إنها وارده فيما لو كان المشهود عليه مسلما كما هو مورد غالبها.

ثم إذا كان الشاهد حربيا فلا تقبل شهادته على غيره و لو من أهل ملته بلا خلاف فيه، و يمكن القول إنه إذا كانت شهادته على حربى مثله تصح تمسكا بالتعليل لصحيح الحلبي المتقدم، بل و إن كان المشهود عليه ذميا للاطلاق فى موثق سماعه للمتقدم.

(٢) و فى الجواهر جعل ابن الجنيد هو صاحب هذا القول.

ص: ١٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٢٣.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(إلا فى الوصيه (١) عند عدم) عدول (المسلمين) فتقبل شهاده الذمى بها، و يمكن أن يريد اشتراط فقد المسلمين مطلقا (٢) بناء على تقديم المستورين (٣) و الفاسقين اللذين لا يستند فسقهما إلى الكذب و هو قول العلامه فى التذكره، و يضعف باستلزامه (٤) التعميم (٥) فى غير محل الوفاق و فى اشتراط السفر (١) تقبل شهاده الذمى فى الوصيه عند عدم العدول من المسلمين بلا خلاف فيه لقوله تعالى:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدِكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ، أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ، تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ، فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا، وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى، وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنْ آذَانُ لَمَنِ الْآثِمِينَ (١)، و للأخبار.

منها: صحيح أحمد بن عمر قال: (سألته عن قول الله عز و جل: ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم، قال: اللذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم يجد من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: سنوا بهم سنه أهل الكتاب، و ذلك إذا مات الرجل بأرض غربه فلم يجد مسلمين يشهدهما، فرجلان من أهل الكتاب) (٢) و خبر حمزه بن حمران عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن قول الله عز و جل: ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم، فقال: اللذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما) (٣).

(٢) و إن كانوا فسقه لأن العلامه فى التذكره قدم عليهم فساق المسلمين إذا كان فسقهم بغير الكذب و الخيانه و هو ضعيف لعدم قبول شهاده الفساق من المسلمين، و قياسهم على أهل الذمه كما ورد بهم النص لا نقول به.

(٣) بناء على أن العداله هى ظاهر الإسلام فتقبل شهادتهم و تقدم على شهاده أهل الذمه، و أما بناء على أن العداله هى ملكه نفسانيه راسخه فيحتمل تقديم عدول الذمه للآيه، و يحتمل تقديم المستور و به قطع العلامه فى التذكره و جعله الشارح فى المسالك أولى.

(٤) أى استلزام قبول قول الفاسقين و المستورين.

(٥) أى قبول شهادتهم فى الوصيه عند عدم عدول المسلمين مع أن محل الوفاق هو قبول شهاده الذمى عند عدم عدول المسلمين لا قبول شهاده الفاسق و المستور.

ص: ١٥٧

١- (١) سورة المائده، الآيه: ١٠٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوصايا حديث ٧.

قولان (١): أظهرهما العدم، وكذا الخلاف في إحلافهما بعد العصر (٢) فأوجبه العلامة عملاً بظاهر الآيه (٣). والأشهر العدم فإن قلنا به فليكن بصوره الآيه بأن يقول بعد الحلف بالله: (لا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَ لَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَ لَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنْ آذًا لِمَنْ آثَمِينَ (٤) .

## في الإيمان والعدالة

(و الإيمان) (٥) و هو هنا...

(١) ذهب الشيخ في المبسوط و ابن الجنيد و أبو الصلاح إلى اشتراط السفر لاشتراطه في الآيه المتقدمه و في بعض النصوص كخبر حمزه بن حمران و صحيح أحمد بن محمد المتقدمين، و الأشهر على عدم الاشتراط لورود الشرط مورد الغالب، و يؤيده أن في بعض الأخبار عدم الاشتراط مثل خبر ضريس الكنانى عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن شهاده أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا إلا أن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم، و إن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصيه، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم و لا تبطل وصيته) (١).

(٢) فأوجبه العلامة و الكركى فى صورته الريبه للآيه و لخبر يحيى بن محمد (سألته أبا عبد الله عليه السّلام عن قول الله عز و جل: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ الْآيَةَ، قال: اللذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب - إلى أن قال - و ذلك إذا مات الرجل فى أرض غربه فلم يوجد مسلمان أشهد رجلين من أهل الكتاب يحسان بعد العصر فيقسمان بالله، لا نشتري به ثمنًا و لو كان ذا قربي و لا نكتم شهاده الله، إنا إذا لمن الآثمين، قال: و ذلك إذا ارتاب و لى الميت فى شهادتهما) ٢ و عن الأ-كثر خلاف ذلك لخلو أكثر الأخبار عنه على وجه يعلم منه عدم اعتباره، و الأولى الحلف بعد العصر لكون غالب الأخبار لم تتعرض للحلف لعدم ورودها فى مقام بيانه.

(٣) المائده آيه: ١٠٦.

(٤) المائده آيه: ١٠٦.

(٥) و هو الاعتقاد بإمامه الأئمه الاثنى عشر عليهم السّلام، فلا تقبل شهاده غير المؤمن و إن اتصف بالإسلام، لاتصافه بالفسق و الظلم المانعين من قبول شهادته بلا-خلاف فيه - كما فى الجواهر، لأنه غير مرضى، و قد تقدم قوله تعالى: (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) (٢) و تقدم الخبر عن أمير المؤمنين عليه السّلام (ممن ترضون دينه و أمانته و صلاحه و عفته و تيقظه فيما-

ص: ١٥٨

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٦.

٢- (٣) سورة البقره، الآيه: ٢٨٢.

الولاء فلا تقبل شهاده غير الإمامي مطلقا (١) مقلدا كان أم مستدلا. (و العداله) (٢) - يشهد به (١).

و هذا يتم فيما لو كان المشهود عليه مؤمنا، و أما إذا كان من أهل الخلاف فالأقوى قبول شهاده غير المؤمن عليه لانصراف الأدله المتقدمه عنه، و لما قيل: إن سيره أمير المؤمنين عليه السّلام في قضاياها إنما كانت على ذلك، و لعله لقاعده الإلزام الوارده في حقهم.

(١) و إن كان معدودا من فرق الشيعة.

(٢) اشتراطها في الشاهد مما لا - خلاف فيه، لقوله تعالى: (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) (٢) و الفاسق غير مرضى الدين، و لقوله تعالى: (وَ أَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ) (٣) و هي نص في المطلوب، و للأخبار.

منها: صحيح ابن أبي يعفور (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم و عليهم فقال: أن تعرفوه بالستر و العفاف و كف البطن و الفرج و اليد و اللسان، و يعرف باجتناّب الكبائر التي أوعده الله عليها النار من شرب الخمر و الزنا و الربا و عقوق الوالدين و الغدار من الزحف و غير ذلك، و الدلاله على ذلك كله أن يكون ساترا بجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته و عيوبه و تفتيش ما وراء ذلك، و يجب عليهم تركيته و إظهار عدالته في الناس) (٤) الخبر، و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلا) ٥، و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام قال: لا - أقبل شهاده الفاسق إلا على نفسه) (٥).

ثم إن الكلام في العداله تاره في حقيقتها و ما تثبت بها، و هذا قد تقدم في بحث عداله إمام الجماعه من كتاب الصلاه، و أخرى ما بها تزول، و هي تزول بالكبيره مطلقا مع الاصرار و عدمه لصحيح ابن أبي يعفور المتقدم، و تزول بالصغيره مع الاصرار لخبر محمد بن أبي عمير (سمعت موسى بن جعفر عليهما السّلام - إلى أن قال - قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: لا كبير مع -

ص: ١٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٢٣.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٨٢.

٣- (٣) سورة الطلاق، الآيه: ٢.

٤- (٤) (٥ و ٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٧.

٥- (٥) (٦) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الشهادات حديث ١.

و هي هيئته نفسانيه (١) راسخه تبعث على ملازمه التقوى و المروءه (و تزول بالكبيره) مطلقا (٢)، و هي (٣) ما توعد عليها بخصوصها في كتاب، أو سنه، و هي (٤) إلى سبعمائه أقرب منها إلى سبعين و سبعة.

-الاستغفار و لا صغير مع الاصرار(١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صغيره مع الاصرار و لا كبيره مع الاستغفار)(٢).

و عن جماعه أنها تذهب بترك المروه و هو مما لا دليل عليه.

(١) قد عرفت ما فيه من الضعف في كتاب الصلاه.

(٢) مع الاصرار و عدمه.

(٣) أى الكبيره فقيل: إنها المعصيه الموجه للحد، و قيل: إنها التي عليها الوعيد في الكتاب و السنه، و قيل إنها التي توعد الله عليها النار في الكتاب أو السنه و هو الصحيح و يدل عليه صحيح ابن أبي يعفور المتقدم (و يعرف باجتناّب الكبائر التي أوعد الله عليها النار)(٢)، و تقدم ما له النفع في كتاب الصلاه.

(٤) أى الكبائر و هو بحث في عددها، و هو مبنى على انقسام الذنوب إلى الصغائر و الكبائر، و هو الذى يدل عليه قوله تعالى: (إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نَكَفَرُ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ) (٤)، و هذا ما ذهب إليه المحقق و أكثر المتأخرين، و عن جماعه منهم المفيد و ابن البراج و أبو الصلاح و ابن إدريس و الطبرسى بل نسبه في التفسير إلى أصحابنا مطلقا أن جميع الذنوب كبائر و ذلك لا يشتراك الجميع في مخالفه أمر الله تعالى، و جعلوا الوصف بالكبر و الصغر إضافيا فالقبله المحرمه صغيره بالنسبه إلى الزنا و كبيره بالنسبه إلى النظر، و الجميع كبيره بالنسبه لمخالفه أمر الله تعالى، و كبيره بالنسبه لنفسها، و الصحيح أن الجميع كبيره بالنسبه لمخالفه أمر الله، و لكن بعضها كبيره بالنسبه لنفسها و بالنسبه لغيرها كما هو ظاهر الآيه المتقدمه. ثم إنه على تقسيم الذنوب فالكبائر مختلف في عددها فعن بعضهم أنها سبع و عن آخر أنها عشر، و ثالث: اثنتا عشر، و رابع: عشرون، و قال في الدروس:

إنها إلى السبعين أقرب، و فى الروض: إنها إلى السبعمائه أقرب. و أيضا تقدم ما له نفع في كتاب الصلاه.

ص: ١٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب جهاد النفس حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب جهاد النفس حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٤- (٤) سورة النساء، الآية: ٣٥.



و منها القتل و الربا و الزنا و اللواط و القيادة و الدياثة، و شرب المسكر، و السرقة، و القذف، و الفرار من الزحف، و شهادة الزور، و عقوق الوالدين، و الأمن من مكر الله، و اليأس من روح الله، و الغضب و الغيبة، و النميمة، و اليمين الفاجرة، و قطيعه الرحم، و أكل مال اليتيم، و خيانه الكيل و الوزن، و تأخير الصلاة عن وقتها، و الكذب خصوصا على الله و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم، و ضرب المسلم بغير حق، و كتمان الشهادة و الرشوة، و السعاية إلى الظالم و منع الزكاه، و تأخير الحج عن عام الوجوب اختيارا، و الظهار، و أكل لحم الخنزير و الميتة، و المحاربه بقطع الطريق، و السحر. للتوعد (١) على ذلك كله، و غيره (٢)، و قيل: الذنوب كلها كبائر و نسبه الطبرسى فى التفسير إلى أصحابنا مطلقا (٣)، نظرا إلى اشتراكها فى مخالفه أمر الله تعالى و نهيه، و تسميه بعضها صغيرا بالإضافة إلى ما هو أعظم منه، كالقبله بالإضافة إلى الزنا و إن كانت كبيره بالإضافة إلى النظره، و هكذا.

(و الإصرار على الصغيره) (٤) و هى ما دون الكبيره من الذنب. و الإصرار (٥) إما فعلى كالمواظبه على نوع، أو أنواع من الصغائر، أو حكمى و هو العزم على فعلها ثانيا بعد وقوعه و إن لم يفعل، و لا يقدر ترك السنن (٦) إلا أن يؤدي إلى (١) تعليل لكون المذكورات من الكبائر.

(٢) أى و غير ما ذكر فهو من الكبائر أيضا.

(٣) من دون خلاف.

(٤) عطف على الكبيره التى توجب إزاله العدالة.

(٥) قيل هو الإكثار من الصغائر من نوع واحد أو أنواع مختلفه، و قيل: إنه المداومه على نوع واحد، و قيل يحصل بكل منهما، و قيل هو عدم التوبه لخبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (فى قول الله عز و جل: **وَلَمْ يُصَبِّرُوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ**، قال: الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله و لا يحدث نفسه بالتوبه فذلك الإصرار) (١).

(٦) قال الشارح فى المسالك: (ترك المندوبات لا يقدر فى التقوى و لا يؤثر فى العدالة، إلا أن يتركها أجمع فيقدر فيها لدلالته على قلبه المبالاه بالدين و الاهتمام بكمالايت الشرع، و لو اعتاد ترك صنف منها كالجماعه و النوافل و نحو ذلك فكثر ك الجميع، لا اشتراكهما فى -

ص: ١٤١

التهاون فيها، و هل هذا هو مع ذلك من الذنوب، أم مخالفه المروءه كل محتمل، و إن كان الثاني أوجه،(و بترك المروءه) (١) وهى التخلق بخلق أمثاله فى زمانه و مكانه، فالأكل فى السوق و الشرب فيها لغير سوقى، إلا إذا غلبه العطش، و المشى مكشوف الرأس بين الناس، و كثره السخريه و الحكايات المضحكه، و لبس الفقيه لباس الجندى و غيره مما لا يعتاد لمثله بحيث يسخر منه، و بالعكس (٢)، و نحو ذلك يسقطها (٣)، و يختلف الأمر فيها باختلاف الأحوال و الأشخاص و الأماكن، و لا يقدر فعل السنن و إن استهجنها العامه، و هجرها الناس كالكلحل، و الحناء، و الحنك فى بعض البلاد، و إنما العبره بغير الراجح شرعا.

## فى طهاره المولد

(و طهاره المولد) (٤).....

-العله المقتضيه لذلك، نعم لو تركها أحيانا لم يضر. انتهى.

و رده صاحب الجواهر و لقد أجاد بقوله: (و لكن الانصاف عدم خلوه من البحث إن لم يكن إجماعا، ضروره عدم المعصيه فى ترك جميع المندوبات، أو فعل جميع المكروهات من حيث الإذن فيها، فضلا عن ترك صنف منها، و لو للتكاسل و التثاقل منه، و احتمال كون المراد بالتهاون الاستخفاف فيه يدفعه أن ذلك من الكفر و العصيان و لا- يعبر عنه ببلوغ الترك حد التهاون) انتهى.

(١) أى و تزول العدالة بترك المروه و قد تقدم ضعفه.

(٢) و هو لباس الجندى لباس الفقيه.

(٣) أى يسقط العدالة.

(٤) فلا تقبل شهاده ولد الزنا على المشهور شهره عظيمه كما فى الجواهر، للأخبار.

منها: خبر أبى بصير (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن ولد الزنا أ تجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت: إن الحكم بن عيينه يزعم أنها تجوز، فقال: اللهم لا تغفر ذنبه، ما قال الله للحكم: و إنه لذكر لك و لقومك) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تجوز شهاده ولد الزنا) ٢ و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: لا يجوز و لا يؤم) ٣.

و عن الشيخ فى المبسوط أنها تجوز و لعله لما رواه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن الحسن عن أخيه قال (سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم تجوز شهادته و لا يؤم) ٤، و لكنها لا تصلح لمعارضه ما تقدم.

ص: ١٦٢

فتردّ شهادته ولد الزنا و لو فى اليسير (١) على الأشهر و إنما تردّ شهادته مع تحقق حاله شرعا، فلا اعتبار بمن تناله الألسن و إن كثرت (٢) ما لم يحصل العلم، (و عدم التهمة) (٣) بضم التاء و فتح الهاء، و هى أن يجر إليه بشهادته نفعا، أو يدفع عنها بها ضررا.

(١) فعن الشيخ فى النهايه و ابن حمزه قبول شهادته فى اليسير لخبر عيسى بن عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن شهادته ولد الزنا؟ فقال: لا تجوز إلا فى الشىء اليسير إذا رأيت منه صلاحا) (١)، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم فلذا ذهب المشهور إلى عدم القبول و لو فى الشىء اليسير، لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٢) بلا خلاف فيه لإطلاق الأدله أو عمومها.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر سماعه (سألته عما يردّ من الشهود قال: المريب و الخصم و الشريك و دافع مغرم و الأجير و العبد و التابع و المتهم، كل هؤلاء تردّ شهادتهم) (٢) و خبر عبد الله بن سنان (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: ما يردّ من الشهود؟ قال: الظنين و المتهم، قلت: فالفاسق و الخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين) (٣) و مثله صحيح الحلبي ٤ و خبر أبى بصير ٥.

و قال الشارح فى المسالك: (إن مطلق التهمه غير قادح فى الشهاده، بل التهمه فى مواضع مخصوصه - إلى أن قال - و للتهمه المانع أسباب منها: أن يجرّ إلى نفسه بشهادته نفعا و لو بالولاية، أو يدفع ضررا، فلا يقبل شهاده السيد لعبده المأذون، أو الغريم للميت و المفلس المحجور عليه، و الوارث بجرح مورثه لأن الديه تجب له عند الموت بسبب الجرح، فيلزم أن يكون شاهدا لنفسه و الشريك لشريكه فيما هو شريك، و الوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه، و الوصى و القيم فى محل تصرفهما) انتهى. و أما مطلق التهمه فليست بمانع لورود النصوص فى قبول شهاده الزوج لزوجته و بالعكس و الصديق لصديقه و الوالد لولده و الأخ لأخيه.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (تجوز شهاده الرجل لامرأته، و المرأه لزوجها إذا كان معها غيرها) (٤) و خبر عمار بن مروان عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يشهد لامرأته قال: إذا كان خيرا - آخر - جازت شهادته معه لامرأته) (٧) و صحيح -

ص: ١٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الشهادات حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

٣- (( ٣ و ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٥ و ٣.

٤- (( ٦ و ٧ )) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

(فلا تقبل شهادة الشريك لشريكه فى المشترك بينهما (١) بحيث يقتضى -الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة الولد لوالده، و الوالد لولده و الأخ لأخيه)(١).

نعم عن المشهور عدم قبول شهادة الولد على الوالد لأن ما تقدم كانت شهادته له لا عليه و استدل له بالاجماع و بمرسل الصدوق (لا تقبل شهادة الولد على والده)٢، و لأن الشهادة عليه تكذيب له و هو عقوق. و فيه: أما دعوى الإجماع فممنوعه لذهاب السيد إلى الخلاف، و تردد العلامة فى التحرير و اختار الشهيد القبول فى الدروس، و المرسل غير صالح لمقاومه صحيح داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السلام (أقيموا الشهادة على الوالدين و الولد)(٢)، و خبر على بن سويد عن أبى الحسن عليه السلام (كتب إلى فى رسالته إلى و سألت عن الشهادات لهم: فأقم الشهادة لله و لو على نفسك أو الوالدين و الأقربين فيما بينك و بينهم، فإن خفت على أخيك ضيما فلا)(٣).

ثم لا ملازمه بين الشهادة عليه و بين تكذيبه حتى يكون ذلك عقوقا، إذ قد يكون الوالد مخطئا أو مشتبه و إلا لو سلم أنه عقوق فكيف جاز الشهادة على الوالده بالاتفاق مع أن حقها أعظم.

و على كل فعموم الأدله تقتضى قبول قول الشاهد و لو مع التهمة فلا يرفع اليد عنها إلا مع ورود أخبار خاصه تدل على المنع لأنه متهم، و الأخبار الخاصه كما ستعرف إنما وردت فى هذه المواطن التى ذكرها الشارح، فلذا حملت أخبار التهمة عليها فقط.

(١) و ذلك كما لو شهد: بأن هذا بيننا، أما لو شهد بأن له النصف قبلت و يدل عليه نصوص.

منها: صحيح أبان (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال:

تجوز شهادته إلا فى شىء له فيه نصيب)(٤) و منه يستفاد التعليل برد شهادته عند التهمة إذا كانت شهادته تجر نفعاً مالياً إليه و منه يعرف تعديه الحكم إلى ما لو كانت شهادته تدفع ضرراً مالياً عنه، ثم إن هذا يتم فى الشريك و السيد و الغريم إلى آخر ما ذكره الشارح ما عدا الوصى فإنه لا يجز نفعاً مالياً بشهادته بل يجز نفعاً إلى غيره فيجب أن تقبل شهادته بناء على ما استفيد من التعليل فضلاً عن النص الخاص الآتى بقبول شهادته.

ص: ١٦٤

١- ( ( ١ و ٢ ) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٦.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

الشهادة المشاركة، (و لا) شهادة الوصى فى متعلق وصيته (١)، و لا يقدح فى ذلك (٢) مجرد دعواه الوصايه، و لا مع شهادة من لا تثبت بها (٣)، لأن المانع ثبوت الولاية الموجهه للتمهه بإدخال المال تحتها، (و لا) شهادة (الغرماء للمفلس) و الميت (٤)،

### فى عدم المولويه بينهما

(و السيد لعبد (٥) على القول بملكه، للاتفاح بالولاية عليه. و الشهاده فى هذه الفروض جالبه للنفع.

(و) أما ما يدفع الضرر فشهادة (العاقله بجرح شهود (٦) الجنايه) خطأ، و غرماء المفلس بفسق شهود دين آخر، لأنهم يدفعون بها ضرر المزاحمه. و يمكن اعتباره فى النفع (٧)، و شهادة الوصى و الوكيل بجرح الشهود على الموصى (٨)، و الموكل، و شهادة الزوج بزنا زوجته التى قذفها لدفع ضرر الحد. و لا يقدح مطلق (١) بأن يدعى مالا لليتم و هو وصى عليه، و المشهور عدم القبول للتمهه، و عن جماعه القبول لمكاتبه الصفار إلى أبى محمد عليه السلام (أ يجوز للوصى أن يشهد لوارث الميت صغيرا أو كبيرا و هو القابض للصغير و ليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم و ينبغى للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتم الشهاده) (١)، و هو الأقوى لعدم جر النفع بشهادته إليه بل إلى اليتيم.

(٢) أى فى الشهاده.

(٣) أى فلو ادعى الوصايه و أتى بشهادة غيره غير المستجمع للشرائط فكذلك لا تقدر بشهادته فى مال اليتيم، لأن المانع هو ثبوت الوصايه الموجهه للتمهه لا دعوى الوصايه أو دعواها مع شهادة عليها غير نافعه.

(٤) بأن يشهد الغريم بأن للمفلس أو للميت مالا بحيث يتعلق حق الغريم به فلا تقبل لأنها شهادة تجر نفعاً إليه.

(٥) على القول بملك العبد، بحيث يصير المال تحت ولايته فهى شهادة تجر نفعاً إليه فلا تقبل.

(٦) حتى ترد شهادتهم فلا يغرموا لديه فهى شهادة منهم لدفع الضرر عنهم.

(٧) أى و يمكن اعتبار دفع ضرر المزاحمه فى جلب النفع، فجرح شهود دين آخر حتى لا يثبت، لتكون حصته من المال أكثر.

(٨) فيما لو كانت الشهاده على الموصى و الموكل بضرر عليهما.

ص: ١٤٥

التهمه (١)، فإن شهاده الصديق لصديقه مقبوله، و الوارث لمورثه بدين (٢) و إن كان (٣) مشرفا على التلف ما لم يرثه قبل الحكم بها (٤)، و كذا شهاده رفاء القافله على اللصوص إذا لم يكونوا مأخوذین (٥) و يتعرضوا (٦) لذكر ما أخذ لهم. و (المعتبر فى الشروط) المعتبره فى الشهاده (وقت الأداء لا وقت التحمل) (٧)، فلو تحملها ناقصا ثم كمل حين الأداء سمعت، و فى اشتراط استمرارها إلى حين الحكم قولان (٨): اختار المصنف فى الدروس ذلك (٩)، و يظهر من العبارة عدمه.

### فى عدم العداوه الدينويه بينهما

(و تمنع العداوه الدينويه) (١٠)...

(١)المجرده عن جزّ النفع أو دفع الضرر.

(٢)أى بدين للمورث قبل الموت.

(٣)الضمير راجع إلى المورث.

(٤)أى قبل الحكم بهذه الشهاده الصادره من الوارث، و المعنى أن الوارث يرث بالقوه فى زمن حياه المورث حيثذ فتجوز شهادته و أما إذا كان وارثا بالفعل لأن المورث قد مات فلا تجوز.

(٥)إن لم يأخذ اللصوص أموالهم.

(٦)عطف على قوله (يكونوا) و المعنى: و إن كانوا مأخوذین لكن لم يتعرضوا لذكر ما أخذ منهم.

(٧)بلا خلاف فيه لاستكمال شرائط القبول حال الأداء فيندرج تحت عموم الأدله أو إطلاقها الدال على قبول الشهاده.

(٨)بحيث لو طرأ الفسق على الشهود بعد الادلاء بشهادتهم و قبل صدور الحكم، فذهب الشيخ فى الخلاف و المبسوط و ابن إدريس و المحقق و العلامة فى أحد قوليه إلى الجواز لأن المعتبر هو العدالة حال أداء الشهاده كما هو منصرف الأخبار.

و ذهب العلامة فى المختلف و الشهيد و جماعه إلى عدم الجواز لأنهما فاسقان حال الحكم فلا- يجوز استناد الحكم إلى شهادتهما إذ يصدق أنه حكم بشهاده فاسقين.

(٩)أى الاستمرار.

(١٠)أما العداوه الدينيه فلا تمنع من قبول الشهاده، و لذا قبلت شهاده المسلم على الكافر كما تقدم، و أما العداوه الدينويه فإنها تمنع من قبول الشهاده بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله عما يرد من الشهود قال: الظنين -



و إن لم تتضمن فسقا (١)، و تتحقق (بأن يعلم منه السرور بالمساءه، و بالعكس)، أو بالتقاذف، و لو كانت العداوه من أحد الجانين اختصّ بالقبول الخالي منها، و إلا (٢) لملك كلّ غريم ردّ شهاده العدل عليه بأن يقذفه و يخاصمه، (و لو شهد العدو لعدوّه قبل (٣) إذا كانت العداوه لا تتضمن فسقا)، لانتفاء التهمه بالشهاده له.

و احترز بالدينويه عن الدينيه فإنها غير مانعه، لقبول شهاده المؤمن على أهل الأديان، دون العكس (٤) مطلقا (٥).

### فى عدم كثره السهو

(و لا تقبل شهاده كثير السهو، بحيث لا يضبط المشهود به (٦) و إن كان عدلا، بل ربما كان وليا. و من هنا قيل: نرجو شفاعه من لا تقبل شهادته، (و لا) شهاده (المتبرع بإقامتها (٧) قبل استنطاق الحاكم، سواء كان قبل الدعوى أم -و المتهم و الخصم) (١) و خبر إسماعيل بن مسلم عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السّلام (لا تقبل شهاده ذى شحنا، أو ذى مخزيه فى الدين) (٢).

(١) أما لو تضمنت فسقا فتردّ الشهاده لا من ناحيه العداوه بل من ناحيه الفسق، هذا و اعلم أنه قد تجتمع العداوه الدينويه مع العداله كما لو كان يفرح بمساءه الغير و يحزن بمسرتة و لكن لا يرتكب عملا ينافى عدالته من هتك أو سب أو شماته و غير ذلك.

(٢) أى و إن لم نقبل شهاده الخالي من الجانين من العداوه لكفى فى ردها أن ينهال عليه غريمه بالسب و الشتائم لتحصل العداوه فتردّ شهادتهما معا و هذا مما لم يقل به أحد.

(٣) لوجود المقتضى من العداله، و عدم المانع لأنه لا تهمه فى حقه.

(٤) و هو شهاده أهل الأديان على المسلمين.

(٥) أى سواء كان المسلم مؤمنا أم مخالفا و يمكن أن يكون سواء كان الشاهد ذميا أم حريبا.

(٦) لما تقدم من الخبر (فما كل صالح مميزا و لا محصلا، و لا كل محصل مميز صالح) (٣).

(٧) إن كانت فى حقوق الآدميين فلا تقبل، قبل الدعوى أو بعدها، و لكن كانت قبل سؤال الحاكم لها فى مجلس الحكومه، لأن بالتبرع تنطرق التهمه إلى الشاهد أنه شهد للمدعى زورا بسبب حرصه على ذلك فيمنع القبول، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و استدلل له بالنبوى (ثم يجيء قوم يعطون الشهاده قبل أن يسألوها) (٤) و بالنبوى الآخر (ثم يفشو -

ص: ١٦٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الشهادات حديث ٥.



٣- (٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٢٣.

٤- (٤) مسند أحمد ج ٤ ص ٤٢٦.

بعدها، للتهمة بالحرص على الأداء و لا يصير بالرد مجروحا (١)، فلو شهد بعد ذلك غيرها (٢) قبلت، و فى إعادتها فى غير ذلك المجلس و جهان (٣)، و التبرع مانع.

(إلا- أن يكون فى حق الله تعالى) كالصلاه و الزكاه و الصوم بأن يشهد بتركها، و يعبر عنها ببينه الحسبه فلا يمنع، لأن الله أمر بإقامتها، فكان فى حكم استنطاق الحاكم قبل الشهاده، و لو اشترك الحق كالعتق و السرقة و الطلاق و الخلع و العفو عن القصاص ففى ترجيح حق الله تعالى أو الآدمى و جهان (٤)، أما الوقف -الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يشهد(١) و بنالث (تقوم الساعه على قوم يشهدون من غير أن يشهدوا)(٢) مع ما ورد أنها لا تقوم الساعه إلا على شرار الخلق(٣).

هذا و ذهب صاحب المستند إلى القبول و نسبه إلى ابن إدريس فى السرائر، و قد نسب القبول إلى الأردبيلى و صاحب الكفايه لأن التهمه لا تضر كما تقدم ما لم تجر نفعاً أو تدفع ضرراً، و أما النبويات فليست بحجه لورودها من غير طرقتنا على أنها معارضه بالنبوى الآخر (ألا- أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، قال: أن يشهد الرجل قبل أن يشهد(٤). هذا و لو كانت الشهاده فى حقوق الله فتسمع، لأنها لو لم تسمع لتعطل الحد، مع أنه لا مدعى لها غالباً فكل شهاده فيها تبرعه حينئذ، و خالف الشيخ فى النهايه مع أنه وافق المشهور فى المبسوط، و مخالفته للتهمه الوارده فى حق المتبرع و قد عرفت ضعفه و بناء على ما تقدم فلو اشترك الحق بين حق الله و حق الآدميين فتقبل فى حق الله دون حق الآدميين فيقطع بالسرقة بشهاده المتبرع و لا يغرم.

(١) لأن الحرص المذكور الموجب لرد شهادته ليس بمعصيه فتسمع شهادته فى مجلس آخر و إن لم يتب عما وقع منه.

(٢) غير هذه الشهاده فى دعوى أخرى.

(٣) وجه عدم القبول بقاء التهمه فى الواقعه، و وجه القبول كون الشهاده الثانيه مستجمعه للشرائط.

(٤) و قد عرفت أنه مقتضى قولهم التفصيل فتسمع فى حق الله دون حق الآدمى.

ص: ١٦٨

١- (١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٦٤.

٢- (٢) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٥٠٦.

٣- (٣) البحار ج ٦ ص ١٨.

٤- (٤) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٥٩.

العام لقبولها فيه أقوى (١) بخلاف الخاص (٢) على الأقوى، (و لو ظهر للحاكم سبق القادح في الشهاده على حكمه) بأن ثبت كونهما صبيين، أو أحدهما، أو فاسقين، أو غير ذلك (نقض) (٣) لتبين الخطأ فيه.

### في مستند الشهاده

(و مستند الشهاده العلم القطعي) (٤) بالمشهود به، (أو رؤيته فيما يكفى فيه) (١) لأن الوقف العام لا مدعى له فتسمع شهاده المتبرع كحقوق الله.

(٢) فله مدعى فلا تسمع شهاده المتبرع لوجود التهمه.

(٣) لعدم احراز الشهاده للشروط المعبره فحكمه حكم بغير مستند شرعى، نعم لو حكم ثم تجدد الكفر أو الفسق أو غيرهما لم ينقض الحكم لوقوعه بشهاده عدلين بلا خلاف فيه ولا إشكال.

(٤) و به يصير الشاهد شاهدا لقوله تعالى: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ) (١)، و خبر على بن غياث عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تشهدنّ بشهاده حتى تعرفها كما تعرف كفك) (٢)، و عن ابن عباس (أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن الشهاده فقال: ترى الشمس، على مثلها فاشهد أو دع) (٣)، و يتحقق العلم بالرؤيه أو السماع أو بهما، فما يفتقر إلى المشاهده هو الأفعال لأن آله السمع لا تدركها، كالغصب و السرقة و القتل و الرضاع و الولاده و الزنا و اللواط فلا يصير شاهدا فيها إلا مع المشاهده، و لذا تقبل في هذا القسم شهاده الأصم لعدم الحاجه إلى السمع المفقود عنده.

و عن الشيخ فى النهايه و القاضى ابن حمزه أنه يؤخذ بأول كلامه لا بثانيه استنادا إلى روايه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله عن شهاده الأصم فى القتل فقال: يؤخذ بأول قوله، و لا يؤخذ بالثاني) (٤)، و هى مع ضعف السند فقوله الثانى المنافى للأول يوجب رجوعه عما شهد به أولا فلا يقبل.

و ما يفتقر إلى السماع هو النسب و الإقرار و العقود و الإيقاعات و الشهاده على الشهاده هذا مع علمه بالمتلفظ، و إلا فيفتقر إلى الرؤيه حيثئذ و عليه فتصح شهاده الأعمى إذا عرف صوت المتلفظ معرفه يزول معها الاشتباه على المشهور، و عن الشيخ فى الخلاف عدم-

ص: ١٦٩

١- (١) سورة الإسراء، الآية: ٣٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

الرؤية، كالأفعال من الغضب و السرقة و القتل و الرضاع و الولادة و الزنا و اللواط، و تقبل فيه شهاده الأصم، لانتفاء الحاجة إلى السمع في الفعل، (أو سماعاً) في الأقوال (نحو العقود) و الإيقاعات و القذف (مع الرؤية) أيضاً ليحصل العلم بالمتلفظ، إلا أن يعرف الصوت قطعاً فيكفي على الأقوى، (و لا يشهد إلا على من يعرفه (١) بنسبه أو عينه، فلا يكفي انتسابه له، لجواز التزوير،) و يكفي معرفان عدلان) بالنسب (و يجوز أن تسفر المرأه عن وجهها (٢) ليعرفها الشاهد عند التحمل و الأداء (٣)، إلا أن يعرف صوتها قطعاً.

(و يثبت بالاستفاضه) (٤) و هي استفعال من الفيض، و هو الظهور و الكثرة.

-القبول لأذن الأصوات تماثل، و فيه: إن الاحتمال مندفع باليقين إذ الكلام على تقديره، و التشكيك في ذلك تشكيك في الوجدان و إلا- لما جاز له أن يطأ حليلته و هو مناف للضروره، بل على القول بعدم جواز شهادته فلازمه جواز وطئه لزوجه مع عدم قبول شهادته عليها لو أقرت و هي تحته بدرهم و هذا من الغرائب.

(١) أعاده مع أنه قد تقدم سابقاً ما يدل عليه للتنبيه على عدم حصر العلم بالحقى بل يشمل العلم الشرعى الحاصل من البيئه، فلو سمع الأعمى اللفظ من شخص و قامت البيئه عنده على أن المتلفظ هو زيد فيجوز للأعمى أن يشهد على زيد بذلك اللفظ و يكون شاهد أصل لا- فرع بلا- خلاف في ذلك كما في الجواهر و اعترف به في الرياض لإطلاق خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن شهاده الأعمى، فقال: نعم إذا أثبت) (١) بناء على كون إثباته يشمل البيئه، و يؤيده ما ورد من جواز الشهاده على المرأه إذا حضر من يعرفها و هو خبر على بن يقطين عن أبي الحسن الأول عليه السلام (لا بأس بالشهاده على إقرار المرأه و ليست بمسفره إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأما إذا كانت لا- تعرف بعينها و لا يحضر من يعرفها، فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها و على إقرارها دون أن تسفر و ينظرون إليها) (٢).

(٢) كما في خبر ابن يقطين المتقدم.

(٣) أى أداء الشهاده عليها.

(٤) الاستفاضه هي توالى الأخبار من جماعه من غير مواعده بينهم، و عن الاسكافى أنه يثبت-

ص: ١٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من كتاب الشهادات حديث ١.

-بها النسب فقط و عن الاصباح ثلاثه: النسب و الموت و الملك المطلق، و عن النافع و التبصره أربعه: بحذف الموت و زياده النكاح و الوقف، و عن القواعد و المبسوط و الاقتصاد و التلخيص سبعة: بزياده العتق و ولايه القاضى، و عن التحرير ثمانيه: بزياده الولاء، و عن غيره بزياده تاسع: و هو الرق، و عن آخر بزياده عاشر: و هو العدل، بل قيل بزياده سبعة عشر إليها و هى: العزل و الرضاع و تضرر الزوجه و التعديل و الجرح و الإسلام و الكفر و الرشد و السفه، و الحمل و الولاده، و الوصايه و الحريره، و اللوث، و الغصب و الدين و الإعسار، و الأصل فيه مرسل يونس بن عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن البيئه إذا أقيمت على الحق، أي يحلّ للقاضى أن يقضى بقول البيئه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات و المناكح و الذبائح و الشهادات و الأنساب، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً، جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه)(١).

و فيه: إنه ظاهر فى ترتب الحكم الشرعى على الشائع بين الناس فى هذه الأمور الخمسه و هذا أجنبى عن المدعى إذ المدعى جواز شهادته الشاهد على الواقع استناداً إلى ما هو الشائع بين الناس.

فالانصاف أنه لا موجب لرفع اليد عن اشتراط كون الشهاده عن علم و أن المشهود به كالشمس و الكف عند الشاهد، و عليه فلو شهد الشاهد بالواقع استناداً إلى الشائع فلا تقبل، نعم لو شهد بالشائع ثبت الشائع عند القاضى كما لو شهد الشاهد باليد أو بالاستصحاب، فإنه ثبت اليد و لا تثبت الملكيه الواقعيه كما عليه المشهور، نعم قد يقال بثبوت الملكيه الواقعيه استناداً لليد لخبر حفص بن غياث عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له، قال: نعم، قال الرجل:

أشهد أنه فى يده و لا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: أفيحل الشراء منه؟ نعم، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك: هو لى و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السّلام: لو لم يجر هذا لم يتم للمسلمين سوق)(٢).

و هو ضعيف السند و معارض بصحيح معاويه بن وهب (قلت له: إن ابن أبى ليلى يسألنى -

ص: ١٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٢.

و المراد بها هنا شيعاء الخبر إلى حد يفيد السامع الظن [الغالب] المقارب للعلم، و لا- تنحصر فى عدد بل يختلف باختلاف المخبرين، نعم يعتبر أن يزيدوا عن عدد الشهود المعدلين ليحصل الفرق بين خير العدل و غيره، و المشهور أنه يثبت بها (سبعه النسب و الموت و الملك المطلق و الوقف و النكاح و العتق و ولايه القاضى)، لعسر إقامه البينه فى هذه الأسباب مطلقا (١).

(و يكفى) فى الخبر بهذه الأسباب (متاخمه العلم) أى مقاربتة (على قول قوى) و به جزم فى الدروس، و قيل: يشترط أن يحصل العلم، و قيل: يكفى مطلق الظن (٢) حتى لو سمع من شاهدين عدلين صار متحملا، لإفاده قولهما الظن.

و على المختار (٣) لا يشترط العدالة، و لا الحريه و الذكوره، لإمكان استفادته (٤) من نقائضها (٥). و احترز بالملك المطلق عن المستند إلى سبب كالبيع فلا يثبت السبب -الشهادة عن هذه الدار، مات فلان و تركها ميراثا و أنه ليس له وارث غير الذى شهدنا له، فقال: اشهد بما هو علمك، قلت: إن ابن أبى لىلى يحلفنا الغموس، فقال: احلف إنما هو على علمك (١)، و خبره الآخر (قلت لأبى عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - الرجل يكون له العبد و الأمه فيقول: أبق غلامى أو أبق أمتى فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضى البينه أن هذا غلام فلان لم يبعه و لم يهبه، أنفشهد على هذا إذا كلفناه و نحن لم نعلم أنه أحدث شيئا، فقال: كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته، أو غاب عنك لم تشهد به) ٢ و مما تقدم لا يجوز للشاهد أن يشهد بالواقع استنادا إلى الاستفاضه أو اليد أو الاستصحاب، بل يشهد بما يعلم بوجوده من اليد و الاستصحاب و الاستفاضه و التصرف و بقيه الإمارات و الحاكم ينفذ حكمه على مقتضى ما يثبت عنده.

(١) سواء كانت البينه رجلين أو رجلا و امرأتين أو رجلا و يمينا.

(٢) اختلفوا على هذه الأقوال الثلاثة مع أن المستند هو مرسل يونس المتقدم و ظاهره كفايه الظن الناشئ من الشيعاء، بل كما مال إليه صاحب الجواهر أن الشيعاء حجه و إن لم يفد الظن تمسكا بإطلاق المرسل المتقدم و هو الأقوى.

(٣) من اختيار الظن الغالب المقارب للعلم.

(٤) أى استفاده الظن.

(٥) إذ قد يستفاد الظن من خبر الفاسق و العبد و الأئشى.

ص: ١٧٢

به (١)، بل الملك الموجود في ضمنه، فلو شهد بالملك و أسنده (٢) إلى سبب يثبت (٣) بالاستفاضه كالإرث قبل (٤)، و لو لم يثبت بها كالباع قبل في أصل الملك (٥)، لا في السبب. و متى اجتمع في ملك استفاضه، و يد، و تصرف بلا منازع فهو منتهى الإمكان، فللشاهد القطع بالملك (٦)، و في الاكتفاء بكل واحد من الثلاثة في الشهاده بالملك قول قوى (٧).

## في وجوب التحمل

(و يجب التحمل) للشهادة (على من له أهليه الشهاده (٨)...

(١) أى بالشائع.

(٢) أى و اسند الشاهد الملك.

(٣) أى يثبت السبب.

(٤) أى قول الشاهد بالملك و السبب معاً، و وجهه لأن الإرث مستند إلى الموت الذى يثبت بالاستفاضه.

(٥) أى الملك المطلق.

(٦) و لازمه الشهاده بالملك واقعا اعتمادا على هذه الأمور الثلاثة.

(٧) قد اطنب الأصحاب في فروع و أحكامها بناء على جواز الشهاده بالواقع اعتمادا على الاستفاضه و اليد و التصرف و الاستصحاب، و ليس لهم إلا المرسل المتقدم و قد عرفت عدم دلالتها على ذلك فالمتعين لا بديه العلم فى الشهاده و أن الشاهد يشهد بالاستفاضه أو اليد أو غيرها و على الحاكم حينئذ أن يحكم على مقتضاه و منه تعرف ضعف الكثير من فروعهم، و منها ما ذكره الشارح هنا فى هذا الفرع و ما قبله.

(٨) على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قول الله عز و جل: و لا- يَأْبُ الشُّهَدَاءُ، قال عليه السّلام: قبل الشهاده) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قول الله: و لا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا، قال: لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم عليها، فذلك قبل الكتاب) ٢، و خير محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السّلام فى قوله تعالى: (وَ لَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) (٢) قال عليه السّلام:-

ص: ١٧٣

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٤.

٢- (٣) سورة البقره، الآية: ٢٨٢.

إذا دعى إليها خصوصا (١) أو عموما (٢) (على الكفاية) (٣) لقوله تعالى: وَلَا يَأْتِ الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا (٤) فسره الصادق عليه السلام: بالتحمل (٥)، ويمكن جعله (٦) دليلا- عليه (٧) و على الإقامه (٨)، فيأثم الجميع (٩) لو أدخلوا به مع القدره، (فلو فقد سواه) فيما يثبت به وحده و لو مع اليمين، أو كان تمام العدد (تعين) الوجوب - (إذا دعاك الرجل لتشهاد له على دين أو حق لم ينبغ لك أن تقاعس عنه) (١).

و ذهب ابن إدريس إلى عدم الوجوب للأصل و طعنا في الأخبار بناء على أصله من عدم حجيه خبر الواحد، و لأن الآيه المتقدمه ظاهره في أداء الشهاده لا- في تحملها، لأن لفظ المشتق ظاهر في التلبس و لا يطلق لفظ الشهداء حقيقه إلا بعد التحمل فتكون الآيه داله على وجوب الأداء.

و فيه: أما الأصل فمنقطع بما عرفت من الأخبار، و قد ثبت حجيه الخبر الواحد كما قرر في محله، و الآيه قد فسرت بالتحمل كما في الصحيح المتقدم، فضلا عن أن سياقها يدل على ذلك حيث أمر الله تعالى أولا بالمكاتبه ثم نهى الكاتب عن المخالفه، ثم أمر بالاشهاد و نهى الشاهد عن الإباء و هو ظاهر في إباطه عن التحمل، و يكون صحه استعمال المشتق بلحاظ الأول مجازا.

(١) بحيث دعاه باسمه.

(٢) بحيث دعا جماعه و هو منهم.

(٣) ذهب المفيد و الحلبي و القاضي و الديلمي و ابن زهره إلى العيني لظاهر الأمر في الآيه المتقدمه و الأخبار.

و عن المتأخرين أنه على الكفائي، للأصل، و لعدم العيني في الأداء ففي التحمل أولى، و للبعد بالتزام الوجوب العيني و قد دعا المائه و المائتين أو أهل البلد بتمامهم فالمتعين هو الوجوب الكفائي حينئذ.

(٤) البقره آيه: ٢٨٢.

(٥) في صحيح هشام بن سالم المتقدم و غيره.

(٦) أى قوله تعالى.

(٧) أى على وجوب التحمل كما تقدم.

(٨) أى الأداء كما هو مذهب ابن إدريس و يكون التحمل غير واجب و قد تقدم عرضه مع ما فيه.

(٩) تفریع على قوله: على الكفاية.

ص: ١٧٤



كغيره من فروض الكفايه إذا لم يقم به غيره، (و يصح تحمل الأخرس) (١) للشهادة، (و أدأؤه بعد القطع بمراده) و لو بترجمين عدلين. و ليسا فرعين عليه، و لا يكفى الإشاره فى شهاده الناطق (٢).

## فى وجوب الأداء

(و كذا يجب الأداء) (٣) مع قدره (على الكفايه) إجماعا، سواء استدعاه (١) فيصح منه تحمل الشهاده لإطلاق الأدله، كما يصح منه أداء الشهاده بالإشاره المفهمه كما تصح منه العقود و الايقاعات، ثم إن فهم القاضى إشارته عمل بما يعلمه و إلا افتقر إلى مترجمين يعرفان إشارته كما يفتقر الحاكم إليهما لو كان الشاهد أعجميا و الحاكم لا يعرف لغته، ثم إن المترجمين لا يكونان شهاده على شهادته بل مخبران بمعنى إشارته، فلا يلحقهما أحكام الشهاده على الشهاده.

(٢) إذ يمكنه النطق فيتعين عليه بخلاف الأخرس.

(٣) أى يجب على الشاهد أداء الشهاده بلا خلاف فيه لقوله تعالى: (وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمٌ قَلْبُهُ) (١)، و لصحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى قول الله عز و جل:

و من يكتمها فإنه آثم قلبه، قال: بعد الشهاده) (٢)، و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من كتم شهاده أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم أو ليزوى مال امرئ مسلم، أتى يوم القيامة و لوجهه ظلمه مد البصر، و فى وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه و نسبه، و من شهد شهاده حق ليحى بها حق امرئ مسلم أتى يوم القيامة و لوجهه نور مد البصر تعرفه الخلائق باسمه و نسبه، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: ألا ترى أن الله عز و جل يقول: و أقيموا الشهاده لله) (٣)، هذا و ظاهر الأصحاب على الكفايه هنا إن زاد الشهود عن العدد المعتبر فى ثبوت الحق، و وجهه لعدم ثبوت الحق على شهاده الجميع، و الأكثر على عدم الفرق فى الوجوب بين استدعائه و عدمه لعموم الأدله المتقدمه، و ذهب جماعه منهم الشيخ و ابن الجنيد و أبو الصلاح إلى عدم الوجوب إلا مع الاستدعاء للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إذا سمع الرجل الشهاده و لم يشهد عليها، فهو بالخيار إن شاء شهد و إن شاء سكت) (٣) و صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا سمع الرجل الشهاده و لم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد و إن شاء -

ص: ١٧٥

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٨٣.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الشهادات حديث ١.

ابتداء (١) أم لا على الأشهر، (إلا مع خوف ضرر غير مستحق) على الشاهد (٢)، أو بعض المؤمنين. واحترز بغير المستحق عن مثل ما لو كان للمشهود عليه حق على الشاهد لا يطالبه به، وينشأ عن شهادته المطالبه، فلا ثبوت بشهادته لانضمام الوجوب (٣)، لأنه ضرر مستحق. وإنما يجب الأداء مع ثبوت الحق بشهادته لانضمام من يتم به العدد، أو حلف المدعى إن كان مما يثبت بشاهد ويمين. فلو طلب من اثنين [فيما] يثبت بهما لزمهما (٤)، وليس لأحدهما الامتناع بناء على الاكتفاء بحلف المدعى مع الآخر، لأن من مقاصد الاشهاد التورع عن اليمين، ولو كان الشهود أزيد من اثنين فيما يثبت بهما وجب على اثنين منهما كفايه، ولو لم يكن إلا واحد لزمه الأداء إن كان مما يثبت بشاهد ويمين وإلا فلا (٥). ولو لم يعلم صاحب الحق بشهادة الشاهد وجب عليه (٦) تعريفه إن خاف بطلان الحق بدون شهادته، (ولا يقيمها) الشاهد (إلا مع العلم) (٧) القطعى.

-سكت، وقال: إذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد (١) و مثلها غيرها، إلا- أن يعلم أن صاحب الحق لا يثبت حقه إلا بشهادته فيجب عليه الأداء وإن لم يشهد لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد و لا يحل إلا أن يشهد) ٢، و التفصيل أقوى لموافقته الاعتبار حيث لم يؤخذ منه التزام عند سماعه الشهادة بدون استدعاء و هو معنى (لم يشهد عليها) الوارد فى الأخبار المتقدمه. بخلاف ما لو دعى للتحمل فتحملها قصدا فيكون قد التزم به فعليه الوفاء بالتزامه.

(١) أى لتحمل الشهاده.

(٢) فمع الضرر لا يجب الأداء لقاعده نفي الضرر.

(٣) لأنه ضرر مستحق، بل تسميته ضررا محل منع، لأنه حقه.

(٤) للتعين عليهما فيجب عينا.

(٥) لكونه لغوا عند عدم أخذ الحاكم به فلا يجب.

(٦) على الشاهد لتوقف الحق على ذلك.

(٧) كما تقدم.

ص: ١٧٦

(و لا يكفى الخط) (١) بها (و إن حفظه) بنفسه، و أمن التزوير (و لو شهد معه ثقه) على أصح القولين، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لَمَنْ أَرَاهُ الشَّمْسُ: «على مثلها فاشهد، أو دع»، و قيل: إذا شهد معه ثقه، و كان المدعى ثقه، أقامها بما عرفه من خطه و خاتمه، استنادا إلى روايه شاذه.

### في نقل جواز الشهاده بقول المدعى

(و من نقل عن الشيعة جواز الشهاده بقول المدعى (٢) إذا كان أخا في الله معهود الصدق، فقد أخطأ في نقله)، لإجماعهم على عدم جواز الشهاده بذلك، (نعم هو مذهب) محمد بن علي الشلمغاني (العزقري) نسبه إلى أبي العزقر بالعين المهمله و الزاي و القاف و الراء أخيرا (من الغلاه) (٣). لعنه الله و وجه الشبهه على من (١) أي بالشهاده بحيث لا تجوز الشهاده بمضمون ورقه لا يذكر الواقعه المعروفه فيها، لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: لا تشهد بشهاده لا تذكرها، فإنه من شاء كتب كتابا و نقش خاتما) (١) و صحيح الحسين بن سعيد قال (كتب إليه جعفر بن عيسى: جعلت فداك، جاءني جيران لنا بكتاب زعموا أنهم أشهدوني على ما فيه، و في الكتاب اسمي بخطي قد عرفته، و لست أذكر الشهاده، و قد دعوني إليها، فأشهد لهم على معرفتي أن اسمي في الكتاب، و لست أذكر الشهاده؟ أو لا تجب الشهاده عليّ حتى أذكرها، كان اسمي - بخطي - في الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد) ٢.

و أما ما ورد من صحيح عمر بن يزيد من جواز الشهاده بذلك إذا قامت البيهه على أنه خطه فهو مخالف لما تقدم بل و مخالف للأخبار المتقدمه التي تضمنت العلم في الشهاده، فلا بدّ من ردها إلى أهلها، و الخبر هو صحيح عمر بن يزيد (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يشهدني على شهاده فاعرف خطي و خاتمي، و لا- أذكر من الباقي قليلا- و لا- كثيرا، فقال لي: إذا كان صاحبك ثقه و معه رجل ثقه فاشهد له) (٢).

و مما تقدم تعرف ضعف ما ذهب إليه مشهور القدماء من جواز الشهاده اعتمادا على الخط إذا أمن التزوير، مع التشكيك في صحه النسبه إلى القدماء بل في الرياض قصر النسبه إلى والد الصدوق فقط.

(٢) مع وجود شاهد آخر.

(٣) نص على ذلك الشيخ في رجاله (٣) في باب من لم يرو عنهم عليهم السلام، و قال الشيخ في -

ص: ١٧٧

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشهادات حديث ٤ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٣- (٤) رجال الطوسي ص ٥١٢.

-الفهرست: (محمد بن علي الشلمغاني، يكنى أبا جعفر، و يعرف بابن أبي العزاقر، له كتب و روايات، و كان مستقيم الطريقه ثم تغير و ظهرت منه مقالات منكره إلى أن أخذه السلطان فقتله، و صلبه ببغداد، و له من الكتب التي عملها في حال الاستقامه كتاب التكليف، أخبرنا به جماعه عن أبي جعفر ابن بابويه عن أبيه عنه إلا- حديثا واحدا منه في باب الشهادات أنه يجوز للرجل أن يشهد لأخيه إذا كان له شاهد واحد من غير علم)(١).

و في الخلاصه: (محمد بن علي الشلمغاني - بالشين المعجمه و الغين المعجمه - و يكنى أبا جعفر، و يعرف بابن أبي العزاقر - بالعين المهمله و الزاء و القاف و الراء أخيرا -، له كتب روايات، و كان مستقيم الطريقه متقدما في أصحابنا فحمله الحسد لأبي القاسم بن روح على ترك المذهب و الدخول في المذاهب الرديه حتى خرجت فيه توقيعات، فأخذه السلطان و قتله و صلبه، و تغير و ظهرت منه مقالات منكره، و له من الكتب التي عملها في حال الاستقامه كتاب التكليف، رواه المفيد رحمه الله إلا حديثا منه في باب الشهادات أنه يجوز للرجل أن يشهد لأخيه إذا كان له شاهد واحد من غير علم)(٢).

و قد أورد الشيخ في كتاب الغيبه عده روايات في ذمه، و الذي يهمننا منها هو: و أخبرني الحسين بن إبراهيم عن أحمد بن علي بن نوح عن أبي نصر هبه الله بن محمد بن أحمد، قال: حدثني أبو عبد الله الحسين بن أحمد الحامدي البزاز، المعروف بـ غلام أبي علي بن جعفر المعروف بابن زهومه النوبختي، و كان شيخا مستورا، قال: سمعت روح بن أبي القاسم بن روح يقول: لما عمل محمد بن علي الشلمغاني في كتاب التكليف قال - يعني أبا القاسم رضي الله عنه -: اطلبوه إليّ لأنظره، فجاءوا به فقرأه من أوله إلى آخره فقال:

ما فيه شيء إلا و قد روى عن الأئمه إلا موضعين أو ثلاثه، فإنه كذب عليهم في روايتها لعنه الله)(٣).

و قال الشيخ في الغيبه: و أخبرني جماعه عن أبي الحسن محمد بن أحمد بن داود و أبي عبد الله الحسين بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه أنهما قالوا: (مما أخطأ محمد بن علي في المذهب في باب الشهاده أنه روى عن العالم عليه السلام أنه قال: إذا كان لأخيك المؤمن علي رجل حق فدفعه، و لم يكن له من البيئه عليه إلا شاهد واحد و كان الشاهد ثقه-

ص: ١٧٨

١- (١) فهرست الشيخ ص ١٧٧ تحت رقم (٦٢٧) طبع دار الوفاء، بيروت - الطبعة الثالثه ١٤٠٣.

٢- (٢) الخلاصه للعلامه ص ٢٥٤ الطبعة الثانيه - من - منشورات المطبعه الحيدريه.

٣- (٣) غيبه الشيخ الطوسي ص ٢٥١-٢٥٢.

-رجعت إلى الشاهد فسألته عن شهادته، فإذا أقامها عندك شهدت معه عند الحاكم على مثل ما يشهد عنده لثلاثي حق امرئ مسلم).

و قال الشيخ: (و اللفظ لابن بابويه و قال: هذا كذب منه لسنا نعرف ذلك، و قال في موضع آخر: كذب فيه)(1).

و من هذه الأخبار المتقدمه تعرف مستند كلام الشارح هنا، نعم ما قال الشارح هنا أنه لا يوجد في الكتاب ما يخالف إلا هذه الفتوى ناقلا ذلك عن المفيد فعله قد نقله عن العلامة في الخلاصه و قد تقدم النقل عنها، و إلا فقد سمعت كلام أبي القاسم بن روح المروى في كتاب الغيبه للشيخ أن ما يخالف هو ثلاثه مواطن أو موضعان، و لعل الشيخ المفيد لم يطلع على حديث روح بن أبي القاسم عن أبيه رضى الله عنه المتقدم كما احتمله السيد حسن الصدر في كتابه فصل القضاء(2) على ما هو المحكى عنه.

هذا من جهه و من جهه ثانيه يحتمل أن تكون المواضع الثلاثه هي المسأله الوارده هنا في باب الشهادات، و مسأله تحديد الكر بأن يأخذ حجرا فيرميه في وسطه فإن بلغت أمواجه من الحجر جنبى الغدير فهو دون الكر و إن لم تبلغ فهو الكر، و مسأله ما لو نسيت مسح قدميك و قد غسلتهما فإنه يجزيك لأنك قد أتيت بأكثر ما عليك.

و من جهه ثالثه هذه المواضع الثلاثه المذكوره في الكتاب المنسوب للإمام الرضا عليه السلام و المسمى بفقهِ الرضا عليه السلام لذلك ذهب السيد حسن الصدر في محكى كتابه فصل القضاء إلى أن هذا المنسوب هو عين كتاب التكليف مع ضميمه أن راوى كتاب التكليف هو أبو الحسن على بن موسى بن بابويه والد الشيخ الصدوق كما نص عليه أصحاب الفهارس كالشيخ و غيره فيكون اللفظ الوارد في أول كتاب الفقه الرضوى و هو قال أبو الحسن و عن أبي الحسن هو ابن بابويه و ليس الإمام الرضا عليه السلام كما احتمله السيد أمير حسين القاضى الذى أتاه بالكتاب جماعه من أهل قم عند مجاورته لبيت الله الحرام، و قد احتمل ذلك العلامة المجلسى و والده و جماعه، على أنه لو كان للإمام هذا الكتاب لوجب انتشار ذكره و ذبوع صيته بين أصحاب الأئمه عليهم السلام و لذكر في كتب التراجم مع أنها خاليه عنه مع أن أسلوبه ينم عن أنه ليس من تأليف المعصوم للقرائن الكثيره الموجوده فيه من قبيل نقله عن العالم عليه السلام و من قبيل قوله: أروى، و من قبيل ورود الأخبار المتعارضه فيه، و من قبيل الروايه عن بعض المحدثين كأبى -

ص: ١٧٩

١- (١) غيبه الشيخ الطوسى ص ٢٥١-٢٥٢.

٢- (٢) فصل القضاء ص ٤٣٨.

نسب ذلك إلى الشيعة أن هذا الرجل الملعون كان منهم أولاً، و صنف كتاباً سمّاه كتاب التكليف و ذكر فيه هذه المسألة ثم غلى، و ظهر منه مقالات منكره فتبرأت الشيعة منه، و خرج فيه توقيعات كثيرة من الناحية المقدسه على يد أبي القاسم بن روح و كيل الناحية، فأخذ السلطان و قتله، فمن رأى هذا الكتاب و هو على أساليب الشيعة و أصولهم توهم أنه منهم و هم بريئون منه، و ذكر الشيخ المفيد رحمه الله أنه ليس في الكتاب ما يخالف سوى هذه المسألة.

## الفصل الثاني في تفصيل الحقوق

### إشاره

(الفصل الثاني) (في تفصيل الحقوق) بالنسبه إلى اليهود. و هي على ما ذكره في الكتاب خمسة أقسام (١).

### في ما يثبت بأربعة رجال

(فمنها: ما يثبت بأربعة رجال، و هو الزنا و اللواط و السحق (٢)) - بصير، و قد ورد فيه الروايه عن سماعه و عن إسماعيل بن زياد و عن أبي الصباح و عن محمد بن سماعه و عن الفضيل و عن محمد بن مسلم عن أحدهما و عن منصور بن حازم و عن محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبي الحسن إلى غير ذلك مما يشهد أنه ليس من أسلوب الإمام و لا من كلامه.

و قد ذهب صاحب رياض العلماء إلى أن الفقه المنسوب هو كتاب الشرائع لوالد الصدوق الذي كانت العلماء تعتمد عليه عند إعواز النصوص، و كذا احتمله السيد حسين القزويني في كتابه شرح الشرائع على ما قيل، و لم يؤتى بدليل على هذا القول فالمتعين هو الأول، و مع ذلك أوردنا بعض أخباره فيما تقدم و ما سيأتي اعتماداً على خبر الشيخ في الغيبه المتقدم نقلاً عن أبي القاسم بن روح رضی الله عنه أنه موافق لما روى عن الأئمه عليهم السلام إلا في موضعين أو ثلاثه، و الله الهادي للصواب.

(١) أما غيره فقد قسم الحقوق إلى قسمين: حق الله و حق الآدمي، و حق الله لا يثبت بشهادة النساء منفردات و لو كثرن و لا منضمات إلا في الزنا كما سيأتي، و لا يثبت حق الله بشاهد و امرأتين و لا بشاهد و يمين.

و أما حق الآدمي فمنه ما يثبت بشاهدين كالطلاق و الخلع و الوكاله و غيره، و منه ما يثبت بشاهدين و شاهد و امرأتين و شاهد و يمين كالديون، و منه ما يثبت بالرجال و النساء منفردات أو منضمات و هو الولاده و الاستهلال، و أما تفصيل ذلك مع دليبه فسيأتي إنشاء الله تعالى.

(٢) بلا خلاف و لا إشكال لقوله تعالى: (وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعِهِ -

-شهداء) (١) و قوله تعالى: (لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ) (٢) و قوله تعالى: (فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ) (٣) ، و الأخبار كثيرة على ثبوت الزنا بأربعة شهداء سيأتى التعرض لبعضها فى كتاب الحدود، لكن لا نص على ثبوت اللواط و المساحقه بأربعة شهداء كما اعترف بذلك صاحب الجواهر، نعم قد ورد فى اللواط ثبوته بالاقرار أربعا كما فى صحيح مالك بن عطيه عن أبى عبد الله عليه السلام (بينما أمير المؤمنين عليه السلام فى ملاء من أصحابه، إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إني أوقبت على غلام فطهرنى، فقال له: يا هذا امض إلى منزلك لعل مرارا هاج بك، فلما كان من الغد عاد إليه، فقال له: يا أمير المؤمنين إني أوقبت على غلام فطهرنى، فقال له: اذهب إلى منزلك لعل مرارا هاج بك حتى فعل ذلك ثلاثا بعد مرته، الأولى، فلما كان فى الرابعة قال له: يا هذا، إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حكم فى مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيهن شئت، قال: و ما هن يا أمير المؤمنين؟ قال: ضربه بالسيف فى عنقك بالغه ما بلغت، أو إهداب - إهداء - من جبل مشدود اليدين و الرجلين، أو إحراق بالنار) (٤) إلى آخر الخبر، و بما أن الاقرار بمنزله الشاهد فيثبت أن المعبر من الشهود أربعه.

و قد ورد فى المساحقه أنها كاللواط فى الرجال كما فى مرسل الطبرسى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (السحق فى النساء بمنزله اللواط فى الرجال) (٥) ، فما يجرى فى اللواط يجرى فى المساحقه من الأحكام.

ثم يثبت الزنا من بين هذه الثلاثة بثلاثة رجال و امرأتين و هذا موجب للرجم و يثبت بشهاده رجلين و أربع نساء و لكن لا يثبت به إلا-الجلد لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن شهاده النساء فى الرجم، فقال: إذا كان ثلاثه رجال و امرأتان، و إذا كان رجلاين و أربع نسوة لم تجز فى الرجم) (٦) و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (سئل عن رجل محض فجر بامرأه فشهد عليه ثلاثه رجال و امرأتان و جب عليه الرجم، و إن شهد عليه رجلاين و أربع نسوة فلا تجوز شهادتهم و لا يرجم و لكن يضرب حد الزانى) ٧-

ص: ١٨١

١- (١) سورة النور، آيه: ٤.

٢- (٢) سورة النور، آيه: ١٣.

٣- (٣) سورة النساء آيه: ١٥.

٤- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب اللواط حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد السحق و القياده حديث ٣.

٦- (٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣ و ١٠.

(و يكفى فى) الزنا (الموجب للرجم ثلاثة رجال و امرأتان، و للجلد رجلان و أربع نسوة) و لو أفرد هذين (١) عن القسم الأول (٢) و جعل الزنا قسما برأسه كما فعل فى الدروس (٣) كان أنسب، لاختلاف حاله (٤) بالنظر إلى الأول (٥)، فإن الأولين (٦) لا يثبتان إلا بأربعة رجال و الزنا يثبت بهم و بمن ذكر.

### فى ما يثبت برجلين

(و منها) ما يثبت (برجلين) خاصه (و هى الردة و القذف و الشرب) شرب الخمر - و عدم جواز شهادتهم فى الرجم لا مطلقا، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تجوز شهاده النساء فى الهلال، و لا يجوز فى الرجم شهاده رجلين و أربع نسوة، و يجوز فى ذلك ثلاثة رجال و امرأتان) (١).

و عن الصدوقين و العلامه و أبى الصلاح من عدم الحد بشهاده رجلين و أربع نساء، لأنه لو ثبت الزنا به لثبت الرجم دون الضرب، و هو كالاتجاه فى قبال صحيحه الثانى المتقدم.

و عن الشيخ فى الخلاف ثبوت الحد من الضرب دون الرجم بشهاده رجل واحد و ست نساء و هو مما لا دليل عليه، و عن الاسكافى إحقاق اللواط و السحق بالزنا فى ثبوتهما بشهاده ثلاثة رجال و امرأتين و بشهاده رجلين و أربع نسوة و هو أيضا ضعيف لعدم الدليل عليه.

(١) أى اللواط و السحق.

(٢) و هو الزنا.

(٣) حيث قال: (و تنقسم الحقوق بالنسبه إلى الشهود أقساما، أحدها: ما لا يثبت إلا بشهاده أربعة رجال و هو اللواط و السحق، و ثانيها: ما لا يثبت إلا بأربعة أو ثلاثة و امرأتين و هو الزنا الموجب للرجم، فإن شهد رجلان و أربع نساء يثبت الجلد لا الرجم، فإن شهد رجل و ست نساء أو انفردت النساء فلا ثبوت، و فى الخلاف يثبت الجلد برجل و ست نساء، و ظاهر ابن الجنيد مساواه اللواط و السحق للزنا فى شهاده النساء، و منع بعض الأصحاب من قبول رجلين و أربع نساء فى الجلد، و اختاره الفاضل، و ظاهر روايه الحلبي ثبوته) انتهى.

(٤) أى حال الزنا.

(٥) و هو ما يثبت بأربعة رجال.

(٦) و هما اللواط و السحق.

ص: ١٨٢



و ما فى معناه (١)، (و حد السرقة) (٢) احترز به عن نفس السرقة فإنها (٣) تثبت بهما، (١) أى معنى الخمر من المسكرات كالنيذ و الفقاع.

(٢) و ضابط هذا هو بقيه حق الله ما عدا الزنا و اللواط و السحاق، فإنه يثبت بشاهدين عدلين لاطلاق ما دل على قبولهما كقوله تعالى: (وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ) (١)، و لورود النصوص الكثيره الخاصه فى بعضها كخبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن أمير المؤمنين عليه السّلام كان يحكم فى زنديق إذا شهد عليه رجلان عدلان مرضيان، و شهد له ألف بالبراءه يجيز شهاده الرجلين و يبطل شهاده الألف، لأنه دين مكتوم) (٢) و خبر عمرو بن خالد عن زيد بن على عن أبيه عن آبائه عليهم السّلام (سئل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن الساحر فقال: إذا جاء رجلان عدلان فيشهدان عليه فقد حلّ دمه) (٣) ثم لا- فرق فى حقوق الله بين أن تكون حدودا كحد السرقة و شرب الخمر و الرده و بين أن تكون ماله كالخمس و الزكاه و الكفارات و النذور، و بل قيل إنه يعم ما يشتمل على الحقين من حق الله و حق الآدمى كالبلوغ و العده و الولاء و الجرح و التعديل و العفو عن القصاص و الإسلام.

و قد وردت الروايات بعدم قبول شهاده النساء فى الحدود التى هى حق الله تعالى.

منها: صحيح جميل بن دراج و محمد بن حمران عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلنا: أ تجوز شهاده النساء فى الحدود، قال: فى القتل و حده، إن عليا عليه السّلام كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم) (٣) و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (شهاده النساء لا- تجوز فى طلاق و لا نكاح و لا فى حدود، إلا فى الديون، و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه) (٥) و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السّلام (لا تجوز شهاده النساء فى الحدود، و لا فى القود) (٤) و مثله خبر موسى بن إسماعيل بن جعفر (٧).

و مقتضى هذه الأخبار عدم جواز شهاده النساء منفردات أو منضمات إلى الرجال فى الحدود، و لا يعارضها إلا ذيل خبر عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام (تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجال) (٨)، و هو شاذ لا عامل به منا فلا يصلح لمعارضه ما تقدم فضلا عن أن الكلينى قد أورد الخبر مجردا عن هذا الذيل (٩) و الكلينى اضبط من الشيخ إذ هو الذى أورد الخبر المتضمن لهذا الذيل.

(٣) أى نفس السرقة فيثبت نفس المال بشهاده عدلين بلا خلاف فيه، و يثبت بشاهد و امرأتين-

ص: ١٨٣

١- (١) سورة الطلاق، آيه: ٢.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٣- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٤٢.

٤- (( ٦ و ٧ و ٨ و ٩ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢٩ و ٣٠ و ٢١ و ١٤.

و بشاهد و امرأتين، و بشاهد و يمين بالنسبه إلى ثبوت المال خاصه،(و الزكاه و الخمس و النذر و الكفاره) و هذه الأربعة ألحقها المصنف بحقوق الله تعالى و إن كان للآدمى فيها حظ بل هو المقصود منها، لعدم (١) تعين المستحق على الخصوص. و ضابط هذا القسم (٢) على ما ذكره بعض الأصحاب ما كان من حقوق الآدمى (٣) ليس مالا، و لا -و بشاهد و يمين بناء على أن الأخير جار فى حقوق الآدمى المالىه، و قد عرفت فى بحث القضاء اختصاصه بالدين فقط.

(١)تعلييل لإلحاق الأربعة بحق الله تعالى.

(٢)ظاهر كلامه أن المراد بالقسم هو حق الله تعالى غير الزنا و اللواط و السحق، و لكن كلامه الآتى من كونه ليس مالا و لا المقصود منه المال يدل على أن مراده هو القسم الأول من حقوق الآدمى، و هذا الخلط الواقع من الشارح قد أشار إليه الشيخ أحمد التونى فى حاشيته.

(٣)اعلم أن أكثر الأصحاب قد قسموا حقوق الآدمى إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما لا يثبت إلا بشاهدين كالطلاق و الخلع و الوكاله و الوصيه إليه و النسب و رؤيه الاهله و فى العتق و النكاح و القصاص خلاف بينهم، و ضابط هذا القسم عندهم على ما فى الدروس من كونه من حقوق الآدمى و هو ليس مالا- و لا المقصود منه المال.

الثانى: ما يثبت بشاهدين و شاهد و امرأتين و يمين كالديون و القرض و الغصب و عقود المعاوضات كالبيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجاره و المساقاه و الرهن و الوصيه له و الجنابه التى توجب الديه، و فى الوقف خلاف، و ضابط هذا القسم عندهم ما كان حق الآدمى ماليا أو المقصود منه المال.

الثالث: ما يثبت بالرجال و النساء منضمات أو منفردات كالولاده و الاستهلال و عيوب النساء الباطنه، و فى الرضاع خلاف، و ضابط هذا القسم عندهم ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا.

أما ضابط القسم الثالث فهو منصوص و سيأتى التعرض له، و أما ضابط القسم الثانى فهو متصيّد من صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز و جل أو رؤيه الهلال فلا)<sup>(١)</sup>، هذا و قد عرفت فى باب القضاء أنه محمول على الدين فقط.-

ص: ١٨٤

المقصود منه المال، وهذا الضابط (١) لا يدخل تلك الحقوق الأربعة فيه (٢).

(و) منه (٣) (الإسلام و البلوغ و الولاء و التعديل و الجرح و العفو عن القصاص (٤) و الطلاق و الخلع) و إن تضمن المال، لكنه ليس نفس حقيقته (و الوكاله) - و أما ضابط القسم الأول فلا- دليل عليه من نص و لذا قال في الجواهر: (و لكن لم أقف في النصوص على ما يفيد، بل فيها ما ينافيه) و هذا الأكثر قد قسّم حق الله إلى قسمين:

الأول: الزنا و اللواط و السحق ما يثبت بأربعة رجال.

الثاني: ما عدا ذلك مما يثبت بشهاده عدلين و لا يثبت بالنساء منفردات و لا منضمات و لا بشاهد و يمين، إلا أن المصنف هنا قد قسم الحقوق بتقسيم آخر بالنسبه إلى الشهود، فتارة ما يثبت بأربعة كالزنا و أخرى ما يثبت برجلين كبقية حقوق الله و القسم الأول من حقوق الآدمي، و ثالثة ما يثبت برجلين أو رجل و امرأتين أو رجل و يمين و هو القسم الثاني من حقوق الآدمي، و رابعه ما يثبت بالرجال و النساء منفردات أو منضمات و هو القسم الثالث، من حقوق الآدمي المتقدم، و خامسه ما يثبت بالنساء سواء ضمنن للرجال أو لليمين و هو الديون و الأموال، و فيه: إن الخامس ليس قسما على حدا بل هو مندرج تحت القسم الثاني من حقوق الآدمي المتقدم فلا- داعي لجعله قسما مستقلا هذا من جهة و من جهة أخرى هناك خلط بين بعض حقوق الله و بعض حقوق الناس و ذلك عند التكلم فيما يثبت بشهاده عدلين، و من جهة ثالثة تعرف السرّ في إدراج ضابطه القسم الأول من حقوق الآدمي عند التكلم في حقوق الله في كلام الشارح.

(١) أي ضابط القسم الأول من حقوق الآدمي.

(٢) في حق الله تعالى، بل تبقى هذه الأربعة مندرجه تحته، هذا و لعل من أدرجها في حق الله لما قاله الشارح من عدم تعيين المستحق لها، و من أدرجها تحت القسم الأول من حق الآدمي لعدم الحد فيها.

(٣) أي من القسم الأول من حقوق الآدمي على تقسيم الأكثر.

(٤) أما ثبوت هذه المذكورات بشهاده العدلين فهو مما لا خلاف فيه لعموم أدله اعتبار شهادتهما كقوله تعالى: (وَ أَشْهَدُوا دَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ) (١)، و لا تثبت هذه المذكورات بشهاده النساء منضمات أو منفردات بلا خلاف فيه لما سيأتي من كون شهاده النساء ثابتة في موارد خاصه - كما سيأتي - و هذه ليست منها، و أما عدم ثبوتها بالشاهد و اليمين فلما تقدم في باب القضاء من اختصاصه بالدين فقط على ما هو الأقوى.

ص: ١٨٥

(و الوصيه إليه) احترز به عن الوصيه له بمال فإنه من القسم الثالث (و النسب و الهلال (١)، و بهذا يظهر أن الهلال من حق الآدمي، فيثبت فيه الشهاده على الشهاده كما سيأتي.

(١) و هذه المذكورات من الطلاق و الخلع و الوكاله و الوصيه إليه و النسب و الهلال فهي تثبت بشهادة العدلين بلا خلاف فيه لعموم اعتبار دليلها المتقدم، و أما عدم ثبوتها بشهادة النساء منفردات فلا خلاف فيه ظاهراً، و أما ثبوتها بشهادة النساء منضمات إلى الرجال ففيه خلاف، فعلى المشهور عدم القبول للأخبار.

منها: خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (أنه كان يقول: شهادة النساء لا تجوز في نكاح و لا طلاق و لا في حدود إلا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه) (١)، و صحيح العلاء عن أحدهما عليهما السلام (لا تجوز شهادة النساء في الهلال، و سألته هل تجوز شهادتهن و حدهن؟ قال: نعم في العذرة و النفساء) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم (لا تجوز شهادة النساء في الهلال و لا في الطلاق) (٣)، و ذيل خبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (إلى أن قال - و كان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهادة المرأتين في النكاح عند الإنكار، و لا يجيز في الطلاق إلا شاهدين عدلين فقلت: فإنني ذكر الله تعالى قوله: فرجل و امرأتان، فقال: ذلك في الدين، إذا لم يكن رجلاً فرجل و امرأتان، و رجل واحد و يمين المدعى إذا لم يكن امرأتان، قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و أمير المؤمنين عليه السلام بعده عندكم) (٤)، و الأخير ظاهر في أن يمين المدعى قائم مقام المرأتين، و هما قائمتان مقام الشاهد في الدين فقط، فلا تسمع شهادتهن منضمه إلى الرجال في غيره إلا أن يقال أنه عليه السلام قد حصر ذلك في مقام تفسير قوله تعالى: (فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ) (٥)، و الآية واردة في الدين و هذا لا يفيد الحصر و نفى شهادة النساء المنضمه في غيره. هذا و قد اختلف كلام الشيخ في الطلاق ففى الخلاف و النهايه المنع من قبول شهادة النساء و المنضمه إلى الرجال لخبر السكوني و صحيح ابن مسلم المتقدمين، و مثلها غيرها.

و ذهب الشيخ في المبسوط إلى القبول، و نسبه في المسالك إلى جماعه و قال في الجواهر: (و إن كنا لم نتحقق منهم إلا- ما يحكى عن أبي علي أنه قال: لا- بأس بشهادتهن مع الرجال في الحدود و الأنساب و الطلاق)، و لم اعثر على خبر قد دل على جواز قبول شهادتهن في الطلاق.-

ص: ١٨٤

١- (( ١ و ٢ و ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٤٢ و ١٨ و ٨ و ٣٥.

٢- (٥) سورة البقره، الآية: ٢٨٢.

و أما الخلع فكذلك لا- يثبت بشهادتهن المنضمه، وقيل: يثبت إذا ادعاه الرجل لأنه متضمن لدعوى المال، و هو مبنى على كون الدعوى إذا كانت مالا أو المقصود منه المال فتقبل شهادته النساء المنضمه كما سيأتى و هو ضعيف.

و أما الوكاله و الوصيه إليه و النسب و الهلال سواء كان فى شهر رمضان أو غيره مما يترتب عليه حلول آجال الديون و الإرث و نحوه فالمشهور على العدم لما تقدم، و عن المبسوط قبول شهادته النساء المنضمه فيها، و عن أبى على فى كلامه المنقول سابقا فى خصوص النسب، و هما ضعيفان لا مستند لهما.

هذا بالنسبه للمذكور فى كلام الماتن، و أيضا وقع الخلاف فى العتق فقيل تسمع شهادتهن المنضمه لأن العتق إثبات المالىه للمملوك و فكها عن السيد كما عليه الشيخ فى المبسوط و المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد، و ردّ بأن المقصود من العتق إنما هو فك ملك و هو ليس بمال.

و أيضا وقع الخلاف فى القصاص فعن الأكثر القبول للأخبار.

منها: صحيح جميل و محمد بن حمران عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلنا: أ تجوز شهادته النساء فى الحدود؟ فقال: فى القتل وحده، إن عليا عليه السّلام كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم) (١)، و هو محمول على ثبوت الديه بشهادتهن لا القود جمعا بينه و بين صحيح ربعى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تجوز شهادته النساء فى القتل) (٢)، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (لا- تجوز شهادته النساء فى الحدود و لا فى القود) (٣)، و عن الشيخ فى الخلاف المنع من القبول لهذين الخبرين الأخيرين و خبر محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السّلام (لا يجوز شهادتهن فى الطلاق و لا فى الدم) (٤)، و هذه الأخبار محموله على عدم جواز شهادتهن منفردات أو بالنسبه للقود لا الديه.

و أيضا وقع الخلاف فى النكاح فعن جماعه القبول منهم الصدوقان و الاسكافى و العماني و الحلبي بل نسب إلى أكثر المتأخرين للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (عن شهادته النساء تجوز فى النكاح؟ قال نعم) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن شهادته النساء فى النكاح فقال: يجوز إذا كان معهن رجل، و كان على عليه السّلام يقول: لا أجزها فى الطلاق)-

ص: ١٨٧

١- (( ١ و ٢ و ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢٧ و ٢٩ و ٧.

٢- (( ٥ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١١.

(و منها: ما يثبت برجلين، ورجل وامرأتين، وشاهد ويمين، وهو) كل ما كان مالا، أو الغرض منه المال (١)، مثل (الديون و الأموال) الثابته من غير أن قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين، قال: نعم(١)، وخبر أبي بصير (سألته عن شهادة النساء فقال: تجوز شهادة النساء وحدهن على ما لا يستطيع الرجال النظر إليه، و تجوز شهادة النساء في النكاح إذا كان معهن رجل، ولا تجوز في الطلاق ولا في الدم غير أنها تجوز شهادتها في حد الزنا إذا كان ثلاثه رجال وامرأتان، ولا تجوز شهادة رجلين و أربع نسوه)٢.

و عن المفيد و الديلمي و ابن حمزه و الحلبي بل نسبه الصيمري إلى المشهور عدم القبول، لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (شهادة النساء لا تجوز في طلاق و لا نكاح و لا في حدود، إلا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه)٣، و الترجيح للأول لكثرة العدد.

(١) فيشمل القرض و الغصب و البيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجاره و المساقاه و الرهن و الوصيه له و الجنايه التي توجب لديه كالخطأ و شبه العمد و قتل الحر للبعد و الأب للولد و المسلم للذمي و قتل الصبي و المجنون، و يشمل المأمومه و الجائفه و كسر العظام و غير ذلك مما يكون متعلق الدعوى مالا أو المقصود منه المال.

أما الدين فهو مما يثبت بشهاده عدلين لعموم دليل اعتبارها، و يثبت بشاهد و يمين لما تقدم في كتاب القضاء، و يثبت بشاهد و امرأتين، بلا خلاف لقوله تعالى: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين، قال: نعم) (٣) و مثلها غيرها.

و أما بقيه الموارد المذكور؛ فإثباتها بشاهد و يمين فقد تقدم الخلاف فيه في باب القضاء و الأقوى عدم الثبوت.

و أما إثباتها بشاهد و امرأتين فقد يستدل للثبوت بالآيه المتقدمه بدعوى إلغاء خصوصيه المورد و فيه: لا- دليل على إلغاء الخصوصيه؛ بل يظهر عدم التعدى من خبر داود الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (فقلت: فأني ذكر الله تعالى قوله: فرجل و امرأتان، فقال: ذلك في الدين إذا لم يكن رجلا فرجل و امرأتان، و رجل واحد و يمين المدعى إذا لم يكن امرأتان) (٤).

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢ و ٤ و ٤٢.

٢- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٨٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣٥.

تدخل فى اسم الدين (و الجنايه الموجهه للديه) كقتل الخطأ و العمد المشتمل على التغيرير بالنفس كالهاشمه و المنقله، و ما لا قود فيه كقتل الوالد ولده، و المسلم الكافر، و الحر العبد، و قد تقدم فى باب الشاهد و اليمين، و لم يذكر ثبوت ذلك (١) بامرأتين، مع اليمين (٢) مع أنه قوَى فى الدروس ثبوته بهما، للروايه (٣)، - و استدل على الثبوت بقياس شهاده المرأتين باليمين، فكما تثبت هذه الأمور بشاهد و يمين فكذلك بشاهد و امرأتين، و فيه: أما الملازمه بين شهاده المرأتين و اليمين فهى مستفاده من خبر داود بن الحصين المتقدم لكن قد عرفت انحصار الشاهد و اليمين بالدين فقط.

و الأقوى أن شهاده المرأتين مع الرجل مختصه بموارد قبول الشاهد و اليمين المنحصر: فى الدين هذا فى الحقوق و الأموال، و قبول شهاده النساء منضمت مع الرجل فى القتل خاصه بالنسبه للديه لعدم ذهاب حق المسلم هذا فى الحدود إلا الزنا و اللواط و المساحقه فقد عرفت الحكم فيها، و تقبل شهادتهن منفردات أو منضمت فى ما لا يجوز للرجال النظر إليه و فى النكاح تقبل شهادتهن منضمه إلى الرجال للنصوص الخاصه، و أما غير ذلك فلا لعدم الدليل عليه أو لأنه معارض بغيره و سيأتى قبول شهاده المرأه الواحده فى ربع الوصيه، و فى الاستهلال و يثبت ربع الميراث.

(١) أى الديون و الأموال و الجنايه الموجهه للديه بل كل ما هو مال أو قصد منه المال.

(٢) قد تقدم البحث فيه فى كتاب القضاء، و الأكثر على الثبوت، لخبر منصور بن حازم (حدثنى الثقة عن أبى الحسن عليه السلام أنه قال: إذ شهدت لصاحب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف بالله أن حقه لحق) ٢.

و خالف ابن إدريس فممنع قبول شهاده المرأتين مع اليمين محتجا بعدم الاجماع و عدم تواتر الأخبار و هو مبنى على عدم جواز العمل بالخبر الواحد و هو مبنى ضعيف. ثم إن المشهور تعميم قبول شهاده المرأتين مع اليمين فى كل مورد يكون متعلق الدعوى هو المال أو قصد به المال و هو مما لا دليل عليه و إنما صحيح الحلبي قد اقتصر على الدين فقط ففى غيره عدم القبول للأصل.

(٣) و المقصود بها خبر منصور بن حازم المتقدم، بناء على أن لفظ الحق الوارد فيها يشمل ما كان مالا أو ما قصد به المال، و قد عرفت أنه مختص بالدين فقط.

ص: ١٨٩

و مساواتهما للرجل حاله انضمامهما إليه (١) في ثبوته (٢) بهما من غير يمين (٣).

و بقى من الأحكام أمور تجمع حق الآدمى المالى و غيره (٤)، كالنكاح و الخلع و السرقة، فيثبت بالشاهد و اليمين المال دون غيره (٥)، و استبعد المصنف ثبوت المهر دون النكاح للثنافى (٦).

### في ما يثبت بالرجال و النساء و لو منفردات

(و منها) ما يثبت (بالرجال و النساء و لو منفردات). و ضابطه ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا (٧)، (كالولادة و الاستهلال) و هو ولاده الولد حيا ليرث، سمي (١) إلى الرجل.

(٢) أى ثبوت المشهود به.

(٣) و الحاصل أن المرأتين و الشاهد مما تقبل شهادتهما فكذا المرأتين و اليمين، لأن اليمين بمنزلة الشاهد على ما تقدم من قبول الشاهد و اليمين في مقام تعذر شهادة العدلين.

(٤) و هو حق الله.

(٥) و هو ثبوت العلقه الزوجيه في النكاح و بينونه في الخلع و الحد في السرقة.

(٦) لأنهما متلازمان، و مما تقدم تعرف ضعف ثبوت ما ذكر بالشاهد و اليمين و كذا بالمرأتين و الشاهد.

(٧) كالولادة و الاستهلال و عيوب النساء الباطنه، بلا خلاف فيه لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء و حدهن بلا رجال في كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه)، و تجوز شهادة القابله و حدها في النفوس (١) و خير عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء في العذره و كل عيب لا يراه الرجل) ٢، و خير السكونى المتقدم (شهادة النساء لا- تجوز في طلاق و لا- نكاح و لا في حدود، إلا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه) ٣، و صحيح العلاء عن أحدهما عليهما السلام (لا- تجوز شهادة النساء في الهلال، و سألته هل تجوز شهادتهن و حدهن؟ قال: نعم في العذره و النفساء) ٤ و مثله صحيح محمد بن مسلم ٥، و خير داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (أجيز شهادة النساء في الغلام صاح أو لم يصح، و في كل شيء لا ينظر إليه الرجال تجوز شهادة النساء فيه) ٦، و الأخبار كثيره.

ثم على المشهور أن ثبوت المشهور به متحقق سواء انفردن أو ضم إليهن الرجال، أما مع-

ص: ١٩٠

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١٠ و ٩ و ٤٢.

٢- (( ٤ و ٥ و ٦ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١٨ و ١٩ و ١٢.



ذلك استهلالاً، للصوت الحاصل عند ولادته ممن حضر عاده، كتصويت من رأى الهلال، فاشتق منه، (و عيوب النساء الباطنه) كالقرن و الرتق، دون الظاهره كالجذام و البرص و العمى، فإنه من القسم الثاني (١)، (و الرضاع) على الأقوى، (و الوصيه له (٢) أى بالمال، احتراز عن الوصيه إليه (٣)، و هذا الفرد (٤) خارج من -الانفراد فلما سمعت و أما مع الانضمام لأن الرجال هم الأصل فى الشهاده و لم يخالف إلا القاضى من أنه لا يجوز أن يكون معهن أحد من الرجال و هو ضعيف.

نعم وقع الخلاف فى الرضاع فقد ذهب المفيد و سلار و ابن حمزه و العلامه فى القواعد إلى قبول شهاده النساء منفردات فيه لقوله عليه السّلام (ما لا يجوز الرجال النظر إليه) كما فى صحيح ابن سنان المتقدم و قوله عليه السّلام (ما لا يستطيع الرجال النظر إليه) كما فى خبر السكونى المتقدم.

و عن الأكثر العدم لإمكان اطلاع الرجال عليه فلا يندرج تحت ضابطه هذا القسم، بل عن المبسوط (فأما فى الرضاع فقد روى أصحابنا أنه لا يقبل شهادتهن). و هو بالإضافة إلى أنه مرسل و غير موجود فى الأصول المعتمده لم يعمل به الشيخ نفسه فى المبسوط فى كتاب الشهادات على ما قيل.

(١) أى يثبت برجلين خاصه.

(٢) لا- خلاف فى ثبوت ربع الوصيه بشهادة المرأه الواحده، و النصف بشهادة اثنتين، و ثلاثه أرباع بشهادة ثلاث نساء، و تمام الموصى به بشهادة أربع للأخبار.

منها: صحيح ربيعى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى شهادة امرأه حضرت رجلا- يوصى ليس معها رجل، فقال: يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها) (١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام (أنه قضى فى وصيه لم يشهدا إلا امرأه، فأجاز شهادة المرأه فى ربع الوصيه) (٢)، و صحيحته الأخرى عن أبى جعفر عليه السّلام (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى وصيه لم يشهدا إلا- امرأه أن تجوز شهادة المرأه فى ربع الوصيه إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها) (٣).

(٣) فإنها وصيه عهديه بخلاف السابق فإنها وصيه تمليكيه، و الوصيه العهديه لا تثبت إلا بشهادة رجلين كما هو الأصل فى كل مورد.

(٤) و هو الوصيه التمليكيه.

ص: ١٩١

الضابط (١)، و لو أفرده قسما كما صنع في الدروس كان حسنا، ليرتب عليه باقي (١) و هو ما يعسر اطلاع الرجال عليه، و كذا وقع الاتفاق على قبول شهادة المرأة الواحد في ربع الميراث إذا شهدت باستهلاله للأخبار.

منها: صحيح عمر بن يزيد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و ترك امرأته و هي حامل فوضعت بعد موته غلاما ثم مات الغلام بعد ما وقع إلى الأرض، فشهدت المرأة التي قبلتها أنه استهل و صاح حين وقع إلى الأرض ثم مات، قال: على الإمام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام) (١) و خبر سماعه (القبلة تجوز شهادتها في الولد على قدر شهادة امرأه واحده) ٢ و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة القابلة في المولود إذا استهل و صاح في الميراث، و يورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأه واحده، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتها في النصف من الميراث) ٣، و مرسل الفقيه بعد أن أورد صحيح عمر بن يزيد قال (و في روايه أخرى: إن كانت امرأتين تجوز شهادتهما في نصف الميراث، و إن كنّ ثلاثه نسوه جازت شهادتهن في ثلاث أرباع الميراث، و إن كنّ أربعا جازت شهادتهن في الميراث كله) ٤، و لا تقبل شهادة الواحد، في غير هذين الموردين على المشهور نعم عن الكافي و الغنيه و الاصباح ثبوت ربع الديه بشهادتها أيضا، لصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في غلام شهدت عليه امرأه أنه دفع غلاما في بئر فقتله، فأجاز شهادة المرأة بحساب شهادة المرأه) ٥، و خبر عبد الله بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأه شهدت على رجل أنه دفع صبيا في بئر فمات قال: على الرجل ربع ديه الصبي بشهادة المرأه) ٦، و الأكثر على العدم. و الخبران حجه عليهم مع أن الأول صحيح السند فدعوى أنهما ضعيفا السند فيرجع إلى الأصل من عدم قبول شهادتها في الربع ليس في محله. و مقتضى الأخبار أن شهادة أربع نسوه بمقدار شهادة رجلين، و أن شهادتهن من دون يمين و لو كانت واحده، و هذه و إن وردت في الاستهلال بالنسبه للميراث لكن يستفاد و الحكم منها بالنسبه للوصيه لو شهدت اثنتان أو ثلاث أو أربع نسوه بعد كون أخبار الوصيه قد اقتضت على شهادة المرأه الواحد.

ثم هل يتعدى عن مورد النصوص و هو شهادة المرأه منفرده عن الرجل إلى شهادة الرجل المنفرد فيثبت بشهادته النصف من الوصيه و الميراث باعتبار كونه في قبال المرأتين، أو يكون الرجل كالمرأه في ثبوت الربع فقط من غير يمين، أو تسقط شهادته أصلا باعتبار -

ص: ١٩٢

١- (( ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٦ و ٢٣ و ٤٥ و ٤٨ و ٢٦ و ٣٣.

أحكامه، فإنه (١) يختص بثبوت جميع الوصيه برجلين، و بأربع نسوه، و ثبوت ربعها بكل واحده، فبالواحد ربع، و بالاثنتين النصف، و بالثلاث ثلاث الأرباع، من غير يمين، و باليمين مع المرأتين (٢) و مع الرجل (٣)، و فى ثبوت النصف (٤) بالرجل (٥)، أو الربع (٦) من غير يمين (٧)، أو سقوط شهادته أصلا أوجه، من مساواته للثنتين (٨) و عدم (٩) النص و أنه (١٠) لا يقصر عن المرأة، و الأوسط (١١) أوسط، و أشكل منه الخنثى، و إلحاقه بالمرأه قوى (١٢)، و ليس للمرأة تضعيف المال ليصير ما أوصى به ربع ما شهدت به (١٣) للكذب، لكن لو فعلت استباح الموصى -عدم النص إلا فى المرأة أوجه ثلاثة فالأول باعتبار كون الرجل فى قبال المرأتين فى بقيه الموارد، و فيه: إنه قياس لا نقول به، إذ كان الرجل فى قبال المرأتين مع ضم رجل آخر أو يمين و هنا لا ضميمة.

و الثانى باعتبار أنه لا يقصر عن المرأة و فيه: إنه استحسان محض.

و الثالث باعتبار عدم النص و هو الأقوى.

(١) فإن هذا الفرد.

(٢) بناء على قبول قول المرأتين مع اليمين فى كل ما هو مال أو قصد منه المال، و قد عرفت ضعفه.

(٣) أى و اليمين مع الشاهد، و هو أيضا مبنى على كونه جاريا فى كل دعوى كان متعلقها المال أو قصد منها المال، و قد عرفت أنه مختص بالدين فقط.

(٤) أى نصف الوصيه.

(٥) باعتبار كونه فى قبال المرأتين فى بقيه الموارد.

(٦) إذ لا يقصر على المرأة.

(٧) كما هى كذلك على ما قد صرحت به الأخبار المتقدمه.

(٨) دليل الوجه الأول.

(٩) دليل الوجه الثالث.

(١٠) دليل الوجه الثانى.

(١١) باعتبار الدعوى بأنه يثبت الربع من غير يمين.

(١٢) للشك فى ذكوريته.

(١٣) أى تزيد فى المشهود به ليكون ربع ما شهدت به يساوى تمام ما أوصى له، و هو محرم لحرمة الكذب و لمرسل يونس عن

أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يكون له على الرجل حق فيجحد حقه و يحلف عليه، إذ ليس عليه شيء و ليس لصاحب الحق على حقه بينه،-

ص: ١٩٣

له الجميع مع علمه بالوصيه لا بدونه (١)، و كذا القول فيما (٢) [لا] يثبت بشهادته (٣) الجميع.

## في ما يثبت بالنساء منضمت إلى الرجال

(و منها): ما يثبت (بالنساء منضمت) إلى الرجال (خاصه) أو إلى اليمين على ما تقدم (و هو الديون و الأموال) و هذا القسم داخل في الثالث (٤)، قيل: و إنما أفرد ليعلم احتياج النساء إلى الرجال (٥) فيه صريحا، و ليس بصحيح (٦)، لأن الانضمام يصدق مع اليمين، و في الأول (٧) تصريح بانضمامهن إلى الرجل صريحا، فلو عكس (٨) المعتذر كان أولى، و لقد كان إبداله (٩) ببعض ما أشرنا إليه من -يجوز له إحياء حقه بشهادة الزور إذا خشى ذهاب حقه، قال: لا يجوز ذلك لعله التديليس(١). و في كشف اللثام الحل و إن حرم التزوير لمرسل عثمان بن عيسى عن عبد الله عليه السلام (تكون للرجل من اخواني عندى الشهاده، ليس كلها تجيزها القضاء عندنا، قال: إذا علمت أنها حق فصحتها بكل وجه حتى يصح له حقه(٢)، و فيه: إنه لا -دلاله على موردنا بل هو ناظر إلى كيفية عرض الشهاده لا إلى الكذب في المشهود به.

(١) أى بدون العلم.

(٢) أى فى كل مورد.

(٣) أى بشهادة الشاهد و ذلك فى المرأتين و الثلاث، فإنه يثبت النصف و ثلاثه أرباع.

(٤) و هو ما كان متعلق الدعوى مالا أو قصد منه المال.

(٥) و لو رجل واحد، ليعلم عدم قبول شهادتهن فيه منفردات.

(٦) لأن عبارته المصنف هنا غير ظاهره فى ذلك إذ قال المصنف (و منها بالنساء منضمت خاصه) و هذا كما يصدق مع الانضمام إلى الرجال يصدق مع الانضمام إلى اليمين، و فيه: إنه على كل حال لا تقبل شهادتهن منفردات فى الديون و الأموال.

(٧) أى فى كلامه الأول عند ثبوت الدعوى فى الأموال و الديون قد صرح الماتن بانضمام النساء إلى الرجل صريحا حيث قال: (و منها ما يثبت برجلين و رجل و امرأتين و شاهد و يمين و هو الديون و الأموال)، و أما هنا فليس بصريح بالانضمام إلى الرجل.

(٨) بأن قال ليعلم عدم احتياج النساء إلى الرجال إذ يكفى انضمامهن إلى اليمين كان أولى، و عل كل فمراد الماتن أنه لا يكفى شهادتهن منفردات و لا داعى لهذا الشرح من الشارح.

(٩) أى إبدال هذا القسم و هو ما يثبت بالنساء و منضمت خاصه.

ص: ١٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

الأقسام سابقا التي أدرجها (١)، و إدراجها (٢) هو أولى كما فعل في الدروس.

## الفصل الثالث فى الشهاده على الشهاده

### اشاره

(الفصل الثالث فى الشهاده على الشهاده (٣).)

### فى أن محلها حقوق الناس

(و محلها حقوق الناس كافة (٤) بل ضابطه كل ما لم يكن عقوبه لله تعالى مختصه به إجماعا، أو مشتركه على الخلاف (سواء كانت) (١) و هو الوصيه حيث أدرجها فى ضابطه ما يعسر الاطلاع عليه مع أنها قسم برأسه.

(٢) أى إدراج هذا القسم الخامس تحت الثالث السابق، و المعنى: فلو استبدل هذا القسم الخامس بالوصيه المدرجه عنده فى القسم الرابع لأن الوصيه قسم برأسه، مع إدراج القسم الخامس فى الثالث كان أولى.

(٣) بلا خلاف للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى الشهاده على شهادة الرجل و هو بالحضرة فى البلد، قال: نعم، و لو كان خلف ساريه يجوز ذلك إذا كان لا- يمكنه أن يقيمها هو لعلّه تمنعه عن أن يحضره و يقيمها، فلا- بأس بإقامه الشهاده على شهادته) (١).

(٤) بل محلها كل مورد للإطلاق فى دليل اعتبارها، ما عدا الحدود، لخبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عن أبيه عن عليهم السلام (أنه كان لا يجيز شهادة على شهادة فى حد) ١، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: (لا تجوز شهادة على شهادة فى حد) (٢).

و مقتضى إطلاقها عدم الفرق فيما لو كان الحد محضا لله كحد الزنا و اللواط أو مشترك بينه تعالى و بين الآدمى كحد السرقة و القذف و هذا ما عليه المشهور، و عن المبسوط و ابن حمزه و فخر المحققين و الشهيد فى النكت و الشارح فى المسالك القبول فى الحد المشترك تغليبا لحق الآدمى مع استضعاف هذين الخبرين، و فيه: إنهما منجبران بعمل الأصحاب.

ثم إن دليل اعتبار الشهاده على الشهاده يشمل الزكاه و الأوقاف و الجهات العامه و الهلال، و عن العلامة فى التذكرة عدم القبول فى الهلال لأصاله البراءه مع اختصاص قبول الشهاده على الشهاده بالأموال و حقوق الآدمى فقط، و فيه: أما الأصل فمنقطع للأخبار على أن التمسك بأصل البراءه فى مثله محل منع، و أما اختصاص مورد الشهاده على الشهاده بما ذكر فلا دليل عليه.

ص: ١٩٥

٢- ( (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

الحقوق (عقوبه كالعصاص، أو غير عقوبه) مع كونه حقا غير مالى (كالطلاق و النسب و العتق، أو مالا- كالقرض، و عقود المعاوضات، و عيوب النساء) هذا و ما بعده من أفراد الحقوق التى ليست مالا رتبها مشوشه (و الولاده، و الاستهلال، و الوكاله و الوصيه بقسميها) و هما الوصيه إليه و له.

(و لا- يثبت فى حق الله تعالى محضا كالزنا (١) و اللواط و السحق، أو مشتركا كالسرقة و القذف، على خلاف)، منشأ مراعاة الحقين و لم يرجح هنا شيئا، و كذا فى الدروس، و الوقوف على موضع اليقين (٢) أولى، و هو اختيار الأكثر. فيبقى ضابط محل الشهاده على الشهاده ما ليس بحدّ.

### فى ما لو اشتمل الحق على الأمرين

(و لو اشتمل الحق على الأمرين (٣) كالزنا (٤) يثبت) بالشهادة على الشهاده (حق الناس خاصه، فيثبت بالشهادة) على الشهاده (على إقراره بالزنا نشر الحرمه) لأنها من حقوق الآدميين (لا- الحد) لأنه عقوبه لله تعالى، و إنما افتقر إلى إضافه الشهاده على الشهاده (٥) ليصير من أمثله المبحث. أما لو شهد على إقراره بالزنا شاهدان فالحكم كذلك على خلاف (٦)، لكنه (٧) من أحكام القسم (١) أى كحد الزنا.

(٢) و هو غير الحد سواء كان مختصا أو مشتركا.

(٣) المراد بالحق هو سبب الحد، و المراد بالأمرين حق الله و حق الناس.

(٤) أى نفس الزنا حيث مشتمل على الحد و مشتمل على نشر الحرمه بالنسبه إلى ابن الزانى أو أبيه، أما الحد فقد عرفت عدم ثبوته بالشهادة على الشهاده، أما بقيه أحكامه فتثبت لإطلاق دليل اعتبار الشهاده على الشهاده و مثله السرقة، و التفكيك بين المتلازمين فى ظاهر الشريعة ليس بعزيز.

(٥) حيث أضاف الشارح لفظ (على الشهاده) لقول الماتن.

(٦) فذهب العلامة و ولده فى المختلف و شرح القواعد إلى عدم ثبوت الزنا بالشهادة على الاقرار مره، لأن أصل الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود فالاقرار به متوقف على أربعة شهود.

و ذهب الشيخ و ابن إدريس إلى الثبوت بهما كسائر الأقارير لإطلاق دليل اعتبار البيئه، و على الأول لا يثبت شىء و على الثانى يثبت الحد لو أقر ثلاث مرات مع هذا الاقرار المشهود به.

(٧) أى لكن الزنا المقرّ به و الذى ثبت بشهادة عدلين على اقراره.



السابق (١). و مثله (٢) ما لو شهد على إقراره بإتيان البهيمه شاهدان يثبت بالشهادة عليهما (٣) تحريم البهيمه و بيعها، دون الحد،  
(و يجب أن يشهد على كل واحد عدلان (٤) لتثبت شهادته بهما.

(و لو شهدا (٥)...

(١) و هو ما لو كان حدا مختصا لله تعالى، و عليه فلو قامت الشهاده على الشهاده باقراره بالزنا فلا يثبت الحد و تثبت بقيه الأحكام.

(٢) أى و مثل الزنا المقرّ به و الثابت بشهادة اثنين.

(٣) على شاهدى الاقرار.

(٤) لخبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عن أبيه عن على عليهم السلام (أنه كان لا يجيز شهادة رجل على رجل إلا شهادة رجلين على رجل) (١) و مثله خبر غياث بن إبراهيم ٢، و لمرسل الصدوق عن الإمام الصادق عليه السلام (إذا شهد رجل على شهادة رجل، فإن شهادته تقبل و هى نصف شهادة، و إن شهد رجلان عدلان على شهادة رجل فقد تثبت شهادة رجل واحد) ٣.

(٥) أى لو شهد عدلان على شخص بأنه شهد على أمر، ثم نفس العدلان شهدا على شخص آخر بأنه شهد على نفس الأمر، لتحقق الشهاده على الشهاده، و لأن شهادة الشاهد الأصيل قد تثبت بشهادة عدلين و هو المعتبر فى الإثبات خلافا للمحكى عن الشافعى فى أحد قوليه فاعتبر المغايره فى شهود كل فرع فيعتبر شهود أربعة على الشاهدين، و مبنى الخلاف على أن الشهاده على الشهاده هل لإثبات الشهاده أو للنيابه عنها، فعلى الأول الذى هو مذهب الأصحاب يكفى شهادة اثنين على شهادة الأصيل و إن لم تتغير شهود الفرع، و على الثانى فلا بد من أربعة فى شهود الفرع ليكون كل اثنين منهم بحكم الواحد من شهود الأصيل.

و الحق ما عليه الأصحاب من أن الشهاده على الشهاده إنما هى لإثبات شهادة الأصيل و لذا لا يشترط تغاير شهود الفرع.

بل و كذا لو شهد شاهد أصل و هو مع آخر على شهادة أصل آخر، إذ كونه شاهد أصل لا ينافى كونه مع ذلك الغير شاهد فرع، و كذا لو شهد اثنان على جماعه كفى شهادة الاثنين على كل واحد منهم، فلو كان شهود الأصيل أربعة كشهود أربعة رجال عدول فى -

ص: ١٩٧

(على الشاهدين فما زاد) كالأربعة (١) فى الزنا و النسوه (٢) (جاز)، لحصول الغرض و هو ثبوت شهاده كل واحد (٣) بعدلين، بل يجوز أن يكون الأصل فرعا لآخر (٤) فيثبت (٥) بشهادته مع آخر و فيما يقبل فيه شهاده النساء يجوز على كل امراه أربع كالرجال (٦) و قيل لا- يكون النساء فرعا، لأن شهاده الفرع تثبت شهاده الأصل (٧) لا ما شهد به، (و يشترط) فى قبول شهاده الفرع (تعذر) (٨) حضور (شاهد الأصل) -الزنا، و شهود أربع نساء فيما تقبل شهادتهن فيه منفردات كفى شهاده اثنين على الجميع، و على القول المخالف فيعتبر شهود أربعة على الشاهدين و يعتبر ثمانية شهود على الأربع من شهود الأصل و يعتبر ستة من شهود الفرع على الرجل و المرأتين من شهود الأصل.

(١) أى أربعة رجال.

(٢) أى أربع نساء فيما تقبل شهادتهن فيه منفردات.

(٣) من شهود الأصل.

(٤) أى لأصل آخر.

(٥) أى يثبت أحد الأصلين بشهاده الأصل الآخر مع شهاده آخر عليه.

(٦) كالرجال لأن البيئه فى النساء و أربع نسوه و البيئه فى الرجال شاهدان عدلان و عليه قد وقع بينهم الخلاف فى جواز شهاده النساء فرعا فى موضع تجوز شهادتهن فيه أصلا على قولين:

الأول: الجواز، ذهب إليه الشيخ فى الخلاف محتجا بالاجماع و الأخبار، و ابن الجنيدي و العلامه فى المختلف و قال الأخير: (إن شهاده امرأتين تساوى شهاده رجل، فإذا شهد رجلان على رجل جاز أن تشهد أربع نسوه على ذلك الرجل قضيه للتساوى)، و لازمه جواز أن تشهد أربع نسوه على امراه أو على أربع نساء فيما لو انفردت بها فى مورد تقبل شهادتهن فيه منفردات.

الثانى: المنع ذهب إليه الشيخ فى موضع من المبسوط و ابن إدريس و العلامه فى غير المختلف و المحقق فى (الشرائع) و تردد فى النافع و كذا العلامه فى الارشاد، و وجه المنع أن مورد قبول شهاده النساء هو الديون و الأموال فيما لو شاركهن رجل، و فيما يعسر على الرجال الاطلاع عليه فيما لو انفردن بالشهاده، و شهاده الأصل هنا ليست مالا و ليست مما يعسر الاطلاع عليه و هو الأقوى.

(٧) و هى ليست مالا و لا مما يعسر اطلاع الرجال عليه.

(٨) فلا تقبل شهاده الفرع إلا عند تعذر حضور الأصل على المشهور شهره عظيمه، و المخالف إما والد الصدوق كما عن جماعه و إما ابن الجنيدي كما عن الدروس، و قد قوّى عدم-

(بموت، أو مرض، أو سفر)، و شبهه،(و ضابطه المشقه فى حضوره) و إن لم يبلغ حد التعذر.

و اعلم أنه لا يشترط تعديل الفرع للأصل (١)، و إنما ذلك فرض الحاكم، نعم يعتبر تعيينه (٢)، فلا تكفى أشهدنا عدلان، ثم إن أشهداهما (٣) قالوا: أشهدنا -الاشترط كاشف اللثام و جماعه من المتأخرين للأصل، و فيه: إنه منقطع بخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى الشهاده على شهاده الرجل و هو بالحضره فى البلد، قال: نعم، و لو كان خلف ساريه يجوز ذلك إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلّه تمنعه عن أن يحضره و يقيمها، فلا بأس بإقامه الشهاده على شهادته)(١).

و يتحقق التعذر بالموت و المرض و الغيبه التى يشق معها الحضور من دون تقدير لها، و عن بعض العامه تقدير مسافه القصر، و منهم من اعتبر تعذر الرجوع إلى منزله لبيت فيه، و قد عرفت الضابطه من خبر محمد بن مسلم و هى (لعلّه تمنعه).

(١) ليس على شهود الفرع أن يشهدوا على صدق شهود الأصل، و لا أن يعدلوه بل لهم إطلاق الشهاده على شهادتهم عند الحاكم ثم الحاكم يبحث عن عداله الأصل خلافا لبعض العامه كما فى المسالك، و خلافا للمفيد كما فى الجواهر حيث نقل عنه أنه لا يجوز لأحد أن يشهد على شهاده غيره إلا أن يكون عدلا عنده مرضيا، و ليس لهما مستند.

(٢) أى تعيين شاهد الأصل، فيشترط فى الفروع تسميه شهود الأصل و تعريفهم كما هو واضح.

(٣) بأن قال شاهد الأصل لشاهدى الفرع: اشهدا على شهادتى أنى اشهد على فلان بن فلان، أو اشهدتكما على شهادتى أنى أشهد...، و هو المسمى بالاسترعاء و هو التماس شاهد الأصل رعايه شهادته و الشهاده بها.

و ادنى منه ما لو سمع شاهدا الفرع شاهد الأصل يدلى بشهادته عند الحاكم فإنه يجوز لشاهدى الفرع تحمل شهادته، و عن ابن الجنيد، منع شهاده الفرع هنا لعدم الاسترعاء من شاهد الأصل، و هو ليس فى محله إذ الأخبار خاليه عن كيفية التحمل فيرجع فيها إلى العرف، و العرف حاكم بصدق الشهاده على الشهاده لو شهد شاهدا الفرع على الأصل بما سمعاه منه عند ادلائه بالشهاده لدى الحاكم.

و ادنى منه ما لو سمع شاهدا الفرع قول الأصل عند غير الحاكم بأن قال: أشهد على-

ص: ١٩٩

فلان أنه يشهد بكذا، و إن سمعاهما يشهدان جازت شهادتهما، عليهما، و إن لم تكن شهادته الأصل عند حاكم على الأقوى، لأن العدل لا يتسامح بذلك بشرط ذكر الأصل للسبب، و إلا فلا (١)، لاعتیاد التسامح عند غير الحاكم به (٢)، و إنما تجوز شهادته الفرع مره واحده (و لا تقبل الشهاده الثالثه) على شاهد الفرع (فصاعدا) (٣).

## الفصل الرابع فى الرجوع عن الشهاده

### اشاره

(الفصل الرابع فى الرجوع) (٤) عن الشهاده

### فى الرجوع قبل الحكم

(إذا رجعا) أى الشاهدان فيما يعتبر فيه -فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا، أو يذكر السبب مثل أن يقول: من ثمن عقار أو ثوب، و يجوز لشاهدى الفرع الشهاده على الأصل بما سمعاه منه كما عن الشيخ فى المبسوط و جماعه لصدق الشهاده على الشهاده.

و عن المحقق و الفاضل التردد فى ذلك لاحتمال أن يكون قد صدر من الأصل وعد لا شهادته عند ذكر السبب، و مع عدمه فلا يجوز الشهاده على الأصل إذ العاده التسامح فى أمثاله فى غير مجلس الحاكم، و وافقهم الشارح فى الأخير. و فيه: إن العداله تمنع المسامحه إلى هذه الغايه.

(١) و إن لم يذكر السبب بأن قال الأصل: اشهد أنه لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا و كذا.

(٢) و فيه: إنه شهادته منه عرفا فيصح الشهاده عليها، و لا يشترط فى صدق الشهاده عرفا قيامها عند الحاكم.

(٣) بلا خلاف فيه لخبر عمرو بن جميع عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السلام (أشهد على شهادتك من ينصحك، قالوا: كيف؟ و يزيد و ينقص، قال: لا، و لكن من يحفظها عليك، و لا تجوز شهادته على شهادته) (١).

(٤) لو شهدا عند الحاكم ثم ماتا، أو أحدهما أو جنا أو أغمى عليهما أو أحدهما حكم الحاكم بشهادتها بلا خلاف فيه لإطلاق دليل اعتبار الشهاده، و كذلك لو شهدا ثم زكيا بعد عروض هذه الأمور عليهما من الموت و نحوه إذ الترتيبه اللاحقه كاشفه عن صحه شهادتهما السابقه التى هى مستند الحكم.-

ص: ٢٠٠

-و لو شهدا ثم فسقا أو فسق أحدهما فإن كان قبل الحكم فالمشهور على عدم جواز الحكم بشهادتهما لأنه حكم بشهادة غير عادلين، وعن البعض كالشيخ في أحد قوليهِ و العلامه و الحلّی و المحقق الجواز لأن المعتبر هو العدالة في الشاهدين عند الأداء لا عند الحكم هذا كله فيما لو كانت شهادتهما في حقوق الناس، و أمّا لو كانت في حقوق الله كحد الزنا فلا يحكم بشهادتهما، بلا خلاف فيه كما في الجواهر و المسالك لأن الحدود مبنية على التخفيف لأنها تدرأ بالشبهه و فسقهما بعد الشهاده شبهه في ثبوت الحد، و هذه الفروع لم يتعرض لها الشهيدان هنا.

ثم لو تبين أنها شهادة زور نقض حكم الحاكم حينئذ قبل الاستيفاء أو بعده و لو كان قبل الحكم فلا يجوز للحاكم أن يحكم حينئذ، و ينظر بعد الاستيفاء فإن كان المال باقيا ردّ على صاحبه و إن تلف غرّم الشهود مثله إن كان مثليا، و قيمته إن كان قيميا هذا في حقوق الآدمي، و أما في الحدود فيثبت عليهم القصاص و لولى اندم قتلها مع رد الفاضل من ديتها على وليها بلا خلاف في ذلك كله لتبين عدم صحه الشهاده من رأس فينتفى مستند الحكم، و لصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في شاهد الزور قال: إن كان الشيء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل) (١)، و مثله صحيحه الآخر عنه عليه السلام ٢، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدى من المال الذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا و آخر معه) ٣.

و هذا الفرع سيتكلم عنه الشهيدان فيما بعد و قد قدمنا فيه الكلام ليدرك الفرق بينه و بين الفرع الآتى، و هو: ما لو رجع الشاهدان عن شهادتهما، و الفرق بين الرجوع و ثبوت الزور في شهادتهما هو ما لو علم الحاكم بكذبهما أو قام الخبر المفيد للعلم على ذلك فهى شهادة زور هذا هو الفرع المتقدم، أما لو صرح نفس الشاهدين بالكذب أو رجعا عن شهادتهما بأن ادعيا الاشتباه أو الغلط أو النسيان في الشهاده الأولى فهذا هو الفرع الحالى و هذا الرجوع كالانكار بعد الاقرار فلا يدرى أنهم صادقون به أو لا إذ يحتمل كذبهم في الشهاده الثانيه فتكون الشهاده الأولى صادقه بخلاف الفرع المتقدم فهناك قطع بكذب الشهاده الأولى. و إذا تبين الفرق بين الفرعين فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما، فإن كان الرجوع قبل الحكم فلا يحكم الحاكم بشهادتهما بلا خلاف فيه لمرسل جميل عن -

ص: ٢٠١

الشاهدان، أو الأكثر حيث يعتبر (١) (قبل الحكم امتنع الحكم)، لأنه تابع للشهادة و قد ارتفعت، ولأنه لا يدري أصدقوا في الأول، أو في الثاني فلا يبقى ظن الصدق فيها، (و إن كان الرجوع بعده (٢) لم ينقض الحكم) إن كان -أحدهما عليهما السلام (قال في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل: ضمنوا ما شهدوا به و غرموا، و إن لم يكن قضى طرحت شهادتهم و لم يغرموا الشهود شيئاً) (١)، و هو و إن كان وارداً في حقوق الآدمي لكن لا- خصوصيه لماليه المشهود به فتطرح شهادتهما قبل الحكم في الحدود و الحقوق.

(١) أى يعتبر الأكثر من شاهدين.

(٢) أى بعد الحكم فتاره يكون الرجوع قبل الاستيفاء و أخرى بعده، فإن كان قبل الاستيفاء و كان فى حق الله كالحدود نقض الحكم على المشهور، لأن رجوع الشاهد يحقق الشبهه و الحدود تدرأ بالشبهات، و لم يخالف أحد صريحا و لذا قال فى الجواهر: (بل لا أجد فى شىء من ذلك خلافاً محققاً، نعم فى القواعد عتبر بلفظ الأقرب مشعراً باحتمال العدم)، و وجه العدم من كونه حكماً قد صدر من أصله و لم يعلم له ناقض، و فيه: إن هذا لا ينافى قيام الشبهه المانعه من استيفاء الحد.

و إن كان فى حق الآدمي فلا ينقض الحكم فيعطى المال للمشهد له، على الأكثر لما دل على نفوذ حكم الحاكم و قد تقدم فى القضاء، مع احتمال أن لا يكون الرجوع كذباً للشهادة الأولى لأنه كالانكار بعد الاقرار فيؤخذ بأول كلامه دون ثانيه و يدل عليه خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: من شهد عندنا ثم غير أخذناه بالأول و طرحنا الأخير) (٢).

و تردد المحقق فى الشرائع لحصول الشك فى ميزان الحكم، إذ هو مستند إلى البيه التى لا تردد فيها و لا رجوع و هنا قد رجع.

و إن كان الرجوع بعد الاستيفاء فإن كان فى حق الله و قد اعترف الشهود بالكذب و كان المشهود به قتلاً أو جرحاً ثبت عليهم القصاص، و إن اعترفوا بالخطأ فعليهم الدية لأنه شبيه العمدة، و لو قال بعضهم: تعمدت الكذب، و الآخرون اعترفوا بالخطأ، فعلى المقر بالعمد القصاص و على المقر بالخطأ نصيبه من الدية، و لولى الدم قتل المقر بالعمد مع ردّ الفاضل من ديته على وليه بلا خلاف فى ذلك لقوه السبب هنا على المباشر و للأخبار،-

ص: ٢٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الشهادات حديث ٤.

مالا (١)، و (ضمن الشاهدان) ما شهدا به من المال (سواء كانت العين باقيه، أو) -منها: مرسل ابن محبوب عن أبي عبد الله عليه السلام (في أربعة شهدوا على رجل محص بالزنا ثم رجح أحدهم بعد ما قتل الرجل قال: إن قال الرابع - الراجع -: أو همت ضرب الحد و أغرم الديه، و إن قال: تعمدت، قتل) (١)، و خير إبراهيم بن نعيم الأزدي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا فلما قتل رجح أحدهم عن شهادته فقال: يقتل الرابع - الراجع - و يؤدي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الديه) ٢، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا:

هذا السارق و ليس الذى قطعت يده، إنما شبَّهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرَّهما نصف الديه، و لم يجز شهادتهما على الآخر) (٢)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده، ثم رجح أحدهما فقال:

شبه علينا، غرَّما ديه اليد من أموالهما خاصه، و قال في أربعة شهدوا على رجل أنهم رأوه مع امرأه يجمعها و هم ينظرون فرجم ثم رجح واحد منهم، فقال: يغرَّم ربع الديه إذا قال: شبه عليّ، و إذا رجح الاثنان فقالا: شبه علينا غرَّما نصف الديه، و إن رجعوا كلهم فقالوا: شبه علينا غرَّموا الديه، فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعا) ٤.

و إن كان الرجوع بعد الاستيفاء في حقوق الآدمي، فإن تلف المحكوم به كان على الشهود الضمان و هذا مما لا خلاف فيه، و إن كانت عين المحكوم به باقيه فذهب الأكثر إلى عدم نقض الحكم لما دل على نفوذه بعد صدوره من أهله مستجمعا شرائطه و لكن يضمن الشهود العين لصاحبها، و ذهب الشيخ في النهايه و ابن حمزه في الوسيله و جماعه إلى أن العين تردّ على صاحبها مع عدم ضمان الشهود و هذا نقض للحكم، لصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في شاهد الزور قال: إن كان الشيء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل) (٣)، و فيه: إنه وارد في شاهد الزور و مقامنا في الرجوع، و الرجوع أعم لاحتمال أن يكون مشتبه في الشهاده الأولى، بل لو صرح في الرجوع بأنه كاذب في شهادته الأولى لا يكون شاهد زور لاحتمال أن يكون كاذبا في شهادته الثانية فتكون الأولى صادقه.

(١) قبل الاستيفاء و بعده فلا ينقض الحكم في حقوق الآدمي.

ص: ٢٠٣

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٢- (( ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٣- (( ٥ )) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

(تألفه) على أصح القولين. و قيل: تستعاد العين قائمه.

### في لو كانت الشهاده قبل الاستيفاء أو بعده

(و لو كانت الشهاده على قتل، أو رجم، أو قطع، أو جرح) أو حد، و كان (١) قبل استيفائه لم يستوف، لأنها (٢) تسقط بالشبهه، و الرجوع شبهه، و المال لا يسقط بها (٣)، و هو (٤) في الحد في معنى النقض، و في القصاص قيل: ينتقل إلى الديه لأنها بدل ممكن عند فوات محله. و عليه لا- ينقض، و قيل (٥): تسقط لأنها (٦) فرعه، فلا- يثبت الفرع من دون الأصل، فيكون ذلك في معنى النقض أيضا و العبارة (٧) تدل بإطلاقها (٨) على عدم النقض مطلقا (٩) و استيفاء (١٠) متعلق الشهاده و إن كان حدا، و الظاهر أنه (١١) ليس بمراد (١٢). و في الدروس لا ريب أن الرجوع فيما يوجب الحد قبل استيفائه يبطل الحد، سواء كان لله، أو للإنسان (١٣) (١) أي الرجوع.

(٢) أي الحدود.

(٣) بالشبهه.

(٤) أي عدم الاستيفاء.

(٥) لم أجده قولاً لأحد نعم قال العلامة في القواعد: (و لو رجعا قبل استيفاء القصاص لم يستوف، و هل ينتقل إلى الديه إشكال، فإن أوجباها رجع عليهما)، فقد جعل القصاص من حقوق الله التي تدرأ بالشبهه مع أنه محل منع، ثم استشكل في ثبوت الديه باعتبار أن موجب العمد هو القصاص دون الديه، و لا تثبت الديه في العمد إلا صلحا بعد ثبوت القصاص، و القصاص غير ثابت فكيف تثبت الديه هذا دليل عدم ثبوتها، و أما دليل ثبوتها باعتبار أن القصاص من غير الحدود و قد تعذر القصاص بعد الرجوع لبناء الدماء على الاحتياط التام، و لكن تثبت الديه لأنه لا يبطل دم امرئ مسلم فينتقل إلى الديه بعد تعذر القصاص.

(٦) أي لأن الديه فرع ثبوت القصاص.

(٧) أي عبارة المصنف.

(٨) بلحاظ آخرها.

(٩) قبل الاستيفاء أو بعده.

(١٠) عطف على عدم النقض.

(١١) أن هذا الاطلاق.

(١٢) لنقض الحكم قبل الاستيفاء في حدود الله كما عرفت.



(١٣) كحد القذف.

ص: ٢٠٤

لقيام الشبهه الدارثه، و لم يتعرض للقصاص. و على هذا فإطلاق العبارة إما ليس بجيد (١) أو خلاف المشهور، و لو كان بعد استيفاء المذكورات و اتفق موته بالحد، (ثم رجعوا و اعترفوا بالتعمد اقتص منهم أجمع) إن شاء وليه، و ردّ على كل واحد ما زاد عن جنايته كما لو باشروا،(أو) اقتص (من بعضهم) و ردّ عليه ما زاد عن جنايته (و يرّد الباقيون (٢) نصيبهم) من الجنايه،(و إن قالوا أخطأنا فالديه عليهم) أجمع موزعه، و لو تفرقوا فى العمد و الخطأ فعلى كل واحد لازم قوله، فعلى المعترف بالعمد القصاص بعد ردّ (٣) ما يفضل من ديته عن جنايته، و على المخطئ نصيبه من الديه.

### فى ما لو شهدا بطلاق ثم رجعا

(و لو شهدا بطلاق ثم رجعا (٤)، قال الشيخ فى النهايه: ترد إلى الأول،) (١)لنقض الحكم قبل الاستيفاء فى الحد.

(٢)عند اعتراف الجميع بالكذب.

(٣)و الرد من ولى الدم هنا.

(٤)فلو شهدا بالطلاق و قد حكم الحاكم ثم رجعا لم ينقض الحكم لما عرفت سابقا من نفوذه فلا إشكال من هذه الجهه.

و لكن إن كانت شهادتهما بعد الدخول من الزوج فلم يضمنا له شيئا بالفراق الحاصل من حكم الحاكم إذا كان الطلاق رجعيا و قد ترك الرجوع باختياره أو كان الطلاق بائنا، لأنهما لم يفوتا عليه شيئا إلا منفعه البضع و هى لا تضمن بالتفويت بلا خلاف فيه من أحد، و أما المهر الذى دفعه فهو مستقر بالدخول على كل حال و لو كانت شهادتهما قبل الدخول من الزوج ضمنا له نصف المهر المسمى لها، لأنهما ألزماه به بسبب شهادتهما على المشهور، و قد خالف الشيخ فى النهايه و تبعه أبو الصلاح الحلبي إلى أنها لو تزوجت بعد الحكم بالطلاق ثم رجعا ردّت إلى الأول بعد العده، و غرم الشاهدان المهر للثانى، لموثق إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى عبد الله عليه السلام (فى شاهدين شهدا على امرأه بأن زوجها طلقها، فتزوجت ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق؟ قال: يضربان الحد و يضمنان الصداق للزوج ثم تعتد، ثم ترجع إلى زوجها الأول) (١)، و حملت الروايه على ما لو تزوجت المرأه بمجرد شهاده الشاهدين من دون حكم الحاكم، ثم لما جاء الزوج رجعا عن الشهاده و اعترفا بأنهما شهدا زورا فلذا ضربا الحد كما فى كل شاهد زور، فلا تكون-

ص: ٢٠٥

(و يغمران المهر للثاني، و تبعه أبو الصلاح) استنادا إلى روايه (١) حسنه حملت على تزويجها بمجرد سماع البيئه، لا- بحكم الحاكم (و قال فى الخلاف: إن كان بعد الدخول فلا غرم) للأول، لاستقرار المهر فى ذمته به (٢) فلا تفويت، و البضع لا يضمن بالتفويت، و إلا (٣) لحجّر على المريض بالطلاق (٤)، إلا أن يخرج البضع من ثلث ماله (٥)، و لأنه (٦) لا يضمن له (٧) لو قتلها قاتل (٨)، أو قتلت نفسها (٩)، أو حرّمت نكاحها برضاع (١٠)، (و هى زوجه الثانى)، لأن الحكم لا ينقض بعد وقوعه.

-الروايه مستندا لقول الشيخ و فيه: إن الرجوع إلى كتاب النهايه للشيخ يفيد أنه لم يذكر حكم الحاكم بعد شهادتهما بل ذكر أن زواجها كان بعد الشهاده كما فى الروايه، قال الشيخ فى النهايه: (إن شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته فاعتدت و تزوجت و دخل بها، ثم رجعا و جب عليهما الحد، و ضمنا المهر للزوج الثانى و ترجع المرأه إلى الأول بعد الاستبراء بعده من الثانى)، و كلامه صحيح عند عدم حكم الحاكم اعتمادا على الموثق الموافق للقواعد من دون مخالفه قواعد أخرى أو نصوص فلا يكون كلامه مخالفا للمشهور الذى اشترط فى تحرير المسأله حكم الحاكم بعد الشهاده، و على تحرير المسأله على مبنى المشهور لو تزوجت بعد حكم الحاكم ثم رجعا فهى للزوج الثانى لأن الحكم نافذ بعد صدوره من أصله و لا ناقض له.

ثم كان على الشهيدين هنا ذكر حكم الحاكم بعد الشهاده كما عرفت.

(١) حيث إن الخبر المتقدم مشتمل سنده على إبراهيم بن عبد الحميد و هو واقفى ثقه، و على إبراهيم بن هاشم و هو لم يمدح و لم يذم، فلذا عبّر عنها بالموثق فى المسالك باعتبار الأول، و عبّر عنها بالحسنه هنا باعتبار الثانى، و هى موثقه جزما لأن إبراهيم بن هاشم من مشايخ الإجازة و الروايه و هذا ما يغنيه عن التوثيق بل هو دال على أعلى درجات التوثيق.

(٢) بالدخول.

(٣) فلو كان البضع يضمن بما هو منفعه غير مستوفاه.

(٤) لأن سيفوت منافع بضع زوجته المضمونه بحسب الفرض.

(٥) و هو يجوز له التصرف فى الثلث.

(٦) أى الشأن و الواقع.

(٧) للزوج.

(٨) بدعوى أنه فوت على الزوج منافع البضع، بل عليه إما القصاص و إما الديه.

(٩) فلا تضمن له منافع بضعها.

(١٠) فيما لو ارضعت زوجته الصغيره فتحرم المرضعه و المرتضعه عليه.

وإن كان قبل الدخول غرماً للأول نصف المهر) الذى غرمه، لأنه وإن كان (١) ثابتاً بالعقد، كثبوت الجميع بالدخول، إلا أنه كان معرّضاً للسقوط بردتها، أو الفسخ لعيب، بخلافه (٢) بعد الدخول لاستقراره مطلقاً (٣)، وهذا (٤) هو الأقوى و به قطع فى الدروس، و نقله هنا قولاً كالآخر يدل على تردده فيه، و لعله (٥) لمعارضه الروايه المعتمده.

و اعلم أنهم أطلقوا الحكم فى الطلاق من غير فرق بين البائن، و الرجعى و وجهه (٦) حصول السبب المزيل للنكاح فى الجملة، خصوصاً بعد انقضاء عده (٧) الرجعى (٨)، فالتفويت حاصل على التقديرين (٩)، و لو قيل: بالفرق، و اختصاص الحكم بالبائن كان حسناً، فلو شهدا بالرجعى لم يضمننا إذ لم يفوتا شيئاً، لقدرته (١٠) على إزاله السبب بالرجعه و لو لم يراجع حتى انقضت العده احتمل الحاقه (١١) بالبائن و الغرم (١٢) و عدمه (١٣)، لتقصيره بترك الرجعه، و يجب تقييد الحكم فى الطلاق مطلقاً بعدم عروض وجه مزيل للنكاح، فلو شهدا به (١٤) ففرّق (١٥) و رجعا (١٦) فقامت بينه أنه كان بينهما رضاع محرّم فلا غرم إذ لا تفويت.

(١) أى نصف المهر.

(٢) أى بخلاف المهر.

(٣) ارتدت أو لا، و فسخت لعيب أو لا

(٤) أى قول الشيخ فى الخلاف.

(٥) أى و لعل التردد فيه.

(٦) أى وجه الاطلاق.

(٧) فترول العلقه الزوجيه بينهما.

(٨) سواء كان بائناً أو رجعياً بعد انقضاء العده.

(٩) أى قدره الزوج.

(١٠) الحاق الرجعى.

(١١) فيما يغرم به الشاهدان.

(١٢) عدم الإلحاق.

(١٣) بائناً أو رجعياً.

(١٤) بالطلاق.

(١٥) أى فرّق بين الزوجين.

(١٦) أى الشاهدان.

ص: ٢٠٧

(و لو ثبت تزوير الشهود) بقاطع (١) كعلم الحاكم به (٢)، لا- بإقرارهما، لأنه رجوع، و لا بشهاده غيرهما، لأنه تعارض (نقض الحكم) (٣) لتبين فساده، (و استعيد المال) إن كان المحكوم به مالا، (فإن تعذر أغرموا)، و كذا يلزمهم كل ما فات بشهادتهم، (و عزروا (٤) على كل حال) سواء كان ثبوته قبل الحكم، أم بعده، فات شيء أم لا، (و شهروا) في بلدهم و ما حولها، لتجنب شهادتهم، و يرتدع غيرهم، و لا- كذلك من تبين غلظه، أو ردّت شهادته لمعارضه بينه أخرى، أو ظهور فسق (٥)، أو تهمه، لإمكان كونه صادقا (٦) في نفس الأمر فلم يحصل منه (٧) بالشهادة أمر زائد (٨).

(١) أي بدليل قطعي.

(٢) بالتزوير.

(٣) قد تقدم من الكلام في أول بحث الرجوع.

(٤) بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لموثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (شهود الزور يجلدون و ليس له وقت - أي عدد معين - ذلك إلى الإمام، و يطاف بهم حتى يعرفوا و لا يعودوا، قلت: فإن تابوا و أصلحوا تقبل شهادتهم بعد؟ قال: إذا تابوا تاب الله عليهم و قبلت شهادتهم بعد) (١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إن شهود الزور يجلدون حدا ليس له وقت، ذلك إلى الإمام، و يطاف بهم حتى تعرفهم الناس، و تلا- قوله تعالى: (وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَيْدَاءَ وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا).

قلت: بم تعرف توبته؟ قال: يكذب نفسه على رءوس الأشهاد حيث يضرب و يستغفر ربه عز و جل، فإذا هو فعل ذلك فثم ظهرت توبته) ٢، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام كان إذا أخذ شاهد زور، فإن كان غريبا بعث به إلى حيه، و إن كان سوقيا بعث به إلى سوقه فطيف به، ثم يحبسه أياما ثم يخلى سبيله) ٣.

(٥) من غير الزور.

(٦) في غير الشق الأول و هو ما لو تبين غلظه.

(٧) من الشاهد.

(٨) يوجب التعزير.

ص: ٢٠٨

كتاب الوقف

اشاره

ص: ٢٠٩





## فى تعريفه

(و هو تحببب الأصل) (١) أى جعله على حاله لا- يجوز التصرف فيه شرعا على وجه ناقل له عن الملك إلا ما استثنى (٢)،(و إطلاق المنفعه) و هذا ليس تعريفًا، بل (١)عزّف الوقف بأنه عقد ثمرته تحببب الأصل و إطلاق المنفعه كما عن القواعد و التنقيح و إيضاح النافع و الكفایه و النافع و اللمعه هنا، لكن فى اللمعه ترك ذكر العقد كما هو المحكى عن المبسوط و فقه القرآن للراوندى و الوسيله و السرائر و الجامع و المهذب البارع و مجمع البرهان.

و تحببب الأصل هو المنع من التصرف فيه تصرفا ناقلا- لملكه، و المراد من إطلاق المنفعه هو إباحتها للجبهه الموقوف عليها بحيث يتصرف فيها كيف شاء و هذا التعريف ببعض خواصه تبعا للنبوى (حبس الأصل و سبّل الثمره) (١)، و النبوى الآخر (إن شئت حبست أصله و سبّلت ثمرتها) ٢، و عدّل عن لفظ الثمر، الوارد فى الخبرين إلى مطلق المنفعه لأنها أعم، و عدّل عن التسييل إلى الإطلاق لأنه أظهر فى المراد، و لكن فى الصحاح:

(سبّل فلان ضيعته أى جعلها فى سبيل الله تعالى)، و من هنا كان التعبير بالتسييل أولى لتضمنه معنى القربه بخلاف الاطلاق فإنه غير دال على ذلك و قد عزّفه الشهيد فى الدروس بأنه الصدقه الجاربه تبعا لما ورد فى النبوى (إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثه: إلا من صدقه جاربه، أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له) (٢).

و هذه التعاريف لفظيه أو بالآثار و الخواص فلا داعى للنقض عليها طردا و عكسا.

(٢) كما لو أدى بقاؤه إلى الخراب.

ص: ٢١١

١- (( ١ و ٢ )) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١ و ٢.

٢- (٣) صحيح مسلم ج ٥ ص ٧٣.

ذكر شيء من خصائصه، أو تعريف لفظي، موافقه للحديث الوارد عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

حَبَسَ الْأَصْلَ، وَ سَبَّلَ الثَّمْرَةَ، وَ إِلَّا (١) لانتقض بالسكنى و أختيها (٢) و الحبس (٣)، و هى خارجه عن حقيقته (٤) كما سيشير إليه، و فى الدروس عرّفه بأنه الصدقه.

الجاريه تبعاً لما ورد عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقه جاريه الحديث.

### فى لفظه الصريح

(و لفظه الصريح) الذى لا يفتقر فى دلالاته عليه إلى شيء آخر (٥) (وقفت) خاصه على أصح القولين (٦) (و أما حَبَسَتْ وَ سَبَّلَتْ (٧) وَ حَزَمَتْ وَ تَصَدَّقَتْ (٨) فمفتقر إلى القرينه) كالتأيد (٩)، وَ نَفَى الْبَيْعِ وَ الْهَبَةِ وَ الْإِرْثِ، فَيَصِيرُ بِذَلِكَ (١٠) صَرِيحًا.

(١) بحيث كان تعريفاً حقيقياً.

(٢) و هما العمري و الرقبى.

(٣) و فى الجميع تحببب الأصل و إطلاق المنفعه.

(٤) أى حقيقه الوقف لأنه فك ملك مع التحبببب المذكور بخلافها فلا فك للملك فيها.

(٥) من قرينه.

(٦) بلا خلاف فيه كما فى المسالك، و لكن فى الجواهر (نعم عن الشافعى فى بعض أقواله أنها كناية عن الوقف، و عن الفاضل فى التذكرة أنه من أغرب الأشياء).

(٧) فذهب جماعه منهم العلامة فى التذكرة و القواعد إلى أنهما صريحان فى الوقف، و مثلهما أحبست بزياده الهمزه، و هو المنقول عن الخلاف و الغنيه و الجامع نظراً إلى الاستعمال العرفى لهما فى الوقف مجردين كما ورد فى النبوى المتقدم (حَبَسَ الْأَصْلَ وَ سَبَّلَ الثَّمْرَةَ) (١).

و عن الأكثر العدم، بل هما محتاجان إلى القرينه حتى يفهم الوقف منهما، و استعمالهما فى الوقف فى النبوى أعم من الحقيقه.

(٨) لا خلاف فى عدم صراحه هاتين الصيغتين فى الوقف، و مثلهما ابدت فلا تحمل على الوقف إلا مع القرينه.

(٩) تمثيل للقرينه و كذا ما بعده من نفى البيع و الهبه و الإرث.

(١٠) أى بسبب القرينه.

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ١.

وقيل: الأولان (١) صريحان أيضا بدون الضميمة، و يضعف باشتراكهما بينه (٢) و بين غيره، فلا يدل على الخاص بذاته (٣) فلا بد من انضمام قرينه تعيينه. و لو قال جعلته وقفا (٤)، أو صدقه مؤبده محرمة كفى (٥)، وفاقا للدروس، لأنه كالصريح. و لو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينه وقع باطنا (٦) و دّين بنيته لو ادعاه (٧)، أو ادعى غيره (٨)، و يظهر منه عدم اشتراط القبول مطلقا (٩)، و لا القربه (١٠).

أما الثاني (١١) فهو أصح الوجهين، لعدم دليل صالح على اشتراطها و إن توقف عليها الثواب.

(١) أى حبست و سبّلت.

(٢) بين الوقف.

(٣) من دون قرينه.

(٤) و لم يقل: وقفته.

(٥) لصراحتهما فى الوقف و إن كان فيهما خروج عن صيغ الوقف المنقول.

(٦) أى فى نفس الأمر.

(٧) أى ادعى الوقف من اللفظ المفتقر إلى القرينه.

(٨) لاحتمال إرادته غير الوقف منه بعد كونه ليس صريحا فيه، بخلاف اللفظ الصريح فى الوقف فإنه يحكم عليه بالوقفية من دون توقف لمعرفة نيته.

(٩) سواء كان الوقف على جهة عامه أو على من يمكن فى حقه القبول.

(١٠) لأنه تكلم عن الإيجاب فقط من دون اشتراطه بالقبول أو القربه.

(١١) أى القربه، فعن المفيد و ابن زهره و الحلبي و العلامة فى القواعد و التذكرة و الارشاد اشتراط القربه، بل عن الغنيه و السرائر دعوى الاجماع عليه، و هو ممنوع إذ أكثر عبارات الأصحاب خاليه عنها، و عل كل فقد استدل على الاشتراط بإطلاق لفظ الصدقه عليه فى الكثير من النصوص (١)، بل لم يذكر الوقف فى النصوص الواردة فى وقف أمير المؤمنين عليه السّلام و سيده النساء صلوات الله عليها إلا- بلفظ الصدقه بل و غيرهما من الأئمة عليهم السّلام (٢)، و من المعلوم اعتبار القربه فى الصدقه خصوصا بعد هذين الصحيحين -

ص: ٢١٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٣ و ٤، و الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف و الصدقات  
حديث ١ و ٤ و ٥.

-و هما: صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقه ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل) (١)، و صحيح هشام و حماد و ابن أذينة و ابن بكير و غيرهم كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقه ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل) (٢)، و من باب التبرك نذكر خبراً متضمناً لوقف أمير المؤمنين عليه السلام و هو خبر ربيع بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينة في بني زريق فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب و هو حيّ سوى، تصدق بداره التي في بني زريق صدقه لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض، و أسكن هذه الصدقه خالاً ما عشن و عاش عقبهنّ، فإذا انقضوا فهي لذي الحاجه من المسلمين) (٢).

و عن الأكثر كما قيل عدم الاشتراط للأصل، و لكون فاقدها عقداً فيندرج تحت قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٣) بناءً على اعتبار القبول فيه و لو في بعض أفرادها، و للإطلاق في النبوى (حبس الأصل و سبب الثمره) (٤) و للإطلاق في مكاتبه الصغار لأبي محمد الحسن بن علي عليه السلام (الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله) (٥) و الأحوط و هو الأقوى اعتبار القربة للصحيحين السابقين من نفى الصدقه بدون القربة، و للتصريح بها في وقف أمير المؤمنين عليه السلام كما في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (بعث إليّ بهذه الوصيه أبو إبراهيم عليه السلام: هذا ما أوصى به و قضى في ماله عبد الله عليّ ابتغاء لوجه الله ليولجني به الجنة و يصرفني به عن النار، و يصرف عن النار يوم تبيض وجوه و تسود وجوه، إن ما كان لي من مال بينبع، يعرف لي فيها و ما حولها صدقه - إلى أن قال - و إن الذي كتبت من أموالى هذه صدقه واجبه بتله، حيا أنا أو ميتاً، ينفق في كل نفقه بها وجه الله في سبيل الله و وجهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بين المطلب و القريب - إلى أن قال - هذا ما قضى به علي بن أبي طالب في أمواله هذه - إلى أن قال - ابتغاء وجه الله و الدار الآخرة، و الله المستعان على كل حال، و لا يحل لامرئ مسلم يؤمن بالله اليوم الآخر أن يغيّر شيئاً مما أوصيت به في مالى و لا يخالف فيه أمرى -

ص: ٢١٤

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

٢- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

٣- (٤) سورة المائدة، الآية: ١.

٤- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

و أما الأول (١) فهو أحد القولين، و ظاهر الأكثر، لأصالة عدم الاشتراط، -من قريب و لا بعيد(١) و صحيحه الآخر قال (أوصى أبو الحسن عليه السّلام بهذه الصدقة: هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليهما السّلام، تصدق بأرضه في مكان كذا و كذا كلها، و حد الأرض كذا و كذا، تصدق بها كلها و نخلها و أرضها و قناتها و ماءها و أرحابها - أرحاءها - و حقوقها و شربها من الماء، و كل حق حولها - إلى أن قال - تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه و هو صحيح صدقه حسباً بتا بتلا مبتوته لا رجعه فيها و لا ردّ ابتغاء وجه الله و الدار الآخرة، لا- يحلّ لمؤمن يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يبيعها و لا يبتاعها و لا يهبها و لا ينحلها و لا يغيّر شيئاً مما وصفته عليها حتى يرث الأرض و من عليها(٢) و لصحيح جميل (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقه و هم صغار، أله أن يرجع فيها؟ قال: لا، الصدقة لله تعالى(٣) ، و خبر عبيد بن زرارته عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره و قال: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله)٤، و قد أريد من الصدقة الوقف في هذين الخبرين بالاتفاق، و هما صريحان في اشتراط القرية في الوقف، و قال الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء في كتابه القيم (تحرير المجله): (الكتاب الخامس في الوقف، و قد جرت عادة الفقهاء على التعبير عن هذا العمل الخيري بهذا العنوان الذي لم يرد التعبير به في الكتاب الكريم أصلاً، و لا في السنه و الحديث إلا نادراً، و إنما التعبير الشائع عنه في السنه و أحاديث الأئمة سلام الله عليهم هو الصدقة و الصدقة الجارية، و في أوقاف أمير المؤمنين و الزهراء سلام الله عليهم هذا ما تصدق به علي و فاطمه) انتهى.

ثم قد ورد لفظ (بتا بتلا)، و البت هو القطع قال في مجمع البحرين: (و صدقة بته بتله، أى مقطوعه عن صاحبها لا رجعه له فيها) و قال في لسان العرب: (صدقه بته بتله، إذ قطعها المتصدق بها من ماله، فهي بائنه من صاحبها، قد انقطعت منه).

نعم قد ورد في بعض الأخبار كخبر ربعي من عبد الله المتضمن لوقف أمير المؤمنين عليه السّلام داره في بني زريق لخالاته و قد تقدم، و هو مجرد عن ذكر القرية لكنه لا يصلح دليلاً لأنه ليس في مقام البيان من هذه الجهة.

(١) أى القبول فعن الأكثر عدم اشتراطه، إذ ليس في النصوص ما يدل عليه خصوصاً ما-

ص: ٢١٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٢ و ٥.

ولأنه إزاله ملك فيكفي فيه الإيجاب كالعقود، وقيل: يشترط إن كان الوقف على من يمكن في حقه القبول، وهو أجد، و بذلك (١) دخل في باب العقود، لأن إدخال شيء في ملك الغير يتوقف على رضاه، وللشك في تمام السبب بدونه (٢) فيستصحب (٣)، فعلى هذا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمه، من اتصاله (٤) بالإيجاب عادة و وقوعه بالعريه و غيرها (٥).

نعم لو كان على جهه عامه، أو قبيله كالفقراء لم يشترط، و إن أمكن قبول الحاكم له (٦)، و هذا هو الذى قطع به فى الدروس و ربما قيل: باسئراط قبول الحاكم فيما له ولايته. و على القولين لا يعتبر قبول البطن الثانى، و لا رضاه (٧)، -تضمن وقفا قد صدر من أمير المؤمنين أو سيده النساء أو بقيه الأئمه عليهم السلام على ما تقدمت الإشارة إلى هذه الأخبار، و لأنه فك ملك فيكفي فيه الايجاب كالعقود.

و عن جماعه منهم صاحب الجواهر اشئراط القبول مطلقا، لإطباقهم على أنه عقد فيعتبر فيه الايجاب و القبول كسائر العقود، و لأن إدخال شيء في ملك الغير موقوف على رضاه، لأن الأصل عدم الانتقال بدونه، و للشك في تماميه السبب بدونه فيستصحب ملك المالك.

و فصل ثالث و هو المحقق فى الشرائع و العلامه و الشهيدان و غيرهم أنه إذا كان على جهه خاصه فيشترط لما ذكر، و لإمكان القبول حينئذ، و إن كان على جهه عامه كالفقراء و المساجد فلا يعتبر، لأن الملك ينتقل فيه إلى الله تعالى بخلاف الأول فإنه ينتقل إلى الموقوف عليه.

و عن العلامه فى التذكرة الميل إلى اشئراط قبول الحاكم فى الجهات العامه كما هو نائب فى استيفاء القصاص و الحدود، و استقر به الكركى فى جامعہ.

(١) و بالقبول دخل الوقف فى باب العقود.

(٢) بدون رضا الغير.

(٣) أى يستصحب ملك المالك لو وقع الوقف بدون قبول.

(٤) أى اتصال القبول.

(٥) كما سيأتى ذكره فى عقد البيع.

(٦) للوقف العام.

(٧) للزوم الوقف بقبول البطن الأول هذا إذا اشئرطنا القبول، و إلا فهو لازم عند إنشاء الايجاب.



لتماميه الوقف قبله (١) فلا ينقطع، و لأن قبوله (٢) لا يتصل بالإيجاب، فلو اعتبر لم يقع له (٣).

## فى عدم لزومه بدون القبض

(و لا يلزم) الوقف بعد تمام صيغته (بدون القبض) (٤) و إن كان فى جهه عامه (١) قبل البطن الثانى.

(٢) قبول البطن الثانى.

(٣) أى لم يقع قبول الثانى للوقف السابق لاشتراط الاتصال.

(٤) فالقبض شرط فى صحه الوقف من جهه، و الإقباض و هو القبض بإذن الواقف شرط فى لزوم العقد من جهه أخرى.

فالقَبْضُ شرط فى الصحه بلا خلاف فيه بين أصحابنا كما فى المسالك، فكما لا ينعقد الوقف إلا بالقبول المنضم إلى الإيجاب فكذلك لا ينعقد إلا بالصحه المنضمه إلى العقد، لصحيح صفوان بن يحيى عن أبى الحسن عليه السلام (سألته عن الرجل يقف الضيعه ثم يبدو له أن يحدث فى ذلك شيئاً، فقال: إن كان وقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قتيماً لم يكن له أن يرجع فيها، و إن كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، و إن كانوا كباراً و لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها، لأنهم لا يحوزونها عنه و قد بلغوا) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى الرجل يتصدق على ولده و قد أدركوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن والده هو الذى يلى أمره) ٢ و صحيح جميل (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقه و هم صغار أله أن يرجع فيها؟ قال: لا، الصدقه لله تعالى) ٣، و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل تصدق على ابنه بالمال أو الدار، أله أن يرجع فيه؟ قال: نعم إلا أن يكون صغيراً) ٤، و خبر أبى الحسين محمد بن جعفر الأسدى - فيما ورد عليه من جواب مسائله عن محمد بن عثمان العمرى - عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه (و أما ما سألت عليه من الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثم يحتاج إليه صاحبه، فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، و كل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه) ٥، و خالف بعض العامه فجعله لازماً بمجرد الصيغه و إن لم يقبض فلذا رد عليه فقهاؤنا بأن الإقباض شرط فى لزوم العقد و مراده منه أن القبض شرط فى صحه العقد بمعنى أن القبض جزء -

ص: ٢١٧

قبضها الناظر فيها، أو الحاكم، أو القيم المنصوب من قبل الواقف لقبضه، و يعتبر وقوعه (١) (بإذن الواقف) كغيره (٢) لامتناع التصرف في مال الغير بغير إذنه، و الحال أنه لم ينتقل إلى الموقوف عليه بدونه (٣)، (فلو مات) الواقف (قبله) أى قبل قبضه المستند إلى إذنه (بطل) (٤)...

-السبب الناقل فما قبل القبض لا نقل و لا انتقال، و بعد القبض فيكون العقد و القبض هما السبب الناقل، هذا هو مرادهم من شرط اللزوم، و ليس مرادهم أن العقد بنفسه يوجب النقل المترزل كالمملك في زمن الخيار في البيع بحيث إذا تحقق القبض انتفى التزلزل و استقر الملك و لزوم، و لذا قال الشارح في المسالك: (لا خلاف عندنا في اشتراط القبض في تمامه الوقف بحيث يترتب عليه أثره، بمعنى كون انتقال الملك مشروطا بالايجاب و القبول و القبض، فيكون العقد جزء السبب الناقل، و تمامه القبض، فقبله يكون العقد صحيحا في نفسه لكنه ليس بناقل للملك، فيجوز فسخه قبله، و يبطل بالموت قبله، و النماء المتخلل بين العقد و القبض للواقف، و بهذا يظهر أن القبض من شرائط صحة الوقف كما عبّر به المصنف و جماعه، و لكن بعضهم عبّر بأنه شرط اللزوم، و لا يريدون به معنى غير ما ذكرناه، و إن كان من حيث اللفظ محتملا لكونه عقدا تاما ناقلا للملك نقلا غير لازم، كالمملك في زمن الخيار للبائع، فإن النماء المتخلل على هذا التقدير للمنتقل إليه، و ليس كذلك هنا اتفاقا، و إنما أراد بكونه شرطا في اللزوم أن العقد لا يتم و لا يلزم بحيث يترتب أثره، أو أن العقد لا يلزم و لا يتحقق بدونه و نحو ذلك) انتهى.

(١) وقوع القبض.

(٢) من التصرفات لأن العين ما زالت على ملك الواقف، و لا- يوجب العقد القبض بل يجوز للواقف الرجوع فلذا اشترط في القبض إذن.

(٣) بدون الوقف.

(٤) لعدم تحقق القبض الذي هو شرط كما عرفت و لخصوص خبر عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره، و قال: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله) (١).

ثم لا- تشترط الفوريه في القبض لظاهر هذه الخبر حيث علق البطلان بعدم القبض إلى أن يموت، و لازمه الاكتفاء بالقبض قبل الموت متى حصل، و كذا الأخبار المتقدمه في-

ص: ٢١٨

و روايه عبيد بن زراره صريحه فيه، و منه (١) يظهر أنه لا تعتبر فوريتها.

و الظاهر أن موت الموقوف عليه كذلك (٢)، مع احتمال قيام وارثه مقامه (٣)، و يفهم من نفيه للزوم بدونه (٤) أن العقد صحيح قبله (٥) فينتقل الملك انتقالا مترلزلا يتم بالقبض (٦)، و صرح غيره و هو (٧) ظاهره في الدروس أنه (٨) شرط الصحة، و تظهر الفائده في النماء المتخلل بينه (٩) و بين العقد (١٠)، و يمكن أن يريد هنا بالزوم الصحة بقريته حكمه بالبطلان لو مات قبله (١١)، فإن ذلك (١٢) من -اشتراط القبض ظاهره في عدم فوريتها بلا خلاف فيه إلا من العلامه في القواعد باعتبار أنه شرط في الصحة فيكون كالقبول من العقد، و فيه: إن فوريه القبول العرفيه تحقيقا لمعناه و هذا غير جار في القبض، فضلا عن ظهور الأخبار المتقدمه في عدم فوريه القبض.

(١) أى و من الخبر.

(٢) يوجب بطلان الوقف لو مات قبل قبضه، و هو واضح، و فى التحرير للعلامه التوقف فى صحته إذا قبض البطن الثانى، و فيه: إن المراد من القبض هو القبض الصادر ممن له القبول فى العقد و ما هو إلا- البطن الأول كما هو الظاهر من صحيح صفوان المتقدم (١).

(٣) فى القبض، و هو بعيد جدا إلا أن يكون مراده بالوارث هنا هو البطن الثانى و هذا ما أوجب توقف العلامه فى التحرير على ما تقدم، مع أنه لا يشترط فى وارث الموقوف عليه أن يكون هو البطن الثانى فى الوقف، لأن الذى يحدّد البطن الثانى هو الواقف.

(٤) بدون القبض.

(٥) قبل القبض.

(٦) قد عرفت أن مراد من صرح بالزوم ليس ذلك، بل مراده أنه شرط الصحة.

(٧) أى ما صرح به الغير.

(٨) أن القبض.

(٩) بين القبض.

(١٠) فالنماء للواقف بناء على أن القبض شرط الصحة، و هو للموقوف عليه بناء على أن القبض شرط فى الزوم بالمعنى الذى ذكره الشارح هنا.

(١١) بل هو المتعين، و هذا ما جزم به الشارح فى كلامه المنقول سابقا عن المسالك.

(١٢) أى البطلان بموت الواقف قبل القبض.

---

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

مقتضى عدم الصحه، لا لزوم كما صرح به فى هبه الدروس، واحتمل إرادته (١) من كلام بعض الأصحاب فيها (٢)

### فى ما يدخل فى وقف الحيوان

(و يدخل فى وقف الحيوان لبنه و صوفه) و ما شاكله (٣) (الموجودان حال العقد (٤) ما لم يستثنهما (٥)، كما يدخل ذلك فى البيع، لأنهما كالجاء من الموقوف بدلاله العرف، و هو الفارق بينهما و بين الثمره (٦) فإنها لا تدخل و إن كانت طلعا لم يؤبر.

### فى عدم جواز الرجوع فى الوقف

(و إذا تم) الوقف (لم يجر الرجوع فيه)، لأنه من العقود اللازمه (٧)، (و شرطه) مضافا إلى ما سلف (٨) (التنجيز) (٩) فلو علقه على شرط، أو صفه بطل (١) أى إرادته الصحه من اللزوم.

(٢) أى فى هبه الدروس.

(٣) كالوبر.

(٤) بخلاف المتجددان بعد تماميه الوقف فإنهما للموقوف عليه بلا خلاف.

(٥) فالصوف على ظهر الشاه و اللبن فى داخل الضرع حال وقفها داخلان فيما اقتضاه الوقف نظرا إلى العرف كما لو باعها بلا خلاف فيه بين من تعرض لهذا الفرع كما فى الجواهر.

(٦) فالثمره على الشجره كالحمل فى داخل الشاه كلاهما لا يدخلان لعدم دلاله العرف من لفظ الشجره و النخل عليهما، هذا بالنسبه لما هو موجود حال العقد، و أما المتجدد بعد الوقف فلا إشكال فى كونه للموقوف عليه.

(٧) بلا- خلاف و لا إشكال فيه بيننا، و هو الظاهر من الأخبار فى خبر عبيد بن زراره المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يرجع فى الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله) (١).

خلافاً لأبى حنيفه حيث زعم أنه لا يلزم، و للواقف الرجوع فيه ثم لورثته بعده، إلا أن يرضوا به بعد موته أو يحكم به حاكم.

هذا كله إذا صدر الوقف من الواقف فى زمان الصحه، و أما لو صدر فى مرض الموت فإن أجازته الورثه نفذ الوقف من الأصل، و إلا- اعتبر من الثلث لأنه كباقى منجزاته من الهبه و المحاباه فى البيع بلا خلاف فى ذلك و سيأتى الدليل على ذلك فى كتاب الوصايا.

(٨) و هو القبض.

(٩) بلا خلاف و لا إشكال لمنافاه التعليق للعقد، لأن العقد يقتضى ترتيب أثره عليه حال وقوعه، و التعليق يقتضى المنع، و من هنا كان التعليق على الذى لا يقتضى التفكيك بين -

---

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٥.

إلا أن يكون واقعا (١)، و الواقف عالم بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة، و كذا في غيره من العقود (٢)،(و الدوام) (٣) فلو قرنه بمده، أو جعله على من ينقرض غالبا (٤) لم يكن وقفا، و الأقوى صحته حسبا يبطل -العقد و بين أثره لا يضر كما لو قال: وقفت إن كان اليوم الجمعة، للعالم بذلك، نعم لا فرق في التعليق المبطل بين تعليق العقد على الوصف الذى لا بد من وقوعه كمجىء رأس الشهر و هو الذى يطلق عليه الصفه، و بين تعليقه على ما يحتمل وقوعه كقدوم زيد و هو المعبر عنه بالشرط كما فى المسالك.

(١) حال العقد.

(٢) إذ التعليق ينافى كل عقد لا خصوص عقد الوقف.

(٣) بلا خلاف فيه لأن الوقف شرطه التأييد فإن لم يحصل الشرط بطل، و فى المسالك:

(و قيل: إنما يبطل الوقف و لكن يصير حسبا - إلى أن قال - لكن هذا إنما يتم مع قصد الحبس فلو قصد الوقف الحقيقى و جب القطع بالبطلان لفقد الشرط) انتهى.

(٤) كما لو وقف على البطن الأول من أولاده و لم يذكر المصرف بعدهم فقد اختلفوا على أقوال:

الأول: بطلان الوقف و أرسله الشيخ فى المبسوط عن البعض، لأن الوقف شرطه التأييد، فإذا لم يرد الواقف الوقف إلى ما يدوم لم يتحقق الشرط.

الثانى: صحته وقفا، لصحيح على بن مهزيار (قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثه، و كل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل على الورثه، و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام: هكذا هو عندى) (١)، و صحيح الصفار (كتبت إلى أبى محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو، فقد روى أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثه، و إذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، قال قوم: إن الموقت هو الذى يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و قال آخرون: هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا، و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و الذى هو غير موقت أن يقول: هذا وقف و لم يذكر أحدا، فما الذى يصح من ذلك؟ و ما الذى يبطل؟

فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله) ٢-.

ص: ٢٢١

بانقضائها (١)، و انقراضه (٢)، فيرجع (٣)...

فليس المراد من الوقت في هذين الخبرين هو الأجل كما هو معناه العرفي، بل المراد به تعيين الموقوف عليه، وقد اعترف الشيخ في التهذيب والاستبصار بأنه كان متعارفا بينهم، ويشهد لهذا التفسير الصحيح الثاني، هذا من جهة و من جهة أخرى فالموقت الذي فيه تعيين الموقوف عليه هو الصحيح كما هو صريح الخبرين دون غيره الذي لم يعين الموقوف عليه فهو باطل، و هذا التعيين أعم من أن يعين من ينقرض غالبا أو يدوم كما هو تفسير الموقت في الصحيح الثاني و قد أقره الإمام عليه السلام و حكم بنفوذه.

و من جهة ثالثة فإذا كان الوقف على من ينقرض غالبا جائزا مع أنه يشترط في الوقف التأييد لذا حمل أكثر الأصحاب الوقف هنا على الحبس، بمعنى أن الوقف باق على ملك الواقف و إنما حبست على الموقوف عليه منافعه، و لذا حكموا برجوع الوقف إلى ورثة الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم.

و قد صرح أكثر من واحد بأن مرادهم بصحة الوقف هنا هو الحبس، بل جعل سيد الرياض المسألة على قولين فقط، البطلان و الصحة مع كون المراد بالصحة هو الحبس لا-الوقف، و أصرّ صاحب الجواهر أن مراد الأصحاب من الوقف هو الوقف بمعناه المعروف غايته أنه قسم من أقسام الوقف لأن بعض أقسامه مؤبده و هذا غير مؤبد، و غير المؤبد هذا بحكم الحبس لا أنه نفس الحبس، كيف و الحبس مختلف عن الوقف حقيقه، و غير المؤبد هذا هو المسمى بالوقف المنقطع الآخر، و هو الظاهر من الصحيح الثاني (الوقف بحسب ما يوقفها إن شاء الله) و هو شامل للمنقطع و المؤبد فضلا عن التصريح بكونه وقفا فحمله على الحبس على خلاف الظاهر. و المسألة على ثلاثة أقوال لا على قولين كما فعله سيد الرياض.

(١) بانقضاء المده، و فيه: ما تقدم منه في المسالك عدم جواز صحة الحبس مع إرادته الوقف من الصيغه.

(٢) انقراض الموقوف عليه، و فيه: كيف جاز الحكم بصحة الحبس مع عدم إرادته بل و إرادته الوقف من الصيغه، بل هو صحيح باعتبار أنه وقف منقطع الآخر.

(٣) تفرغ على ما لو جعله على من ينقرض غالبا و قد حكمنا بصحة الوقف بعنوان أنه وقف، لا بعنوان أنه حبس، إذ لو كان حبسا فلا إشكال في بقاءه على ملك الحابس فلا معنى للبحث في رجوعه إليه بعد انقراض الموقوف عليه.

و على كل فقد اختلفوا فيه على أقوال:

الأول: و هو قول الأكثر أنه يرجع إلى ورثة الواقف لأنهم وقفوه على من ذكر فلا يتعدى به إلى غيرهم.-



إلى الواقف، أو وارثه (١) حين انقراض الموقوف عليه كالولاء. و يحتمل إلى وارثه عند موته و يسترسل فيه إلى أن يصادف الانقراض، و يسمى هذا منقطع الآخر، و لو انقطع أوله (٢)، أو وسطه (٣)، أو طرفاه (٤) فالأقوى بطلان ما بعد القطع (٥)، فيبطل الأول (٦) و الأخير (٧) و يصح أول الآخر (٨).

-الثانى: انتقاله إلى ورثه الموقوف عليه، كما عن المفيد و ابن إدريس و قواه العلامه، لانتقال الملك إلى الموقوف عليه بالوقف قبل الانقراض، و بعده يستصحب الملك، و لأن عوده على الواقف بعد خروجه مفتقر إلى السبب و هو غير موجود هنا.

الثالث: أنه يصرف في وجوه البر، ذهب إليه ابن زهره في الغنيه و قواه العلامه فى المختلف، لخروج الملك عن الواقف فلا يعود إليه، و عدم تعلق العقد بورثه الموقوف عليه مع عدم القصد إليهم فلا ينتقل إليهم، و لا يبقى شىء أقرب إلى مقصود الواقف إلا صرفه فى وجوه البر.

(١) قال الشارح فى المسالك: (والمعتبر وارثه عند انقراض الموقوف عليه كالولاء، و يحتمل وارثه عند موته - أى موت الواقف - مسترسلا إلى أن يصادف الانقراض، و تظهر الفائده فيما لو مات الواقف عن ولدين، ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض، فعلى الأول يرجع إلى الولد الباقي خاصه، و على الثانى يشترك هو و ابن أخيه لتلقيه من أبيه كما لو كان حيا).

(٢) كالوقف على المعدوم ثم على الموجود، كما لو وقف على ابن زيد ثم على نفس زيد، و زيد لم يكن له ابن، فيبطل لأن الوقف تسليط على الملك فى الحال فيشترط أهليه الموقوف عليه لذلك، و المعدوم لا أهليه له بلا خلاف فى ذلك.

(٣) كالوقف على الموجود ثم المعدوم ثم الموجود كما لو وقف على زيد ثم ابنه، ثم أبيه، مع عدم تحقق ابن لزيد، لأن الوقف الخاص مشروط بوجود شخص خاص فى كل زمان، يكون هو الموقوف عليه فى ذلك الزمان.

(٤) كالوقف على المعدوم ثم الموجود ثم المعدوم، كما لو وقف على ابن زيد ثم زيد ثم ابن زيد مع العلم بعدم تحقق ولد لزيد مطلقا.

(٥) لاشرط أهليه الموقوف عليه للملك و المعدوم لا أهليه له.

(٦) أى منقطع الأول.

(٧) أى منقطع الطرفين.

(٨) أى قبل الانقطاع من منقطع الوسط، و سيأتى تتمه الكلام فى ذلك عند التعرض لشرائط الموقوف عليه.-

(و الإقباض) (١) و هو تسلط الواقف للقباض (٢) عليه (٣)، و رفع يده عنه له، و قد يغير الإذن فى القبض الذى اعتبره سابقا (٤) بأن يأذن فيه و لا يرفع يده عنه، (و إخراجة عن نفسه (٥) فلو وقف على نفسه بطل و إن عقبه بما يصح الوقف عليه (٦)، لأنه حينئذ منقطع الأول، و كذا لو شرط لنفسه الخيار فى نقضه متى (١) قد تقدم الكلام فى أن القبض شرط فى صحة الوقف، و تقدم أن عقد الوقف لا يوجب القبض، فلذا جاز للواقف الرجوع بعدم القبض، و من هنا يتبين أن القبض مشروط بإذن الواقف و هو المسمى بالإقباض، لأنه لا يجوز التصوف فى مال الغير إلا بإذنه.

(٢) و هو الموقوف عليه.

(٣) على الوقف.

(٤) و فيه: إن المصنف قد اعتبر القبض بالإذن لا- الإذن فى القبض، و القبض بالإذن هو عين الإقباض، نعم الإقباض يغير الإذن فى القبض باعتبار ما قاله الشارح إذ قد يأذن فى القبض و لا يرفع يده عن العين، ثم إن الشارح أراد أن يرفع تكرار القبض فى عبائر المصنف، فإذا كان المصنف قد ذكر القبض سابقا فلم ذكره هنا، و كانت إجابهته - كما عرفت - أن المصنف قد ذكر فى السابق الإذن فى القبض و هنا قد ذكر القبض بالإذن و هما متغايران، و قد عرفت عدم جدوى هذه المحاولة من الشارح، نعم سبب التكرار أن المصنف سابقا كان يتكلم فى شرائط العقد و ذكر أن العقد غير لازم بنفسه ما لم ينضم إليه القبض خلافا لبعض العامه، و هنا تكلم عن الإقباض لأنه بصدد ذكر شرائط الوقف فلا تغفل.

(٥) فلو وقف على نفسه لم يصح بلا خلاف فيه، لاقتضاء الوقف تمليك العين للموقوف عليه، و لا معنى لتمليك ملكه لنفسه بعد ثبوته له، و خالف بعض العامه بدعوى أن استحقاق الشئ وقف غير استحقاقه ملكا و هو واضح الفساد.

(٦) بحيث وقف على نفسه ثم على غيره، فهو منقطع الأول و قد عرفت بطلانه، و لكن هل يصح فى حق غيره قولان، فالمشهور على البطلان لأن اللازم من الصحة أحد أمور ثلاثه معلومه البطلان و هى: إما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه، و إما وقوع الوقف المشروط، أو عدم جريان الوقف على حسب ما أراد الواقف، ضروره أنه حال الوقف إن لم يكن موقوفا عليه فهو الأول، أو الثانى، و إن فرض أن الموقوف عليه هو البطن الثانى فهو الثالث.

و عن الشيخ فى خلافه و مبسوطه يصح، لأنه لا دليل على بطلانه كما عن الخلاف، و قد عرفت قيام الدليل على البطلان.

شاء، أو فى مده معينه (١)، نعم لو وقفه على قبيل هو منهم ابتداء، أو صار منهم شارك (٢)، أو شرط عوده إليه عند الحاجه (٣) فالمروى و المشهور اتباع شرطه، (١) فاشتراط الخيار فى الوقف من دون حاجه موجب لبطلان الوقف بلا- خلاف فيه، لمنافاه الخيار للزوم فى الوقف، لأن الزوم ينافى فسحه اختيارا، و لم يظهر الخلاف إلا من عباره التحرير و قال فى الجواهر (لم يعلم أنها له أو للشيخ، و على كل حال لا ريب فى شذوذها).

(٢) لأنه ليس وقفا على نفسه بل على الجهه المخصوصه، و لهذا لا- يعتبر قبولهم و لا- قبضهم بل ينتقل الوقف إلى الله تعالى فيجوز لكل من اتصف بهذه الصفه أن ينتفع بمنافعه، فلو فرض أن نفس الواقف كان موصوفا بها حال الوقف، أو بعده فلا مانع من الانتفاع إذ ليس فيه تملك العين لنفسه حتى يمتنع، و منه تعرف ضعف ما عن ابن إدريس من المنع لأنه قد خرج الوقف عنه فلا يعود.

(٣) الفرق بين هذا و ما تقدم من اشتراط الخيار هو لو ظهرت الحاجه لانفسخ العقد من نفسه بخلاف السابق فله الحق فى الفسخ، و أن الفسخ هنا للحاجه و هناك لاختياره و إن لم تكن حاجه فى البين.

و البحث من جهتين تاره فى صحه هذا الشرط و أخرى على تقدير الصحه هل يكون وقفا أم يصير بالشرط المذكور حسبا، أما الأول فذهب المعظم إلى الصحه لخبر إسماعيل بن الفضل (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببيع مال له فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير، و قال: إن احتجت إلى شىء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له، و قد جعله لله، يكون له فى حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقه؟ قال:

يرجع ميراثا على أهله) (١)، و ظاهره صحه الشرط فى الوقف فى حال حياته و إن أوجب عليه السلام الرجوع ميراثا بعد الموت.

و ذهب الشيخ فى أحد قوليه و ابن إدريس و المحقق فى النافع إلى البطلان، لأن الشرط على خلاف مقتضى العقد، لأن الوقف يستدعى إخراج الملك عن الواقف، و إذا خرج فلا يعود إليه أبدا، و الشرط مناف لذلك فيفسد و به يفسد العقد بعد استضعاف الخبر لاشتمال سنده على أبان، و الظاهر أنه ابن عثمان و حاله معلوم لأنه فاسد المذهب لكونه من الناووسيه.

و رد بأن الكشى فى كتابه قد نقل أن العصابه قد أجمعت على تصحيح ما يصح عن أبان

ص: ٢٢٥

و يعتبر حينئذ (١) قصور ماله عن مؤنه سنة (٢) فيعود عندها (٣) و يورث عنه لو مات و إن كان قبلها (٤)، و لو شرط أكل أهله منه صح الشرط (٥) كما فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ -و الإقرار له بالفقه، فضلا عن انجبار ضعف السند بعمل معظم الأصحاب.

و أما الثانى فعلى تقدير صحه الشرط كما هو الأقوى، و عند حدوث الحاجه يجوز له الرجوع و يصير ملكا و يبطل الوقف، و إن لم يرجع أو لم يحتج حتى مات هل يبطل الوقف لصيرورته بالشرط المذكور حسبا أم يستمر الوقف على حاله، فقد اختار المحقق و العلامة و جماعه الأول عملا بالروايه المذكوره، و لأن الوقف يقتضى التأييد و الشرط ينافيه فلا بد من حمل الخبر على الحبس و لم تخرج العين عن ملك المالك فلذا يأخذها ورثته عند موته.

و ذهب المرتضى و العلامة فى المختلف إلى الثانى، لأن صحه العقد تقتضى خروج العين عن ملكه فإذا مات و لم يرجع فكيف تأخذها الورثه، و فيه: إن الروايه حجه عليهم بعد حمل الوقف فيها على الحبس.

(١) أى حين عود الوقف إليه عند الحاجه.

(٢) تحقيقا لمعنى الحاجه بعد حملها على المعنى الشرعى، إذ الحاجه حينئذ هى الفقر الشرعى، و هو عدم تملك مؤنه السنه فعلا أو تقديرا.

(٣) أى فيعود الوقف إلى المالك عند الحاجه، و ظاهره انفساخ العقد بمجرد ظهورها.

(٤) أى كان الموت قبل الحاجه، و التورث بناء على أن الوقف حبس لا وقفا حقيقه كما تقدم.

(٥) لو وقف على غيره و اشترط قضاء ديونه و إدراج مؤننه منه مطلقا أو فى مده معينه لم يصح بلا خلاف فيه، لأن الوقف يقتضى نقل الملك و المنافع عن نفسه، فاشترط بعض المنافع لنفسه مناف لمقتضى العقد فيبطل الشرط و الوقف معا، و هذا لم يتعرض له الشارح هنا.

و لو وقف على غيره و اشترط قضاء الدين و إدراج المؤنه لأهله صح الشرط و العقد لعدم التنافى بين الشرط و مقتضى العقد، و كذا لو شرط ذلك لأضيافه أو شرط الأكل لمن يمرّ به و نحو ذلك.

ففى خبر أبى بصير المرادى (قال أبو جعفر عليه السلام: ألا أحدثك بوصيه فاطمه عليها السلام؟ قلت: بلى، فأخرج حقا أو سفظا فأخرج منه كتابا فقراه: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصت به فاطمه بنت محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أوصت بحوائطها السبعه بالعواف و الدلال و البرقه و المبيت و الحسنى و الصافيه و مال أم إبراهيم إلى على بن أبى طالب، فإن مضى على فإلى الحسن، فإن مضى الحسن فإلى الحسين، فإن مضى الحسين فإلى الأكبر من ولدى، تشهد الله على ذلك، و المقداد بن الأسود، و الزبير بن العوام، و كتب على بن -

بوقفه، وكذلك فاطمه عليها السّلام، ولا يقدح كونهم واجبي النفقه، فتسقط نفقتهم إن اكتفوا به. ولو وقف على نفسه وغيره (١) صح في نصفه على الأقوى إن اتحد، وإن تعدد فبحسبه (٢)، فلو كان جمعا (٣) كالفقراء بطل في ربه (٤)، ويحتمل -أبي طالب(١)، وخبر أحمد بن محمد عن أبي الحسن الثاني عليه السّلام قال: (سألته عن الحيّطان السبعة التي كانت ميراث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لفاطمه عليها السّلام، فقال: لا إنما كانت وقفا، وكان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يأخذ إليها منها ما ينفق على أضيافه و التابعه يلزمه فيها، فلما قبض جاء العباس فاطمه عليها السّلام فيها، فشهد علىّ عليه السّلام وغيره أنها وقف على فاطمه عليها السّلام وهي: الدلال والعواف والحسنى والصافيه ومال أم إبراهيم والمبيت والبرقه(٢)، هكذا استدل والانصاف أن الخبر الأول غير دال على المدعى لأن ظاهره أن سيده النساء صلوات الله عليها قد جعلت النظر على الموقوف لأمر المؤمنين عليه السّلام ثم للحسن إلى آخره، وأين هذا من المدعى، نعم الخبر الثاني كاف في البين.

(١) فلو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الأول، وهو باطل بالنسبة لنفسه وأما بالنسبة لغيره فقد تقدم الكلام فيه، وأما لو وقف على نفسه وغيره، وكان العطف بالواو المقتضى للتشريك بين المعطوف والمعطوف عليه فيكون قد وقف على كل منهما النصف، ويبطل الوقف في نصف المالك للمانع من عدم جواز تمليك الشيء لمالكه لأنه ثابت له فكيف يملكه ثانيا، ويصح الوقف في نصف الغير لعدم المانع.

وربما احتمل كون المجموع للغير لأن الموقوف بالنسبة إليهما هو المجموع بما هو مجموع، وإذا امتنع الوقف على أحدهما خاصة انصرف وقف المجموع إلى الآخر، وهذا الاحتمال جار بناء على كون المجموع للغير فيما لو وقف على نفسه ثم على الغير كما اختاره الشيخ على ما تقدم، فإن كان في المرتب المجموع للغير فهنا مع التشريك أولى.

وفيه: إنه وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصه فإذا بطل في أحدهما لم ينصرف الموقوف كله إلى الآخر لأنه على خلاف عقد الوقف وعلى خلاف مراد العاقد.

(٢) بحيث وقف على نفسه وعلى اثنين معه فيبطل الوقف في الثلث ويصح في الثلثين للآخرين.

(٣) أى الغير.

(٤) فحمل الجمع على أقله وهو ثلاثة فيكون للواقف الربع مع بطلان الوقف فيه، ويصح في ثلاثة أرباعه للجمع من الفقراء كما احتمله في الدروس.

ص: ٢٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

النصف (١)، و البطلان رأساً (٢).

## فى شرط الموقوف

و شرط الموقوف أن يكون عينا (٣) قلا يصح وقف المنفعه، و لا الدين، و لا المبهم، لعدم (٤) الانتفاع به مع بقاءه (٥)، و عدم (٦) وجوده خارجاً، و المقبوض و المعين بعده (٧) غيره (٨)، (مملوكه) (٩) إن أريد بالمملوكيه صلاحيتها له (١٠) بالنظر إلى الواقف ليحترز عن وقف نحو الخمر و الخنزير من المسلم فهو (١١) شرط الصحه (١٢)، و إن (١) لمقتضى التشريك بالواو بين المعطوف و المعطوف عليه فيكون لكل منها النصف، نصف للواقف و نصف للفقراء المحمول على أقل الجمع و هذا ما جزم به صاحب الجواهر.

(٢) احتمله الشهيد، فى الدروس فيما لو وقف على نفسه و الفقراء المحمول على أقل الجمع، و وجه البطلان لأن الوقف صحيح فى جزء غير معلوم و باطل فى جزء غير معلوم فلا بد أن يبطل فى المجموع لجهاله الصحيح منه.

(٣) بلا- خلاف فيه لأن الوقف تحبب الأصل و تسبيل المنفعه و هذا لا يتحقق إلا فى الأعيان، فلذا لا يصح وقف المنفعه و لا الدين و لا الكلى كما لو قال وقفت فرسا أو داراً و لم يعين.

أما المنفعه فوقها مناف للغايه المطلوبه من الوقف من الانتفاع مع بقاء عينه، مع أن الانتفاع بالمنفعه يوجب استهلاكها شيئاً فشيئاً و أما الدين فلأن تحبب الأصل و تسبيل المنفعه الذى هو الوقف يستدعى أمراً خارجياً يحكم عليه بالتحبب، و الدين أمر كلى فى الذمه لا وجود له فى الخارج، فوقفه قبل التعيين كوقف المعدوم. و أما الكلى فيعرف حكمه من الدين.

(٤) تعليل لعدم جواز وقف المنفعه.

(٥) أى لعدم الانتفاع بالوقف مع بقاءه، و لو أنث الضمير ليرجع إلى المنفعه لكان أولى.

(٦) تعليل لعدم جواز وقف الدين و المبهم.

(٧) أى بعد القبض و التعيين.

(٨) أى غير الدين و المبهم.

(٩) إما احترازاً عما لا يملك كالخنزير فإنه لا يملكه المسلم، فلا يصح وقفه لأنه غير داخل تحت يد المسلم حتى يتصرف به وقفاً و تحبباً و هذا مما لا خلاف فيه.

و إما احترازاً عما يملكه الغير فإنه لا يصح وقفه مع عدم إجازة مالكه لأن الوقف يستدعى كون الموقوف مملوكاً للواقف حتى يحبس أصله و يسبب منفعته بلا خلاف فيه.

(١٠) للملك.

(١١) أى شرط المملوكية.

(١٢) لوضوح أن وقف ما لا يملك يقع باطلا.

ص: ٢٢٨

أريد به (١) الملك الفعلى ليحترز به عن وقف ما لا يملك و إن صلح له (٢) فهو شرط اللزوم (٣). و الأولى أن يراد به الأعم (٤) و إن ذكر بعض تفصيله بعد،(ينتفع بها مع بقائها (٥)، فلا- يصح وقف ما لا- ينتفع به إلا مع ذهاب عينه كالخبز و الطعام و الفاكهه، و لا يعتبر فى الانتفاع به كونه فى الحال (٦)، بل يكفى المتوقع كالعبد و الجحش الصغيرين، و الزمن الذى يرجى زوال زمانته، و هل يعتبر طول زمان المنفعه (٧)، إطلاق العبارة و الأكثر يقتضى عدمه (٨)، فيصح وقف ريحان يسرع (١) بلفظ (المملوكه).

(٢) أى و إن صلح للوقف.

(٣) أى يقع صحيحا و لكنه متوقف على إجازة المالك، و عن الكركى و ابن البراج عدم الصحة، لا لأن العقد الفضولى على خلاف القواعد و الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ما ورد من جوازه فى الأخبار و هذا ليس منها، بل لأن الوقف مشروط بنيه التقرب فلا يقوم الغير مقام المالك فيها، و نيتها حين الإجازة غير نافعه، لأن المقارنه مشروطه بين الصيغه و النيه فما وقع من الغير حال الصيغه فلا يقوم مقام المالك فيها، و ما يقع منها حين الإجازة من المالك فلا ينفع لعدم التقارن بينها و بين الصيغه.

(٤) من شرط الصحة و اللزوم و إن ذكر المصنف فيما بعد بعض التفصيل المتفرع على شرط اللزوم هنا.

(٥) لأن الوقف تحييس الأصل و تسهيل المنفعه و هذا يقتضى بقاء العين مع الانتفاع بمنافعها، فلذا يصح وقف العقار و الثياب و الأثاث، و لا يصح وقف ما لا ينتفع به إلا بذهاب عينه كالخبز و الطعام و الفاكهه بلا خلاف فى ذلك كله.

(٦) أى كونه ذا منفعه فى الحال، لأنه لا يعتبر فعليه النفع فى الموقوف، بل يكفى تأهله لذلك فلذا يصح وقف الجحش و الفلو و العبد الصغير بلا خلاف فى ذلك لإطلاق دليل اعتبار الوقف كالنبوى (حبس الأصل و سبب الثمره) (١).

(٧) فى الموقوف فظاهر إطلاق دليل اعتبار الوقف العدم فلذا يصح وقف ريحانه يسرع فسادها، و نسب إلى الأكثر، و عن جماعه منهم العلامه فى التحرير و التذكرة العدم لانصراف دليل اعتبار الوقف عما لا يطول زمان منفعته، و للمنافاه للتأييد المراد من الوقف، و فيه: أما الانصراف فهو على مدعيه كما فى الجواهر، و أما التأيد فالمراد منه عمر العين الموقوفه، لا الأبد الزمانى و إلا لما صح وقف على الإطلاق.

(٨) عدم اعتبار طول زمان المنفعه.

ص: ٢٢٩



فساده، و يحتمل اعتباره لقله المنفعه، و منافاتها (١) للتأييد المطلوب من الوقف، و توقف فى الدروس، و لو كان (٢) مزروعا صح (٣)، و كذا ما يطول نفعه كمسك و عنبر.

(و يمكن إقباضها) (٤) فلا- يصح وقف الطير فى الهواء، و لا- السمك فى ماء لا يمكن قبضه عادة، و لا الآبق، و المغصوب، و نحوها. و لو وقفه على من يمكنه قبضه فالظاهر الصحة، لأن الإقباض المعتبر من المالك هو الإذن فى قبضه، و تسليطه عليه، و المعتبر من الموقوف عليه تسلمه (٥) و هو ممكن، (و لو وقف ما لا- يملكه وقف على إجازة المالك (٦) كغيره من العقود. لأنه عقد صدر من صحيح العبارة قابل للنقل و قد أجاز المالك فيصح. و يحتمل عدمها (٧) هنا و إن قيل به فى غيره لأن عبارة الفضولى لا أثر لها (٨)، و تأثير الإجازة غير معلوم، لأن الوقف (١) منافاه القله.

(٢) أى الريحان.

(٣) لطول نفعه ما دام مزروعا.

(٤) لأن القبض شرط فى صحة الوقف، فالذى لا يمكن قبضه و لا إقباضه يبطل فيه الوقف بلا خلاف فيه، كالآبق و الجمل الشارد الذى يتعذر تسليمه، أما لو أمكن تسليمه فيما بعد فلا، و كذا لا يصح الوقف للطير فى السماء و السمك فى الماء اللذين لا يمكن قبضهما عادة.

(٥) لأن القبض غير فورى.

(٦) قد تقدم الكلام فيه.

(٧) عدم الصحة.

(٨) اعلم أن الاستدلال على عدم الصحة بدليلين:

الأول: إن عبارة الفضولى لا أثر لها باعتبار عدم صدورها من أهله، و إجازة المالك فيما بعد لا تجعل لها أثرا، لأن الواقع لا يتغير عما وقع عليه، نعم ورد النص - كما سيأتى - أن الإجازة مؤثره فى العقد الفضولى فى البيع و النكاح - ففى غيرهما - يستصحب بقاء ملك المالك إلى أن يثبت المزيل.

الثانى: أنه يشترط فى عقد الوقف التقرب، و تقرب الفضولى لا يقوم مقام المالك و حين العقد، و تقرب المالك حين الإجازة لا ينفع لعدم التقارن بينه و بين الصيغه، و الشارح اكتفى بالأول، و فى آخر كلامه اعتمد على الثانى.

فك ملك في كثير من موارد (١)، ولا أثر لعباره الغير فيه، و توقف المصنف في الدروس، لأنه نسب عدم الصحه إلى قول و لم يفت بشيء، و كذا في التذكرة.

و ذهب جماعه إلى المنع هنا، و لو اعتبرنا فيه التقرب قوى المنع، لعدم صحه التقرب بملك الغير.

(و وقف المشاع جائز كالمقسوم (٢)، لحصول الغايه المطلوبه من الوقف و هو تحييس الأصل و إطلاق الثمره به، و قبضه كقبض المبيع في توقفه على إذن المالك و الشريك عند المصنف مطلقا (٣)، و الأقوى أن ذلك في المنقول، و غيره لا يتوقف على إذن الشريك، لعدم استلزام التخليه التصرف في ملك الغير (٤).

### في شرط الواقف

(و شرط الواقف الكمال) بالبلوغ و العقل (٥) و الاختيار (٦) و رفع الحجر (٧)، (١) كالوقف على الجهات العامه التي ينتقل الوقف فيها إلى الله تعالى، و أما الوقف الخاص فإنه تمليك الموقوف عليه المنفعه مع تحييس الأصل عليه و لذا اشترط فيه القبول.

(٢) يصح وقف المشاع بلا- خلاف فيه بيننا - كما في الجواهر - لإطلاق دليل اعتبار الوقف، و خالف الشيباني من العامه لعدم إمكان قبضه، و هو ضعيف، لأن قبضه هنا كقبضه في البيع، و عليه فقبطه متوقف على إذن الشريك إن كان منقولاً، و قبضه متوقف على التخليه فقط إن لم يكن كذلك، و سيأتي في باب البيع تحقيق معنى القبض للمنقول و غيره.

(٣) منقولاً أو لا.

(٤) بعد كون قبض غير المنقول بالتخليه فقط.

(٥) لسلب عباره الصبي و المجنون، كما تقدم في أكثر من مورد دليله، مع أنه سيأتي مفصلاً في البيع و غيره، نعم وقع الخلاف في وقف من بلغ عشرة مميزاً فمقتضى الأصل عدم الجواز و هذا ما ذهب إليه المشهور، و عن المفيد في المقنعه و الشيخ في النهايه و ابن البراج في المهذب البارع جواز وقفه، بل نسبه في جامع المقاصد إلى المشهور لخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق فهو جائز) (١)، و قد رميت بالشذوذ كما في المالك.

(٦) لسلب عباره المكره.

(٧) لأن المحجور عليه لسفه أو فلس لا يجوز له التصرف المالي كما سيأتي في باب الحجر.

ص: ٢٣١

(و يجوز أن يجعل النظر) على الموقوف (لنفسه (١)، و لغيره) فى متن الصيغه (فإن أطلق) (٢) و لم يشترطه لأحد (فالنظر فى الوقف العام إلى الحاكم) الشرعى، (و فى غيره) و هو الوقف على معين (إلى الموقوف عليهم)، و الواقف مع الإطلاق كالأجنبى (٣).

و يشترط فى المشروط له النظر العداله (٤)، و الاهتداء إلى التصرف (٥) و لو عرض له الفسق (٦) انعزل، فإن عاد (٧) عادت (٨) إن كان مشروطا من الواقف، (١) قال الشارح فى المسالك: (الأصل فى حق النظر أن يكون للواقف لأنه أصل، و أحق من يقوم بامضائه و صرفه فى أهله، فإذا وقف فلا يخلو إما أن يشترط فى عقد الوقف النظر لنفسه أو لغيره أو لهما أو لا يشترط، فإن شرط لنفسه صح و لزم، و إن شرط لغيره صح بحسب ما عينه عملا بمقتضى الشرط المشروع، و قد شرطت فاطمه عليها السلام (١) النظر فى حوائطها السبعه التى وقفها لأمر المؤمنين عليه السلام ثم الحسن ثم الحسين ثم الأكبر من ولدها، و شرط الكاظم عليه السلام النظر فى الأرض التى وقفها للرضا عليهما آلاف التحية و الثناء و أخيه إبراهيم، فإن انقرض أحدهما دخل القاسم مع الباقي إلى آخره، و هذا كله مما لا خلاف فيه) انتهى، و عن ابن إدريس منع جواز اشتراط الواقف النظر لنفسه و هو ضعيف.

(٢) فبينى الحكم تبعا لانتقال الملك بالوقف، فإن انتقل إلى الموقوف عليه كما فى الوقف الخاص فالنظر إليه، و إن انتقل إلى الله كما فى الوقف على المساجد أو انتقل إلى جنس الموقوف عليه كالوقف على جنس الفقراء و المساكين فالنظر للحاكم الشرعى.

(٣) لخروج العين عن ملكه بالوقف.

(٤) إن كان النظر إلى الواقف فالنظر إليه سواء كان عادلا أم فاسقا، لأنه نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه فيتبع شرطه، و إن كان النظر إلى غيره بشرطه اشترطت عدالته كما هو مذهب الأصحاب على ما فى الكفايه، و دعوى الاتفاق عليه كما فى الرياض، و لكن نسب العدم إلى التحرير و مال إليه صاحب الجواهر و جماعه لعدم الدليل على الاشتراط. نعم يشترط أمانته إذا كان ناظرا على الجهات العامه ليطمئن إلى عدم خيانتة فى أموال الغير.

(٥) و هو كيفية إداره الوقف.

(٦) بناء على اشتراط العداله فى الناظر المشروط من قبل الواقف.

(٧) أى عاد عدله.

(٨) نظارته، تمسكا بإطلاق اشتراطه.

ص: ٢٣٢

و لا يجب على المشروط له القبول، و لو قبل لم يجب عليه الاستمرار، لأنه فى معنى التوكيل (١)، و حيث يبطل النظر يصير كما لو لم يشترط (٢). و وظيفه الناظر (٣) مع الإطلاق العماره و الإجاره، و تحصيل الغله، و قسمتها على مستحقها، و لو فوّض إليه بعضها (٤) لم يتعدّه، و لو جعله (٥) لاثنين و أطلق لم يستقل أحدهما بالتصرف (٦)، و ليس للواقف عزل المشروط فى العقد (٧)، و له (٨) عزل المنصوب من قبله (٩) لو شرط النظر لنفسه فولاه، لأنه و كيل (١٠)، و لو آجر الناظر مده فزادت الأجره فى المده، أو ظهر طالب بالزيادة لم يفسخ العقد، لأنه جرى بالغبطه فى وقته (١١) إلا أن يكون فى زمن خياره فيتعين عليه الفسخ. ثم إن شرط له شىء عوضاً عن عمله لزم (١٢)، و ليس له غيره (١٣)، و إلا فله أجره المثل عن عمله مع قصده الأجره به (١٤).

(١) فلا يجب فيه الاستمرار، و سبقه إلى ذلك الشهيد فى الدروس، نعم استدل عليه فى المسالك (لأنه غير واجب فى الأصل فيستصحب).

(٢) فيتولاه الحاكم أو الموقوف عليه، فإن كان الوقف عاماً فالأول و إلا فالثانى.

(٣) فمع التقييد فبحسب الشرط، و مع الإطلاق فما يتعارف فى ذلك من العماره و الإجاره و تحصيل الغله و قسمتها على مستحقها و حفظ الأصل و نحو ذلك مما لا يجوز لغيره بعد فرض كون النظر على الوقف منصرفاً إلى ذلك عرفاً.

(٤) بعض هذه الأعمال فلا يتعداه عملاً بالشرط.

(٥) أى النظر.

(٦) لأن ظاهر الإطلاق الاجتماع على التصرف لأنه المتيقن، و كذا لو نصّ على الاجتماع، أما لو نص على الانفراد استقلّ كلّ منهما بالتصرف عملاً بالشرط.

(٧) لأنه بعد العقد يصير أجنبياً عن الوقف، فضلاً عن لزوم الشرط.

(٨) للواقف.

(٩) من قبل الواقف.

(١٠) و الوكاله غير لازمه.

(١١) فهو صحيح و لازم للزوم عقد الإجاره.

(١٢) أى الشرط.

(١٣) و إن كان أقل من أجره المثل.

(١٤) أى مع قصد الناظر الأجره بعمله، و لم يكن عمله بداعى التبرع.



## فى شرط الموقوف عليه

(و شرط الموقوف عليه وجوده (١)، و صحه تملكه، و إباحه الوقف عليه فلا يصح)، الوقف (على المعدوم ابتداء) بأن يبدأ به، و يجعله من الطبقة الأولى، فيوقف على من يتجدد من ولد شخص ثم عليه مثلا- (٢)، (و يصح تبعا) بأن يوقف عليه و على من يتجدد من ولده (٣)، و إنما يصح تبعيه المعدوم الممكن وجوده عادة كالولد أما ما لا يمكن وجوده كذلك (٤) كالميت لم يصح مطلقا (٥)، فإن ابتداء به بطل الوقف، و إن أخره كان منقطع الآخر أو الوسط (٦)، و إن ضمه إلى موجود بطل فيما يخصه خاصة على الأقوى (٧)، (و لا على) من لا يصح تملكه شرعا مثل (١) شروط الموقوف عليه أربعة: وجوده و أن يصح تملكه و أن يكون معيناً و أن لا يكون الوقف عليه محرماً، و هذه الشروط الأربعة مما لا خلاف فيها، بعد اقتضاء عقد الوقف وجود الموقوف عليه حتى يتحقق منه القبول، و بعد اقتضائه أهليه الموقوف عليه للتملك كالحر حتى يملك الوقف، و العقد مقتضى لتعين الموقوف عليه حتى يتحقق النقل و انتقال و إلا فلا يصح النقل إلى المجهول، و العقد مشروط بالقربه كما تقدم فلذا لا يصح الوقف على من يكون الوقف عليه محرماً.

فلذا لا- يصح الوقف على المعدوم تفریعا على الأول، و لا- على المملوك و لا- الحمل تفریعا على الثانى، و لا على المجهول تفریعا على الثالث، و لا- على الحربى و لو كان رحماً و لا- على الكنائس و البيع و لا على معونه الزناه و قطاع الطرق و شاربى الخمر و لا على كتب الضلال كالتوراه و الإنجيل الرائجين.

(٢) فهو منقطع الأول.

(٣) فإنه يصح بلا- خلاف فيه، بحيث يمكن وجوده عادة و يكون قابلاً- للتملك عند وجوده، أما لو جعل التابع من لا يمكن وجوده كالميت أو لا يقبل الملك كالمملوك، أو لم يوجد كما لو وقف على الولد ثم ولد الولد و كان الولد عقيماً فهو منقطع الآخر، و لو جعلهم وسطاً فهو منقطع الوسط.

(٤) أى عادة.

(٥) لا ابتداء و لا تبعا.

(٦) و قد تقدم الكلام فى منقطع الأول و الأخير و الوسط.

(٧) لأن مقتضى وقف المجموع على المجموع يقتضى التوزيع فيبطل بما يخص المعدوم مثلاً و يصح بالنسبة لغيره، و يحتمل البطلان فى الجميع كما هو مختار الشيخ فى ما لو وقف على نفسه و غيره بالتشريك و قد تقدم الكلام فيه.

(العبد) و إن تشبث بالحريه كأم الولد،(و جبريل) و غيره من الملائكه و الجن و البهائم، و لا يكون وقفا على سيد العبد و مالك الدابه عندنا (١)، و ينبغى أن يستثنى من ذلك (٢) العبد (٣) المعدّ لخدمه الكعبه و المشهد و المسجد و نحوها من المصالح العامه، و الدابه المعدّه لنحو ذلك أيضا لأنه كالوقف على تلك المصلحه.

### فى الوقف على المساجد و القناطر

و لما كان اشتراط أهليه الموقوف عليه للملك يوهم عدم صحته على ما لا يصح تملكه من المصالح العامه كالمسجد و المشهد و القنطره، نبه على صحته و بيان وجهه بقوله (و الوقف على المساجد و القناطر (٤) فى الحقيقه) وقف (على المسلمين) و إن جعل متعلقه بحسب اللفظ غيرهم (٥)، إذ هو مصروف إلى مصالحهم (٦)، و إنما أفاد تخصيصه بذلك (٧) تخصيصه ببعض مصالح المسلمين و ذلك لا ينافى الصحه (٨)، و لا- يرد أن ذلك (٩) يستلزم جواز الوقف على البيع و الكنائس، كما يجوز الوقف على أهل الذمه (١٠). لأن الوقف على كنائسهم و شبهها وقف على مصالحهم، للفرق. فإن (١) قال فى المسالك: (و لا ينصرف الوقف إلى مولاة على خلاف بعض العامه حيث جوّز الوقف عليه و جعله مصروفا إلى مولاة)، و ذلك لأن المولى غير مقصود من الوقف فكيف يصير إليه.

(٢) أى مما لا يصح تملكه شرعا.

(٣) أى الوقف على العبد.

(٤) و غير ذلك من المصالح الراجعه إلى كل الناس أو المسلمين.

(٥) مما لا يكون قابلا للتملك.

(٦) و كذا الوقف على أكفان الموتى و مثونه حفر قبورهم.

(٧) أى: المساجد و القناطر.

(٨) لأن المقصود من ذكر بعض المصالح هو المسلمون لا ما ذكر.

(٩) أى الوقف على المساجد و القناطر بما هى مصالح للمسلمين.

(١٠) قد عرفت اشتراط القربه فى الوقف و لذا لا يجوز الوقف على الكافر الحربى، و أما على الذمى فقد اختلفوا فى ذلك فعن سائر و ابن البراج المنع لقوله تعالى: (لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ) (١) الآية، و الوقف نوع مواده فيكون منها عنه و لا يصح التقرب بالمنهى عنه.

ص: ٢٣٥

الوقف على المساجد مصلحه للمسلمين، و هي مع ذلك طاعه و قربه، فهي جهه من جهات المصالح المأذون فيها، بخلاف الكنائس، فإن الوقف عليها وقف على جهه خاصه من مصالح أهل الذمه لكنها معصيه، لأنها إعانه لهم على الاجتماع إليها للعبادات المحرمه، و الكفر، بخلاف الوقف عليهم (١) أنفسهم. لعدم استنزامه المعصيه بذاته، إذ نفعهم (٢) من حيث الحاجه، و أنهم عباد الله، و من جمله بنى آدم المكرمين، و من تجوز أن يتولد منهم المسلمون لا معصيه فيه. و ما يترتب عليه من -و عن المشهور الجواز لقوله تعالى: (لَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ) (١).

و ذهب الشيخان و أبو الصلاح و ابن حمزه إلى الجواز إذا كان الذمي رحماً قريباً للمرسل (إن صفته و قفت على أخ لها يهودى فأقرها النبي صلى الله عليه و آله و سلم) (٢)، و المرسل فى المراسم لسائر (و قد روى أنه إذا كان الكافر أحد أبوى الواقف أو من ذوى رحمه، كان جائزاً) (٣).

و عن ابن إدريس الجواز على ما لو كان أحد الأبوين فقط و الأقرب بالجواز خصوصاً للمرسلين المتقدمين مع عموم أو إطلاق اعتبار الوقف و إمكان التقرب إلى الله بالوقف على الذمي بما هو عبد لله جلّ و علا و محتاج إليه، و يرشد إليه جواز الصدقه عليه كما سيأتى.

ثم على تقدير جواز الموقف على الذمي، مع ما تقدم من جواز الوقف على المساجد باعتبار أنه وقف على المسلمين فيحتمل كون الوقف على الكنائس و البيع جائزاً إذا كانت لأهل الذمه بناء على أن الوقف عليها وقف على أهل الذمه.

و لكنه احتمال مردود للفرق بين الجهتين فالوقف على المساجد وقف على المسلمين فى جهه خاصه و هي طاعه و قربه، و أما الوقف على الكنائس و البيع فإنه وقف على أهل الذمه فى جهه خاصه و هي معصيه، لأنها محل إقامة شعائر الكفر الذى هو أبغض شىء إلى الله، و هذا بخلاف الوقف على أهل الذمه بما هم عباد الله و من جمله بنى آدم المكرمين، فليس الوقف عليهم بما هم كفره فإنه لا يجوز، بل قد تقدم عدم جواز الوقف على الزناه و شاربى الخمر و فسقه المسلمين بما هم موصوفون بهذه الحثيه.

(١) على أهل الذمه بما هم عباد الله سبحانه و تعالى.

(٢) مبتدأ لقوله: (لا معصيه فيه).

ص: ٢٣٦

١- (١) سورة الممتحنه، آيه: ٨.

٢- (٢) المغنى لابن قدامه ج ٤ ص ٢٢٢.

٣- (٣) المراسم ١٩٨ الطبعه الأولى ١٩٨٠ م - ١٤٠٠ هـ.



إعانتهم به على المحرم كسرب الخمر. و أكل لحم الخنزير و الذهاب إلى تلك الجهات المحرمه ليس مقصودا للواقف، حتى لو فرض قصده له (١) حكمننا ببطلانه، و مثله الوقف عليهم لكونهم كفارا، كما لا يصح الوقف على فسقه المسلمين من حيث هم فسقه (و لا على الزناه و العصاه) من حيث هم كذلك، لأنه إعانه على الإثم و العدوان فيكون معصيه. أما لو وقف على شخص متصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناط الوقف صح، سواء أطلق أم قصد جهة محلله.

## في المسلمين

(و المسلمون من صلّى إلى القبلة) أى اعتقد الصلاه إليها و إن لم يصلّ (٢)، لا مستحلا، و قيل: يشترط الصلاه بالفعل، و قيل: يختص بالمؤمن و هما ضعيفان، (إلا الخوارج و الغلاه) فلا يدخلون فى مفهوم المسلمين و إن صلوا إليها للحكم بكفرهم، و لا وجه لتخصيصه بهما (٣)، بل كل من أنكر ما علم من الدين ضروره كذلك (٤) عنده، و النواصب كالخوارج فلا بد من استثنائهم أيضا.

و أما المجتئمه فقطع المصنف بكفرهم فى باب الطهاره من الدروس و غيرها، و فى هذا الباب منها (٥) نسب خروج المشتبّه منهم إلى القيل، مشعرا بتوقفه فيه، و الأقوى خروجه (٦)، إلا أن يكون الواقف من إحدى الفرق فيدخل فيه مطلقا (٧)، (١) أى قصد الواقف لما ذكر من الجهات المحرمه.

(٢) كما عليه المشهور، و عن المفيد اشتراط الصلاه بالفعل، و عن ابن إدريس أن المسلم المحق - أى الشيعى الاثنى عشرى - إذا وقف فينصرف إلى المسلمين المحققين لشاهد الحال، و لذا قال عنه الشارح أنه يختص بالمؤمن أى المعتقد بإمامه الاثنى عشر عليهم السلام.

و الأقوى هو الأول لأن المسلم هو الذى اعتقد بالشهادتين و اعترف من الدين بما هو ضروره منه، و من أهم ضرورياته الصلاه فلذا عبر المشهور عنه بأنه من اعتقد وجوب الصلاه إلى الكعبه و إن لم يصل فعلا، نعم لا بد من خروج من حكم بكفره كالخوارج و الغلاه لعدم كونه مسلما، ثم لا فرق فيه بين الذكور و الإناث و بين من هو مسلم بالأصاله كالبالغ و بالتبعيه كالصبيان و المجانين.

(٣) أى تخصيص المسلم بالخوارج و الغلاه.

(٤) أى ليس بمسلم كذلك.

(٥) من الدروس.

(٦) يجب تقييده بما إذا كان ملتفتا إلى اللوازم الفاسده المترتبه على التجسيم.

(٧) أى فيدخل فى الإسلام من أى فرقه كان، إذا كانت الفرقة من فرق الإسلام المشهوره و المعروفه.

نظرا إلى قصده (١)، و يدخل الإناث تبعا (٢)، و كذا من بحكمهم كالأطفال و المجانين، و لدلاله العرف عليه (٣).

## فى الوقف على الشيعة و الهاشميه

(و الشيعة من شايح عليا عليه السّلام) أى اتبعه (و قدمه) على غيره فى الإمامه و إن لم يوافق على إمامه باقى الأئمه بعده، فيدخل فيهم الإماميه، و الجاروديه من الزيديه، و الإسماعيليه غير الملاحده منهم، و الواقفيه، و الفطحيه، و غيرهم (٤)، و ربما قيل بأن ذلك مخصوص بما إذا كان الواقف من غيرهم، أما لو كان منهم صرف إلى أهل نحلته خاصه، نظرا إلى شاهد حاله، و فحوى قوله، و هو حسن مع وجود القرينه، و إلا فحمل اللفظ على عمومه أجود.

(و الإماميه (٥): الاثنا عشرية) أى القائلون بإمامه الاثنى عشر المعتقدون لها، و زاد فى الدروس اعتقاد عصمتهم عليه السّلام أيضا، لأنه لازم المذهب، و لا يشترط هنا (٦) (١) و قد عرفت تقييده بما إذا لم يلتفت إلى لوازمه الفاسده.

(٢) و فيه: أن دخول الإناث بالأصالة لا بالتبعيه، لأن المسلم كاسم جنس يشمل الذكر و الأئثى، نعم دخول الصبيان و المجانين بالتبعيه.

(٣) على الدخول، و هو دليل ثان على شمول المسلم للأئثى و الصبى و المجنون.

(٤) كما هو المشهور تمسكا بعموم اللفظ، و عن ابن إدريس ذلك إذا كان الواقف من غيرهم، أما لو كان منهم صرف إلى أهل فرقته فقط تمسكا بشاهد الحال و فحوى القول، و نفى عنه البأس فى التذكرة، و هو متجه عند قيام القرينه على ذلك و إلا فالعموم هو الحاك.

وقيل: إنه لو وقف على الشيعة انصرف إلى خصوص الإماميه، و حكاه الشارح فى المسالك عن البعض، و جزم به سيد الرياض و غيره من المتأخرين تبعا لما هو السائد فى عرفنا حيث لا يتبادر من لفظ الشيعة إلا خصوص الإماميه و هو الأقوى.

(٥) أى لو وقف على الإماميه كان للاثنى عشرية، و هم القائلون بإمامتهم و المعتقدون بها، و عن الشهيد فى الدروس و الاعتقاد و بعصمتهم أيضا، و فيه: إن مفهوم الإماميه لا مدخل للعمل فيه.

(٦) لأنه لو وقف على المؤمنين فهو للاثنى عشرية إن كان الواقف منهم كما هو المشهور، و عن الشيخ فى النهايه أنه للاثنى عشرية إذا اجتنبوا الكبائر حملا- للمؤمن على العادل فى قبال الفاسق، و فى الدروس اشترط مع الاعتقاد المذكور الاعتقاد بعصمتهم لأنه لازم المذهب، و فيه: إنه يلزمه اشتراط الاعتقاد بأفضليتهم على غيرهم و غيره من معتقدات الإماميه المتفق عليها فإنها لازمه للمذهب. و الأول هو أولى لأن الإيمان يطلق على معينين:-

اجتناب الكبائر اتفاقا و إن قيل به في المؤمنين (١)، وربما أوهم كلامه في الدروس ورود الخلاف هنا أيضا (٢)، و ليس كذلك. و دليل القائل يرشد إلى اختصاص الخلاف بالمؤمنين،(و الهاشميه من ولده هاشم بأبيه (٣) أى اتصل إليه بالأب و إن علا، دون الأم على الأقرب،(و كذا كل قبيله) كالعلويه، و الحسينيه، يدخل فيها من اتصل بالمنسوب إليه (٤) بالأب دون الأم، و يستوى فيه الذكور و الإناث،(و إطلاق الوقف) على متعدد (يقتضى التسويه) بين أفراده (٥) و إن اختلفوا بالذكوريه و الأنثويه، لاستواء الإطلاق و الاستحقاق بالنسبه إلى الجميع،(و لو فضل) بعضهم على بعض (لزم) (٦) بحسب ما عيّن، عملا بمقتضى الشرط.

-الأول: الإسلام مع اعتقاد إمامه الاثنى عشر عليهم السلام.

الثاني: الإسلام مع الاعتقاد المذكور مع العمل الصالح بمعنى كون العمل جزءا من الإيمان، لأن الإيمان اعتقاد بالجنان و قول باللسان و عمل بالأركان، و لا ريب أن المؤمن يحمل على الأول لأن إرادته الثاني منه بحاجة إلى قرينه هذا كله بالنظر إلى اللغه، و أما بالنظر إلى العرف فلفظ المؤمن في عرفنا ظاهر في خصوص العادل في قبال الفاسق.

(١) لاحتمال أن المؤمن يطلق على العادل بخلاف الإمامي فلا مورد لهذا الاحتمال أبدا.

(٢) أى فى الإمامي، حيث قال فى الدروس (و المؤمنون و الإماميه واحد، و هم القائلون بإمامه الاثنى عشر و عصمتهم عليهم السلام و المعتقدون لها، و قيل: يشترط اجتناب الكبائر، و هو مبنى على أن العمل ثلث الإيمان كما هو مأثور) انتهى.

فظاهر كلامه إن الخلاف فى اجتناب الكبائر جار فى المؤمن و الإمامي، مع أن الخلاف مختص بالمؤمن فقط كما عرفت، و أيضا دليل المخالف و هو أن العمل ثلث الإيمان ظاهر فى كون الخلاف مختصا بالمؤمن دون الإمامي.

(٣) الهاشمي من انتسب إلى هاشم بلا خلاف فيه، و يشترك فيه الذكور و الإناث، و لكن الخلاف فى أنه مختص بالمنتسب إليه بالأب كما عليه المشهور نظرا إلى العرف، أو يعم المنتسب إليه بالأم كما ذهب إليه السيد المرتضى نظرا إلى أن ولد البنت ولد، و فيه: إن الاستعمال أعم من الحقيقة و المجاز.

(٤) إلى على عليه السلام فى العلويه، و إلى الحسين عليه السلام فى الحسينيه و هكذا.

(٥) للعدل، و قاعده للأثنى نصف حصه الذكر إنما هى مختصه بالإرث لورود دليل خاص.

(٦) عملا بالشرط.

(و هنا مسائل):

### الأولى نفقه العبد الموقوف و الحيوان على الموقوف عليهم

الأولى. (نفقه العبد الموقوف و الحيوان) الموقوف (على الموقوف عليهم) (١) إن كانوا معينين، لانتقال الملك إليهم و هي تابعه له، و لو كان على غير معينين ففي كسبه (٢) مقدمه على الموقوف عليه، فإن قصر الكسب ففي بيت المال إن كان، و إلا وجب كفايه على المكلفين كغيره من المحتاجين إليها، و لو مات العبد فمئونه تجهيزه كنفقته (٣)، و لو كان الموقوف عقارا فنفقته حيث شرط الواقف، فإن انتفى الشرط ففي غلته فإن قصرت لم يجب الإكمال، و لو عدمت لم تجب عمارته بخلاف الحيوان لوجوب صيانته روحه (٤)، (و لو عمى العبد، أو جذم) أو أقعد (انعتق) (٥) (١) قد عرفت أن الوقف تاره على أشخاص معينين فهو ملك لهم و أخرى على جهه عامه كالوقف على الفقراء و المساجد و القناطر، و عرفت أنه الوقف حينئذ ملك لله تعالى.

و على الأول فلو كان الوقف بحاجه إلى نفقه كالمملوك و الحيوان ففيه قولان:

الأول: أن النفقه في كسبه و هو قول الشيخ في المبسوط، لأن الفرض من الوقف انتفاع الموقوف عليه، و هذا لا يتم إلا ببقاء عينه، و عينه لا تبقى إلا بالنفقة، فهي شرط في كسبه، كعماره العقار المأخوذه من غلته و الباقي للموقوف عليه فكذلك هنا، و لم يتعرض الشيخ لحكم غير الكاسب.

الثاني: النفقه على الموقوف عليهم كما هو مختار المحقق و العلامة و جماعه، لأن النفقه تابعه للملك و بحسب الفرض أن الوقف ملك للموقوف عليه فنفقته عليه، و قياس العبد و الحيوان على العقار ليس في محله، لأن عماره العقار من نفقته و لو قصرت فلا- تجب عمارته بخلاف المملوك و الحيوان لوجوب صيانته روحهما و على الثاني إذا كان الوقف ملكا لله تعالى قيل: إنها في كسبه إن كان ذا كسب و إلا ففي بيت المال، و مع عدمه وجبت كفايه على المكلفين، كغيرها من نفقات المحتاجين، و يحتمل كونها في بيت المال مطلقا كما في المسالك.

(٢) أي فهي في كسبه.

(٣) أي مئونه تجهيزه حال الموت كمئونه نفقته في حياته.

(٤) ردا على الشيخ كما تقدم.

(٥) هذه الأسباب توجب اعتاقه قهرا كما سيأتي في باب العتق، و لو كان موقوفا لترجيح أدله هذه الأسباب على أدله أن الوقف لا يباع و لا يوجب و لا يورث و لا يتبدل، بلا خلاف في ذلك.

كما لو لم يكن موقوفاً، (بطل الوقف) بالعتق، (و سقطت النفقه) من حيث الملك (١)، لأنها كانت تابعه له فإذا زال زالت.

## الثانيه. لو وقف فى سبيل الله

الثانيه. (لو وقف فى سبيل الله انصرف إلى كل قربه) (٢)، لأن المراد من السبيل الطريق إلى الله أى إلى ثوابه و رضوانه، فيدخل فيه كل ما يوجب الثواب من نفع المحاويع، و عماره المساجد، و إصلاح الطرقات، و تكفين الموتى. و قيل:

يختص بالجهاد، و قيل: بإضافه الحج و العمره إليه، و الأول أشهر، (و كذا) لو وقف (فى سبيل الخير، و سبيل الثواب (٣)، لاشتراك الثلاثه فى هذا المعنى، و قيل: سبيل الثواب الفقراء و المساكين، و يبدأ بأقاربه، و سبيل الخير الفقراء و المساكين و ابن السبيل و الغارمون، الذين استدانوا لمصلحتهم، و المكاتبون. و الأول أقوى إلا أن يقصد الواقف غيره.

(١) و لكن قد تجب نفقته حينئذ على الموقوف عليه من ناحيه عجزه مع عدم وجوب باذل لها من المسلمين و انحصار البازل فى الموقوف عليه.

(٢) لما كان السبيل هو الطريق فسبيل الله أى الطريق إلى ثوابه و رضوانه لاستحاله التحيز عليه، فالموقوف فى سبيل الله يصرف فى كل مصلحه يتقرب بها إلى الله تعالى كما عليه المشهور منهم الشيخ فى المبسوط و عن الشيخ فى الخلاف أنه مختص بالغزاه المتطوعين دون العسكر المقاتل على باب السلطان و بالحج و العمره اثلاثاً، و عن ابن حمزه فى الوسيله اختصاصه بالمجاهدين فقط، و العرف حجه عليهما.

(٣) المشهور على أن سبيل الله و سبيل الخير و سبيل الثواب واحد، و اللغه و العرف يرشدان إليه، فلو قال وفت هذا فى سبيل الله و سبيل الخير و سبيل الثواب لكان مصرفه ما تقدم فى سبيل الله.

و ذهب الشيخ إلى أنه يقسم اثلاثاً، ثلث للغزاه و الحج و العمره و هو سبيل الله، و ثلث للفقراء و المساكين مع البدء بالأقارب و هو سبيل الثواب، و ثلث إلى خمسه أصناف من الذين ذكرهم الله فى آيه الصدقه (١)، و هم الفقراء و المساكين و ابن السبيل و الغارمون الذين استدانوا لمصلحه أنفسهم، و فى الرقاب و هم المكاتبون و هو سبيل الخير، و هذا تحكم لأنه بلا دليل.

ص: ٢٤١

الثالثه. (إذا وقف على أولاده اشترك أولاد البنين و البنات (١)، لاستعمال الأولاد فيما يشمل أولادهم شائعا لغه و شرعا كقوله تعالى: (يا بَنِي آدَمَ، يا بَنِي إِسْرَائِيلَ، و يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ)، و للإجماع على تحريم حليله ولد الولد ذكرا و أنثى من قوله تعالى: (وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ) (٢) و لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «لا تزرعوا ابني (٣)» يعنى الحسن، أى لا تقطعوا عليه بوله لَمَّا بال فى حجره. و الأصل فى الاستعمال الحقيقه، و هذا الاستعمال كما دل على دخول أولاد الأولاد فى الأولاد، دل على دخول أولاد الإناث أيضا، و هذا أحد القولين فى المسأله.

و قيل: لا يدخل أولاد الأولاد مطلقا (٤) فى اسم الأولاد، لعدم فهمه عند الاطلاق، و لصحه السلب فيقال فى ولد الولد: ليس ولدى بل ولد ولدى، (١) كما عن المفيد و القاضى و ابن البراج و الحلوى بل و الشيخ فى النهايه و التحرير و اللمعه هنا لصدق الولد على الولد و ولد الولد لقوله تعالى فى أكثر من آيه (يا بَنِي آدَمَ) (١)، و قوله تعالى: (يا بَنِي إِسْرَائِيلَ) (٢)، و قوله تعالى: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ) (٣)، و هو شامل لولد الولد، و لتحريم حليله ولد الولد من قوله تعالى: (وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ) (٤)، إلى غير ذلك من الآيات و الأخبار التى استعملت لفظ الولد، فى ولد الولد.

و عن المشهور أنه لو قال: وقفت على أولادى فهو مختص بأولاده الصليبين و لم يدخل معهم أولاد الأولاد، لأن ولد الولد لا يفهم حقيقه من إطلاق لفظ الولد، و إن كان لا يمنع استعمال لفظ الولد فى ولد الولد مجازا، و أما هذه الآيات و الأخبار التى استدلت بها فدخول ولد الولد إنما كان لقرائن أخرى لا من ناحيه شمول الولد لولد الولد مع كون الاستعمال أعم من الحقيقه و المجاز.

(٢) قد تقدم فى شرحنا تخريجها.

(٣) مجمع الزوائد ج ١ ص ٢٨٥.

(٤) سواء كان ولد ذكر أو ولد أنثى.

ص: ٢٤٢

١- (١) سورة الأعراف، الآيات: ٢٦-٢٧-٣١-٣٥٦.

٢- (٢) سورة البقره، الآيات: ٤٠-٤٧-١٢٢.

٣- (٣) سورة النساء، الآية: ١١.

٤- (٤) سورة النساء، الآية: ٢٣.

و أجاب المصنف في الشرح (١) عن الأدلة الدالة على الدخول بأنه (٢) ثم من دليل خارج (٣)، و بأن اسم الولد لو كان شاملا للجميع لزم الاشتراك (٤) و إن عورض بلزوم المجاز (٥) فهو أولى، و هذا (٦) أظهر. نعم لو دلت قرينه على دخولهم كقوله:

الأعلى فالأعلى اتجه دخول من دلت عليه (٧)، و من خالف في دخولهم (٨) كالفاضلين فرضوا المسألة فيما لو وقف على أولاد أولاده، فإنه حينئذ يدخل أولاد البنين و البنات بغير إشكال، و على تقدير دخولهم بوجه (٩) فاشترآكهم (بالسوية) (١٠)، لأن ذلك مقتضى الإطلاق، و الأصل عدم التفاضل، (إلا أن يفضل) بالتصريح (١١)، أو قوله: على كتاب الله و نحوه، (و لو قال: على من انتسب إليّ (١٢) لم يدخل أولاد البنات) على أشهر القولين، عملا بدلاله اللغه و العرف و الاستعمال.

(١) شرح الإرشاد المسمى بغايه المراد.

(٢) أى بأن الدخول.

(٣) لا من إطلاق لفظ الولد على ولد الولد.

(٤) لكونه موضوعا للولد فلو كان حقيقه فى ولد الولد لكان مشتركا بينهما، و هو على خلاف الأصل لتعدد الوضع فيه.

(٥) بناء على أنه للولد فقط فاستعماله فى ولد الولد يكون مجازا و هو على خلاف الأصل إذ الأصل فى الاستعمال الحقيقه، فإذا دار الأمر بين الاشتراك و المجاز فالمجاز أولى، و قد حرر فى محله أنه لا يصح التمسك بهذه الاستحسانات فى مقام إثبات العلقه الوضعيه بين اللفظ و المعنى.

(٦) أى القول الثانى من كون الولد مختصا بالصلبى عند الاطلاق.

(٧) أى من دلت القرينه على دخوله.

(٨) فلو قال: و من خالف فى عدم دخولهم و ذهب إلى الدخول كالفاضلين لكان أولى.

(٩) من الوجوه السابقه.

(١٠) لمقتضى العدل، و قاعده التنصيف للأثنى مختصه بالإرث لورود دليل خاص عليها هناك.

(١١) فيجب التفضيل عملا بالشرط.

(١٢) أى لو قال وقفت هذا على من انتسب إليّ، فلا يدخل أولاد البنات لأن ولد البنت لا ينتسب إلى أمه بل إلى أبيه، و خالف السيد المرتضى اعتمادا على أن ولد البنت ولد، و قد تقدم الكلام فيه.

## الرابعه. إذا وقف مسجدا لم ينفك وقفه بخراب القرية

الرابعه. (إذا وقف مسجدا لم ينفك وقفه (١) بخراب القرية)، للزوم الوقف، و عدم صلاحية الخراب لزواله، لجواز عودها، أو انتفاع الماره به، و كذا لو خرب المسجد (٢)، خلافا لبعض العامه، قياسا على عود الكفن إلى الورثه عند اليأس من الميت، بجامع استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن، و الفرق واضح، لأن الكفن ملك للوارث و إن وجب بذله في التكفين، بخلاف المسجد لخروجه بالوقف على وجه فك الملك كالتحرير (٣)، و لإمكان الحاجه إليه بعمارته القرية، و صلاحه الماره، بخلاف الكفن.

(و إذا وقف على الفقراء، أو العلويه انصرف إلى من فى بلد الواقف منهم و من حضره (٤) بمعنى جواز الاقتصار عليهم من غير أن يتتبع غيرهم ممن يشمله (١) و إن خرجت القرية بلا خلاف فيه بيننا لعدم بطلان مسجديته مع إمكان الانتفاع به و لو بالماره أو بعود الحياه إلى القرية، خلافا لأحمد من العامه حيث جوّز بيعه فى هذا الحال، و خلافا لمحمد بن الحسن من العامه أيضا حيث حكم بعوده إلى ملك الواقف قياسا على الكفن فيما لو أخذ السيل ميتا و يئس منه فيرجع الكفن إلى الورثه فكذا فى المسجد.

وفيه: إنه قياس مع وجود الفارق و هو: أن الكفن ملك للورثه لأن التركة تنتقل إلى الوارث بالموت، و إن وجب عليهم صرفه فى تكفين مورثهم، و لما تعذر التكفين به بطل مورد صرفه فرجع إلى ملكهم مع جواز التصرف فيه بأى مورد و هذا يتم فيما لو كان الكفن من التركة، أما لو كان من الزكاه أو من الوقف فيرجع إلى أصله، و كذا لو كان من متبرع فيرجع إليه. و هذا بخلاف الوقف فإنه قد خرج عن ملك الواقف فكيف يعود إليه.

(٢) مع عدم خراب القرية.

(٣) أى العتق فالعتق فك ملك كما سيأتى.

(٤) إذا وقف الشئ على الفقراء فهو وقف على هذه الجهة المخصوصه لا على أشخاصها، و مصرفها كل من كان فقيرا، و لكن هل يجب عليه استيفاؤهم و لو كان غائبا عن البلد الذى هو فيه، لا- خلاف فى أنه لا يجب بل يجوز له أن يصرف نماء هذا الوقف فى فقراء بلده و من حضر من فقراء غيرها و لا- يجب عليه تتبع الجميع لخبر النوفلى (كتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان بن فلان، و هم كثير متفرقون فى البلاد، فأجاب: ذكرت الأرض التى وقفها جدك على فقراء ولد فلان، و هى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف، و ليس لك أن تتبع من كان-



الوصف، فلو تتبع جاز. وكذا لا يجب انتظار من غاب منهم عند القسمة. وهل يجب استيعاب من حضر ظاهر العبارة ذلك بناء على أن الموقوف عليه يستحق على جهة الاشتراك، لا على وجه بيان المصرف، بخلاف الزكاة (١)، وفي الرواية دليل عليه (٢)، ويحتمل جواز الاقتصار على بعضهم (٣)، نظرا إلى كون الجهة المعينه مصرفا، وعلى القولين لا- يجوز الاقتصار على أقل من ثلاثه، مراعاة لصيغه الجمع.

نعم لا- تجب التسوية (٤) بينهم، خصوصا مع اختلافهم في المزيه بخلاف الوقف على المنحصرين فيجب التسوية بينهم بالاستيعاب. واعلم أن الموجود في نسخ الكتاب بلد الواقف، والذي دلت عليه الرواية وذكره الأصحاب ومنهم المصنف في الدروس اعتبار بلد الوقف، لا الواقف وهو أجود (٥).

-غائبا(١)، هذا هو تحرير المسأله مع أن السابق إلى الفهم من عباره الماتن أن أصل الوقف منصرف إليهم، وقد عرفت أن أصل الوقف لكل فقير ولذا جاز إعطاء من حضر من غيرهم، ثم لو وقف على العلويه مثلا وكانوا منتشرين في أكثر من بلد فالحكم كذلك، والخبر المتقدم صريح في ذلك، ثم هل يجب استيعاب فقراء البلد أو لا، وهو مبنى على أن الوقف المذكور ظاهر في استحقاق الجميع للموقوف فالأول، أو أنه ظاهر لبيان المصرف فالثاني، وهو لا يخلو من قوه نظرا للعرف.

و على كل يجب إعطاء أقل الجمع تحقيا لمعنى الفقراء، وقيل: هو ثلاثه لأنه أقل الجمع عند المحققين كما في جامع المقاصد، وقيل: اثنان بناء على أنهما أقل الجمع.

(١) فإن آيه الزكاة(٢) لبيان المصرف.

(٢) على الاشتراك لعموم كلمه (من) في قوله عليه السلام في الروايه المتقدمه (و هي لمن حضر البلد)، وفيه: إنها ظاهره في بيان المصرف بدليل التقابل بين ما حضر وبين من هو غائب.

(٣) فلا يجب الاستيعاب.

(٤) سواء وجب الاستيعاب أو لا، نعم لو كان الوقف على جماعه منحصرين قد ذكروا في متن العقد فتجب التسويه لعدم جواز الترجيح بلا- مرجح، بخلاف ما هنا فإن المذكور هو الجهه لا الأشخاص، و ترجيح البعض على البعض لا يخرج الصرف عن الجهه.

(٥) لعسر حمل نماء الموقوف من بلده إلى بلد الواقف عند التغير.

ص: ٢٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

٢- (٢) سورة التوبه، الآيه: ٦٠.

## الخامسة. إذا آجر البطن الأول الوقف ثم انقرضوا

الخامسة. (إذا آجر البطن الأول الوقف (١) ثم انقرضوا تبين بطلان الإجاره فى المده الباقية)، لانتقال الحق إلى غيرهم، وحقهم و إن كان ثابتا عند الإجاره إلا أنه مقيد بحياتهم، لا مطلقا (٢)، فكانت الصحه فى جميع المده مراعاه باستحقاقهم لها، حتى لو آجروها مده يقطع فيها بعدم بقائهم إليها عاده فالزائد باطل من الابتداء، و لا يباح لهم أخذ قسطه من الأجره، و إنما أبيض فى الممكن، استصحابا للاستحقاق بحسب الإمكان، و لأصالة البقاء.

و حيث تبطل فى بعض المده (فيرجع المستأجر على ورثه الأجر) (٣) بقسط المده الباقية (٤) (إن كان قد قبض الأجره، و خلف تركه) فلو لم يخلف مالا لم يجب (١) إذا آجر البطن الأول الوقف إلى مده معينه ثم انقرضوا أجمع فى أثنائها، فإن قلنا إن الموت يبطل الإجاره فى الملك المطلق فهنا أولى، و إن لم نقل بذلك، فهل يبطل هنا كما عن الخلاف و المبسوط و العلامه فى التذكره و التحرير و الإرشاد و الشهيدين و الكركى و غيرهم بل لا-أجد فيه خلافا كما فى الجواهر، لأن الوقف هنا تسبيل المنفعه على الموقوف عليه مده حياته فلو تبين أنه قد آجره أكثر من ذلك بطل فى الزائد لعدم ملكيته لهذه المنفعه بعد موته.

و قد تردد المحقق فى الشرائع لإطلاق ما دل على صحه الإجاره و لزومها، ثم استظهر البطلان، و لكن لقطع دابر احتمال التردد نقول: إن البطن الثانى يتلقى الملك من الواقف بأصل الصيغه كالبطن الأول بخلاف الوارث فالمورث ما قبل الموت هو مالك مسلط على ماله كيف شاء فلو آجر ماله مده معينه ثم مات فى أثنائها فالإجاره نافذه و لا يجوز للوارث الفسخ لأنه يرث ما كان ملكا للمالك حين موته، و كان الملك مسلوب المنفعه لأنه مؤجر بحسب الفرض، فلو كان البطن الثانى يتلقى الملك من الأول، كان تصرف الأول فيه نافذا فى حق الثانى و ليس للثانى فسخه، و لكن الثانى يتلقى الملك من المالك بأصل الصيغه و ليس للأول إلا التصرف فيه حال حياته فقط فلذا كان للبطن الثانى الخيار بين الفسخ و بين الإجاره فى الباقى كما هو المشهور بينهم، و لكن قد عرفت أن الإجاره فى العقد الفضولى فى الوقف غير نافعه فالأقوى هو البطلان فقط بحيث إذا أراد البطن الثانى الإجاره فعليه تجديد العقد من رأس.

(٢) و إن ماتوا.

(٣) و هو البطن الأول.

(٤) قال فى المسالك (و المراد بمقابله المتخلف أن ينسب أجره مثله إلى أجره مثل مجموع المده -

على الوارث الوفاء من ماله (١) كغيرها من الديون، هذا إذا كان قد أجرها (٢) لمصلحته، أو لم يكن ناظرا، فلو كان ناظرا و أجرها لمصلحه البطون لم تبطل الإجاره (٣)، و كذا لو كان المؤجر هو الناظر في الوقف مع كونه غير مستحق.

و يرجع من المسمى بمثل تلك النسبه، فلو كان قد أجره سنه بمائه مثلا، و مات بعد انقضاء نصفها، و فرض أن أجره مثل النصف المتخلف تساوى الستين، و أجره مثل النصف الماضى تساوى ثلاثين، رجع بثلثى المائه المسماه و هكذا) انتهى.

(١) من مال الوارث.

(٢) أى البطن الأول.

(٣) لإطلاق دليلها، بعد كون البطن الأول لهم من الأجره ما يوازى أجرتها في زمن حياتهم فقط.

ص: ٢٤٧



كتاب العطييه و هي أربعه

اشاره

ص: ٢٤٩



(و هي) أى العطيّه باعتبار الجنس (أربعه):

(الأول. الصدقه (١):...)

(١) قد وردت الأخبار الكثيره بالحث عليها و أنها تدفع ميته السوء(١)، و أنها تنفى الفقر و تزيد فى العمر٢، و أنها جنه من النار٣، و قد ورد (إذا أملتكم فتاجروا الله بالصدقه)٤، و (الصدقه باليد تدفع ميته السوء، و تدفع سبعين نوعا من أنواع البلاء، و يفكك عن لحي سبعين شيطانا كلهم يأمره أن لا تفعل)(٢) و فى الحديث (و اتقوا النار و لو بشق تمره)(٣) و فى آخر (بكروا بالصدقه فإن البلاء لا يتخطاها)(٤) و فى ثالث (من تصدق بصدقه حين يصيح اذهب الله عنه نحس ذلك اليوم)٨ و فى رابع (إن الله الذى لا إله إلا هو ليدفع بالصدقه الداء و السديله و الحرق و الفرق و الهدم و الجنون و عدّ سبعين بابا من السوء)(٥) و فى خامس (إن الصدقه لتدفع سبعين بليّه من بلايا الدنيا مع ميته السوء، إن صاحبها لا يموت ميته السوء أبدا مع ما يدخر لصاحبها فى الآخر)١٠ و فى سادس (ليس شيء أثقل على الشيطان من الصدقه على المؤمن، و هي تقع فى يد الرب تبارك و تعالى قبل أن-

ص: ٢٥١

- 
- ١- (( ١ و ٢ و ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصدقه حديث ٢ و ٤ و ١٧ و ١٩.
  - ٢- (( ٥ )) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الصدقه حديث ١.
  - ٣- (( ٦ )) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الصدقه حديث ٢.
  - ٤- (( ٧ و ٨ )) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الصدقه حديث ١ و ٢.
  - ٥- (( ٩ و ١٠ )) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الصدقه حديث ١ و ٤.

(و هي عقد يفتقر إلى إيجاب و قبول (١) إطلاق العقد على نفس العطيء لا- يخلو من تساهل (٢)، بل في إطلاقه على جميع المفهومات المشهوره من البيع و الإجاره و غيرهما. و إنما هو دال عليها، و يعتبر في إيجاب الصدقه و قبولها ما يعتبر في غيرها (٣) من العقود اللازمه، و قبض (٤)...

-تقع في يد العبد(١)، و في سابع (الصدقه بعشره و القرض بثمانيه عشر، و صله الاخوان بعشرين، و صله الرحم بأربعه و عشرين)(٢)، و منه يستفاد أفضليه التصديق على الرحم بل في الخبر (لا صدقه و ذو رحم محتاج)٣ بل يستحب تقبيل الإنسان يده بعد الصدقه ففي الخبر (كان زين العابدين عليه السلام يقبل يده عند الصدقه، فقيل له في ذلك فقال: إنها تقع في يد الله قبل أن تقع في يد السائل)(٣) و في خبر آخر (ما من شيء إلا وكل به ملك إلا الصدقه فإنها تقع في يد الله تعالى)٥.

(١) بلا خلاف فيه كما في الجواهر، بل عن المشهور اعتبار ما يشترط في العقود اللازمه باعتبار أن الصدقه لازمه لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض.

و فيه: إن لزوم ناشئ من جهه القربه كما سيأتي لا من جهه العقديه هذا فضلا عن أن السيره المستمره إلى زمن المعصوم عليه السلام بل و ظاهر النصوص الداله على تحققها بالمعاطاه بل هذا هو الغالب فيها.

(٢) لأنه من باب إطلاق السبب على المسبب.

(٣) من كمال المتعاقدين و مقارنه القبول للايجاب عرفا و غير ذلك، و لكن النصوص خاليه عن ذلك كله.

(٤) بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (أنه قال في الرجل يتصدق على ولده و قد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث)(٤) و مثله خبر عبيد بن زراره٧ و غيرهما مما قد تقدم في كتاب الوقف، و الاستدلال مبني على أعميه الصدقه الوارده في النصوص من الوقف و الصدقه، و لما دل على اشتراط القبض في الهبه كما سيأتي، و الصدقه هي هبه مع زياده نيه القربه، فالدليل الثاني متين و إن كان في -

ص: ٢٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الصدقه حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الصدقه حديث ٢ و ٤.

٣- (( ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الصدقه حديث ٢ و ٤.

٤- (( ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ١ و ٥.



(ياذن الموجب) (١)، بل ياذن المالك، فإنه لو وكل في الإيجاب لم يكن للوكيل الإقباض.

(و من شرطها القربة (٢) فلا- تصح بدونها و إن حصل الإيجاب و القبول و القبض، للروايات الصحيحة الداله عليه،(فلا يجوز الرجوع فيها بعد القبض) (٣)، لتمام الملك، و حصول العوض و هو القربة، كما لا- يصح الرجوع في -الأول ضعف ظاهر لانصراف الأخبار المتقدمه إلى خصوص الوقف. ثم الصدقه لا توجب القبض على المتصدق فلذا كان متوقفا على إذنه و هو المسمى بالإقباض فلو قبضها المعطى له من غير رضا المالك لم ينتقل إليه، لعدم حصول الإقباض.

(١)مبنى على الغالب من كون المالك هو الموجب و لذا استدرك عليه الشارح بتخصيصه بالمالك، إذ الوكيل فى الايجاب قد لا يكون وكيلا فى الاقباض.

(٢)بلا خلاف فيه كما فى الجواهر لصحيح هشام و حماد و ابن أذينة و ابن بكير و غيرهم كلهم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا صدقه و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز و جل)(١) و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (لا يرجع فى الصدقه إذا أبتغى بها وجه الله عز و جل)(٢) و مثلها غيرها.

(٣)لأن المقصود بها الأجر و قد حصل فهى كالهبة المعوض عنها، و لما ورد مثل صحيح محمد بن مسلم المتقدم، و لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إنما مثل الذى يرجع فى صدقته كالذى يرجع فى قيئه)٣، و خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يرتد فى الصدقه قال: كالذى يرتد فى قيئه)٤، و خبر سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تصدق بصدقته على حميم أ يصلح له أن يرجع فيها؟ قال: لا، و لكن إن احتاج فليأخذ من حميمه من غير ما تصدق به عليه)٥، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا تصدق الرجل بصدقته لم يحلّ له أن يشتريها و لا يستوهبها و لا يستردها إلا فى ميراث)(٣).

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن البراج فى مهذبته جواز الرجوع كما جاز له الرجوع فى الهبه، و ردّ بالفرق بأن المقصود بالصدقته الأجر و قد حصل فهى كالهبة المعوض عنها.

و عن الشيخ فى النهايه و المفيد فى المقنعه عدم جواز عودها إليه بالبيع أو الهبه نعم لو-

ص: ٢٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ٣.

٢- (( ٢ و ٣ و ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ٧ و ٤ و ٥ و ٩.

٣- (٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ١.

الهبه مع التعويض. و في تفريعه بالفاء إشاره إلى أن القربه عوض، بل العوض الأخرى أقوى من العوض الدنيوى.

### فى أن مفروضها محرم على بنى هاشم

(و مفروضها محرم على بنى هاشم (١) من غيرهم (٢) إلا مع قصور خمسهم (٣) لأن الله تعالى جعل لهم الخمس عوضا عنها، و حرمةا عليهم، معللا بأنها أوساخ الناس (٤)، و الأقوى اختصاص التحريم بالزكاة المفروضه، دون المنذوره -عادت بالإرث جاز لصحيح منصور المتقدم و لكنه محمول على الكراهه لمعارضته لعموم جواز البيع الشامل لموردنا و كذا عموم جواز الهبه.

ثم مقتضى الأخبار عدم جواز الرجوع فى الصدقه بعد القبض لرحم كانت أو لأجنبى.

(١) قد تقدم الكلام فيه مفصلا فى باب الزكاه، و قد تقدم صحيح جعفر بن إبراهيم الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: أ تحل الصدقه لبنى هاشم؟ قال: إنما تلك الصدقه الواجبه على الناس لا تحلّ لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس، و لو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا من مكه، لأن هذه المياه عامتها صدقه) (١) و خبر إسماعيل بن الفضل الهاشمى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقه التى حرّمت على بنى هاشم ما هى؟ فقال: هى الزكاه) (٢)، و ظاهر هذه الأخبار عدم تحريم الكفاره و النذر و الموصى به من الصدقات ما عدا الزكاه.

(٢) أما منهم فلا بلا خلاف فيه لموثق زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: صدقات بنى هاشم بعضهم على بعض تحلّ لهم؟ قال: نعم) (٣) و مثله غيره.

(٣) لموثق زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لو كان العدل ما احتاج هاشمى و لا مطلبى إلى صدقه، إن الله جعل لهم فى كتابه ما كان فيه سعتهم، ثم قال: إن الرجل إذا لم يجد شيئا حلّت له الميته، و الصدقه لا تحلّ لأحد منهم إلا أن لا يجد شيئا و يكون فيمن تحلّ له الميته) (٤) و بقيه البحث قد تقدم فى كتاب الزكاه.

(٤) كما فى صحيح محمد بن مسلم و أبى بصير و زراره كلهم عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إن الصدقه أوساخ أيدى الناس، و إن الله قد حرّم على -

ص: ٢٥٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

و الكفاره و غيرهما، و التعليل بالأوساخ يرشد إليه،(و تجوز الصدقه على الذمي (١)

-منها و من غيرها ما قد حرمه، و إن الصدقه لا تحل لبني عبد المطلب(١)، و قد روى الجمهور عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ (الصدقه محرمة على بني هاشم، و قال: هذه الصدقه أوساخ الناس فلا تحل لمحمد و آل محمد)(٢).

(١)على المشهور لعموم استحباب الصدقه و خصوص خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (أن عليا عليه السلام كان يقول: لا يذبح نسككم إلا- أصل ملتكم، و لا تصدقوا بشيء من نسككم إلا على المسلمين، و تصدقوا بما سواه غير الزكاه على أهل الذمه)(٣).

و نقل الشهيد فى الدروس عن الحسن بن أبى عقيل المنع من الصدقه على غير المؤمن مطلقا، و لعله لمكاتبه على بن بلال (كتب إليه يسأله عن الزكاه و الصدقه، هل يجوز أن أدفع زكاه المال و الصدقه إلى محتاج غير أصحابي، فكتب: لا تعط الزكاه و الصدقه إلا أصحابك)(٤) و خبر سدير الصيرفى (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أطمع سائلا لا أعرفه مسلما؟ قال: نعم اعط من لا تعرفه بولايه و لا عداوه للحق، إن الله عز و جل يقول:

قولوا للناس حسنا، و لا- تطعم من نصب لشيء من الحق أو دعا إلى شيء من الباطل)٥ و الذمي يدعو إلى الباطل، و هما محمولان على الكراهه جمعا بينهما و بين خبر إسحاق المتقدم و خبر عمرو بن أبى نصر (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن أهل البوادى يقتحمون علينا و فيهم اليهود و النصارى و المجوس فتصدق عليهم؟ قال: نعم)٦، و خبر عبد الله بن الفضل النوفلى عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن السائل يسأل و لا يدري ما هو؟ قال: اعط من وقعت له الرحمه فى قلبك، فقال: اعط دون الدرهم فقلت: أكثر ما يعطى؟ قال: أربعة دوانيق)(٥) و قال الشارح فى المسالك:

(و يظهر من بعض الأصحاب أن الخلاف فى الصدقه على الذمي كالخلاف فى الوقف عليه، و قد تقدم أن فيه أقوالا) انتهى: و الأقال هي: الجواز مطلقا، و عدمه مطلقا، و الجواز إذا كان رحميا، و الجواز إذا كان أحد الوالدين، و قد عرفت جواز الوقف عليه فكذا الصدقه.

ص: ٢٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

٢- (٢) صحيح مسلم ج ٢ ص ٧٥٣ حديث ١٦٧-١٦٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الصدقات حديث ٦.

٤- (٤) (٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الصدقه حديث ١ و ٣ و ٧.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الصدقه حديث ٤.

رحما كان أم غيره، و على المخالف للحق (١)،(لا الحربى (٢) و الناصب، و قيل:

بالمع من غير المؤمن و إن كانت ندبا. و هو بعيد،

### فى أن صدقه السر أفضل

(و صدقه السر أفضل (٣) إذا كانت مندوبه (٤)، للنص عليه فى الكتاب و السنه،(إلا أن يتهم بالترك) فالإظهار أفضل، دفعا لجعل عرضه عرضه للتهم، فإن ذلك أمر مطلوب شرعا، حتى للمعصوم، كما ورد فى الأخبار (٥)، و كذا الأفضل إظهارها لو قصد به متابعه (١) لخبر سدير المتقدم.

(٢) لجواز قتلها بأى وسيله فلا يجوز إعانتها بالصدقه، و لخصوص خبر عمر بن يزيد (سألته عن الصدقه على النصاب و على الزيديه؟ فقال: لا تصدق عليهم بشىء و لا تسقمهم من الماء إن استطعت، و قال: الزيديه هم النصاب)(١).

(٣) لقوله تعالى: (وَ إِنْ تُخْفُوا وَ تُؤْتُواهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ) (٢)، و فى الخبر عن أبى جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: صدقه السر تطفى غضب الرب تبارك و تعالى)(٣) و فى خبر عمار الساباطى (قال لى أبو عبد الله عليه السّلام: يا عمار الصدقه و الله فى السر أفضل من الصدقه فى العلانيه)٤، و مرسل الطبرسى (صدقه السر تطفى غضب الرب و تطفى الخطيئه كما يطفى الماء النار، و تدفع سبعين بابا من البلاء)(٤).

(٤) و أما إذا كانت واجبه فالأفضل إظهارها لما رواه فى الغوالى عن ابن عباس عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (إن صدقه السر فى التطوع تفضل علانيته بسبعين ضعفا، و صدقه الفريضة علانيته أفضل من سرها بخمسه و عشرين ضعفا)(٥)، و لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (كلما فرض الله عليك فإعلانه أفضل من إسراره، و كلما كان تطوعا فإسراره أفضل من إعلانه)(٦).

(٥) قال فى المسالك: (لأنه لا ينبغي أن يجعل عرضه عرضه للتهم، فقد تخرج من ذلك النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم مع بعده عنه فغيره أولى) و قال فى الجواهر: (إلا أن يتهم فى ترك المواساه فيظهرها دفعا للتهمه التى تجنب عنها سيد الرسل صلّى الله عليه و آله و سلّم، مع بعده عنها)، و لم أعثر فى طرقنا على نص يدل على ذلك و لعله مما روته العامه و الله العالم.

ص: ٢٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الصدقه حديث ٢.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٧١.

٣- (٣) (٤ و ٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الصدقه حديث ١ و ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الصدقه حديث ١٠.

٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الصدقه حديث ١٣.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

الناس له فيها، لما فيه (١) من التحريض على نفع الفقراء (٢).

## الثانى - الهبه

### فى أحكامها

(الثانى - الهبه (٣): و تسمى نحله و عطيه، و تفتقر إلى الإيجاب) و هو كل لفظ دل على تملك العين من غير عوض، كوهبتك و ملكتك و أعطيتك و نحلتهك و أهديت إليك و هذا لك مع نيتها (٤)، و نحو ذلك، (و القبول) و هو اللفظ الدال على الرضا، (و القبض (٥) بإذن الواهب) إن لم يكن مقبوضا بيده من قبل، (و لو (١) أى فى الإظهار.

(٢) و حسن التحريض على ذلك واضح فلذا كان مستحبا.

(٣) و هى تملك العين مجانا فى قبال البيع الذى هو تملك العين بعوض، و هذا التقابل كالتقابل بين العاريه التى هى التسليط على استيفاء المنفعه مجانا فى قبال الإجاره التى هى التسليط على استيفاء المنفعه بعوض.

و يطلق على الهبه النحله و العطيه، فالنحله بالكسر اسم للعطيه و المصدر النحل بالضم، و العطيه تطلق على مطلق الإعطاء المتبرع به فيشمل الوقف و الصدقه و الهبه، و اعلم أن الهديه أخص من الهبه لأن الهبه هى إعطاء شىء مجانا مع تعظيم الموهوب و لا تطلق النحله إلا- على تملك العقار للأولاد أو مطلق الرحم لإدراج معاشهم شفقه عليهم، و تطلق الجائزه على إعطاء السلطان أو الوالى أو نحوهما بلحاظ خصوصيه فى المعطى إليه من عمل أو صنعه.

ثم إن الهبه عقد محتاج إلى الإيجاب و القبول، و يتحققان بكل لفظ يدل على ذلك بل يتحققان بالفعل و المعاطاه على الأقوى على ما سأتى تفصيله فى كتاب البيع فيكفى تسليم العين و تسليمها بعنوان التملك و التملك.

(٤) أى نيه الهبه عند الإتيان بالجملة الاسميه كهذا لك و نحوه.

(٥) لا خلاف فى أن القبض شرط فى الهبه فى الجملة و لكن اختلفوا فى أنه شرط الصحه أو أنه شرط اللزوم، ذهب إلى الأول معظم المتأخرين لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (الهبه لا تكون أبدا هبه حتى يقبضها، و الصدقه جائزه عليه) (١) و موثق داود بن الحصين عنه عليه السّلام (النحله و الهبه ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال عليه السّلام:

هى ميراث، فإن كان لصبى فى حجره فأشهد عليه فهو جائز) ٢، و مرسل أبان عنه عليه السّلام (النحل و الهبه ما لم يقبضا حتى يموت صاحبها هى بمنزله الميراث، و إن كان لصبى فى حجره فهو جائز) ٣ و الجائز بمعنى اللزوم فى هذه الأخبار بمقتضى السياق.-

ص: ٢٥٧

(وهبه ما بيده لم يفتقر إلى قبض جديد، ولا إذن فيه (١) ولا مضيّ زمان) يمكن فيه قبضه، لحصول القبض المشروط، فأغنى عن قبض آخر، وعن مضيّ زمان يسعه، إذ لا مدخل للزمان في ذلك، مع كونه مقبوضاً، وإنما كان (٢) معتبراً مع عدم القبض، لضروره امتناع حصوله بدون (٣). وإطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق بين كونه بيده بإيداع، أو عاريه، أو غضب، أو غير ذلك، والوجه واحد. وقيل:

و- نسب الثاني إلى جماعه منهم أبو الصلاح والعلامة في المختلف بل وإلى الشيخين وابن حمزه والبراج لصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض، قسيّمت أو لم تقسم، والنحل لا تجوز حتى تقبض، وإنما أراد الناس ذلك فأخطوا) (١) وخبر عبد الرحمن بن سيابه عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا تصدق الرجل بصدقه أو هبه قبضها صاحبها أو لم يقبضها، علمت أو لم تعلم فهي جائزه) ٢.

وفيه: إنهما لا يقاومان الأخبار المتقدمه المنجبره بعمل المشهور، هذا فضلاً عن أن ظاهرهما عدم شرطيه القبض أبداً لا كونه شرطاً في اللزوم كما هو المدعى، مع أن التفريق بين الهبه والنحل كما في صحيح أبي بصير على خلاف المذهب من اتحاد الحكم فيها، وأيضاً لا- معنى لجعل القبض شرطاً في اللزوم مع أن الهبه جائزه غير لازمه حتى بعد القبض إلا في موارد كالهبه على ذى الرحم ونحو ذلك.

ثم إذا كان القبض شرطاً في الصحه فالعقد لا يوجب فيتوقف القبض على إذن المالك لأنه تصرف في ماله هذا كله إذا لم يكن مقبوضاً من قبله قبل الهبه، وإلا- فلا- داعى للإقباض بعد ذلك لأنه مقبوض على كل حال كما عليه المشهور، وعن الشيخ ويحيى بن سعيد لو كان الموهوب في يد الموهوب له فيشترط إذن الواهب بالقبض ولو من اقراره له ويشترط مضيّ زمان يمكن فيه القبض، وفيه: إنه مقبوض فلا داعى لتجديد القبض.

وعن العلامة في المختلف والتذكرة أنه لا فرق بين كونه في يد الموهوب له بإيداع أو عاريه أو غضب، وعن جماعه التفريق بين القبض بإذنه سابقاً فلا يشترط تجديد القبض وبين الغصب فيشترط تجديد القبض حيث لا يد للغاصب عليه شرعاً فيده يد عدوان وقبضه حاله الغصب كلا قبض.

(١) في القبض.

(٢) أى الزمان.

(٣) أى امتناع حصول القبض بدون الزمان.

ص: ٢٥٨

بالفرق بين القبض بإذنه وغيره وهو حسن، إذ لا يد للغاصب شرعا، (و كذا إذا وهب الولي الصبي)، أو الصبيه (ما في يد الولي كفى الإيجاب و القبول) من غير تجديد القبض، لحصوله (١) بيده (٢)، و هي بمنزله يده (٣)، و لا مضى زمان. و قيل:

يعتبر قصد القبض عن الطفل لأن المال المقبوض بيد الولي له فلا ينصرف إلى الطفل إلا بصارف و هو القصد و كلام الأصحاب مطلق.

### في أنه لا يشترط في الإبراء القبول

(و لا يشترط في الإبراء) و هو إسقاط ما في ذمه الغير من الحق (القبول) (٤)، (١) أى الموهوب.

(٢) بيد الولي.

(٣) أى بمنزله يد الصبي و كذا الصبيه بلا خلاف فيه لموثق داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (النحلة و الهبه ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال عليه السلام: هي ميراث، فإن كان لصبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز) (١) و مثله مرسل أبان المتقدم ٢.

قال الشارح في المسالك: (بقي في المسألة بحث آخر و هو: أنه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبه ليتمحض القبول لها - كما تقدمت الإشارة إليه - ينبغي ذلك عند من يعتبر إيقاع القبض للهبه كالعلاجه ره، لأن المال المقبوض في يد الولي فلا ينصرف إلى الطفل إلا- بصارف و هو القصد، و على ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا، و ينصرف الإطلاق إلى قبض الهبه و يلزم بذلك) انتهى و يدفع هذا الكلام من اعتبار قصد القبض عن الطفل إطلاق الخبرين المتقدمين.

(٤) لو وهب الدين لمن هو عليه فلا- يحتاج إلى قبض لأن ما في الذمه مقبوض عليه، و لكن هل تحتاج الهبه حينئذ إلى القبول فالظاهر الاحتياج لأنها عقد، و هذه الهبه تفيد مفاد الإبراء الذي هو إسقاط ما له في ذمه الغير، و هل يحتاج الإبراء إلى قبول فعن المشهور العدم، لأنه إسقاط لا نقل شيء إلى الملك، فهو بمنزله تحرير العبد، و لقوله تعالى: (إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النَّكَاحِ) (٢) حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو، و القبول لا- دخل له في مسماه. و عن الشيخ في المبسوط و ابن زهره في الغنيه و الحلبي في سرائره اشتراط القبول في الإبراء، لاشتماله على المنه فلو لم يعتبر القبول لأ- جبر على المنه، و أوجب بالفرق بين التملك و الاسقاط.

هذا و اعلم أن الكثير منهم كالماتن و الشارح هنا حرروا المسألة بلفظ الإبراء، و هو خارج-

ص: ٢٥٩

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٥ و ١.

٢- (٣) سورة البقره، الآية: ٢٣٧.

لأنه إسقاط حق، لا نقل ملك، وقيل: يشترط لاشتماله على المنه، ولا يجبر على قبولها كهبه العين و الفرق واضح (١)، (و) كذا (لا) يشترط (فى الهبه القربه) للأصل (٢)، لكن لا يثاب عليها بدونها (٣)، و معها (٤) تصير عوضا كالصدقه.

### فى أنه يكره تفضيل بعض الولد على بعض

(و) يكره تفضيل بعض الولد على بعض (٥) و إن اختلفوا فى المذكوره -من أبحاث الهبه، فالأولى البحث أولا- فى الهبه ثم فى الابراء، نعم هبه ما فى الذمه تفيد فائده الابراء كما عرفت لا أنها نفسه كما قد يتوهم.

(١) أى الفرق بين هبه العين المفيده للتمليك و بين الابراء الذى هو الاسقاط.

(٢) و للأخبار منها: خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث (و ما لم يعط لله و فى الله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه، حيزت أو لم تحز) (١) و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (و لا يرجع فى الصدقه إذا ابتغى وجه الله، و قال: الهبه و النحل يرجع فيها إن شاء، حيزت أو لم تحز إلا لذى رحم فإنه لا يرجع فيه) ٢ و ظاهره عدم اشتراط القربه فى الهبه كما هو واضح.

(٣) إذ الثواب متوقف على التقرب.

(٤) و مع القربه فهى صدقه كما من العلامه فى التذكرة، و على فرض عدم الصدق فهى هبه معوضه لأن الثواب خير عوض.

(٥) يجوز تفضيل بعض الولد على بعض فى العطيه بلا خلاف فيه إلا من ابن الجنيد حيث حكى عنه الحرمة و كذا عدّى الحكم إلى باقى الأقارب مع التساوى فى القرب، و هو ضعيف لأن الناس مسلطون على أموالهم كما فى النبوى (٢)، و لما سيأتى من الأخبار.

و المشهور على أنه جائز على كراهه بلا فرق بين حالتى الصحة و المرض و بين حالتى العسر و اليسر، و عن العلامه فى المختلف أن الكراهه عند المرض أو الاعسار لخبر سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن عطيه الوالد لولده فقال: أما إذا كان صحيحا فهو ماله يضع به ما شاء، و أما فى مرضه فلا يصلح) (٣) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يخصص بعض ولده بالعطيه فقال: إن كان موسرا فنعم، و إن كان معسرا فلا) ٥ و خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن عطيه الوالد لولده يبينه قال:

إذا أعطاه فى صحته جاز) ٦ و فيه: إن الأخير ليس ظاهرا فى مدعاه بل هو ظاهر فى -

ص: ٢٦٠

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١ و ٢.

٢- (( ٣ )) غوالى اللئالى ج ٢ ص ١٣٨ حديث ٣٨٣.

٣- (( ٤ و ٥ و ٦ )) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوصايا حديث ١١ و ١٢ و ١٤.



و الأئوته، لما فيه من كسر قلب المفضل عليه، و تعريضهم للعداوه، و روى أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً: «أكل ولدك أعطيت مثله» قال لا قال: «فاتقوا الله و اعدلوا بين أولادكم» فرجع في تلك العطيته، و في روايه أخرى: «لا تشهدينى على جور»، و حيث يفعل يستحب الفسخ مع إمكانه للخبر (١)، و ذهب بعض الأصحاب إلى التحريم، و في المختلف خص الكراهه بالمرض و الإعسار، لدلاله بعض الأخبار عليه و الأقوى الكراهه مطلقاً، و استثنى من ذلك ما لو اشتمل المفضل على معنى يقتضيه، كحاجه زائده، و زمانه، و اشتغال بعلم، أو نقص المفضل عليه بسفه، أو فسق، أو بدعه، و نحو ذلك.

-جواز الإعطاء فى حال الصحه لأنه نافذ من الأصل بخلاف ما لو أعطاه فى حال مرض الموت و كذا خبر سماعه، فلم يبق إلا خبر أبى بصير معتضداً بالنبوى العامى أنه قال لبشير بن النعمان لما نحل ابنه النعمان غلاماً: (أكل ولدك نحلتهم مثل هذا؟ فقال: لا، فقال: اردده) (١) و فى آخر (فارجه) و فى ثالث (فاتقوا الله و اعدلوا بين أولادكم فرجع أبى فى تلك الصدقه) و فى رابع (لا تشهدينى على جور) مضافاً إلى ما فيه من إشاره الشحاء و البغضاء و الحسد، فالأقوى الكراهه مطلقاً حينئذ، نعم استقرب العلامه عدم الكراهه إذا كان التفصيل لمعنى يقتضيه كشدّه حاجه و زمانه أو اشتغال بعلم، أو التنويه بمزيتة و فضله و عليه يحمل فعل للاثمه عليهم السّلام للتفصيل، و هذا هو الذى ذكرناه من الكراهه مطلقاً إلا ما استثنى مما يقتضيه الجمع بين ما تقدم و بين خبر محمد بن قيس (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض، فقال: نعم و نساءه) (٢) و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يكون له الولد من غير أم يفضل بعضهم على بعض؟ قال: لا بأس) (٣) و خبر إسماعيل بن عبد الخالق عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يخصّ بعض ولده ببعض ماله فقال: لا بأس بذلك) (٤) و خبر ابن جعفر عن أخيه عليهما السّلام (سألته عن الرجل يحلّ له أن يفضل بعض ولده على بعض؟ قال: قد فضّلت فلاناً على أهلى و ولدى فلا بأس) (٥) و خبر معاويه و أبى كههمس عن أبى عبد الله عليه السّلام يقول (صنع ذلك - أى التفضيل - علىّ عليه السّلام بابنه الحسن، و فعل ذلك الحسين بابنه علىّ، و فعله أبى بى، و فعلته أنا) (٦).

(١) أى لنفس هذا الخبر المتقدم فى كلام الشارح و قد تقدم ذكره منا.

ص: ٢٤١

١- (١) صحيح البخارى ج ٣ ص ٢٠٦ و سنن البيهقى ج ٦ ص ١٧٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الهبات حديث ١ و ٢ و ٤ و ٦ و ٣.

(و يصح الرجوع فى الهبة بعد الإقباض ما لم يتصرف الموهوب (١) تصرفاً (١) اعلم أن الهبة إذا تمت بالعقد و القبض فهى من العقود الجائزة، لأن الأصل فى العقود اللزوم لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، و لكن قد دلت الأخبار الكثيرة على جوازها.

منها: صحيح جميل و الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا كانت الهبة قائمه بعينها فله أن يرجع فيها و إلا فليس) (٢) و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (الهبة و النحلة يرجع فيهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلا لذى رحم) (٣) و صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله و عبد الله بن سليمان عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يهب الهبة أ يرجع فيها إن شاء أم لا؟ قال عليه السّلام: تجوز الهبة لذوى القرابه، و الذى يثاب من هبته، و يرجع فى غير ذلك إن شاء) (٤).

و الرجوع مكروه جمعاً بين ما تقدم و بين خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيئه) (٤) و خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنت بالخيار فى الهبة ما دامت فى يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها) (٤) و مثلها غيرها.

و هذا و تلزم الهبة بعد القبض و لا يجوز فيها الرجوع فى موارد:

الأول: فيما إذا كانت الهبة لأحد الأبوين أو الأولاد بلا خلاف فيه إلا من المرتضى فى الانتصار حيث جعلها جائزة، و هو شاذ و الغريب أنه ادعى الاجماع مع أن الأمر بالعكس كما عرفت لصحيح و يدل على الحكم أخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم و صحيح عبد الرحمن و عبد الله بن سليمان المتقدمان، و موثق داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السّلام (الهبة و النحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال: هو ميراث، فإن كانت لصبى فى حجره فأشهد عليه فإنه جائز) (٥) و الجائز بمعنى اللزوم كما عرفت.

الثانى: فيما لو كانت الهبة لذوى الرحم كما عليه المشهور للصحيحين المتقدمين.

و عن الشيخ فى الخلاف و ابن الجنيد و الحلبي فى موضع من سرائره من جواز الرجوع لموثق داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته هل لأحد أن يرجع فى صدقه أو هبه؟ -

ص: ٢٤٢

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٢ و ١.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٣ و ٤.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٢.

قال: أما ما تصدق به لله فلا، و أما الهبه و النحله فله أن يرجع فيها حازها أو لم يحزها و إن كانت لذي قرابه(١) و مثله مرسل أبان ٢ و صحيح المعلّى بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السّلام ٣، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم لأنها أكثر عددا، نعم عن الكفايه الجمع بينهما بالحكم بالكراهه. و ما عليه المشهور هو الأولى ثم المراد بالرحم هو مطلق القريب و إن بعدت لحمته و جاز نكاحه للصدق العرقى، فما عن بعضهم من اختصاصه بمن يحرم نكاحه شاذ محجوج بما عرفت.

نعم وقع الخلاف بينهم فى جواز الرجوع فى هبه كل من الزوجين للآخر فذهب الفاضل و ولده و المقداد و ثانى المحققين و الشهيدين و جماعه إلى عدم جواز الرجوع لصحيح زواره عن أبي عبد الله عليه السّلام (و لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته و لا المرأه فيما تهب لزوجها، حيز أو لم يحز، لأنه الله تعالى يقول: و لا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا، و قال:

فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا، و هذا يدخل فيه الصداق و الهبه(٢)، و صحيح ابن بزيع عن الرضا عليه السّلام (عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئا هبه له بغير طيب نفسها من خدم أو متاع، أ يجوز ذلك له؟ فقال: نعم إذا كانت أم ولده(٣) و مفهومه إن لم تكن كذلك فلا يجوز مع العلم أن الحكم فيها من ناحيه كونها زوجته، و قد جاز الأخذ عند كونها أم ولد لأنها أمه مملوكه لسيدها، فهى و ما تملك له.

و عن الأكثر الكراهه جمعا بين ما تقدم و بين صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (سئل عن رجل كانت له جاريه فأذته امرأته فيها فقال: هى عليك صدقه فقال: إن كان قال ذلك لله فليمضها، و إن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها(٤) و الأقوى الأول لصراحته بعد حمل صحيح ابن مسلم على ما قبل القبض.

فيما لو كان الموهوب أجنبيا و قد تلفت العين فلا يجوز الرجوع على المشهور لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع و إلا فليس له(٥).

و عن المرتضى جواز الرجوع مطلقا و هو ضعيف لعدم الدليل له، و مما تقدم لا فرق بين -

ص: ٢٤٣

- ١- ( ( ١ و ٢ و ٣ ) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٣ و ملحقه و ٤.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٢.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٢.
- ٥- (٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.

-كون التلف من قبل الله تعالى و غيره بل و من نفس الموهوب له.

الرابع: فيما لو كان الموهوب أجنبيا و قد عوّض عنها و لو كان العوض يسيرا بلا خلاف فيه حتى من السيد المرتضى للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع) (١) و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله و عبد الله بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يهب الهبة أ يرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: تجوز الهبة لذوى القرابه و الذى يثاب عن هبته، و يرجع فى غير ذلك إن شاء) (٢).

الخامس: فيما لو كان الموهوب له أجنبيا و قد تصرف بالهبة تصرفا أوجب نقلها عن ملكه، أو أوجب تغيير صورتها، أما التصرف بمعنى استيفاء منافعها فقط فهو لا كلام فيه فى أنه لا يوجب لزوم عقد الهبة.

و على كل فقد اختلفوا على أقوال:

الأول: أن التصرف المذكور موجب للزوم عقد الهبة فلا يجوز الرجوع و هو المنسوب إلى المشهور و استدل له بخبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السّلام (أنت بالخيار فى الهبة ما دامت فى يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها، و قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيئه) (٣)، و قد أطال الشارح فى المسالك فى إقامه الأدله على هذا القول إلى أن انهاها إلى تسعه أدله و لا محصل فى أكثرها و عمدتها هذا الخبر، على أن الخبر مشتمل على ابن عبد الحميد و هو واقفى و على ابن حماد و هو غال، و على إبراهيم بقول مطلق و هو مشترك بين الثقة و الضعيف، هذا فضلا عن أنه قد تقدم أنه محمول على الكراهه جمعا بينه و بين ما دل على جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض.

أن التصرف المذكور لا يوجب اللزوم و هو مختار المحقق فى الشرائع و مختصر النافع و سلار و أبو الصلاح و قد نسب إلى ابن الجنيد و قد استدل لهذا القول بعمومات الأخبار المتقدمه أو إطلاقها الداله على جواز الرجوع بعد القبض ما لم تكن الهبة لذى القربى، و فيه: إنها ليست فى مقام البيان من هذه الجهة، و استدل بصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام-

ص: ٢٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٤.

متلفا للعين، أو ناقلا- للملك، أو مانعا من الرد كالأستيلاد، أو مغيرا للعين كقصاره (١) الثوب، و نجاره الخشب، و طحن الحنطه على الأقوى (٢) فى الأخير.

وقيل: مطلق التصرف و هو ظاهر العبارة (٣)، و فى تنزيل موت المتهم منزله التصرف قولان، من عدم وقوعه منه (٤) فتناوله الأدله المجوزه للرجوع. و من - (إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع و إلا فليس له) (١) و بقاء العين شامل لحالتي التصرف و عدمه، فيجوز الرجوع ما قبل التلف فقط.

التفصيل بين التصرف الموجب للنقل و الخروج عن الملك أو المغير للصوره كنجاره الخشب و قصاره الثوب فإنه يوجب لزوم و إلا كالركوب و السكنى و اللبن و غيرها مما هو استيفاء المنفعه فقط فلا و إليه ذهب ابن حمزه و الشهيد فى الدروس و جماعه من المتأخرين لنفس صحيح الحلبي المتقدم، لأنه مع تغيير الصوره النوعيه للهيه لا- يصدق قيام الهبه بعينها، لأن المتبادر من الروايه الهدايه بقاءها بأوصافها التى كانت عليها، و كذا مع نقلها لا يصدق بقاءها عرفا لأن ذلك منزل منزله التلف فضلا عن أن الخير منصرف إلى بقاء بعينها عند الموهوب له، و مع النقل فلا يتحقق ذلك. و هذا هو الأقوى.

ثم لما كان هذا القول الثالث راجعا إلى القول الثانى و ليس هو شىء مستقل حرّر جماعه المسأله على قولين، فما فعله الشارح فى المسالك و جماعه من تحرير المسأله على أقوال ثلاثه ليس فى محله، ثم مما تقدم تعرف أن العمده فى مستند الحكم فى المسأله هو صحيح الحلبي فقط و هذا ما اعترف به صاحب الجواهر و صاحب العروه و غيرهما فتكثير الأدله و الاستحسانات كما فعل الشارح فى المسالك أيضا ليس فى محله.

(١) قصرت الثوب أى بيضته و الفاعل قصار.

(٢) لأن الطحن مغير لصوره الحنطه و إن بقيت حقيقتها، و لم أجد من خالف فى ذلك، نعم بعض المحشين جعل الاقوائيه فى قبال الاحتمال أن يقال الطحن لم يغير الحقيقه فالعين باقيه و إن تغير الاسم و هو مردود لتغير الصوره عرفا.

(٣) و قد عرفت أن مرادهم هو التفصيل.

(٤) أى عدم وقوع انتقال الملك منه، و هو دليل على كون الموت ليس بمنزله التصرف الموجب للزوم، و فيه: إن ظاهر صحيح الحلبي هو جواز الرجوع ما دامت الهبه قائمه بعينها عند الموهوب له، و مع موته فتنتقل إلى الوارث فلا يصدق قيامها بعينها عند الموهوب له فالأقوى أنه بمنزله التصرف الموجب للزوم الهبه.

ص: ٢٤٥

انتقال (١) الملك عنه بالموت بفعله تعالى و هو أقوى من نقله بفعله، و هو أقوى.

و خيره المصنف فى الدروس و الشرح (٢)، (أو يعوّض) عنها بما يتفقان عليه، أو بمثلها، أو قيمتها مع الإطلاق (٣)، (أو يكن رحماً) قريباً و إن لم يحرم نكاحه، أو يكن زوجاً أو زوجة على الأقوى، لصحيحه زراره.

(و لو عابت لم يرجع بالأرث على الموهوب (٤) و إن كان بفعله (٥) لأنها غير مضمونه عليه و قد سلطه على إتلافها مجاناً فأبغاضها أولى، (و لو زادت زياده متصله) كالسمن، و إن كان بعلف المتهب (فللواهب) إن جوزنا الرجوع حينئذ، (و المنفصله) كالولد و اللبن (للموهوب له)، لأنه نماء حدث فى ملكه فيختص به، سواء كان الرجوع قبل انفصالها (٦) بالولادة و الحلب (٧)، أم بعده، لأنه منفصل حكماً. هذا (١) دليل على كون الموت بمنزله التصرف الموجب للزوم.

(٢) أى شرح الارشاد المسمى بغايه المراد.

(٣) كل ذلك للأخبار التى تقدمت فى المورد الرابع.

(٤) إذا رجع الواهب فى الهبه حيث يجوز له الرجوع، فإما أن تكون العين بحالها لم تنقص و لم تزد و إما أن تكون ناقصه بما يوجب الأرث أو لا- و إما أن تكون زائده زياده فى القيمة أو النمء المتصل أو المنفصل، و أما أن تكون متغيره بما يطرأ عليها من الأعمال كالنجاره و القصاره و الطحن أو الامتراج.

و على كل فإذا جاز للواهب الرجوع فى هبته و قد عابت بزياده أو نقصان لم يرجع بالأرث بلا خلاف فيه، لأنه حدث فى عين مملوكه للموهوب له و قد سلطه مالكتها على إتلافها مجاناً فلم تكن مضمونه عليه سواء كان التعيب بفعله أو لا.

و لو زادت زياده متصله كالسمن على وجه تكون زياده جزءاً من العين فهى للواهب بلا خلاف فيه، لأن هذه الزياده بحسب الفرض جزء من العين التى يجوز للواهب الرجوع فيها.

و لو زادت زياده منفصله كالثمره و الولد، فإن كانت متجدده كانت للموهوب له لأنها نماء ملكه و إن كانت حاصله وقت العقد فهى للواهب لأنها حينئذ من الهبه التى يجوز الرجوع بها بلا خلاف فى ذلك كله، و عن ابن حمزه أن الحمل المتجدد فى ملك الموهوب له هو جزء من العين التى هى الأم فلو رجع الواهب فى الأم كان له الحمل و هو ضعيف جداً.

(٥) أى و إن كان التعيب بفعل الموهوب له.

(٦) أى انفصال الزياده.

(٧) كالحمل و اللبن، و كذا الثمره قبل قطافها فهى منفصله شرعاً و إن اتصلت حساً.

إذا تجددت الزيادة بعد ملك المتهب بالقبض، فلو كان قبله فهي للواهب.

### فى ما لو وهب أو وقف أو تصدق فى مرض موته

(و لو وهب أو وقف أو تصدق فى مرض موته فهى من الثلث) على أجود القولين (١) (إلا أن يجيز الوارث (٢) و مثله ما لو فعل ذلك فى حال الصحة، و تأخر القبض (٣) إلى المرض، و لو شرط فى الهبه عوضا يساوى الموهوب نفذت من الأصل (٤)، لأنها معاوضه بالمثل، كالبيع بثمن المثل.

### الثالث – السكنى و توابعها

#### اشاره

(الثالث – السكنى (٥) و توابعها. و كان الأولى عقد الباب للعمرى (٦) لأنها أعم موضوعا (٧) كما فعل فى الدروس،

### فى الإيجاب و القبول و القبض

(و لا بد فيها من إيجاب و قبول (٨) كغيرها (١) كما سيأتى تفصيله فى كتاب الحجر.

(٢) فلو أجاز نفذت من الأصل.

(٣) الذى هو شرط الصحة فى الهبه و الوقف و التصدق.

(٤) سيأتى دليله فى كتاب الحجر.

(٥) كما لو قال: اسكنتك هذه الدار مده معينه أو مده عمرى أو مده عمرك، و فائدتها التسليط على استيفاء المنفعه مع بقاء الملك على ملك صاحبه.

(٦) كما لو قال (اسكنتك هذه الدار مده عمرى أو عمرك) و سميت العمرى لاقتران السكنى بالعمر، و السكنى أعم لأن السكنى هو التسليط على سكنى الدار سواء أطلق فقال:

(اسكنتك دارى) أو (لك سكنها) أو قدره بعمر أحدهما كما إذا قال (لك سكنى دارى مده حياتك أو مده حياتى) أو قدره بزم من معين كسنه و سنتين مثلا، فالجميع سكنى و إن اختص الأخير و هو المقيد بزم من معين بلفظ الرقبى، و هو مأخوذ من الارتقاب، و هو انتظار الأمد الذى علقت عليه السكنى أو مأخوذ من رقبه الملك بمعنى إعطاء الرقبه للانتفاع بها المده المذكور.

و يختص ما قبله و هو المقيد بمده العمر بالعمرى و هو مأخوذ من العمر، فلذا كانت السكنى أعم هذا مع اتحاد مورد الثلاثه فى السكنى.

غير أن السكن تختص فى السكن و أما العمرى فهى أعم من ناحيه المورد إذ كما تتعلق بالسكن كذلك تتعلق بمنافع كل ما

يصح وقفه من العقار و الحيوان و الأثاث و غيرها فيصح أن يقول: (لك منافعها مده عمرى أو عمرك)، و كذا الرقبى فهما أعم من السكنى بحسب المورد.

(٧) لأنها تشمل السكن و غيره من منافع ما يصح وقفه بخلاف السكنى فإنها تختص بالسكن فقط.

(٨) بل كل هذه الثلاثة تحتاج إلى ايجاب و قبول لأنها عقد، و الايجاب كل ما أفاد التسليط -

ص: ٢٤٧



من العقود، (و قبض) (١) على تقدير لزومها. أما لو كانت جائزه كالمطلقه (٢) كان الإقباض شرطاً في جواز التسلط على الانتفاع. ولما كانت الفائده بدونه (٣) منتفیه أطلق (٤) اشتراطه فيها (٥)، و يفهم من إطلاقه عدم اشتراط التقرب، و به صرح في - المذكور بحسب المتفاهم العرفي و لا- تشترط ألفاظ مخصوصه، و القبول هو كل ما دل على الرضا و القبول من الساكن، بل لا يبعد تحققهما بالفعل المفيد للتسليط و التسلط.

(١) بلا خلاف فيه كالوقف أو الهبه، و هو شرط صحه كما هو كذلك في الوقف و الهبه، و لا يشترط فيها قصد التقرب للأصل و عن ابن حمزه اشتراط نيه التقرب فيها و لا دليل عليه، نعم الثواب مترتب عليها و هذا أمر آخر.

(٢) و هي ما لو قال: (اسكنتك داري) و اطلق فيجوز فيها الرجوع متى شاء لم يكن القبض شرطاً في الصحه، بخلاف ما لو قيدها بمدته معينه فإنها تكون لازمه و لا يصح الرجوع فيكون القبض شرطاً في الصحه حينئذ و فيه: إن جواز الرجوع في المطلقه من ناحيه عدم تقييدها بزمن، و هذا لا ينافي كون العقد مع القبض هو السبب المؤثر.

(٣) بدون القبض.

(٤) و لم يذكر اللزوم على تقديره.

(٥) أى اشتراط القبض في السكنى، و قد عرفت أن إطلاقه في محله. هذا و اعلم أن القبض في السكنى و العمرى و الرقبى موجب للزومها كما عليه المشهور للأخبار.

منها: مضمرة حمران (سألته عن السكنى و العمرى فقال: الناس فيه عند شروطهم إن كان شرط حياته سكن حياته، و إن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى ينفوا، ثم يرد إلى صاحب الدار) (١) و صحيح الحسين بن نعيم عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام (سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل أيام حياته، أو له و لعقبه من بعده، قال: هي له و لعقبه كما شرط) ٢، نعم إذا كانت السكنى مطلقه فيجوز له الرجوع متى شاء لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل أسكن رجلاً داره و لم يوقت قال: جائز و يخرج إذا شاء) (٢) و عليه يحمل خبر أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (إن السكنى بمنزله العاريه إن أحب صاحبها أن يأخذها أخذها، و إن أحب أن يدعها فعل أى ذلك شاء) ٤، و عن أبي الصلاح و المقنعه و الغنيه و جامع الشرائع أن هذه الثلاثه من السكنى و أختيها تلزم إن قصد بها القربه و إلا فلا، و قيل لا تلزم مطلقاً و هو غير-

ص: ٢٤٨

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام السكنى و الحبس حديث ١ و ٢.

٢- (( ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام السكنى و الحبس حديث ١ و ٣.

الدروس و قيل: يشترط، و الأول أقوى، نعم حصول الثواب متوقف على نيته.

(فإن أقتت بأمد) مضبوط، (أو عمر أحدهما) المسكن أو الساكن (لزمت) تلك المدة و ما دام العمر باقيا، (و إلا) توقت بأمد، و لا عمر أحدهما (جواز الرجوع فيها) متى شاء، (و إن مات أحدهما) مع الإطلاق (بطلت) و إن لم يرجع (١). كما هو شأن العقود الجائزه، بخلاف الأولين، (و يعبر عنها) أى عن السكنى (بالعمري) إن قرنت بعمر أحدهما، (و الرقبى) إن قرنت بالمده، و يفترقان عنها بوقوعهما على ما لا يصلح للسكنى، فيكونان أعم منها من هذا الوجه، و إن كانت أعم منهما من حيث جواز إطلاقها فى المسكون، مع اقترانها بالعمر و المده و الإطلاق بخلافهما.

### فى أن كل ما صح وقفه صح إعمارُه

(و كل ما صح وقفه) من أعيان الأموال (صح إعمارُه) (٢) و إرقابه و إن لم يكن مسكنا، و بهذا ظهر عموم موضوعهما، (و إطلاق السكنى) الشامل للثلاثه (٣) حيث يتعلق بالمسكن (يقتضى سكنه بنفسه و من جرت عادته) أى عاده الساكن -معروف القائل، و لا دليل لهم سوى أصاله عدم الزوم مع ما تقدم أن قصد القربه يجعلها كالهبة المعوضه، و هذه الأخبار المتقدمه حجه عليها.

(١) لانتقالها إلى الوارث فتححتاج إلى عقد صريح من المالك الجديد.

(٢) بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها قال: هى لها على النحو الذى قال) (١) و خبر يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يكون له الخادم تخدمه فيقول: هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حره، فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو سته ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت) (٢) و هما ظاهران فى جواز العمري لكل ما يصح وقفه، و كذا الحكم فى الرقبى بناء على اتحاد الحكم فيهما خصوصا لخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السّلام (العمري و الرقبى سواء) (٢).

(٣) فيما لو أطلق أو قيدها بالعمر أو مده معينه.

ص: ٢٦٩

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام السكنى و الحبيس حديث ١ و ٢.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السكنى و الحبيس حديث ١.

(به) أى بإسكانه معه كالزوجه و الولد، و الخادم، و الضيف و الدابه إن كان فى المسكن موضع معد لمثلها، و كذا وضع ما جرت العاده بوضعه فيها من الأمتعه و الغله بحسب حالها (١)، (و ليس له أن يؤجرها)، و لا يعيرها، (و لا أن يسكن غيره) و غير من جرت عادته به (إلا بإذن المسكن)، و قيل: يجوز أن مطلقا (٢).

و الأول أشهر، و حيث تجوز الإجاره فالأجره للساكن.

## الرابع - التحبیس

### إشارة

(الرابع - التحبیس (٣):)

### فى حكمه

(و حكمه حكم السكنى فى اعتبار العقد و القبض)، (١) على المشهور و خالف ابن إدريس فجوز له إسكان من شاء و الإجاره لأن منفعه هذه الدار له فيجوز له التصرف فيها كيفما شاء، و فيه: إنه ليس مالكا للمنفعه مطلقا بل هو مسلط على استيفاء المنفعه على الوجه المخصوص من ناحيه سكناه فيها فقط، و من هنا تعلم أنه لا يجوز له إسكان من شاء أو إجارته إلا برضى المالك.

(٢) أى الإجاره و الإسكان بدون إذن المالك.

(٣) و هو حبس الملك على كل ما يصح الوقف عليه، بل عن ظاهر جماعه و صريح جماعه آخرين أنه هو وقف منقطع الآخر و لذا لم يستقصوا الكلام فى عقده و شرطه و مورده و فى الحابس و المحبوس عليه و أحكامه.

و الأصل فيه صحيح ابن أذينة (كنت شاهدا عند ابن أبى لیلی و قضى فى رجل جعل لبعض قرابته غله داره و لم يوقت وقتا، فمات الرجل فحضر ورثته عند ابن أبى لیلی، و حضر قرابته الذى جعل له غله الدار.

فقال ابن أبى لیلی: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال محمد بن مسلم الثقفى:

أما إن على بن أبى طالب عليه السلام قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال:

و ما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر محمد بن على عليهما السلام يقول: قضى على عليه السلام برد الحبيس و إنفاذ المواريث، فقال ابن أبى لیلی: هذا عندك فى كتابك؟ قال: نعم، قال:

فأرسل و اتتنا به، فقال له محمد بن مسلم: على أن لا تنظر فى الكتاب إلا فى ذلك الحديث، قال: لك ذلك، قال: فأحضر الكتاب و أراه الحديث عن أبى جعفر عليه السلام فى الكتاب فرد قضيته (١) و خبر عبد الرحمن الجعفى (كنت اختلف إلى ابن أبى لیلی فى مواريث لنا ليقسمها و كان فيه حبيس، فكان يدافعنى، فلما طال شكوته إلى أبى عبد الله عليه السلام فقال: أو ما علم أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أمر برد الحبيس و إنفاذ المواريث، قال:-

---

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام السكنى و الحبيس حديث ١.

(والتقييد بمدته و الاطلاق) و محله كالوقف،(و إذا حبس عبده أو فرسه) أو غيرهما مما يصلح لذلك (فى سبيل الله، أو على زيد لزم ذلك، ما دامت العين باقيه، و كذا لو حبس عبده، أو أمته فى خدمه الكعبه، أو مسجد أو مشهد).

فأتيته ففعل كما كان يفعل، فقلت له: إنى شكوتك إلى جعفر بن محمد عليهما السلام فقال لى:

كيت و كيت، قال: فحلّفتنى ابن أبى ليلى أنه قال ذلك فحلّفت له فقضى لى بذلك(١)، و مكاتبه على بن معبد (كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم بن محمد فى سنه ثلاث و ثلاثين و مأتين يسأله عن رجل مات و خلّف امرأه و بنين و بنات، و خلّف لهم غلاما أوقفه عليهم عشر سنين، ثم هو حر بعد العشر سنين، فهل يجوز لهؤلاء الورثه بيع هذا الغلام و هم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك؟ فكتب: لا- يبيعه إلى ميقات شرطه إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك فهو جائز لهم(٢) بناء على إرادته الحبس من الوقف كما هو مقتضى سياقه.

هذا و قد ذكر جماعه منهم العلامه فى التحرير و التذكره و الشهيدان فى اللمعه و الروضه هنا و المسالك و فى التنقيح و غيرها أن الحبس عقد محتاج إلى ايجاب و قبول، بل قيل: هو ظاهر الباقي.

و عن التذكره و المسالك و اللمعه و الروضه هنا اعتبار القبض، و عن جماعه قد تقدمت الإشارة إليهم أنه يشترط فيه القربه كالوقف بل هو وقف منقطع الآخر، ثم الجميع قسموا الحبس تاره على الآدمى و أخرى على غيره، فإن كان على غير الآدمى مثل الكعبه و المشهد و المسجد و غيرها من مواضع التقرب لله فلا- يعود الحبيس إلى ملك المالك بلا خلاف فيه، لما تقدم فى كتاب الوقف و الصدقه من أنه ما يعطى لله تعالى فلا يجوز الرجوع فيه.

و إن كان على الآدمى فإن لم يعين وقتا ثم مات الحابس كان ميراثا كما دل عليه الخبران الأولان بلا خلاف فيه، و كذا لو عين مدته و قد انقضت كان الحبيس ميراثا لورثه الحابس على تقدير موته بلا خلاف فيه للزوم الوفاء بالشرط، و إنما الكلام فى لزوم الحبس المطلق الذى لم يقيد بمدته قبل موت الحابس، ففى القواعد أن له الرجوع متى شاء لكونه كالسكنى المطلقه و تبعه جماعه، و ربما قيل بلزومه لأنه من مقتضيات العقد.

و الانصاف أن المسأله من أصلها إلى غالب فروعها غير واضحه الدليل و ليست هى منقحه و محرّره فى كلمات الفقهاء.

ص: ٢٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام السكنى و الحبيس حديث ١ و ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام السكنى و الحبيس حديث ٣.

و إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق بين إطلاق العقد و تقييده بالدوام، و لكن مع الإطلاق فى حبسه على زيد سيأتى ما يخالفه (١)، و فى الدروس أن الحبس على هذه القرب غير زيد يخرج عن الملك بالعقد، و لم يذكر هو و لا غيره حكم ذلك لو قرنه بمده، و لا حكم غير المذكورات (٢)، و بالجمله فكلامهم فى هذا الباب غير منقح،

### فى أنه لو حبس على رجل و لم يعين وقتا

(و لو حبس على رجل و لم يعين وقتا و مات الحابس كان ميراثا) بمعنى أنه غير لازم كالسكنى فتبطل بالموت، و يجوز الرجوع فيه متى شاء (٣)، و لو قرن فيه بمده لزم فيها، و رجع إلى ملكه بعدها.

و اعلم أن جملة أقسام المسألة كالسكنى، إما أن يكون على قربه كالمسجد، أو على آدمى، ثم إما أن يطلق، أو يقرنه بمده، أو يصرح بالدوام. و المحبس إما أن يكون عبدا، أو فرسا، أو غيرهما من الأموال التى يمكن الانتفاع بها فى ذلك الوجه. ففى الآدمى يمكن فرض سائر الأموال ليستوفى منافعها، و فى سبيل الله يمكن فرض العبد و الفرس و البعير و البغل و الحمار و غيرها، و فى خدمه المسجد و نحوه يمكن فرض العبد و الأمه و الدابه إذا احتيج إليها فى نقل الماء و نحوه، و غيره من الأملاك ليستوفى منفعتها بالإجاره، و يصرف على مصالحه، و كلامهم فى تحقيق أحكام هذه الصور قاصر جدا فينبغى تأمله.

(١) من رجوع العين عند موت الحابس فيما لو كان الحبس على الآدمى.

(٢) أى غير العبد و الفرس.

(٣) قبل موت الحابس.

كتاب المتاجر

اشاره

ص: ٢٧٣





## فى معنى المتاجر

(المتاجر) جمع متجر و هو مفعول من التجاره، إما مصدر ميمى بمعناها كالمقتل، و هو «هنا» نفس التكب، أو اسم مكان لمحل التجاره، و هى الأعيان المكتسب بها، و الأول (١) أليق بمقصود العلم، فإن الفقيه يبحث عن فعل المكلف و الأعيان متعلقات فعله، و قد أشار المصنف إلى الأمرين (٢) معاً، فإلى الثانى (٣) بتقسيمه الأول (٤)، و إلى الأول (٥) بقوله أخيراً: ثم التجاره تنقسم بانقسام الأحكام الخمسه، و المراد بها (٦) هنا (٧) التكب بما هو أعمّ من البيع (٨): فعقد الباب بعد ذكر الأقسام للبيع (٩) خاصه غير جيد، و كان أفرادها (١٠) بكتاب، ثم ذكر البيع فى كتاب كغيره (١١) مما يحصل به الاكتساب كما صنع فى الدروس أولى، و فيه فصول.

(١) أى التكب.

(٢) من التكب و متعلقه من الأعيان.

(٣) و هو الأعيان.

(٤) حيث سيقول الماتن: (و ينقسم موضوع التجاره).

(٥) أى التكب.

(٦) بالتجاره.

(٧) حيث وقعت فى أول كتاب البيع.

(٨) حيث يقع التكب بالإجاره و الصلح و غيرهما من عقود المعاوضات.

(٩) أى أقسام ما يتكب به.

(١٠) أفراد أقسام ما يتكب به تحت عنوان المكاسب.

(١١) مثل الإجاره و الصلح و بقيه العقود.

## الفصل الأول في موضوع التجاره

### في تقسيم التجاره بالأحكام الأربعة

(الأول - ينقسم موضوع التجاره) و هو ما يكتسب به و يبحث فيها (١) عن عوارضه اللاحقه له من حيث الحكم الشرعى (إلى محرم (٢) و مكروه (٣) و مباح (٤)، و وجه الحصر فى الثلاثه أن المكتسب به إما أن يتعلق به نهى، أو لا، و الثانى المباح، و الأول إما أن يكون النهى عنه مانعا من النقيض، أو لا، و الأول الحرام، و الثانى المكروه، و لم يذكر الحكمين الآخرين و هما: الوجوب (٥) و الاستحباب (٦)، لأنهما من عوارض التجاره (٧) كما سيأتى فى أقسامها،

### في الاكتساب المحرم

### في التجاره بالأعيان النجسه

(فالمحرم الأعيان النجسه (٨) (١) أى و يبحث فى التجاره عن عوارض موضوعها اللاحقه له من حيث الحكم الشرعى.

(٢) كبيع الخمر.

(٣) كبيع الأكفان.

(٤) كبيع الأشياء المباحه.

(٥) كالصناعات الواجبه كالطبايه.

(٦) كالزراعه و الرعى.

(٧) لا- من عوارض موضوعها، و غرض الشارح القول إن الأعيان بما هى هى لا- يتعلق بها الأحكام الثلاثه إلا باعتبار تعلق فعل المكلف بها، و أما الأحكام الخمسه فلا- تتعلق بها، و إنما تتعلق بالتكسب بما هو فعل مكلف و إن كان فى غير هذه الأعيان، كالصناعات الواجبه و الزراعه و الرعى فإنها واجبه أو مستحبه و لم تتعلق بالأعيان الخارجيه، فالتقسيم الثلاثى صحيح باعتبار العين الخارجيه بلحاظ فعل المكلف، و التقسيم الخماسى صحيح باعتبار فعل المكلف للتكسب و إن لم يتعلق بالعين.

(٨) لا- يجوز التكسب بها عدا ما استثنى بلا خلاف يعتد به، كما فى الجواهر، لخبر تحف العقول عن الصادق عليه السلام فى حديث (و أما وجوه الحرام من البيع و الشراء فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه من جهه أكله أو شربه أو كسبه أو نكاحه أو ملكه أو إمساكه أو هبته أو عاريتة أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد، نظير البيع بالربا، أو البيع للميته أو الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش و الطير أو جلودها، أو الخمر، أو شىء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرم، لأن ذلك كله منهى عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و التقلب فيه، فجميع تقلبه فى ذلك حرام) (١)، و خبر الدعائم عن أبى عبد الله عليه السلام (الحلال من البيوع كل ما هو حلال-

---

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(كالخمر (١) المتخذ من العنب، (و النبيذ) المتخذ من التمر، و غيرهما من الأنبذه كالبتع (٢) و المزر (٣)...

-من المأكول و المشروب و غير ذلك، مما هو قوام للناس و صلاح و مباح لهم الانتفاع به، و ما كان محرما أصله منها عنه لم يجز بيعه و لا شراؤه(١)، و النبوى المروى فى الغوالى (لعن الله اليهود حرّمت عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا ثمنها، و إن الله تعالى إذا حرّم على قوم أكل شىء حرّم عليهم ثمنه)(٢)، و مثله خبر الدعائم ٣، و أما الأخبار الخاصه فسيأتى التعرض لها كل فى مورده.

(١) للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل ترك غلاما له فى كرم له، يبيعه عنبا أو عصيرا فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه، قال: لا- يصلح ثمنه، ثم قال: إن رجلا من بنى ثقيف أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم روايتين من خمر، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فأهريقتا، و قال: إن الذى حرّم شربها حرّم ثمنها)(٣)، و خبر زيد بن على عن آبائه عليهم السلام قال: (لعن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الخمر و عاصرها و معتصرها و بايعها و مشتريها و ساقيتها و آكل ثمنها و شاربها و حاملها و المحموله إليه)(٤).

و منهما: يعرف حكم التكسب بكل مسكر مائع لأنه خمر كما نص عليه جماعه، بالإضافة إلى خبر مروان بن عمار عن أبى جعفر عليه السلام (و السحت أنواع كثيره منها: أجور الفواجر و ثمن الخمر و النبيذ المسكر)(٥)، و يعرف حكم الفقاع لخبر سليمان بن جعفر (قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام: ما تقول فى شرب الفقاع؟ فقال: خمر مجهول يا سليمان فلا تشربه، أما يا سليمان لو كان الحكم لى و الدار لى لجلدت شاربه و لقتلت بائعها)(٦).

(٢) و هو المتخذ من العسل.

(٣) و هو المتخذ من الحنطه.

ص: ٢٧٧

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

٢- (( ٢ و ٣) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨ و ملحقه.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب التكسب به حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

٥- (( ٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

و الجعه (١) و الفضيخ (٢) و النقيع (٣) و ضابطها (٤) المسكر (٥) و إن لم يكن مائعا كالحشيشه إن لم يفرض لها (٦) نفع آخر، و قصد بيعها المنفعه المحلله.

(و الفصاع) و إن لم يكن مسكرا، لأنه خمر استصغره الناس، (و المائع النجس غير القابل للطهاره) (٧) إما لكون نجاسته ذاتيه كآليات الميته (٨)، و المبانه من الحى، أو عرضيه كما لو وقع فيه نجاسه و قلنا بعدم قبوله للطهاره كما هو أصح القولين (٩) فى غير الماء النجس، (إلا الدهن) (١٠) بجميع أصنافه، (للضوء تحت) (١) و هو المتخذ من الحنطه.

(٢) و هو المتخذ من الشعير.

(٣) و هو المتخذ من البسر أى التمر.

(٤) و هو المتخذ من الزبيب.

(٥) أى ضابط الأنبذه.

(٦) و فيه: أن ضابطها النجاسه إذ حرّمت من ناحيه نجاستها لا- من ناحيه إسكارها، و منه تعرف أن تعميمه المسكر لغير المائع كالحشيشه ليس فى محله، لأن الحشيشه طاهره بالاتفاق بالإضافه إلى أن النجس من المسكر ما كان مائعا بالأصالة.

نعم قد يستدل على حرمه التكبب بالحشيشه بخبر عمار بن مروان المتقدم بناء على ما فى بعض نسخ التهذيب (و النيذ و المسكر) و هذا ما رواه الحرّ فى وسائله، و المسكر يشمل الجامد، و فيه: إن عطف المسكر بالواو على النيذ غير موجود فى بعض نسخ التهذيب و غير موجود فى الكافى، و يؤيده ورود نفس الروايه فى الخصال و معانى الأخبار (١)، و يستدل على حرمه التكبب بها بخبر الدعائم المتقدم (و ما كان محرما أصله منها عنه لم يجز بيعه و لا شراؤه) (٢).

(٧) للحشيشه.

(٨) لا خلاف و لا إشكال فى عدم جواز التكبب بكل مائع متنجس غير قابل للطهاره للأخبار العامه المتقدمه فى بحث الأعيان النجسه.

(٩) سيأتى الدليل عليها عند الكلام فى حرمه التكبب بالميته.

(١٠) قيد لعدم قبول المتنجس غير الماء للطهاره، و قد تقدم فى باب الطهاره.

ص: ٢٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكبب حديث ٢.

(السماء) لا تحت الظلال في المشهور، و النصوص مطلقة فجوازه مطلقا متجه، و الاختصاص بالمشهور تعبد، لا لنجاسه دخانه، فإن دخان النجس عندنا طاهر، لاستحاله.

و قد يعلل بتساعد شيء من أجزائه مع الدخان قبل إحاله النار له بسبب سخونه إلى أن يلقي الظلال فتتأثر بنجاسته.

-منها: صحيح معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: جرد مات في سمن أو زيت أو غسل، قال: أما السمن و العسل فيؤخذ الجرد و ما حوله، و الزيت يستصبح به) (١)، و التفصيل باعتبار كون الزيت مائعا بحسب الغالب بخلافهما، و استفاد ذلك من صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إذا وقعت الفأره في السمن فماتت فيه، فإن كان جامدا فألقها و ما يليها، و إن كان ذائبا فلا- تأكله و استصبح به، و الزيت مثل ذلك) (٢)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الفأره تقع في السمن، أو في الزيت فتموت فيه، فقال: إن كان جامدا فطرحتها و ما حولها و يؤكل ما بقى، و إن كان ذائبا فأسرج به و أعلمهم إذا بعته) (٣) و خبر معاوية بن وهب و غيره عن أبي عبد الله عليه السلام (في جرد مات في زيت ما تقول في بيع ذلك؟ فقال: بعه و بينه لمن اشتراه ليستصبح به) (٤).

و مقتضى الأخبار عدم اشتراط الاستصبح بتحته السماء، و هذا ما نسب إلى جماعه، و عن المشهور الاشتراط لما أرسله الشيخ في المبسوط قال (و روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف) (٢)، و على فرض العمل به فالتقييد إنما هو للتعبد المحض، لا لنجاسه دخانه كما عن بعضهم في مقام التعليل للمنع منه تحت السقف، لأنه يستلزم تنجيس السقف، و فيه: إن دخان الأعيان النجسه أو المتنجسه طاهر بالاستحاله كالرمد، و على فرض نجاسته فتنجيس السقف ليس بمحرّم، و عن المختلف استبعد استحاله جميع الأجزاء فيبقى منها شيء يتساعد بسبب سخونه فيؤثر في تنجيس السقف، و هو على تقديره لا يحكم بالنجاسه إلا مع العلم بذلك.

على أن هذا المرسل لا يمكن العمل به لكثرة الأخبار المطلقة و هي صادرة في مقام البيان فلا يمكن تقييدها بهذا المرسل.

ص: ٢٧٩

١- (( ١ و ٢ و ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

٢- (٥) المبسوط ج ٦ ص ٢٨٣.

و فيه: عدم صلاحيته (١) مع تسليمه للمنع (٢)، لأن تنجيس مالك العين لها غير محرم. والمراد الدهن النجس بالعرض كالزيت تموت فيه الفأرة و نحوه، لا بالذات كآليه الميتة (٣)، فإن استعماله محرم مطلقا (٤)، للنهي عن استعماله كذلك (٥).

(و الميتة) (٦)...

-فلا يمكن تقييدها بهذا المرسل.

(١) أى عدم صلاحية التعليل لأن تنجيس السقف من قبل صاحبه ليس بمحرّم.

(٢) إذ لا نسلم خصوصا فى السقف العالى، و لذا لا يحكم بالتنجيس إلا مع العلم بوصول هذه الأجزاء، و أنى لنا حصوله.

(٣) بل و كذا المأخوذة من الحى، فهى ميتة و لكن خصت بالذكر لورود الأخبار بها.

منها: خبر الوشاء سألت أبا الحسن عليه السّلام فقلت: إن أهل الجبل تنقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها قال: هى حرام، قلت: فتستصبح بها؟ فقال: أ ما تعلم أنه يصيب اليد و الثوب و هى حرام(١)، و خبر الكاهلى (سأل رجل أبا عبد الله و أنا عنده عن قطع أليات الغنم فقال: لا بأس بقطعها إذا كنت تصلح بها مالك، ثم قال: إن فى كتاب على عليه السّلام أن ما قطع منها ميت لا ينتفع به)(٢) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى أليات الضأن تقطع و هى أحياء، قال: إنها ميتة)٣.

و هى مطلقه فتشمل حرمة الاستصباح بها و لو تحت السماء، بل يحرم كل انتفاع بها و لكن يعارضها خبر البزنطى صاحب الرضا عليه السّلام (سألت عن الرجل يكون له الغنم يقطع من ألياتها و هى أحياء، أ يصلح أن ينتفع بما قطع، قال: نعم يذبيها و يسرج بها و لا يأكلها و لا يبيعها)(٣) و مثله خبر الحميرى فى قرب الإسناد٥، و هو الأقوى لجواز الانتفاع بالميتة و منها ألياتها بكل ما لا يتوقف على طهارتها كما سيأتى فانتظر.

(٤) و لو تحت السماء.

(٥) أى مطلقا.

(٦) فيحرم التكسب بها بلا خلاف فيه للأخبار.-

ص: ٢٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٣.

٣- (( ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الذبائح حديث ٤ و ملحقه.

و أجزاءها التي تحلها الحياه، دون ما لا تحله (١)، مع طهاره أصله بحسب ذاته (٢)،(و الدم) (٣) و إن فرض لها (٤) نفع حكمى (٥) كالصغ،(و أرواث و أبوال غير المأكول (٦) و إن فرض لهما نفع، أما هما مما يؤكل لحمه فيجوز -منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر، و مهر البغى و الرشوه فى الحكم و أجر الكاهن)(١)، و فى وصيه النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم لعلى عليه السّلام (يا علىّ من السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر الزانيه و الرشوه فى الحكم و أجر الكاهن)٢.

(١) كالشعر و الصوف فيجوز التكبس بها لأن مناط حرمه التكبس بالميتة لكونها نجسه كما هو صريح خبر تحف العقول المتقدم (أو شىء من وجوه النجس فهذا كله حرام) إلى آخره، و ما لا تحله الحياه من الميتة طاهر، و منه يعرف جواز التكبس بالميتة الطاهره، كميته السمك و ما لا نفس له.

(٢) فيشمل الجلال لأن نجاسته عرضيه.

(٣) بلا- خلاف فى عدم جواز التكبس به للأخبار العامه المتقدمه، و لمرفوع الواسطى (مرّ أمير المؤمنين عليه السّلام بالقصابين فنهاهم عن بيع سبعة أشياء من الشاه، نهاهم عن بيع الدم و الغدد و آذان الفؤاد و الطحال و النخاع و الخصى و القضيب)(٢).

(٤) للدماء.

(٥) أى نفع معتدّ به عند العقلاء إلا أنه لا يزيد فى الشىء عينا، و ستعرف أن كلّ هذه الأدله الداله على حرمه التكبس بالأعيان النجسه إنما هى من ناحيه منافعها المقصوده من الأكل و الشرب، كما هو الغالب لها فى عصر صدور النص، و أما لو استجد لها منافع مقصوده غير متوقفه على طهارتها فيجوز التكبس بها لذلك، و منه بيع الدم لنقله للمرضى.

(٦) بلا خلاف فيه للأخبار العامه المتقدمه، لأنهما نجسان، و لخبر يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (ثمن العذره من السحت)(٣) و هو محمول على عذره الإنسان أو غير مأكول اللحم جمعا بينه و بين محمد بن مضارب عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس ببيع العذره)٥ المحمول على عذره ما يؤكل لحمه، و يؤيد هذا الجمع خبر سماعه بن مهران-

ص: ٢٨١

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥ و ٩.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢.

٣- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٣.



مطلقا (١)، لطهارتهما، و نفعهما، و قيل: بالمنع مطلقا (٢)، إلا بول الإبل، - (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر فقال: إنى رجل أبيع العذره فما تقول؟ قال:

حرام بيعها و ثمنها، و قال: لا بأس ببيع العذره) (١) و من البعيد اختلاف الحكم فى الموضوع الواحد من متكلم واحد فى مجلس واحد، فلا بد من الحمل على تعدد الموضوع.

نعم إذا كان لها منفعة مقصوده غير متوقفه على الطهاره كالتسميد و نحوه فيجوز كما ستعرف، و منه تعرف ضعف ما قاله الشارح (و إن فرض لهما نفع).

(١) حتى لو كان بولا لغير إبل على المشهور، لطهارتهما، و دليل حرمة التكسب المتقدم من الأخبار العامه مختص بالنجس.

(٢) روثا كان أو بولا- كما نسب إلى المفيد و سائر، مع عدم تحقق النسبه إليهما إلا فى البول ما عدا بول الإبل، و أما الروث فيجوز التكسب بها على كل حال للسيره القائمه على التسميد بها فضلا عن كون دليل حرمة التكسب مختصا بالنجس.

ثم و قد ذهب إلى حرمة التكسب بالأبوال، عدا بول الإبل كل من الشيخ فى النهايه و العلامه فى التذكره و القواعد و الإرشاد فضلا عن المفيد و سائر، لحرمة شربها فيحرم البيع تبعاً لها، لأن كل ما حرم الله أصله لا يجوز بيعه و لا شراؤه كما تقدم فى خبر الدعائم المتقدم فى الأخبار العامه.

و فيه: لا نسلم بحرمة شربها فقد ذهب السيد المرتضى و جماعه إلى جواز شربها اختياراً، و قد كانت العرب - على ما قيل - تشربها عند إغواز الماء فلا يستخبثونها، لموثق عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن بول البقر يشربه الرجل، قال: إن كان محتاجاً إليه يتداوى به يشربه، و كذلك أبوال الإبل و الغنم) (٢)، و خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن شرب الرجل أبوال الإبل و البقر و الغنم ينعته له من الوجع، هل يجوز له أن يشرب؟ قال: نعم و لا بأس به) (٣) و هما صريحان فى تساوى بول الإبل مع بولهما، على أن حرمة بيعه لحرمة شربه مختص بما إذا كان شربه هو المنفعة المقصوده منه، مع أنه قيل من فوائده المقصوده التسميد به.

به: للأخبار.

منها: خبر المفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه شكاً إليه الربو الشديد فقال:-

ص: ٢٨٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النجاسات حديث ١٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب الأطعمه المباحه حديث ٧.

للاستشفاء به (١) (و الخنزير و الكلب) (٢) البريان مطلقا (٣)، (إلا كلب الصيد و الماشيه و الزرع و الحائط) (٤) كالبلستان و الجرو القابل للتعليم، و لو خرجت الماشيه - اشرب له أبوال اللقاح، فشربت ذلك فمسح الله دائي) (١)، و اللقاح هو الابل كما عن القاموس، و خبر الجعفرى (سمعت أبا الحسن موسى عليه السّلام يقول: أبوال الإبل خير من ألبانها، و يجعل الله الشفاء فى ألبانها) (٢).

(١) فلا- يجوز التكسب بهما بلا خلاف فيه لنجاستهما فتشملهما الأخبار العامه المتقدمه، و مرسل ابن أبى نجران عن الرضا عليه السّلام (سألته عن نصرانى أسلم و عنده خمر و خنازير، و عليه دين هل يبيع خمره و خنازيره و يقضى دينه؟ قال: لا) (٢) و خبر السكونى المتقدم (السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب) (٣) و مثلها غيرها.

(٢) حتى الجزء الذى لا تحله الحياه، لما تقدم فى كتاب الطهاره أنه نجس، و دليل حرمه التكسب منوط بالنجاسه كما عرفت.

(٣) لا خلاف بينهم فى جواز بيع كلب الصيد إلا من العماني حيث منع عن بيع الكلب مطلقا، و هو ضعيف للأخبار الكثيره.

منها: خبر العامرى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن ثمن الكلب الذى لا يصيد، فقال:

سحت، و أما الصيود فلا بأس) (٤) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن ثمن كلب الصيد، فقال: لا بأس بثمانه، و الآخر لا يحل ثمنه) ٦ و مفهوم خبره الآخر عنه عليه السّلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: ثمن الخمر و مهر البغى و ثمن الكلب الذى لا يصطاد من السحت) ٧ و خبر الوليد العمارى عنه عليه السّلام (عن ثمن الكلب الذى لا يصيد فقال: سحت، و أما الصيود فلا بأس) ٨.

و مقتضى الأخبار جواز التكسب بكلب الصيد مطلقا، فما عن الشيخين تخصيصه بالسلوقى، و هو المنسوب إلى سلوق، قريه فى اليمن ليس فى محله، إلا أن يراد منه مطلق الصيود لأن أكثر كلاب هذه القريه معلّمه.

(٤) نسب المنع إلى جماعه من القدماء منهم المفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه و الخلاف و المبسوط، و ابن زهره و القاضى و يحيى بن سعيد حيث خصّوا الجواز بكلب الصيد، مع -

ص: ٢٨٣

١- ( ( ١ و ٢ ) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب الأطمعه المباحه حديث ٨ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

٤- ( ( ٥ و ٦ و ٧ و ٨ ) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٥ و ٦ و ٧.

عن ملكه، أو حصد الزرع، أو استغل الحائط لم يحرم اقتناؤها، رجاء لغيرها، ما لم يطل الزمان بحيث يلحق بالهراش (١)،...

-أنه يمكن إرادتهم منه المثل لكل كلب ينتفع به منفعه مقصوده، و على كل ذهب المشهور إلى الجواز في هذه الكلاب الثلاثة التي يجمعها الكلب الحارس، لما قاله الشيخ في المبسوط: (يجوز بيع كلب الصيد، و روى أن كلب الماشيه و الحائط مثل ذلك) (١)، و خبر العوالي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ في حديث: (لا أدع كلبا بالمدينه إلا قتلته، فهربت الكلاب حتى بلغت العوالي، فقيل: يا رسول الله: كيف الصيد بها و قد أمرت بقتلها؟ فسكت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ فجاء الوحي باقتناء الكلاب التي ينتفع بها، فاستثنى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ كلاب الصيد و كلاب الماشيه و كلاب الحرث، و أذن في اتخاذها) (٢)، و ما رواه أبو الفتوح في تفسيره عن أبي رافع عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ في حديث: (أنه رخص في اقتناء كلب الصيد، و كل كلب فيه منفعه مثل كلب الماشيه، و كلب الحائط و الزرع، رخصهم في اقتنائه) (٣)، و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا خير في الكلاب إلا كلب صيد أو كلب ماشيه) (٤).

بل إن جواز التكبس بكلب الصيد إنما هو بمنفعته، و هو يدل على جواز التكبس بكل كلب فيه منفعه و لذا رخص في اقتنائه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ على ما في الخبر المتقدم، و منه تعرف حكم الجرو القابل للتعليم.

(١) و هو الكلب غير الصيود و غير الحارس هذا و ليس المحرم هو خصوص بيع الأعيان النجسه بل المحرم مطلق التكبس بها من بيع أو شراء أو جعلها ثمنا في البيع و أجره في الإجاره و عوضا للعمل في الجعالة، و مهرا في النكاح و عوضا في الخلع و الصلح عليها بعوض و نحو ذلك كل ذلك لحرمة ثمنها و حرمة التقلب بها كما ورد في بعض الأخبار المتقدمه، و استثنى من حرمة التكبس بالأعيان النجسه بيع الكافر بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: موثق إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام (في شراء الروميات، فقال:

اشترهن و بعهن) (٤) و خبر زكريا بن آدم (سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو إلى أن-

ص: ٢٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

٢- (( ٢ و ٣ )) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦ و ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

قال و سألته عن الديلم يسرق بعضهم من بعض، و يغير المسلمون عليهم بلا إمام أ يحلّ شراؤهم؟ قال: إذا أقرّوا لهم بالعبودية فلا بأس بشراؤهم(١).

و استثنى كلب الصيد و الكلب الحارس كما تقدم، هذا من جهه و من جهه أخرى ذهب المشهور إلى عدم جواز الانتفاع بالأعيان النجسه لقوله عليه السّلام في خبر تحف العقول (فجميع قلبه في ذلك حرام)(٢)، و للأمر بإهراق الخمر في صحيح ابن مسلم المتقدم(٣)، و منه تعرف عدم جواز الانتفاع بالمتنجس لوحده المناط، و فيه: أن القدر المتيقن من الأخبار المتقدمه هو حرمة الانتفاع بها بما لها من منافع مقصوده و هي متوقفه على طهارتها كالأكل و الشرب، و المفروض أنها نجسه، أما لو فرض لها منافع مقصوده، و كان استيفاؤها غير متوقف على طهارتها فلا كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بالعبء الكافر من خدمته لسيده، و كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بمنافع كلب الصيد و الكلب الحارس، و كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بالدهن المتنجس بالاستصباح، و كذا ليعمله صابونا كخبر الدعائم عن أبي جعفر محمد بن علي عليه السّلام في حديث: (و سئل أمير المؤمنين عليه السّلام عن الدواب تقع في السمن و العسل و اللبن و الزيت، قال: إن كان ذائبا أريق اللبن و استسرج بالزيت و السمن إلى أن قال - و قال في الزيت: يعمل صابونا إن شاء)(٤)، و خبر الجعفريات عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام سئل عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت قال: الزيت خاصه يبيعه لمن يعمل صابونا)٥ و مثله خبر ابن الأشعث ٦.

و كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بأليه الغنم في الاستصباح و هو من المنافع غير المتوقفه على طهارتها كخبر البنظي عن الإمام الرضا عليه السّلام (عن الغنم يقطع ألياتها و هي أحياء، أ يصلح له أن ينتفع بما قطع؟ قال عليه السّلام: نعم يذبيها و يسرجها و لا يأكلها و لا يبيعهها)(٥) و مثله خبر الحميري ٨ في قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام.

و كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بجلد الميتة كمكاتبه أبي القاسم الصيقل و ولده-

ص: ٢٨٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٤- (٤) (٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤ و ٢ و ٧.
- ٥- (٥) (٧ و ٨) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الذبائح حديث ٤ و ملحقه.

(و آلات اللهو) (١)...

- (كتبوا إلى الرجل: جعلنا الله فداك، إنا قوم نعمل بالسيوف ليست لنا معيشه و لا تجاره غيرها و نحن مضطرون إليها، و إنما علاجنا جلود الميتة و البغال و الحمير الأهليه، لا يجوز في أعمالنا غيرها، فيحلّ لنا عملها و شراؤها و بيعها و مسّها بأيدينا و ثيابنا، و نحن نصلى في ثيابنا، و نحن محتاجون إلى جوابك في هذه المسأله، يا سيدنا لضرورتنا، فكتب:

اجعل ثوبا للصلاه) (١)، و مكاتبه قاسم الصيقل (كتبت إلى الرضا عليه السّلام: إني أعمل أغماد السيوف من جلود الحمر الميتة فتصيب ثيابي، فأصلى فيها؟ فكتب إليّ: اتخذ ثوبا لصلاتك) (٢)، و خبر سماعه (سألته عن جلد الميتة المملوح و هو الكيمخت، فرخص فيه، و قال: إن لم تمسه فهو أفضل) (٣)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (إن على بن الحسين عليهما السّلام كان يبعث إلى العراق فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه، فإذا حضرت الصلاه ألقاه و ألقى القميص الذي يليه، فكان يسأل عن ذلك فقال: إن أهل العراق يستحلّون لباس الجلود الميتة، و يزعمون أن دباغه ذكاته) (٤) فالأقوى جمعا بين الأخبار جواز الانتفاع بالأعيان النجسه في استيفاء منافعها غير المتوقفه على طهارتها، بل جواز التكسب بها إذا كانت هذه المنافع منافع مقصوده معتد بها عرفا كبيع الدم للمرضى كما هو الشائع في عصورنا.

ثم لا- يجوز التكسب بالعين النجسه لاستيفاء منافعها المتوقفه على طهارتها كما عرفت و لكن هل يجوز بذل المال لرفع يد الاختصاص عنها، قيل: نعم لعدم صدق التكسب بالنجس بعد عدم كون المال عوضا عنه بل عن رفع اليد عنه، و فيه: إن حق الاختصاص مختص بالمشتركات و أما ثبوته فيما حرّم الشارع جميع منفعه المقصوده منه غالبا فلا دليل عليه، فبذل المال في قبالة رفع اليد عن هذا الحق غير الثابت مشكّل.

(١) بلا- خلاف فيه لخبر تحف العقول عن الإمام الصادق عليه السّلام (و كذلك كل بيع ملهوّ به، و كل منهي عنه مما يتقرب به لغير الله، أو يقوى به الكفر و الشرك من جميع وجوه المعاصي، أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه و هبته و عاربتة و جميع التقلب فيه إلا- في حال تدعو الضروره إلى ذلك - إلى أن قال: إنما حرم الله الصنائه التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضا نظير البرابط و المزامير-

ص: ٢٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب النجاسات حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب النجاسات حديث ٣.

من الدف و المزمار و القصب (١) و غيرها،(و الصنم) (٢) المتخذ لعباده الكفار، (و الصليب) الذى يتدعه النصارى،(و آلات القمر (٣) كالنرد) بفتح النون، -و الشطرنج و كل ملهوه به، و الصلبان و الأصنام، و ما أشبه من ذلك من صناعه الأشربه الحرام، و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً، و لا- يكون منه و لا- فيه شىء من وجوه الصلاح، فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع الثقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها(١)، و خبر أبى الفتوح فى تفسيره عن أبى أمامه عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ (إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى بَعَثَنِي هَدَى وَ رَحِمَهُ لِلْعَالَمِينَ، وَ أَمَرَنِي أَنْ أَمْحُو الْمِزَامِيرَ وَ الْمَعَازِفَ وَ الْأُوتَارَ وَ الْأَوْثَانَ وَ أُمُورَ الْجَاهِلِيَّةِ - إِلَى أَنْ قَالَ - إِنَّ آلَاتَ الْمِزَامِيرِ شِرَاؤُهَا وَ يَبِيعُهَا وَ ثَمَنُهَا وَ التِّجَارَةُ بِهَا حَرَامٌ)(٢).

(١) و هو غير المزمار، و هو ما يغنى به الرعاه غالباً.

(٢) بل كل هياكل العباده المبتدعه بلا خلاف فيه لخبر تحف العقول المتقدم، و لخبر الدعائم عن أبى عبد الله عن أبيه عن آباءه عليهم السّلام (إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْأَحْرَارِ، وَ عَنْ بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَ الدَّمِ وَ الْخَنْزِيرِ وَ الْأَصْنَامِ، وَ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ وَ عَنْ ثَمَنِ الْخَمْرِ وَ عَنْ بَيْعِ الْعِذْرَةِ)(٣)، بل و صحيح ابن أذينة الوارد فى بيع الخشب لمن يعمله صنماً قال: (كتبت إلى أبى عبد الله عليه السّلام: أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه برابط، فقال: لا بأس به، و عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلباناً، قال: لا)(٤) صحيح عمرو بن حريث عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن التوت أبيعته يصنع للصليب و الصنم؟ قال: لا)٥.

و هما دالان على حرمة بيع الصليب و الصنم بالأولويه.

(٣) بلا- خلاف فيه لخبر تحف العقول المتقدم، و لخبر أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السّلام (فى قوله تعالى: إِنَّيَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، قال: أما الخمر فكل مسكر من الشراب - إلى أن قال - و أما الميسر فالنرد و الشطرنج، و كل قمار ميسر، و أما الأنصاب فالأوثان التى كانت تعبدتها المشركون، و أما الأزلام فالأقداح التى كانت تستقسم بها المشركون من العرب فى الجاهليه، كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشىء من هذا حرام من الله محرم، و هو رفس -

ص: ٢٨٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٦.
- ٣- (٣) مستدرک الوسائل الأب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

(و الشطرنج) بكسر الشين فسكون الطاء ففتح الراء،(و البقيرى) بضم الباء الموحده، و تشديد القاف مفتوحه، و سكون الياء المشناه من تحت و فتح الراء المهمله قال الجوهرى: هى لعبه للصبيان و هى كومه من تراب حولها خطوط (١)، و عن المصنف رحمه الله: أنها الأربعة عشر (٢).

### فى بيع السلاح لأعداء الدين

(و بيع السلاح) بكسر السين من السيف، و الرمح، و القوس، و السهام، و نحوها (لأعداء الدين) (٣) مسلمين كانوا، أم كفارا، و منهم قطع الطريق فى حال -من عمل الشيطان، و قرن الله الخمر و الميسر مع الأوثان(١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (بيع الشطرنج حرام، و أكل ثمنه سحت)(٢) و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام فى حديث المناهى (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن اللعب بالنرد و الشطرنج إلى أن قال - و نهى عن بيع النرد)(٣).

و ظاهر الأخبار الوارد، فى آلات اللهو و هياكل العباده المبتدعه و آلات القمار حرمه التكبب بها لتمحضها بالفساد، و لازمه عدم ترتب منفعه محلله معتدّ بها عند العقلاء عليها، نعم لو كسرت و خرجت عن عناوينها المحرمه و كان لمادتها قيمه فيجوز التكبب بها لزوال موضوع الحكم عنها، و كذا يجوز بيعها صحيحه إن قصد مادتها و اشترط على المشتري كسرها و كان المشتري ممن يوثق بديانته كما هو مختار العلامه فى التذكرة و تبعه عليه جماعه.

(١) بل هى عبارته عن كومات من التراب، فى إحداها شىء مستور و من أخرجه أخذ المال المقرر له كما عن القاموس.

(٢) فى تفسير العياشى عن الإمام الرضا عليه السلام (إن الشطرنج و النرد و أربعة عشر و كل ما قومر عليه منها فهو ميسر)(٤)، و عن مجمع البحرين أنها صفان من النقر فى كل صف سبع نقر، و يوضع فى هذه النقر شىء يلعب به، و النقر حفره صغيره فى الأرض.

(٣) بلا خلاف فيه لخبر تحف العقول المتقدم، و لصحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجاره، قال: إذا لم يحملوا سلاحا فلا بأس)(٥) و لوصيه النبى صلى الله عليه و آله و سلم كما فى خبر حماد بن عمرو و أنس بن محمد (يا على كفر بالله العظيم -

ص: ٢٨٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٠٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

الحرب، أو التهيؤ له، لا- مطلقاً (١)، و لو أرادوا الاستعانة به على قتال الكفار لم -من هذه الأمه عشره: القتات - إلى أن قال - و بائع السلاح من أهل الحرب(١)، و خبر أبي بكر الحضرمي (دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام فقال له حكم السراج: ما تقول فيمن يحمل إلى الشام السروج و أدواتها؟ فقال: لا بأس أنتم اليوم بمنزله أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، إنكم في هدنه، فإذا كانت المباينه حرم عليكم أن تحملوا إليهم السروج و السلاح(٢) و خبر هند السراج (قلت لأبي جعفر عليه السلام: أصلحك الله إني كنت أحمل السلاح إلى أهل الشام فأبيعه منهم، فلما عرفني الله هذا الأمر ضقت بذلك، و قلت: لا أحمل إلى أعداء الله، فقال لي: أحمل إليهم و بعهم، فإن الله يدفع بهم عدونا و عدوكم، يعنى الروم، فإذا كانت الحرب بيننا فلا تحملوا، فمن حمل إلى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك(٣)، و خبر السراد عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: إني أبيع السلاح، فقال: لا تبعه في فتنه(٤) و مكاتبه أبي القاسم الصيقل (كتبت إليه إني رجل صيقل أشتري السيوف و أبيعها من السلطان، أ جائر لي يبيعها؛ فكتب: لا بأس به(٥).

و مقتضى الأخبار حرمه بيعه للمشركين مطلقاً كما هو ظاهر الخبرين الأولين، و حرمه بيعه للمخالفين من المسلمين حال الحرب فقط، و أما في حال الهدنه فيجوز كما هو مقتضى ظاهر بقيه الأخبار، و هو اختيار المستند، و منه تعرف ضعف اطلاق الحرمة في الجميع كما عن الشيخين و الحلبي و الديلمي و العلامه في التذكرة و المحكى عن حواشى الشهيد، و تعرف ضعف ما عن المشهور من اختصاص الحرمة بحال قيام الحرب للمشركين و المخالفين.

ثم إن غالب النصوص على حرمة بيع السلاح و هو ما يستعمل في الحرب للغلبه كما هو معناه العرفي كالسيف و الرمح و القوس و السهم، و لكن بعضها قد اشتمل على السروج و السلاح، و في خبر هند السراج جعل مناط الحكم تقويه العدد علينا حيث قال (فمن حمل إلى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك)، و في خبر تحف العقول جعل مناط الحكم تقويه الكفر أو الشرك أو توهين الحق حيث قال: (أو يقوى به الكفر و الشرك من جميع وجوه المعاصي، أو باب يوهن به الحق فهو حرام) إلى آخره، و هى ظاهره في حرمة بيع كل ما يوجب غلبتهم علينا و تقويتهم و توهين الحق، فتشمل الحرمة كل ما يعتمد عليه لا لعدو و يتقوى به كالسرج و الدرع و البيضة و نحو و نحو ذلك، و من خبر تحف العقول حيث جعل المدار على توهين الحق تعرف شمول الحكم لقاطع الطريق أيضاً.

(١) فلا يشمل حال الهدنه، و قد عرفت أنه مختص بالمخالفين دون المشركين.

ص: ٢٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٧.

٢- (( ٢ و ٣ و ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ و ٤ و ٥.



يحرم (١)، و لا يلحق بالسلاح ما يعدّ جنّه للقتال كالدرع و البيضة و إن كره،

### فى إجاره المساكن و الحموله للمحرم

(و إجاره المساكن و الحموله) بفتح الحاء و هى الحيوان الذى يصلح للحمل كالإبل و البغال و الحمير، و السفن داخله فيه تبعاً، (للمحرم) (٢) كالخمر و ركوب الظلمه و إسكانهم لأجله (٣) نحوه، (و بيع العنب و التمر) و غيرهما مما يعمل منه المسكر، (ليعمل مسكراً) (٤) سواء شرطه فى العقد، أم حصل الاتفاق عليه، (و الخشب) (١) كما هو صريح خبر هند السراج المتقدم.

(٢) بلا- خلاف فيه لخبر صابر عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يؤجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: حرام أجره) (١)، و هو محمول على صورته اشتراط بيع الخمر فيه فى العقد أو بنى العقد على ذلك جمعاً بينه و بين صحيح ابن أذينة، قال (كتبت إلى أبى عبد الله عليه السّلام أسأله عن الرجل يؤجر سفينته و دابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر و الخنازير، قال: لا بأس) ٢ حيث ظاهر الصحيح جواز الإجاره لمن اتفق له المحرم، و كذا فى صورته نعم علم المؤجر باستخدام المستأجر ذلك للحرام من دون اشتراط كما سيأتى دليله.

(٣) لأجل الظلم.

(٤) مع الاشتراط فى متن العقد أو بناءه عليه بلا خلاف فيه و يدل عليه خبر صابر المتقدم الوارد فى إجاره البيت ليعمل فيه خمرًا مع عدم خصوصيه للبيت و الإجاره، و هو محمول على صورته الاشتراط جمعاً بينه و بين أخبار قد دلت على جواز البيع لمن يعلم أنه يعمل خمرًا.

منها: صحيح ابن أذينة (كتبت إلى أبى عبد الله عليه السّلام أسأله عن رجل له كرم، أبيع العنب و التمر ممن يعلم أنه يجعله خمرًا أو سكرًا؟ فقال: إنما باعه حلالاً فى الإبان الذى يحل شربه أو أكله، فلا بأس ببيعه) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن بيع عصير العنب ممن يجعله حراماً، فقال: لا بأس به تبعه حلالاً ليحمله حراماً، فأبعده الله و أسحقه) (٣)، و خبر أبى كهيمس (سأل رجل أبا عبد الله عليه السّلام فقال: لى كرم و أنا أعصره كل سنه و أجعله فى الدنان، و أبيع قبل أن يغلى، قال: لا بأس به، و إن غلى فلا يحلّ ببيعه، ثم قال: هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرًا) ٥ و صحيح رفاعه -

ص: ٢٩٠

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

٣- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤ و ٥.

(ليصنع صنما)، أو غيره من الآلات المحرمة، (و يكره بيعه لمن يعمله) من غير أن يبيعه لذلك، إن لم يعلم أنه يعمله و إلا فالأجود التحريم، و غلبه الظن كالعلم، و قيل: يحرم ممن يعمله مطلقا (١).

-بن موسى (سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن بيع العصير ممن يخمره، قال: حلال، ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شرابا خبيثا) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا، فقال: بعه ممن يطبخه أو يصنعه خلا أحب إلي، و لا أرى بالأول بأسا) ٢ و مثلها غيرها، و من الأخير استفيد كراهه بيع العنب لمن يعلم أنه يعمله خمرا، و منه تعرف ضعف ما عن جماعه منهم العلامة في المختلف و الشيخ في النهاية و الشهيد في حواشيه من القول بالحرمه في صوره العلم بدون الاشتراط ليس في محله، و دعوى أن هذه الأخبار متعارضة مع ما ورد من عدم جواز بيع الخشب لمن يصنعه صنما كصحيح ابن أذينة (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا، قال عليه السلام: لا) (٢) و صحيح ابن حريث عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الثوب أبيع ممن يصنع الصليب أو الصنم، قال: لا) ٤ فتحمل أخبار العنب على ما لو وقع ذلك اتفاقا، و أخبار الخشب على صوره العلم فضلا عن الاشتراط، فهي مردوده لصراحه أخبار العنب بالجواز في صوره العلم بأنه يصنعه خمرا، فالأقوى اختصاص الصحيحين الأخيرين بموردهما من عدم جواز بيع الخشب لمن يعلم أنه يصنعه صنما أو صليباً فضلا عن الاشتراط و لا يتعدى به إلى غيره و لعل للشرك خصوصيه غير الخمر، و يدل عليه صدر صحيح ابن أذينة المتقدم فإنه قال (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه برابط، فقال: لا بأس به، و عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا، قال: لا) (٣).

(١) حتى في غير صوره العلم، و مما تقدم تعرف ضعف الجمع بين العنب ليعمل خمرا و بين الخشب ليعمل صنما.

ثم إن الشهيدين قد تركا حرمه التكب بما لا منفعه فيه، و هو مما لا خلاف فيه لأن بذل المال بإزائه أكل له بالباطل فيشملة قوله تعالى (وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (٤)، و ما لا نفع فيه كالخنافس و الديدان و فضلات الإنسان، و قد وقع الخلاف -

ص: ٢٩١

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨ و ٩.

٢- (( ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

٣- (( ٥ )) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٤- (( ٦ )) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(و يحرم عمل الصور المجسمه) ذوات الأرواح. و احترز بالمجسمه (١) عن -بينهم فى عدّ السباع مما لا نفع فيه، و الأصح جواز بيعها للانتفاع بجلودها و ريشها لصحيح العيص عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الفهود و سباع الطير هل يلتمس التجاره فيها؟ قال عليه السّلام: نعم) (١)، و خبر أبى مخلمد السراج عن أبى عبد الله عليه السّلام فقد سأله رجل عن بيع جلود النمر (فقال عليه السّلام: مدبوغه هى؟ قال: نعم، قال: ليس به بأس) (٢)، و خبر عبد الحميد بن سعيد عن أبى الحسن عليه السّلام (عن عظام الفيل، يحلّ بيعه أو شراؤه الذى يجعل منه الأمشاط؟ فقال: لا بأس قد كان لى منه مشط أو أمشاط) ٣، بل من مجموع الأخبار يستفاد أن المدار فى جواز التكسب على وجود منفعه محلله مقصوده مترتبه على الشىء، و لذا يصح بيع دود العلف و دود القز و النحل و الهرة، ففى صحيح محمد بن مسلم و عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام (و لا بأس بثمن الهرّ) (٣)، بل و كل السباع و المسوخ و الحشرات إن ترتب عليها المنفعة المذكوره، و دعوى أن الممسوخ لا يجوز التكسب به ممنوعه لعدم قيام دليل يدل على كون المسخ مانعا من التكسب.

(١) وقع الاتفاق بينهم على حرمة تجسيم ذى الروح و هو المسمى عندنا بالنحت، و اختلفوا فى الزائد تبعا لاختلاف الأخبار، ففى بعضها حرمة التجسيم كخبر الحضرمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (من أكل السحت سبعة - إلى أن قال - و الذين يصورون التماثيل) (٤)، و خبر الأصبغ بن نباته (قال أمير المؤمنين عليه السّلام (من جدد قبرا أو مثل مثلا فقد خرج عن الإسلام) (٥)، و صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر، فقال: لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان) (٦) و منه يظهر مفهوم اللقب فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (لا بأس بتماثيل الشجر) ٨، و صحيح البقباق عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قول الله عز و جل: يعملون له ما يشاء من محاريب و تماثيل، فقال: و الله ما هى تماثيل الرجال و النساء و لكنه الشجر و شبهه) ٩، و صحيح -

ص: ٢٩٢

- ١- ( (١ و ٣) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.
- ٤- ( (١) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.
- ٥- ( (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المسالك حديث ١٠.
- ٦- ( (٧ و ٨ و ٩) الوسائل الباب - ٩٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ٢ و ١.

الصور المنقوشه على نحو الوساده و الورق، و الأقوى تحريمه مطلقا. و يمكن أن يريد ذلك (١) بحمل الصفه (٢) على المثل (٣) لا المثل (٤).

## في الغناء

(و الغناء) (٥)...

-محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: ثلاثه يعذبون يوم القيامة: من صور صورته من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها و ليس بنافخ فيها)(١) الخبر، بناء على أن النفخ ظاهر في كون الصورة هي المجسمه لأنها غير ناقصه إلا من الروح فلذا أمر بالنفخ فيها، و مقتضى النصوص المتقدمه حرمه التجسيم لذي الروح من الإنسان و الحيوان، و أما الجماد فلا و هذا هو القدر المتيقن من فتاوى الأصحاب و اختاره جماعه من المتأخرين.

و في بعضها حرمه التصوير الشامل للتجسيم كخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله، عن آباءه عن أمير المؤمنين عليهم السلام (إياكم و عمل الصور، فإنكم تسألون عنها يوم القيامة)(٢)، و خبر تحف العقول عن أبي عبد الله عليه السلام (و صنعه صنوف التصاوير ما لم يكن فيه مثال الروحاني فحلال تعلمه و تعليمه)(٣)، و صحيح محمد بن مروان المتقدم بناء على عدم تقييده بالمجسم كما استدلل به الشارح في المسالك و فيه: إن خبر ابن مروان مختص بالمجسم كما عرفت، و الأولان لا بد من حملهما على المجسم جمعا بين الأخبار، و إن كان الأحوط حرمه مطلقا تصوير ذي الروح.

(١) أي تحريمه مطلقا.

(٢) أي المجسمه.

(٣) أي على المصور الذي أريد تصويره.

(٤) و هو الشبيه و المراد به فعل المصور، و هو التصوير.

(٥) لا خلاف بينهم في حرمه الغناء إلا من الكاشاني حيث نسب إليه القول بالجواز، و الأدله كثيره على حرمة.

منها: خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن قوله عز و جل: و اجتنبوا قول الزور، قال: قول الزور الغناء)(٤)، و مثله مرسل ابن أبي عمير، و خبر أبي بصير، و صحيح هشام المروى في تفسير العياشي ٧ و صحيح محمد بن مسلم عن أبي -

ص: ٢٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ٩٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٧.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٤- ( (٤ و ٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ و ٨ و ٩ و ٢٦.

—جعفر عليه السّلام (سمعته يقول: الغناء مما وعد الله عليه النار، و تلا هذه الآية: وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ، وَ يَتَّخِذَهَا هُزُوًا، أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُهِينٌ) (١)، و قريب منها خير مهرا بن محمد ٢ و خير الوشاء ٣.

و صحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل: و الذين لا يشهدون الزور، قال: الغناء) (٢)، و خبر يونس (سألت الخراساني عليه السّلام عن الغناء و قلت: إن العباسي ذكر عنك أنك ترخص في الغناء فقال: كذب الزنديق ما هكذا قلت له، سألتني عن الغناء فقلت: إن رجلا أتى أبا جعفر عليه السّلام فسأله عن الغناء، فقال: يا فلان، إذا ميّز الله بين الحق و الباطل فأين يكون الغناء؟ قال: مع الباطل، فقال: قد حكمت) (٣) و خبر عبد الأعلى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الغناء و قلت: إنهم يزعمون أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم رخص في أن يقال: جئناكم جئناكم حيونا حيونا نحياكم، فقال: كذبوا إن الله عز و جل يقول: و ما خلقنا السموات و الأرض و ما بينهما لاعبين، لو أردنا أن نتخذ لها لاتخذناه، من لدنا إن كنا فاعلين، بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه فإذا هو زاهق و لكم الويل مما تصفون، ثم قال: ويل لفلان مما يصف، رجل لم يحضر المجلس) (٤).

و عن الكاشاني جواز الغناء بما هو و إنما يحرم لما يصاحبه من آلات اللهو و دخول الرجال و الكلام بالباطل و استدلال بخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (أجر المغنيه التي تزف العرائس ليس به بأس، و ليست بالتي يدخل عليها الرجال) (٥) و مثله خبره الآخر ٨ و مرسل الفقيه (سأل رجل على بن الحسين عليه السّلام عن شراء جاربه لها صوت، فقال: ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنة) ٩، و خبر قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه (سألته عن الغناء هل يصلح في الفطر و الأضحى و الفرح، قال: لا بأس به ما لم يعص به) (٦).

و فيه: مع ضعف أسانيدها لا تصلح لمعارضه ما تقدم من الأخبار على أن مرسل الفقيه—

ص: ٢٩٤

- ١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦ و ٧ و ١١.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥ و ٣.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٣.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٥.
- ٥- (( ٧ و ٨ و ٩ )) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ١ و ٥.
- ٦- (١٠) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

بالمَد وهو مَدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب (١)، أو ما سُمي في العرف غناء وإن لم يطرب (٢)، سواء كان في شعر، أم قرآن، أم غيرهما، واستثنى منه المصنف وغيره الحداء للإبل (٣)، وآخرون ومنهم المصنف في الدروس فعله للمرأة - صريح في الجارية ذات الصوت الحسن وهو أجنبي عن الغناء، وعلى أن خبري أبي بصير صريحان في جواز الغناء في الأعراس وهذا ما سيأتي البحث في استثنائه ولا تدل على جواز مطلق الغناء.

(١) كما نسب إلى المشهور، واختلفوا في تفسير المطرب، فعن جماعة أنه خفه تعترى الإنسان لشده السرور، وعن مفتاح الكرامه أنه مَدّ الصوت وتحسينه، والأولى إرجاع تحديد الغناء إلى العرف وإن لم يطرب فعلا، بل ما كان من شأنه الإطراب، والرجوع إلى العرف محتم بعد عدم ورود تحديد له من قبل الشارع.

ثم الغناء عند أهل فنه مخصوص بصوت الإنسان الذي من شأنه إيجاد الطرب بتناسبه، والتناسب في الصوت له ميزان عند أهل اللحن من البم والزير والبز والمد والارتفاع والانخفاض والاتصال والانفصال، وهذا التناسب هو المسمى بالغناء كما يسمى فن تناسب آلات الموسيقى بالإيقاع، ويسمى فن تناسب الحركات الصادره من أعضاء البدن بالرقص.

ولكن الغناء عند أهل العرف العام أعم منه إذ قد لا يكون الصوت موقعا على السلم الإيقاعي عندهم وهو غناء عند العرف.

نعم لا بد من الجزم بعدم كون مجرد مَدّ الصوت غناء وإلا لحرّم الأذان والنداء، ولا مجرد تحسينه غناء وإلا لحرّم على الكثير من النساء النطق، وفي الخبر (أن الله ما بعث نبيا إلا حسن الصوت) (١) وفي خبر آخر (كان علي بن الحسين عليه السلام يقرأ القرآن فربما مرّ به المارّ فصعق من حسن صوته) (٢). ومما تقدم تعرف إمكان تحقق الغناء في القرآن والمراثي، فدعوى عدم إمكانيتها في المراثي ليس في محلها.

(٢) فعلا.

(٣) فالمشهور على استثنائه للنبي (أنه قال لعبد الله بن رواحه: حرّك النوق، فاندفع يرتجز وكان عبد الله جيد الحداء وكان مع الرجال، وكان أنجشه مع النساء فلما سمعه تبعه فقال صلى الله عليه وآله وسلم لأنجشه: رويدك، رفقا بالقوارير) (٢) وفي المناقب (وكان حادي بعض نسائه صلى الله عليه وآله وسلم -

ص: ٢٩٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب قراءه القرآن حديث ٢ و ٥.

٢- (٣) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٢٧.

فى الأعراس (١) إذا لم تتكلم بباطل، و لم تعمل بالملاهى، و لو بدف فىه صنح، لا بدونه (٢)، و لم يسمع صوتها أجانب الرجال. و لا بأس به.

### فى معونه الظالمين بالظلم

(و معونه الظالمين بالظلم) (٣) كالكتابه لهم، و إحضار المظلوم و نحوه، لا -خادمه أنجشه، فقال لأنجشه: أرفق بالقوارير، و فى روايه لا تكسر القوارير(١)، و خبر السكونى عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: زاد المسافر الحداء و الشعر، ما كان منه ليس فىه جفاء) و فى نسخه: (ليس فىه فناء)(٢)، و مثله خبر الجعفریات(٣)، و منها تعرف ضعف ما عن جماعه منهم العلامه من حرمه الغناء مطلقا.

(١) على المشهور لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن كسب المغنيات فقال: التى يدخل عليها الرجال حرام، و التى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (المغنيه التى تزف العرائس لا بأس بكسبها) و خبره الثالث عنه عليه السلام (أجر المغنيه التى تزف العرائس ليس به بأس، و ليست بالتى يدخل عليها الرجال)، و القدر المتيقن من هذه النصوص جواز الغناء حال الزفاف و هو حال دخول المرأه إلى بيت زوجها، مع شرط عدم دخول الرجال عليهن، و أما تقييد الشارح بعدم سماع صوتهن أجانب الرجال مما لا دليل عليه بل الدليل على اشتراط عدم الدخول، و هو مطلق، و عن العلامه و جماعه المنع من الغناء مطلقا و هو ضعيف بما سمعت من النصوص.

(٢) أى بدون الصنح و لازمه جواز الضرب عليه للنبوى (نهى عن الضرب بالدف و الرقص و عن اللعب كله، و عن حضوره و عن الاستماع إليه، و لم يجر ضرب الدف إلا فى الأملاك و الدخول، بشرط أن يكون فى البكر و لا يدخل الرجال عليهن)(٤)، و هو مطلق يشمل ما لو كان فىه صنح أو لا، ثم المراد بالأملاك عقد النكاح، و لم يتعرض الأصحاب له و لا لاشتراط ذلك فى زفاف البكر.

(٣) بلا خلاف فىه للأخبار.

منها: خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (العامل بالظلم المعين له و الراضى به -

ص: ٢٩٦

- ١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب آداب السفر إلى الحج و غيره حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب آداب السفر إلى الحج و غيره حديث ١.
- ٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب آداب السفر إلى الحج و غيره حديث ١.
- ٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٤.



-شركاء ثلاثتهم(1)، و خبر و رام بن أبي فراس في كتابه (قال عليه السّلام: من مشى إلى ظالم ليعينه و هو يعلم أنه ظالم فقد خرج من الإسلام)2، و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السّلام عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم في حديث المناهي: (ألا- و من علق سوطا بين يدي سلطان جعل الله ذلك السوط يوم القيامة ثعبانا من النار، طوله سبعون ذراعا يسأطه الله عليه في نار جهنم و بئس المصير)3، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (من تولى خصومه ظالم أو أعان عليها ثم نزل به ملك الموت قال له: أبشر بلعنه الله و نار جهنم و بئس المصير)(2)، بل المشهور على عدم الحرمة فيما لو أعانهم على مباح مع أن النصوص المستفيضة ناطقه بالنهي عن ذلك حتى في المستحب ففي خبر يونس بن يعقوب (قال لي أبو عبد الله عليه السّلام: لا تعنهم على بناء مسجد)(3)، و لكن الإنصاف أن القدر المتيقن منها حرمة إعانتهم مع صدق أنه من أعوانهم كما في خبر محمد بن عذافر عن أبيه قال أبو عبد الله عليه السّلام: (يا عذافر، نبئت أنك تعامل أبا أيوب و الربيع، فما حالك إذا نودى بك في أعوان الظلمه، قال: فوجم أبي فقال له أبو عبد الله عليه السّلام لما رأى ما أصابه: أي عذافر، إنما خوفتك بما خوفني الله عز و جل به، فقال محمد: فقدم أبي فما زال مغموما مكروبا حتى مات)(4)، و خبر ابن أبي يعفور (كنت عند أبي عبد الله عليه السّلام فدخل عليه رجل من أصحابنا فقال له: جعلت فداك، إنه ربما أصاب الرجل منا الضيق أو الشده فيدعى إلى البناء بينه أو النهر يكرهه، أو المسناه يصلحها، فما تقول في ذلك؟ فقال أبو عبد الله عليه السّلام: ما أحب أني عقدت لهم عقده، أو وليت لهم وكاء و إن لي ما بين لابتها، لا و لا مده بقلم، إن أعوان الظلمه يوم القيامة في سرادق من نار حتى يحكم الله بين العباد)7، و خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إذا كان يوم القيامة نادى مناد: أين أعوان الظلمه، و من لاق لهم دواتا، أو ربط كيسا أو مدّ لهم مده قلم، فاحشروهم معهم)8.

و تدل أيضا على تحريم محبه بقائهم لخبر صفوان الجمال (دخلت على أبي الحسن الأول عليه السّلام فقال لي: يا صفوان كل شيء منك حسن جميل ما خلا شيئا واحدا،-

ص: ٢٩٧

- ١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ و ١٥ و ١٠.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨.
- ٤- (( ٦ و ٧ و ٨ )) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ٦ و ١١.

-قلت: جعلت فداك أى شىء؛ قال: إكراؤك جمالك من هذا الرجل - يعنى هارون -، قال: والله ما أكريته أشرا ولا بطرا ولا للصيد ولا للهو، ولكنى أكريته لهذا الطريق - يعنى طريق مكه -، ولا أتولاه بنفسى، ولكن ابعت معه غلمانى.

فقال لى: يا صفوان أيقع كراؤك عليهم؟ قلت: نعم جعلت فداك، فقال لى: أ تحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت: نعم، قال: من أحبّ بقاءهم فهو منهم، ومن كان منهم كان ورده النار.

قال صفوان: فذهبت فبعت جمالى عن آخرها، فبلغ ذلك إلى هارون، فدعانى فقال لى: يا صفوان بلغنى أنك بعت جمالك، قلت: نعم، قال: ولم؟ قلت: أنا شيخ كبير وإن الغلمان لا يفون بالأعمال، فقال: هيهات هيهات، إنى لأعلم من أشار عليك بهذا، أشار عليك بهذا موسى بن جعفر، قلت: ما لى و لموسى بن جعفر، فقال: دع هذا عنك فوالله لو لا حسن صحبتك لقتلتك(١) ، و مرفوع سهل بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قول الله عز و جل: ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار، قال عليه السّلام: هو الرجل يأتى السلطان فيحب بقاءه إلى أن يدخل يده إلى كيسه فيعطيه)(٢) ، و خير عياض عن أبى عبد الله عليه السّلام (و من أحب بقاء الظالمين فقد أحب أن يعصى الله)(٣).

و تدل أيضا على حرمه معاونتهم بالمباح إذا كان مسجلا فى دفترهم و ديوانهم و لعله لصدق أنه من أتباعهم و أعوانهم كما فى خبر الكاهلى عن أبى عبد الله عليه السّلام (من سؤد اسمه فى ديوان الجبارين من ولد فلان حشره الله يوم القيامة حيرانا)(٣) و فى روايه التهذيب (من سؤد اسمه فى ديوان ولد سابع حشره الله يوم القيامة خنزيرا)(٤) و سابع مقلوب عباس و هو تعبير شابع فى الأخبار للتيه.

و تدل أيضا على حرمه إعانتهم بالمباح إذا كان فى ذلك تشييد سلطانهم كخبر على بن أبى حمزه (كان لى صديق من كتّاب بنى أميه فقال لى: استأذن لى على أبى عبد الله عليه السّلام فاستأذنت له عليه فأذن له، فلما أن دخل سلّم و جلس، ثم قال: جعلت فداك إنى كنت فى ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالا كثيرا و أغمضت فى مطالبه، فقال أبو-

ص: ٢٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٧.

٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

معاونتهم بالأعمال المحلله كالخياطه، و إن كره التكبب بماله (١)،

## فى النوح بالبابل

(و النوح بالبابل) (٢) بأن تصف الميت بما ليس فيه، و يجوز بالحق إذا لم تسمعها الأجنب، -عبد الله عليه السلام: لو لا أن بنى أميه وجدوا لهم من يكتب و يجبى لهم الفىء و يقاتل عنهم و يشهد جماعتهم لما سلبونا حقنا، و لو تركهم الناس و ما فى أيديهم ما وجدوا شيئاً إلا ما وقع فى أيديهم(١)، و على هذا تحمل بقيه الأخبار الداله على النهى عن معاونتهم و لو بالمباح أو المستحب.

(١) مال العمل المحلل، و قد كره من حيث معامله الظالمين كما فى المسالك.

(٢) لخبر الحسين بن زيد عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى حديث المناهى (أنه نهى عن الرنه عند المصبيه، و نهى عن النياحه و الاستماع إليها، و نهى عن تصفيق الوجه)(٢) و خبره الآخر عنهم عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أربعة لا تزال فى أمتى إلى يوم القيامة، الفخر بالأحساب و الطعن فى الأنساب و الاستسقاء بالنجوم و النياحه، و إن النائحه إذا لم تتب قبل موتها تقوم يوم القيامة و عليها سربال من قطران و درع من جرب)٣، و خبر الزعفرانى عن أبى عبد الله عليه السلام (و من أصيب بمصبيه فجاء عند تلك المصبيه بنائحه فقد كفرها)٤، و قد حملت على النوح بالبابل بمعنى الكذب لمرسل الصدوق (قال عليه السلام:

لا بأس بكسب النائحه إذا قالت صدقا)(٣)، و يكون النوح بالحق جائزاً و عليه تحمل الأخبار الداله على فعل النياحه فى دار الصادق عليه السلام عند موت ابنته و ابنه كما فى خبر الحسين بن زيد و قيل له (أ يباح فى دارك فقال: إن رسول الله عليه السلام لما مات حمزه قال: لكن حمزه لا بواكى عليه)(٤)، و صحيح يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السلام (قال لى أبى: يا جعفر أوقف لى من مالى كذا و كذا لنوادب تندبنى عشر سنين، يعنى أيام منى)٧، و فى الخبر (إنما تحتاج المرأه إلى النوح لتسيل دمعها و لا ينبغى لها أن تقول هجراً، فإذا جاء الليل فلا تؤذى الملائكه بالنوح).

و لذا وردت جملة من الأخبار بجواز كسب النائحه كخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس بأجر النائحه التى تنوح على الميت)٨ و مرسل الصدوق (سئل الصادق عليه السلام عن أجر النائحه فقال: لا بأس به قد نبح على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم)٩، نعم -

ص: ٢٩٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١ و ١٢ و ٥ و ٩.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب الدفن حديث ٢.

٤- (( ٦ و ٧ و ٨ و ٩) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٦ و ٧ و ١٠.

(و هجاء المؤمنىن) (١) بكسر الهاء و المد و هو ذكر معايبهم بالشعر، و لا- فرق فى المؤمن بين الفاسق و غيره، و يجوز هجاء غيرهم (٢) كما يجوز لعنه.

-إذا شارطت كره ذلك لخبر حنان بن سدير عند ما طلبت منه امرأه فى الحى أن يسأل أبا عبد الله عليه السّلام عن أجر النائحة فقال عليه السّلام (تشارط؟ فقلت: و الله ما أدرى تشارط أم لا؟ فقال: قل لها لا تشارط، و تقبل ما أعطيت)(١).

(١) بلا خلاف فيه، و الهجاء هو ذكر المعايب و عدّها، كما فى القاموس، و هو يشمل النثر و الشعر، و بذلك صرح الكثير من الفقهاء، نعم فى المسالك و الروضه هنا و جامع المقاصد تبعاً للنهايه و المصباح و القاموس تخصيصه بالشعر فقط و هو ليس فى محله لأنه على خلاف المتبادر منه.

و لفظ الهجاء لم يرد فى كتاب و لا فى سنه، و لكن قد يكون غيبه كما لو ذكر معايبه فى غيابه، و قد يكون همزا كما لو ذكرها فى حضوره، و قد يكون إذاعه لسره و تعبيراً له، و قد يذكره بما ليس فيه بداعى الذم فىكون بهتاناً، و هذه العناوين محرمة قطعاً فلذا حرم الهجاء.

ثم مقتضى ما ذكر حرمه الهجاء لمطلق المؤمن فاسقاً كان أو عادلاً، و ما ورد من جواز غيبه الفاسق بفسقه مثل خبر هارون بن الجهم عن أبى عبد الله (إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له و لا غيبه)(٢)، إنما هو مختص بالغيبه فقط فلا يشمل الهجاء.

(٢) من المخالفين و الكفار، أما الكفار فلما روته العامه عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه أمر حسانا بهجوهم و قال: (إنه أشد عليهم من رشق النبال)(٣)، و أما المخالفون فالسيره: من العلماء و غيرهم قائمه على ذلك و فى الجواهر قال: (بل لعل هجاؤهم على رءوس الأشهاد من أفضل عباده العباد ما لم تمنع التقيه) خصوصاً أئمتهم لصحيح داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدى فاطهروا البراءه منهم و أكثروا من سبهم و القول فىهم و الوقيعه، و باهتوهم كى لا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام، و يحذرهم الناس و لا يتعلمون من بدعهم، يكتب الله لكم بذلك الحسنات و يرفع لكم به الدرجات فى الآخره)(٤) و مثله غيره.

ص: ٣٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٤.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٣٨.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١.

(و الغيبه) (١) بكسر المعجمه، و هو القول و ما فى حكمه فى المؤمن بما يسوؤه (١) بلا- خلاف فى لقوله تعالى: (وَ لَا يَعْتَبِرْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَ يُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ) (١)، و للأخبار.

منها: خبر سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السّلام (من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته و كملت مروته و ظهر عدله و وجبت أخوته) (٢) و خبر سليمان بن خالد عن أبى جعفر عليه السّلام (المؤمن حرام على المؤمن أن يظلمه أو يخذله أو يغتابه) (٣)، و فى ثالث (يا أبا ذر إياك و الغيبه، فإن الغيبه أشد من الزنا) (٤) و فى رابع (تحرم الجنه على ثلاث: على المنان و على المغتاب و على مدمن الخمر) (٥) و فى خامس (سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر، و أكل لحمه معصيه لله و حرمة ماله كحرمة دمه) (٦) إلى غير ذلك من الأخبار و مقتضى الآيه حرمة غيبه الأخ المختص بالمؤمن لقوله تعالى: (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ) (٣)، فيجوز غيبه المخالف كما عليه السيره، بل هى عندهم من أفضل الطاعات و أكمل القربات كما فى الجواهر، و ما ذهب إليه المقدس الأردبيلي من عموم حرمة الغيبه لكل مسلم فى غير محله.

و إنما الكلام فى موضوعها فالمشهور أن الغيبه ذكر أخيك بما يكرهه و هو حق و فى الخبر (قلت: يا رسول الله و ما الغيبه؟ قال: ذكرك أخاك بما يكره، قلت: يا رسول الله فإن كان فيه الذى يذكر به، قال: اعلم أنك إذا ذكرته بما هو فيه فقد اغتبتته، و إذا ذكرته بما ليس فيه فقد بهته) (٤)، و أن يكون المذكور مستورا لخبر عبد الرحمن بن سيابه عن أبى عبد الله عليه السّلام (الغيبه أن تقول فى أخيك ما ستر الله عليه، و أما الأمر الظاهر مثل الحده و العجله فلا، و البهتان أن تقول فى ما ليس فيه) (٥) و خبر يحيى الأزرق (قال لى أبو الحسن عليه السّلام: من ذكر رجلا من خلفه بما هو فيه مما عرفه الناس لم يغبه، و من ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس اغتابه، و من ذكره بما ليس فيه فقد بهته) (٦) و خبر ابن سرحان (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الغيبه قال: هو أن تقول لأخيك فى دينه ما لم يفعل و تثبت عليه أمرا قد ستره الله عليه لم-

ص: ٣٠١

١- (١) سورة الحجرات، الآيه: ١٣.

٢- (( ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ )) الوسائل الباب - ١٥٢ - من أبواب أحكام العشره حديث ٢ و ١ و ٩ و ١٠ و ١٢.

٣- (٧) سورة الحجرات، الآيه: ١٠.

٤- (٨) الوسائل الباب - ١٥٢ - من أبواب أحكام العشره حديث ٩.

٥- (( ٩ و ١٠ )) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب العشره حديث ٢ و ٣.

لو سمعه مع اتصافه به (١)، و فى حكم القول الإشاره باليد و غيرها من الجوارح، و التحاكي بقول، أو فعل كمشيهِ الأعرج، و التعريض كقوله: أنا لست متصفا بكذا، أو الحمد لله الذى لم يجعلنى كذا، معرّضا بمن يفعله، و لو فعل ذلك بحضوره (٢)، أو قال فيه ما ليس به (٣) فهو أغلظ تحريما، و أعظم تأثيما، و إن لم يكن غيبه اصطلاحا. و استثنى منها (٤) نصح المستشير (٥)، و جرح الشاهد (٦)، -يقم عليه فيه حد(١)، و الغيبه لا تختص باللسان بل تشمل الإشاره إلى عيوب أخيك المستوره لما روى عن عائشه (أنها قالت: دخلت علينا امرأه، فلما ولت أو مأت بيدي أى قصيره، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: اغتبتها)(٢)، و إن كان ظاهره تحقق الغيبه بالأمر الظاهره، و هو غير معمول به من هذه الجهه.

(١) و إلا كان افتراء و بهتاناً.

(٢) فهو إيذاء للمؤمن و تعيير له إن قصد ذمه.

(٣) فهو بهتان.

(٤) من الغيبه المحرمه.

(٥) للنبوى (أنه صلى الله عليه و آله و سلم قال لفاطمه بنت قيس حين شاورته فى خطابها: أما معاويه فرجل صعلوك لا مال له، و أما أبو جهم فلا- يضع العصا عن عاتقه)(٣)، و خبر عمر بن يزيد عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السلام (من استشار أخاه فلم ينصحه محض الرأى سلبه الله عز و جل رأيه)(٤).

(٦) أى جرح شهود البيئه صونا لأموال الناس و عرضهم و أنفسهم، و إلا لو لم يجرز لأمكن أن يدعى الشخص ما يشاء و يقيم على دعواه من أشباه الهمج و الرعاع بل و الفسقه و يشهدون له على ما يريد، و كذلك تجوز الغيبه لجرح الرواه الضعفاء إذ يتوقف عليه حفظ الدين و صيانه شريعته سيد المرسلين، و قد جرت سيره الأصحاب على ذلك و لهم فى ذلك كتب مفصله، بل قوله تعالى: (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا) (٥) فمن بيان حال الفاسق الحامل للخبر يستفاد جواز جرح أمثاله، و هم المخبرون فيما لو تعلق بأموال الناس و دياتهم و أعراضهم و دمائهم.

ص: ٣٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ١.

٢- (٢) الدر المنثور ج ٦ ص ٩٤.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٣٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام العشره حديث ٢.

٥- (٥) سورة الحجرات، الآى: ٦.

و التظلم (١) و سماعه، و ردّ من ادعى نسبا ليس له (٢)، و القدح في مقاله، أو دعوى باطله في الدين (٣)، و الاستعانه على دفع المنكر (٤)، و ردّ العاصي إلى الصلاح، و كون المقول فيه مستحقا للاستخفاف، لتظاهره بالفسق (٥)، و الشهاده (١) أى إظهار المظلوم لما فعله به الظالم، و إن كان الظالم مستترا به، لقوله تعالى: (وَلَمَنِ انْتَصَرَ بِغَدِّ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ) (١)، و قوله تعالى: (لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ) (٢) مع ضميمه ما أرسله الطبرسى في مجمع البيان في تفسير قوله تعالى: (لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ... والآيه، عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الضيف ينزل بالرجل فلا يحسن ضيافته، فلا جناح عليه أن يذكر سوء ما فعله) (٣)، فإذا جاز للمضيف ذكر ما ظلم به من الضيافة اللائقه بحقه فغيره من المظلومين أولى.

و إذا جاز التظلم جاز استماعه لعدم التفكيك بينهما.

(٢) لأن مصلحه الأنساب أولى خصوصا إذا ترتب على دعواه أثر من الإرث و النظر إلى النساء الأجنبية.

(٣) لأن صيانته الشريعة المقدسه أولى.

(٤) بحيث لا يرتدع العاصي إلا باغتيابه لعموم أدله و جوب ردع المنكر، بل غيبته إحسان في حقه.

(٥) فلا غيبه للمتجاهر بالفسق بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر هارون بن الجهم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا جاهر الفاسق بنفسه فلا حرمة له و لا غيبه) (٤) و خبر أبى البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام (ثلاثه ليس لهم حرمة: صاحب هوى مبتدع، و الإمام الجائر، و الفاسق المعلن بالفسق) (٥) و النبوى المشهور (لا غيبه لفساق) (٥)، و النبوى الآخر (من ألقى جلباب الحياء فلا غيبه له) (٧)، و لا نافية للجنس فيجوز اغتيابه فيما لم يتجاهر به بالإضافة إلى إطلاق الخبرين الأولين، فضلا عن مفهوم خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم، كان ممن حرمت غيبته و كملت -

ص: ٣٠٣

١- (١) سورة الشورى، الآيه: ٤٢.

٢- (٢) سورة النساء، الآيه: ١٤٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٧.

٤- (( ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٤ و ٥.

٥- (( ٦ و ٧) مستدرک الوسائل الباب - ١٣٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٦ و ٣.

على فاعل المحرم حسب (١) وقد أفردنا لتحقيقها رساله شريفه (٢) من أراد الاطلاع على حقائق أحكامها فليقف عليها.

## في حفظ كتب الضلال

(و حفظ كتب الضلال) (٣) عن التلف، أو عن ظهر القلب، (و نسخها و درسها) قراءه، و مطالعه، و مذاكره، (لغير النقض) لها، (أو الحجه) على أهلها بما اشتملت عليه مما يصلح دليلا لإثبات الحق، أو نقض الباطل لمن كان من أهلها، (أو التقيه) و بدون ذلك يجب إتلافها، إن لم يمكن أفراد مواضع الضلال، و إلا اقتصر عليها (٤)،

## في تعلم السحر

(و تعلم السحر) (٥)...

-مروته و ظهر عدله و وجبت أخوته(١).

(١) أى احتسابا للأجر عند الله جلّ و علا، و قد تقدم فى باب الشهادات الأمر بتحمل الشهاده و أدائها وهذا بحسب الغالب شهاده على الناس بما يفعلونه من المحرمات كالزنا و اللواط و نحوهما.

(٢) اسمها (كشف الريبه فى أحكام الغيبه).

(٣) بلا- خلاف فيه لخبر تحف العقول عن أبى عبد الله عليه السّلام (و كل منهى عنه مما يتقرب به لغير الله تعالى أو يقوى به الكفر و الشرك من جميع وجوه المعاصى، أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريته و جميع التقلب فيه - إلى أن قال - إنما حرّم الله الصناعه التى هى حرام كلها التى يجىء منها الفساد محضا - إلى أن قال - و ما يكون منه و فيه الفساد محضا، و لا يكون منه و لا فيه شىء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذه الأجره عليه، و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها) (٢)، و لا- يخفى إمكان الاستدلال بالفقرات الثلاث، و منها تعرف حرمة نسخها و درسها و تدريسها و المساعدة على نشرها و قراءتها إلا للنقض عليها على أن يكون النقض من أهله.

(٤) على مواضع الضلال.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر السكونى عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: ساحر المسلمين يقتل، و ساحر الكفار لا يقتل، قيل يا رسول الله: لم لا يقتل ساحر الكفار؟-)

ص: ٣٠٤



٢-٢ (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

و هو (١) كلام، أو كتابه يحدث بسببه ضرر على من عمل له في بدنه، أو عقله، -قال: لأن الشرك أعظم من السحر، لأن الشرك و السحر مقرونان(١)، و خبر أبي البختری عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام قال: من تعلم شيئا من السحر قليلا أو كثيرا فقد كفر، و كان آخر عهده بربه، و حدّه أن يقتل إلا أن يتوب)٢.

(١)الكلام فى حقيقه السحر و موضوعه، و قد وقع الخلاف فى حقيقته، ففى اللغه أنه كل ما لطف مأخذه و دق فهو سحر كما فى لسان العرب و القاموس، أو أنه صرف الشىء عن وجهه كما عن الأزهرى، أو أنه الخدع كما نقله ابن فارس عن بعضهم، أو أنه إخراج الباطل فى صورته الحق كما عن ابن فارس فى مجمله.

و فى الفقه فقد ذهب العلامه فى القواعد و التحرير و التذكرة أن السحر هو كلام يتكلم به أو يكتبه أو رقيه أو يعمل شيئا يؤثر فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشره، و تبعه عليه إيضاح النافع و التنقيح و الكفايه و مجمع البحرين، و زاد فى المنتهى على هذا التعريف (أو عقدا) و زاد فى المسالك (أو أقسام أو عزائم)، و زاد فى الدروس (و الدخنه و التصوير و النفث و تصفيه النفس).

و عن فخر المحققين (أن السحر استحداث الخوارق بمجرد التأثيرات النفسانيه) و عن الفاضل المقداد فى التنقيح أنه (عمل يستفاد من ملكه نفسانيه، يقتدر بها على أفعال غريبه بأسباب خفيه).

و عن العلامه المجلسى (أنه مختص بكل أمر يخفى سببه). ثم إن الشهيدين اعتبرا أن استخدام الملائكه و الجن و الشياطين من أقسام السحر و هو على إطلاقه مشكل نعم يصح باعتبار ما يترتب عليه من صرف الشىء عن حقيقته ظاهرا بحسب النظر و العين.

و نقل عن السيد الجزائرى فى شرح التهذيب: (و لما جهلت أسباب السحر و تراحمت بها الظنون اختلفت الطرق إليه، فطريق أهل الهند تصفيه النفس و تجريدها عن الشواغل البدنيه بقدر الطاقه البشريه، لأنهم يرون أن تلك الآثار إنما تصدر عن النفس البشريه، و متأخرو الفلاسفه يرون رأى الهند، و طائفه من الأتراك تعمل بعملهم أيضا.

و طريق النبط عمل أشياء مناسبه للغرض المطلوب مضافه إلى رقيه و دخنه بعزيمه فى وقت مختار، و تلك الأشياء تاره تكون تماثيل و نقوشا و تاره عقدا بعقد و النفث عليها، و تاره كتبا تكتب و تدفن فى الأرض و تطرح فى الماء أو تعلق فى الهواء أو تحرق بالنار، و تلك الرقيه تضرع إلى الكوكب الفاعل للغرض المطلوب، و تلك الدخنه عقاير منسوبه إلى -

ص: ٣٠٥

-الكواكب لا اعتقادهم أن تلك الآثار إنما تصدر عن الكواكب.

و طريق اليونان تسخير روحانيات الأفلاك و الكواكب، و استنزال قواها بالوقوف لديها و التضرع إليها، لا اعتقادهم أن هذه الآثار إنما تصدر عن روحانيات الأفلاك و الكواكب لا عن أجرامها.

- إلى أن قال - و طريق العبرانيين و القبط و العرب الاعتماد على ذكر أسماء مجهوله المعانى، كأنها أقسام و عزائم بترتيب خاص يخاطبون بها حاضرا، لا اعتقادهم أن هذه الآثار إنما تصدر عن الجن، و زعموا أن تلك الأقسام تسخر ملائكه قاهره للجن) انتهى كلامه.

و من هذا الكلام الأخير تعرف أن اختلاف طرق السحر من كتابه أو استعانه بكوكب أو تسخير للجن أو تأثير بالنفس لا يكون هو السحر بل السحر هو صرف الشيء عن حقيقته ظاهرا لا واقعا لقوله تعالى: (فَإِذَا جِبَالُهُمْ وَعِصِيُّهُمْ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى) (١) و لقوله تعالى:

(سَيَحْزُوا أَعْيُنَ النَّاسِ وَاسْتَرْهَبُوهُمْ) (٢) و فى خبر الاحتجاج عند ما سأل الزنديق (أ فيقدر الساحر أن يجعل الإنسان بسحره فى صوره الكلب أو الحمار أو غير ذلك؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام: هو أعجز من ذلك، و أضعف من أن يغير خلق الله، إن من أبطل ما ركبه الله و صوره و غيره فهو شريك الله فى خلقه، تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا، لو قدر الساحر على ما وصفت لدفع عن نفسه الهرم و الآفه و الأمراض، و لنفى البياض عن رأسه و الفقر عن ساحته) (٣) و لذا ذهب الكثير إلى أن السحر أمر تخيلى لا حقيقه له.

و ذهب بعضهم كالكركى و القطيفى و الأردبيلى و صاحب مجمع البحرين و صاحب الجواهر إلى أن بعضه تخيلى و بعضه حقيقى، و قد صرح صاحب مجمع البحرين بأن الحقيقى منحصر فى تأثيره فى التفريق بين المرء و زوجه لا غير، و تقسيمه بين الحقيقى و التخيلى هو الأقوى جمعا بين ما تقدم و بين قوله تعالى: وَ اتَّبَعُوا مَا تَتْلُوا الشَّيَاطِينُ عَلَى مُلْكِكَ سُلَيْمَانَ، وَ مَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَ لَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ، وَ مَا أَنْزَلَ عَلَى الْمَلَائِكَةِ بَابِلَ هَارُوتَ وَ مَارُوتَ، وَ مَا يَعْلَمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَ زَوْجِهِ وَ مَا هُمْ بِضَارِينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ (٤) ثم إن الحقيقى غير منحصر بتفريق المرء عن زوجه بالقلب بأن يلقى البغضاء-

ص: ٣٠٦

١- (١) سورة طه، الآية: ٦٦.

٢- (٢) سورة الأعراف، الآية: ١١٦.

٣- (٣) الاحتجاج ج ٢ ص ٨٢، طبع النعمان ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٦ م النجف الأشرف.

٤- (٤) سورة البقره، الآية: ١٠٢.

و منه عقد الرجل عن حليلته، و إلقاء البغضاء بينهما و استخدام الجن و الملائكة (١)، و استنزال الشياطين في كشف الغائبات (٢)، و علاج المصاب، و تلبسهم ببدن صبي، أو امرأه في كشف أمر على لسانه و نحو ذلك، فتعلم ذلك كله و تعليمه حرام، و التكسب به سحت، و يقتل مستحله.

و الحق أن له أثرا حقيقيا و هو أمر وجداني، لا مجرد التخيل كما زعم كثير.

و لا بأس بتعلمه ليتوقى به، أو يدفع (٣) سحر المنتبئ به، و ربما وجب على الكفايه لذلك كما اختاره المصنف في الدروس.

-بينهما بل الأعم منه و من منعه من مجامعه النساء، ففي خبر الاحتجاج المتقدم قال عليه السّلام (إن الساحر عالج الرجل فامتنع من مجامعه النساء فجاء الطبيب فعالجه بغير ذلك العلاج فأبرئ) (١)، و في طب الأئمه عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث (و السحر حق، و ما سلط السحر إلا على العين و الفرج) (٢)، و إذا عرفت أن السحر هو صرف الشيء عن حقيقته ظاهرا لا واقعا و إلقاء البغضاء في القلوب و جعل الرجل غير قادر على مجامعه النساء، و عرفت أن طرقه متعددة فقد يكون ذلك بتأثير تصفيه النفوس، و قد يكون ذلك بالرقى و العزائم و الأقسام و الكتب و عقد مع نفت و دخنه، و قد يكون ذلك بأعمال جسديه بدعوى أنها تضرع إلى روحانيات الأفلـك و الكواكب، و قد يكون ذلك بذكر أسماء مجهوله المعاني، و لعل اختلاف الطرق في تحقق السحر هو الذي أوجب اختلاف تعاريفه عند الفقهاء.

و على كل فقد عرفت معناه و طريقه، و هو محرم سواء أثر في بدن المسحور أو عقله أو لا كما هو إطلاق أدله تحريمه المتقدمه، فما عن الشهيدين من اختصاص الحرمه بالمؤثر منه خاصه ليس في محله.

(١) قد عرفت الأشكال في إطلاقه.

(٢) ليس من السحر في شيء بل هو من الكهان كما سيأتى، و أما علاج المصاب بالاستنزال و تلبسهم ببدن الصبي أو المرأه فليس من السحر بشيء نعم قد يكون من الطرق المؤديه للسحر بمعنى أن تكون هذه المذكورات سببا في صرف الشيء عن حقيقته ظاهرا لا باطنا.

(٣) مقتضى الأدله عدم جواز تعلمه إلا لدفع محذور أشد.

ص: ٣٠٧

١- (١) الاحتجاج ج ٢ ص ٨٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

(و الكهانه) (١) بكسر الكاف و هى عمل يوجب طاعه بعض الجانّ له فيما يأمره به، و هو قريب من السحر، أو أخص منه.

(١) لا خلاف فى حرمتها للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (من تكهن أو تكهن له فقد برئ من دين محمد صلّى الله عليه و آله و سلّم) (١)، و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السّلام فى حديث المناهى:

(أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم نهى عن إتيان العراف، و قال: من أتاه و صدقه فقد برئ مما أنزل الله عز و جل على محمد صلّى الله عليه و آله و سلّم) ٢ و قال الحر عقيب هذا الخبر: (فسير بعض أهل اللغة العراف بالكاهن، و بعضهم بالمنجم)، و صحيح الهيثمى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إن عندنا بالجزيره رجلا ربما أخبر من يأتيه يسأله عن الشىء يسرق أو شبه ذلك فנסأله، فقال:

قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب) (٢) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر البغى و الرشوه فى الحكم و أجر الكاهن) (٣) و مثله خبر حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام فى وصيه النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم لعلى عليه السّلام (قال: يا على من السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر الزانية و الرشوه فى الحكم و أجر الكاهن) ٤، و غير ذلك من الأخبار التى أوردتها المحدث النووى رحمه الله فى كتابه (٤). و مقتضى هذه الأخبار حرمة تعلمها و تعليمها و التكسب بها و استعمالها و الإتيان إلى الكاهن يصدقه فيما يقول.

و إنما الكلام فى موضوعها، ففى النهايه الأثيريه (أن الكاهن من يتعاطى الخبر عن الكائنات فى مستقبل الزمان)، و هو ظاهر فى اختصاص الكهانه بالأخبار عن المستقبل، و المشهور بين الفقهاء فى تعريف الكاهن ما فى القواعد للعلامه (أن الكاهن هو الذى له رائد من الجن يأتيه بالأخبار) و هو ظاهر فى الأعم من الأخبار الماضيه و الحالیه و المستقبلیه، هذا و قد وقع الخلاف فى أنها هل تختص بالأخبار عن المستقبل أم تعمه و تعم الحاضر و الماضى، و وقع البحث بينهم فى أنها تختص بما يقذف بواسطه الشياطين أو الأعم منه و ما يستفیده من مقدمات الأشياء و الفراسه، و إن كان الثانى له اسم خاص -

ص: ٣٠٨

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ و ١.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

٣- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥ و ٩.

٤- (( ٦ )) مستدرک الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يكتسب به.

- وهو العزّاف، و وقع البحث في أن الكهانه تشمل الإخبار عن الأمور السفليه الأرضيه أو الأعم منها و من السماويه و الأصل في ذلك كله خبر الاحتجاج فقد سأل الزنديق (فمن أين أصل الكهانه و من أين يخبر الناس بما يحدث؟

قال أبو عبد الله عليه السلام: إن الكهانه كانت في الجاهليه في كل حين فتره من الرسل، كان الكاهن بمنزله الحاكم، يحتكمون إليه فيما يشتهه عليهم من الأمور بينهم، فيخبرهم عن أشياء و تحدث، و ذلك من وجوه شتى: فراسه العين و ذكاء القلب و وسوسه النفس و فتنه الروح مع قذف في قلبه، لأن ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهره فذلك يعلم الشيطان و يؤديه إلى الكاهن، و يخبره بما يحدث في المنازل و الأطراف، و أما أخبار السماء فإن الشياطين كانت تقعد مقاعد استراق السمع إذ ذاك، و هي لا- تحجب و لا- ترجم بالنجوم، و إنما منعت من استراق السمع لئلا يقع في الأرض سبب يشاكل الوحي من خبر السماء، فيلبس على أهل الأرض ما جاءهم عن الله، لإثبات الحججه و نفى الشبهه، و كان الشيطان يسترق الكلمه الواحده من خبر السماء بما يحدث من الله في خلقه فيختطفها، ثم يهبط بها إلى الأرض فيقذفها إلى الكاهن، فإذا زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل، فما أصاب الكاهن من خبر مما كان يخبر به فهو مما أراه إليه الشيطان مما سمعه، و ما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه، فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانه، و اليوم إنما تؤدي إلى الشياطين إلى كهانها أخبارا للناس بما يتحدثون به و ما يحدثونه، و الشياطين تؤدي إلى الشياطين ما يحدث في البعد من الحوادث من سارق سرق، و من قاتل قتل، و من غائب غاب، و هم بمنزله الناس أيضا صدوق و كذوب(1).

و هذا الخبر اللائح منه أمارات الصدق يدل على أن الكهانه أعم من معرفه الكاهن بواسطه التابع الجنى له أو بواسطه مقدمات و أسباب من فراسه و ذكاء، و يدل على أن الكهانه أعم من الأخبار بالأمور السفليه و من السماويه، و إن كان عند ولاده النبي الأعظم صلّى الله عليه و آله و سلّم و هذا مستفاد من أدله أخرى منعت الشياطين عن استراق السمع فانقطعت الكهانه المتعلقة بأخبار السماء، و بقيت الكهانه المتعلقة بالأمور السفليه، و يدل على أن الكهانه هو الإخبار عن الأعم من المستقبل و الماضى و الحاضر.

ثم إن المنع من استراق السمع قد تحقق عند ولاده النبي الأعظم صلّى الله عليه و آله و سلّم لما ورد في تفسير-

ص: ٣٠٩

(و القيافه) (١) و هي الاستناد إلى علامات و أمارات، يترتب عليها إلحاق نسب -قوله تعالى: (وَ أَنَّهُمْ ظَنُّوا كَمَا ظَنَنْتُمْ أَنْ لَنْ يَبْعَثَ اللَّهُ أَحَدًا، وَ أَنَا لَمَسِينَا السَّمَاءَ فَوَجَّهْنَا دَنَاهَا مُلْتَثِحَةً حَرَسًا شَدِيدًا وَ شُهْبًا، وَ أَنَا كُنَّا نَقْعُدُ مِنْهَا مَقَاعِدَ لِلسَّمْعِ فَمَنْ يَسْمَعِ الْآنَ يَجِدْ لَهُ شِهَابًا رَصَدًا) (١)، فقد ذكر في كتاب الاحتجاج للطبرسي في احتجاج أمير المؤمنين عليه السلام على اليهودى عند ما قال: (فإن هذا عيسى بن مريم يزعمون أنه تكلم في المهد صبيا؟

فقال أمير المؤمنين عليه السلام: لقد كان كذلك، و محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ سقط من بطن أمه واضعا يده اليسرى على الأرض، و رافعا يده اليمنى إلى السماء، يحرّك شفّته بالتوحيد، و بدا من فيه نور رأى أهل مكة منه قصور بصرى من الشام و ما يليها، و القصور الحمر من أرض اليمن و ما يليها، و القصور البيض من اسطخر و ما يليها، و لقد أضاءت الدنيا ليله و ولد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ حتى فزعت الجن و الأنس و الشياطين، و قالوا: حدث في الأرض حدث، و لقد رأى (٢) الملائكة ليله و ولد تصعد و تنزل و تسبح و تقُدس، و تضطرب النجوم و تتساقط علامه لميلاده، و لقد همّ إبليس بالظعن في السماء لما رأى من الأعاجيب في تلك الليلة، و كان له مقعد في السماء الثالثة و الشياطين يسترقون السمع، فلما رأوا العجائب أرادوا أن يسترقوا السمع، فإذا هم قد حجّبوا من السماوات كلها، و رموا بالشهب دلالة لنبوته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ (٣)، و قال الله تعالى: (إِلَّا مَنْ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَأَتْبَعَهُ شِهَابٌ مُبِينٌ) (٤)، و في تفسير على بن إبراهيم في تفسير هذه الآية: (فلم تنزل الشياطين تصعد إلى السماء و تنجس حتى ولد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ) (٥).

(١) ففي الصحاح و القاموس و المصباح و تاج العروس القائف من يعرف الآثار، و في مجمع البحرين و النهاية الأثيرية زياده على ذلك و هي: و يعرف شبه الرجل بأخيه و أبيه، و في جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسيه و المسالك إنها إلحاق الناس بعضهم ببعض، و في المنجد: هو الذى يعرف النسب بفراسته و نظره إلى أعضاء المولود.

و أطلق جماعه الحرمه، و قيدها الشهيد بما إذا ترتب على القيافه محرم، و زاد فى الميسيه و جامع المقاصد و المسالك و الروضه ما إذا جزم بها، هذا و لا بد من البحث تاره فى -

ص: ٣١٠

١- (١) سورة الجن، الآية: ٧-٩.

٢- (٢) هكذا فى الأصل.

٣- (٣) الاحتجاج ج ١ ص ٣٣١-٣٣٢ طبع النعمان النجف الأشرف ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م.

٤- (٤) سورة الحجر، الآية: ١٨.

٥- (٥) نقلا عن تفسير نور الثقلين ج ٣ ص ٦.

-تعلمها و أخرى فى ترتب الأثر عليها، فمن الناحية الأولى قال فى الحدائق (لا خلاف فى تحريم تعليمها) و أشكل عليه بعدم الدليل على حرمة التعلم، و أما من الناحية الثانية بمعنى ترتيب الأثر على ما استخرجه القافى من ثبوت النسب أو نفيه، و هو المراد من القيافة المحرمة فى المقام و استدلال عليه من أنه إثبات للنسب أو نفيه بالاستحسان، و هذا مناف لما قرر فى الشريعة من أن الولد للفراش و استدلال عليه بخبر الجعفریات عن على بن أبى طالب عليه السّلام (من السحت ثمن الميتة إلى أن قال - و أجر القافى) (١) و الحديث المروى فى مجمع البحرين قال: (و فى الحديث لا آخذ بقول قائف) (٢) و قال فى مفتاح الكرامه (و هذا الخبر لم أجد فى الهدايه للحر و لا فى النهايه الأثيريه، و لو كان من طرقنا أو طرق العامه ما شدّ عن هذين الكتابين)، و على كل ففى غيره كفايه و غنى.

و خبر زكريا بن يحيى بن النعمان الصيرفى قال: سمعت على بن جعفر يحدث الحسن بن الحسين بن على بن الحسين فقال (و الله لقد نصر الله أبا الحسن الرضا عليه السّلام، فقال له الحسن: إى و الله جعلت فداك لقد بغى عليه إخوته، فقال على بن جعفر: إى و الله و نحن عمومته بغينا عليه، فقال له الحسن: جعلت فداك كيف صنعتم فإنى لم أحضركم؟ قال: قال له إخوته و نحن أيضا: ما كان فىنا إمام قطّ حائل اللون، فقال لهم الرضا عليه السّلام: هو ابنى، قالوا: فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قد قضى بالقافه، فبيننا و بينك القافه، قال: ابعثوا أنتم إليهم، فأما أنا فلا، و لا تعلموهم لما دعوتهم و لتكونوا فى بيوتكم.

فلما جاءوا اقعدونا فى البستان و اصطف عمومته و إخوته و أخواته و اخذوا الرضا عليه السّلام و ألبسوه جبه صوف و قلنسوه منها، و وضعوا على عنقه مسحاه، و قالوا له: أدخل البستان كأنك تعمل فيه، ثم جاءوا بأبى جعفر عليه السّلام فقالوا: الحقوا هذا الغلام بأبيه، فقالوا:

ليس له هاهنا أب و لكن هذا عم أبى، و هذا عم أبى، و هذا عمه، و هذه عمته، و إن يكن له هاهنا أب فهو صاحب البستان، فإن قدميه و قدميه واحده، فلما رجع أبو الحسن عليه السّلام قالوا: هذا أبوه.

قال على بن جعفر: ففقت فمصصت ريق أبى جعفر عليه السّلام ثم قلت له: أشهد أنك إمامى عند الله (٣) الخبر...-

ص: ٣١١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٢- (٢) مجمع البحرين ج ٥ ص ١١٠، كتاب الفاء باب ما أوله الفاء.
- ٣- (٣) أصول الكافى ج ١ ص ٣٢٢ حديث ١٤.



و نحوه، و إنما يحرم إذا رتب عليها محرم، أو جزم بها، (و الشعبذه) (١) و هي - و قد استدل به على التحريم باعتبار قوله عليه السلام (ابعثوا أنتم إليهم فأما أنا فلا) فهو يدل على حرمة العمل بقول القائف، و فيه: إن الخبر ضعيف السند بزكريا بن يحيى، و مشتمل على عرض أخوات الإمام المعصوم عليه السلام على الأجانب لقول القائف: و هذه عمته، و دعوى أنها للضرورة و هي تبيح المحظور مردوده لأن معرفه بنوه الإمام الجواد عليه السلام لا تتوقف على إحضار النساء و كشف أستارهن، بالإضافة إلى أن إباء الإمام عليه السلام عن دعوته للقائه لعله من أجل الزيادة في نفى الريب عنه، على أن الخير قد تضمن عمل النبي صلى الله عليه و آله و سلم بقول القافه و أنه قضى اعتمادا على ذلك و هو المروى في كتب العامه. فالعمل به مشكل. نعم استدل على التحريم أيضا بخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (من تكهن أو تكهن له فقد برئ من دين محمد صلى الله عليه و آله و سلم، قلت: فالقيامه - فالقافه - خ - قال: ما أحب أن تأتيهم، و قيل: ما يقولون شيئا إلا كان قريبا مما يقولون فقال عليه السلام: القيافه فضله من النبوه ذهبت في الناس حين بعث النبي صلى الله عليه و آله و سلم) (١) و هو غير صريح في حرمة العمل بقول القافي في الأنساب، إلا أن ما تقدم فيه الكفايه.

(١) هي الحركة السريعه أو خفه في اليد بحيث يظهر شيئا آخر لم يكن متوقعا قال في القاموس (الشعبذه: الشعوذه، خفه في اليد و أخذ كالسحر، يرى الشيء بغير ما عليه في رأى العين)، و عن العلامه عدم الخلاف في حرمتها لخبر الاحتجاج فقد سأل الزنديق (فأخبرني عن السحر ما أصله؟ و كيف يقدر الساحر على ما يوصف من عجائبه، و ما يفعل؟

قال أبو عبد الله عليه السلام: إن السحر على وجوه شتى، ووجه منها بمنزله الطب، كما إن الأطباء و صفوا لكل داء دواء فكذلك علم السحر، احتالوا لكل صفة آفه، و لكل عافيه عاهه، و لكل معنى حيله، و نوع آخر منه خطفه و سرعه و مخاريق و خفه) (٢) و ظاهره أن الشعبذه قسم من أقسام السحر و فيه: إنه قد عدّ من السحر النميمه حيث قال عليه السلام فيما بعد (و إن من أكبر السحر النميمه يفرّق بها بين المتحابين و يجلب العداوه على المتصافيين، و يسفك بها الدماء و يهدم بها الدور و يكشف بها الستور) (٣) فإطلاق السحر على النميمه دليل على أن الإمام عليه السلام في مقام ما يطلق عليه السحر و لو مجازا فلم يبق إلا دعوى الإجماع على الحرمة كما عن العلامه و غيره.

ص: ٣١٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

٢- (٢) الاحتجاج ج ٢ ص ٨١-٨٢.

٣- (٣) الاحتجاج ج ٢ ص ٨٢.

الأفعال العجيبه المترتبه على سرعه اليد بالحركه فيلبيس على الحسن. كذا عرفها المصنف، (و تعليمها) (١) كغيرها من العلوم و الصنائع المحرمه، (و القمار) (٢) (١) أى و تعليم الكهان و القيافه و الشعبه باعتبار أنها من الصناعات المحرمه فتندرج فى قوله عليه السلام كما فى خبر تحف العقول (و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً، و لا يكون منه و لا فيه شىء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع الثقلب فيه من جميع وجوه الحركات) (١).

(٢) لا- خلاف فى حرمة و يدل عليه قوله تعالى: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) (٢)، و الأخبار.

منها: خبر الوشاء عن أبى الحسن عليه السلام يقول (الميسر هو القمار) (٣) و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (لما أنزل الله على رسوله صلى الله عليه و آله و سلم (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ...)) الآية، قيل: يا رسول الله ما الميسر؟ قال: كل ما تقوم به حتى الكعب و الجوز) ٤ و مرسل العياشى عن الإمام الرضا عليه السلام (الميسر هو القمار) ٥ و مرسله الآخر عنه عليه السلام (سمعتة يقول: إن الشطرنج و النرد و أربعة عشر و كل ما قومر عليه منها فهو ميسر) ٦، بل قال الفاضل الجواد فى مفتاحه: (و أما الأخبار فإنها قد تزيد على خمسه عشر خبراً، و كما تضمنت تحريم اللعب بذلك و الأكل منه تضمنت حرمة حضور المجالس التى يلعب فيها و النظر إلى ذلك، و فيها الصحيح) انتهى.

و بعد ما عرفت أن الميسر هو القمار فقد وقع الخلاف بينهم فى معناه على أقوال:

الأول: إنه الرهن بشىء على اللعب بالآلات المعده للقمار كالشطرنج و نحوه، كما هو ظاهر القاموس و النهايه و مجمع البحرين.

الثانى: إنه اللعب بالآلات المعده للقمار سواء كانت برهن أو لا، كما هو ظاهر الصحاح و المصباح.

الثالث: إنه مطلق المغالبه و هو اللعب للفوز سواء كان بآله معده للقمار أو لا، و سواء كان برهن أو لا، و قائله غير معروف.

الرابع: إنه مطلق الرهن على اللعب سواء كان بآله معده للقمار أو لا، و إليه ذهب جماعه و هو الصحيح و يدل عليه التبادر من لفظ القمار مع شهاده بعض أهل اللغه بذلك فى -

ص: ٣١٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٢- (٢) سورة المائد، الآية: ٩٢.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ٤ و ١٠ و ١١.

-مجمع البحرين (أصل القمار الرهن على اللعب بشيء) و في القاموس (تقمره راهنه فغلبه) و نحوه ما عن لسان العرب، و في المنجد (كل لعب يشترط فيه أن يأخذ الغالب من المغلوب شيئا كان بالورق أو غيره).

بالإضافة إلى استعمال لفظ القمار على مطلق المراهنه و لو بغير الآلات المعدّه للقمار في الأخبار.

منها: رواه عبد الحميد بن سعيد قال: (بعث أبو الحسن عليه السلام غلاما يشتري له بيضا فأخذ الغلام بيضه أو بيضتين فقامر بها، فلما أتى به أكله، فقال له مولى له: إن فيه من القمار، قال: فدعا بطشت فتقياً فقاءه) (١)، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (كان ينهى عن الجوز يجيء به الصبيان من القمار أن يؤكل، و قال: هو سحت) ٢، و خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الصبيان يلعبون بالجوز و البيض و يقامرون، فقال: لا تأكل منه فإنه حرام) ٣ و خبر ياسر الخادم عن الرضا عليه السلام (سألته عن الميسر؟ قال: التفل من كل شيء، قال: الخبز و التفل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم و غيره) (٢) و صحيح معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام (النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمنزله واحده و كل ما قומר عليه فهو ميسر) (٣) و خبر محمد بن عيسى (كتب إبراهيم بن عنبسه يعنى إلى على بن محمد عليهما السلام -: إن رأى سيدى و مولاي أن يخبرنى عن قول الله عز و جل: (يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ...) الآية، فما الميسر؟ جعلت فداك، فكتب: كل ما قומר به فهو الميسر) (٤) و خبر العلاء بن سيباه عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الملائكة تحضر الرهان في الخف و الحافر و الريش، و ما سوى ذلك فهو قمار) ٧.

فالمراهنه مطلقا سواء كان بآله معدّه للقمار أو لا حرام، و كذا يجوز اللعب من دون المراهنه بغير الآلات المعدّه للقمار كما روى مغالبه الحسن و الحسين عليهما السلام بمحضر من النبي صلى الله عليه و آله و سلم (٥)، و في ذخائر العقبى (كان الحسن و الحسين يصطرعان بين يدي النبي صلى الله عليه و آله و سلم،-

ص: ٣١٤

- ١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٣٥ الوسائل الباب - ما يكتسب به حديث ٢ و ٦ و ٧.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ١١.
- ٤- (( ٦ و ٧ )) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٣.
- ٥- (٨) كنز العمال ج ٧ ص ١٠٧.

فكان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يقول: هن يا حسن، فقالت فاطمه: يا رسول الله، لم تقول هن يا حسن، فقال: إن جبرئيل عليه السَّلَام يقول: هن يا حسين - إلى أن قال - وعن جعفر بن محمد عن أبيه أن الحسن والحسين كانا يصطرغان فاطلع عليّ على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وهو يقول: وبها الحسن فقال علي: يا رسول الله على الحسين فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إن جبرئيل عليه السَّلَام يقول: وبها الحسين(١) و أما اللعب بالآلات المعده للقمار كالشطرنج و النرد من دون مراهنه فلا خلاف في حرمة للأخبار.

منها: خبر تحف العقول من أبي عبد الله عليه السَّلَام (إنما حرّم الله الصنّاعه التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضاً، نظير البرابط و المزامير و الشطرنج و كل ملهوبه، و الصلبان و الأصنام و ما أشبه من ذلك من صنّاعه الأشربه الحرام و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً، و لا يكون منه و لا فيه شيء من وجوه الصّلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات)(٢) و صحيح معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السَّلَام (النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمنزله واحده، و كل ما قومه عليه فهو الميسر)(٣) و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السَّلَام (قال أمير المؤمنين عليه السَّلَام (النرد و الشطرنج فهو الميسر)٤ و مرسل عبد الله بن جندب عن أبي عبد الله عليه السَّلَام (الشطرنج ميسر و النرد ميسر)٥ و خبر الفضيل (سألت أبا جعفر عليه السَّلَام عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس، النرد و الشطرنج حتى انتهيت إلى السدر، فقال: إذا ميّز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون؟ قال: مع الباطل، قال: فما لك و الباطل؟)(٤) ، و خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السَّلَام (سئل عن الشطرنج و النرد فقال: لا تقرّبوهما)(٥) و خبر مسعده بن زياد عن أبي عبد الله عليه السَّلَام (سئل عن الشطرنج فقال:

دعوا المجوسيه لأهلها لعنها الله)٨ و مثلها كثير. و دعوى انصرافها إلى خصوص اللعب بها مع الرهن غير مسموعه، لأن الانصراف إن كان من ناحيه الاستعمال فالشطرنج و النرد يطلقان على نفس الآله، و إن كان من ناحيه الغلبه فاستعمالها بدون الرهن أكثر.

بل في خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السَّلَام (في قوله تعالى: (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ...)) -

ص: ٣١٥

١- (١) ذخائر العقبى ص ١٣٤ طبع مكتبه القدسي - القاهره - سنه ١٣٥٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ و ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

٥- ((٧ و ٨) الوسائل الباب - ١٠٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٠ و ٧.

بالآلات المعده له (١)، حتى اللعب بالخاتم، و الجوز، و البيض (١)، و لا- يملك ما يترتب عليه من الكسب، و إن وقع من غير المكلف، فيجب رده على مالكة، و لو قبضه غير مكلف فالمخاطب برده الولي (٣)، فإن جهل مالكة تصدق به عنه، و لو انحصر في محصورين و جب التخلص منهم (٤) و لو بالصلح،

### في الغش و تدليس الماشطه و تزيين كل من الرجل و المرأة بما يحرم عليه

(و الغش) (٥) بكسر -الآيه، قال: أما الخمر فكل مسكر من الشراب - إلى أن قال - و أما الميسر فالنرد و الشطرنج و كل قمار ميسر - إلى قال - و كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام محرم (١) و من الواضح أن المراد من الشطرنج و النرد هنا نفس الآله لا اللعب بها مع الرهن بدليل قوله فيما بعد (و كل قمار) و قوله (و الانتفاع بشيء)، و مثله صحيح معمر المتقدم.

فالمتحصل حرمة اللعب مع الرهن لأنه قمار و حرمة اللعب بالنرد و الشطرنج و الأربعة عشر و غيرها لهذه الأخبار، و لا خصوصيه فيما ذكر إلا- لكونها آله معدة للقمار فيحرم اللعب بكل آله معدة للقمار، و لو من دون الرهن هذا من جهة و من جهة أخرى فالشطرنج أصله فارسي و لذا قال الإمام في خبر مسعده المقدم (دعوا المجوسيه)، و قال في المنجد عن الشطرنج (لعبه مشهوره معرب شترنگ بالفارسيه، أى سته ألوان، و ذلك لأن له سته أصناف من القطع التى يلعب بها فيه، و هى الشاه و الفرزان و الفيل و الفرس و الرخ و البيدق).

و أما النرد فهو المسمى فى عرفنا بالطاوله، و ما توهم أنه نفس الزهر ليس فى محله، قال فى المنجد عن النرد: (لعبه وضعها أحد ملوك الفرس تعرفها العامه بلعب الطاولة)، و صرح فى مجمع البحرين بأن الذى وضعها هو: سابور بن أردشير بن بابك.

(١) و لو من دون الرهن.

(٢) مع الرهن.

(٣) لأنه هو المكلف.

(٤) لقاعده الاشتغال.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس منا من غشنا) (٢) و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لرجل يبيع التمر: يا فلان أما علمت أنه ليس من المسلمين من غشهم) (٣)، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم أن-

ص: ٣١٦

٢- ( (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

الغين (الخفى)، كشوب اللبن بالماء، و وضع الحرير فى البروده ليكتسب ثقلا، و يكره بما لا يخفى (١)، كمزج الحنطه بالتراب و التبن، و جيدها برديتها (و تدليس الماشطه) (٢) بإظهارها فى المرأه محاسن ليست فيها، من تحمير وجهها، و وصل -يشاب اللبن بالماء للبيع(١)، و صحيح هشام بن الحكم (كنت أبيع السابري فى الظلال فمرّ بى أبو الحسن الأول موسى عليه السّلام راكبا فقال لى: يا هشام، إن البيع فى الظلال غش، و الغش لا يحل)٢ و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السّلام فى حديث المناهى عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم (أنه قال: و من غش مسلما فى شراء أو بيع فليس منا، و يحشر يوم القيامه مع اليهود لأنهم أغش الخلق للمسلمين، و قال: ليس منا من غش مسلما، و قال: و من بات و فى قلبه غش لأخيه المسلم بات فى سخط الله و أصبح كذلك حتى يتوب)٣.

و اعلم أن الغش ليس له حقيقه شرعيه أو متشريع، و إنما الغش عرفا يطلق على الخديعه و التلبيس و يتحقق بالمعاملات بستر ما يخفى من غير المرغوب عند المشتري فى المرغوب عنده، و هذا لا يتحقق إلا مع علم الغاشى و جهل المغشوش.

(١) أما مع عدم الخفاء فلا يتحقق الغش للتمايز، و يدل عليه صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، و بعضه أجود من بعض، قال: إذا رؤيا جميعا فلا بأس، ما لم يغط الجيد الرديء) (٢)، و على عدم التمايز حمل صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يكون عنده لوانان من طعام واحد، سعرهما بشيء و أحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعا ثم يبيعهما بسعر واحد، فقال: لا يصلح له أن يغش المسلمين حتى يبينه) (٣).

(٢) التدليس هو الغش و هو إظهار خلاف الواقع، و الماشطه من اتخذت التمشيط حرفه لها، و هو من باب إضافة المصدر إلى فاعله، و التدليس لا يتحقق إلا إذا كان متعلقا بالغير فى مقام المعامله، و عليه فالمراد تدليس الماشطه للمرأه التى يراد تزويجها أو الأمه التى يراد بيعها، أو فعل المرأه بنفسها ذلك من أجل التزويج أو البيع، و هو محرم بلا خلاف فيه لحرمة التدليس و الغش كما تقدم.

و التدليس يتحقق هنا بإظهار حسن غير موجود عند وصل الشعور و تحمير الخدود أو-

ص: ٣١٧

١- ( ( ١ و ٢ و ٣ ) الوسائل الباب - ٨٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤ و ٣ و ١٠ .

٢- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١ .

٣- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٢ .

شعرها، و نحوه، و مثله فعل المرأة له من غير ماشطه، و لو انتفى التدليس كما لو كانت مزوجه فلا تحريم.

(و تزيين كل من الرجل و المرأة بما يحرم عليه) (١) كلبس الرجل السوار، -إخفاء عيب موجود فيها.

و أما تزيين المرأة لنفسها أو بواسطة الماشطه فيما لو كان التزيين لنفسها أو لزوجها فلا حرمه فيه، بل يستحب إذا كان لزوجها ففي خبر سعد الإسكاف (سئل أبو جعفر عليه السلام عن القرامل التي تضعها النساء في رءوسهن يصلنه بشعورهن، فقال: لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها)(١).

(١)فهنأ مسألأان:

الأولى: يحرم على الرجل لبس الحرير و الذهب مطلقا سواء تزين بهما أو لا بلا خلاف للأخبار الكثیر.

منها: خبر روح بن عبد الرحيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لأمير المؤمنين عليه السلام: لا تختم بالذهب، فإنه زينتك في الآخرة)(٢) و خبر النميري عنه عليه السلام (و جعل الله الذهب في الدنيا زينه النساء فحرم على الرجال لبسه)٣ و خبر إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح للرجل أن يلبس الحرير إلا في الحرب)(٣) و مرسل ابن بكير عنه عليه السلام (لا يلبس الرجل الحرير و الديباج إلا في الحرب)٥.

المسألة الثانية: يحرم على الرجل التزین بما يختص بالنساء و كذا العكس، و ما يختص بالنساء من قبيل السوار و الخلخال و الثياب المختصة بهن بحسب العاده، و ما يختص بالرجال المنطقه و العمامه و ثيابهم المختصة بهم بحسب العاده، و قد ذهب المقدس الأردبیلی إلى عدم الحرمة، و ذهب الشارح و الفاضل الجواد في مفتاحه و جماعه إلى الحرمة لخبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في حديث: لعن الله المحلل و المحلل له - إلى أن قال - و المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال)(٤) و خبر زيد بن علي عن آبائه عن علي عليهم السلام (أنه رأى رجلا به تأنيث في مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال له: اخرج من مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، يا لعنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، ثم قال علي عليه السلام:-

ص:٣١٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب لباس المصلى حديث ١ و ٥.

٣- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب لباس المصلى حديث ١ و ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.



و الخللخال، و الثياب المختصه بها عاده. و يختلف ذلك باختلاف الأزمان و الأصقاع، و منه (١) تزيينه بالذهب و إن قل، و الحرير إلا ما استثنى (٢)، و كلبس المرأه ما يختص بالرجل، كالمنطقه و العمامه.

### في الأجره على تغسيل الموتى

(و الأجره على تغسيل الموتى و تكفينهم) (٣) و حملهم إلى المغتسل، و إلى القبر، -سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال(١) و في حديث آخر (اخرجوهم من بيوتكم فإنهم أفقر شىء) ٢، و بالإسناد و المتقدم عن على عليه السلام (كنت مع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جالسا في المسجد حتى أتاه رجل به تأنيث فسلم عليه، فرد عليه السلام، ثم أكب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى الأرض يسترجع ثم قال: مثل هؤلاء في أمتي، إنه لم يكن مثل هؤلاء في أمه إلا عذبت قبل الساعة) ٣ و دعوى أن التشبه مخصوص بالتشبه بالطبيعه دون اللباس لخبر أبي خديجه عن أبي عبد الله عليه السلام (لعن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم المتشبهين من الرجال بالنساء، و المتشبهات من النساء بالرجال، و هم المخنثون و اللائى ينكحن بعضهن بعضا) (٢).

مردوده لأن التشبه أعم و يؤيده خبر سماعه عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام (في الرجل يجر ثيابه؟ قال: إنى لأكره أن يتشبه بالنساء) (٣) و المرسل عن أبي عبد الله عن آباءه عليهم السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يزرع الرجل أن يتشبه بالنساء، و ينهى المرأه أن تتشبه بالرجال في لباسها) (٤).

(١) و من تزيين الرجل بما يحرم عليه.

(٢) حال الحرب و عند القمّل كما تقدم في أحكام لباس المصلى.

(٣) قال في المسالك (هذا هو المشهور بين الأصحاب و عليه الفتوى، و ذهب المرتضى إلى جواز أخذ الأجره على ذلك لغير الولى بناء على اختصاص الوجوب به) و التأمل يعطى أن خلاف السيد ليس خلافا في الحكم بل في الموضوع لأنه يرى تجهيز الميت على غير الولى غير واجب فلذا جوّز له أخذ الأجره، و لم يجوّز أخذ الأجره لغير الولى على تجهيز الميت و هو واجب عليه.

و على كل اختلفت كلمات الأصحاب في مسأله جواز أخذ الأجره على الواجب على أقوال:-

ص: ٣١٩

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٨٧ الوسائل الباب - ما يكتسب به حديث ٢ و ٣ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب النكاح المحرم حديث ٦.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الملابس حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الملابس حديث ٢.

-الأول: حرمة أخذه الأجره على الواجب و هذا هو المشهور.

الثانى: ما حكاه الطباطبائى فى مصابيحہ عن فخر المحققين من التفصيل بين التبعدى فلا يجوز و بين التوصلى فيجوز.

الثالث: ما حكاه الشيخ الأعظم فى مكاسبه عن فخر المحققين من التفصيل بين الكفائى التوصلى فيجوز و بين غيره فلا يجوز.

الرابع: ما عن الرياض من الجواز فى الواجب الكفائى التوصلى الذى به ينتظم المعاش، و بين المنع فى غيره.

الخامس: ما عن مفتاح الكرامه من التفصيل بين ما كان الغرض الأهم منه هو الدين فلا يجوز، و بين ما كان الغرض الأهم منه الدنيا فيجوز.

السادس: ما ذهب إليه الشيخ الأعظم فى مكاسبه من التفصيل بين العينى التعينى التبعدى فلا يجوز و بين الكفائى التوصلى و التخييرى التوصلى فيجوز، و فى التخييرى التبعدى التردد.

السابع: ما نسب للسيد المرتضى و قد تقدم ما فيه.

الثامن: ما عن جماعه من متأخرى المتأخرين من الجواز مطلقا.

و البحث تاره فى العباديه و أخرى فى الوجوبيه، اللذان هما المانع المتوهم لعدم جواز أخذ الأجره على الواجبات.

أما فى العباديه فلا- يصح أخذ الأجره على العبادى، لأن أخذ الأجره عليه ينافى القربه و الإخلاص، فالإتيان به بداعى التقرب المترتب على داعى أخذ الأجره ينافى الإخلاص كما هو واضح، و دعوى أن أخذ الأجره لا ينافى الإخلاص بل يؤكده لأنه فى طوله لا فى عرضه ممنوعه إذ يشترط فى الإخلاص رجوع النيه إلى الله تعالى.

و دعوى أن التقرب بداعى طلب الولد أو سعه الرزق لا ينافى الإخلاص فكذا موردنا ففيها أن التقرب بداعى طلب الولد من الله لا- ينافى الإخلاص لأنه راجع إلى الله لأنه راجع إلى طلب مصلحه دنيويه من الله جل و علا، بخلاف التقرب بداعى الأجره من شخص فإنه ليس براجع إلى الله فلذا نافى الإخلاص.

و عليه فلا يصح أخذ الأجره على الواجب العبادى بل و المستحب العبادى أيضا بناء على عموميه الدليل.

و أما البحث فى الوجوبيه فقد استدلل الشيخ بأن عمل الحر و إن كان مالا فى نفسه لكنه إذا وجب سقط احترامه لأن الوجوب عليه رافع لاختياره و لتسلطه على الترك فهو مقهور-

و حفر قبورهم،(و دفنهم، و الصلاة عليهم)، و غيرها من الأفعال الواجبه كفايه، و لو اشتملت هذه الأفعال على مندوب، كتغسيلهم زياده على الواجب، و تنظيفهم و وضوئهم و تكفينهم بالقطع المندوبه، و حفر القبر زياده على الواجب الجامع لوصفى: كتم الرياح، و حراسه الجثه إلى أن يبلغ القامه، و شق اللحد، و نقله إلى ما يدفن فيه من مكان زائد على ما لا يمكن دفنه فيه لم يحرم التكسب به (١).

(و الأجره على الأفعال الخاليه من غرض حكمتى كالعبث) (٢) مثل الذهاب إلى مكان بعيد، أو فى الظلمه، أو رفع صخره، و نحو ذلك، مما لا يعتد بفائدته عند العقلاء.

### فى الأجره على الزنا و رشا القاضى

(و الأجره على الزنا) و اللواط و ما شاكلهما (٣).

(و رشا القاضى) بضم أوله و كسره مقصورا جمع رشوه بهما (٤)، و قد تقدم (٥).

على إيجاده و يستوفى منه العمل من دون رضاه.

و استدل كاشف الغطاء بأن إيجاب الفعل يوجب صيرورته مملوكا لله تعالى فلا يجوز تملكه للغير بالأجره، و استدل بأن بذل العوض على ما يجب على الأجير لغو فلذا يحرم أخذ الأجره، و استدل بأن الإجاره متقومه بدفع العوض فى قبال عمل الأجير العائد للمستأجر، و الواجب على الأجير عمل يعود نفعه إليه لا للمستأجر فبذل المال بإزائه أكل له بالباطل.

و لهذه الأدله أو لبعضها فلا يجوز أخذ الأجره على الواجب سواء كان عينيا أو تعينيا أو كفاييا أو تخيرييا، عباديا كان أو توصليا إلا فى الواجب النظامى، و هو ما وجب لحفظ النظام كالحرف و الصناعات المتوقف عليها النظام، لأن النظام متوقف إيجاد هذه الصناعات و الحرف لا بشرط، فأخذ العوض عليها لا ينافى وجوبها، بل تحريم أخذ العوض عليها منافى لنظام أهل الحرف و الصناعات.

(١) أى بالمندوب و لكن بشرط أن لا يكون عباديا.

(٢) فإن بذل العوض فى قبالة سفهى فيكون أكل المال بإزائه أكلا له بالباطل.

(٣) من المحرمات، فإنه لا يجوز أخذ الأجره على المحرم بعد عدم نفع محلل للمستأجر، و بعد عدم كون الفعل مملوكا للبعد لتحريره عليه.

(٤) أى بالضم و الكسر.

(٥) فى باب القضاء.

## في الأجره على الأذان و الإقامه و القضاء و الأجره على تعلم الواجب

(و الأجره على الأذان و الإقامه) على أشهر القولين (١)، و لا بأس بالرزق من بيت المال، و الفرق بينهما (٢) أن الأجره تفتقر إلى تقدير العمل، و العوض، و المده، و الصيغه الخاصه، و الرزق منوط بنظر الحاكم، و لا فرق في تحريم الأجره بين كونها من معين، و من أهل البلد و المحله، و بيت المال، و لا يلحق بها (٣) أخذ ما أعدّ للمؤذنين من أوقاف مصالح المسجد، و إن كان مقدرا و باعنا على الأذان. نعم (١) بل هو المشهور كما قيل لما تقدم من حرمه أخذ الأجره على المستحب العبادى و لخصوص أخبار.

منها: خبر زيد بن علي عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السّلام (أنه أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين و الله إنى أحبك لله، فقال له: لكنى أبغضك لله، قال: و لم؟ قال: لأنك تبغى في الأذان، و تأخذ على تعليم القرآن أجرا، و سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم يقول: من أخذ على تعليم القرآن أجرا كان حظه يوم القيامة) (١)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السّلام (آخر ما فارقت عليه حبيب قلبى أن قال: يا علي إذا صليت فصل صلاه أضعف من خلفك، و لا تتخذن مؤذنا يأخذ على آذانه أجرا) (٢)، و خبر العلاء بن سيبه عن أبي جعفر عليه السّلام (لا يصلى خلف من يبتغى على الأذان و الصلاه أجرا، و لا تقبل شهادته) (٣)، و صحيح حمran عن أبي عبد الله عليه السّلام فى خبر (و رأيت الأذان بالأجر و الصلاه بالأجر، و رأيت المساجد محتشيه ممن لا يخاف الله مجتمعون فيها للغيبه و أكل لحوم أهل الحق إلى - أن قال - فكن على حذر و اطلب إلى الله النجاه، و اعلم أن الناس فى سخط الله عز و جل و إنما يمهلهم لأمر يراد بهم فكن مترقبا) (٤)، و خبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (من السحت أجر المؤذن، يعنى إذا استأجره القوم يؤذن لهم، و قال: لا بأس بأن يجرى عليه من بيت المال) (٥)، و منها تعرف ضعف ما ذهب إليه جماعه من الكراهه منهم علم الهدى و الكاشانى و نقل عن الشهيد فى الذكرى.

(٢) بين الأجره و الرزق، و قد تقدم من تفصيله فى باب القضاء.

(٣) أى بالأجره.

ص: ٣٢٢

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الشهادات حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الأمر و النهى حديث ٦.
- ٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢.

لا يثاب فاعله إلا مع تمحض الإخلاص به كغيره من العبادات.

(و القضاء) (١) بين الناس لوجوبه، سواء احتاج إليها أم لا، و سواء تعين عليه القضاء أم لا،(و يجوز الرزق من بيت المال) و قد تقدم فى القضاء أنه (٢) من جملة المرتزقه منه،(و الأجره على تعليم الواجب من التكليف) (٣) سواء وجب عينا، كالفاتحه و السوره، و أحكام العبادات العينيه، أم كفايه كالتفقه فى الدين، و ما يتوقف (٤) عليه من المقدمات علما و عملا (٥)، و تعليم المكلفين صيغ العقود و الإيقاعات و نحو ذلك.

## فى الاكتساب المكروه

### فى الصرف و بيع الأكفان و الاحتكار و الذباجه و النساجه

(و أما المكروه - فكالصرف) (٦) و علل فى بعض الأخبار بأنه لا يسلم فاعله (١) على المشهور لوجوبه عليه و قد تقدم حرمه أخذ الأجره على الواجب، و لخصوص صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت) (١)، و خبر عمار بن مروان المروى فى الخصال عن أبى عبد الله عليه السلام (- إلى أن قال - و السحت أنواع كثيره، منها ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه، و منها أجور القضاء و أجور الفواجر، و ثمن الخمر و النيذ و المسكر) (٢) الخبر.

و مما تقدم تعرف ضعف ما ذهب إليه علامه فى المختلف من جواز أخذ الأجره مع عدم التعين، و ما ذهب إليه المفيد و القاضى من الجواز مطلقا.

(٢) أن القاضى.

(٣) و أحكام الدين سواء كان تكليفه أو وضعيه لما تقدم من حرمه أخذ الأجره على الواجبات مطلقا.

(٤) أى التفقه.

(٥) كالكتابه فيكون واجبا بالوجوب الغيرى.

(٦) و كذا بيع الأكفان و بيع الطعام و بيع الرقيق و اتخاذ الذبح و النحر صنعه بلا خلاف فى كراهه المذكورات للأخبار.

منها: خبر إسحاق بن عمار (دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فخبرتة أنه ولد لى غلام، قال: ألا سميتة محمدا؟ قلت: قد فعلت، قال: فلا تضرب محمدا و لا تشتمه، جعله الله -

ص: ٣٢٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

من الربا، (و بيع الأكفان)، لأنه يتمنى كثره الموت و الوباء، (و الرقيق) لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ «شر الناس من باع الناس» (١)، (و احتكار الطعام) (٢) و هو حبسه بتوقع زياده السعر. و الأقوى تحريمه مع استغنائه عنه، و حاجه الناس إليه، و هو اختياره في الدروس، و قد قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «الجالب مرزوق، و المحتكر ملعون» (٣)، و سيأتي الكلام في بقيه أحكامه، (و الذباجه) لإفضائها إلى قسوه القلب، و سلب الرحمه، و إنما تكره (٤) إذا اتخذها حرفه و صنعه (٥)، لا مجرد فعلها، كما لو احتاج إلى صرف دينار، أو بيع كفن، أو ذبح شاه، و نحو ذلك، و التعليل بما ذكرناه في الأخبار يرشد إليه، (و النساجه) (٦) و المراد بها ما يعم الحياكه، و الأخبار متضافره -قره عين لك في حياتك، و خلف صدق بعدك، قلت: جعلت فداك في أى الأعمال أضعه؟ قال عليه السلام: إذا عزلته عن خمسه أشياء فضعه حيث شئت، لا تسلمه صيرفيا فإن الصيرفي لا يسلم من الربا، و لا تسلمه يباع أكفان فإن صاحب الأكفان يسره الوباء إذا كان، و لا تسلمه يباع طعام فإنه لا يسلم من الاحتكار، و لا تسلمه جزارا فإن الجزار تسلب منه الرحمه، و لا تسلمه نخاسا، فإن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ قال: شر الناس من باع الناس (١).

(١) كما في خبر إسحاق المتقدم.

(٢) ما تقدم كراهه بيع الطعام لأنه مفضى إلى الاحتكار، و أما الاحتكار فسيأتي الكلام فيه إنشاء الله تعالى.

(٣) كما في خبر ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: الجالب مرزوق و المحتكر ملعون) (٢).

(٤) هذه المذكورات.

(٥) و هو الظاهر من الخبر حيث النهى عن التسليم إلى الصراف و الجزار و بائع الأكفان و الطعام و الرقيق.

(٦) للأخبار.

منها: خبر أبي إسماعيل الصيقل الرازي (دخلت على أبي عبد الله عليه السلام و معي ثوبان فقال لي: يا أبا إسماعيل يجيئني من قبلكم أثواب كثيره، و ليس يجيئني مثل هذين -

ص: ٣٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣.

بالنهي عنها، و المبالغة في ضعتها، و نقصان فاعلها، حتى نهى عن الصلاة خلفه.

-الثوبين، فقلت: جعلت فداك تغزلهما أم إسماعيل و أنسجهما أنا فقال لي: حائكك؟ قلت: نعم، فقال: لا تكن حائكاً، فقلت: فما أكون؟ قال: كن صيقلاً، و كانت معي مائتا درهم فاشترت بها سيوفا و مرايا عتقا، و قدمت بها الرى فبعتها بربح كبير(١)، و ما رواه الشارح فى شرح النفليه عن جعفر بن أحمد القمى من كتابه الإمام و المأموم مسندا عن الصادق عن أبيه عن آبائه عليهم السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: لا تصلوا خلف الحائك و لو كان عالماً، و لا تصلوا خلف الحجام و لو كان زاهداً، و لا تصلوا خلف الدباغ و لو كان عابداً)(٢).

ثم هل النساجه و الحياكه مترادفان كما فى الصحاح (نسج الثوب و حاكه واحد) و هو الظاهر من الخبر، أم أن النساجه تختص ببعض الأجناس و هو خصوص نسج الرقيق و الحياكه لنسج غيره، أو أن النساجه أعم من الحياكه مطلقاً احتمالات، و الأظهر الأول، نعم لا تشمل النساجه نسج الخوص لعدم الصدق عرفاً، و على فرض الشمول فلا بد من القول بخروجه عن الكراهه لأنه عمل بعض الأنبياء و الأولياء عليهم السّلام، ففى نهج البلاغه فى خطبه لأمير المؤمنين عليه السّلام قال (و إن شئت ثلثت بداود صلّى الله عليه و آله و سلّم صاحب المزامير و قارئ أهل الجنه فلقد كان يعمل سفائف الخوص بيده، و يقول لجلسائه: أيكم يكفينى بيعها؟ و يأكل قرص الشعير من ثمنها)(٣) و سف الخوص نسجه.

و فى الاحتجاج فى كتاب سلمان إلى عمر بن الخطاب فى جواب كتاب كتبه إليه (و أما ما ذكرت: إنى أقبلت على سف الخوص و أكل الشعير، فما هما مما يعيّر به مؤمن و يؤنب عليه، و أيم الله - يا عمر - لأكل الشعير و سف الخوص و الاستغناء عن رفيع المطعم و المشرب، و عن غضب المؤمن حقه و ادعاء ما ليس له بحق أفضل و أحب إلى الله عز و جل و أقرب للتقوى، و لقد رأيت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم إذا أصاب الشعير أكل و فرح به و لم يسخطه)(٤)، و فى شرح النهج لابن أبى الحديد عن أبى عمر (كان سلمان يسف الخوص و هو أمير على المدائن، و يبيعه و يأكل منه، و يقول: لا أحب أن آكل إلا من عمل يدي، و قد كان تعلم سف الخوص من المدينة)(٥).

ص: ٣٢٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.
- ٣- (٣) نهج البلاغه ج ٢ خطبه ١٥٣.
- ٤- (٤) الاحتجاج ج ١ ص ١٨٦-١٨٧، طبع مطبعة النعمان - النجف الأشرف ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م.
- ٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات التجاره حديث ١.



و الظاهر اختصاص النساجه و الحياكه بالمغزول و نحوه (١)، فلا- يكره عمل الخوص و نحوه، بل روى أنه من أعمال الأنبياء و الأولياء،(و الحجامة) (٢) مع شرط الأجره، لا بدونها كما قيده المصنف فى غيره و غيره (٣)، و دل عليه الخبر، و ظاهره هنا الإطلاق (و ضراب الفحل) (٤) بأن يؤجره لذلك مع ضبطه بالمره و المرات المعينه أو بالمده، و لا كراهه فى ما يدفع إليه على جهه الكرامه لأجله.

### فى كسب الصبيان

(و كسب الصبيان) (٥) المجهول أصله، لما يدخله من الشبهه الناشئه من (١) كالمفتول باليد.

(٢) مع اشتراط الأجره على العمل المضبوط بالمده أو العدد، و مفهومه عدم الكراهه إذا لم يشترط، و هذا ما يقتضيه الجمع بين الأخبار فى صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن كسب الحجام فقال: لا بأس به) (١) و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السّلام (احتجم رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، حجه مولى لبنى بياضه و أعطاه، و لو كان حراما ما أعطاه) ٢ و هى محموله على عدم المشارطه جمعا بينها و بين خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن كسب الحجام فقال: لا بأس به إذا لم يشارط) ٣ و خبر زواره (سألته أبا جعفر عليه السّلام عن كسب الحجام فقال: مكروه له أن يشارط، و لا بأس عليك أن تشارطه و تماكسه، و إنما يكره له و لا بأس عليك) ٤، و من الأخير يعرف عدم كراهه المشارطه للمحجوم.

(٣) أى غير المصنف.

(٤) فلا- خلاف فى كراهه التكبس به، بأن يؤجره لذلك لمرسل الفقيه (نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم عن عسيب الفحل و هو أجر الضراب) (٢)، و هو المخصص لخبر حنان بن سدير (دخلنا على أبى عبد الله عليه السّلام و معنا فرقد الحجّام - إلى أن قال - فقال له: جعلنى الله فداك إن لى تيسا أكرهه، فما تقول فى كسبه؟ قال: كل كسبه فإنه لك حلال و الناس يكرهونه، قال حنان: قلت: لأى شىء يكرهونه و هو حلال؟ قال: لتعير الناس بعضهم بعضا) ٦ و لخبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: أجر التيوس؟ قال: إن كانت العرب لتعاير به و لا بأس) ٧.

(٥) المجهول أصله لما يدخله من الشبهه الناشئه من اجترأ الصبى على ما لا يحل له لجهله أو لعلمه بارتفاع القلم عنه، أما لو علم أن كسبه من حلال فلا كراهه كما أنه لو علم أنه من حرام فيجب الاجتناب عنه.

ص: ٣٢٤

١- (( ١ و ٢ و ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦ و ٧ و ١ و ٩.

٢- (( ٥ و ٦ و ٧ )) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ١ و ٢.

اجتراء الصبى على ما لا- يحل، لجهله، أو علمه بارتفاع القلم عنه، و لو علم اكتسابه من محلل فلا كراهه، و إن أطلق الأكثر، كما أنه لو علم تحصيله، أو بعضه من محرم وجب اجتنابه، أو اجتناب ما علم منه، أو اشتبه به، و محل الكراهه تكسب الولي به (١)، أو أخذه (٢) منه، أو الصبى (٣) بعد رفع الحجر عنه (و) كذا يكره كسب (من لا يجتنب المحرم) (٤) فى كسبه.

## فى الاكتساب المباح

(و المباح - ما خلا عن وجه رجحان) من الطرفين بأن لا يكون راجحا، و لا مرجوحا لتتحقق الإباحه (بالمعنى الأخص).

## فى الاكتساب الواجب

(ثم التجاره). و هى نفس التكب (٥) (تنقسم بانقسام الأحكام الخمسه) فالواجب منها ما توقف تحصيل مؤنثه و مؤنثه عياله الواجبى النفقه عليه، و مطلق التجاره التى يتم بها نظام النوع الإنسانى، فإن ذلك من الواجبات الكفائيه و إن زاد على المؤنثه، و المستحب ما يحصل به المستحب، و هو (٦) التوسعه على العيال، و نفع المؤمنين، و مطلق المحاويع غير المضطرين (٧)، و المباح ما يحصل به زياده فى المال من غير الجهات الراجحه و المرجوحه، و المكروه و الحرام التكب بالأعيان المكروهه و المحرمه و قد تقدمت.

## الفصل الثانى فى عقد البيع و آدابه

### اشاره

(الفصل الثانى) (فى عقد البيع و آدابه)

## فى الإيجاب و القبول

(و هو) أى عقد البيع (الإيجاب و القبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم) (٨) و هذا كما هو تعريف للعقد يصلح تعريفا للبيع (١) بالصبى.

(٢) أى أخذ الولي الكسب من الصبى.

(٣) أى صرف الصبى للمال المكتسب بعد رفع الحجر عنه بالبلوغ و العقل، و أما لو تصرف الصبى بما اكتسبه و كان تصرفه و تكسبه قبل البلوغ فلا كراهه فى حقه لعدم التكليف.

(٤) لنفس المناط فى كسب الصبى من الشبهه الناشئه من اجترائه على فعل المحرم.

(٥) بقريته انقسامها إلى الأحكام الخمسه.

(٦) أى المستحب.

(٧) وإلا فلو كان مضطرا لوجب التكسب لرفع اضطراره إذا توقف الرفع على تكسب الغير.

(٨) اختلف فى تعريف البيع فعن جماعه منهم الشيخ فى المبسوط و العلامه فى التذكرة و القواعد و التحرير و الحلى فى السرائر بأنه انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى، و أشكل عليه بأن الانتقال أثر للبيع و ليس هو نفس البيع، و أن-

ص: ٣٢٧

لأنه (١) عند المصنف و جماعه عباره عن العقد المذكور (٢)، استنادا إلى أن ذلك (٣) هو المتبادر من معناه (٤)، فيكون (٥)، حقيقه فيه (٦)، و يمكن أن يكون الضمير (٧) عائدا إلى البيع نفسه، و أن يكون إضافه البيع (٨) بيانيه، و يؤيده أنه في الدروس عرف البيع بذلك (٩)، مزيدا قيد التراضي، و جعل جنس التعريف الإيجاب و القبول أولى من جعله اللفظ الدال (١٠) كما صنع غيره، لأنهما (١١) جنس قريب و اللفظ بعيد، و باقى القيود خاصه مركبه، يخرج بها (١٢) من العقود ما لا نقل فيه كالوديعة، - الانتقال انفعال و البيع فعل.

و عن جامع المقاصد أنه نقل الملك من مالك إلى آخر بصيغه مخصوصه، و عن المحقق فى النافع و الشهيد بأنه اللفظ الدال على النقل المذكور، و عن الوسيله و المختلف أنه العقد الدال على الانتقال المذكور، و عن الحلبي أنه عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن و تسليمهما، و عن الشيخ فى المكاسب بأنه إنشاء تملك عين بمال و عن بعضهم بأنه تملك عين بعوض و عن المحقق النائيني بأنه تبادل مال بمال، و عن المصباح المنير بأنه مبادله مال بمال إلى غير ذلك من التعريفات التى يعثر عليها المتتبع فى بطون الكتب.

و كل هذه التعاريف من قبيل شرح اسم فلا داعى للنقض عليها بالطرد أو العكس، فإنه مضيعه للوقت.

(١) أى البيع.

(٢) أى العقد الدال على نقل الملك بعوض معلوم.

(٣) أى العقد المذكور.

(٤) أى من معنى البيع.

(٥) أى البيع.

(٦) أى فى العقد.

(٧) فى كلام الماتن حيث قال (و هو الإيجاب و القبول).

(٨) إلى العقد فى كلام الماتن.

(٩) حيث قال فى الدروس: (كتاب البيع، قال الله جل جلاله: و أحل الله البيع و حرم الله الربا، و هو الإيجاب و القبول من الكاملين الدالان على نقل العين بعوض مقدر مع التراضي).

(١٠) أى الدال على نقل الملك بعوض معلوم.

(١١) أى الإيجاب و القبول.

(١٢) بالخاصه المركبه.

ص: ٣٢٨

و المضاربه، و الوكاله، و ما تضمن نقل الملك بغير عوض كالهبه و الوصيه بالمال، و شمل (١) ما كان ملكا للعاقده و غيره (٢)، فدخل بيع الوكيل و الولي، و خرج بالعوض المعلوم الهبه المشروط فيها مطلق الثواب (٣)، و بيع المكره (٤) حيث يقع صحيحا (٥) إذ لم يعتبر التراضي، و هو (٦) وارد على تعريفه في الدروس (٧)، و بيع الأخرس (٨) بالإشاره و شراؤه، فإنه يصدق عليه الإيجاب و القبول، و يرد على تعريف أخذ «اللفظ» جنسا كالشرائع (٩)، و بقي فيه (١٠) دخول عقد الإجاره، إذ الملك يشمل العين و المنفعه و الهبه المشروطه فيها عوض معين، و الصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معلوم، فإنه (١١) ليس يباع عند المصنف و المتأخرين.

و حيث كان البيع عباره عن الإيجاب و القبول المذكورين

### في المعاطاه

(١) فلا يكفي المعاطاه (١٢) و هي إعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريد من المال عوضا عما (١) أي تعريف البيع المذكور في كلام الماتن.

(٢) أي غير العاقده.

(٣) أي مطلق العوض.

(٤) عطف على بيع الوكيل و الولي، و المعنى أن التعريف المذكور يشمل بيع المكره حيث لم يقيد النقل بالتراضي، فكان الأولى على الشارح إعادته الفعل بقوله و شمل أو دخل.

(٥) كما إذا أجبره الحاكم بالبيع لوفاء دينه، أو أجبر الكافر على بيع عبد مسلم تحت يده.

(٦) أي بيع المكره حيث يقع صحيحا.

(٧) فيخرج بيع المكره عن تعريف البيع، و فيه: إن المراد من التراضي الأعم من أن يكون رغبه في البيع من قبل البائع أو جبرا من قبل الشارع فلا نقض.

(٨) عطف على بيع المكره، أي يدخل في تعريف البيع المتقدم، لأنه لم يشترط في البيع لفظا بل إيجابا و قبولا، و إشاره الأخرس البائع إيجاب و إشارته إذا كان مشتريا قبول.

(٩) فإن المحقق عرّف البيع في الشرائع بأنه اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم، و يرد عليه خروج بيع الأخرس بالإشاره و شراؤه كما هو واضح.

(١٠) أي في تعريف المصنف للبيع، و لكن الأمر سهل بعد ما عرفت أنه من قبيل شرح الاسم.

(١١) أي فإن الصلح ليس يباع كما سيأتي بيانه في محله إنشاء الله تعالى.

(١٢) لم يرد اسم المعاطاه فى آيه أو روايه، و إنما عبر الفقهاء بها عن البيع الفاقء للصيغه، فالبيع العقدى هو إنشاء تمليك بعوض باللفظ، و المعاطاه هى إنشاء تمليك بعوض بالفعل،-

ص: ٣٢٩

و- المناسب أن يبحث عنها تاره في صدق معنى البيع عليها و أخرى في شمول أدله البيع و لزومه لها و لكن المشهور خصوصا المتقدمين لم يلتزموا بكونها بيعا فلذا بحثوا تاره في إفادتها الملك أو الإباحه، و أخرى في أن الملك مترزل أو لا، و أن الإباحه موجه للزوم أو لا، و أن الإباحه تفيد جميع التصرفات أو بعضها إلى غير ذلك و الحق أن المعاطاه بيع فتشمله أدله البيع و لزومه و جريان جميع الخيارات فيه، أما أنه بيع فللسيره القطعيه بين المتشرعه بل و للسيره العقلائيه القائمه على ترتيب آثار الملك من العتق و البيع و الوطى و الإيصاء و التوريث على المأخوذ بالمعاطاه، و هذا كاشف عن أن المعاطاه عندهم بيع فيشملها قوله تعالى: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (١)، و قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (٢)، و قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٣).

و دعوى أن هذه السيره كسائر سيرهم ناشئه من قله مبالاتهم بالدين و تسامحهم بشريعه سيد المرسلين صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم مدفوعه بأن المدار على السيره العقلائيه غير المتوقفه على تأسيس من الشارع بل يكفى فيها عدم الردع عنها مع أنك قد عرفت إمضاءها بالآيات المتقدمه.

و قد استدل على انحصار إنشاء البيع باللفظ بالأخبار.

منها: خبر القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم (أنه نهى عن المنابذه و الملامسه و بيع الحصاه) (٤) بدعوى أنه نهى عن إنشاء البيع بهذه الأفعال و لازمه حصر الإنشاء باللفظ، و فيه: أنه نهى عن تعيين المبيع بهذه الأفعال فيكون النهى من ناحيه جهاله المبيع و ليس النهى عن إنشاء البيع بالفعل.

و خبر يحيى بن الحجاج عن خالد بن نجيح (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا، قال: أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنما يحلّ الكلام و يحرم الكلام) (٥) و هو ظاهر في انحصار البيع باللفظ إلا أنه ضعيف السند فلا يمكن التمسك به في قبال السيره القائمه.

ص: ٣٣٠

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٧٥.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

٣- (٣) سورة المائده، الآية: ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ١٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.



-و صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا، قال: لا ينبغي أن يسمى شيئا، فإنما يحرم الكلام)(١) و مثلها خبر سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع فيزرع أرض آخر فيشترط ثلثا للبذر و للبقر ثلثا، قال: لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا فإنما يحرم الكلام)٢.

و لكنها محموله على أن جعل الثلث للبذر أو البقر محرم و إنما عليه أن يجعل الثلث أو غيره له و يدل عليه خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال: لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، و لا يسمى بذرا و لا بقرا فإنما يحرم الكلام)٣ و هو ظاهر في كون الثلث للبقر أو البذر هو المحرم و هو أجنبي عن مدعى انحصار العقود بالألفاظ.

و استدلال بخبر عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله (سمعتة يقول: إن المصاحف لن تشتري، فإذا اشترت فقل: إنما اشترى منك الورق و ما فيه من الأديم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا)(٢)، و خبر سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن بيع المصاحف و شرائها فقال: لا تشتري كتاب الله، و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل:

اشترى منك هذا بكذا و كذا)٥، و قريب منها خبر عثمان بن عيسى ٦ و خبر عبد الله بن سليمان ٧ و استدلال بخبر حنان بن سدير (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له جعفر بن حنان: ما تقول في العينة في رجل يبيع رجلا يقول: أبايعك بده دوازده، و بده يازده، فقال أبو عبد الله عليه السلام: هذا فاسد، و لكن يقول: أريح عليك في جميع الدراهم كذا و كذا، و يساومه على هذا فليس به بأس)(٣) و خبر العلاء (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول: أبايعك بده دوازده، أو ده يازده، فقال: لا بأس إنما هذه المراوضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة)٩، و صحيح برید عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في أنبار بعضه على بعض في أجمه واحده، و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعتهك من هذا القصب -

ص: ٣٣١

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المزارعه حديث ٤ و ٦ و ١٠.

٢- (( ٤ و ٥ و ٦ و ٧ )) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ و ٣ و ٦.

٣- (( ٨ و ٩ )) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣ و ٥.

عشره آلاف طن فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت(١)، و خبر سماعه (سألته عن بيع الثمره هل يصلح شراؤها قبل أن يخرجطلعها؟ فقال: لا، إلا أن يشتري معها شيئا من غيرها رطبه أو بقلًا، فيقول: اشترى منك هذه الرطبه و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا، فإن لم تخرج الثمره كان رأس مال المشتري في الرطبه و البقل(٢) إلى غير ذلك من الأخبار الموثقه في أبواب الفقه.

غير أن الجميع لا يدل على حصر البيع باللفظ، بل يدل على تحقق البيع باللفظ و هذا مما لا ينكر إذ البيع على قسمين عقدي و فعلي فإنشاء التمليك تاره يكون باللفظ و أخرى بالفعل.

ثم إن السيره قائمه على اعتبار المعاطاه بيعا بلا- فرق في الحقيير و الخطير، فالتفصيل المنسوب لبعض العامه بين كونها بيعا في الحقيير دون الخطير ليس في محله، هذا هو تمام الكلام في المعاطاه بحسب معناها و شمول أدله البيع اللازم لها إلا أن الفقهاء قد اختلفوا فيها على أقوال.

الأول: أنها تقييد للزوم سواء كان الدال على التراضي لفظا أولا و هو المنسوب للمفيد، على كلام في النسبه.

الثاني: للزوم إذا كان الدال على التراضي لفظا و قد حكاه الشارح في المسالك عن بعض مشايخه، و مال إليه نفس الشارح هناك لو لا مخالفه الإجماع، و قد استقر به جماعه من المتأخرين كالأردبيلي و الكاشاني و السبزواري.

الثالث: أنها تفييد الملكيه المترزله، و هو الذي اختاره المحقق الثاني و حمل عليه كلمات القائلين بأن المعاطاه تفييد الإباحه.

الرابع: أنها تفييد الإباحه لجميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك، و قال الشارح في المسالك (كل من قال بالإباحه قال بإباحه جميع التصرفات).

الخامس: أنها تفييد الإباحه للتصرفات غير المتوقفه على الملك، و أما المتوقفه على الملك كالوطى و العتق و البيع فلا و هو المنسوب للشهيد في حواشيه على القواعد.

السادس: أنها معامله فاسده، و هو المنسوب للعلامه في النهايه و لكنه رجع عن هذا القول في كتبه المتأخره.

السابع: ما نسب للشيوخ كاشف الغطاء أنها معامله مستقلة مفيده للملكيه و ليست بيعا.-

ص: ٣٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

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

يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص (١)، سواء في ذلك الجليل و الحقيق، على المشهور بين أصحابنا، بل كاد يكون إجماعاً، (نعم يباح) بالمعاطاه (التصرف) (٢) من كل منهما فيما صار إليه من العوض، لاستلزام دفع مال كنه له على هذا الوجه الإذن فى التصرف فيه، و هل هى إباحه، أم عقد مترزل، ظاهر العبارة الأول، لأن الإباحه ظاهره فيها و لا ينافيه قوله (و يجوز الرجوع) فيها (مع بقاء العين)، لأن ذلك لا ينافى الإباحه. و ربما ظهر من بعض الأصحاب الثانى (٣) لتعبيره بجواز فسخها الدال على وقوع أمر يوجبه.

و مما تقدم سابقاً تعرف ضعف جميع هذه الأقوال، فلا داعى حينئذ فى البحث فى أن الإباحه المترتبه على المعاطاه هل هى إباحه محضه بمعنى الإذن فى التصرف أو أنها بمعنى الملك المترزل، و لا داعى للبحث فى أنها تلزم عند ذهاب العين المتحقق بتلف العينين أو إحداهما أو بعض كل واحد منهما، أو المتحقق بالنقل و بالتغيير إلى غير ذلك من أبحاثهم.

(١) و هذا ما فسره جماعة و لكن قد عرفت أن المعاطاه هى إنشاء تملك بالفعل لا بالصيغه المخصوصه.

(٢) لما ذهب المشهور إلى اشتراط اللفظ فى البيع فلا تكون المعاطاه حينئذ بيعاً، و لكن تفيد إباحه تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض لإذن كل منهما للآخر فى التصرف، و لازمه جواز الرجوع ما دامت العين باقيه، فإذا ذهبت العين لزمّت المعاضه حينئذ لرضاهما بكون ما أخذه كل منهما عوضاً عما دفعه، فإذا تلف ما دفعه كان مضموناً على القابض إلا أن الدافع قد رضى بكون عوضه هو ما بيده، فإن كان ناقصاً فقد رضى به، و إن كان زائداً فقد رضى الآخر، و من هذا البيان تعرف أن مقصود المتعاقدين إنما هو الملك و لكن لم يحصل لاشتراط اللفظ فى البيع و لكن وقعت الإباحه لإعطاء كل منهما الآخر سلطته مسلطاً له عليها و هذا يقتضى الإذن فى التصرف بوجه التصرفات و هو معنى الإباحه، و منه تعرف ضعف ما عن المحقق الثانى من حمل الإباحه فى كلماتهم على الملك المترزل، و منه تعرف ضعف ما عن صاحب الجواهر من الطعن على من جعل محل النزاع فى المعاطاه ما يقصد بها التمليك، إذ لو لم يقصد بها التمليك لما كانت بيعاً جامعاً لجميع الشرائط ما عدا الصيغه المخصوصه.

(٣) قال الشارح فى المسالك: (و عبارة العلامه فى التحرير كالصريحه فى إفاده هذا المعنى - أى الملك المترزل -، لأنه قال: الأقوى عندى أن المعاطاه غير لازمه، بل لكل منهما فسخ المعاضه ما دامت العين باقيه و مقتضى تجويز الفسخ ثبوت الملك فى الجملة، و كذا تسميتها معاضه و الحكم بالزوم بعد الذهاب).

و تظهر الفائدة فى النماء فعلى الثانى (١) هو للقباض مع تحقق اللزوم بعده (٢)، و على الأول (٣) يحتمله (٤) و عدمه، و يفهم من جواز الرجوع مع بقاء العين عدمه (٥) مع ذهابها، و هو كذلك، و يصدق (٦) بتلف العينين، و إحداهما، و بعض كل واحده منهما، و نقلها عن ملكه و بتغييرها كطحن الحنطه، فإن عين المنتقل غير باقيه (٧) مع احتمال العدم (٨)، أما لبس الثوب مع عدم تغييره (٩) فلا أثر له، و فى صبغه، و قصره (١٠)، و تفصيله، و خياطته، و نحو ذلك من التصرفات المغييره للصفه مع بقاء الحقيقه نظر (١١)، و على تقدير الرجوع فى العين و قد استعملها من انتقلت إليه يأخذها (١٢) بغير أجره، لإذنه فى التصرف مجانا، و لو نمت و تلف النماء فلا رجوع به كالأصل (١٣)، و إلا (١٤) فالوجهان.

(١) أى الملك المترزل.

(٢) أى بعد النماء لأن النماء تابع للعين فى الانتقال و عدمه بناء على تحقق الملك.

(٣) أى الإباحه.

(٤) أى يحتمل كون النماء للقباض تبعا لأصله، و يحتمل كون النماء للدافع لأن الإباحه إنما تعلقت بأصله دونه. و هو الأقرب.

(٥) أى عدم جواز الرجوع مع ذهاب العين لما تقدم.

(٦) أى يصدق ذهاب العين.

(٧) مع التغيير.

(٨) لأن التغيير فى صفه من صفات العين و ما هو إلا كنسيح الغزل، و أما العين فهى باقيه و الاصل حل بقاء الملك على مالكة و هو الأقوى.

(٩) أى عدم تغيير الثوب باللبس.

(١٠) أى تبيضه و غسله.

(١١) من بقاء الذات فلا يصدق ذهاب العين، و من عدم بقاء الصفه فلا يصدق بقاء العين السابقه.

(١٢) مالكة الأول الذى رجع.

(١٣) لإذنه بالتصرف بوجوه التصرفات.

(١٤) أى و إن لم يتلف النماء فالوجهان السابقان من كون النماء للقباض على القول بالملكيه المترزله، و من كونه للدافع بناء على الإباحه مع احتمال كونه للقباض تبعا لأصله و هو ضعيف.

و هل تصير مع ذهاب العين بيعا، أو معاوضه خاصه وجهان من حصرهم المعاوضات و ليست أحدها (١)، و من اتفاهم (٢) على أنها ليست بيعا بالألفاظ الداله على التراضى (٣) فكيف تصير بيعا بالتلف.

و مقتضى المعاطاه أنها مفاعله من الجانبين، فلو وقعت بقبض أحد العوضين خاصه مع ضبط الآخر على وجه يرفع الجهاله ففى لحوق أحكامها نظر، من عدم تحققها (٤). و حصول (٥) التراضى، و هو اختياره فى الدروس على تقدير دفع السلعه دون الثمن،

### فى ألفاظ البيع

(و يشترط وقوعهما) أى الإيجاب و القبول (بلفظ الماضى) (٦) (١) أى و ليست المعاطاه واحده من هذه المعارضات المعروفه فلا بد من الالتزام من أنها بيع، لأن جعلها معاوضه مستقلة محتاج إلى دليل و هو مفقود.

(٢) دليل أنها معاوضه خاصه لاتفاهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف، و لكن قد عرفت أنها بيع من حين وقوعها و لا ادعى لهذه الأبحاث.

(٣) فضلا عن المعاطاه المجرده عن هذه الألفاظ و المتحققه بالأفعال فقط.

(٤) دليل عدم لحوق أحكام المعاطاه لعدم صدق المعاطاه، لأنها مفاعله من الجانبين و هنا لم يتحقق العطاء إلا من جانب واحد.

(٥) و دليل لحوق أحكام المعاطاه لصدق التراضى من الطرفين الذى هو قوام المعاطاه.

و فيه: إن المعاطاه حقيقه و إن كانت لا- تتم إلا- بالعطاء من الجانبين إلا أنها لم ترد فى آيه أو روايه، و إنما وردت فى كلمات الفقهاء و أرادوا بها إنشاء التمليك بالأفعال لا بالألفاظ، و عليه فهى متحققه فيما لو دفع البائع العين بداعى إنشاء تمليكها بعوض و أخذ المشتري بداعى القبول، و كذا تتحقق المعاطاه بتسليم العوض من المشتري فقط و يكون تعاطى فى بيع السلف، و منه تعرف جريان التعاطى و المعاطاه فى بعض المعاملات غير البيع العقدى كالهبة و العاريه و الوديعة، بل تجرى المعاطاه فى كل العقود إلا إذا قام الدليل على اعتبار اللفظ فيه كالنكاح و الطلاق و التحليل و العتق.

(٦) كما هو المشهور لأن الماضى صريح فى الإنشاء بخلاف غيره من الأمر و المضارع، فالأول استدعاء و الثانى أشبه شىء بالوعد، و أما الماضى فهو و إن احتمل الأخبار إلا أنه أقرب إلى الإنشاء حيث دل على وقوع مدلوله فى الماضى و مع عدم قصد الأخبار به لا محاله يكون دالا على تحققه حاضرا.

و فيه: إن الماضى لا يكون صريحا فى الإنشاء إلا مع القرينه كاحتياج المضارع إليها فى مقام الإنشاء، و الفرق تحكم و مقتضى القواعد جواز الماضى و المضارع فى إنشاء التمليك-

العربي (١) (كبت) من البائع (٢)، (و اشترت) من المشتري، (و شريت) منهما، -الذي هو معنى المبيع ما دام كل منها بحاجة إلى قرينه و لو حاله، و غلبه الماضي في العقود و الإيقاعات لا توجب عدم صحه إنشاءها بالمضارع، بالإضافة إلى جملة من الأخبار قد دلت على جواز الإنشاء بالمضارع كموثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح له إلا أن يشتري معه شيئا آخر و يقول: اشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه) (١)، و صحيح رفاعه النخاس (سألت أبا الحسن - يعني موسى بن جعفر عليهما السلام - قلت له: يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيتهم الثمن و اطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري معها منهم شيئا، ثوبا أو متاعا، فتقول لهم: اشترى منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا أو كذا درهما، فإن ذلك جائز) (٢)، و خير أبان بن تغلب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها - قال: تقول أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما، و إن شئت كذا و كذا سنه، بكذا و كذا درهما، و تسمى من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا، فإذا قالت: نعم فقد رضيت، و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها) (٣) و مثلها غيرها و هو كثير.

و لذا ذهب القاضى فى الكامل و المهذب و جماعه من المتأخرين إلى جواز إيقاع البيع بالمضارع بل ذهب بعضهم إلى جواز الإيقاع بالجملة الاسمية نحو: أنا بائع، قاصدا بها الإنشاء، و هو مبنى على جواز الإنشاء بالمجاز و الكتابه و سيأتى.

(١) و هو المحكى عن السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق الثانى فضلا عن الشارح و للتأسى بالنبى الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم، و لأن اعتبار الماضويه فى العقود يستلزم اعتبار العربية بالأولى، و فيه: أما الأول منها دليل على وجوب التأسى فى كل ما صدر عن المعصوم عليه السلام، بل فى خصوص ما صدر منه على سبيل المولويه، و لذا لم يتوهم أحد بوجوب النطق باللغه العربية فى المحاورات و المخاطبات تأسيا بالمعصوم عليه السلام.

و أما الثانى فتمنع الملازمه بين اعتبار الماضويه و اعتبار العربية، لأن الماضويه ليست من خصائص اللغه العربية بل هى موجوده فى كل اللغات، على أنك قد عرفت عدم اشتراط الماضويه فى العقد سابقا.

(٢) اعلم أن المشهور اشترط إيقاع العقد و الإيقاعات اللازمه بالألفاظ الحقيقه الداله على -

ص: ٣٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ١.

-المعاني بلا قرينه، و لازمه عدم صحه إنشاء العقد و الإيقاعات بالكنايات و المجازات و المشترك اللفظى و المعنوى، لأنها غير صريحه فى المراد بل ظاهره، و لاحتياجها إلى القرينه.

و فيه: عدم الدليل على هذا الاشتراط بعد كون الكنايه و المجاز مما تستعملان فى الإخبار و لازمه جواز استعمالها فى الإنشاء.

و فضّل الشيخ الأعظم فى مكاسبه فى المجاز فجوّز الانعقاد فى المجاز المعتمد على قرينه لفظيه دون المعتمد على القرينه الحالیه، و ذلك لرجوع إفاده المراد إلى الوضع فى الأول دون الثانى، و فيه: إن الدال على المعنى فى الجميع هو اللفظ و لو بتوسط قرينه لفظيه أو حالیه و منه تعرف صحه إنشاء بالمشارك اللفظى و المعنوى.

بل ذهب الشيخ الأعظم إلى منع الإنشاء بالمشارك اللفظى المعتمد على قرينه حالیه، و يظهر ضعفه مما تقدم.

و على المختار يصح الإنشاء بالحقيقه و المجاز و الكنايات و المشارك اللفظى و المعنوى ما دام اللفظ دالا و ظاهرا على المراد عرفا إلا إذا قام دليل خاص على اعتبار لفظ خاص كما فى الطلاق و سيأتى بيانه.

و على المشهور من اشتراط الألفاظ الصريحه الحقيقه وقع النزاع بينهم فى طائفه من الألفاظ من ناحيه الصغرى، أعنى أنها كما يصح بها الإنشاء لأنها لفظ موضوع لذلك المعنى المراد أو لا.

و من جمله هذه الألفاظ لفظ (بعث) فهو من الأضداد بالنسبه إلى البيع و الشراء لأنه مشترك لفظى بينهما كما صرح به الكثير من أهل اللغه، لكن كثره استعماله فى البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الإطلاق بلا حاجه إلى قرينه لفظيه أو حالیه و هذا كاف فى إنشاء البيع به، بل حتى لو احتاج إلى القرينه فلا يضر و كذا اللفظ الاشتراء فإنه من الأضداد لكن كثره استعماله فى الشراء توجب انصرافه كذلك عند الإطلاق بها حاجه إلى قرينه.

و أما لفظ (الشراء) قال فى القاموس: (شراه و يشتره: ملكه بالبيع و باعه كاشتره و هما ضدان) فهو من الأضداد موضوع للبيع تاره و للشراء أخرى، بل قيل لم يستعمل فى القرآن إلا فى البيع كقوله تعالى: (وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ) (١) و قوله تعالى: (الَّذِينَ -

ص: ٣٣٧

لأنه مشترك بين البيع والشراء، (و ملكت) (١) بالتشديد من البائع، و بالتخفيف من المشتري و تملك (٢)، (و تكفى الإشارة) الداله على الرضا على الوجه المعين (مع العجز) عن النطق لخرس و غيره (٣)،...

-يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ (١) و قوله تعالى: (وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ) (٢).

و لازم كونه من الأضداد جواز إيقاع البيع و الشراء به، إلا أن الشيخ الأعظم استشكل فى ذلك بقله استعماله فى البيع عرفاً، مع كونه محتاجاً إلى القرينه المعنيه و عدم نقل الإيجاب به فى الأخبار و كلام القدماء.

و فيه: إن احتياجه إلى القرينه لا يضر، و قله استعماله فى البيع عرفاً لا تمنع بعد استعماله فى البيع فى القرآن.

(١) بالتشديد، لإفادته إنشاء معنى البيع، و الإشكال بأنه أعم من إنشاء البيع و الهبه، لأنه يدل على إنشاء التمليك و هو شامل لهما مردود بأن القرينه اللفظيه أو الحاليه هى المعينه لإنشاء البيع، و توقفه على القرينه لا يضر.

(٢) و كذا لا خلاف فى وقوع القبول بلفظ (قبلت و رضيت) و كل ما يدل على الرضا و القبول بالإيجاب.

(٣) كآفه فى لسانه، و قيام الإشارة مقام اللفظ للعاجز محل اتفاق و يدل عليه فحوى روايات طلاق الأخرس.

منها: معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها و يعتزلها) (٣) و خبر أبان بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام (مسأله عن طلاق الخرساء؟ قال: يلف قناعها على رأسها و يجذبه) ٤ و صحيح ابن أبى نصر البزنطى (سألت أبا الحسن عليه السلام عنه الرجل تكون عنده امرأه، ثم يصمت فلا يتكلم، قال: يكون أخرس؟ قلت نعم فيعلم منه بغض لامرأته و كراهته لها، أ يجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا، و لكن يكتب و يشهد على ذلك، قلت: لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف منه من فعاله، مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها) ٥.

و إذا جاز طلاق الأخرس بالإشارة، فيجوز غيره من العقود و الإيقاعات كذلك، و ظاهر -

ص: ٣٣٨

١- (١) سورة النساء، الآية: ٧٤.

٢- (٢) سورة البقره، الآية ٢٠٧:.

٣- (( ٣ و ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٢ و ١.



و لا تكفى مع القدره (١). نعم تفيد (٢) المعاطاه مع الإفهام الصريح.

(و لا يشترط تقديم الإيجاب على القبول (٣)، و إن كان) تقديمه (أحسن)، بل قيل: بتعيينه، و وجه عدم الاشتراط أصاله الصحه، و ظهور كونه عقدا فيجب الوفاء به، و لتساويهما فى الدلاله على الرضا (٤)، و تساوى المالكين فى نقل ما يملكه إلى الآخر، و وجه التعيين (٥) الشك فى ترتب الحكم مع تأخره (٦) و مخالفته (٧) للأصل و لدلاله مفهوم القبول على ترتبه (٨) على الإيجاب لأنه رضى به، و منه يظهر وجه الحسن (٩)، و محل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشترت -الأخبار أن إشارته قائمه مقام اللفظ من القادر فهو عقد لازم، بل الأخبار ظاهره فى جواز الكتابه و قيامها مقام الإشاره.

(١) على اللفظ بناء على انحصار العقد به.

(٢) أى إنشاء العقد بالإشاره مع القدره على اللفظ يفيد المعاطاه الذى لا يوجب إلا الإباحه كما هو مختار الشارح فى المعاطاه.

(٣) يشترط تقديم الإيجاب على القبول على الأشهر، لأن القبول مبنى على الإيجاب و تابع له إذ يستحيل قبول شىء لم يحدث بعد.

و عنه جماعه التفصيل بين (قبلت و رضيت و أمضيت و أنفذت) فيعتبر فيها تقديم الإيجاب لما تقدم، و بين (اشترت و تملك و ملكت بالتخفيف) فلا يشترط التقديم لصدق العقد عليه بعد ضم الإيجاب إليه فيجب الوفاء به، و لجواز تقديمه فى النكاح بغير إشكال كما سيأتى فى غير أولى، لأن النكاح فيه شائبه العباده و هو مبنى على الاحتياط زياده على غيره، و لأن المعتر من المشتري الرضا بالإيجاب و إنشاء التملك للمبيع بإزاء تملكه العوضى، و كلاهما متحققان بما ذكر سواء تقدم الإيجاب أو تأخر بخلاف أفاظ القبول و نحوه فإنها متوقفه على أمر قد وقع، حتى يتحقق قبوله و رضاه به و إمضاءه و إنفاذه له.

(٤) مع عدم دخل الترتيب فى هذه الدلاله.

(٥) أى تعيين تقديم الإيجاب.

(٦) أى مع تأخر الإيجاب.

(٧) أى و مخالفته تقديم القبول على الإيجاب للأصل، و هو أصاله ألف و فى المعاملات، بمعنى أصاله عدم ترتب الأثر عند الشك فى السبب أنه مؤثر أولا، و عدم ترتب الأثر هو أصاله الفساد فى العقود.

(٨) أى ترتب القبول.

(٩) أى الحسن الزائد الذى أتى به الماتن بعد حكمه بجواز تقديم القبول.

كما ذكره (١) أو ابتعت أو تملك الخ لا قبلت و شبهه، و إن أضاف إليه (٢) باقى الأركان لأنه صريح فى البناء على أمر (٣) لم يقع (٤).

### فى شروط المتعاقدين

(و يشترط فى المتعاقدين الكمال) برفع الحجر الجامع للبلوغ (٥٠) و العقل (٦) و الرشده (٧)، (و الاختيار (٨)، إلا أن يرضى المكروه بعد زوال إكراهه)، لأنه بالغ (١) سابقا عند التكلم فى ألفاظ الإيجاب و القبول.  
(٢) إلى لفظ القبول.

(٣) و الأمر هو مضمون الإيجاب.

(٤) أى و مضمون الإيجاب لم يقع بعد فكيف يتحقق القبول به مع أنه غير واقع.

(٥) فلا يصح بيع الصبى و لا شراؤه بلا فرق بين كون المال له أو لغيره على المشهور للأخبار.

منها: خبر حمزه بن حمران عن أبى جعفر عليه السّلام (الجاريه إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع إليها مالها، و جاز أمرها فى الشراء و البيع، قال:

و الغلام لا يجوز أمره فى الشراء و البيع و لا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشره سنه أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك) (١) و خبر هشام عن أبى عبد الله عليه السّلام (انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يونس من رشده و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله) ٢، نعم قال الشيخ فى المبسوط (و روى أنه إذا بلغ عشر سنين و كان رشيدا كان جائز التصرف) (٢) و هو لا يصلح لمعارضه ما تقدم من الأخبار.

(٦) بلا خلاف فيه، فلا يجوز بيع المجنون و شراؤه لفقده القصد و التمييز المقومان لحقيقه العقد.

(٧) لقوله تعالى: (وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) (٣).

(٨) فلا يصح بيع المكروه و لا شراؤه بلا خلاف فيه، لاعتبار الرضا فى العقد لقوله تعالى:

(إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (٤) و الرضا منتف فى المكروه، و لاعتبار طيب النفس كما فى مرسل تحف العقول عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال فى خطبه الوداع (أيها-

ص: ٣٤٠

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب عقد البيع حديث ١ و ٢.

٢- (٣) المبسوط ج ٢ ص ١٦٣.

٣- (٤) سورة النساء، الآية: ٦.

٤- (٥) سورة النساء، الآية: ٢٩.

رشيد قاصد إلى اللفظ دون مدلوله (١)، و إنما منع عدم الرضا (٢)، فإذا زال المانع أثر العقد كعقد الفضولي حيث انتفى القصد إليه من مالكة (٣) مع تحقق القصد إلى اللفظ في الجملة (٤)، فلمّا لحقته إجازة المالك أثرت، و لا تعتبر مقارنته (٥) للعقد للأصل، بخلاف العقد المسلوب بالأصل كعباره الصبي (٦)، فلا- تجبره إجازة الولي، و لا رضاه بعد بلوغه (و القصد (٧)، فلو أوقعه الغافل، أو النائم، أو الهازل) -الناس، إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ، و لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه (٨)، و طيب النفس مفقود في المكره ثم إن المكره هو الذي صدر منه العقد قاصدا لفظه و معناه عن غير طيب نفس فإذا رضى فيما بعد أثر العقد أثره، كعقد الفضولي الذي صدر و قد قصد لفظه و معناه من غير المالك، فإذا لحقته الإجازة من المالك فيما بعد أثر أثره على تفصيل سيأتي، و قد صح العقد في المقامين لصدوره مستجمعا لجميع الشرائط أي الرضا من المالك، فإذا تعقبه الرضا، و لا دليل على اشتراط الرضا حين العقد فيكون قد استجمع العقد جميع شرائطه فلا بد من تأثيره حينئذ، و هذا من جهة و من جهة ثانية يظهر من الشارح هنا و في المسالك و من جماعه أن المكره غير قاصد لمدلول اللفظ و إن قصد اللفظ، و عقد الفضولي قد صدر مع عدم قصد من مالكة إلى اللفظ و المعنى فقط، و كلاهما مجبوران فيما بعد الإجازة و الرضا.

و فيه: إن جعل المكره غير قاصد للمعنى ليس في محلّه إذ يكون هازلا- لا- مكرها على البيع بالإضافة إلى أن العقد من دون القصد لا يصححه الرضا فيما بعد كما سيأتي.

(١) و قد عرفت ما فيه.

(٢) فإذا كان المانع عدم الرضا فلا محاله يكون قاصدا للفظه و مدلوله معا.

(٣) حيث لم يقصد لفظه و لا مدلوله حين صدور العقد بخلاف عقد المكره فإنه قاصد للفظه دون مدلوله على مبنى الشارح، و قياس الثاني على الأول قياس مع الفارق كما هو واضح.

(٤) أي من الفضولي فقط دون المالك، و فيه: إن الفضولي قد قصد اللفظ و مدلوله معا.

(٥) أي مقارنته الرضا.

(٦) و المجنون أيضا، و عبارتهما مسلوبه شرعا لما تقدم فلم يصدر العقد صحيحا و لا من أهله حتى يقال إنه متوقف على إجازة المالك.

(٧) اعلم أن العاقد قد يصدر منه العقد و هو غير قاصد للفظه بالإضافة إلى عدم قصد-

ص: ٣٤١

(لغى) و إن لحقته الإجازة، لعدم القصد إلى اللفظ أصلاً، بخلاف المكره.

و ربما أشكل الفرق (١) فى الهازل من ظهور قصده إلى اللفظ من حيث كونه عاقلاً مختاراً، و إنما تخلف قصد مدلوله. و ألحق المصنف بذلك (٢) المكره على وجه يرتفع قصده أصلاً، فلا يؤثر فيه الرضا المتعقب كالغافل و السكران، و هو حسن مع تحقق الإكراه بهذا المعنى (٣)، فإن الظاهر من معناه حمل المكره للمكره على الفعل خوفاً على نفسه، أو ما فى حكمها (٤) مع حضور عقله و تمييزه.

و اعلم أن بيع المكره إنما يقع موقوفاً (٥)، مع وقوعه (٦) بغير حق، و من ثمّ جاز بيعه فى مواضع كثيرة، كمن أجبره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه، و نفقه (٧)

-المعنى، كاللفظ الصادر من النائب و الغالط و السكران، و أخرى يصدر منه العقد و هو قاصد للفظه دون معناه كما لو قال: بعت على وزن خفت، و ثالثه يصدر منه العقد و هو قاصد للفظه و مدلوله من دون إرادته جديده أى لا بداعى إنشاء التمليك بل بداعى الهزل و المزح و رابعه يصدر منه العقد و هو قاصد للفظه و مدلوله بداعى إنشاء التمليك و لكن لا عن طيب نفس.

فالرابع هو المكره و الثلاثة الأول مما تندرج تحت عدم تحقق القصد، و هى ليست بيعاً مؤثراً بالاتفاق لأنه يشترط فى العقد القصد إلى معناه و أن يكون بداعى إنشاء التمليك ليصدق عليه عنوان عقد البيع عرفاً، و حتى تشمله أدله لزوم البيع و أحكامه.

(١) أى لا- فرق على تصوير الشارح بين الهازل و المكره، حيث قصد كل منها اللفظ دون المعنى، و لازم ذلك صحة العقد لو تعقبه رضا الاثنيين و إجازتهما، و لكن قد تقدم من بيان الفارق فلا نعيد.

(٢) أى بغير القاصد.

(٣) أى الإكراه على وجه يرتفع قصده مع أنه بعيد لأن الإكراه هو حمله على الفعل من دون رضاه، لا أن يجعل المكره يحرك لسانه من دون قصد منه أو يرتفع منه قصد معنى اللفظ.

(٤) من الخوف على العرض و الولد و المال مما يجب حفظه.

(٥) أى موقوفاً على رضاه.

(٦) أى وقوع الإكراه، و مراده أن بيع المكره لا- يقع صحيحاً بل يقع موقوفاً على رضاه إذا كان الإكراه بغير حق، و أما لو كان الإكراه بحق فإنه يقع صحيحاً ثم ذكر بعض موارد وقوع الإكراه لحق.

(٧) عطف على قوله (لوفاء دينه).

واجب النفقه، و تقويم العبد على معتق نصيبه منه (١)، و فكّه من الرق ليرث (٢)، و إذا أسلم عبد الكافر (٣)، أو اشتراه (٤) و سوغاه، أو اشترى المصحف (٥)، و بيع الحيوان إذا امتنع مالكة من القيام بحق نفقته، و الطعام عند المخصه يشتره خائف التلف (٦)، و المحتكر (٧) مع عدم وجود غيره، و احتياج الناس إليه، و نحو ذلك.

### في اشتراط الملك في اللزوم

(و يشترط في اللزوم الملك) (٨) لكل من البائع و المشتري لما ينقله من (١) و ذلك فيما لو كان العبد مشتركا بين اثنين أو أكثر، و أعتق أحد الشركاء نصيبه منه، فإنه ينعق كله، و يقوم على المعتق نصيب باقي الشركاء، مخصص باقي الشركاء و تشتري من أربابها بالإكراه مع عدم رضاهم و الثمن على المعتق.

(٢) إذا انحصر الوارث فيه، فيجبر مولاة على بيعه عند عدم الرضا.

(٣) فيجبر مولاة حينئذ على بيعه، لأنه لا يصح للكافر تملك المسلم.

(٤) أي اشترى الكافر العبد المسلم، و سوغنا هذا الشراء.

(٥) فيجبر الكافر على بيعه لعدم جواز تملكه.

(٦) فيجبر المالك على بيع طعامه لخائف التلف عند عدم الرضا.

(٧) على صيغه اسم المفعول، و هو معطوف على الطعام، أي و يجبر المالك على بيع الطعام المحتكر.

(٨) بحيث لو أوقع الفضولي البيع لمال الغير عن ذلك الغير فيقع صحيحا، و لا يلزم إلا بإجازه المالك على المشهور، و عن الشيخ و ابني زهره و إدريس و فخر المحققين و الأردبيلي و الداماد و صاحب الحدائق أنه يقع باطلا.

و استدلل للمشهور بعمومات قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) و قوله تعالى: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (٢) و عقد الفضولي مع إجازه المالك اللاحقه عقد و بيع عرفا فيجب الوفاء به، و لخبر عروه البارقي قال: (قدم جلب (٣) ، فأعطاني النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ ديناراً فقال: اشتر بها شاه، فاشترت شاتين بدينار، فلحقني رجل فبعت أحدهما منه بدينار، ثم أتيت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ بشاه و دينار، فرده عليّ و قال: بارك الله لك في صفقه يمينك) (٤) ، و هو دال على صحه عقد-

ص: ٣٤٣

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

٣- (٣) الجلب بالتحريك ما جلب من خيل و متاع و إبل إلى الأسواق للبيع.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

-الفضولى فى البيع و الشراء، و لما دل على صحه نكاح الفضولى و أنه لازم مع الإجازة كصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال:

ذاك إلى سيده إن شاء أجاز و إن شاء فرق بينهما، قلت: أصلحك الله إن الحكم بن عيينه و إبراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، و لا تحل إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجازة فهو له جائز(1) و خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام فى عبد بين رجلين، زوجه أحدهما و الآخر لا يعلم، ثم إنه علم بعد ذلك، أله أن يفرق بينهما؟ قال: للذى لم يعلم و لم يأذن أن يفرق بينهما، و إن شاء تركه على نكاحه(2)، و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام (أنه أتاه رجل بعبدته فقال: إن عبدى تزوج بغير إذنى، فقال على عليه السلام لسيدة: فرق بينهما، فقال السيد لعبدته: يا عدو الله طلق، فقال له على عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له طلق، فقال على عليه السلام للعبد: أما الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك، فقال السيد: يا أمير المؤمنين، أمر كان بيدى فجعلته بيد غيرى، قال: ذلك لأنك حين قلت له: طلق، أقررت له بالنكاح(3)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل زوجته أمه و هو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك(4) و مثلها غيرها، و هو كثير.

و إذا جاز عقد الفضولى فى النكاح فيجوز فى غيره من العقود من باب أولى لأن النكاح مبنى على الاحتياط، و بعبارة أخرى أن العقد المتعقب بإجازة المالك و رضاه قد أثر أثره فى النكاح و هو مبنى على الاحتياط فكذلك فى غيره من العقود من جهة أن أم وقوع العقد بدون إجازة المالك لا تجعله باطلا بل يكون صحيحا موقوفا على إجازة المالك.

و استدل غير المشهور على مدعاه بأخبار.

منها: النبوى المشهور عند ما قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم لحكيم بن حزام (لا تبع ما ليس عندك)(5)، و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام فى مناهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم (و نهى -

ص: ٣٤٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ٣.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.
- ٥- (٥) سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤.

## فى إجازة المالك و أحكامها

(أو إجازة المالك) فبدونه يقع العقد موقوفا على إجازة المالك، لا باطلا من أصله على أشهر القولين، (و هي) أى الإجازة اللاحقة من المالك (كاشفه عن صحه العقد) من حين وقوعه (١)، لا- ناقله له من حينها، لأن السبب الناقل للملك -عن بيع ما ليس عندك(١) و مثله خبر سليمان بن صالح ٢، و فيه: إنها محموله على ما لو باع الفضولى لنفسه فيكون يباعا لما ليس عنده، و أما إذا باع عن المالك فهو يباع لما يملكه البائع إذا رضى به و أجازة.

(١) أى من حين وقوع العقد، وقع الخلاف فى أن الإجازة من المالك المصححه لبيع الفضولى هل هي كاشفه أو ناقله؟

ذهب المشهور إلى الأول لأن العقد سبب تام فى الملك لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٢)، و تمامه يعلم بالإجازة فوجب ترتيب آثار الملكيه عليه من حين وقوعه و إلا لو توقف الملك على العقد و أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصه و بأن الإجازة متعلقه بالعقد، و هي الرضا بمضمونه، و ليس مضمونه إلا نقل العوضين من حين العقد. و أشكل على الأول بأن السبب التام للملك هو العقد مع الرضا، و مع تأخر الرضا عن العقد لم يتحقق السبب بتحقق العقد المجرد، من قبل الرضا كيف يحصل الملك فلا- بدّ من كون الإجازة ناقله. و أشكل على الثانى بأن مضمون العقد ليس النقل من حين العقد بل النقل المجرد عن ملاحظه وقوعه فى ذلك الزمان، و لكن النقل لم يثبت للعقد قبل الرضا فيتعين كون النقل بعد الرضا الكاشف عن كون الإجازة ناقله.

ثم إن القائلين بالكشف قد اختلفوا فى كونه كشفا حقيقيا صرفا كما هو ظاهر جامع المقاصد و المسالك و الروضه هنا و الجواهر، أو أنه كشف انقلابى بمعنى كون الإجازة المتأخره موجه لحدوث التأثير فى العقد، و جعله إياه سببا تاما من حين وقوعه كما احتمله الشيخ الأعظم فى مكاسبه، أو أنه كشف حكمى عقبى ترتيب آثار الملكيه من حين وقوع العقد مع عدم حصول نفس الملكيه إلا- من حين الإجازة كما هو المنسوب إلى شريف العلماء أستاذ الشيخ الأعظم، و هناك أقوال أخرى ضعيفه فى الكشف أعرضنا عن ذكرها.

و الإشكال من ناشئ من كون الإجازة شرطا بالاتفاق، فكيف يتم المشروط الذى هو النقل و الملك قبلها فلا بد من كونها ناقله، مع أن ظاهر الأخبار أنها كاشفه ففى صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وليده باعها ابن سيدها، و أبوه-

ص: ٣٤٥

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام العقود حديث ٥ و ٢.

٢- (٣) سورة المائده، الآية: ١.



هو العقد المشروط بشرائطه، و كلها كانت حاصله إلا رضا المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام (١) عمله لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصه، بل هو مع الآخر.

و وجه الثاني توقف التأثير عليه (٢) فكان كجزء السبب، و تظهر الفائده فى النماء (٣)، فإن جعلناها كاشفه (فالنماء) المنفصل (المتخلل) بين العقد و الإجازة -غائب، فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتى باعها ابنى بغير إذنى، فقال عليه السيد الام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها، فناشده الذى اشتراها فقال له: خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع، فلما رآه أبوه، قال له: ارسل ابنى، قال: لا و الله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سيد الوليده أجاز بيع ابنه(١) فلو كانت الوليده باقيه على ملك مالكةا إلى حين الإجازة فلا بد من الحكم بضمان قيمه الولد على المشتري لقاعده من أثلف، مع أنه لم يحكم بذلك فيدل على الكشف و خبر أبى عبيده (سألت أبا جعفر عليه السيد الام عن غلام و جاريه زوجها وليان لهما و هما غير مدركين، فقال: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى، قلت: فإن كان الذى أدرك قبل الجاريه و رضى النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجاريه أترثه؟ قال:

يعزل ميراثها منه حتى تدرك، و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر(٢)، فلو كان مال الميت قبل الإجازة باقيا على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعده تسلط الناس على أموالهم، فهو مع ضميمه قاعده السلطنة يدل على الكشف.

و هذه الأخبار تدل على الكشف الحقيقى لأنه الأصل من بين أنحاء الكشف، لأن إرادته غيره من بقيه الأنحاء من هذه الأخبار بحاجه إلى قرينه و هى مفقوده.

(١) فى زمن وقوعه.

(٢) على رضا المالك.

(٣) فالنماء تابع لأصله، و الأصل ملك للمشتري من حين العقد بناء على كاشفيه الإجازة، و هو باق على ملك البائع إلى حين الإجازة بناء على ناقليتها، و هذا فى المثمن، و أما الثمن فعلى العكس.

ص: ٣٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

الحاصل من المبيع (للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع)، و لو جعلناها ناقله فهما (١) للمالك المجيز (٢)، ثم إن اتحد العقد فالحكم كما ذكر، و إن ترتبت العقود على الثمن (٣)، أو المثلث (٤)، أو هما و أجاز (٥) الجميع صح أيضا، و إن أجاز أحدهما فإن كان المثلث صح في المجاز و ما بعده من العقود (٦)، أو الثمن (٧) صح و ما قبله.

و الفرق (٨) أن إجازة المبيع (٩) توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري فتصح العقود المتأخره عنه (١٠)، و تبطل السابقه لعدم الإجازة.

و إجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز فتبطل التصرفات المتأخره عنه (١١) حيث لم يجزها، و تصح السابقه (١٢)، لأن ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحه العقود السابقه، و إلا لم يمكن تملك ذلك الثمن. هذا إذا بيعت الأثمان في (١) أى نماء الثمن و نماء المثلث.

(٢) و هو البائع في المثلث و المشتري في الثمن بناء على جريان الفضولى في كل منهما، لأن النماء تابع لأصله، و الأصل باق في ملك المالك حتى يجيز.

(٣) ترتيب العقود كما لو باع الفضولى مال المالك بثوب، ثم باع الثوب بكتاب، ثم باع الكتاب بفرس.

(٤) كما لو باع الفضولى مال المالك بثوب، و باع المشتري ما اشتراه بكتاب و هكذا.

(٥) أى أجاز المالك.

(٦) دون ما قبله.

(٧) أى و إن كان المجاز الثمن صح المجاز و ما قبله من العقود دون ما بعده.

(٨) بين المثلث و الثمن في الحكم المذكور.

(٩) أى المثلث.

(١٠) و المترته على فعل المشتري و تبطل السابقه لعدم الإجازة.

(١١) عن المجاز.

(١٢) و ذلك فيما لو باع الفضولى مال المالك بكتاب، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بثوب ثم باع الثوب بالفرس، فأجاز المالك بيع السيف بالثوب، فتملك المالك للسيف متوقف على تملكه للكتاب، و تملكه للكتاب متوقف على إجازة بيع ماله الأصلي بالكتاب، فتكون إجازة المالك للوسط إجازة مصححه للمجاز و لما قبله دون ما بعده.

جميع العقود، أما لو تعلقت العقود بالثمن الأول مرارا (١) كان كالمثمن في صحه ما أجزى و ما بعده، و هذا القيد وارد على ما أطلقه الجميع (٢) في هذه المسأله كما فصلناه أولا، مثاله (٣) لو باع مال المالك بثوب، ثم باع الثوب بمائه، ثم باعه المشتري بمائتين، ثم باعه مشتريه بثلاثمائة فأجاز المالك العقد الأخير، فإنه لا يقتضى إجازته ما سبق، بل لا يصح سواه و لو أجاز الوسط صح و ما بعده كالمثمن. نعم لو كان قد باع الثوب بكتاب (٤)، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بفرس، فأجازه بيع السيف بالفرس تقتضى إجازته ما سبقه من العقود، لأنه إنما يملك السيف إذا ملك العوض الذى اشترى به و هو الكتاب، و لا يملك الكتاب إلا إذا ملك العوض الذى اشترى به و هو الثوب، فهنا يصح ما ذكره.

(و لا يكفى فى الإجازة السكوت عند العقد) (٥) مع علمه به، (أو عند عرضها) أى الإجازة (عليه)، لأن السكوت أعّم من الرضا فلا يدل عليه، بل لا بد من لفظ صريح فيها كالعقد، (و يكفى أجزاء) العقد، أو البيع، (أو أنفذت، أو أمضيت، أو رضيت و شبهه) كأقرته، و أبقيته، و التزمت به، (فإن لم) (١) بأن تداول الثمن بنفسه فى عده بيوع، كما لو باع الفضولى مال المالك بمائه، ثم باعه المشتري بمائتين، ثم باعه المشتري الثانى بثلاثمائة فأجاز المالك العقد الأخير فإنه لا يقتضى إجازته ما سبق، بل لا يصح إلا سواه و ما يترتب عليه من العقود كالمثمن فى مسأله ترتب العقود عليه.

(٢) حيث أطلقوا أن الإجازة تصحح المجاز و ما بعده فى المثمن، و تصححه و ما قبله فى الثمن مطلقا من دون استثناء مسأله تداول الثمن بنفسه فى عده بيوع كما عرفت.

(٣) مثال تداول الثمن بنفسه فى عده بيوع.

(٤) و هى مسأله ترتب العقود على الثمن التى كان حكمها على عكس الحكم فى المثمن.

(٥) فلا يكفى سكوت المالك مع العلم فضلا من الجهل و لو مع حضور العقد، لأعميه ذلك من الرضا فلا يدل عليه بلا خلاف فيه، و الاكتفاء بالسكوت من البكر فى النكاح للأخبار التى سيأتى التعرض لها فى محله إنشاء الله تعالى. و لا- يشترط لفظ مخصوص بل كل ما يدل على الرضا الباطنى، و لو بالمجاز و الكنايه، و حديث عروه البارقى المتقدم ظاهر فى كفايه الكنايه فى الإجازة حيث قال صلى الله عليه و آله و سلم (بارك الله من فى صفقه يمينك) (١).

ص: ٣٤٨

(يجز انتزعه من المشتري) (١)، لأنه عين ماله، (و لو تصرف) المشتري (فيه بما له أجره) كسكنى الدار، و ركوب الدابه (رجع بها عليه) (٢)، بل له الرجوع بعوض المنافع و إن لم يستوفها (٣)، مع وضع يده عليها، لأنه حينئذ كالغاصب و إن كان جاهلا، (و لو نما كان) النماء (لمالكة) (٤) متصلا كان، أم منفصلا، باقيا كان، أم هالكا (٥)، فيرجع عليه بعوضه و إن كان جاهلا، و كذا يرجع بعوض المبيع نفسه لو (١) فإذا لم يجز المالك البيع فيرجع في عين ماله بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار.

منها: خبر زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل اشترى من سوق المسلمين جاريه فخرجه بها إلى أرضه، فولدت منه أولاد ثم أتاها من يزعم أنها له، و أقام على ذلك البيه، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجاريه و يعوضه قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها) (١)، و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يشتري الجاريه من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجاريه، قال: يأخذ الجاريه المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمان الجاريه و قيمه الولد التى أخذت منه) (٢) مضافا إلى عموم النبوى المشهور (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (٣).

و من إطلاق هذه الأخبار يعلم جواز رجوع المالك على نماء عينه، سواء كان متصلا أو منفصلا، و على منافعها المستوفاه من قبل المشتري، و أما المنافع الفائته من غير استيفاء فهل يرجع بها المالك فالمشهور ذلك لعموم النبوى المتقدم، و الظاهر عدم الضمان لأن الأخبار المتقدمه و هى وارده فى مقام البيان قد دلت على ضمان المنافع المستوفاه فقط، فلو كانت غيرها مضمونه كذلك لوجب البيان.

(٢) أى رجع المالك بالأجره على المشتري فى المنافع المستوفاه.

(٣) و قد عرفت صفقه.

(٤) كما تقدم.

(٥) ما تقدم من رجوع المالك إنما كان مع بقاء العين أو نمائها، فلو تلفت العين أو نمائها، كان للمالك قيمه الهالك أو مثله.

و المثلى و القيمى لم يرد فى النصوص فالمرجع إلى تحديد العرف، و المشهور على أن المثلى ما تتساوى أجزاءه فى قيمه، و المراد بالأجزاء الجزئيات و الأفراد لا أبعاض الكل، و القيمى بخلافه.

ص: ٣٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب العبيد و الإمام حديث ٥.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠، كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧، الرقم: ٥١٩٧.

هلك في يده، أو بعضه مع تلف بعضه بتفريط وغيره (١)، و المعترف في القيمي قيمته يوم التلف (٢)، إن كان التفاوت بسبب السوق، و بالأعلى (٣) إن كان بسبب زياده عينيه (٤)، و يرجع (٥) المشتري على البائع بالثمن إن كان باقيا، عالما كان، أو (١) أى و غير تفريط مراده أن للمالك حق الرجوع فى صورته التلف أو الإلتلاف فضلا عن صورته بقاء العين.

(٢) كما نسب إلى الأكثر كما فى الدروس و هو الموافق للقواعد لأن العين ما دامت موجوده فالمالك يرجع عليها فإذا تلفت انتقل الضمان إلى قيمتها هذا كله إذا كان التفاوت بسبب السوق، أما إذا استند نقص القيمه إلى نقص فى العين ثم تلفت فالأعلى هو المضمون بالاتفاق، لأن ذلك الجزء الفائت مضمون بقيمته يوم تلفه كضمان الجملة، ثم إن تفصيل الكلام فى مسأله ضمان المقبوض بالعقد الفاسد سترجئه إلى بحث ضمان المعضوب لاشتراكهما فى الكثير من الأدله.

(٣) أى أعلى القيم.

(٤) ثم تلفت هذه الزيادة، هذا كله بين المالك و المشتري.

(٥) أما البحث بين المشتري و الفضولى، فيرجع المشتري على الفضولى بما دفعه من الثمن، إذا لم يكن المشتري عالما أن المبيع لغير الفضولى، أو كان عالما بذلك لكن ادعى الفضولى الاذن بالبيع من المالك، و هذا الرجوع من المشتري على الفضولى لقاعده المغرور يرجع على من غره و لصحيح جميل المتقدم (و يرجع على من باعه بثمان الجاربه و قيمه الولد التى أخذت منه) (١)، و لازم جواز الرجوع بالثمن جواز الرجوع بعوضه من قيمه أو مثل عند التلف. و أما مع علمه و عدم جهله بفضوليه البيع فالمشهور على عدم جواز الرجوع بالثمن بلا فرق بين كونه باقيا أو تالفا لأن المشتري قد دفع الثمن إلى الفضولى و سلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزله أما الإباحه له.

و أشكال عليهم الشارح فى المسالك و الروضه أنه يتم فى صورته التلف، أما مع بقاءه فلا، لأنه ماله و هو متسلط عليه و لم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، لأنه دفعه عوضا عن شىء لم يسلم له، فلا بدّ من التفصيل و هو المنقول عن العلامة فى جملة من كتبه و عن ولده الفخر و الشهيد فى الدروس و المحقق الثانى و عن المحقق هو فى بعض تحقیقاته جواز الرجوع بالثمن و لو كان تالفا، لحرمة تصرف الفضولى فيه حيث إنه أكل للمال بالباطل فيكون مضمونا عليه.

ص: ٣٥٠

(جاهلا) لأنه ماله و لم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، فإنه إنما دفعه عوضا عن شيء لم يسلم له.

(و إن تلف قيل) و القائل به الأكثر، بل ادعى عليه في التذكرة الإجماع: (لا رجوع به مع العلم) بكونه غير مالك و لا وكيل، لأنه سلطه على إتلافه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزله الإباحه، بل ظاهر كلامهم عدم الرجوع به مطلقا (١)، لما ذكرناه من الوجه (٢) (و هو) مع بقاء العين في غايه البعد، و مع تلفه (بعيد مع توقع الإجازة) لأنه حينئذ لم يبيحه له مطلقا (٣)، بل دفعه متوقعا، لكونه عوضا عن المبيع، فيكون مضمونا له (٤)، و لتصرف البائع فيه تصرفا ممنوعا منه، فيكون مضمونا عليه، و أما مع بقاءه فهو عين مال المشتري، و مع تسليم الإباحه (٥) لم يحصل ما يوجب الملك، فيكون القول بجواز الرجوع به مطلقا (٦) قويا و إن كان نادرا، إن لم يثبت الإجماع على خلافه، و الواقع خلافه (٧)، فقد ذهب المحقق إلى (١) سواء كان الثمن باقيا أم تالفا.

(٢) و هو تسليطه على إتلافه مع علمه بعدم استحقاقه فيكون بمنزله الإباحه، و فيه: إن لازمه جواز تصرف الفضولي بالثمن مع أن الاتفاق واقع على عدم الجواز لأنه أكل للمال بالباطل فالأقوى جواز الرجوع مطلقا، خصوصا مع توقع الإجازة من المالك، و لو كان المشتري عالما بفضوليته العقد فلا يكون مسلطا للفضولي على الثمن حتى يكون بمنزله الإباحه لتوقعه الإجازة.

(٣) بل في صورته انتظار وقوع الإجازة من المالك.

(٤) أي فيكون الثمن مضمونا للمشتري إلى أن يؤديه الفضولي إلى مالك العين على فرض الإجازة، أو أن يرد إليه على تقدير الرد، و منه يعلم أن الفضولي ممنوع من التصرف في الثمن فلو تصرف فهو مضمون عليه.

(٥) المستفاده من التسليط.

(٦) و لو كان تالفا.

(٧) أي خلاف الإجماع حيث ذهب المحقق إلى جواز الرجوع مطلقا، و ذهب جماعه إلى التفصيل، في ادعاه العلامة في التذكرة من الإجماع على عدم جواز الرجوع و لو كان باقيا لم يسلم له، و لو سلم له فهو مدركي لاحتمال أن يكون مستند المجمعين هو إباحه المشتري للثمن الموجه لعدم جواز الرجوع.

الرجوع به مطلقا (١)، و كيف يجتمع تحريم تصرف البائع فيه (٢) مع عدم رجوع المشتري به في حال، فإنه (٣) حينئذ لا محاله غاصب، آكل للمال بالباطل و لا فرق في هذا الحكم بين الغاصب محضا، و البائع فضوليا مع عدم إجازة المالك.

(و يرجع) المشتري على البائع (بما اغترم) للمالك (٤)، حتى بزياده قيمه عن الثمن لو تلفت العين فرجع بها عليه على الأقوى، لدخوله (٥) على أن تكون له مجانا، أمّا ما قابل الثمن من قيمه فلا يرجع به لرجوع عوضه (٦) إليه، فلا- يجمع بين العوض و المعوض. و قيل: لا يرجع بالقيمه مطلقا (٧)، لدخوله على أن تكون (١) باقيا كان أو تالفا.

(٢) أي حرمه تصرف الفضولي في الثمن كما تقدم.

(٣) أي الفضولي.

(٤) أي و يرجع المشتري على الفضولي بما اغترمه للمالك من ضمان المنافع المستوفاه، لقاعده المغرور و لصحيح جميل المتقدم حيث قال (و يرجع على من باعه بثمن الجاربه، و قيمه الولد التي أخذت منه) (١). و لازمه جواز رجوع المشتري على الفضولي بما اغترمه للمالك من ضمان المنافع غير المستوفاه، لو قلنا بضمانها على المشتري.

و لازمه أيضا جواز رجوع المشتري على الفضولي بما اغترمه لإصلاح العين من نفقه و إصلاح.

و أما لو تلفت العين عند المشتري و رجع المالك عليه بقيمتها، و كانت قيمه أكثر من الثمن المسمى الذي دفعه إلى الفضولي فهل يرجع المشتري على الفضولي بتمام ما دفعه للمالك، أو بخصوص الثمن المدفوع للفضولي وجهان كما في المسالك و الجواهر من أن الشراء عقد ضمان و قد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه بحيث إذا تلفت كانت من ماله و لازمه عدم جواز الرجوع بالزائد، و عن كون المشتري مقدما على كون المجموع في مقابله الثمن و لازمه كون الزائد عليه في معنى التبرع به و إعطائه إياه بغير عوض، فإذا أخذ منه هذا الزائد فله أن يرجع به على الفضولي لأن قد غرّه.

(٥) أي لدخول المشتري على أن تكون الزيادة المذكوره له من دون عوض.

(٦) أي عوض الثمن الذي هو المبيع، و هو راجع إليه لتلفه تحت يده.

(٧) حتى بزياده قيمه عن الثمن، فضلا عما قابل الثمن.

ص: ٣٥٢

العين مضمونه عليه، كما هو شأن البيع الصحيح و الفاسد (١)، كما لو (٢) تلفت العين، و فيه أن ضمانه (٣) للمثل، أو القيمه أمر زائد على فوات العين (٤) الذى [قد] قدم على ضمانه و هو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد (٥) بمنزله ما رجع عليه (٦) به (٧)، و قد حصل له (٨) فى مقابله نفع (٩)، بل أولى (١٠).

(١) أى ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و هى قاعده مشهوره عندهم و معناها: إن كل مال قبض بعقد صحيح فلو تلف كان من مال القابض فهو مضمون عليه كالثمن عند البائع و المثمن عند المشتري، فكذلك لو قبض بعقد فاسد كالبيع و الإجاره، مدرکها عموم النبوى (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١)، و كذلك عكسها و هو: ما لا يضمن بفاسده كالعاريه.

(٢) أى حيث تلفت العين، و هو متعلق بقوله (كما هو شأن البيع الصحيح و الفاسد)، و المعنى حينئذ واضح.

(٣) و حاصله: أن المشتري قدم على أن تكون العين مضمونه عليه، لكن قدم باعتبار أن يكون هذا الضمان عند تلف العين فى قبالة الثمن الذى دفعه للفضولى، و لازمه أن ما زاد عن الثمن يكون زائدا على ما أقدم على ضمانه مع كونه مغرورا من قبل الفضولى بتحملة لهذا الضمان، لأن الفضولى جعله مقدما على كون مجموع العين فى قبالة الثمن فقط، فيكون هذا الزائد بمنزله النماء و الثمره من حيثيه إقدام المشتري على أنها له من غير عوض و قد غرّه الفضولى فى ذلك عند ما تحمل المشتري ضمانها للمالك، فكما أن المشتري يرجع على الفضولى بما اغترمه فى قبالة النماء و الثمره و هو مما له نفع للمشتري، فكذلك يرجع المشتري على الفضولى بما دفعه أزيد من الثمن و هو مما لا نفع فيه للمشتري بل الثانى أولى كما هو واضح.

(٤) تفریع على الجواب، و المراد به ما زاد عن الثمن.

(٥) أى رجع المشتري.

(٦) على الفضولى.

(٧) الضمير عائد إلى الوصول.

(٨) للمشتري.

(٩) كالثمره و النماء.

(١٠) بل الرجوع فى الزائد أولى لعدم حصول نفع فيه للمشتري.

ص: ٣٥٣



هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجوده حال البيع (١)، أما لو تجددت بعده فحكمها حكم الثمره، فيرجع بها أيضا كغيرها (٢) مما حصل له في مقابلته نفع (٣) على الأقوى (٤)، لغروره (٥)، و دخوله (٦) على أن يكون ذلك له بغير عوض.

أمّا ما أنفقه عليه (٧) و نحوه مما لم يحصل له في مقابلته نفع (٨) فيرجع به قطعا (إن كان جاهلا) بكونه مالكا، أو مأذونا بأن ادعى البائع ملكه، أو الإذن فيه، أو سكت و لم يكن المشتري عالما بالحال (٩).

### في ما لو باع غير المملوك مع ملكه

(و لو باع غير المملوك مع ملكه و لم يجز المالك صح) البيع (في ملكه) (١٠) (١) بأن كان الشيء يساوي عشرين فباعه الفضولي بعشره.

(٢) أي كغير الزيادة.

(٣) نفى الزيادة أولى لعدم النفع له.

(٤) متعلق بقوله (فيرجع بها أيضا).

(٥) أي لقاعده المغرور يرجع على من غرّه.

(٦) أي دخول المشتري.

(٧) أي ما أنفقه المشتري على المبيع.

(٨) مما اغترمه لإصلاح المبيع.

(٩) أما لو كان المشتري عالما بكون العقد فضوليا فلا رجوع له على الفضولي فيما اغترمه للمالك من ضمان المنافع المستوفاه و غيرها، و أما ما دفعه من الثمن للفضولي فقد عرفت حكمه سابقا.

(١٠) بحيث باع ما يملكه و ما لا يملكه بعقد واحد و ثمن واحد، مضى بيعه فيما يملك، و توقف بيعه لما لا يملك على إجازة المالك بناء على ما سمعته من صحه بيع الفضولي، بلا خلاف معتد به ما لم ينشأ من صحه بيعه لما يملك مع عدم الإجازة في الآخر مانع شرعى كلزوم ربا أو بيع رقيق آبق من دون ضميمة و نحو ذلك.

و عن الأردبيلي احتمال بطلان العقد رأسا على تقدير صحه بيع الفضولي مع عدم إجازة المالك لأن التراضي حصل على المجموع لا على البعض واضح الفساد، بل هو اجتهاد في قبال النص لمكاتبه الصغار إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام (في رجل له قطاع أرض فيحضره الخروج إلى مكة، و القرية على مراحل من منزله، و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه و عرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا أنني قد بعت فلانا، يعنى المشتري، جميع القرية التي حد منها كذا، و الثاني و الثالث و الرابع،-



ووقف في ما لا يملك على إجازة مالكة، فإن أجاز صح البيع و لا خيار،(و) إن رد (تخير المشتري مع جهله) بكون بعض المبيع غير مملوك للبائع، لتبعض الصفقة، أو الشركة (١) (فإن) فسخ رجوع كل مال إلى مالكة، و إن (رضى صح البيع في المملوك) للبائع (بجسته من الثمن)، و يعلم مقدار الحصه (بعد تقويمهما جميعا، ثم تقويم أحدهما) منفردا، ثم نسبه قيمته (٢) إلى قيمه المجموع، فيخصه من الثمن مثل تلك النسبه، فإذا قوّما جميعا بعشرين، و أحدهما بعشره صح في المملوك بنصب الثمن كائنا ما كان، و إنما أخذ بنسبه قيمه (٣) و لم يخصه (٤) من الثمن قدر ما قوّم به لاحتمال زيادتها عنه (٥) و نقصانها، فربما جمع في بعض الفروض بين الثمن و المثلن على ذلك التقدير (٦) كما لو كان قد اشترى المجموع في المثل بعشره (٧).

و إنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، و إنما له بعض هذه القرية و قد أقر له بكلها؟

فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس بملك، و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك (١) و ظاهر الخبر وجوب البيع و لكنه بالنسبه للبائع فيما يخصه، و أن المشتري فمع إجازة الغير لا كلام، و مع عدمها فله حق الخيار بالفسخ لتبعض الصفقة بلا خلاف فيه مع جهله بالحال، أما لو كان عالما بالحال فلا خيار له لقدمه على ذلك مع علمه.

و على كل لا بدّ من تقسيط الثمن على المبيع سواء أجاز الغير أو لم يجز، حتى يأخذ كل من المالكين نصيبه على فرض الإجازة، أو ليأخذ البائع ما يخصه من الثمن على فرض عدمها عند عدم فسخ المشتري بالخيار الذي ثبت له.

(١) عطف على تبعض الصفقة، بحيث لو باع مالك النصف المشاع تمام المال المشترك و لم يجز شريكه فيثبت للمشتري خيار ناشئ من عيب الشركة.

(٢) أي قيمته المنفردة.

(٣) و هي النصف في المثل المتقدم.

(٤) أي يخص المملوك.

(٥) أي زياده قيمه عن الثمن المسمى في العقد.

(٦) أي تقدير أخذ قيمه من الثمن، لا أخذ نسبتها إلى المجموع من الثمن.

(٧) و قدر المملوك بعشره و غير المملوك بعشره و كان الثمن المسمى عشره فلو أخذ قيمه من -

ص: ٣٥٥

و إنما يعتبر قيمتهما مجتمعين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زياده قيمه كل واحد كثنوين (١)، أما لو استلزم ذلك كمصراعى باب لم يقوّما مجتمعين، إذ لا يستحق مالك كل واحد ماله (٢) إلا منفردا، و حينئذ يقوّم كل منهما منفردا، و ينسب قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين (٣)، و يؤخذ من الثمن بتلك النسبه. نعم لو كانا لمالك واحد (٤) فأجاز في أحدهما دون الآخر أمكن فيه ما أطلقوه (٥)، مع احتمال ما قيدناه (٦).

### في ما لو باع ما يملك و ما لا يملك

(و كذا لو باع ما يملك) مبنا للمجهول (و ما لا يملك (٧) كالعبد مع الحر، و الخنزير مع الشاه)، فإنه يصح في المملوك (٨) بنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين من الثمن (٩)، (و يقوّم الحر لو كان عبدا) على ما هو عليه من الأوصاف و الكيفيات، (و الخنزير عند مستحليه) إما بإخبار جماعه منهم كثيره يؤمن اجتماعهم على الكذب، و يحصل بقولهم العلم، أو الظن المتأخم له (١٠)، أو بإخبار عدلين -الثمن لأخذ عشره - و هى تساوى ثمن المملوك - فى قبال غير المملوك، فيكون قد جمع بين المملوك و ثمنه، و بعباره أخرى قد رجع إليه بمقدار ما دفعه و يكون المثلث الذى استقر عليه البيع بغير عوض.

(١) و عباين بحيث لم يكن لاجتماعهما مدخل فى زياده قيمه كل منهما.

(٢) و حصته و هى أحد مصراعى الباب.

(٣) المنفردتين.

(٤) و باعها الفضولى فأجاز المالك البيع فى أحدهما دون الآخر.

(٥) من تقويمهما جميعا ثم تقويم أحدهما، ثم نسبه قيمه المجاز منفردا إلى قيمه المجموع، ثم يؤخذ من الثمن بمثل هذه النسبه.

(٦) فيما لم يكن لاجتماعهما فى زياده قيمه، و إلا -فتنسب قيمه أحدهما منفردا إلى مجموع قيمتهما منفردين لا مجتمعين، ثم تؤخذ هذه النسبه من الثمن.

(٧) فيصح البيع فيما يملك و يبطل بالآخر، أما صحته فى الأول لوجود المقتضى مع عدم المانع فتشمله عمومات الوفاء و الحليه للبيع، و أما بطلانه فى الثانى لعدم قابليته للتملك بلا خلاف فى ذلك كله.

(٨) أى ما يملك.

(٩) أى و تؤخذ هذه النسبه من الثمن.

(١٠) و الظن المتأخم للعلم علم عادى فتشمله أدله حججه العلم.

مسلمين يطلعان على حاله عندهم (١)، لا منهم مطلقا (٢)، لاشتراط عداله المقوم.

هذا مع جهل المشتري بالحال ليم قصده إلى شرائهما (٣).

و يعتبر العلم بضمن المجموع لا-الأفراد، فيوزع حيث لا- يتم له، أما مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته لإفضائه إلى الجهل بضمن المبيع حال البيع، لأنه في قوه بعثك العبد بما يخصه من الألف إذ وزعت عليه و على شىء آخر لا يعلم مقداره الآن، أما مع جهله فقصده إلى شراء المجموع، و معرفه مقدار ثمنه (٤) كاف، و إن لم يعلم مقدار ما يخص كل جزء (٥).

و يمكن جريان الإشكال فى البائع (٦) مع علمه بذلك (٧)، و لا بعد فى بطلانه (٨) من طرف أحدهما دون الآخر (٩)، هذا إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، أو كانت عينه (١٠) باقيه، أو كان جاهلا، و إلا (١١) جاء فيه مع علمه (١) أى على حال الخنزير عند مستحليه.

(٢) أى من المستحليين من دون القيود السابقه.

(٣) ظاهر الأصحاب - كما فى الجواهر - عدم الفرق فى الصحه بين حالى العلم و الجهل، لأن الغرر مدفوع بالعلم بالجمله، كما لو باع مملوكه و مملوك غيره مع إجازة المالك فالبيع صحيح و لازم مع أن الثمن لكل منهما غير معلوم بالتفصيل نعم هو معلوم بالجمله و هذا كاف لنفى الغرر المنهى عنه. نعم العلامه فى التذكرة احتمل البطلان فى صورته العلم و لكنه قد نص على الصحه قبل ذلك، و أورد الشارح هذا الاحتمال إشكالا فى المقام و هو ليس فى محله كما عرفت.

(٤) أى ثمن المجموع.

(٥) بحيث لم يعرف معرفه تفصيليه، و لكن هناك علم إجمالى كاف لدفع الغرر، و فيه: إن نفس هذا العلم الإجمال موجود عند علم المشتري بالحال و لازمه صحه البيع فيما يملك.

(٦) فى البائع: و الحكم بفساد البيع للغرر.

(٧) أى بحال.

(٨) أى بطلان البيع.

(٩) و هو المشتري الجاهل للحال، و فيه: إنه على خلاف ظاهر الأدله الداله على اشتراط علمهما فى صحه العقد، نعم قد عرفت أن العلم الإجمالى كاف و هو متحقق فى كلا الطرفين سواء علما بالحال أو علم بعضهما أو جهلا بذلك.

(١٠) أى عين الثمن.

(١١) أى و إن دفع الثمن و قد تلف و كان المشتري عالما بالحال فيكون قد سلط البائع على إتلافه -



بالفساد ما تقدم فى الفضولى بالنسبه إلى الرجوع بالثمن.

## فى بيع الوكيل

(و كما يصح العقد من المالك، يصح من القائم مقامه و هم) أى القائم، جمعه (١) باعتبار معنى الموصول، و يجوز توحيدة نظرا إلى لفظه (سته: الأب (٢)، و الجد له (٣) و إن علا،(و الوصى) (٤)...)

فهو بمنزله الأذن له فى ذلك فيما يرجع عليه كما هو مبنى المشهور من عدم رجوع المشتري على الفضولى فى الثمن التالف، و قد عرفت صحة الرجوع لأن سلطه عليه فى قبال لشيء لم يسلم له.

(١) حيث قال المصنف: (و هم).

(٢) بلا خلاف فيه لفحوى ما ورد من سلطنته على بضع البنت فى باب النكاح كخبر محمد بن إسماعيل بن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبيه يزوجه أبوها ثم يموت و هى صغيره فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال عليه السلام: يجوز عليها تزويج أبيها) (١)، و ما ورد فى جواز اتجار الوصى بمال الطفل إذا كان قد أوصى أبوه بذلك و هذا دال على جواز اتجار الأب بمال الطفل من باب أولى كخبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: (سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن فى ذلك و هو حى) (٢)، و مثله غيره.

(٣) أى للأب بلا خلاف فيه لفحوى ما ورد من سلطنته على بضع البنت كخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (إذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه، و لابنه أيضا أن يزوجه، فقلت: فإن هوى أبوها رجلا، فقال: الجد أولى بنكاحها) (٣) و قريب منه خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السلام إلا أنه قال (الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الأب زوجها قبله، و يجوز عليها تزويج الأب الجد) ٤ و ذيله مطلق يشمل الجد الأعلى و أما غيره كالأم و الأخ و العم و الجد للأم فلا ولاية لهم على الصغير و المجنون لعدم الدليل و مقتضى الأصل عدم و لا يتهم.

(٤) بلا خلاف فيه للأخبار.

ص: ٣٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ١ و ٢.

من أحدهما على الطفل (١) و المجنون الأصلي (٢)، و من طراً جنونه قبل البلوغ، (و الوكيل) (٣) عن المالک و من له الولايه حيث يجوز له التوكيل، (و الحاكم) الشرعى (٤) -منها: خبر محمد بن مسلم المتقدم، و خبر خالد الطويل (ابن بكير خ) (دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بنى اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و اعطهم النصف و ليس عليك ضمان، فقدمتنى أم ولد أبي بعد وفاه أبي إلى ابن أبي ليلى، فقال: إن هذا يأكل أموال ولدى، قال: فاقصصت عليه ما أمرنى به أبى، فقال ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد على ابن أبي ليلى إن أنا حررته فأنا له ضامن، فدخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتى، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده، و أما فيما بينك و بين الله عز و جل فليس عليك ضمان(١).

(١) بالنسبه لولايه الثلاثه من الأب و الجد و الوصى.

(٢) و إلا لو طراً الجنون بعد عقله و بلوغه فهو كالسفه الطارئ يرجعان إلى الحاكم كما سيأتى تفصيله فى كتاب الحجر.

(٣) الوكيل بمنزله الموكل بلا خلاف فيه لإطلاق أدله اعتبار الوكاله كما سيأتى التعرض لها فى بابها بلا فرق بين كون الموكل مالكا أو له الولايه على المالک.

(٤) قد ثبت فى باب القضاء أن المجتهد الجامع للشرائط منصوب للقضاء من قبل المعصوم عليه السلام، و للقاضى حق النظر فى فصل المنازعات و قطع التشاجر و المنازعات، و استيفاء الحقوق ممن مطل بها و إيصالها إلى مستحقيها، و له الولايه على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر أو سفه و له حق الحجر على السفیه و المفلس حفظاً للأموال و هو ولى من لا- ولى له كالغائب، و له النظر فى الأوقاف بحفظ أصولها و تنميه فروعها و قبض نماءها و صرفه فى سبيله مع حق جعل النظر إلى غيره، و له حق تنفيذ الوصايا على شروط الموصى، و له حق تزويج الأيامى بالأكفاء إذا عدم الولى و له إقامة الحدود على مستحقيها، و هذه الأحكام ثابتة للقاضى عند العامه، راجع كتاب الأحكام السلطانيه للماوردى(٢)، فتنصيب المجتهد قاضيا من قبل المعصوم عليه السلام هو تنصيب له مع إثبات هذه الأحكام له عندنا، و من جملتها ولايته على الصغير عند عدم الولى للأب أو جد أو وصى.

ص: ٣٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

٢- (٢) ص ٧٠-٧١، الطبعة الثالثة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣.



و بعد هذا البيان لا داعى لإثبات ولايه القاضى على مال الصغير من باب الأمور الحسيه و هى ما علم من الشارع عدم رضاه بتركها بل لا بد من التعدى لها، إذ التعدى غير منحصر بالقاضى، و لا داعى لإثبات ولايه القاضى على مال الصغير من باب ولايه الفقيه، و هى ولايته على التصرف فى أموال الناس و أنفسهم، و هى ولايه ثابتة للنبي صلى الله عليه و آله و سلم و للأئمه المعصومين من بعده صلوات الله عليهم أجمعين، قال الله تعالى: (النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ) (١)، و فى حديث الغدير الذى كثرت أسانيده، و هو من المتواتر المشهور بين الفريقين قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم (من كنت مولاه فهذا على مولاه) (٢).

و هذه الولايه قد قيل بثبوتها للقاضى لمقبوله عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام (ينظران ممن كان منكم عن ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فإنى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله) (٣) بدعوى أن لفظ الحاكم هو الحاكم المطلق، و فيه: إن مورد السؤال هو التحاكم أى الترافع إلى القاضى فيكون مخصوصا بالقاضى فقط، على أن الحاكم هو القاضى لغه لا الحاكم المطلق كما توهم بعض المتأخرين و استدلل للولايه بالتوقيع الشريف (و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجه الله) (٤) و بما ورد عن الإمام الحسين بن على عليهما السلام مرسلا (مجارى الأمور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، الأئمه على حلاله و حرامه) (٥)، و هما عمده استدلالهم على الولايه، و أما غيرهما فقاصر الدلاله و أجنبي عن المطلوب كما هو واضح.

و هما أيضا أجنبيان عن المدعى إذا لو ثبت للفقيه ما ثبت للمعصوم من الولايه بالتصرف فى أموال الناس و أنفسهم لما كان هناك فرق بين المعصوم و غيره فلا داعى للعصمه فى الأئمه عليهم السلام هذا من جهه و من جهه أخرى لو كان للفقيه الولايه على أموال الناس و أنفسهم لوجب عليهم اتباعه فيما يتصرف فيه، مع أن الطاعه المطلقه مختصه بالمعصوم فقط.

ص: ٣٦٠

١- (١) سورة الأحزاب، الآية: ٦.

٢- (٢) كتاب الغدير ج ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٩.

٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١٦.

حيث تفقد الأربعة (١)، (وأمينه) و هو منصوبه (٢) لذلك (٣)، أو ما هو (٤) أعم منه، (و بحكم الحاكم المقاص (٥) و هو من يكون له على غيره مال فيجحد، أو لا -ففى خبر الخثعمى (كان المفضل عند أبى عبد الله عليه السلام فقال له المفضل: جعلت فداك، يفرض الله طاعه عبد على العباد و يحجب عنه خير السماء؟ قال: لا، الله أكرم و أرحم و أرأف بعباده من أن يفرض طاعه عبد على العباد ثم يحجب عنه خير السماء صباحا و مساء) (١) و خبر أبى حمزه (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا و الله، لا يكون عالم جاهلا أبدا، عالما بشىء جاهلا بشىء، ثم قال: الله أجل و أعز و أكرم من أن يفرض طاعه عبد يحجب عنه علم سمائه و أرضه، ثم قال: لا يحجب ذلك عنه) ٢ مثلها غيرها.

و من جهه ثالثه فالتوقيع مختص بالإفتاء لأن الوصف مشعر بالعليه للحكم، فهم حجه بما هم رواه الأحاديث، و هذا كاشف على مورد حجتهم، و هو الإفتاء بمضمون هذه الأحاديث، و المرسل عن سيد الشهداء صلوات الله عليه ضعيف السند على أن متنه مخصوص بالمعصومين عليهم السلام و لا أقل من الاحتمال و به يبطل الاستدلال.

و قد قيل أن الفقيه ليس له الولاية على أموال الناس و أنفسهم و لكن له الولاية فى تشكيل الحكومه الإسلاميه و إجراء أحكام الإسلام السياسيه و الجزائيه كالجهاد و قبول الجزيه و الصلح و القصاص و الديات و الحدود، و فيه: إن مقتضى الأصل تشكيل الحكومه الإسلاميه لمطلق من يريد الحكم بالحق و العدل، فتخصيصه بالفقيه فقط يحتاج إلى دليل، و دعوى أنه نفس مقبوله عمر بن حنظله و التوقيع السابقان غير مسموعه لاختصاصهما بالقضاء و الفتيا فقط كما عرفت، على أن إجراء الأحكام الجزائيه كالقصاص و الحدود من لوازم منصب القضاء عند العامه كما سمعت فهذه الأحكام و إن ثبتت للفقيه ثبتت له بما هو قاض لا بما أنه قد انحصر فيه تشكيل الحكومه الإسلاميه.

(١) و هم الأب و الجد و الوصى من قبل أحدهما و الوكيل.

(٢) إذا ثبت جواز النظر للقاضى فى مال اليتيم و المجنون ثبت لو كيله لإطلاق أدله اعتبار الوكاله كما سيأتى فى بابها.

(٣) أى لخصوص التصرف فى مال الصغير و المجنون بعد البلوغ و المحجور عليه لسفه أو فلس.

(٤) أى و منصوبه للأعم من التصرف فى مال المذكورين و غيره.

(٥) إذا كان لإنسان حق عند الغير، فلا يخلو إما أن يكون الحق عقوبه أو مالا، فالأول -

ص: ٣٦١

- كالقصاص و القذف و لا- خلاف أنه لا بد من رفع الأمر إلى الحاكم للتوصل إلى حقه، لأن استيفاء القصاص و الحدود من لوازم القاضى كما عرفت و لعظم خطره و للاحتياط فى الدماء.

و الثانى إن كان عينا فى يد الغير، معترف بها أو معلوم حالها فلصاحبها الحق فى انتزاعها منه و لو قهرا، و لو استلزم مساعده ظالم، و لو استلزم ضررا كتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك، ما لم تترفته توجب إزهاق النفوس و الأموال فيجب الكف من باب رعايه الأهم، و لا يفتقر انتزاعها إلى إذن الحاكم.

و إن كان مالا دينا و كان الغريم مقرا باذلا لم يستقل صاحبه بانتزاعه.

من دون إذن الغريم لأنه المخير فى جهات القضاء و له السلطنه التامه على أمواله، و لو كان الغريم جاحدا للدين و لصاحبه بينه تثبت عند الحاكم فعن الأ-كثر جواز الاقتصاص من الغريم من دون الرجوع إلى الحاكم لعموم الإذن فى القصاص كقوله تعالى: (فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا) (١) و قوله تعالى: (فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ بِهِ) (٢)، و لإطلاق جملة من الأخبار.

منها: خبر جميل بن دارج (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده، أ يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم) (٣) و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام (سألته عن الرجل الجحود أ يحلّ أن أجحده مثل ما جحد؟ قال: نعم و لا تزاد) ٤، و صحيح داود بن رزين (قلت لأبى الحسن موسى عليه السّلام: إنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فأخذونها و الدابه الفاراه فيبعثون فأخذونها، ثم يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا تزدد عليه ٥ و مثلها غيرها.

و ذهب المحقق فى النافع و تلميذه الآبى فى كشفه و الفخر فى إيضاحه إلى وجوب الاستئذان من الحاكم، لأن التسلط على مال الغير على خلاف الأهل فيقتصر فيه على القدر المتيقن و هو إذن الحاكم، و فيه: إن التسلط على مال الغير هنا للأخبار المتقدمه، فالقول الثانى كأنه اجتهاد فى قبال النص كما فى الجواهر.

و لو كان الغريم جاحدا و لا يوجد لصاحب الحق بينه، أوله بينه و لكن لا يمكن الوصول-

ص: ٣٤٢

١- (١) سورة البقره، الآية: ١٩٤.

٢- (٢) سورة النحل، الآية: ١٢٦.

٣- (( ٣ و ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٠ و ١٣ و ١.

-إلى الحاكم، أو يمكن الوصول إليه، و لكن الحاكم الذى هو القاضى غير مبسوط اليد فيجوز لصاحب الحق الاقتصاص من مال الغريم بمقدار حقه من دون إذن الحاكم بلا- خلاف فيه، و هو القدر المتيقن من الأدله السابقه. نعم لو كان المال وديعه فهل يجوز الاقتصاص منه، ذهب الشيخ فى النهايه و ابن زهره و القاضى و جماعه إلى التحريم لقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) (١) و الأمر بالأداء ينافى جواز الاقتصاص منها، و لجمله من الأخبار.

منها: خبر ابن أبى عمير عن ابن أخ الفضيل بن يسار (كنت عند أبى عبد الله عليه السلام و وجدت امرأه و كنت أقرب القوم إليها، فقالت لى: أسأله، فقلت: عما ذا؟ فقالت: إن ابني مات و ترك مالا كان فى يد أخى فأتلفه، ثم أفاد مالا فأودعنيه فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شىء؟ فأخبرته بذلك، فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: اد الأمانه إلى من أثمنتك و لا تخف من خانك) (٢) و خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا، ألى أن آخذ ما لى عنده؟ قال: لا هذه الخيانه) (٣).

و عن الشيخ فى الاستبصار و أكثر المتأخرين الجواز على كراهه جمعا بين ما تقدم و بين طائفه من الأخبار.

منها: صحيح أبى العباس البقباق (أن شهابا ما رآه فى رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف التى أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبى عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال عليه السلام: أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف) (٤)، و خبر على بن سليمان (كتبت إليه:

رجل غصب مالا- أو جاريه، ثم وقع عنده مال بسبب وديعه أو قرض مثل ما خانه أو غصبه، أ يحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحلّ له ذلك، إن كان بقدر حقه، و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي إليه إن شاء الله) (٥).

و مقتضى الأخبار المتقدمه أنه يجوز التقصاص سواء كان الموجود من جنس المال الذى فى ذمه الغريم أولا- بلا- خلاف فيه خصوصا مع ملاحظه صحيح ابن رزين حيث يأخذون-

ص: ٣٦٣

١- (١) سورة النساء، الآية: ٥٨.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ١١.

٣- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ و ٩.

يدفعه إليه مع وجوبه (١)، فله الاستقلال بأخذه من ماله قهرا من جنس حقه إن وجدته، وإلا فمن غيره بالقيمة، مخيرا بين بيعه من غيره، و من نفسه.

و لا- يشترط إذن الحاكم و إن أمكن (٢)، لوجوده (٣) و وجود البينه المقبوله عنده (٤) فى الأشهر، و لو تعذر الأخذ إلا بزياده جاز، فتكون (٥) فى يده أمانه فى قول (٦) إلى أن يتمكن من ردها فيجب (٧) على الفور، و لو توقف أخذ الحق على نقب جدار، أو كسر قفل جاز (٨)، و لا ضمان على الظاهر، و يعتبر فى المأخوذ كونه زائدا على المستثنى فى قضاء الدين (٩)، و لو تلف من المأخوذ شىء قبل تملكه ففى ضمانه قولان (١٠)، و يكفى فى التملك النيه، سواء كان بالقيمة، أم -منه الجاربه و الدابه و يقع لهم عنده المال الذى أذن الإمام عليه السلام بجواز المقاصه منه، و لازمه جواز بيعه للاقتصاص من ثمنه سواء كان البيع لنفسه أو لغيره.

(١) أى وجوب الدفع.

(٢) أى أمكن الاذن.

(٣) أى وجود الحاكم، و هو تعليل لإمكان الاذن.

(٤) عند الحاكم.

(٥) أى الزيادة.

(٦) و هى أمانه شارعيه لا مالكيه لأنها متوقفه على اذن من قبل الشارع، لأن الشارع أذن فى المقاصه كما تقدم من الأخبار.

(٧) أى يجب الرد، و هو الظاهر من ذيل خبر على بن سليمان المتقدم.

(٨) هذا إذا كان الحق عينا كما تقدم.

(٩) و إلا من يجوز مقاصته لعدم وجوب. الوفاء بالدين على الغريم لأنه مستثنى كما سيأتى دليله فى بابه.

(١٠) و ذلك فيما لو كان المقبوض من مال الغير من غير جنس الحق فلا- بد من بيعه حتى يقع التقاصى فى ثمنه، فلو تلف المقبوض قبل بيعه فهل يضمن صاحب الحق أو لا، فعن الشيخ فى المبسوط و تبعه الشهيدان فى المسالك و غايه المراد و الأردبيلى عدم الضمان لأن يده يد شرعيه بمعنى أنه قبض العين بإذن من الشارع.

و عن جماعه منهم المحقق و العلامة فى القواعد جماعه الضمان لأنه قبضه بغير إذن المالك لمصلحه نفسه، فيكون قبض المرتهن الرهن بغير إذن الراهن، مع عدم المنافاه بين إذن الشارع و بين الضمان، لأن الشارع قد أذن فى القبض لاستيفاء حقه و هو أعم من الائتمان الذى لا يستعقب الضمان و بين غيره.-

بالمثل (١)، و في جواز المقاصه من الوديعه قولان، و المروى العدم، و حمل على الكراهه (٢)، و في جواز مقاصه الغائب من غير مطالبته و جهان، أجمدهما العدم (٣) إلا مع طولها (٤) بحيث يؤدي إلى الضرر (٥)، و لو أمكن الرجوع هنا إلى الحاكم فالأقوى توقفه عليه (٦).

(و يجوز للجميع) أى جميع من له الولاية ممن تقدم (تولى طرفى العقد) (٧) بأن يبيع من نفسه (٨)، و ممن (٩) له الولاية عليه، (إلا الوكيل (١٠)...) -و أشكل عليه بأن إذن الشارع أعم من إذن المالك، و به يفرّق بينه و بين الرهن و منه يعلم أنه لا يستعقب الضمان لأنه مؤتمن من قبل الشارع.

(١) عند بيعه للعين.

(٢) جمعا بين الأخبار.

(٣) بل هو المتيقن لأنه لا يجوز التصرف فى مال الغير بغير إذنه.

(٤) أى طول الغيبه.

(٥) فيجوز للعنوان الثانوى.

(٦) أى على إذن الحاكم بل هو المتيقن لأنه ولى الغائب و قد تقدم الكلام فيه سابقا فى لوازم منصب القاضى.

(٧) فيجوز للأب مثلا- أن يبيع عن ولده من نفسه فيكون الأب مشتريا، و يجوز أن يبيع عن نفسه من ولده فيكون الأب بائعا، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن المغايره الاعتباريه كافيه فى تحقق طرفى العقد، و للسيره و إطلاق ما دل على ولايته.

(٨) فيكون الأب مثلا مشتريا.

(٩) فيكون الأب مثلا بائعا.

(١٠) فعن الشيخ فى النهايه و الخلاف و موضع من المبسوط و ابن إدريس، بل عن غايه المراد و نسبته إلى الأكثر عدم الجواز لعدم التوكيل له، و يشهد له صحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا قال لك الرجل: اشتر لى فلا تعطه من عندك، و إن كان الذى عندك خيرا منه) (١) و مثله غيره و حملت هذه الأخبار على وجود القرينه اللفظيه الداله على لزوم الشراء من غير مال الوكيل لقرينه قوله (اشتر لى)، فلا بد أن يشتري الوكيل من غير ماله و لذا ذهبت جماعه بل قيل هو المشهور أنه إذا أعلم الموكل جاز و إلا لم يجز،-

ص: ٣٦٥

(و المقاص) (١) فلا يجوز توليها طرفيه (٢)، بل يبيعان من الغير، و الأقوى كونهما كغيرهما، و هو اختياره فى الدروس، لعموم الأدله و عدم وجود ما يصلح للتخصيص، (و لو استأذن الوكيل جاز)، لانتفاء المانع حينئذ.

### فى بيع المصحف

(و يشترط كون المشتري مسلما إذا ابتاع مصحفا (٣)،...) - فيه: إن البحث فى التوكيل المجرد عن القرائن اللفظيه و المقاميه، و هو يستدعى بيع مال الموكل أو شراء شىء له مع غض البصر عن خصوصيه المشتري فالأوفق بالقواعد هو الجواز كما ذهب إليه أبو الصلاح و العلامه فى جملة من كتبه و الفخر فى الإيضاح، و الشهيدان.

نعم لو احتفت الوكالة بقرينه و لو مقاميه تدل على استثناء مال الوكيل بيعا أو شراء فلا بد من استثنائه تمسكا بالقرينه، و مع انتفاء القرينه فيتولى الوكيل طرفى العقد، و المغايره الاعتباريه من الأصاله و الوكالة كافيه فى تحقق ذلك.

(١) ليس له وجه إلا- أن التقاصى من مال الغير و بيعه لنفسه محل للثمه، و فيه: إنه لا بد من تقييد الحكم بما إذا استلزم التولى لطرفى العقد من المقاصى التمهه تحكيما للدليل، على أن إطلاق أدله جواز التقاصى المتقدمه يفيد جواز بيع مال الغريم لنفسه مع وجود التمهه.

(٢) طرفى العقد.

(٣) ذهب جماعه إلى عدم جواز بيع المصحف للأخبار.

منها: خبر عبد الرحمن بن سيابه عن أبى عبد الله عليه السلام (إن المصاحف لن تشتري، فإذا اشتريت فقل: إنما اشترى منك الورق و ما فيه من الأديم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا) (١)، و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن بيع المصاحف و شرائها، فقال: لا تشتري كتاب الله، و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل: اشترى منك هذا بكذا و كذا) (٢)، و خبر سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- تبيعوا المصاحف فإن بيعها حرام، قلت: فما تقول فى شرائها؟ قال: اشتر منه الدفتين و الحديد و الغلاف، و إياك أن تشتري منه الورق و فيه القرآن مكتوب، فيكون عليك حراما و على من باعه حراما) (٣)، و الأخير ظاهر فى حرمة بيع الورق و شرائه إذا كان البيع قد تعلق به بما هو مشتمل على القرآن بخلاف غيره من الأخبار الداله على جواز بيع الورق و شرائه-

ص: ٣٦٦

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١.

-المحمولة على تعلق البيع بالورق مجردا عن اشتماله على القرآن و لذا لا منافاه بينه و بين غيره من الأخبار.

و عن صاحب الجواهر و جماعه الجواز على كراهه جمعا بين ما تقدم و بين صحيح أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها، فقال: إنما كان يوضع عند القامه(1) و المنبر، قال: كان بين الحائط و المنبر قيد ممر شاه أو رجل و هو منحرف، فكان الرجل يأتي فيكتب البقره، و يجيء آخر فيكتب السوره، كذلك كان ثم إنهم اشتروا بعد ذلك، فقلت: فما ترى فى ذلك؟ فقال: اشتريه أحب إلي من أن أبيع(2)، و خبر روح بن ع. بد الرحيم عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن شراء المصاحف و بيعها، فقال: إنما كان يوضع الورق عند المنبر، و كان ما بين المنبر و الحائط قدر ما تمر الشاه أو رجل ينحرف، قال: فكان الرجل يأتي فيكتب من ذلك، ثم إنهم اشتروا بعد، قلت: فما ترى فى ذلك؟ فقال لى: أشتري أحب إلي من أن أبيع(3).

و فيه: إنهما غير ظاهرين فى جواز شراء المصحف بل هما صريحان على أن السيره كانت قائمه على كتابه المصاحف نقلا من المصحف الموجود فى المسجد ثم قصرت الهمم عن تحصيل المصاحف بالكتابه، و اتجهوا إلى تحصيلها بالشراء و لكن لا يدلان على كيفية الشراء فلذا لا بد من حملهما على شراء ما عدا الخط جمعا بين الأخبار.

ثم على تقدير جواز بيع المصحف للمسلم فالمشهور على عدم جواز بيعه للكافر للنبوى (الإسلام يعلو و لا- يعلو عليه)(4) و لفحوى ما دل على عدم تملك الكافر للعبد المسلم و هو خبر حماد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمى قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقرّوه عنده)(5)، و لأن فى تملك الكافر للمصحف هتكاً له و إهانته و هو حرام، و الأخير استحسان محض و الأول غير ظاهر الدلاله فلم يبق إلا خبر حماد بن عيسى و هو غير دال على عدم تملك الكافر للعبد المسلم، بل دال على تملكه لكنه يجبر على البيع كما ذهب إليه البعض فى-

ص: ٣٦٧

١- (١) أى الحائط لأن حائط مسجد النبى كان بقدر قامه كما تقدم فى بحث مواقيت الصلاه، سنأتى الإشاره، إلى ذلك فى خبر ابن عبد الرحيم الآتى.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإرث حديث ١١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.



(أو مسلماً (١)، لما فى ملكه للأول (٢) من الإهانه، و للثانى (٣) من الإذلال و إثبات السبيل له عليه، وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً (٤)، و قيل: يصح و يؤمر بإزاله ملكه، و فى حكم المسلم ولده الصغير (٥)، و المجنون، و مسيه (٦) -مسأله تملك الكافر للعبد المسلم، فلذا ذهب جماعه إلى جواز بيع المصحف للكافر لو قلنا بجواز بيعه على المسلم و لكن قد عرفت المنع على المسلم فعلى الكافر من باب أولى و فى حكم المصحف أبعاضه لصدق كلام الله المنهى عن بيعه على الجميع، هذا إذا كان البعض منفرداً، و أما لو كان مذكوراً فى كتاب آخر للاستشهاد و نحوه فيأتى البحث فيه.

(١) المشهور على عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم للنبوى المتقدم و لخبر حماد المتقدم أيضاً و لقوله تعالى: (وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً) (١)، و الأخير هو عمدته الدليل عند الأصحاب لأن خبر حماد دال على جواز التملك لكنه يجبر على المبيع كما هو قول و لم يعرف قائله، و لكن الأخير ظاهر فى عدم تملك الكافر من رأس، نعم عدم تملك الكافر للمسلم لنفى السبيل منحصر فى التملك الاختيارى، و إن دخوله فى ملكه بالإرث من كافر أو بقاؤه على الملك كما لو أسلم و هو فى يده فلا- دليل على عدم تملك الكافر له نعم يجبر على بيعه كما فى خبر حماد المتقدم أو ينعق عليه كما لو ورث أمه كما سيأتى بحثه فى باب العتق و الارث بلا خلاف فى ذلك بل قال الشارح فى المسالك: (و فى حكمه - أى حكم شراء الأب لأمه ينعق عليه - كل شراء يستعقب العتق كما لو أقر بحريه عبد غيره ثم اشتراه فإنه ينعق عليه بمجرد الشراء، و مثله ما لو قال لغيره: اعتق عبدك المسلم عتّى و عتّى ثمنه، إن سوغناه فإنه شراء ضمنى، و إنما يمتنع دخول العبد المسلم فى ملك الكافر اختياراً كالشراء و الاستيهاب و نحوهما، و أما غيره كالإرث و إسلام عبده الكافر فلا، بل يجبر على بيعه بثمان المثل على الفور إن وجد راغب، و إلا حيل بينهما بمسلم إلى أن يوجد الراغب، و نفقته زمن المهله عليه و كسبه له) انتهى.

(٢) و هو المصحف.

(٣) و هو العبد المسلم.

(٤) النساء آيه: ١٤١.

(٥) لأنه محكوم بالإسلام للتبعيه و كذا المجنون.

(٦) أى و مسيى المسلم.

ص: ٣٤٨

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٤١.

المنفرد به (١) إن ألحقناه (٢) به (٣) فيه (٤)، و لقيط يحكم بإسلامه ظاهرا (٥) (إلا فيمن ينعق عليه (٦) فلا منع، لانتفاء السبيل بالعتق عليه، و في حكمه (٧) مشروط العتق عليه في البيع (٨)، و من أقر بحريته و هو في يد غيره (٩).

و ضابطه جواز شرائه حيث يتعقبه العتق قهرا.

و في حكم البيع (١٠) تملكه له اختيارا كالهبة لا- بغيره كالإرث و إسلام عبده، بل يجبر على بيعه من مسلم على الفور مع الإمكان، و إلا حيل بينهما بوضعه على يد مسلم إلى أن يوجد راغب، و في حكم بيعه منه (١١) إجارتة له الواقعه على عينه لا على ذمته، كما لو استدان منه، و في حكم المصحف أبعاضه (١٢)، و في إلحاق (١) احتراز عما لو شاركه الكافر في السبي.

(٢) أي ألحقنا المسبي.

(٣) بالسابي.

(٤) في الإسلام كما هو مذهب الشيخ و جماعه، و قيل: إنما يلحق به في الطهاره فقط، و قيل: بانتفاء التبعية مطلقا و هو الأقوى.

(٥) و هو لقيط دار الإسلامى.

(٦) على الكافر كأحد الوالدين.

(٧) حكم من ينعق عليهن.

(٨) كأن يقول للغير: اعتق عبدك المسلم عنى و على ثمنه، فهو متضمن لبيعه عليه بشرط العتق.

(٩) ثم اشتراه فإنه ينعق عليه بمجرد الشراء.

(١٠) أي و في حكم البيع الممنوع.

(١١) أي و في حكم بيع العبد المسلم من الكافر و هو ممنوع إجاره العبد المسلم للكافر فيما لو. كانت الإجاره واقعته على عينه لأنها سبيل و هو منفى بحكم الآيه المتقدمه قال الشارح فى المسالك: (و فى حكم البيع الإجاره الواقعه على عينه، أما على ذمته فالأجود الصحه كما لو استدان منه، و كذا رهنه عنده، أما لو وضع على يد مسلم فلا، و فى عاريتة قولان أجودهما المنع، و فى إيداعه له و جهان أجودهما الصحه، لأنه فيها خادم لا ذو سبيل) انتهى، فالمدار على نفى السبيل ليس إلا و منه تعرف الحكم فى هذه الموارد و غيرها.

(١٢) قد تقدم الكلام فيه.

ما يوجد منه (١) في كتاب غيره شاهداً، أو نحوه نظر من الجزئية (٢) و عدم صدق الاسم (٣)، و في إلحاق كتب الحديث النبويه به (٤) وجه (٥).

## هنا مسائل

### إشارة

(و هنا مسائل)

### الأولى - يشترط كون المبيع مما يملك

(الأولى - يشترط كون المبيع مما يملك) (٦) أى يقبل الملك شرعاً، (فلا يصح بيع الحر، و ما لا نفع فيه غالباً كالحشرات) بفتح الشين كالحيات و العقارب و الفئران و الخنافس و النمل و نحوها، (١) من المصحف.

(٢) بحسب الواقع فلا يجوز البيع.

(٣) أى عدم صدق اسم البيع على بعض المصحف لأن المقصود من البيع هو مجموع الكتاب الفلانى و هو ليس بمصحف.

(٤) بالمصحف.

(٥) بل عن المحقق الثانى أن كتب الحديث و الفقه فى حكم المصحف، و قد عرفت ضعف الدليل على عدم جواز شراء الكافر للمصحف لو قلنا بجواز شراء المسلم له، و من باب أولى جواز شراء الكافر لكتب الحديث و الفقه.

(٦) شروع فى شروط العوضين بعد التكلم عن الصيغه و شرائط المتبايعين، و قد تقدم بعض شروط المبيع كالطهاره مما يتوقف استيفاء منفعتة على الطهاره، و أن يكون المبيع مملوكاً بمعنى قبوله للملك، و هذا لا خلاف فيه كما فى الجواهر، للنبوى (لا بيع إلا- فيما تملك) (١)، و لا يزمه أن يكون مالاً- فلا- يصح بيع الحر لعدم قبوله للملك، و لا- بيع ما لا- منفعة فيه بحسب الغالب كالخنافس و العقارب و الديدان و غيرهما من الحشرات، و فضلات الإنسان كشعره و ظفره و رطوباته و إن كانت طاهره لعدم ماليتها عرفاً، إلا لبن المرأه فيصح بيعه و المعاوضه عليه لماليتها عرفاً و السيره قائمه على ذلك و هذا كاف فى تحقق ماليتها.

بل مما تقدم تعرف أن دفع المال بإزاء ما لا مال له أمر سفهى و أكل للمال بالباطل و كلاهما ممنوعان شرعاً فلا تصح المعاوضه على المذكورات السابقه و على كل ما لا مال له.

ص: ٣٧٠

إذ لا- نفع فيها يقابل بالمال، و إن ذكر لها منافع في الخواص (١)، و هو (٢) الخارج بقوله: غالباً،(و فضلات الإنسان) و إن كانت طاهره (إلا- لبن المرأه) فيصح بيعه، و المعاوضه عليه مقدراً بالمقدار المعلوم، أو المده، لعظم الانتفاع به،(و لا المباحات قبل الحيازه) (٣)، لانتفاء الملك عنها حينئذ (٤)، و المتبايعان فيها سيان، و كذا بعد الحيازه قبل نيه التملك إن اعتبرناها فيه (٥) كما هو الأ-جود،(و لا- الأرض المفتوحه عنوه) (٦) بفتح العين أى قهراً كأرض العراق و الشام، لأنها للمسلمين قاطبه لا تملك على الخصوص،(إلا تبعاً لآثار المتصرف) من بناء و شجر فيه، فيصح في (١) أى في كتب الخواص التي ذكر فيها منافع الحيوانات.

(٢) أى ما ذكر له نفع في الخواص.

(٣) قد تقدم اشتراط مملوكيه المبيع و لذا لا يصح بيع المباح قبل الحيازه لعدم تملكه من قبل البائع بل المتبايعان فيه سواء.

(٤) أى ما قبل الحيازه.

(٥) أى اعتبرنا فيه التملك في تحقق الحيازه و سيأتى بحثه في بابه.

(٦) أى التي أخذت قهراً من يد الكفار بالحرب التي أذن فيها الإمام عليه السّلام، و هذه الأرض للمسلمين قاطبه كما تقدم في باب الجهاد من غير فرق بين الفاتحين و غيرهم و لا بين الموجودين وقت الفتح و غيرهم للأخبار.

منها: صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن السواد(١) ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد)(٢).

و لذا ذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم جواز بيعها و لا شرائها و لا هبتها و لا معاوضتها و لا تملكها و لا إيجارها و لا إرثها إلى غير ذلك من أنواع التصرفات الناقله و تبعه عليه ابن زهره و العلامه و ابن حمزه و غيرهم.

و عن ابن إدريس و العلامه في المختلف و الشهيدين بل نسب إلى مشهور المتأخرين أنه يجوز بيعها تبعاً للآثار الموجوده فيها، و المراد بالآثار آثار المتصرف كالبناء و الدور و السقايات و غيرها المبنيه فيها، و على حواشي الشهيد التصريح بكون الأرض جزء المبيع، و فيه: إن الأرض ملكها للمسلمين فكيف يصح بيعها نعم لو قيل ببيع الآثار فقط كما هو ظاهر عبارته الحلبي في السرائر فله وجه وجيه.

ص: ٣٧١

١- (١) و هو أرض العراق و قد فتحت عنوه.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب عقد البيع حديث ٤.

الأقوى، و تبقى تابعه له (١) ما دامت الآثار، فإذا زالت رجعت إلى أصلها، و المراد منها المحياه وقت الفتح، أما الموات فيملكها المحيي و يصح بيعها (٢) كغيرها من الأملاك.

(و الأقرب عدم جواز بيع رباع مكة) (٣) أي دورها (زادها الله شرفاً، لنقل) (١) أي و تبقى الأرض تابعه للبناء و الشجر.

(٢) كما تقدم في بابي الخمس و الجهاد.

(٣) منع الشيخ في الخلاف و المبسوط من بيع بيوت مكة و إيجارها، و تبعه عليه العلامة في التذكرة و ولده في الإيضاح و الشهيد في الدروس و اللمعة، بل عن فخر المحققين نسبته إلى كثير لخبر عبد الله بن عمر بن العاص عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ (مكة حرام و حرام بيع رباعها و حرام أجزائها) (١)، بل لأن و مكة مسجد لقوله تعالى: (سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى) (٢) و المفروض أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أسرى به من بيت خديجه أو من شعب أبي طالب أو في دار أم هانئ، و على كل فتدل الآية مع الضميمة المذكوره أن مكة بجميع دورها مسجد، و قد ادعى الشيخ في الخلاف الإجماع على المنع.

و فيه: أما الإجماع فغير مسموع مع ذهاب الكثير إلى الجواز، و أما الآية فتسميته مكة مسجداً من باب المجاز للحرمة و الشرف و المجاوره مع ضميمة ما ورد من بيع عقيل رباع أبي طالب، بل و بيع جملة من الصحابه منازلهم (٣)، و مما يدل على كون إطلاق المسجدية على مكة من باب المجاز قوله تعالى: (لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ) (٤) حيث أضاف الديار إليهم، و هو كاشف عن تملكهم لها فلا بد من إجراء قاعده تسلط الناس على أموالهم.

و أما الخبر فهو من طرق العامه و لا جابر له لعدم عمل المشهور به فضلاً عن معارضته لما تقدم فلا بد من رده.

نعم صرح البعض بأن مكة من الأرض المفتوحه عنوه و يشهد له تسميه أهلها بالطلاق كما هو المشهور في كتب السير و التواريخ، و عن البعض أن هذا مخصوص لأعاليتها، و على كل فإذا ثبت فتحها عنوه فلا خصوصيه لمكة من هذه الجهة بل يجري البحث -

ص: ٣٧٢

١- (١) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤.

٢- (٢) سورة الإسراء، الآية: ١.

٣- (٣) الإمتاع و الإسماع للمقرئ ج ١ ص ٣٨١.

٤- (٤) سورة الحشر، الآية: ٨.

(الشيخ في الخلاف الإجماع) على عدم جوازه، (إن قلنا إنها فتحت عنوه)، لاستواء الناس فيها حينئذ، و لو قلنا إنها فتحت صلحا جاز، و في تقييد المنع بالقول بفتحها عنوه مع تعليقه بنقل الإجماع المنقول بخبر الواحد تنافر، لأن الإجماع إن ثبت لم يتوقف على أمر آخر، و إن لم يثبت افتقر إلى التعليل بالفتح عنوه و غيره، و يبقى فيه (١) أنه على ما اختاره سابقا من ملكه (٢) تبعا للآثار ينبغي الجواز (٣) للقطع بتجدد الآثار في جميع دورها عما كانت عليه عام الفتح. و ربما علل المنع بالرواية عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ بالنهي عنه، و بكونها في حكم المسجد، لآيه الإسراء، مع أنه كان من بيت أم هانئ لكن الخبر لم يثبت، و حقيقه المسجديه منتفيه، و مجاز المجاوره و الشرف و الحرمة ممكن، و الإجماع غير متحقق، فالجواز متجه.

### الثانيه. يشترط في المبيع أن يكون مقدورا على تسليمه

(الثانيه. يشترط في المبيع أن يكون مقدورا على تسليمه (٤) فلو باع الحمام الطائر) أو غيره من الطيور المملوكه (لم يصح، إلا أن تقضى العاده بعوده) فيصح (٥)، لأنه حينئذ كالعبد المنفذ في الحوائج، و الدابه المرسله (و لو باع) المملوك -السابق من عدم جواز المعاوضه على أرضها لأنها ملك لجميع المسلمين فتتخصص المعاوضه على آثار المتصرف فيها، و عن بعضهم أنها فتحت صلحا و به ينتفى البحث المترتب على أنها مفتوحه عنوه.

(١) في قول المصنف.

(٢) أى ملك المفتوح عنوه.

(٣) جواز بيع رباع مكه.

(٤) بلا- خلاف فيه للنبوى المشهور (نهى رسول الله عن بيع المضطر و عن بيع الغرر) (١) و الغرر هو الحظر كما عن الصحاح و المصباح و الأساس و المغرب و المجمل، و مع عدم القدره على التسليم يكون البيع حظريا و غرريا فيبطل، بل مع عدم القدره على التسليم فيكون بذل المال بإزائه سفها و أكلا- له بالباطل، و هذا الشرط لا يختص بالثمن بل يجرى بالثمن لعين الأدله السابقه.

(٥) لإمكان تسليمه بعد تنزيل العاده منزله الواقع فيكون بمنزله بيع العبد المنفذ في الأشغال-

ص: ٣٧٣

(الآبق) المتعذر تسليمه (صح مع الضميمة) (١) إلى ما يصح بيعه منفردا (فإن وجدته) المشتري و قدر على إثبات يده عليه،(و إلا كان الثمن بإزاء الضميمة)، و نزل الآبق بالنسبة إلى الثمن منزله المعدوم (٢)، و لكن لا يخرج بالتعذر عن ملك المشتري، فيصح عتقه عن الكفاره، و يبعه لغيره مع الضميمة،(و لا- خيار للمشتري مع العلم) -و الدابه المرسله فى المرعى، و تردد العلامه فى النهايه فى الصحه بسبب انتفاء القدره فى الحال على التسليم و أن عوده غير موثوق به إذ ليس له عقل باعث، و فيه: أما انتفاء القدره فى الحال فلا يضر إذا المدار على القدره عند الاستلام من قبل المشتري، و احتمال عدم عوده غير مانع لأن احتمال عدم القدره على التسليم جار فى كل مبيع.

(١) بلا خلاف فيه لصحيح رفاعه النحاس (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لى أن أشتري من القوم الجارية الآبقه، و أعطيهم الثمن و اطلبها أنا؟ قال: لا- يصلح شراؤها إلا- أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا فتقول لهم: اشتري منكم جاريتم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما، فإن ذلك جائز) (١) و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا آخر، و يقول: اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذى فقده فيما اشترى منه) ٢، و ذيله ظاهر فى كون الحصول على العبد مرجوا، و عليه يحمل الصحيح أيضا هذا من جهه و من جهه أخرى الجمع بين الأخبار و بين مقتضى القواعد القاضيه بالقدره على التسليم يكون للآبق أحوال ثلاثه: أن يكون مأبوسا منه نحو الطير فى السماء و السمك فى الماء فلا يصح بيعه و لو ضميمة، و أن يكون مقدورا عليه للبائع أو المشتري و هذا يصح بيعه من دون حاجه إلى ضميمة و أن يكون مرجو الحصول فهذا يحتاج إلى الضميمة إن أريد بيعه، فيدخل حينئذ فى ملك المشتري بالعقد و إن تعذر الحصول عليه كان الثمن فى قبالة الضميمة لصريح ذيل موثق سماعه، و لا يخرج عن ملك لأنه صار له ملكا بالعقد فلا يخرج عنه من غير مسبب، و لازم جواز عتقه من قبل المشتري قبل العجز و بعده، و يبعه كذلك مع الضميمة قبل تحقق العجز عنه و غير ذلك مما يترتب على الملك.

(٢) بمعنى أن الثمن لا يوزع على الضميمة و على الآبق بحيث إذا تعذر استلامه يرجع بحصته من الثمن كما هو مقتضى القواعد، بل يكون الثمن بتمامه بإزاء الضميمة عند تعذر استلام العبد كما هو صريح موثق سماعه.

ص: ٣٧٤

(بإبائه)، لقدومه على النقص (١)، أما لو جهل جاز الفسخ إن كان البيع صحيحا، و يشترط في بيعه (٢) ما يشترط في غيره من كونه معلوما موجودا عند العقد و غير ذلك، سوى القدره على تسليمه، فلو ظهر تلفه حين البيع، أو استحقاقه لغير البائع، أو مخالفا للوصف بطل البيع فيما يقابله في الأولين (٣)، و تخير المشتري في الأخير (٤) على الظاهر (٥).

(و لو قدر المشتري على تحصيله) دون البائع (فالأقرب عدم اشتراط الضميمة) (٦) في صحة البيع، لحصول الشرط و هو القدره على تسلّمه. و وجه الاشتراط (٧) صدق الإباق معه (٨) الموجب للضميمة بالنص (٩). و كون الشرط التسليم و هو أمر آخر غير التسلم.

و يضعف بأن الغايه المقصوده من التسليم حصوله (١٠) بيد المشتري بغير مانع و هي (١١) موجوده (١٢)، و الموجه (١٣) للضميمة العجز عن تحصيله و هي مفقوده، (١) و مع علمه بالحال فلا خيار له.

(٢) أى بيع الآبق.

(٣) و هما ظهور تلفه حين البيع و استحقاقه لغير البائع، هذا إذا باعه عن نفسه فى الثانى، و إلا فهو عقد فضولى متوقف على إجازة المالك.

(٤) فيما لو ظهر مخالفا للوصف.

(٥) لدخوله فى البيع فلا بد من تقسيط الثمن على أجزائه مع إثبات الفسخ للمشتري لمخالفه الوصف، مع احتمال إلحاقه بتعذره فيصح بيعه مع الضميمة من دون إثبات الخيار و هو احتمال ضعيف.

(٦) لأن المدار فى القدره على التسليم هو تسلم المشتري فلو كان المشتري قادرا أو كانت العين فى يده لكفى.

(٧) أى اشتراط الضميمة لو كان المشتري قادرا على تحصيله دون البائع.

(٨) مع القدره على التسلم.

(٩) و هو صحيح رفاعه و موثق سماعه المتقدمان.

(١٠) أى حصول المبيع.

(١١) أى الغايه المقصوده.

(١٢) أى موجوده فى المقام بحسب الفرض.

(١٣) أى و الغايه الموجه.



(و عدم لحقوق أحكامها (١) لو ضم) (٢) فيوزع الثمن عليهما لو لم يقدر على تحصيله، أو تلف قبل القبض، و لا يتخير لو لم يعلم بإبائه (٣)، و لا يشترط في الضميمة صحه أفرادها بالبيع (٤) لأنه حينئذ بمنزله المقبوض و غير ذلك من الأحكام، و لا يلحق بالآبق غيره مما في معناه كالبعير الشارد، و الفرس العائر (٥) على الأقوى (٦)، بل المملوك المتعذر تسليمه بغير الإباق، اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص.

(أما الضال و المجهود) من غير إباق (فيصح البيع، و يراعى بإمكان التسليم)، فإن أمكن في وقت قريب لا يفوت به شيء من المنافع يعتد به، أو رضى المشتري بالصبر إلى أن يسلم لزم، (و إن تعذر فسخ المشتري إن شاء)، و إن شاء التزم و بقى على ملكه ينتفع به بالعتق و نحوه، و يحتمل قويا بطلان البيع، لفقد شرط الصحه، و هو إمكان التسليم (٧). و كما يجوز جعل الآبق مثننا يجوز جعله مثننا (٨)، سواء أ كان (١) أى أحكام الضميمة.

(٢) أى لو ضم العبد الآبق إلى الضميمة، و المعنى أن العبد الآبق الذى يقدر المشتري على تحصيله دون البائع لو ضم إلى الضميمة فلا يلحقها أحكامها بحيث لو تعذر تحصيله كان الثمن فى قبالتها فقط، بل يوزع الثمن عليه و عليها فلو تعذر تحصيله كان للمشتري حصه العبد من الثمن.

(٣) لأنه قادر على استلامه فالعبد بالنسبه إليه غير آبق.

(٤) بخلاف السابق بحيث يكون الثمن فى قبالتها لو تعذر استلام العبد الآبق.

(٥) من عار يعير أى هام على وجهه.

(٦) مقتضى القواعد عدم جواز بيع ما لم يقدر البائع على تسليمه، لكن قام النص على جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة فيقتصر على مورده اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص، و مورده العبد الآبق فلا يشمل البعير الشارد رد و لا الفرس العائر، و كذا لا يشمل المملوك الذى يتعذر تسليمه من غير جهه الإباق كالمغصوب و الضال و المجهود.

(٧) و هو مستلزم للغرر و السفاهه عرفا و عاده، و هما المعيار فى إثبات هذا الشرط من أصله، نعم لو حصل العلم أو الظن المتأخم له بإمكان التسليم كان المصير إلى صحه البيع هو المتيقن.

(٨) قد عرفت أن مورد النص المخالف للقواعد هو: جعل العبد الآبق مع الضميمة مثننا، فهل يصح جعله كذلك مثننا وجهان: من أنه على خلاف النص فيرجع فيه إلى القواعد-

فى مقابلته (١) آبق آخر، أم غيره، لوصول معنى البيع فى الثمن و المثلن.

(و فى احتياج العبد الآبق المجمعول ثمننا إلى الضميمة احتمال) (٢)، لصدق الإباق المقتضى لها (٣) (و لعله (٤) الأقرب)، لاشتراكهما (٥) فى العله المقتضيه لها (٦)، (و حينئذ يجوز أن يكون أحدهما ثمننا، و الآخر مثلنا مع الضميتين، و لا يكفى) فى الضميمة فى الثمن و المثلن (ضم آبق آخر إليه) (٧)، لأن الغرض من الضميمة أن تكون ثمننا (٨) إذا تعذر تحصيله فتكون (٩) جامع لشرائطه (١٠) التى من جملتها إمكان التسليم، و الآبق الآخر ليس كذلك.

(و لو تعددت العبيد) (١١) فى الثمن و المثلن (كفت ضميمة) -فلا يصح، و من أن معنى البيع الذى هو انتقال كل من العوضين إلى الآخر بالشروط المعتبره موجود فيه فيصح فيكون جعل العبد الآبق مع الضميمة مثلنا خصوصيه يقطع بعدم مدخلتها فى الحكم فتسقط و هو الأقوى.

(١) أى فى المثلن.

(٢) بل هو المتعين للعله التى اقتضت ضم الضميمة إلى العبد الآبق فى المثلن، بحيث إذا تعذر تسليمه تكون الضميمة واقعه فى قبال العوض الآخر.

(٣) للضميمة.

(٤) أى و لعل الاحتياج.

(٥) أى اشتراك الثمن و المثلن إذا كانا عبدا آبقا.

(٦) للضميمة.

(٧) إلى الآبق الأول و ذلك لعدم إمكان تسليمها معا فيتبين أن أحد العوضين لم يقع فى قباله شىء فيكون أكله أكلا للمال بالباطل.

(٨) أو مثلنا.

(٩) أى الضميمة.

(١٠) أى شرائط الثمن أو المثلن و لذا اشترط فى الضميمة أن تكون مالا متمولا و مما يصح بيعها و شراؤها منفردة.

(١١) قد عرفت أن مورد النص جعل العبد الآبق مع الضميمة مثلنا، و عديناه إلى الثمن لإسقاط خصوصيه المثلن، و نعيده إلى العبدين و الثلاثة لإسقاط خصوصيه الوحده فى العبد للقطع بعدم مدخلية هذه الخصوصيه فى الحكم، و لازمه جواز بيع العبدين الآبقين مع الضميمة، و جواز جعلهما كذلك ثمننا و هكذا فى الثلاثة فما فوق، ثم يشترط فى -



(واحد) (١) لصدق الضميمة مع الآبق، و لا يعتبر فيها كونها متموله إذا وزعت على كل واحد لأن ذلك، يصير بمنزله ضمائم، مع أن الواحده كافيه. و هذه الفروع من خواص هذا الكتاب، و مثلها (٢) في تضاعيفه (٣) كثير ننبه عليه إن شاء الله تعالى في مواضعه.

### الثالثه. يشترط في المبيع أن يكون طلقا

(الثالثه. يشترط في المبيع أن يكون طلقا (٤)، فلما يصح بيع الوقف) (٥) -الضميمه أن تكون مالا متمولا بالنسبه لجميع العبيد الواقعه مع الضميمة في طرف، و لا- يجب أن تكون الضميمة ذات قيمه ماليه لو قسمت على العبيد الموجودين في طرفها قضاء لحق الدليل الذى أوجب اشتراطها، لأنه لو تعذر تسليم العبيد لكانت الضميمة صالحه أن تكون عوضا أو معوضا، و هذا ما يوجب اشتراط ماليتها بالنسبه لجميع العبيد لا بالنسبه إلى كل عبد لو قسمت الضميمة عليهم.

(١) في كل طرف.

(٢) أى و مثل هذه الفروع.

(٣) أى في أثناء هذا الكتاب.

(٤) ذكره المحقق و العلامه و جماعه ممن تأخر عنهما، و أبد له العلامه في القواعد بأن يكون تاما، و معناه أن يكون المالك غير ممنوع التصرف في ملكه بحيث لم يتعلق به حق الغير، و دليل هذا الشرط واضح، و لازمه عدم جواز بيع الوقف و عدم جواز بيع العين المرهونه إلا بإذن المرتهن و إجازته، و عدم جواز بيع أم الولد، و هذا ما اقتصر عليه الأصحاب و إلا فالفروع المترتبة على هذا الشرط كثيره.

(٥) بلا- خلاف فيه، لأن الوقف على ما تقدم في باب تحبب الأصل، و التحبب في بيعه، و لعموم قوله عليه السّلام في مكاتبه الصغار (الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أصلها إن شاء الله تعالى) (١)، و لخبر ابن راشد (سألت أبا الحسن عليه السّلام قلت: جعلت فداك، اشترت أرضا إلى جنب ضيعتى بألفى درهم، فلما وفرت المال خبّرت أن الأرض وقف، فقال عليه السّلام: لا يجوز شراء الوقوف، و لا- تدخل الغله في ملكك، أدفعها إلى من أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها ربا، قال عليه السّلام: تصدق بغلتها) (٢) و مثلها غيرها.

و قد وقع الخلاف بينهم في جواز بيعه في بعض الموارد، و كلماتهم في هذا الاستثناء في -

ص: ٣٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

-غايه التشويش و الاضطراب بل قال الشارح فى المسالك: (قد اضطرب فتوى الأصحاب فى هذه المسأله اضطرابا عظيما، حتى من الرجل الواحد فى كتاب واحد)، و العمده على الدليل فتقول: إن الكلام تاره فى الوقف المؤبد و أخرى فى المنقطع، أعنى منقطع الآخر، و الأول على قسمين فتاره يكون ملكا للموقوف عليهم و أخرى لا- يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير تحرير الرقبه كالأوقاف العامه مثل المدارس و الخانات و المساجد.

فالثانى لا يجوز بيعه بلا خلاف لعدم الملك لأحد، بل هو ملك لله جل و علا، نعم للمسلمين حق الانتفاع فى المساجد و كذا المسافرين فى الخانات و الطلاب فى المدارس و هكذا، إلا إذا ذهبت عينه فيبطل الوقف لانتفاء موضوعه إلا فى المساجد فتبقى عرصته و أرضه محكوماه بالمسجدية بحيث لا يجوز تنجيسها و يجب تطهيرها.

و أما لو خرب الوقف بحيث لا- يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فعن الشيخ الأ-عظم و جماعه جواز البيع لانصراف أدله منع بيع الوقف عنه، و فيه: إنها غير مسموعه لأنه انصراف ناشئ من قله الوجود لا من كثره الاستعمال فى غيره. و استدلل لجواز البيع بأن العين الموقوفه هى محبوسه ما دام يمكن الانتفاع بها، فإذا بطل الانتفاع بها فهى محبوسه بماليتها دون شخصها فتبدل بعين أخرى مكانها، و لازمه أن البدل وقف لا يحتاج إلى صيغته لأن المال بحسب الفرض محبوس.

و فيه: إنه استحسان محض فلا بد من التمسك بإطلاق أدله منع بيع الوقف، و منه تعرف الحكم بعدم جواز بيع الوقف الذى قلّ نفعه بحيث يلحق بالعدم عرفا.

و الأول يجوز بيعه إذا وقع اختلاف بين أربابه الموقوف عليهم، بحيث لا يؤمن مع هذا الاختلاف من إتلاف النفوس و الأموال، لمكاتبه ابن مهزيار (كتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السّلام: إن فلانا ابتاع ضيعه و جعل لك من الوقف الخمس - إلى أن قال - كتبت إليه: أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعه اختلافا شديدا، و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته، فكتب إليه بخطه و أعلمه أن رأى له: إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس)([١](#)).

و يجوز بيعه فيما لو شرط الواقف بيعه عند حدوث أمر من قله نفعه أو احتياج الموقوف-

ص: ٣٧٩

العام (١) مطلقاً (٢)، إلا- أن يتلاشى و يضمحل، بحيث لا- يمكن الانتفاع به في الجهة المقصوده مطلقاً (٣) كحصير يبلى، و لا يصلح للانتفاع به في محل الوقف، -عليه إلى ثمنه أو كان يبعه أنفع، على حسب ما يذكره الواقف، لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج (بعث إلى بهذه الوصيه أبو إبراهيم عليه السلام: هذا ما أوصى به و قضى في ماله عبد الله على ابتغاء وجه الله - إلى أن قال - و إنه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد الله في حل محل لا حرج عليه فيه، فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين فليفعل إن شاء لا- حرج عليه فيه - إلى أن قال - و إن كان دار الحسن غير دار الصدقه فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا- حرج عليه فيه) (١) و هو صريح في نفوذ شرط الواقف، مهما كان الشرط إذ لا خصوصيه للشرط المذكور.

هذا كله في الوقف المؤبد، و أما الوقف المنقطع و هو ما إذا وقف على من ينقض، فقد تقدم في كتاب الوقف صحته، و يجوز بيعه إذ كان البيع أصلح لهم لخبر جعفر بن حنان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل وقف غله له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، و أوصى لرجل و لعقبه ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم في كل سنه و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه - إلى أن قال - قلت: فللورثه من قرابه الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا، و لم يكفهم ما يخرج من الغله؟ قال: نعم إذا رضعوا كلهم، و كان البيع خيراً لهم باعوا) (٢)، و للتوقيع الشريف في مكاتبه الحميري عن صاحب الزمان عليه السلام (أنه كتب إليه: روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه، و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه، فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ و عن المسلمين فلا- يجوز بيعه، فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين إن شاء الله) (٣)، و الثاني صريح في عدم اشتراط رضا الجميع.

(١) لعدم ملكه لأحد، بل هو فكك ملك كما تقدم.

(٢) سواء كان في بيعه مصلحه أم لا، و سواء كان بقاؤه مؤدياً إلى خرابه أم لا، و سواء كان للنظر أم لغيره.

(٣) بلا استثناء شيء.

ص: ٣٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

٢- (( ٢ ) و ٣ ) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٨ و ٩.

و جذع ينكسر كذلك (١)، و لا يمكن صرفهما بأعيانهما فى الوقود لمصالحه، كأجر المسجد فيجوز بيعه حينئذ (٢) و صرفه (٣) فى مصالحه، إن لم يمكن الاعتياض عنه بوقف (٤)، و لو (٥) لم يكن أصله موقوفاً، بل أشتري للمسجد مثلاً من غلته (٦) أو بذله له (٧) باذل (٨) صح للناظر بيعه مع المصلحه مطلقاً (٩).

(و لو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه) فى الوقف المحصور (١٠) (فالمشهور الجواز) أى جواز بيعه حينئذ، و فى الدروس اكتفى فى جواز بيعه بخوف خرابه، أو خلف أربابه المؤدى إلى فساده، و قلّ أن يتفق فى هذه المسأله فتوى واحد، بل فى كتاب واحد فى باب البيع و الوقف فتأملها، أو طالع شرح المصنف للإرشاد تطّلع على ذلك.

و الأقوى فى المسأله ما دلت عليه صحيحه على بن مهزيار عن أبى جعفر الجواد عليه السّلام من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد، و علّله عليه السّلام بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، و ظاهره أن خوف أدائه (١١) إليهما (١٢)، أو إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنه لذلك (١٣)، و من هذا الحديث اختلفت (١) أى بحيث لا يصلح للانتفاع به فى محل الوقف.

(٢) أى حين عدم الانتفاع به مطلقاً فى محل الوقف.

(٣) أى صرف ثمنه فى مصالح الوقف.

(٤) فلو أمكن يجب رعايه لغرض الواقف قال الشارح فى المسالك: (و حيث يجوز البيع يشتري بثمانه ما يكون وقفاً على ذلك الوجه إن أمكن، و يجب تحصيل الأقرب إلى صفه الموقوف، الأقرب فالأقرب).

(٥) الواو استثنائيه.

(٦) أى غله العين الموقوفه على المسجد.

(٧) للمسجد.

(٨) من دون وقف.

(٩) و إن لم يتلاشى و يضمحل.

(١٠) أى الخاص دون العام.

(١١) أى أداء الخلف.

(١٢) إلى تلف الأموال و النفوس.

(١٣) و المعنى: بل الشرط كون الخلف بين أربابه مظنه لتأديته إلى تلف الأموال و النفوس.

أفهامهم في الشرط المسوّغ للبيع، ففهم المصنف هنا أن المعتبر الخلف المؤدى إلى الخراب، نظرا إلى تعليه بتلف المال، فإن الظاهر أن المراد بالمال الوقف، إذ لا- دخل لغيره (١) في ذلك (٢)، و لا- يجوز بيعه في غير ما ذكرناه، وإن احتاج إلى بيعه أرباب الوقف و لم تكفهم غلته، أو كان بيعه أعود، أو غير ذلك مما قيل (٣)، لعدم دليل صالح عليه، و حيث يجوز بيعه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على ذلك الوجه إن أمكن، مراعى للأقرب إلى صفته (٤) فالأقرب، و المتولّى بذلك الناظر إن كان، و إلا الموقوف عليهم أن انحصروا، و إلا فالناظر العام.

(و لا) بيع الأمه (المستولده) من المولى (٥)، و يتحقق الاستيلاء المانع من البيع (١) أى لغير الوقف.

(٢) أى في التعليل المذكور، و المعنى: أن الإمام عليه السّلام قد قال في مكاتبه الصغار المتقدمه (فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس)، و فهم المصنف من لفظ الأموال خصوص الوقف لعدم مدخله غيره في التعليل فلذا جوّز البيع إذا كان الخلف بين أربابه مؤديا إلى خراب الوقف، و فيه: أن لفظ الأموال الوارد في التعليل عام يشمل الوقف و غيره و تخصيصه بالوقف ليس في محله هذا من جهه و من جهه أخرى فالعله لجواز بيع الوقف ليست خراب الوقف بل نفس الاختلاف بين أربابه الذى قد يؤدى إلى تلف النفوس و الأموال.

(٣) بل قد عرفت جواز بيع الوقف المنقطع إذا كان بيعه أعود، و جواز بيع المؤبد فيما لو شرط الواقف ذلك.

(٤) أى إلى صفه الوقف.

(٥) المسأله الثانيه المترتبه على اشتراط كون المبيع طلقا عدم جواز بيع أم الولد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن الرجل يموت و له أم ولد، و له معها ولد، أ يصلح للرجل أن يتزوجها؟ قال: أخبرك بما أوصى به على عليه السّلام فى أمهات الأولاد؟ قلت: نعم، قال: إن عليا عليه السّلام أوصى أيما امرأه منهن كان لها ولد فهى من نصيب ولدها) (١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: أيما رجل ترك سريه، لها ولد أو فى بطنها-

ص: ٣٨٢



بعلوقها فى ملكه و إن لم تلجه الروح كما سيأتى، فقوله: (ما دام الولد حيا) (١) مبنى على الأغلّب (٢)، أو على التجوز لأنه قبل ولوج الروح لا- يوصف بالحياه إلا مجازا، و لو مات صارت كغيرها من إمائته عندنا، أما مع حياته فلا يجوز بيعها، (إلا فى ثمانيه مواضع). و هذا الجمع من خواص هذا الكتاب.

(أحدها. فى ثمن رقبته مع إعسار مولاهها، سواء كان حيا (٣)، أو ميتا)، أما -ولد أو لا ولد لها، فإن كان أعتقها ربّها عتقت، و إن لم يعتقها حتى توفى فقد سبق فيها كتاب الله، و كتاب الله أحق، فإن كان لها ولد و ترك ما لا جعلت فى نصيب ولدها(١).

بل يتحقق عنوان أم الولد لو كان ولدها حملا غير مولود عند موت سيدها لصحيح محمد بن مارد عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يتزوج الأمه فتلد منه أولادا، ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله ثم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له فى بيعها، قال: هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، و إن شاء أعتق(٢) و مفهومه عدم جواز البيع إذا حدث الحمل بعد ملكه إياها، و الحمل مطلق يشمل ما لو ولجته الروح أو لا، بل يصدق حتى على المضغ، نعم لا يصدق على النطفه قبل الانعقاد.

(١) حتى تنعتق من نصيبه بعد موت سيدها بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر يونس (فى أم ولد ليس لها ولد، مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا، هى أمه لا يحل لأحد تزويجها إلا بعتق من الورثه، فإن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهى للولد، و إذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها(٣).

(٢) أى قيد الحياه للولد مبنى على الأغلّب أو التجوز، إذ قد عرفت أن حد المنع من بيعها وجود ولد لها من سيدها و لو كان حملا لم تلجه الروح.

(٣) يجوز بيعها فى ثمن رقبته مع إعسار المولى بحيث لم يكن عنده ما يزيد على مستثنيات الدين لصحيح عمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام (سألت عن أم الولد تباع فى الدين؟ قال: نعم فى ثمن رقبته(٤) و هو مطلق شامل لما لو كان المولى حيا أو ميتا، و هذا ما عليه الأكثر، و عن ابن حمزه الجزم بكونه ميتا لصحيح عمر بن يزيد الآخر.-

ص: ٣٨٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الاستيلاء حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء حديث ٣.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

مع الموت فموضع وفاق، و أما مع الحياه فعلى أصح القولين لإطلاق النص، و المراد بإعساره أن لا يكون له من المال ما يوفى ثمنها زائدا على المستثنيات فى وفاء الدين.

(و ثانيها. إذا جنت على غير مولاها) فيدفع ثمنها فى الجنايه، أو رقبتهأ إن رضى المجنى عليه (١)، و لو كانت الجنايه على مولاها لم يجوز، لأنه لا يثبت له على ماله مال.

-قلت لأبى إبراهيم عليه السّلام: أسألك، قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السّلام أمهات الأولاد؟ قال: فى فكاك رقابهن، قلت: و كيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جاريه فأولدها ثم لم يؤد ثمنها و لم يدع المال ما يؤدى عنه أخذ ولدها منها، فبيعت و أذى ثمنها، قلت: فيبقى فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا (١)، و لذا تردد الفاضلان، بل جزم باشرط الموت جماعه من المتأخرين منهم المقدس الأردبيلى و صاحب الجواهر، و منه تعرف أنه فى حال موت المولى فيجوز بيعها لفكاك رقبتهأ بلا خلاف، و إن نسب للسيد عدم جواز بيعها مطلقا لكن النسبه غير ثابتة.

(١) و هذا فى العمد، و أما الخطأ بالتخير للمولى، ثم إن هذا الحكم ثابت لمطلق الرق كما سيأتى فى بابها، بحيث إذا جنى المملوك على غير مولاه تعلق الجنايه برقبته ففى الخطأ يتخير المولى بين الفداء و إعطائه المجنى عليه، و فى العمد إن أراد المجنى عليه القصاص و إلا فله استرقاقه، أو أخذ الأرش من مولاه إن رضى به.

و عدى الحكم إلى أم الولد لأنها رق، و لكن فى المبسوط فى باب الديات أن أرش جنائتها على سيدها بلا خلاف، و فى باب الاستيلاء من المبسوط أن أرش الجنايه متعلق برقبتهأ بلا-خلاف، و لذا نقل عن العلامة فى المختلف أن الشيخ غفل عمّا فى الديات من المبسوط بعدم التعلق برقبتهأ، ثم مال العلامة إلى ذلك مع جعل الضمان على المولى لأنه منع من بيعها بإحباله، و أخرجها بالإحبال عن تعلق الأرش بدمتها، فصار المولى كالمثلف لمحل الأرش فلزمه الضمان كما لو قتل المولى عبده الجانى و يشهد له صحيح مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام (أم الولد جنائتها فى حقوق الناس على سيدها، و ما كان من حق الله عز و جل كان ذلك فى بدنها) (٢)، و أما لو جنت على سيدها خطأ أو عمدا فسيأتى دليله فى بابها مع عدم الربط فى مسأله جواز بيعها.

ص: ٣٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بقيه الحدود و التعزيرات حديث ٢.

(و ثالثها. إذا عجز مولاها عن نفقتها) (١)، و لو أمكن تأديها بيع بعضها وجب الاقتصار عليه، و قوفا فيما خالف الأصل على موضع الضروره.

(و رابعها. إذا مات قريبها و لا- وارث له سواها) لتعتق و ترثه، و هو تعجيل عتق أولى بالحكم من إبقائها لتعتق بعد وفاه مولاها (٢).

(و خامسها. إذا كان علوقها بعد الارتهان) (٣) فيقدم حق المرتهن لسبقه، و قيل: يقدم حق الاستيلاء، لبناء العتق على التغليب، و لعموم النهى عن بيعها.

(و سادسها. إذا كان علوقها بعد الإفلاس) أى بعد الحجر على المفلس، فإن مجرد ظهور الإفلاس لا يوجب تعلق حق الديان بالمال و الخلاف هنا كالرهن.

(و سابعها. إذا مات مولاها و لم يخلف سواها و عليه دين مستغرق و إن لم يكن ثمننا لها)، لأنها إنما تعتق بموت مولاها من نصيب ولدها، و لا نصيب له مع استغراق الدين فلا تعتق، و تصرف فى الدين (٤).

(١) فتباع من باب دفع الضرر عنها، و لذا لو أمكن دفعه بيع بعضها اقتصر عليه من باب الوقوف فيما خالف الأصل على موضع الضروره، و فيه: إنه يمكن القول بعدم جواز بيعها مطلقا لإطلاق أدله المنع، و نفقتها حينئذ بعد عجز المولى فى كسبها أو كان لها كسب إذا أمكن لها الاكتساب و إلا فى بيت المال، و مع عدمه فهى واجبه على عموم المسلمين كالحره المزوجه.

(٢) و هو مجرد اعتبار ليس إلا، و لا يصلح لتأسيس الحكم الشرعى عليه إذ هو ليس بأولى من إلزام المولى بعتقها ثم يدفع إليه قيمتها بسبب فوات ماله عليه فترث حينئذ قريبها.

(٣) أو الإفلاس بحيث حجر عليه لأنه مفلس، و المعنى لو وطئها بعد ما رهنها أو بعد ما تعلق حق الغرماء بها عند إفلاسه و حملت منه، فقيل بتقديم حق المرتهن و حق الغريم لسبقه فيجوز بيعها، و قيل: يقدم حق الاستيلاء لأنه بإحباله كالمثلف لمتعلق حق المرتهن و الغريم، فيثبت الحق حينئذ فى رقبته، كما لو مات أم الولد فينتقل حق المرتهن و الغريم إلى رقبه المولى فضلا عن إطلاق أدله منع بيعها.

(٤) و قد منع من جواز بيعها حينئذ على قول لأن التركة تنتقل إلى الوارث و إن كان الدين مستغرقا لأن الوارث مختير فى جهات القضاء، و حينئذ تعتق من نصيب ولدها و على الولد السعى فى أداء ثمنها خصوصا بعد إطلاق صحيح عمر بن يزيد المتقدم (قلت: فيبقى -

(و ثامنها. بيعها على من تنعتق عليه، فإنه في قوة العتق) فيكون تعجيل خير يستفاد من مفهوم الموافقه، حيث إن المنع من البيع لأجل العتق (١)، (و في جواز بيعها بشرط العتق نظر، أقربه الجواز) لما ذكر (٢)، فإن لم يف المشتري بالشرط فسخ البيع وجوبا، فإن لم يفسخه المولى احتتمل انفساخه بنفسه، و فسخ (٣) الحاكم إن اتفق، و هذا موضع تاسع، و ما عدا الأول من هذه المواضع غير منصوص بخصوصه، و للنظر فيه مجال، و قد حكاه في الدروس بلفظ قيل، و بعضها (٤) جعله احتمالا من غير ترجيح لشيء منها، و زاد بعضهم مواضع آخر، عاشرها في كفن سيدها إذا لم يخلف سواها (٥)، و لم يمكن بيع بعضها فيه، و إلا اقتصر عليه (٦). و حادى عشرها: إذا أسلمت قبل مولاه الكافر (٧)، و ثاني عشرها: إذا كان ولدها غير وارث لكونه قاتلا، أو كافرا، لأنها لا تنعتق بموت مولاه - فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا (١) و المراد من الدين هو الدين في ثمنها فقط فلا يجوز بيعها في غيره.

(١) و المعنى: أن بيعها للعتق المعجل أقوى مناسبة لعدم جواز بيعها حتى تنعتق من نصيب ولدها بعد موت سيدها، و الأقوائيه ناشئه من أن المنع لأجل العتق عند الموت و هذا عتق معجل فيكون أولى، و فيه: إن الأولويه هنا عقلية مندرجه في القياس المحرم.

(٢) من كونه تعجيل خير فهو أولى من المنع من بيعها حتى تنعتق من نصيب ولدها عند موت سيدها، و فيه: إنه قياس محرم.

(٣) أى و احتتمل فسخ الحاكم إن اتفق وجوده.

(٤) و هو السابع و التاسع و حكى الباقي بلفظ قبل.

(٥) بدعوى أولويه الكفن من الدين الذى فرض جواز بيعها فيه، و فيه: إن الأولويه ممنوعه، و أم الولد تنتقل إلى الوارث عند موت سيدها بسبب الوفاء فتصير حره لانعتاقها من نصيب ولدها و لا يجوز بيع الحره، نعم إن بذل له الكفن و إلا دفن من غير تكفين.

(٦) أى على البعض.

(٧) فيجب بيعها لنفى السبيل من الكافر على المسلم، و فيه: إنه مناف لحق تشبثها بالحرية فلو قيل بوجوب عتقها و إن تدفع قيمتها من بيت المال أو بالسعى من قبلها في قيمتها جمعا بين الحقين لكان قولنا لا ينافى القواعد فلا يتعين الأول.

ص: ٣٨٤

حينئذ، إذ لا نصيب لولدها. و ثالث عشرها إذا جنت على مولاها (١) جنايه تستغرق قيمتها، و رابع عشرها: إذا قتلته خطأ (٢)، و خامس عشرها: إذا حملت في زمن خيار البائع، أو المشترك (٣) ثم فسخ البائع بخياره، و سادس عشرها: إذا خرج مولاها عن الذمه و ملكت أمواله التي هي منها، و سابع عشرها: إذا لحقت هي بدار الحرب ثم استرقت، و ثامن عشرها: إذا كانت لمكاتب مشروط، ثم فسخ كتابته، و تاسع عشرها: إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاء ثم أولدها، فإن حق المضمون له أسبق من حق الاستيلاء كالرهن و الفلوس السابقين، و العشرون:

إذا أسلم أبوها، أو جدها و هي مجنونه، أو صغيره، ثم استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه و هذه في حكم إسلامها عنده، و في كثير من هذه المواضع نظر (٤).

#### **الرابعه. لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنائته من بيعه**

(الرابعه. لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنائته من بيعه) لأنه لم يخرج عن ملك مولاها بها (٥)، و التخيير في فكّه للمولى، فإن شاء فكّه بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمته (٦)، و إن شاء دفعه إلى المجنى عليه، أو (١) هذا على رأى بعض الأصحاب و إلا فقد عرفت أن جنائتها على مولاها لا شيء فيه لأنه لا يثبت على ماله مال.

(٢) قال سلطان العلماء: لم يظهر لنا وجه لقيد القتل بالخطأ.

(٣) أى الخيار المشترك بين المتبايعين.

(٤) لعدم النص بالخصوص بعد كون مناط الإلحاق هو الاستحسان المحض أو القياس.

ثم ما يترتب على كون المبيع طلقاً عدم جواز بيع العين المرهونه من قبل الراهن لتعلق حق الارتهان بها بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و لعله لو ضوحه لم يذكره الشهيدان هنا.

(٥) بالجنايه.

(٦) لأنه لا يجنى على أكثر من نفسه و تخيير المولى بين فكّه أو دفعه للمجنى عليه سيأتى دليله فى كتاب القصاص هذا من جهه و من جهه أخرى تعرض الفقهاء لهذا الفرع هنا لبيان أن اشتراط كون المبيع طلقاً لا يمنع من بيع العبد الجانى بعد كون مولاها مخيراً بين فكّه و بين دفعه للمجنى عليه، فإذا باعه فيتعين عليه الفداء كما هو واضح هذا إذا كانت جنائته خطأ.

وليه (١) ليستوفى من رقبته ذلك، فإذا باعه (٢) بعد الجنايه كان التزاما بالفداء على أصح القولين (٣)، ثم إن فداءه و إلا جاز للمجنى عليه استرقاقه فيفسخ البيع إن استوعبت (٤) قيمته، لأن حقه أسبق، و لو كان المشتري جاهلا بعيه تخير أيضا (٥).

(و لو جنى عمدا فالأقرب أنه) أى البيع (موقوف على رضا المجنى عليه، أو وليه) لأن التخيير فى جنايه العمد إليه (٦) و إن لم يخرج عن ملك سيده، فبالثانى (٧) يصح البيع و بالأول (٨) يثبت التخيير فيضعف قول الشيخ بطلان البيع فيه، نظرا إلى تعلق حق المجنى عليه قبله (٩)، و رجوع الأمر إليه (١٠)، فإن ذلك لا يقتضى البطلان، و لا يقصر عن بيع الفضولى، ثم إن أجاز البيع و رضى بفدائه بالمال و فكه المولى لزم البيع، و إن قتله، أو استرقه بطل، و يتخير المشتري قبل استقرار حاله مع جهله للعيب المعروض للفوات، و لو كانت الجنايه فى غير النفس و استوفى فباقيه مبيع، و للمشتري الخيار مع جهله، للتبعيض، مضافا إلى العيب سابقا (١١).

(١) أى ولى المجنى عليه.

(٢) أى باعه مولا.

(٣) بل هو المشهور، و عن الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس أنه لا يجوز إلا إذا فداه المولى أو التزم بالفداء، و فيه: أن مقتضى القواعد صحه البيع مع إلزام المولى بالفداء بعد كونه مخيرا بين فكه و دفعه إلى المجنى عليه.

(٤) أى استوعبت الجنايه قيمته، و إن لم تستوعب رجع بمقدار أرشه.

(٥) فالمشتري له الخيار مع الجهل بحال العبد ما لم يفده المولى، و لو كان عالما بعيه لم يرجع بشيء على المولى و لا خيار له لأنه اشتراه عالما به راضيا بتعلق الحق به.

(٦) إلى المجنى عليه.

(٧) من عدم خروجه عن ملك سيده.

(٨) من كون التخيير فى جنايه عمدا العبد إلى المجنى عليه، بحيث له الخيار بين قتله لو كانت الجنايه موجه لذلك، و بين الاسترقاق، و لذا منع الشيخ من بيعه، و لكن التخيير للمجنى عليه بين قتله و استرقاقه لا يمنع من صحه بيعه من قبل المولى غايته يكون مراعى برضا المجنى عليه بحيث إذا قتل أو استرق بطل البيع، و لو رضى بالمال فكه المولى و لزم البيع و هذا ما عليه المشهور.

(٩) قبل البيع.

(١٠) إلى المجنى عليه من قتله أو استرقاقه.

(١١) و هو تعلق حق المجنى عليه به.



(الخامسة. يشترط علم الثمن قدرا و جنسا و وصفا) قبل إيقاع عقد البيع (١)، (فلا يصح البيع بحكم أحد المتعاقدين، أو أجنبي) اتفاقا، و إن ورد في روايه شاذه «جواز» تحكيم المشتري، فيلزمه الحكم بالقيمه فما زاد، (و لا بضمن مجهول القدر و إن شوهده) (٢)، لبقاء الجهاله، و ثبوت الغرر المنفى (١) اشتراط كون الثمن معلوم القدر و الجنس و الوصف بلا خلاف فيه إلا من الإسكافي حيث جَوَزَ البيع إذا كان الثمن مجهولا لأحدهما، و يرده حديث (نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ عن بيع المضطر و عن بيع الغرر) (١)، و التعليل في حديث حماد عن ابن ميسر عن جعفر عن أبيه عليه السَّلام (أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم) (٢)، هذا و قد ورد ما يدل على صحه البيع فيما لو حَكَمَ المشتري بتقدير الثمن، كما في صحيح رفاعه النخاس (قلت لأبي عبد الله عليه السَّلام: ساومت رجلا بجاريه فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمتي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني و قد كنت مستستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوِّم الجاريه قيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن تردَّ عليه ما نقص من قيمه، و إن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له.

قلت: جعلت فداك، إن وجدت بها عيبا بعد ما مستستها؟ قال: ليس لك أن تردّها، و لك أن تأخذ قيمه ما بين الصحه و العيب منه) (٣)، و قد عمل بمضمونها صاحب الحدائق، و باعتبار أنه مناف للقواعد الداله على الفساد لعدم العلم بالثمن للغرر فلا بدّ من ردها إلى أهلها.

(٢) لأن المشاهده لا تنفى الجهاله فلا يصح البيع، خلافا للسيد في الناصريات حيث اكتفى بالمشاهده في العلم بالثمن عن وزنه و كيله و عدّه منه غير فرق بين ثمن السلم و الأجره و غيرهما، و كذا عن الشيخ رحمه الله في المبسوط كما في الجواهر، نعم في الدروس جعل خلاف السيد في مال السلم فقط و جعل خلاف الشيخ في الموزون من الثمن حيث تكفى المشاهده.

و على كل لا ريب في ضعف الخلاف لحديث بيع الغرر المتقدم، فأى جهاله في الثمن بل -

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.



معها (١)، خلافاً للشيخ في الموزون، و للمرتضى في مال السلم، و لابن الجنيدي في المجهول مطلقاً (٢)، إذا كان المبيع صبره، مع اختلافهما جنساً، (و لا مجهول الصفه) كمائه درهم و إن كانت مشاهدته لا يعلم و صفها مع تعدد النقد الموجود، (و لا مجهول الجنس، و إن علم قدره) (٣)، لتحقق الجهالة في الجميع.

فلو باع كذلك كان فاسداً و إن اتصل به القبض، و لا يكون كالمعاطاه، لأن شرطها (٤) اجتماع شرائط صحه البيع سوى العقد الخاص (٥) (فإن قبض المشتري المبيع و الحال هذه (٦)، كان مضموناً عليه)، لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و بالعكس (٧)، فيرجع به (٨) و بزوائده (٩) متصله و منفصله، و بمنافعه المستوفاه و غيرها (١٠) على الأقوى، و يضمنه (إن تلف بقيمته يوم التلف) (١١) على - و المثلث توجب كون البيع غريباً، فلا بد من العلم به و من الواضح أن المشاهده لا تفيد العلم بوزنه أو بكيلاه و عدّه.

(١) أى مع الجهاله.

(٢) فابن الجنيدي جوز الجهل بالثمن في مال المسلم و غيره، و فيما لو كان موزوناً أو لا بشرط كون المبيع صبره مع اختلاف جنس العوضين.

(٣) كأن يجعل الثمن مائه و لا يدري أنها مائه درهم أو مائه دينار.

(٤) شرط المعاطاه.

(٥) أى سوى إنشاء البيع بالصيغه، بل المعاطاه، إنشاء البيع بالفعل كما تقدم، و هنا لم تتحقق جميع شرائط البيع الصحيح لعدم تحقق شروط العوضين.

(٦) أى حال كون البيع فاسداً، و يكون مقبوضاً بالعقد الفاسد، و قد تقدم أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١).

(٧) أى ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده كالعاريه و قد تقدمت الإشاره إليه.

(٨) بالمبيع.

(٩) أى النماء.

(١٠) قد عرفت في بحث عقد الفضولي عدم الرجوع في المنافع غير المستوفاه.

(١١) كما عليه الأكثر و هو الموافق للقواعد، لأن العين ما دامت موجوده فالمالك يرجع عليها، -

١- (١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧، رقم الحديث ٥١٩٧.

الأقوى، وقيل: يوم القبض، وقيل: الأعلى منه إليه (١)، وهو حسن إن كان التفاوت بسبب نقص في العين، أو زياده، أما باختلاف السوق فالأول (٢) أحسن، ولو كان مثليا ضمنه بمثله، فإن تعذر (٣) فقيمه يوم الإعواز على الأقوى.

### السادسه - إذا كان العوضان من المكيل، أو الموزون

(السادسه - إذا كان العوضان من المكيل، أو الموزون أو المعدود فلا بد من اعتبارهما بالمعتاد) (٤) من الكيل أو الوزن أو العدد، فلا يكفي المكيال المجهول كقصعه حاضره و إن تراضيا به، و لا الوزن المجهول كالاعتماد على صخره معينه و إن عرفا قدرها تخميناً، و لا العدد المجهول بأن عوّلا على ملئ اليد، أو آله يجهل ما تشتمل عليه ثم اعتبر العدد به، للغرر المنهى عنه في ذلك كله، (و لو باع المعدود وزنا صح) (٥)، لارتفاع - فإذا تلفت انتقل الضمان إلى قيمه، و بقيه الأقوال سيأتى التعرض لها في بحث ضمان المغصوب، كما وعدنا سابقاً، للاشتراك في الأدله.

ثم هذا كله فيما لو كان التفاوت بسبب السوق، و أما إذا استند التفاوت إلى نقص في العين ثم تلفت فالأعلى هو المضمون بالاتفاق، لأن الجزء الفائت مضمون بالقيمه يوم تلفه كضمان الجملة.

(١) أى من يوم القبض إلى يوم التلف.

(٢) أى قيمه يوم التلف.

(٣) أى تعذر المثلى بقيمته يوم الأعواز، كما سيأتى شرحه في ضمان المغصوب.

(٤) بعد ما عرفت اشتراط العلم بالثمن لحديث ففى الغرر، كذلك يشترط العلم بالثمن على الوجه السابق لنفس الحديث أيضاً.

فلو كان المبيع مما يكال أو يوزن أو يعدّ فلا يجوز بيعه جزافاً و لو كان مشاهداً كالصبره خلافاً لابن الجنيد حيث جوّز بيع الصبره مع المشاهده، و لا- يجوز البيع بمكيال مجهول و لا- يجوز البيع بوزن مجهول كصخره معينه و لا بالعدد المجهول لملء اليد و نحوها. و لو كان الثمن مما يكال أو يوزن أو يعدّ فكذلك.

(٥) ولو كان المبيع مما يكال أو يوزن أو يعدّ عرفاً فهل يصح بيعه بغير ما تعارف تقديره به مع انتفاء الغرر بذلك، و الكلام فى موردین:

الأول: فى بيع المكيل وزناً و عكسه من بيع الموزون كيلاً.

الثانى: فى بيع المعدود كيلاً أو وزناً.

أما الأول فالمشهور على جواز بيع المكيل وزناً مع عدم جواز بيع الموزون كيلاً، لأن-

الجهالة به (١)، وربما كان أضبط، (و لو باع الموزون كيلا، أو بالعكس أمكن الصحة فيهما)، للانضباط (٢)، و روايه و هب عن الصادق عليه السلام، و رجحه في سلم الدروس.

(و يحتمل صحة العكس) و هو بيع المكييل وزنا، (لا الطرد (٣)، لأن الوزن أصل للكيل) و أضبط منه، و إنما عدل إلى الكيل تسهيلا، (و لو شق العد) في -الوزن أصل في المقادير كلها فيكون العدول إلى الكيل من باب التسهيل، و لازمه في بيع المكييل وزنا ليس بيعا جزافيا بخلاف العكس فلا يجوز بيع الموزون كيلا أو عدا.

و عن الشهيد و جماعه جواز بيع كل من المكييل و الموزون بالآخر لحصول الانضباط بهما الرافع للجهالة، و لخبر و هب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال، و ما يكال فيما يوزن) (١).

و أما الثاني فليل بجواز بيع المعدود وزنا لأن الوزن أصل في المقادير، و عن جماعه منهم صاحب الجواهر العدم لعدم ارتفاع الجهالة به بعد كون المتعارف على عدّه لا- على وزنه، نعم اتفقت كلمتهم على عدم جواز بيع المعدود بالكيل لعدم ارتفاع الجهالة به، إلا- إذا كان المعدود كثيرا و يصعب عدّه، فيجوز أن يكال منه كيل و يعدّ ما فيه، ثم يكال الباقي و يضرب عدد المكاييل بالعدد الموجود في الكيل المعدود و يقع البيع على المعدود الحاصل من عملية الضرب، لاغتفار التفاوت بسبب التعذر و لصحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكّال بمكيال ثم يعد ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال: لا بأس به) (٢)، بل ذهب جماعه إلى جواز ذلك و إن لم يتعذر العدّ لخبر عبد الملك بن عمرو (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترى مائه راويه من زيت فاعترض راويه أو اثنتين فاتزنهما ثم آخذ سائره على قدر ذلك، قال: لا بأس) (٣)، و الخبر لا تقييد فيه بالعجز و لا بالمشقه و لا بالتعذر، و منه تعرف جواز بيع الموزون أيضا فيما لو وزن واحدا من المبيع و قاس الباقي عليه.

(١) بالوزن.

(٢) الرافع للجهالة، و معه لا بدّ من الحكم بصحة البيع.

(٣) و هو بيع الموزون كيلا.

ص: ٣٩٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب السلف حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

المعدود لكثيرته أو لضروره (اعتبر مكيال و نسب الباقي إليه)، و اغتفر التفاوت الحاصل بسببه (١)، و كذا القول في المكيل و الموزون حيث يشق وزنهما و كيلهما (٢)، و عبّر كثير من الأصحاب في ذلك بتعذر العد (٣)، و الاكتفاء بالمشقه و العسر كما فعل المصنف أولى، بل لو قيل: بجوازه مطلقا (٤)، لزوال الغرر، و حصول العلم، و اغتفار التفاوت كان حسنا، و في بعض الأخبار (٥) دلاله عليه (٦).

### السابعه - يجوز ابتياع جزء معلوم النسبه مشاعا

(السابعه - يجوز ابتياع جزء معلوم النسبه) كالنصف و الثلث (مشاعا (٧) تساوت أجزاءه) كالجوب و الأدهان، (أو اختلفت) كالجواهر و الحيوان (إذا كان الأصل) الذي بيع جزؤه (معلوما) بما يعتبر فيه من كيل، أو وزن، أو عدّ، أو مشاهده، (فيصح بيع نصف الصبره المعلومه) (١) بسبب شق العدّ.

(٢) أما شق الوزن فكما مرّ في خبر عبد الملك، و أما شق الكيل كما لو كان المبيع عده براميل مثلا فيكال أحدهما و يقاس الباقي على حساب ذلك.

(٣) قد اشتمل صحيح ابن مسكان على عدم استطاعه العدّ، و عبّر المحقق و جماعه عنه؛ بالتعذر و ظاهره التعذر حقيقه، و عبّر عنه الشهيد بالتعسر و هو ما فيه مشقه، و هو أولى لأنه هو الظاهر من الخبر.

(٤) مع المشقه و عدمها.

(٥) و هو خبر عبد الملك بن عمرو المتقدم.

(٦) على الجواز مطلقا.

(٧) قد عرفت اشتراط العلم بالثمن و المثمن، و أن الجهاله في أحدهما تبطل البيع للغرر، و عليه فلا يصح بيع جزء مجهول من معلوم كقوله: يعنى شيئا من هذا الموجود، و لا يصح بيع جزء معلوم من مجهول كقوله: يعنى ثلث هذا، و الموجود المشار إليه غير معلوم المقدار، بل لا بد من العلم بالجزء و العلم بالكل حتى ترتفع الجهاله فيصح بيع جزء معلوم من معلوم، و يشترط في الجزء أن يكون مشاعا كالنصف و الثلث و إلا تجهل المبيع لو لم يكن على نحو الإشاعه أن يقول: يعنى شاه من هذا القطيع مع عدم تعيينها، و كذا عبدا من عبدين أو جريبا من الأرض و هكذا.

بلا- فرق في كون الكل متساوى الأجزاء أو متفرقا، لأن الجزء المشاع كالنصف مثلا يتناول كل جزء فيه و هو معلوم، و إن كان هذا الجزء أقل قيمه و أكثرها بالنسبه لجزء آخر، بلا خلاف و لا إشكال في هذا كله.

المقدار و الوصف،(و نصف الشاه المعلومه) بالمشاهده، أو الوصف،(و لو باع شاه غير معلومه من قطع بطل) (١) و إن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياه و تساوت أثمانها، لجهاله عين المبيع.

(و لو باع قفيزا من صبره صح (٢)، و إن لم يعلم كميه الصبره) لأن المبيع (١) لأنه بيع جزء لا على نحو الإشاعه.

(٢) القفيز مكيال عند أهل العراق و هو ثمانيه مكاكيك، و المراد من الصبره الكومه، و الصبره إما أن تكون معلومه المقدار كأن يعلم أنها عشره أقرزه و إما أن تكون مجهوله المقدار، و على كلا التقديرين فإما أن يبيع مجموع الصبره و إما أن يبيع جزئها المعلوم كالنصف و الثلث على نحو الإشاعه، و إما أن يبيع مقدارا منها معلوما كصاع أو قفيز، و إما أن يبيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا من الثمن، و إما أن يبيع كل صاع منها بكذا، فالأقسام عشره، خمسه لما إذا كان عالما بمقدار الصبره و خمسه إذا كان جاهلا بمقدارها.

فأما إذا كانت الصبره معلومه المقدار فيصح البيع إلا في الصورة الأخيره، و إذا كانت الصبره مجهوله المقدار فلا يصح البيع في ثلاثه أقسام و وقع الخلاف في قسمين و إليك التفصيل:

فإذا كانت الصبره معلومه المقدار و قد باع مجموع الصبره فلا كلام في صحه البيع لعدم تطرق شيء من موانعه بعد ارتفاع الغرر و الجهاله كما هو واضح و هذا هو القسم الأول.

و لو باع جزئها المعلوم كالنصف على نحو الإشاعه بعد العلم بمجموع الصبره كما هو المفروض فلا كلام في صحه البيع أيضا لعدم الغرر و عدم الجهاله و هذا هو القسم الثاني، و قد تعرض له الماتن صراحه فيما سبق عند قوله: (فيصح بيع نصف الصبره المعلومه) و لو باع مقدارا منها معلوما كصاع و قفيز بعد العلم بمجموع الصبره و العلم باشتغال الصبره على المبيع فلا إشكال في صحه البيع لعدم الغرر و الجهاله و هذا هو القسم الثالث و هو المسمى ببيع الكلى في المعين.

و لو باع مجموع الصبره المعلومه المقدار على حساب كل صاع منها بكذا، أو كل قفيز منها بكذا فلا إشكال في الصحه لأن المبيع أمر معلوم و كذلك الثمن فلا غرر و لا جهاله و هذا هو القسم الرابع.

و لو باع كل صاع من صبره معلومه المقدار بكذا من الثمن و لم يحدّد عدد الأصوعه فلا ريب في البطلان لعدم العلم بالمبيع فيكون المبيع غرريا و هذا هو القسم الخامس.

و إذا كانت الصبره مجهوله المقدار فلو باع مجموعها الذي هو القسم السادس أو باع جزئها-

مضبوط المقدار، و ظاهره الصحة و إن لم يعلم اشتمال الصبره (١) على القدر المبيع، -على نحو الإشاعه كالنصف الذى هو القسم السابع، فلا إشكال فى البطلان لجهاله المبيع.

و لو باع مقدارا معيناً منها كصاع أو قفيز مع العلم باشتمال الصبره عليه فلا بدّ من الحكم بالصحة لعدم جهاله المبيع، و الجهل بنسبه المبيع إلى مجموع الصبره، لأن الصبره مجهوله المقدار لا يضر لعدم دخالته فى معرفه المبيع، و هذا هو القسم الثامن و هو المسمى بالكلى فى المعين، بل لا بد من الحكم بالصحة و إن لم يعلم باشتمال الصبره على المبيع، غايته فإن نقصت الصبره عنه تخير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن و بين الفسخ لتبعض الصفقه، و إن لم تنقص فلا كلام، و هذا ما ذهب إليه الشهيد فى الدروس و للمعه، و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف اشتراط العلم باشتمال الصبره على المبيع و إن بطل البيع و استحسنة الشارح، مع تعديه الحكم للظن بالاشتمال.

و لو باع مجموع الصبره على حساب كل صاع أو قفيز منها بكذا و هذا هو القسم التاسع فالمشهور هو البطلان لعدم العلم بمقدار جميع المبيع و أن علم أن كل جزء منه يساوى كذا من الثمن، و عن الشيخ فى الخلاف الصحة و تبعه البعض بدعوى أن كل جزء من المبيع معلوم الثمن لكن لا يعلم كل منهما ما يدخل فى كيسه و ما يخرج منه، و فيه: إنه عين الجهل بمقدار البيع و هو موجب للغرر فيبطل.

و لو باع كل صاع من الصبره المجهوله المقدار بكذا، فلا ريب فى البطلان، لأنه فى صورته العلم بمقدار الصبره قد حكم بالبطلان فى صورته الجهل من باب أولى بعد كون المبيع غير معلوم و هذا هو القسم العاشر.

هذا تمام الأقسام من بيع القفيز أو الصاع من الصبره هذا من جهه و من جهه أخرى فالماتن هنا قد تعرض للقسم الثالث و الثامن صراحه و منطوقاً، و قد تعرض بالصراحه لصحة بيع نصف الصبره معلومه المقدار، و هو القسم الثانى و منه يعلم صحة بيع جميع الصبره معلومه المقدار و هو القسم الأول، سواء كان بيع الجميع فى قبال ثمن معين، أو بيع كل صاع منه بكذا من الثمن و هو القسم الرابع.

و من جهه ثالثه اقتصر الماتن على هذه الأقسام الخمسه عند الحكم بالصحة أربعة فى المعلومه و واحد فى المجهوله، و لازمه الحكم بالبطلان فى الخمسه الباقية، أربعة فى المجهوله و واحد فى المعلومه، و لذا قال الشارح أن الماتن قد تعرض بكلامه للأقسام العشره منطوقاً و مفهوماً.

(١) فى صورته الجهل بمقدارها، و إلا فى صورته العلم بمقدارها لا بدّ أن يعلم بالاشتمال أو بعدمه.

(فإن نقصت تخير المشتري بين الأخذ) للموجود منها (١) (بالحصه) أى بحصته (٢) من الثمن، (و بين الفسخ) لتبعض الصفقه.

و اعتبر بعضهم العلم باشتغالها على المبيع، أو إخبار البائع به، و إلا- لم يصح و هو حسن، نعم لو قيل بالاكتفاء بالظن الغالب باشتغالها عليه كان متجها، و يتفرع عليه ما ذكره (٣) أيضا.

و اعلم أن أقسام بيع الصبره عشره، ذكر المصنف بعضها منطوقا، و بعضها مفهوما، و جمعتها أنها إما أن تكون معلومه المقدار، أو مجهولته، فإن كانت معلومه صح بيعها أجمع، و بيع جزء منها معلوم مشاع، و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه، و بيعها كل قفيز بكذا، لا- بيع كل قفيز منها بكذا، و المجهوله يبطل بيعها فى جميع الأقسام الخمسه إلا الثالث (٤). و هل ينزل القدر المعلوم فى الصورتين (٥) على (١) من الصبره.

(٢) أى بحصه الموجود.

(٣) من ثبوت الخيار للمشتري عند نقصان الصبره.

(٤) أى الثالث من صور الصبره المجهوله المقدار، و هو القسم الثامن فى شرحنا، و اعلم أن الثالث و الثامن هما بيع الكلى فى المعين.

(٥) أى صوره العلم بمقدار الصبره و صوره الجهل به، و بعبارة أخرى أن بيع الصاع أو القفيز من الصبره هل ينزل على أنه بيع كلى فى معين كما هو المشهور، أو أنه بيع على أنه جزء من الصبره على نحو الإشاعه بمعنى لو كانت الصبره خمسه أصوع و قد باع منها صاعا فيكون قد باع خمسه على نحو الإشاعه فيكون الصاع عبارة عن الكسر المشاع، و الظاهر الأول لأنه السابق إلى الفهم، و لصحيح بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل اشترى عشره آلاف طن قصب فى أنبار، بعضه على بعض من أجمه واحده، و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشره آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم، و وكل المشتري من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشره آلاف طن، فقال عليه السلام: العشره آلاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البائع) (١) و هو ظاهر فى كون المبيع كليا فى معين و إلا-

ص: ٣٩٦



الإشاعة، أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة (١)، وجهان أجودهما الثاني.

و تظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها (٢)، فعلى الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبه، و على الثاني يبقى المبيع ما بقى قدره.

### الثامنه - يكفى المشاهده عن الوصف

(الثامنه - يكفى المشاهده عن الوصف (٣) و لو غاب وقت الابتياح) بشرط أن يكون مما لا يتغير عادة كالأرض و الأواني و الحديد و النحاس، أو لا تمضى مده يتغير فيها عادة، و يختلف باختلافها زياده و نقصانا، كالفاكهه و الطعام و الحيوان. فلو مضت المده كذلك (٤) لم يصح، لتحقق الجهاله المترتبه على تغيره عن -فلو كان على نحو الإشاعة لوجب أن تكون الخساره عليها بالنسبه و تظهر الفائدة بين القولين فعلى كونه كلياً فى معيّن فتعيين المبيع بيد البائع، و لو تلف بعض الصبره و بقى مقدار المبيع فى الباقي فينحصر حق المشتري فيه كما هو صريح الخبر المتقدم، و على كونه على نحو الإشاعة فالتعيين بيدهما و التلف منهما بالنسبه.

ثم المراد من الكلى فى المعين هو الكلى الذى انحصرت أفراده فى الموجود الخارجى بخلاف الكلى فى الذمه فهو الكلى المتحقق بأى فرد سواء كان موجوداً الآن أو سيوجد.

و الكلى المنحصر إفراده فى الموجود الخارجى غير الكلى المشروط بكون أفراده فى الموجود الخارجى، فعلى الأول لو تلف الموجود الخارجى قبل القبض لتلف المبيع و هذا موجب لانفساخ العقد لتعذر التسليم، و على الثاني يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ليس إلا.

(١) أى جملة الصبره.

(٢) بعض الصبره.

(٣) قد عرفت اشتراط العلم بالعوضين لرفع الغرر و الجهاله، و لذا لو كان المبيع مما يوزن أو يكال أو يعدّ فلا يجوز بيعه جزافاً، و يجوز بيع الأرض بالمشاهده الكافيه لرفع الجهل بالمقدار و إن كانت تباع بالمساحه أيضاً، بعد فرض تعارف بيعها بالمشاهده فى بعض الأزمنه أو الأقطار، و هذا كاف لرفع الجهاله و لم يتعرض له الشهيدان هنا.

ثم إن كل مبيع تختلف أجزاءه فلا بد من مشاهدته أو وصفه لخصوصياته الموجبه لاختلاف قيمته لرفع الجهاله و إلا كان البيع غررياً و هو مما لا إشكال فيه، بل تكفى المشاهده السابقه فى صحه العقد اللاحق مع قضاء العاده ببقاء المبيع على ما هو عليه، فإن وجد على ما هو عليه و إلا كان للمشتري الخيار بلا خلاف فيه.

(٤) بحيث يتغير فيها عادة.

تلك الحالة. نعم لو احتمل الأمرين صح، عملاً بأصالة البقاء (فإن ظهر المخالفه) بزيادته أو نقصانه فإن كان يسيراً يتسامح بمثله عادة فلا- خيار، وإلا (تخير المغبون) منهما، وهو البائع إن ظهر زائداً، والمشتري إن ظهر ناقصاً (و لو اختلفا في التغير (1) قدم قول المشتري مع يمينه) إن كان هو المدعى للتغير الموجب للخيار و البائع ينكره، لأن البائع يدعى علمه بهذه الصفه و هو ينكره، و لأن الأصل عدم وصول حقه إليه، فيكون في معنى المنكر، و لأصالة بقاء يده على الثمن.

و ربما قيل بتقديم قول البائع، لتحقق الاطلاع (2) المجوز للبيع، و أصالة عدم التغير. و لو انعكس الفرض بأن ادعى البائع تغييره في جانب الزيادة و أنكر المشتري احتمال تقديم قول المشتري أيضاً، كما يقتضيه إطلاق العبارة (3)، لأصالة عدم التغير، و لزوم البيع. و الظاهر تقديم قول البائع لعين ما ذكر في المشتري (4)، و في تقديم قول المشتري فيهما (5) جمع بين متنافيين مدعى (6) و دليلاً- (7)، و المشهور (1) فقال المشتري: ليس هو على ما رأيته، و قال البائع: هو هو، فالتقول قول المشتري مع عينيه على المشهور، لأصالة بقاء يده على الثمن كما في الدروس، و لأصالة عدم وصول الحق إليه كما في غيرها و هذا ما يوجب أن يكون هو المنكر، و لأن البائع يدعى علمه بهذه الصفه في المبيع حين العقد و المشتري ينكر ذلك.

و عن المحقق في الشرائع التردد لصدق المنكر على البائع الذي يترك لو ترك، و أصالة لزوم العقد و أصالة عدم التغير الموافقين لقول البائع، و لأن المشتري هو المدعى عرفاً لذا قيل أن القول قول البائع مع يمينه.

(2) من قبل المشتري، فيجوز البيع و تجرى أصالة لزوم العقد.

(3) أى عبارة المصنف.

(4) من أن المشتري يدعى علم البائع بالزيادة، و البائع ينكره، مع أصالة عدم وصول الحق للبائع فيكون في معنى المنكر.

(5) فيما لو ادعى المشتري تغير المبيع بما يوجب النقيصه، و فيما لو ادعى البائع تغير المبيع بما يوجب الزيادة.

(5) فيما لو ادعى المشتري تغير المبيع بما يوجب النقيصه، و فيما لو ادعى البائع تغير المبيع بما يوجب الزيادة.

(6) فإذا كان المشتري في الصورة الأولى منكراً فلا- محاله يكون مدعياً في الصورة الثانية فجعله منكراً في صورتين جمع بين المتنافيين.

(7) لأن الدليل الذي اقتضى تقديم قول المشتري في الصورة الأولى لأنه منكر هو بعينه يقتضى تقديم قول البائع في الصورة الثانية لأنه منكر، فجعل الدليل المذكور يقتضى تقديم المشتري في الصورة الثانية مع أنه مدع جمع بين المتنافيين.

فى كلامهم هو القسم الأول (١)، فلذا أطلق المصنف هنا (٢)، لكن نافرته تعميمه الخيار للمغبون منهما قبله، و عطفه (٣) عليه مطلقا (٤).

و لو اتفقا على تغييره لكن اختلفا فى تقدمه على البيع و تأخره (٥) فإن شهدت القرائن بأحدهما حكم به، و إن احتمل الأمران فالوجهان، و كذا لو وجداه تالفا و كان مما يكفى فى قبضه التخليه (٦) و اختلفا فى تقدم التلف عن البيع (٧) و تأخره (٨)، أو لم يختلفا (٩)، فإنه يتعارض أصلا عدم تقدم كل منهما فيتساوقان و يتساقطان، و يتجه تقديم حق المشتري لأصالة بقاء يده، و ملكه للثمن، و العقد الناقل (١٠) قد شك فى تأثيره، لتعارض الأصلين.

(١) و هو ادعاء المشتري للتغير فى المبيع بما يوجب النقيصه.

(٢) حيث قال: (و لو اختلف فى التغير قدم قول المشتري مع عينه)، و لم يقيد التغير بما يوجب النقيصه اعتمادا على أنه هو المعروف بين الأصحاب، و لكن اعتماده هذا مناف لتصحیحه الحكم من ثبوت الخيار للمغبون من البائع و المشتري، فإن المغبون أعم من المشتري فى صورته ادعائه النقيصه، و البائع فى صورته ادعائه الزيادة.

(٣) أى عطف قوله (و لو اختلفا) على قوله (تخير) من غير تقييد التغير بكونه فى النقصان.

(٤) أى بدون قيد النقصان فى التغير.

(٥) فإن شهدت القرائن الموجهه للعلم بأحدهما، حكم به من غير يمين كما فى المسالك، و إلا فيحتمل الأمران من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه و هذا يقتضى تقديم قول المشتري مع عينه، و من أصالة عدم تقدم التغير، و هى أصالة تأخر الحادث و هذا يقتضى تقديم قول البائع مع عينه.

(٦) و هو قيد للاحتراز من أن التلف قبل القبض من مال البائع بالاتفاق، و مقامنا لا يحتاج إلى القبض بل تكفى فيه التخليه.

(٧) ليكون التلف على البائع.

(٨) ليكون التلف على المشتري و إن لم يتلف فى يده، لأن الفرض أنه يكفى فى قبضه التخليه.

(٩) أى اتفقا على التلف و لم يختلفا فى التقدم و التأخر لعدم علمهما به، فإنه فى هذه الحاله يتعارض أصلا و هما: أصالة عدم تقدم التلف على البيع، و أصالة عدم تقدم البيع على التلف، و هما مبنيان على أصالة عدم تقدم الحادث و هى أصالة تأخر الحادث ما شئت فسمى، و على كل فيتعارضان و يتساقطان فيرجع إلى الأصول الأخرى.

(١٠) دفع و هم: أما الوهم فالبيع متحقق مقتضاه نقل الثمن إلى البائع و خروجه عن ملك-

(التاسعة - يعتبر ما يراد طمعه) (١) كالدبس (و ربحه) كالمسك، أو يوصف على الأولى (٢) (و لو اشتراه) من غير -المشترى فلا يصح التمسك بأصالة بقاء يد المشتري على الثمن لتحقق الناقل عنه، و الدفع: إن تأثير البيع فى نقل الثمن موقوف على تقديمه على التلف و هو غير معلوم، و أصالة عدم تقدم التلف على البيع معارض بمثله فيبقى النقل المذكور مشكوكا فيه، و تكون أصالة بقاء يد المشتري على الثمن سالمه عن المعارض.

(١) قد عرفت أن المبيع إذا اختلفت أجزاؤه فلا بد من مشاهدته أو وصفه لرفع الجهالة بخصوصيته، فكذلك إذا كان المبيع من المطعوم أو المشروب أو المشموم و تعددت أنواعه بحيث يختلف الثمن باختلافها فلا بد من اختباره بالطعم أو الشرب أو الشم لرفع الجهالة، و لخبر محمد بن العيص (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق، يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، و لا يذوقن ما لا يشتري) (١).

و كذا ما يراد لونه فلا بد من رؤيته لرفع الجهالة أيضا، و يجوز شراء الجميع من دون الاختيار اعتمادا على الوصف، كما قام الوصف مقام المشاهدة فى الفرع السابق، و لذا صح للأعمى أن يشتري الأعيان المرئية اعتمادا على الوصف من دون الرؤيه بلا إشكال فى ذلك أبدا، و عن السرائر احتمال عدم جواز بيع العين الحاضره بالوصف و هو ضعيف.

و هل يصح شراؤه من غير اختبار و لا وصف بعد مشاهدته و ارتفاع الجهالة عنه من جهه القوام و اللون و نحوهما، و لم يبق إلا الطعم أو الشم، فعن الشيخين و سلا و ابن حمزه الحكم بفساد البيع إذا اشتراه من غير اختبار، و عن المحقق و ابن إدريس و من تأخر عنهما الجواز لعموم أدله جواز البيع السالم عن المعارضه تمسكا بأصل السلامه، و إلا فالكثير من الصفات لا تظهر إلا بعد ضرب من التصرفات فلو لم يكف أصل الصحه للزم الفساد فى الكثير من المعاملات، نعم إن ظهر على خلاف المعروف من أصله تخير المشتري بين الرد و الأرش، و يتعين عليه الأرش لو أحدث فيه حدث، بلا فرق بين الأعمى و البصير و لم يخالف إلا سلا حيث خير الأعمى بين الرد و الأرش حتى مع الإحداث، و لا ريب فى فساده للإطلاق المقتضى لسقوط الرد بالتصرف كما ستعرفه فى باب الخيارات.

(٢) أى ما يشترط اختباره بالطعم و الشم يكفى فيه الوصف كما يكفى الوصف بدل المشاهده فيما يشترط مشاهدته، بل الاكتفاء بالوصف هنا أولى لعدم إمكان اختباره بالمشاهده.

اختبار، و لا- وصف،(بناء على الأصل (١) و هو الصحة (جواز) مع العلم به من غير هذه الجهة كالقوام، و اللون، و غيرهما مما يختلف قيمته باختلافه، و قيل: لا يصح بيعه إلا بالاعتبار، أو الوصف كغيره، للغرر، و الأظهر جواز البناء على الأصل، إحاله على مقتضى الطبع، فإنه أمر مضبوط عرفا لا يتغير غالبا إلا بعيب فيجوز الاعتماد عليه، لارتفاع الغرر به، كالاكتفاء (٢) برؤيه ما يدل بعضه على باقيه غالبا، كظاهر الصبره، و أنموذج المتماثل، و ينجرر النقص بالخيار،(فإن خرج معيما تخير المشتري بين الرد و الأرش) إن لم يتصرف فيه تصرفا زائدا على اختباره، (و يتعين الأرش لو تصرف فيه) كما في غيره من أنواع المبيع،(و إن كان المشتري المتصرف (أعمى) لتناول الأدله له، خلافا لسلاح حيث خير الأعمى بين الرد و الأرش و إن تصرف.

(و أبلغ في الجواز) من غير اعتباره (٣)(ما يفسد باختباره، كالبطيخ و الجوز) (١)و هو أصل السلامه في الأشياء بحسب الطبع.

(٢)قال الشارح في المسالك: (فيجوز الاعتماد على مقتضى طبعه، إذ ليس المراد بالأصل شرط العلم بالمبيع أن ترتفع الجهاله بكل وجه، فإن رؤيه ظاهر الصبره و نحوها كافيه مع احتمال المخالفه، و كذلك البيع بالوصف).

(٣)أى اعتبار الاختبار بالطعم أو الذوق أو الشم و المعنى: ما يؤدي اختباره إلى إفساده كالجوز و البطيخ و البيض فإنه يجوز بيعه و شراؤه من غير اختبار مع جهاله ما في بطنه للسيره من غير فرق بين شرط السلامه أو البراءه من العيوب و عدمه، و عن البعض اشتراط الصحة و عن الشيخ و جماعه اشتراط الصحة و البراءه من العيوب و هو ضعيف.

ثم إن تصرف فيه المشتري و ظهر أنه على خلاف المعروف من طبعه يثبت له الأرش لليب دون الرد لما عرفت من سقوط الرد عند إحداث حدث فيهن، نعم إن لم يكن لمكسوره قيمه رجع المشتري بالثمن كله لعدم وجود عوض في مقابله الثمن.

و هل يكون العقد حينئذ باطلا من أصله كما هو صريح الشيخ و الحلبي و العلامه في التذكرة و ظاهر من تأخر عنهما لاشتراط كون المبيع متمولا، و هو بحسب الواقع لا قيمه له كالحشرات فلا بد من بطلان البيع من أساسه.

أو يفسخ البيع من حين تبين الفساد كما عن الشهيد في الدروس و جعل الأول احتمالا و نسبه إلى ظاهر كلام الجماعه، لأنه كان مالا متقوما ظاهرا و قد تبين الفساد بالكسر فيكون الكسر هو المفسد، و فيه: إن الكسر قد أبان الفساد الواقعي لا أنه أحدثه.

(و البيض)، لمكان الضروره و الحرج،(فإن) اشتراه فظهر صحيحا فذاك، و إن (ظهر فاسدا) بعد كسره (رجع بأرشه)، و ليس له الرد، للتصرف إن كان له قيمه،(و لو لم يكن لمكسوره قيمه) كالبيض الفاسد (رجع بالثمن أجمع)، لبطلان البيع، حيث لا يقابل الثمن مال.

(و هل يكون العقد مفسوخا من أصله) نظرا إلى عدم الماليه من حين العقد فيقع باطلا ابتداء،(أو يطرأ عليه الفسخ) بعد الكسر و ظهور الفساد، التفاتا إلى حصول شرط الصحه حين العقد، و إنما تبين الفساد بالكسر، فيكون هو المفسد (نظر) و رجحان الأول واضح، لأن ظهور الفساد كشف عن عدم الماليه في نفس الأمر حين البيع، لا أحدث عدمها (١) حينه (٢)، و الصحه مبنيه على الظاهر (٣) و في الدروس جزم بالثاني و جعل الأول احتمالا، و ظاهر (٤) كلام الجماعه.

(و) تظهر (الفائده (٥) في مئونه نقله عن الموضوع) الذي اشتراه فيه إلى موضع (١) عدم الماليه.

(٢) حين الكسر.

(٣) أى و الصحه الظاهريه لا تنافى الفساد الواقعي بحيث إذا بان الفساد الواقعي فتنتفى الصحه المذكوره، من رأس.

(٤) أى جعل الأول احتمالا و جعله هو الظاهر من كلام الجماعه.

(٥) ثمره الخلاف تظهر في ترتيب آثار الملكيه للثمن، فهى للمشتري على الأول لعدم خروج الثمن من ملك المشتري أصلا، و هى للبائع على الثانى الذى هو قول الشهيد كما هو واضح، و لم يتعرض الشهيدان لهذه الثمره.

و تظهر في مئونه نقل المبيع من الموضوع الذى اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول إنما هى على البائع لكونه ملكا له فنقله عليه، و على الثانى إنما هى على المشتري لكون المبيع حينئذ ملكا للمشتري فيكون نقله عليه، و هذا ما صرح به الشهيد الأول و ارتضاه جماعه منهم الشيخ الأعظم.

و خالفهم المحقق الثانى في جامعته و الشهيد الثانى من كون مئونه النقل على القولين على المشتري و ليس له أن يرجع على البائع، أما على القول الثانى فواضح و أما على الأول لأن المبيع ملكا للبائع بحسب الواقع و نفس الأمر و قد نقله المشتري بغير أمره، و دعوى أن المشتري مغرور لجهله بفساد البيع فيرجع على من غره و هو البائع ليس فى محلها، لانتفاء -

اختباره، فعلى الأول على البائع، و على الثانى على المشتري لوقوعه (١) فى ملكه، و يشكل بأنه و إن كان ملكا للبائع حينئذ (٢) لكن نقله بغير أمره (٣)، فلا- يتجه الرجوع عليه (٤) بالمئونه، و كون (٥) المشتري هنا كجاهل استحقات المبيع حيث يرجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور، و هو منفى (٦) هنا، لاشتراكهما فى الجهل، و لو أريد بها (٧) مئونه نقله من موضع الكسر لو كان (٨) مملوكا و طلب مالكة (٩) نقله، أو ما فى حكمه (١٠) انعكس الحكم (١١)، و اتجه كونه على البائع مطلقا، لبطان البيع على التقديرين.

-الغرر هنا، لأن الغرر لا يتحقق إلا مع علم البائع بالفساد و جهل المشتري به مع أنهما جاهلان معا بالفساد.

و فيه: أن المبيع بحسب الواقع و إن كان ملكا للبائع إلا- أنه بحسب الظاهر ملك للمشتري و يجب على البائع تسليمه و ليس له الامتناع عن نقله فيكون نقل المشتري له نقلا- بأمر البائع و إذنه، و تظهر الثمره فى أمر ثالث على ما قيل و سنرجئه إلى حين تعرض الشارح له.

(١) تعليل للحكمين معا.

(٢) أى حين القول ببطان البيع من رأس،

(٣) أى بغير أمر البائع و قد عرفت ما فيه.

(٤) على البائع.

(٥) عرّض لكون المشتري مغرورا فلا بد أن يرجع على من غرّه و قد تقدم شرحه.

(٦) دفع لتوهم مغوريه المشتري و قد تقدم أيضا.

(٧) أى بمئونه النقل.

(٨) أى لو كان موضع الكسر.

(٩) أى مالك موضع الكسر.

(١٠) أى ما فى حكم المملوك كالمساجد و المشاهد.

(١١) أى الحكم السابق على مبنى الشارح، و هو كون المئونه على المشتري مطلقا، و هنا ينعكس الحكم و تكون المئونه على البائع مطلقا على التقديرين سواء قلنا أن البيع باطل من رأسه أو منفسخ من حين ظهور الفساد، و ذلك لخروجه عن ملك المشتري، و فيه: إنه خروج عن محل النزاع كما هو واضح إذ النزاع فى مئونه نقله من موضع البيع إلى موضع الكسر، لا نقله من مكان الكسر إلى مكان آخر.





و احتمال كونه (١) على المشتري لكونه (٢) من فعله، و زوال المالىه عنهما (٣) مشترك أيضا بين الوجهين (٤)، و كيف كان (٥) فبناء حكمها (٦) على الوجهين (٧) ليس بواضح.

و ربما قيل بظهور الفائدة أيضا فى ما لو تبرأ البائع من عيبه فيتجه كون تلفه من المشتري على الثانى (٨) دون الأول (٩). و يشكل صحه الشرط على تقدير فساد الجميع (١٠)، لمنافاته لمقتضى العقد، إذ لا شىء فى مقابله الثمن فيكون أكل مال بالباطل، و فيما (١١) لو رضى به المشتري بعد الكسر، و فيه أيضا نظر، لأن الرضا بعد الحكم بالبطلان لا أثر له.

(١) أى كون النقل.

(٢) أى لكون المكسور من فعله، و هو تعليل لكون النقل على المشتري مطلقا، و عليه فالأمر مردد بين حكمين مطلقين بلا وضوح جهه للفرق و التفصيل، فما ذهب إليه الماتن من التفصيل فى مئونه النقل على القولين سواء أريد بمئونه النقل مئونه نقله من موضع البيع إلى موضع الاختبار، أو أريد بها مئونه نقله من موضع الكسر المملوك ليس فى محله.

(٣) عن البائع و المشتري بعد الكسر.

(٤) أى سواء قلنا ببطلان البيع من رأس أو من حين ظهور الفساد، و عليه فزوال المالىه لا يصلح وجها لتفصيل الماتن.

(٥) أى سواء أريد بالمئونه مئونه النقل إلى موضع الكسر، أو ثمن موضع الكسر.

(٦) أى حكم مئونه النقل.

(٧) من بطلان البيع من رأس أو من حين ظهور الفساد.

(٨) و هو انفساخ العقد من حين ظهور الفساد.

(٩) و هو بطلان البيع من رأس، و هذا التفريع واضح، لأنه مع بطلان البيع من رأس لا محل لشرط التبرى، لأن الشرط بحاجة إلى وجود بيع و هو مفقود.

(١٠) و هو عند كون المكسور لا- قيمه له كما هو المفروض، و المعنى: أنه لو قلنا بأن البيع يفسخ من حين ظهور الفساد و قد اشترط البائع التبرى من العيوب فيكون تلفه على المشتري و لكن يشكل صحه الشرط المذكور فيما لو كان المكسور لا قيمه له فيتبين أن الثمن لا شىء فى قبالة، فيكون أكله أكلا للمال بالباطل.

(١١) أى و تظهر الفائدة فيما لو رضى المشتري بالمبيع بعد الكسر، فيصح الرضا على الثانى دون الأول، لأنه على الأول لا بيع من رأس، و فيه: إنه بعد الحكم ببطلان البيع و لو من حين الكسر فالرضا اللاحق لا أثر له.

## العاشره - يجوز بيع المسك فى فأره

(العاشره - يجوز بيع المسك فى فأره) بالهمز جمع فأره به أيضا (١)، كالفأره فى غيره (٢)، و هى (٣) الجلوده المشتمله على المسك (٤) (و إن لم تفتق) بناء على أصل السلامه، فإن ظهر بعد فتقه معييا تخير (و فتقه بأن يدخل فيه خيط) بإبره، ثم (يخرج و يشم أحوط) لترتفع الجهاله رأسا.

## الحاديه عشره - لا يجوز بيع سمك الآجام مع ضميمه القصب

(الحاديه عشره - لا يجوز بيع سمك الآجام مع ضميمه القصب (٥)، أو غيره) للجهاله، و لو فى بعض المبيع، (و لا- اللبن فى الضرع) بفتح الضاد و هو (١) أى بالهمز أيضا.

(٢) أى إن الفأره بغير هذا المعنى تكون بالهمزه مفرده و جمعا.

(٣) أى الفأره.

(٤) يجوز بيع المسك فى فأره على المشهور بين الأصحاب، بل نفى الخلاف فيه كما من بعضهم على ما فى الجواهر و هو مقتضى عمومات حليه البيع و السيره السالمين عن المعارضه، و قد يستدل لعدم الجواز بوجهين: من أنه دم و لا يجوز بيع الدم لأنه نجس، و من أنه مجهول و لا يجوز بيع المجهول، و فيه: أما كونه دما بالأصالة فهو لا يقتضى نجاسته بعد الاستحاله، و أما كونه مجهولا- من ناحيه أوصافه فهو لا يوجب كون غرريا لأصل السلامه فيه بحيث لو ظهر على عكس المعروف من طبعه تخير المشتري بين الرد و الأرش.

و الأحوط فتقه قبل الشراء لمعرفه أوصافه حتى ترتفع الجهاله بأوصافه، و الفتق كما ذكره جماعه هو إدخال خيط بإبره فيه ثم إخراجهم و شمه.

(٥) و المراد به السمك الذى ليس بمشاهد و لا محصور كما يظهر من إضافته إلى الآجام، و الآجام جمع آجمه بالتحريك و هى غايه القصب كما فى المسالك.

و المشهور على عدم الجواز لجهاله السمك و إن ضم إليه القصب أو غيره، لأن ضم المعلوم إلى المجهول لا يصيرُه معلوما و مثله اللبن فى الضرع و لو ضم إليه لبنا محلوبا، و كذا الجلود و الأصواف و الأدبار و الشعر على الأنعام و لو ضم إليها غيرها، و ذهب الشيخ فى النهايه و ابنا حمزه و البراج إلى الجواز للأخبار.

منها: مرسل البنزطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا كانت أجمه ليس فيها قصب، أخرج شىء من السمك فيباع و ما فى الأجمه) (١) و ظاهره المفروغيه من الجواز مع القصب،-

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

الثدى لكل ذات خف (١)، أو ظلف (٢) كذلك (٣) أى و إن ضم إليه شيئا، و لو لبنا مخلوبا، لأن ضميمة المعلوم إلى المجهول تصير المعلوم مجهولا، أما عدم الجواز بدون الضميمة فموضع وفاق، و أما معها فالمشهور أنه كذلك (٤)، و قيل: يصح استنادا إلى روايه ضعيفه (٥)، و بالغ الشيخ فجوز ضميمة ما فى الضرع إلى ما - و موثق معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب) (١) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى شراء الأجمه ليس فيها قصب إنما هى ماء، فقال: تصيد كذا من سمك تقول: اشتري منك هذا السمك و ما فى هذه الأجمه بكذا و كذا) ٢، و موثق سماعه سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع فقال:

لا، إلا أن يحلب منه سكرجه فيقول: اشتر منى هذا اللبن الذى فى الأسكرجه و ما فى ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الأسكرجه (٢) . و خبر إبراهيم الكرخى (قلت لأبى عبد الله ك: ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مائه نعجه و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما، فقال: لا بأس بذلك إن لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف) (٣)، إلى غير ذلك من الأخبار من غير تفصيل بين كونهما مقصودين بالأصالة أو أحدهما، هذا و نسب الشارح فى المسالك إلى المتأخرين التفصيل بين ما إذا كان المعلوم مقصودا بالبيع كالقصب مع جعل السمك تابعا له فيصح البيع، و بين ما لو كانا مقصودين أو قصد السمك الذى هو مجهول مع جعل القصب تابعا فلا يصح، ثم قواه صاحب المسالك.

و فيه: إنه على خلاف إطلاق الأخبار المتقدمه خصوصا مع اشتمال بعضها على التعليل بأنه إذا لم يحصل المجهول فيكون الثمن فى قبالة المعلوم، و مثله مثل بيع غير المقدور على تسليمه مع الضميمة فإنه جائز بالاتفاق كما تقدم.

(١) الخف للابل بمنزله الحافر لغيرها.

(٢) الظلف لما اجتر من الحيوانات كالبقرة و الشاه و هو بمنزله الحافر للفرس و الخف للابل.

(٣) أى مع الضميمة إلى معلوم.

(٤) أنه لا يجوز.

(٥) بل بعضها صحيح و بعضها موثق.

ص: ٤٠٦

١- ( ( ١ و ٢ ) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث و ٥ و ٦ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد البيع حديث ٢ .

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب عقد البيع حديث ١ .

يتجدد مدته معلومه، و الوجه المنع. نعم لو وقع ذلك (١) بلفظ الصلح اتجه الجواز، و فضل آخرون فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات المعلوم، و كون المجهول تابعا و البطالان مع العكس و تساويهما (٢) في القصد الذاتى و هو حسن، و كذا القول فى كل مجهول ضم إلى معلوم.

(و لا- الجلود و الأصواف و الأشعار على الأنعام) و إن ضم إليها غيره أيضا، لجهاله مقداره، مع كون غير الجلود موزونا فلا يباع جزافا، (إلا أن يكون الصوف و شبهه مستجزا، أو شرط جزؤه فالأقرب الصحة)، لأن المبيع حينئذ مشاهد، و الوزن غير معتبر مع كونه (٣) على ظهرها و إن استجزت (٤)، كالثمره على الشجره و إن استجزت.

و ينبغى على هذا (٥) عدم اعتبار اشتراط جزؤه، لأن ذلك لا مدخل له فى الصحة، بل غايته مع تأخيره أن يمتزج بمال البائع، و هو لا- يقتضى بطلان البيع كما لو امتزجت لقطه الخضر بغيرها، فيرجع إلى الصلح و لو شرط تأخيره (٦) مدته معلومه، و تبعيه (٧) المتجدد بنى على القاعده السالفه، فإن كان المقصود بالذات هو الموجود صح، و إلا فلا.

### الثانيه عشره - يجوز بيع دود القز

(الثانيه عشره - يجوز بيع دود القز (٨)، لأنه حيوان طاهر ينتفع به) منفعه مقصوده محلله، (و نفس القز (٩) و إن كان الدود فيه، لأنه كالنوى فى التمر) فلا يمنع من بيعه، و ربما احتمل المنع، لأنه إن كان حيا عرضه

(١) أى بيع المجهول مع الضميمه إلى المعلوم.

(٢) عطف على العكس.

(٣) قيد لعدم اعتبار الوزن.

(٤) فيما بعد.

(٥) من كون المبيع مشاهدا مع عدم اعتبار وزنه حال كونه على الظهر.

(٦) عن وقت البيع.

(٧) عطف على (تأخيره) فيكون من باب بيع المجهول المنضم إلى المعلوم كما هو واضح.

(٨) بلا- إشكال لأنه حيوان طاهر و له منفعه مقصوده محلله، بل قد عرفت جواز بيع الدم و هو نجس، و جواز بيع الكلب و هو حيوان نجس العين إذا كان له منفعه مقصوده محلله.

(٩) بلا إشكال فيه لعمومات حليه البيع بعد عدم المانع.

للفساد (١)، و إن كان ميتا دخل فى عموم النهى عن بيع الميتة (٢)، و هو ضعيف، لأن عرضه الفساد لا يقتضى المنع، و الدود لا يقصد بالبيع حتى يمنع ميتته، و إلى جوابه أشار المصنف بقوله: لأنه كالنوى، و قد يقال: أن فى النوى منفعه مقصوده كعلف الدواب، بخلاف الدود الميت (٣)، و كيف كان لا يمنع من صحه البيع (٤).

### الثالثه عشره - إذا كان المبيع فى ظرف جاز بيعه معه

(الثالثه عشره - إذا كان المبيع فى ظرف جاز بيعه) مع وزنه (٥) معه (٦) (و أسقط ما جرت العاده به للظرف) (٧) سواء كان ما جرت به زائدا عن وزن الظرف قطعاً، أم ناقصاً (٨)، و لو لم تطرد العاده لم يجز (١) مرفوع على أنه خبر (إن) و المعنى: لأنه عرضه للفساد إن كان حياً، و فيه: إنه يلزم منه المنع فى كثير من البيوعات، لأن غالب المبيعات عرضه للفساد.

(٢) و فيه أيضاً أنه داخل بالتبع فلا يضر.

(٣) فإنه لا يصلح لشيء.

(٤) لأنه ليس بمقصود فى بيع القز بل هو تابع.

(٥) أى وزن المبيع، لأنه لا يجوز بيعه جزافاً إذا كان موزوناً.

(٦) مع الظرف.

(٧) و هذا الإسقاط هو المسمى بالإنذار، و هذا الإسقاط للظرف من الوزن مشروط بما يحتمل أنه مساو للظرف، فلو أراد الإسقاط بأكثر من وزن الظرف قطعاً أو بالأقل فلا يجوز إلا مع التراضى و يدل عليه موثق حنان (كنت جالسا عند أبى عبد الله عليه السلام فقال له معمر الزيات: إنا نشترى الزيت فى زقاقه، و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق، فقال: إن كان يزيد و ينقص فلا بأس، و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه) (١)، و خبر على بن أبى حمزه (سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك إني رجل أبيع الزيت - إلى أن قال - قلت: فإنه يطرح لظروف السمن و الزيت لكل ظرف كذا و كذا رطلا، فربما زاد و ربما نقص، فقال: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس) (٢)، و خبر على بن جعفر بن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألت عن الرجل يشتري المتاع وزناً فى الناسيه و الجوالق فيقول: ادفع للناسيه رطلاً أو أقل أو أكثر من ذلك، أ يحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسيه و الجوالق فلا بأس إذا تراضيا) (٣).

ص: ٤٠٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب عقد البيع حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب عقد البيع حديث ١ و ٣.

إسقاط ما يزيد (١)، إلا مع التراضى. ولا فرق بين إسقاطه بغير ثمن أصلا، و بثمان مغاير للمظروف (٢)، (و لو باعه مع الظرف) من غير وضع جاعلا- مجموع الظرف و المظروف مبيعا واحدا بوزن واحد (فالأقرب الجواز) (٣)، لحصول معرفه الجمله الرافعه للجهاله، و لا- يقدح الجهل بمقدار كل منهما منفردا، لأن المبيع هو الجمله، لا كل فرد بخصوصه. وقيل: لا يصح حتى يعلم مقدار كل منهما، لأنهما فى قوه مبيعين، و هو ضعيف.

## القول فى الآداب: و هى أربعة و عشرون

### إشاره

(القول فى الآداب: و هى أربعة و عشرون)

### الأول - التفقه فيما يتولاه

الأول - (التفقه فيما يتولاه) من التكسب، ليعرف صحيح العقد من فاسده، و يسلم من الربا (٤)، (و) لا- يشترط معرفه الأحكام بالاستدلال كما يقتضيه ظاهر الأمر بالتفقه، بل (يكفى التقليد)، لأن المراد به هنا معرفتها على وجه يصح، و قد -نعم إذا كان الإسقاط بالأقل أو بالأكثر قطعا بحسب العاده و علم المتبايعين بذلك فيجوز لأنه مع رضا المتبايعين يجوز تضييع المال لأحدهما.

(٨) قطعا و بشرط علم المتبايعين حتى يتحقق رضاهما.

(١) و كذا ما ينقص.

(٢) أى بثمان مغاير لثمان المظروف.

(٣) بلا- خلاف فيه بيننا لعمومات حليه البيع السالمه عن معارضه دليل الغرر عرفا، و العلم بالمجموع كاف عن معرفه وزن أبعاض المبيع، و نسب فى التذكره إلى بعض العامه المنع لاشتراط معرفه وزن كل واحد من الظرف و المظروف، و لأن الظرف لا يباع وزنا مع كون وزن المظروف غير معروف، و فيه: أنه لا- يشترط معرفه وزن كل من الظرف و المظروف بعد كون الجميع مبيعا واحدا فيشترط معرفه المجموع و هو معلوم بحسب الفرض، و كون الظرف لا- يباع وزنا إنما هو جار فى بيعه منفردا و أما مع ضميمه ما فيه من المظروف فالعاده جاريه على بيعه كذلك فلا إشكال.

(٤) للأخبار.

منها: خبر الأصمغ بن نباته (سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول على المنبر: يا معشر التجار الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، و الله للربا فى هذه الأمه أخفى من ديبب النمل على الصفا، شوبوا إيمانكم بالصدق، التاجر فاجر، و الفاجر فى النار إلا من أخذ الحق و أعطى الحق) (١) و خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (قال-

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.



قال على (ع): «من أتجر بغير علم فقد ارتطم فى الربا، ثم ارتطم».

## الثانى - التسويه بين المعاملين فى الإنصاف

الثانى - (التسويه بين المعاملين فى الإنصاف) (١) فلا يفرق بين المماكس وغيره، ولا بين الشريف والحقير. نعم لو فاوت بينهم بسبب فضيله ودين فلا بأس، لكن يكره لآخذ قبول ذلك، ولقد كان السلف يوكلون فى الشراء من لا يعرف هربا من ذلك.

## الثالث - إقاله النادم

الثالث - (إقاله النادم) (٢) قال الصادق عليه السّلام: «أئما عبد مسلم أقال مسلما فى بيع أقال الله عثرته يوم القيامة» وهو مطلق فى النادم وغيره، إلا أن ترتب - أمير المؤمنين عليه السّلام: من أتجر بغير علم ارتطم فى الربا ثم ارتطم (١) و مرسل الصدوق (كان أمير المؤمنين عليه السّلام يقول: لا يقعدن فى السوق إلا من يعقل الشراء والبيع) ٢ و مرسل المفيد عن الصادق عليه السّلام (من أراد التجاره فليتفقه فى دينه، ليعلم بذلك ما يحلّ له مما يحرم عليه، ومن لم يتفقه فى دينه ثم أتجر تورط بالشبهات) ٣، والمراد بالتفقه معرفه الأحكام الشرعيّه المتعلقة بما يتولاه من التكسب قبل الشروع لئلا يقع فى الكثير مما يوجب فساد العقد أو يقع فى الربا، والأخبار مطلقه تدل على التفقه ولو من التقليد.

(١) فلا يفرق بين المماكس وغيره بزياده السعر على الأول أو نقصه، ولا بين الشريف والحقير لخبرى عامر بن جذاعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنه قال فى رجل عنده بيع فسعره سعرا معلوما، فمن سكت عنه ممن يشتري منه باعه بذلك السعر، ومن ماكسه و أبى أن يبتاع منه زاده، قال: لو كان يزيد الرجلين والثلاثه لم يكن بذلك بأس، فأما أن يفعله بمن أبى عليه و كايسه، و يمنع من لم يفعل ذلك فلا يعجبني إلا أن يبيعه بيعا واحدا) (٢).

نعم لا بأس كما قيل بالمراعاة بنقصان الثمن للمرجح الشرعى كالإيمان و زيادته و العلم و الورع و الفقر مما يحسنه العقل و الشرح، مع أنه قيل - كما فى الجواهر - يكره للمبذول له قبول ذلك و لذا يحكى عن السلف أنهم كانوا يوكلون فى الشراء من لا يعرف هربا من ذلك.

(٢) للأخبار.

منها: خبر الجعفرى عن بعض أهل بيته (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يأذن لحكيم بن حزام فى -

ص: ٤١٠

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

الغايه (١) مشعر به (٢)، و إنما يفتقر إلى الإقاله إذا تفرقا من المجلس، أو شرطا عدم الخيار) فلو كان للمشتري (٣) خيار فسخ به (٤) و لم يكن محتاجا إليها (٥) (و هل تشرع الإقاله فى زمن الخيار، الأقرب نعم) لشمول الأدله (٦) له (٧)، خصوصا الحديث السابق فإنه لم يتقيد بتوقف المطلوب (٨) عليها (٩)، (و لا يكاد يتحقق الفائده) فى الإقاله حينئذ (١٠) (إلا- إذا قلنا هى بيع (١١)، فيترتب عليها أحكام البيع من الشفعه و غيرها، بخلاف الفسخ.

-تجارته حتى ضمن له إقاله النادم و إنظار المعسر، و أخذ الحق وافيًا أو غير وافي (١)، و خبر هارون بن حمزه عن أبى عبد الله عليه السلام (أيما عبد أقال مسلما فى بيع أقاله الله عشرته يوم القيامة) (٢)، و هو مطلق يشمل النادم و غيره، نعم فى مرسل المغير عن أبى عبد الله عليه السلام (أيما مسلم أقال مسلما بيع ندامه أقاله الله عز و جل عشرته يوم القيامة) ٣.

(١) و هى إقاله الله عز و جل عشرته يوم القيامة، فإن العاصى يكون نادما فى ذلك اليوم لا محاله.  
(٢) بالندم.

(٣) الأخبار المتقدمه ظاهره فى إقاله المشتري، و لكن يستحب إقاله البائع أيضا للإطلاق فى خبر سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السلام (أربعه ينظر الله عز و جل إليه يوم القيامة: من أقال نادما، أو أغاث لهفانا، أو أعتق نسمة، أو زوج عزا) ٤.  
(٤) بالخيار.

(٥) إلى الإقاله.

(٦) أدله مشروعيه الإقاله.

(٧) لزمن الخيار.

(٨) و هو فسخ العقد.

(٩) على الإقاله.

(١٠) أى حين ثبوت الخيار.

(١١) كما هو رأى بعض العامه فى الإقاله، و إلا فعندنا من دون خلاف أنها فسخ لا بيع، فلا فائده فى ثبوت الإقاله فى زمن الخيار لأنه قادر على الفسخ بخياره.

نعم على القول بأنها بيع فيترتب عليها أحكامه من الشفعه و زياده الثمن و التأجيل و التعجيل و الخيارات و غيرها.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٤ و ٥.

أو قلنا: (بأن الإقالة (١) من ذى الخيار إسقاط للخيار)، لدلالاتها على الالتزام بالبيع، وإسقاط الخيار لا يختص بلفظ، بل يحصل بكل ما دل عليه، من قول، و فعل و تظهر الفائدة حينئذ (٢) فيما لو تبين بطلان الإقالة (٣) فليس له الفسخ بالخيار.

(و يحتمل سقوط خياره بنفس طلبها مع علمه بالحكم) (٤) لما ذكرناه من الوجه، و من ثم قيل بسقوط الخيار لمن قال: لصاحبه اختر و هو مروى (٥) أيضا، و الأقوى عدم السقوط فى الحالين (٦)، لعدم دلالاته (٧) على الالتزام (٨) حتى بالالتزام (٩)، و يجوز أن يكون مطلوبه من الإقالة (١٠) تحصيل الثواب بها (١١) فلا ينافى إمكان فسخه بسبب آخر (١٢) و هو (١٣) من أتم الفوائد.

#### الرابع - عدم تزيين المتاع

الرابع - (عدم تزيين المتاع) (١٤) ليرغب فيه الجاهل مع عدم غايه أخرى (١) أى طلب الإقالة.

(٢) أى حين طلب الإقالة.

(٣) فيما لو طلبها من غير البائع أو المشتري اشتباها بعنوان أنه صاحبه.

(٤) بأن طلب الإقالة إسقاط لخياره بالالتزام.

(٥) فى الغوالى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه:

اختر) (١)، و لذا نسب للشيخ سقوط الخيار لمن خيّر صاحبه بذلك، مع أن النسبه للشيخ غير ثابتة لأن المحكى عن مبسوطه خلافه خلاف ذلك كما فى مفتاح الكرامه، على أن ذيل الخبر غير وارد من طرقنا بل هو من طرق العامه مع عدم جابر له، فالأقوى عدم السقوط.

(٦) حال طلب الإقالة و حال قول أحدهما للآخر: اختر.

(٧) أى لعدم دلالة اللفظ الصادر فى الحالين.

(٨) أى الالتزام بسقوط الخيار.

(٩) أى بالدلاله الالتزاميه.

(١٠) أى من طلب الإقالة.

(١١) و فيه: إن الثواب للمقبل لا للنادم الذى طلب الإقالة.

(١٢) و هو الخيار الثابت له.

(١٣) أى تحصيل الثواب.

---

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الخيار حديث ٣.

للزينة، أما تزيينه لغايه أخرى كما لو كانت الزينه مطلوبه عاده فلا بأس.

### الخامس – ذكر العيب

الخامس - (ذكر العيب) الموجود في متاعه (إن كان) فيه عيب ظاهرا كان، أم خفيا، للخبر (١). و لأن ذلك من تمام الإيمان و النصيحة.

### السادس – ترك الحلف على البيع و الشراء

السادس - (ترك الحلف على البيع و الشراء) قال (ص): «ويل للتاجر من لا و الله و بلى و الله» (٢)، و قال (ص) (٣): «من باع و اشترى فليحفظ خمس خصال و إلا فلا يشتري و لا يبيع: الربا، و الحلف، و كتمان العيب، و المدح إذا باع، و الذم إذا اشترى» و قال الكاظم (ع) (٤): «ثلاثه لا ينظر الله إليهم أحدهم رجل اتخذ الله عزّ و جلّ بضاعه لا يشتري إلا بيمين، و لا يبيع إلا بيمين»، و موضع الأدب الحلف صادقا، أما الكاذب فعليه لعنه الله.

### السابع – المسامحه فيهما

السابع - (المسامحه فيهما (٥)، و خصوصا في شراء آلات الطاعات) (٦) فإن (١٤) بحيث يكون التزيين لإظهار محاسنه و صفاته الموجوده فيه ليرغب فيه جاهله، و قد اعترف بعضهم بعدم العثور في الأخبار على ما يدل على كراهه التزيين المذكور أو ما يدل على استحباب الترك، نعم لو كان التزيين لإظهار صفة غير موجوده فيه فهو من الغش المحرم و قد تقدم.

(١) و هو خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من باع و اشترى فليحفظ خمس خصال و إلا فلا يشتري و لا يبيع: الربا و الحلف و كتمان العيب و الحمد إذا باع و الذم إذا اشترى) (١)، و قيده جماعه منهم الشهيد في الدروس بالعيب الظاهر، لأن كتمان العيب الخفي من الغش و هو محرم، هذا و الخبر مطلق يشمل الظاهر و الخفي، و إن كان الحكم باستحباب ذكر العيب مختص بالعيب الظاهر، لأن ذكر الخفي واجب.

(٢) و هو مرسل الصدوق (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ويل لتجار أمتي من لا و الله بلى و الله، و ويل لصناع أمتي من اليوم و غدا) (٢).

(٣) و هو خبر السكوني المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام، و فيه (الحمد إذا باع) كما في الوسائل، (المدح إذا باع).

(٤) و هو خبر درست بن أبي المنصور عن إبراهيم بن عبد الحميد.

ص: ٤١٣

١- (( ١ و ٣ )) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التجاره حديث ٢.

٢- (( ٢ و ٤ )) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب آداب التجاره حديث ٥ و ٢.

ذلك موجب للبركه و الزيادة، و كذا يستحب فى القضاء و الاقتضاء للخبر (١).

## الثامن - تكبير المشتري ثلاثا

الثامن - (تكبير المشتري ثلاثا (٢)، و تشهدة الشهادتين بعد الشراء) (٣) و ليقبل بعدهما: اللهم إني اشتريته ألتمس فيه من فضلك، فاجعل لى فيه فضلا، اللهم إني (٥) فى البيع و الشراء للأخبار.

منها: خبر الحسين بن يزيد الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاءت زينب العطاره إلى نساء النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم - إلى أن قال - فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إذا بعث فاحسنى و لا تغشى - تعنتى خ ل - فإنه اتقى لله و أبقى للمال) (١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: السماحة من الرباح، قال ذلك لرجل يوصيه و معه سلعه يبيعها) (٢)، و خبر إسماعيل بن مسلم عن أبى عبد الله من أبيه عليه السّلام: أوصى الله تعالى إلى بعض أنبيائه عليهم السّلام: للكريم فكارم و للسمح فسامح و عند الشكس فالتو) (٣).

(٦) ففى خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان على بن الحسين عليه السّلام يقول لقهرمانه: إذا أردت أن تشتري لى من حوائج الحج شيئا فاشتر و لا تماكس) (٢)، و فى مرفوع يحيى بن محمد بن عيسى عن أبى جعفر عليه السّلام (لا تماكس فى أربعة أشياء: فى الأضحيه و الكفن و ثمن النسمة و الكراء إلى مكه) (٥) و مثله غيره، و هذه الأخبار ظاهره فى بعض الطاعات، فالتعميم كما قاله الشارح ليس عليه دليل من الأخبار.

(١) ففى خبر حنان عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السّلام (سمعتة يقول: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

بارك الله سهل البيع سهل الشراء سهل القضاء سهل الاقتضاء) (٤) و فى خبر جابر (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: غفر الله لرجل كان قبلكم، كان سهلا إذا باع، سهلا إذا اشتري، سهلا إذا قضى، سهلا إذا استقضى) (٧).

(٢) كما فى خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام (إذا اشتريت متاعا فكبر الله ثلاثا ثم قل: اللهم إني اشتريته ألتمس فيه من خيرك، فاجعل لى فيه خيرا، اللهم إني اشتريته التمس فيه من فضلك، فصل على محمد و آل محمد، و اجعل لى فيه فضلا، اللهم إني اشتريته ألتمس فيه من رزقك فاجعل لى فيه رزقا) (٥).

(٣) لا يوجد خبر يدل على استحباب الشهادتين بعد الشراء لأن ما ورد فى الأخبار يدل على -

ص: ٤١٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣.

٣- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٣.

٤- (( ٦ و ٧ )) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٣.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.



اشتريته ألتمس فيه رزقا (١)، فاجعل لي فيه رزقا» (٢).

### التاسع - أن يقبض ناقصا، ويدفع راجحا

التاسع - (أن يقبض ناقصا، ويدفع راجحا (٣)، نقصانا و رجحانا لا يؤدي إلى الجهالة) بأن يزيد كثيرا بحيث يجهل مقداره (٤) تقريبا، و لو تنازعا في تحصيل الفضيله قدم من بيده الميزان و المكيال، لأنه الفاعل المأمور بذلك (٥)، زياده على كونه معطيا و آخذا (٦).

-استحباب الشهادتين عند جلوس التاجر مجلسه كما في خبر حنان عن أبيه قال أبو جعفر عليه السّلام في حديث: (فإذا جلس مجلسه فقال حين يجلس: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله - إلى أن قال - فإذا قال ذلك قال له الملك الموكل به: أبشر فما في سوقك اليوم أحد أوفر حظا منك) (١)، و قد ورد استحباب الشهادتين عند دخول السوق كما في خبر أبي عبيده قال الصادق عليه السّلام: (من قال في السوق: أشهد أن لا إله إلا الله و أشهد أن محمدا عبده و رسوله كتب الله له ألف حسنه) (٢) و خبر سعد الخفاف عن أبي جعفر عليه السّلام (من دخل السوق فنظر إلى حلوها و مرها و حامضها فليقل: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أن محمدا عبده و رسوله، اللهم إني أسألك من فضلك و أستجيرك من الظلم و العزم و المأثم) (٣)، إلا أن يكون ذكر الشهادتين بعد الشراء من باب التبرك و اليمن و هذا كاف في أدله السنن.

(١) و الصحيح (من رزقك).

(٢) كما في خبر محمد بن مسلم المتقدم، على أنه لم ينقل تمام الدعاء الوارد فيه فراجع.

(٣) للأخبار.

منها: مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الوفاء حتى يميل الميزان) (٤).

و خبر حماد بن بشير عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا يكون الوفاء حتى يميل الميزان) ٥.

(٤) أي مقدار الزائد، و فيه: إن العوضين معلومين على كل حال، و لا يشترط معرفه مقدار الموهوب فقيده الشارح مما لا دليل عليه.

(٥) بتحصيل الفضيله أي، و هو المأمور بذلك كما في خبر حماد بن بشير المتقدم.

(٦) و هذا مشترك بينه و بين المشتري فلا يصلح لترجيح البائع.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب آداب التجاره حديث ٤.
- ٤- ( (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣.

## العاشر - أن لا يمدح أحدهما سلعته

العاشر - (أن لا يمدح أحدهما سلعته، و [لا] يذم سلعه صاحبه) (١) للخبر المتقدم وغيره، (و لو ذم سلعه نفسه بما لا يشمل على الكذب فلا بأس).

## الحادى عشر - ترك الربح على المؤمنين

الحادى عشر - (ترك الربح على المؤمنين) (٢) قال الصادق عليه السّلام: «ربح المؤمن على المؤمن حرام (٣)، إلا- أن يشتري بأكثر من مائه درهم فأربح عليه قوت يومك، أو يشتريه للتجاره فأربحوا عليهم و أرفقوا بهم»، (إلا مع الحاجه فيأخذ منهم نفقه يوم) له و لعياله، (موزعه على المعاملين) فى ذلك اليوم مع انضباطهم، و إلا ترك الربح على المعاملين بعد تحصيل فوت يومه، كل ذلك مع شرائهم للقوت، أما للتجاره فلا بأس به مع الرفق كما دل عليه الخبر.

## الثانى عشر - ترك الربح على الموعود بالإحسان

الثانى عشر - (ترك الربح على الموعود بالإحسان) بأن يقول له: هلم أحسن إليك فيجعل إحسانه الموعود به ترك الربح عليه قال الصادق عليه السّلام (٤): «إذا قال الرجل للرجل هلم أحسن بيعك يحرم عليه الربح»، و المراد به الكراهه المؤكده (٥).

(١) لخبر السكونى المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من باع و اشترى فليحفظ خمس خصال و إلا فلا يشتريّ و لا يبيعنّ: الربا و الحلف و كتمان العيب و الحمد إذا باع و الذم إذا اشترى) (١)، و مرفوع أحمد بن محمد بن عيسى (كان أبو أمامه صاحب رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يقول: سمعت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يقول: أربع من كنّ فيه طاب مكسبه:

إذا اشترى لم يعب، و إذا باع لم يحمد و لا يدلس، و فيما بين ذلك لا يحلف) (٢).

(٢) إلا- لتحصيل قوت يومه موزعا على سائر المعاملين له من المؤمنين فى ذلك اليوم للضروره، و إلا إذا كان الشراء بأكثر من مائه درهم أو الشراء للتجاره فلا كراهه فى الربح لخبر سليمان بن صالح و أبى شبل جميعا عن أبى عبد الله عليه السّلام (ربح المؤمن على المؤمن ربا، إلا- أن يشتري بأكثر من مائه درهم فأربح عليه قوت يومك، أو يشتريه للتجاره فأربحوا عليهم و أرفقوا بهم) (٢).

(٣) و فى الخبر (ربا).

(٤) كما فى خبر على بن عبد الرحيم عن رجل (٣).

(٥) للأصل و فتوى الأصحاب بعد ضعف الخبر.

- 
- ١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣.
  - ٢- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.
  - ٣- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

## الثالث عشر - ترك السبق إلى السوق والتأخر فيه

الثالث عشر - (ترك السبق إلى السوق والتأخر فيه)، بل يبادر إلى قضاء حاجته و يخرج منه، لأنه مأوى الشياطين (١)، كما أن المسجد مأوى الملائكة فيكون على العكس، ولا فرق في ذلك بين التاجر وغيره، ولا بين أهل السوق عادة، وغيرهم (٢).

## الرابع عشر - ترك معامله الأذنين

الرابع عشر - (ترك معامله الأذنين) وهم الذين يحاسبون على الشيء الأذون، أو من لا يسره الإحسان، ولا تسوءه الإساءة، أو من لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه (٣)، (والمحارفين) بفتح الراء وهم الذين لا يبارك لهم في كسبهم، قال الجوهرى: رجل محارف بفتح الراء أى محدود محروم، وهو خلاف قولك مبارك، وقد حورف كسب فلان إذا شدد عليه فى معاشه، كأنه ميل برزقه عنه (٤)، (١) ففى مرسل الصدوق (قال أمير المؤمنين عليه السلام: جاء أمر أبى من بنى عامر إلى النبى صلى الله عليه وآله وسلم، فسأله عن شر بقاع الأرض و خير بقاع الأرض، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم:

شر بقاع الأرض الأسواق، وهى ميدان إبليس يغدو برايته و يضع كرسيه و بيت ذريته، فبين مطفف فى قفيز أو سارق فى ذراع أو كاذب فى سلعه، فيقول: عليكم برجل مات أبوه و أبوكم حتى، فلا يزال مع ذلك أول داخل و آخر خارج، ثم قال: و خير البقاع المساجد، و أحبهم إلى الله أولهم دخولا و آخرهم خروجاً منهم (١)، و خبر جابر الجعفى عن أبى جعفر محمد بن على الباقر عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لجبرئيل: أى البقاع أحب إلى الله تعالى؟ قال: المساجد، و أحب أهلها إلى الله أولهم دخولا- إليها و آخرهم خروجاً منها، قال: فأى البقاع أبغض إلى الله تعالى؟ قال: الأسواق و أبغض أهلها إليه أولهم دخولا إليها و آخرهم خروجاً منها) ٢.

(٢) لإطلاق الأخبار.

(٣) و فى الفقيه نسبة التفاسير الثلاثة إلى الأخبار كما فى مفتاح الكرامة ثم قال: (و ربما فسر الأذنون بمن لا مروءة له)، و العمده مرسل الصدوق (قال عليه السلام: إياك و مخالطه السفله، فإن السفله لا تتول إلى خير) (٢) بناء على أن السفله هم الأذنون.

(٤) لخبر الوليد بن صبيح عن أبيه (قال لى أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتر من محارف فإن صفقته لا بركه فيها) (٣).

ص: ٤١٧

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٢.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢.

٣- (( ٤ )) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

(و المؤلفين) أى ذوى الآفه و النقص فى أبدانهم، للنهى عنه فى الأخبار (١)، معللاً بأنهم أظلم شىء، (و الأكراد) (٢) للحديث عن الصادق عليه السّلام، معللاً بأنهم حىّ من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء، و نهى فيه أيضاً عن مخالطتهم (و أهل الذمه) (٣) للنهى عنه، و لا يتعدى إلى غيرهم من أصناف الكفار للأصل، و الفارق (٤)، (و ذوى الشبهه فى المال) كالظلمه لسريان شبههم إلى ماله (٥).

### الخامس عشر - ترك التعرض للكيل، أو الوزن إذا لم يحسن

الخامس عشر - (ترك التعرض للكيل، أو الوزن إذا لم يحسن) (٦) حذرا من (١) كما فى خبر ميسر بن عبد العزيز (قال أبو عبد الله عليه السّلام: لا تعامل ذا عاهه فإنهم أظلم شىء) (١) و مثله غيره.

(٢) لما فى خبر أبى الربيع الشامى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام فقلت: إن عندنا قوما من الأكراد و أنهم لا يزالون يجيئون بالبيع فتخالطهم و تبايعهم، فقال: يا أبا الربيع لا تخالطوهم، فإن الأكراد حىّ من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء فلا تخالطوهم) (٢).

(٣) قيل بعدم وجود نص على كراهه البيع و الشراء منهم بالخصوص، نعم ما ورد هو مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (لا تستعن بمجوسى و لو على أخذ قوائم شاتك و أنت تريد ذبحها) (٣)، و هو مختص بالمجوسى و لا يدل على اختصاص الكراهه بالبيع و الشراء، و قد ورد فى خبر ابن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمى و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه و لا يضافيه الموده) (٤)، و فى خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن أمير المؤمنين عليه السّلام كره مشاركه اليهودى و النصرانى و المجوسى إلا أن تكون تجاره حاضره لا يغيب عنها المسلم) (٥)، و هما غير ظاهرين فى اختصاص المنع بالبيع و الشراء كما هو المقصود.

(٤) الفارق هو النص المتقدم.

(٥) أى مال من يتعامل معهم فلذا حكم بالكراهه.

(٦) لمرسل مثنى الخياط عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: رجل من نيته الوفاء و هو إذا كال-

ص: ٤١٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٤- (( ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام الشركه حديث ١ و ٢.

الزيادة و النقصان المؤديين إلى المحرّم، و قيل: يحرم حينئذ، للنهي عنه في الأخبار المقتضى للتحريم، و حمل على الكراهه.

### السادس عشر - ترك الزيادة في السلعه وقت النداء

السادس عشر - (ترك الزيادة في السلعه وقت النداء) عليها من الدلال، بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد إن أراد، لقول علي (ع) (١): «إذا نادى المنادى فليس لك أن تزيد، و إنما يحرم الزيادة النداء، و يحلها السكوت».

### السابع عشر - ترك السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس

السابع عشر - (ترك السوم) و هو الاشتغال بالتجاره (ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس) لنهي النبي (ص) عنه (٢)، و لأنه وقت الدعاء، و مسأله الله تعالى، لا وقت تجاره، و في الخبر (٣) أن الدعاء فيه أبلغ في طلب الرزق من الضرب في البلاد.

-لم يحسن أن يكيل، قال: فما يقول الذين حوله؟ قلت: يقولون لا يوفى، قال: هذا ممن لا ينبغي له أن يكيل (١)، نعم إذا أدى إلى الزيادة و النقصان فيحرم، فإطلاق الحرمة كما عن البعض ليس في محله.

(١) كما في خبر أميه بن عمرو عن الشعيرى عن أبي عبد الله عليه السلام (٢).

(٢) كما في مرفوع علي بن أسباط (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس) (٣).

(٣) و هو خبر الصدوق في الخصال مسندا عن علي عليه السلام (من كان له إلى ربه حاجه فليطلبها في ثلاث ساعات، ساعه في يوم الجمعة، و ساعه تزول الشمس و حين تهب الرياح و تفتح أبواب السماء و تنزل الرحمه و يصوت الطير، و ساعه في آخر الليل عند طلوع الفجر، فإنه ملكان يناديان: هل من تائب يتاب عليه؟ هل من سائل يعطى؟ هل من مستغفر فيغفر له؟ هل من طالب حاجه فيقضى له؟ فأجيبوا داعى الله و اطلبوا الرزق فيما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، فإنه سرع في طلب الرزق من الضرب في الأرض، و هى الساعه التى يقسم الله فيها الرزق بين عباده، توكلوا على الله عند ركعتى الفجر إذا صليتموها، ففيها تعطوا الرغائب) (٤).

ص: ٤١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الدعاء حديث ١.

## الثامن عشر - ترك دخول المؤمن في سوم أخيه

الثامن عشر - (ترك دخول المؤمن في سوم أخيه) (١) المؤمن (بيعا و شراء) بأن يطلب (٢) ابتياع الذي يريد أن يشتريه، و يبذل زياده عنه ليقدمه البائع، أو يبذل (٣) للمشتري متاعا غير ما اتفق هو و البائع عليه، لقول النبي (ص): «لا يسوم الرجل على سوم أخيه» و هو خبر معناه النهي، و من ثم قيل: بالتحريم، لأنه الأصل في النهي، و إنما يكره، أو يحرم (بعد التراضى، أو قربه) فلو ظهر (٤) له ما يدل على عدمه فلا كراهه و لا تحريم.

(و لو كان السوم بين اثنين (٥) سواء دخل أحدهما على النهي، أم لا بأن ابتداء فيه معا قبل محل النهي (لم يجعل نفسه بدلا من أحدهما) لصدق الدخول في السوم، (و لا كراهه فيما يكون في الدلاله)، لأنها موضوعه عرفا لطلب الزيادة ما دام الدلال يطلبها، فإذا حصل الاتفاق بين الدلال و الغريم تعلق الكراهه، لأنه (٦) لا يكون حينئذ في الدلاله و إن كان (٧) بيد الدلال.

(١) لخبر الحسين بن زيد عن أبي عبد الله عن آباءه عليهم السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن يدخل الرجل في سوم أخيه المسلم) (١)، و خبر الدعائم عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (أنه نهى أن يساوم الرجل على سوم أخيه) (٢)، و النهي ظاهر في التحريم فلذا ذهب الشيخ في المبسوط و جماعه إلى الحرمة.

و ذهب المحقق و جماعه و هو المشهور إلى الكراهه لضعف السند، و هذا و المراد بالدخول في سوم أخيه الزيادة في الثمن الذي بذله المشتري، أو بذل مبيع للمشتري غير ما بذله البائع، إذا كان ذلك بعد تراضيهما أو قربه، أما لو ظهر منهما أو من أحدهما عدم الرضا كما لو انصرف أحدهما فلا كراهه، ثم هذا كله إذا لم يكن البيع مبني على المزياده، أما لو كان كذلك فلا كراهه في الزيادة عند زياده الآخرين.

(٢) هذا بيان الدخول في سوم أخيه المشتري.

(٣) هذا بيان الدخول في سوم أخيه البائع.

(٤) للدخال.

(٥) أي بين مشتريين على مبيع واحد.

(٦) لأن الدخول.

(٧) أي المبيع.

ص: ٤٢٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.



(و فى كراهه طلب المشتري من بعض الطالبين الترك له نظر) من عدم (١) صدق الدخول فى السوم من حيث الطلب منه، و من مساواته (٢) له فى المعنى حيث أراد أن يحرمه مطلوبه، و الظاهر القطع بعدم التحريم على القول به فى السوم، و إنما الشك فى الكراهه، (و لا- كراهيه فى ترك الملتمس منه)، لأنه (٣) قضاء حاجه لأخيه، و ربما استحبت إجابته لو كان مؤمنا، و يحتمل الكراهه لو قلنا بكراهه طلبه، لإعانتته له على فعل المكروه، و هذه الفروع من خواص الكتاب.

### التاسع عشر - ترك توكل حاضر لباد

التاسع عشر - (ترك توكل حاضر لباد (٤) و هو الغريب الجالب للبلد و إن كان قرويا، قال النبى (ص): «لا يتوكل حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»، و حمل بعضهم النهى على التحريم و هو حسن لو صح الحديث، و إلا فالكراهه أوجه، للتسامح فى دليلها، و شرطه (٥) ابتداء الحضرى به (٦)، فلو التمس منه الغريب فلا بأس به، و جهل (٧) الغريب بسعر البلد، فلو علم به لم يكره، بل كانت مساعدته محض الخير، و لو باع مع النهى انعقد و إن (١) وجه عدم الكراهه.

(٢) أى مساواه الطلب للدخول فى سوم الغير، و هو وجه الكراهه.

(٣) أى الترك.

(٤) المراد بالبادى الغريب الجالب للبلد، و المعنى أن يحمل الغريب متاعا إلى بلد فيأتيه البلدى و يقول: أنا أبيعك لك بأعلى مما تبيعه به، قبل أن يعرف السعر لخبر عروه بن عبد الله عن أبى جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى حديث: لا يبيع حاضر لباد، و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض) (١) و خبر جابر (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) ٢.

و ظاهر النهى التحريم و لذا ذهب الشيخ و ابنا إدريس و البراج و العلامه فى المنتهى إلى الحرمة، و المشهور على الكراهه لقصور الخبرين مسندا.

(٥) أى و شرط الحكم بالكراهه.

(٦) بأن يعرض البلدى التوكل على الغريب، فلو التمس الغريب ذلك لم يكن به بأس.

(٧) عطف على (ابتداء الحضرى).

ص: ٤٢١

قيل بتحريمه (١)، و لا بأس بشراء البلدى له (٢)، للأصل.

## العشرون - ترك التلقى للركبان

العشرون - (ترك التلقى للركبان) (٣) و هو الخروج إلى الركب القاصد إلى بلد للبيع عليهم، أو الشراء منهم، (و حده أربعة فراسخ) فما دون، فلا يكره ما زاد، لأنه سفر للتجاره، و إنما يكره (إذا قصد الخروج لأجله) (٤)، فلو اتفق مصادفه الركب في خروجه لغرض لم يكن به بأس (٥)، (و مع جهل البائع، أو المشتري القادم بالسعر) في البلد، فلو علم به لم يكره، كما يشعر به تعليقه (ص) في قوله:

(١) و قلنا أن النهى يقتضى الفساد، و ذلك لأن النهى قد تعلق بخارج المعامله.

(٢) للمتاع الذى جلبه الغريب.

(٣) و هو الخروج لتلقى القاصدين إلى بلد بتجاره فيشتري منهم ليبيعه في البلد، و يدل عليه أخبار.

منها: خبر عروه بن عبد الله عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يتلقى أحدكم تجاره خارجا من المصر) (١) و خبر منهال القصاب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تلق و لا تشتري ما تلقى و لا تأكل منه) (٢) و خبره الآخر عنه عليه السلام (عن تلقى الغنم، فقال:

لا تلق و لا تشتري ما تلقى، و لا تأكل من لحم ما تلقى) (٣).

و ظاهر الأخبار النهى عن تلقى الركبان للشراء منهم، فتعميم الحكم كما عن الشارح للبيع عليهم لا وجه له، ثم إن ظاهر النهى الحرمة و لذا ذهب إليها ابنا إدريس و البراج و نسب إلى الشيخ فى الخلاف و المبسوط حيث عبّر بلفظ (لا يجوز)، و المشهور على الكراهه لقصور الأخبار سندا.

ثم إن حد التلقى المكروه ما دون الأربعة فراسخ، فلو زاد عن أربعة فراسخ فلا نهى لخبر منهال القصاب (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تلق، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن التلقى، قال: و ما حدّ التلقى؟ قال: ما دون غدوه أو روحه، قلت: و كم الغدوه و الروحه؟ قال: أربعة فراسخ) (٤) و قال ابن أبي عمير الذى روى هذا الخبر عن عبد الرحمن بن الحجاج: و ما فوق ذلك فليس بتلق، و مرسل الصدوق (روى أن حد التلقى روحه، فإذا صار إلى أربع فراسخ فهو جلب) (٥).

(٤) لأجل التلقى.

(٥) لانصراف الأخبار المتقدمه عنه.

١- (( ١ و ٢ و ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب آداب التجاره حديث ٥ و ٢ و ٣ و ١.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب آداب التجاره حديث ٦.

«لا يتلق أحدكم تجاره، خارجا من المصر، و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض»، و الاعتبار بعلم من يعامله خاصه (١).

(و) كذا ينبغي (ترك شراء ما يتلقى) ممن اشتراه من الركب بالشرائط (٢) و من ترتبت يده على يده و إن ترامى، لقول الصادق (ع): «لا تلق و لا تشتتر ما يتلقى و لا تأكل منه»، و ذهب جماعه إلى التحريم، لظاهر النهي فى هذه الأخبار.

و على القولين يصح البيع (٣)، و لا- خيار للبائع و المشتري إلا مع الغبن (٤) فيتخير المغبون على الفور فى الأقوى (٥)، و لا كراهه فى الشراء منه بعد وصوله إلى حدود البلد بحيث لا يصدق التلقى، و إن كان جاهلا بسعره (٦) للأصل، و لا فى بيع نحو المأكول و العلف عليهم و إن تلقى (٧).

### الحادى و العشرون - ترك الحكره

الحادى و العشرون - (ترك الحكره) (٨) بالضم و هو جمع الطعام و حبسه يتربص (١) أى إن الاعتبار على الجهل بسعر البلد لمن يعامله خاصه، و إن علم بقيه الركب بالسعر.

(٢) الموجه للنهى عنه.

(٣) لتعلق النهى بخارج المعامله.

(٤) كما هو المشهور، و عن ابن إدريس ثبوت الخيار لصاحب السلعه مطلقا للنبوى (لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه و اشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار) (١)، و النبوى الآخر (أنه نهى عن تلقى الركبان، و قال: من تلقاها فصاحبها بالخيار إذا دخل السوق) (٢) و فى ثالث (فإن تلقى متلق فصاحب السلعه بالخيار إذا دخل السوق) (٣)، و هى قاصره السند عن تخصيص قاعده اللزوم فى المعاوضات فضلا عن أن ثبوت الخيار حين دخول السوق إشعار بأن الخيار عند تحقق الغبن و إلا لبثت له الخيار من حين البيع.

(٥) وقيل: إنه على التراضى و سيأتى الكلام فيه فى باب الخيارات.

(٦) بسعر البلد.

(٧) قد عرفت اختصاص النهى بالشراء منهم لا بالبيع عليهم.

(٨) و هو حبس الطعام و التربص به انتظارا لغلو السعر مع حاجه الناس، و قد ورد النهى عنه بالأخبار.

منها: صحيح إسماعيل بن أبى زياد عن أبى عبد الله عن أبيه عليه السلام (لا يحتكر الطعام-

ص: ٤٢٣

١- (١) كنز العمال ج ٢ ص ٣٠٦ حديث ٤٣٠٦.

٢- (( ٢ و ٣ )) مستدرک الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣ و ٤.

به الغلاء، والأقوى تحريمه مع حاجه الناس إليه، لصحه الخبر (١) بالنهاى عنه عن النبى (ص): «و أنه لا يحتكر الطعام إلا خاطئ و أنه ملعون» (٢).

و إنما تثبت الحكره (فى) سبعة أشياء (٣) (الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب) -إلا خاطئ(١)، و قد أرسله الصدوق عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم ٢ د و صحيح أبى الفضل سالم الحنط (قال لى أبو عبد الله عليه السلام: ما عملك؟ قلت: حنط و ربما قدمت على نفاق، و ربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون:

محتكر، فقال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءا قال: لا- بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام، و كان إذا دخل الطعام المدينه اشتراه كله، فمرّ عليه النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم فقال: يا حكيم بنى حزام، إياك أن تحتكر(٢)، و ما ورد فى النهج عن أمير المؤمنين عليه السلام فى كتابه إلى مالك الأشر: (فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم منع منه، و ليكن البيع بيعا سمحا بجوازين عدل و اسعلا لا يحجف بالفريقين من البائع و المبتاع، فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكل و عاقب من غير إسراف: (٣) و العقاب دليل على الحرمه فضلا عن ظهور النهى فيها، و لذا ذهب المشهور إلى الحرمه، و عن الشيخ فى المبسوط و المفيد فى المقنعه و المحقق فى الشرائع و العلامه فى المختلف و جماعه الكراهه لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك؟ فقال: إن كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا- بأس به، و إن كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام و تبرك الناس ليس لهم طعام) (٤)، و فيه: إن الكراهه فى لسانهم عليهم السلام أعم من الحرمه و غيرها.

و مقتضى الأخبار المتقدمه و غيرها حرمه احتكار الطعام مع عدم وجود باذل له مع حاجه الناس إليه.

(١) و هو خبر إسماعيل بن أبى زياد.

(٢) و هذا خبر ثان، و هو خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم:

الجالب مرزوق و المحتكر ملعون) ٦.

(٣) المشهور على أن الحكره تثبت فى خمسها: الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن لخبر أبى-

ص: ٤٢٤

١- ( ( ١ و ٢ ) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١٢ و ٨.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١٣.

٤- ( ( ٥ و ٦ ) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣.

(و السمن و الزيت و الملح)، و إنما يكره إذا وجد باذل غيره يكتفى به الناس، (و لو لم يوجد غيره وجب البيع) مع الحاجة (١)، و لا يتقيد بثلاثة أيام في الغلاء، و أربعين -البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السّلام (إن عليا عليه السّلام كان ينهى عن الحكره في الأمصار فقال: ليس الحكره إلا في الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن) (١)، و خير غيّاث بن إبراهيم بروايه الكافي عن أبي عبد الله عليه السّلام (ليس الحكره إلا في الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن) (٢)، نعم بروايه الصدوق قال (و الزبيب و السمن و الزيت) بزياده الزيت، و لذا زاده الصدوق في المقنع و العلامه في التحرير فضلا عن خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام عن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم (الحكره في سته أشياء في الحنطه و الشعير و التمر و الزيت و السمن و الزبيب) (٣) و عن المبسوط و الوسيله و التذكرة و نهايه الأحكام و الدروس و المسالك و زياده الملح و لعله لشده الحاجة - كما في الجواهر - إلا لم نجده في شيء من النصوص الواردة إلينا.

هذا و الأقوى جعل مورد الاحتكار هو الطعام كما هو مقتضى الأخبار السابقه و فيها الصحيح و غيره، لا- خصوص هذه المذكورات لأن هذه الأخبار الحاصره بالأمور الخمسه أو الستة محموله على حصر الطعام فيها في زمن المعصوم عليه السّلام أو بلده.

(١) حد الحكره هو الحبس مع حاجه الناس للتعليل في صحيح الحلبي المتقدم (و يترك الناس ليس لهم طعام)، و عن الشيخ و جماعه حد الحكره ثلاثه أيام في الشده و الغلاء و أربعين يوما في الرخاء و الرخصه لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (الحكره في الخصب أربعون يوما، و في الشده و البلاء ثلاثه أيام، فما زاد على الأربعين يوما في الخصب فصاحبه ملعون، و ما زاد على ثلاثه أيام في العسر فصاحبه ملعون) (٣)، و خبر أبي مريم عن أبي جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: أيما رجل اشترى طعاما فكسبه أربعين صباحا يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمانه لم يكن كفاره لما صنع) (٥) و هي محموله على عدم تحقق الحاجة إلا بهذين الحدين كما هو الغالب.

و إذا حرم الاحتكار عند حاجه المسلمين فيجب عليه البيع و لو امتنع فيجبر على البيع من قبل الحاكم بلا- خلاف فيه بين الأصحاب و لكن لا يسعّر له كما هو المشهور لخبر ابن حمزه عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب عليه السّلام (أن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم مرّ بالمحتكرين -

ص: ٢٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٧٦.

٢- (( ٢ ) و ( ٣ ) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٤ و ١٠.

٣- (( ٤ ) و ( ٥ ) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٦.

فى الرخص، و ما روى من التحديد بذلك محمول على حصول الحاجة فى ذلك الوقت، لأنه مظنّها (و يسعّر) عليه حيث يجب عليه البيع (إن أجحف) فى الثمن لما فيه من الإضرار المنفى، (و إلا فلا)، و لا يجوز التسعير فى الرخص مع عدم الحاجة قطعاً، و الأقوى أنه مع الإجحاف حيث يؤمر به (١) لا يسعّر عليه أيضاً، بل يؤمر بالنزول عن المجحف (٢)، و إن كان فى معنى التسعير، إلا أنه لا يحصر فى قدر خاص (٣).

فأمر بحكرتهم أن تخرج إلى بطون الأسواق و حيث تنظر الأبصار إليها، فقبل لرسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: لو قومت عليهم فغضب رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم حتى عرف الغضب فى وجهه فقال:

أنا أقوم عليهم، إنما السعر إلى الله يرفعه إذا شاء و يخفضه إذا شاء(١)، و مرسل الصدوق (قيل للنبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: لو سعرت لنا سعرا فإن الأسعار تزيد و تنقص، فقال صلّى الله عليه و آله و سلّم: ما كنت لألقى الله ببدعه لم يحدث لى فيها شيئا، فدعوا عباد الله يأكل بعضهم من بعض، و إذا استنصحتهم فانصحو)٢، و قيل يسعّر عليه كما عن المفيد و هو واضح الضعف، نعم إذا سعر سعرا فيه إجحاف بالعامه فلا- يبعد رده و إجباره على الأقل منه من دون تحديد كما عن ابن حمزه و الفاضل فى المختلف و الشارح و جماعه لنفى الضرر، و لأنه لو لا ذلك لانتفت فائده الإجمار، و عن جماعه عدم جواز رده بل يترك له الخيار مطلقا لخبر عبد الله بن سليمان عن أبى عبد الله عليه السّلام فى (تجار قدموا أرضا فاشتركوها فى البيع على أن لا يبيعوا يبيعهم إلا بما أحبوا، قال: لا بأس بذلك)(٢)، و خبر حذيفة بن منصور عن أبى عبد الله عليه السّلام (نفد الطعام على عهد رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فأتاه المسلمون فقالوا: يا رسول الله قد نفد الطعام، و لم يبق منه شيء إلا عند فلان، فمره ببيعه، قال: فحمد الله و أثنى عليه ثم قال: يا فلان، إن المسلمين ذكروا أن الطعام قد نفد إلا شيء عندك، فأخرجه و بعه كيف شئت و لا تحبسه)(٣)، و الثانى محمول على عدم الإجحاف جمعا بينه و بين قاعده نفى الضرر، و الأول محمول على عدم وجود الحكره فيما أرادوا يبعه.

(١) بالبيع.

(٢) أى السعر المجحف.

(٣) بل يؤمر بالأقل منه، و بهذا يجمع بين الأخبار الناهيه عن التسعير و بين دليل نفى الضرر.

ص: ٤٢٤

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٢.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢.

٣- (( ٤ )) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

الثاني والعشرون - (ترك الربا في المعدود على الأقوى) (١)، للأخبار الصحيحة الداله على اختصاصه بالمكيل و الموزون، و قيل: يحرم فيه أيضا، استنادا إلى روايه ظاهره في الكراهه، (و كذا في النسيئه) في الربوى، (مع اختلاف الجنس) كالتمر بالزبيب (٢)، و إنما كره فيه، للأخبار الداله على النهى عنه، إلا- أنها في الكراهه أظهر، لقوله (ص): «إذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم»، و قيل: بتحريمه، لظاهر النهى السابق.

(١) ذهب المشهور إلى حصر الربا المعاضى فى المكيل و الموزون مع اتحاد الجنس للأخبار الكثيره.

منها: صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن) (١)، و صحيح عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن) ١، و صحيح عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام مثله ٢، و عن المفيد و سلار و أبى على من أن أن المعدود كالموزون و المكيل لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع، و البعير بالبعيرين و الدابه بالدابتين، فقال:

كره ذلك على عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان) (٢)، و فيه: لا تصلح لمقاومه ما تقدم من الحصر فى المكيل و زنا على أنها لا تأبى عن الحمل على الكراهه.

(٢) و المعنى بيع المكيل أو الموزون بالآخر مع اختلاف المتجانسين نسيئه فعن القديمين و المفيد و سلار و ابن البراج و الشيخ فى أحد قوله المنع لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شىء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدا بيد، فأما نظره فلا يصلح) (٣)، و مثله خبر زياد بن أبى غياث عنه عليه السلام إلا أنه فى آخره (فأما نسيئه فلا يصلح) (٤)، و عن المشهور الحمل على الكراهه جمعا بينها و بين إطلاق أخبار.

منها: النبوى (إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم) (٥).

ص: ٤٢٧

- ١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ١ و ٣.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٧.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الربا حديث ٢.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا حديث ١٤.
- ٥- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الربا حديث ٤.



### الثالث والعشرون - ترك نسبة الربح والوضيعة

الثالث والعشرون - (ترك نسبة الربح والوضيعة (١) إلى رأس المال (٢) بأن يقول: بعتك بمائه و ربح المائة عشرة، أو وضيعتها (٣)، للنهي عنه، ولأنه بصورة الربا، وقيل: يحرم عملاً بظاهر النهي، و ترك نسبته (٤) كذلك (٥) أن يقول: بعتك بكذا و ربح كذا، أو وضيعته.

### الرابع والعشرون - ترك بيع ما لا يقبض مما يكال، أو يوزن

الرابع والعشرون - (ترك بيع ما لا يقبض مما يكال، أو يوزن (٦)، للنهي عنه (١) أى النقصان.

(٢) بأن ينسب الربح إلى أصل المال فيقول: بعتك المتاع بمائه، و ربح المائة عشرة، أو ربح كل عشره درهم، أو يقول: بعتك المتاع المائة و وضيعه المائة عشرة في المواضعه، و قد ذهب الشيخ في النهاية و المفيد في المقنعه و سلار في المراسم و القاضى إلى عدم الجواز لخبر جراح المدائنى قال أبو عبد الله عليه السّلام (إنى أكره البيع بده يازده و دوازده، و لكن أبيع بكذا و كذا) (١)، و خبر حنان بن سدير (كنت عند أبى عبد الله عليه السّلام فقال له جعفر بن حنان: ما تقول فى العينه فى رجل يبيع رجلا فيقول: أبايعك بده دوازده، و بده يازده، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: هذا فاسد و لكن يقول: اربح عليك فى جميع الدراهم كذا و كذا، و يساومه على هذا فليس به بأس) ٢ و مثلها غيرها.

للأخبار.

و لكن المشهور حملوها على الكراهه جمعا بينها و بين صحيح العلاء (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يبيع البيع فيقول: أبيعك بده دوازده، أو ده يازده، فقال: لا بأس إنما هذه المراوضه، فإذا جمع البيع جعله جمله واحده) ٣ و ذيله صريح فى أن يكون البيع من دون النسبه بأن يقول: بعتك هذا المتاع بأحد عشر و هو على بعشره فهو من أدله المنع لا الجواز، نعم استدل للمشهور بإطلاق خبر على بن سعيد (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن رجل يبتاع ثوبا فيطلب منى مرابحه، ترى يبيع المرابحه بأسا إذا صدق فى المرابحه و سمى ربحا دانقين أو نصف درهم؟ فقال: لا بأس) (٢).

(٣) أى وضيعه المائة عشرة.

(٤) نسبة الربح.

(٥) إلى رأس المال.

(٦) ذهب العماني إلى عدم جواز بيع المكييل و الموزون قبل قبضه و تبعه عليه الشارح فى -

ص: ٤٢٨

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

منها: صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه) المروى فى الفقيه(١) و التهذيب ٢، و خبر على بن جعفر المروى فى قرب الإسناد عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألت عن رجل اشترى بيعا كيلا أو موزونا هل يصلح بيعه مرابحه؟ قال: لا بأس، فإن سمى كيلا أو وزنا فلا يصلح بيعه حتى تكيله أو تزنه)٣، و صحيح معاوية بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال:

ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذى قام عليه)(٢).

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ابن زهره فى الغنيه و العلامه فى التذكره و الإرشاد بل و الصدوق و القاضى إلى أن ذلك إذا كان المبيع طعاما لجملة من الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال، قال: لا يصلح له ذلك)٥، و خبر على بن جعفر (سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ فقال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و إن كان يوليه فلا بأس، و سألت عن الرجل يشتري الطعام أ يحل له أن يولّى منه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه شيئا فلا بأس، فإن ربح فلا بيع حتى يقبضه)٦ و مثلها غيرها.

و ذهب المشهور إلى الكراهه جمعا بين ما تقدم و بين أخبار.

منها: خبر جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس)٧ و خبر ابن حجاج الكرخى (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: اشترى الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار متى بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل اشترت، و ليس لك أن تدفع قبل أن تقبض)٨ و يشهد للكراهه خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيله، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع)(٣).

ص: ٤٢٩

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١ و ١٣ و ٢٢.

٢- (( ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ )) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١ و ٥ و ٩ و ٦ و ١٩.

٣- (٩) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٦.

فى أخبار صحيحه حملت على الكراهه، جمعا بينها، و بين ما دل على الجواز و الأقوى التحريم، وفاقا للشيخ رحمه الله فى المبسوط مدعيا الإجماع، و العلامه رحمه الله فى التذكره و الإرشاد، لضعف روايات الجواز المقتضيه لحمل النهى فى الأخبار الصحيحه على غير ظاهره (١).

## الفصل الثالث: فى بيع الحيوان

### إشاره

(الفصل الثالث: فى بيع الحيوان) و هو قسيمان أناسى و غيره، و لما كان البحث عن البيع موقوفا على الملك، و كان تملك الأول موقوفا على شرائط تبه عليها أولا، ثم عقبه بأحكام البيع.

و الثانى و إن كان كذلك إلا أن لذكر ما يقبل الملك منه محلا آخر (٢) بحسب ما اصطلاحوا عليه، فقال:

### فى سبى الإنسان

(و الأناسى تملك بالسبى مع الكفر الأصلى) (٣)، و كونهم غير ذمه، و احترز -و الشارح لم يعمل بأخبار الجواز لضعفها فى الأول على بن حديد و هو ضعيف، و ابن حجاج الكرخى فى الثانى مجهول و لذا قال (لأن أخبار المنع صحيحه متظافره، و خبرا التسويغ فى طريق أولهما على بن حديد و هو ضعيف و الآخر مجهول فالقول بالمنع أوضح، و هو خير العلامه فى التذكره و الإرشاد و الشيخ فى المبسوط، بل ادعى عليه الإجماع و جماعه من الأصحاب).

و فيه: إن أخبار الجواز منجره بعمل المشهور مع اعتضاها بخبر أبى بصير المتقدم و غيره.

(١) ظاهره الحرمة، و يحمل على الكراهه جمعا بينه و بين أخبار الجواز.

(٢) و هو كتاب الصيد و الذباجه.

(٣) الكفر الأصلى سبب لجواز استرقاق الكافر المسمى بالمحارب لأنه خارج عن طاعه الله و رسوله بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح رفاعه النخاس (قلت لأبى الحسن عليه السلام إن الروم يغزون على الصقالبه و الروم، فيسرقون أولادهم من الجوارى و الغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم، ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار، فما ترى فى شرائهم، و نحن نعلم أنهم قد سرقوا، و إنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم إنما أخرجوهم من الشرك إلى دار الإسلام) (١) و خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن عليه السلام (فى -

ص: ٤٣٠

بالأصلى عن الارتداد، فلا يجوز السبى و إن كان المرتد بحكم الكافر فى جملة من الأحكام،(و) حيث يملكون بالسبى (يسرى الرق فى أعقابهم) (١) و إن أسلموا (بعد) الأسر،(ما لم يعرض لهم سبب محرّر) من عتق، أو كتابه، أو تنكيل، أو رحم على وجه (٢).

(و الملقوط فى دار الحرب رِقّ إذا لم يكن فيها مسلم) صالح لتولده منه (٣)، -شراء الروميات فقال: اشترهن و بعهن(١)، و خبر زكريا بن آدم (سألت الرضا عليه السّلام عن قوم من العدو - إلى أن قال - و سألته عن سبى الديلم يسرق بعضهم من بعض و يغير المسلمون عليهم بلا إمام أ يحلّ شراؤهم؟ قال: إذا أقروا لهم بالعبودية فلا بأس بشراؤهم)٢، و خبر عبد الله اللحام (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها، قال: لا بأس)(٢).

و مقتضى الأخبار جواز الاسترقاق بغير الحرب من سرقة أو شراء، و جواز الاسترقاق سواء كان فى دار الحرب أو دار الإسلام، و سواء كان المسترق مسلما أو كافرا نعم بشرط أن لا يكون الكافر معتصما بدمه أو عهد و يشهد له خبر زكريا بن آدم (سألت الرضا عليه السّلام عن قوم من العدو إلى أن قال - و سألته عن أهل الذمه أصابهم جوع فأتاه رجل بولد، فقال: هذا لك أطعمه و هو لك عبد، فقال: لا تتبع حرا فإنه لا يصلح لك و لا من أهل الذمه)(٣).

و قيدنا الكفر الأصلى لإخراج المرتد، لانصراف النصوص السابقة عنه، و لإخراج المنتحل للإسلام المتحصن به عن الاسترقاق للانصراف أيضا.

(١) لأنهم نماء الملك الذى قد فرض حصوله ما لم يحصل سبب محرّر من عتق أو كتابه أو تنكيل أو غيره على ما سيأتى بيانه فى كتاب العتق.

(٢) فإن القرابه لا تفيد العتق على جميع الوجوه، بل تختص فى عدم ملك الولد للعمودين من الأبوين و إن علوا، و من الأولاد و إن نزلوا.

(٣) بلا- خلاف فيه، إلحاقا له بأصل الدار الذى وجد فيه، كما أنه لا يملك إذا كان فيها مسلم يمكن تولده منه بلا خلاف فيه لأصالة الحرية.

ص: ٤٣١

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

(بخلاف) لقيط (دار الإسلام) (١) فإنه حر ظاهراً، (إلا- أن يبلغ) و يرشد على الأقوى، (و يقرّ على نفسه بالرق)، فيقبل منه على أصح القولين (٢)، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. وقيل: لا يقبل، لسبق الحكم بحريته شرعاً فلا يتعقبها الرق بذلك. وكذا القول في لقيط دار الحرب إذا كان فيها مسلم. وكل مقر بالرقية بعد بلوغه ورشده (٣) و جهاله نسبه مسلماً كان، أم كافراً، لمسلم أقر، أم (١) لا يملك لقيط دار الإسلام بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبي عبد الله (اللقيط لا يشتري ولا يباع) (١)، و صحيح محمد بن مسلم سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال: حر لا يباع ولا يوهب (٢).

(٢) من حكم بحريته ظاهراً لكونه ملقوفاً في دار الإسلام ثم أقر بالرق بعد بلوغه ففي قبول إقراره قولان: العدم لسبق الحكم بحريته شرعاً فلا- يتعقبها الرق كما عن ابن إدريس ناسباً له إلى محصلي الأصحاب والآخِر حد القبول لعموم النبوي (إقرار العقلاء أنفسهم جائز) (٢).

و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (كان على بن أبي طالب عليه السلام يقول:

الناس كلهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالعبودية و هو مدرك من عبد أو أمه، و من شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً) (٣).

وقال الشارح في المسالك: (و لا يخفى أن ذلك في غير معروف النسب و إلا لم يقبل قطعاً، و كذا القول في كل من أقرّ على نفسه بالرقية مع بلوغه و جهل نسبه، سواء كان مسلماً أم كافراً، و سواء كان المقر له مسلماً أم كافراً و إن بيع عليه قهراً.

(٣) قال الشارح في المسالك: (و هل يعتبر مع ذلك رشده، يظهر من المصنف - أي المحقق في الشرائع - عدمه، لعدم اشتراطه، و اختلف كلام غيره، فمنهم من اشترطه، و منهم لم يشترطه من غير تعرض لعدمه، و في التذكرة في هذا الباب اشتراطه، و في باب اللقطة اكتفى بالبلوغ و العقل، و وجه اشتراطه واضح لأن غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال، و هو نفسه مال، و وجه العدم أن إقراره بالرقية ليس إقراراً بنفس المال و إن ترتب عليه، كما يسمع إقراره بما يوجب القصاص و إن أمكن رجوعه إلى المال بوجه، و يشكل فيما لو كان بيده مال فإن إقراره على نفسه بالرقية يقتضى كون المال للمقر له، إلا أن يقال ثبوته تبعاً لثبوت الرقية، لا لأنه إقرار بالمال، و الأقوى اعتبار الرشد) انتهى.

ص: ٤٣٢

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب اللقطة حديث ١ و ٥.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كتاب الإقرار حديث ٢.

٣- (( ٤ )) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.

لكافر، و إن بيع على الكافر لو كان المقر مسلماً،(و المسيبى حال الغيبه (١) يجوز تملكه و لا- خمس فيه) للإمام (ع)، و لا لفريقه (٢)، و إن كان حقه (٣) أن يكون للإمام (ع) خاصة، لكونه مغنوماً بغير إذنه (٤) إلا- أنهم (ع) أذنوا لنا فى تملكه كذلك (٥) (رخصه) منهم لنا (٦)، و أما غيرنا فتقرّ، يده عليه، و يحكم له بظاهر الملك، للشبهه (٧) كتملك الخراج (٨) و المقاسمه، فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقاً (٩).

### فى عدم استقرار ملك للأصول و الفروع

(و لا يستقر للرجل ملك الأصول) و هم الأبوان و آباؤهما و إن علوا (و الفروع) و هم الأولاد ذكورا و إناثا و إن سفلى، و الإناث المحرمات كالعمه و الخاله و الأخت (١٠)،.....

(١) إذا كان السبى بحرب، و كانت الحرب بغير إذن الإمام عليه السلام.

(٢) و هو بنو هاشم.

(٣) أى حق المسيبى.

(٤) فيكون للإمام خاصة كما تقدم فى باب الخمس.

(٥) من دون الخمس.

(٦) لأخبار التحليل و قد تقدم عرضها فى باب الخمس.

(٧) أى شبهه اعتقادهم بالملكيه.

(٨) مع أن الخراج و المقاسمه للإمام عليه السلام.

(٩) أى لا غلبه و لا قهرا و لا غيله و لا سرقة.

(١٠) و بنات الأخ و بنات الأخت بلا خلاف فى ذلك كله، و اقتصار البعض على ذكر البعض ليس خلافاً فى المقام قطعاً كما فى الجواهر للأخبار.

منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر الأول عليه السلام (إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو خالته أو عمته عتقوا، و يملك ابن أخيه و عمه و خاله، و يملك أخاه و عمه و خاله من الرضاعه) (١)، و صحيح عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يملك الرجل من ذوى قرابته، قال: لا- يملك والده و لا والدته و لا أخته و لا ابنه أخيه و لا ابنه أخته و لا عمته و لا خالته، و يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوى قرابته، و لا يملك أمه من الرضاعه) ٢، و صحيح أبى بصير و أبى العباس و عبيد كلهم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا-

---

١- ( (١ و ٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كتاب العتق حديث ١ و ٥.



(نسباً) إجماعاً، (و رضاعاً) على أصح القولين (١)، للخبر الصحيح (٢) معللاً- فيه بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ولأن الرضاع لحمه كلحمه النسب (٣).

-ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته، و ذكر أهل هذه الآيه من النساء عتقوا جميعاً، و يملك عمه و ابن أخيه و ابن أخته و الخال، و لا يملك أمه من الرضاعه و لا أخته و لا عمته و لا خالته، إذا أمكن عتقى، و قال: ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع، و قال: يملك الذكور ما خلا والداً أو ولداً، و لا يملك من النساء ذات رحم محرم، قلت: يجرى فى الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم يجرى فى الرضاع مثل ذلك (١).

(١) بل هو المشهور لصحيح أبي بصير و أبي العباس و عبيد المتقدم، و لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) ٢، و صحيح الحلبي و ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (فى امرأه أرضعت ابن جاريتها فقال: تعتقه) ٣ و مثلها غيرها.

و عن القديمين و المفيد و الديلمى و ابن إدريس أنه يملك هؤلاء من الرضاع، لخبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشتري الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر إلا- ما كان من قبل الرضاع) (٢) و صحيح الحلبي عنه عليه السلام (فى بيع الأم من الرضاع؟ قال: لا بأس بذلك إذا احتاج) ٥، و هما لا يصلحان لمعارضه ما تقدم لأنه أكثر و أشهر.

(٢) و هو صحيح ابن سنان - كما فى المسالك - عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأه ترضع غلاماً لها من مملوكه حتى تعظمه، يحلّ لها بيعه؟ قال: لا، حرم عليها ثمنه، أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، أليس قد صار ابنها؟ فذهبت أكتبه فقال: ليس مثل هذا يكتب) (٣).

(٣) قال فى المسالك فى هذا المقام (و بقوله صلى الله عليه و آله و سلم: الرضاع لحمه كلحمه النسب)، و قال المحقق الثانى فى جامعه فى هذا المقام من بيع الحيوان: و لظاهر قوله: الرضاع لحمه كلحمه النسب)، و لم أعثر على هذه الروايه من كتبنا، نعم ورد فى الوسائل (الولاء لحمه كلحمه النسب) (٤).

ص: ٤٣٤

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (( ٤ و ٥ )) التهذيب ج ٨ حديث ١١٨-١١٩ - ص ٢٤٥.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب كتاب العتق حديث ٣.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢ و ٦.

(و لا) يستقر (للمرأه ملك العمودين) (١) الآباء و إن علوا، و الأولاد و إن سفلوا، و يستقر على غيرهما و إن حرم نكاحه كالأخ و العم و الخال و إن استحب لها اعتاق المحرم، و فى إلحاق الخنثى هنا (٢) بالرجل، أو المرأه نظر، من الشك (٣) فى الذكوريه التى هى سبب عتق غير العمودين فيوجب الشك فى عتقهم، و التمسك (٤) بأصالة بقاء الملك، و من إمكانها (٥) فيعتقون، لبنائه (٦) على التغليب، و كذا الإشكال لو كان (٧) مملوكا، و إلحاقه بالأنثى فى الأول (٨)، و بالذكر فى الثانى (٩) لا يخلو من قوه، تمسكا بالأصل (١٠) فيهما.

و المراد بعدم استقرار ملك من ذكر أنه يملك ابتداء بوجود سبب الملك آنا قليلا- لا يقبل غير العتق، ثم يعتقون، إذ لو لا الملك لما حصل العتق (١١). و من (١) بلا- خلافاً فيه للأخبار منها: خبر أبى حمزه الشمالى عن أبى عبد الله عليه السلام (عن المرأه ما تملك من قرابتها، فقال: كل أحد إلا خمسه: أبوها و أمها و ابنها و ابنتها و زوجها) (١) و عدم تملكها لزوجها من ناحيه بقاء العلقه الزوجيه إلا- إذا ملكته بما هى زوجه يبطل العقد و تحرم عليه ما دام بعدها كما سيأتى فى باب النكاح، و لازم هذا الحصر جواز تملكها لمن يحرم نكاحه كالأخ و العم و الخال.

(٢) فى صورته المالكيه.

(٣) دليل عدم انعقاد ما يملكه الخنثى من النساء المحارم.

(٤) دليل ثان لعدم الانعقاد.

(٥) دليل الانعقاد، و الضمير راجع إلى الذكوريه، و المعنى: أن الذكوريه ممكنه فى الخنثى فانعقاد ما يملكه من النساء المحارم ممكن.

(٦) لبناء العتق.

(٧) أى الخنثى بحيث لو ملكه من ينعق عليه لو كان أنثى، كما لو ملكه الرجل و دار أمر الخنثى بين كونه عما للمالك أو عمه، فالشك فى أنوثته موجبا للشك فى انعقاده مع التمسك بأصالة بقاء الملك، و من إمكان الأنوثيه فى المملوك فيعتق لبناء العتق على التغليب، و لا يخفى ضعف الثانى فى المورد.

(٨) فى المالكيه.

(٩) فى المملوكيه.

(١٠) و هو أصالة بقاء الملك.

(١١) إذ لا عتق أى فى ملك كما سيأتى فى بابه.

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب العتق حديث ١.

عبر من الأصحاب بأنهما (١) لا- يملكان ذلك (٢) تجوز في إطلاقه (٣) على المستقر (٤)، و لا- فرق في ذلك (٥) كله بين الملك القهري و الاختياري (٦)، و لا- بين الكل و البعض (٧)، فيقوم عليه باقيه إن كان مختارا (٨) على الأقوى، و قرابه الشبهه بحكم الصحيح، بخلاف قرابه الزنا على الأقوى، لأن الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة (٩)، و يفهم من إطلاقه - كغيره - الرجل و المرأة: أن الصبي و الصبيه لا يعتق عليهم ذلك (١٠) لو ملكوه إلى أن يبلغوا، و الأخبار مطلقه في الرجل و المرأة كذلك (١١) و يعضده أصاله البراءه، و إن كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلف (١٢).

(١) أي الرجل و المرأة.

(٢) أي العمودين، و كذا من يحرم نكاحه من النساء بالنسبه للرجل.

(٣) أي إطلاق الملك.

(٤) و ملكيه العمودين ملك غير مستقر لتعقبه بالعتق فلذا عبر البعض بعدم الملكيه.

(٥) أي في عدم استقرار ملك الرجل للعمودين و من حرم نكاحه من النساء، و في عدم استقرار ملك المرأة للعمودين.

(٦) لإطلاق الأدله السابقه.

(٧) لإطلاق الأدله السابقه.

(٨) و بشرط إيساره أيضا، لا إذا كان الملك قهريا كالارث على ما سيأتي تفصيله في باب العتق.

(٩) فولد الزنا و إن كان من مائه و يتبعه لغه لكن الشارع قد نفاه عنه و لم يذهب إلى العكس أحق و لكنه احتمال قد يتوهم.

(١٠) العمودان و النساء المحارم بالنسبه للرجل.

(١١) أي كقول الفقهاء.

(١٢) و فيه: إن النصوص السابقه المتضمنه للفظ (الرجل و المرأة) لم تكن بصدد اشتراط بلوغ المالك ليخرج الصبي، بل إنما كان ذكر (الرجل و المرأة) باعتبار أن المالك غالبا ما يكون رجلا أو امراه، و إلا فنصوص أم الولد كافيه في انعقاد العمودين على المسالك و إن كان صغيرا، و هي كثيره.

للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سريره لها ولده أو في بطنها، أو لا ولد لها، فإن كان أعتقها ربها عتقت و إن لم يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله، و كتاب الله أحق، فإن كان لها ولد و ترك -



## فى عدم منع الزوجيه من الشراء

(و لا تمنع الزوجيه من الشراء (١) فتبطل) الزوجيه و يقع الملك، فإن كان المشتري الزوج استباحها بالملك، و إن كانت الزوجه حرم عليها و طء مملوكها مطلقا (٢)، و هو موضع وفاق، و علل ذلك (٣) بأن التفصيل فى حلّ الوطء يقطع الاشتراك بين الأسباب، و باستلزامه (٤) اجتماع علتين على معلول واحد، و يضعف بأن علل الشرع معرّفات و ملك البعض كالكل، لأن البضع لا يتبعّض.

## فى أنّ الحمل يدخل فى بيع الحامل مع الشرط

(و الحمل يدخل) فى بيع الحامل (مع الشرط) (٥) أى شرط دخوله لا بدونه -مالا جعلت فى نصيب ولدها(١)، و لذا ادعى الإجماع على عدم الفرق كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد على ما فى الجواهر

(١) يجوز أن يملك أحد الزوجين صاحبه بالشراء أو الاتهاب أو غيرهما، و يستقر الملك و تبطل الزوجيه، فإن كان المالك هو الزوجه حرم عليه و طئ مملوكها للأخبار.

منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى امرأه لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته، قال: ليس بينهما نكاح) (٢) و خبر سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن امرأه حره تكون تحت المملوك فتشتريه هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم لأنه عبد مملوك لا يقدر على شىء) (٣) و مثلها غيرها. و إن كان المالك هو الزوج فيستبيحها بالملك لا بالزوجيه، و يشهد له قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ) (٤) و التفصيل قاطع للشركه.

علل أيضا بأن بقاء الزوجيه مع حدوث الملك يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصى و هو ممتنع و ردّ بأن علل الشرع معرّفات.

و على كل لا فرق فى الملك بين الكل و البعض إذا البضع لا يتبعّض و لا فرق بين الدائم و المنقطع و التحليل لاتحاد المدرك.

(٢) لا تزويجا و لا ملكا.

(٣) أى بطلان الزوجيه.

(٤) أى و باستلزام بقاء الزوجيه مع حدوث الملك.

(٥) إذا وقع البيع على الحامل سواء كان إنسانا أو حيوانا فالولد للبائع على المشهور إذا لم يكن عرف بالتبعيه إلا- أن يشترطه المشتري فهو له بلا خلاف فيه عملا بالشرط.-

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المكاتبه حديث ٦.

٢- ( (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإمامه حديث ٤ و ٢.

٣- (٤) سوره المؤمنون، الآيتين: ٥ و ٦.

فى أصح القولين، للمغايره كالشمرة، و القائل بدخوله مطلقا (١) ينظر إلى أنه كالجاء من الأم، و فرّع عليه عدم جواز استثناءه كما لا يجوز استثناء الجاء المعين (٢) من الحيوان. و على المختار لا تمنع جهالته من دخوله مع الشرط، لأنه تابع، سواء قال: بعثها و حملها، أم قال: و شرطت لك حملها، و لو لم يكن معلوما (٣) و أريد ادخاله فالعبارة الثانية و نحوها لا غير، و لو لم يشترطه و احتمال وجوده عند العقد و عدمه (٤) فهو للمشترى، لأصالة عدم تقدمه (٥)، فلو اختلفا فى وقت العقد (٦) قدّم قول البائع مع اليمين، و عدم بينه للأصل، و البيض تابع مطلقا (٧)، - لا كالحمل - كسائر الأجزاء (٨) و ما يحتويه البطن.

### فى ما لو شرط فسقط قبل القبض

(و لو شرط فسقط قبل القبض رجع) المشترى من الثمن (بنسبته) (٩) لفوات - و عن الشيخ فى المبسوط و القاضى فى المهذب و الجواهر أنه للمشترى مع الإطلاق بدعوى أنه جزء من الحامل فيدخل، بل لا يصح استثناءه كما لا يصح استثناء الجلد و الرأس، كما و هو ضعيف لعدم تعلق البيع بالحامل بما هو حامل بل تعلق بالحيوان بما هو هو و الحمل ليس جزءا منه بخلاف الرأس و الجلد.

و على المشهور لو شرطه المشترى يدخل و إن كان مجهولا - لأنه تابع للمعلوم، و لا فرق فى الاشتراط بين قول البائع: بعثها و حملها، أو شرطت لك حملها و نحوه، و لو لم يكن الحمل متحققا عند البيع و أراد الاشتراط على تقدير تحققه واقعا فالعبارة الثانية.

(١) و إن لم يشترط.

(٢) كالرأس و الجلد.

(٣) أى متحققا عند البيع و أراد إدخاله على تقدير تحققه.

(٤) بأن ولده فى وقت يحتمل وجوده عند البيع.

(٥) أى عدم تقدم الحمل على العقد.

(٦) مع العلم بزمن تحقق الحمل، و البائع يدعى البيع بعد هذا الزمن ليكون الحمل له، و المشترى يدعى البيع قبله ليكون الحمل له، فيقدم قول البائع مع اليمين عند عدم بينه لأصالة عدم تأخر العقد عن الحمل.

(٧) سواء شرط دخوله أم لا، لأن البيض كسائر أجزاء الحيوان.

(٨) أى كما أن الأجزاء و ما يحتويه البطن يدخل فى المبيع و إن لم يشترط المشترى ذلك كذلك البيض.

(٩) أى بنسبه الحمل من الثمن، و طريق ذلك أن تقوم الأمه حاملا و مجهضا لا حائلا و يرجع بنسبه التفاوت من الثمن.



بعض المبيع (بأن يقوم حاملا و مجهضا) أى مسقطا لا حائلا للاختلاف (١)، و مطابقه الأول (٢) للواقع، و يرجع بنسبه التفاوت بين القيمتين من الثمن.

(و يجوز ابتياع جزء مشاع من الحيوان) كالنصف و الثلث (٣)، (لا معين) كالرأس و الجلد (٤)،...

(١) بين الجهض و الحائل، إذ الإجهاض فى الأمه عيب ربما نقص قيمه.

(٢) أى كونهما مجهضا.

(٣) بلا خلاف و لا إشكال كما فى الجواهر لوجود مقتضى الصحه مع عدم المانع فتشمله عمومات صحه البيع و حليته و الوفاء بالعقود، نعم قال فى الجواهر: (أما المذبوح فقد جزم بعض مشايخنا بعدم جواز بيع البعض المشاع منه، و أولى منه المسلوخ، و هو مبنى على أنه بالذبح يكون موزونا و فيه بحث).

(٤) وقع الخلاف فيه على أقوال:

الأول: القول بالصحه مطلقا كما عن السيد فى الانتصار و ابن الجنيد.

الثانى: البطلان مطلقا للجهاله، و لم يعرف قائله.

الثالث: البطلان إلا فى المذبوح فالصحه كما عن العلامه فى القواعد و التذكره، و فى المختلف زياده ما يقصد به الذبح و هو الذى قواه الشارح فى المسالك و الروضه.

الرابع: الصحه مطلقا، غايته فيما لا يقصد به الذبح يكون شريكا بنسبه قيمه بحيث يقوم ثمن الجزء المعين إلى تمام قيمه الحيوان فلو كانت النسبه ربعا مثلا فهو شريك بهذه النسبه.

الخامس: الصحه و هو شريك بنسبه قيمه مطلقا فيما أريد الذبح و غيره و هو قول ابن سعيد.

و العمده فى المسأله خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان، اشترى أحدهما من الآخر بغيرا، و استثنى البيع - البائع - فى الرأس أو الجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه، فقال للمشتري: هو شريكك فى البعير على قدر الرأس و الجلد) (١)، و خبر هارون بن حمزه الغنوى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل شهد بغيرا مريضا و هو يباع فاشتراه رجل بعشره دراهم و أشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس و الجلد، فقضى أن البعير برأ فبلغ ثمانيه دنانير فقال عليه السلام: لصاحب -

ص: ٤٣٩

و لا يكون شريكا بنسبه قيمته (١) على الأصح، لضعف مستند الحكم بالشركه، و تحقق الجهاله، و عدم القصد إلى الإشاعه فيبطل البيع بذلك (٢)، إلا أن يكون مذبوحا، أو يراد ذبحه، فيقوى صحه الشرط.

### في جواز النظر إلى وجه المملوكه إذا أراد شراءها

(و يجوز النظر إلى وجه المملوكه إذا أراد شراءها، و إلى محاسنها) و هي مواضع الزينه كالكفين، و الرجلين، و الشعر و إن لم يأذن المولى (٣)، و لا تجوز الزيادة عن -الدرهمين خمس ما بلغ، فإن قال أريد الرأس و الجلد فليس له ذلك، هذا الضرار، و قد أعطى حقه إذا أعطى الخمس(١).

و إطلاق الخبرين بدل على القول الخامس، إلا- أن المستند ضعيف و الجهاله متحققه و الشركه المشاعه غير مقصوده فالقول بالبطلان مطلقا، أو في غير ما يراد ذبحه أو يكون مذبوحا متجه تبعا للقواعد المقرره، و أما الاستثناء فصحيح لإمكان تسليمه إلى المشتري.

(١) قيمه الجزء المعين.

(٢) أى بالجهاله و عدم القصد إلى الإشاعه.

(٣) لإطلاق الأخبار.

منها: خبر حبيب بن المعلّى الخثعمي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني اعترضت جوارى المدينة فأفديت، فقال: أما لمن يريد الشراء فليس به بأس، و أما لمن لا يريد أن يشتري فإنني أكرهه) (٢) و خبر عمران الجعفرى عن أبي عبد الله عليه السلام (لا أحبّ للرجل أن يقبل إلا جاريه يريد شراءها): ٣، و خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها، قال: لا بأس بأن ينظر إلى محاسنها، و يمسّها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه) (٣).

و مقتضى الإطلاق جواز النظر إلى محاسنها من دون إذن المولى، و مقتضاه أن الجواز المذكور مختص بمن يريد الشراء، و الخبر الأخير صريح في النظر إلى المحاسن و هي الوجه و الكفان و الشعر و الساقان و لذا ورد في خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن عليهم السلام (أنه كان إذا أراد أن يشتري الجاريه يكشف عن ساقها فينظر إليها) ٥.

و عن العلامة في التذكرة جواز النظر إلى ما دون العوره و مال إليه في الحدائق، لإطلاق الأخبار أو خصوص خبر أبي بصير المتقدم، و فيه: إنها صريحه في جواز النظر إلى محاسنها المكشوفه، نعم يزداد عليها الساق لخبر الحسين بن علوان.

ص: ٤٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢ و ٣.

٣- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١ و ٤.

ذلك إلا بإذنه، و معه (١) يكون تحليلاً- يتبع ما دل عليه لفظه حتى العوره، و يجوز مس (٢) ما أيسح له نظره مع الحاجه، و قيل: يباح له النظر إلى ما عدا العوره بدون الإذن، و هو بعيد.

### فى تغيير اسم المملوك عند شرائه

(و يستحب تغيير اسم المملوك عند شرائه (٣) أى بعده، و قوى فى الدروس اطراده فى الملك الحادث مطلقا (٤)،(و الصدقه عنه بأربعه دراهم (٥) شرعيه، (و إطعامه) شيئا حلوا، و يكره و طء) الأمه (المولوده من الزنا بالملك، أو بالعقد، للنهى) عنه فى الخبر (٦)،.....

(١) مع إذن المولى.

(٢) لخبر أبى بصير المتقدم.

(٣) لصحيح زراره (كنت جالسا عند أبى عبد الله عليه السّلام إذ دخل عليه رجل و معه ابن له، فقال له أبو عبد الله عليه السّلام: ما تجاره ابنك؟ فقال: التنخس، فقال له أبو عبد الله عليه السّلام: و لا تشتري شيئا و لا عيبا، و إذا اشتريت رأسا فلا تزين ثمنه فى كفه الميزان، فما من رأس يرى ثمنه فى كفه الميزان فأفّح، و إذا اشتريت رأسا فغير اسمه، و أطعمه شيئا حلوا إذا ملكته، و تصدق عنه بأربعه دراهم) (١).

(٤) بالشراء و غيره.

(٥) لصحيح زراره المتقدم، و هو مستند استحباب إطعامه شيئا حلوا.

(٦) و الأخبار كثيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن الرجل تكون له الخادم ولد زنا، هل عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، و إن تنزه عن ذلك فهو أحبّ إلى) (٢) و هو ظاهر فى الكراهه، و خبر عبد الله بن سنان (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: ولد زنا ينكح؟ قال: نعم و لا تطلب ولدها) (٣) و خبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السّلام: الخبيثه يتزوجها الرجل، قال: لا، و قال: إن كان له أمه و طئها و لا يتخذها أم ولده) (٤) و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (فى الرجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشده و يتخذها لنفسه، قال: إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس) (٥)، و خبر ثعلبه و عبد الله بن هلال عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يتزوج ولد الزنا، قال: لا بأس، إنما يكره ذلك-

ص: ٤٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣ و ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٥ و ١ و ٢ و ٤ و ٨.

معللاً بأن ولد الزنا لا يفلح (١)، و بالعار (٢)، و قيل: يحرم بناء على كفره، و هو ممنوع،

### فى أن العبد لا يملك شيئاً

(و العبد لا يملك شيئاً (٣).....)

-مخافه العار، و إنما الولد للصلب و إنما المرأه و عاء، قلت: الرجل يشترى خادما ولد زنا فيطأها؟ قال: لا بأس (١)، و عن ابن إدريس المنع بناء على كفر ولد زنا و تحريم وطئ الكافره و المقدمتان ممنوعتان، أما الأولى فلما تقدم فى كتاب الطهاره و أما الثانيه فلما سيأتى فى كتاب النكاح.

(١) هذا خبر رواه فى الغوالى (ولد الزنا لا يفلح أبداً) (٢) و هو لا يتضمن النهى عن التزويج بولد الزنا، فلو قال الشارح هنا كما قال فى المسالك لكان أجود قال فى المسالك: (بعد حكم المحقق بكراهه وطئ من ولدت من الزنا: (هذا هو الأجود حملاً للنهى على الكراهه، و علل بأن ولد الزنا لا يفلح، و بالعار).

(٢) كما فى خبر ثعلبه و ابن هلال المتقدم.

(٣) كما عليه الأكثر كما عن التذكرة لقوله تعالى: (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَّ مَن رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَ جَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ) (٣) و وصف العبد بعدم القدره بمنزله الحكم عليه بذلك فهو غير قادر حتى على التملك، و قد نسب الشارح فى المسالك و الروضه هنا هذا القول إلى جماعه و جعل التملك فى الجمله فذهب الأكثر، و عليه فقيل: إنه يملك فاضل الضريبه التى يضربها عليه مولاه و هو المنسوب للشيخ و القاضى لصحيح عمر بن يزيد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له و قد كان مولاه يأخذ منه ضربيه فرضها عليه فى كل سنه فرضى بذلك، فأصاب المملوك فى تجارته مالا- سوء ما كان يعطى مولاه من الضريبه، فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضه فهو للملوك) (٤) الحديث.

و قيل: يملك أرش الجنايه خاصه، و قيل: ما ملكه مولاه مع أرش الجنايه و فاضل الضريبه، و قيل: ما ملك مولاه خاصه، و لم يعرف القائل بها كما فى الجواهر.

و ذهب الصدوق و تبعه المحقق على أنه يملك مطلقاً و لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن له المولى جمعا بين الأخبار الداله على تملكه و هى كثيره و مبثوثة فى أكثر من باب و سيأتى-

ص: ٤٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٨.

٢- (٢) غوالى اللثالى ج ٣ ص ٥٣٤ حديث ٢٥.

٣- (٣) سوره النحل، الآية: ٧٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

مطلقا (١) على الأقوى، عملا- بظاهر الآيه، و الأكثر على أنه يملك فى الجملة، فقيل: فاضل الضريبه و هو مروى، وقيل: أورش الجنايه، وقيل: ما ملكه مولاه معهما، وقيل: مطلقا، لكنه محجور عليه بالرق، استنادا إلى أخبار يمكن حملها على إباحه تصرفه فى ذلك بالإذن جمعا.

و على الأول (٢) (فلو اشتراه و معه مال للبايع (٣)، لأن الجميع مال المولى، فلا يدخل فى بيع نفسه (٤)، لعدم دلالتة عليه،) إلا بالشرط، فيراعى فيه شروط المبيع) من كونه معلوما لهما، أو ما فى حكمه (٥)، و سلامته من الربا بأن يكون -التعرض لها فى كتاب العتق. و بين الآيه، و قد استحسنته الشهيد فى حواشيه، مع أن الشارح فى المسالك و الروضه هنا حمل أخبار التملك على إباحه تصرفه فى ذلك مع إذن المولى من دون ملكه لرقبه المال لدلاله الآيه على عدم قدرته على الملك.

(١) فى قبال التفصيلات الآتية.

(٢) و هو عدم التملك.

(٣) الذى هو المولى لأن المال له مع عدم اندراج المال فى اسم العبد بل إضافته إليه إنما هى لأدنى ملابسه و البيع قد وقع على العبد فقط، و لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا فقال: المال للبايع إنما باع نفسه، إلا- أن يكون شرط عليه أن ما كان له مال أو متاع فهو له) (١) و خبر الزهرى عن سالم عن أبيه (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من باع عبدا و له مال فماله للبايع إلا أن يشترطه المبتاع) ٢.

و عن ابن البراج التفصيل بأنه إن لم يعلم به البائع فالمال له، و إن علم فالمال للمشتري لصحيح زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يشتري المملوك و له مال، لمن ماله؟ فقال: إن كان علم البائع أن له مالا فهو للمشتري، و إن لم يكن علم فهو للبائع) ٣، و يضعف بأن الملك لا ينتقل إلى المشتري بمجرد العلم من دون صيغته تدل عليه، مع إمكان حمل هذا الصحيح على اشتراط المال للمشتري عند علم البائع فلا تعارض، و هذا الجمع من دون شاهد و لكنه أولى من الطرح.

(٤) نفس العبد.

(٥) بأن يكون مشاهدا مما يكفى فيه المشاهده.

ص: ٤٤٣

الثلث مخالفاً لجنسه (١) الربوي، أو زائداً عليه (٢)، و قبض مقابل الربوي في المجلس و غيرها.

(و لو جعل العبد) لغيره (جعلاً على شرائه لم يلزم (٣)، لعدم صحته تصرفه بالحجر، و عدم الملك، و قيل: يلزم إن كان له مال، بناء على القول بملكه، و هو ضعيف (٤)،

### في استبراء الأمة قبل بيعها

(و يجب) على البائع (استبراء الأمة قبل بيعها (٥) إن كان قد وطئها و إن (١) أي جنس المال الموجود عند العبد.

(٢) على المال الموجود عند العبد، و المعنى: أن الثمن الذي دفع في قبالة العبد بشرط ماله فالبيع صحيح إذا كان الثمن مخالفاً لجنس المال الموجود عند العبد، و إلا فيجب أن يكون زائداً عليه لتكون الزيادة في قبالة العبد، و في هذه الصورة الأخيرة عند توافق الثمن للمال الموجود عند العبد بالجنس فما وقع من الثمن في قبالة هذا المال يجب قبضه في المجلس و غير ذلك من شروط بيع الصرف كما هو واضح، لأن المال منحصر في الذهب و الفضة سابقاً.

(٣) لعدم الملك، و على القول بملكه فهو محجور عليه فيتوقف جعله على إذن المولى، و عن الشيخ و أتباعه أنه يلزم إذا كان له مال لخبر الفضيل (قال غلام سندي لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت قلت لمولاي: بعني بسبعمائه درهم و أنا أعطيك ثلاثمائة درهم، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إن كان لك يوم شرطت أن تعطيه شيء فعليك أن تعطيه، و إن لم يكن لك يومئذ شيء فليس عليك شيء) (١).

(٤) أي القول بالملك.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح حفص بن البختری عن أبي عبد الله عليه السلام (و قال في رجل يبيع الأمة من رجل: عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع) (٢) و خبر ربيع بن القاسم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية التي لم تبلغ المحيض و يخاف عليها الحمل قال: يستبرئ رحمها الذي يبيعها بخمسه و أربعين ليله، و الذي يشتريها بخمسه و أربعين ليله) (٣)، و موثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (الاستبراء على الذي يبيع الجارية واجب إن كان يطأها، و على الذي يشتريها الاستبراء أيضاً) (٤)، و موثق سماعه (سألته عن رجل اشترى -

ص: ٤٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب نكاح العبد و الإماء حديث ٥.

عزل،(بحيضه، أو مضىّ خمسه و أربعين يوما فيمن لا تحيض، و هي في سن من تحيض، و يجب على المشتري أيضا استبراؤها، إلا أن يخبره الثقة بالاستبراء (١).

و المراد بالثقة العدل، و إنما عبّر به (٢) تبعا للروايه (٣)، مع احتمال الاكتفاء بمن -جاريه و هي طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أم تكفيه هذه الحيضه؟ قال: لا بل تكفيه هذه الحيضه فإن استبرأها أخرى فلا بأس، هي بمنزله فضل(١) و مثلها غيرها، و الحاصل وجوب الاستبراء على البائع و على المشتري و أن استبرأها بحيضه إن كانت ممن تحيض، و إلا فلو كانت في سن من تحيض و لا- تحيض فخمسه و أربعون يوما، و أن الاستبراء واجب إذا وطئها البائع لموثق عمار المتقدم و إلا فلا يجب لصحيح حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل يشتري الأمه من رجل فيقول: إني لم أطأها، فقال: إن وثق به فلا بأس أن يأتيها)(٢).

ثم إن المشهور على عدم اختصاص الاستبراء بالبيع، بل كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك من بيع أو هبه أو إرث أو صلح أو استرقاق أو غير ذلك وجب عليه قبل وطئها الاستبراء خلافا لابن إدريس حيث خصّه بالبيع فقط للأصل، و هو ضعيف لأن ذكر البيع في النصوص المتقدمه من باب المثال حيث هو الغالب من أسباب التملك و لخبر الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام (نادى منادى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في الناس يوم أوطاس: أن استبرءوا سباياكم بحيضه)(٣).

(١) لخبر محمد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السلام (إذا اشترت جاريه فضمن لك مولاه أنها على طهر فلا بأس أن تقع عليها)(٤)، و مرسل المفيد في المقنعه روى أن لا بأس أن يطأ الجاريه من غير استبراء لها إذا كان بايعها قد أخبره باستبرائها و كان صادقا في ظاهره (مأمونا)٣، و الفقه الرضوي (فإن كان البائع ثقة و ذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقتها، و إن لم يكن ثقة استبرأها المشتري بحيضه)(٥).

(٢) بالثقة.

(٣) و هي صحيح حفص بن البختری المتقدم، و لكنها وارده فيما لو أخبره بعدم وطئه لها لا- باستبرائها، و الأمر سهل لاتحاد الحكم فيهما.

ص: ٤٤٥

١- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٢.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٣- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٤- (( ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٣ و ٦.

٥- (( ٤) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٤.



تسكن النفس إلى خيره (١)، و في حكم إخباره له بالاستبراء إخباره بعدم وطئها (٢).

(أو تكون لامرأة) (٣) و إن أمكن تحليلها لرجل، لإطلاق النص، و لا يلحق بها (٤) العنين و المحبوب و الصغير الذى لا يمكن فى حقه الوطء و إن شارك (٥) فيما ظن كونه عله، لبطلان القياس (٦)، و قد يجعل بيعها من امرأه ثم شراؤها منها وسيله إلى إسقاط الاستبراء (٧)، نظرا إلى اطلاق النص، من غير التفات إلى التعليل بالأمن من وطئها لأنها (٨) ليست منصوصه، و منع العله المستنبطه و إن كانت (١) و هو قوى.

(٢) كما فى صحيح حفص المتقدم.

(٣) أى يسقط استبرائها على المشتري لو كانت الجارية لامرأة على المشهور للأخبار.

منها: خبر رفاعه (سألت) (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الأمه تكون لامرأة فتبيعها، قال: لا- بأس بأن يطأها من غير أن يستبرأها) (١).

و عن ابن إدريس و الفخر و جوب الاستبراء لاحتمال وطئها بالتحليل و هو مندفع لإطلاق الخبر، و هل يلحق بها أمه العنين و المحبوب و الصغير الذى لا يملك فى حقه الوطء؟ فقد ذهب الشارح فى المسالك و الروضه هنا إلى عدم الإلحاق لأنه قياس و هو باطل عندنا، و ذهب صاحب الجواهر و غيره إلى الإلحاق لا للقياس الباطل فى مذهبنا بل لما تقدم من أن الاستبراء من أجل العلم بوطنها من قبل المالك فلذا لو كان أمينا و أخبر بعدم وطئها سقط استبرؤها، فكذا هنا لعدم العلم بوطنها و لو بالتحليل.

(٤) بالمرأة.

(٥) أى شارك المذكور من العنين و المحبوب و الصغير المرأه فيما ظن كونه عله لعدم الاستبراء، و هو الأمن من الوطئ لعدم تحقق الدخول من قبل المالك المذكور.

(٦) تعليل لعدم الإلحاق.

(٧) كما لو وطئها المالك ثم باعها لامرأة فيجوز شراؤها حينئذ من غير استبراء، لاندراجها فى أمه المرأه فيشملها النص المتقدم من أن أمه المرأه لا استبراء عليها إذا اشترت، و النص مطلق غير مقيد بكون سقوط الاستبراء عند الأمن من وطئها.

(٨) هذه العله المذكوره.

ص: ٤٤٤

مناسبه (١)، (أو تكون يائسه أو صغيره (٢)، أو حائضا (٣) إلا زمان حيضها (٤) و إن بقى منه لحظه.

(و استبراء الحامل بوضع الحمل) (٥).....

(١) أى و تعليل عدم وجوب الاستبراء بالأمن من وطئها إنما هى عله مستنبطه فلا تصلح مدركا للحكم الشرعى و إن كانت مناسبه فى المقام.

(٢) فالصغيره التى لم تبلغ التسع، و اليائسه التى بلغت هو اليأس فلا استبراء لها بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن بن عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يشتري الجارية التى لم تبلغ المحيض و إذا قصدت من المحيض ما عدتها؟ و ما يحلّ للرجل من الأمه حتى يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض فلا عدّه لها، و التى تحيض فلا يقربها حتى تحيض و تطهر) (١).

(٣) فيسقط استبرائها و يجوز له وطئها إلا- زمان حيضها، لموثق سماعه (سألته عن رجل اشترى جاريه و هى طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أو تكفيه هذه الحيضه، قال:

بل تكفيه هذه الحيضه فإن استبرأها بحيضه أخرى فلا بأس، هى بمنزله فضل) (٢) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل اشترى جاريه و هى حائض، قال: إذا طهرت فليمسّها إن شاء) (٣)، و عدم جواز الوطء حال الحيض لا- لأنه استبرأ بل لعدم جواز الوطء فيه بما هو حيض.

و عن ابن إدريس عدم الاكتفاء بإتمام الحيضه و كأنه اجتهاد فى مقابله النص كما فى الجواهر.

(٤) أى و إن سقط الاستبراء عن الحائض و لكنه لا يجوز له وطؤها فى زمن الحيض و إن بقى منه مقدار لحظه.

(٥) اختلف كلام الأصحاب فى تحريم الأمه الحامل و مدته بسبب اختلاف الأخبار، ففى بعضها النهى عن وطئها حتى تضع كخبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (فى الوليده يشتريها الرجل و هى حبلى قال: لا يقربها حتى تضع ولدها) (٤) و موثق مسعده بن -

ص: ٤٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

مطلقاً (١)، لإطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار حتى تضع ولدها، واستثنى في الدروس ما لو كان الحمل عن زنا فلا حرمه له، والأقوى الاكتفاء بمضى أربعه أشهر و عشره أيام لحملها، و كراهه وطئها بعدها إلا أن يكون من زنا فيجوز مطلقاً (٢)، على كراهه، جمعاً بين الأخبار الدال بعضها على المنع مطلقاً (٣) كالسابق، و بعض على التحديد بهذه الغايه (٤)، بحمل الزائد على الكراهه.

- صدقه (قال أبو عبد الله عليه السلام: يحرم من الإمام عشر: لا تجمع بين الأم و البنت، و لا بين الأختين، و لا أمتك و هي حامل من غيرك حتى تضع) (١) و مثلها غيرها.

و في بعضها لا بأس بنكاحها إذا جاز أربعه أشهر و عشره أيام كصحيح رفاعه (سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قلت: اشترى الجارية - إلى أن قال - فإن كان حمل فما لى منها إن أردت؟ قال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعه أشهر و عشره أيام، فإذا جاز حملها أربعه أشهر و عشره أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج ٢).

فبعض الأصحاب حمل الطائفة الأولى فيما لو كان الحمل من حل أو شبهه أو كان مجهولاً، و حمل الطائفة الثانية على الحمل من الزنا، و منهم من الحق المجهول بالزنا، و منهم من أسقط اعتبار الزنا، و منهم من حمل الطائفة الثانية على التحريم و الأول على الكراهه، و هو الذى استقر به الشارح فى المسالك و الروضه مع عدم اعتبار الزنا فيجوز فيه الوطى قبل المده المذكوره و بعدها.

هذا و قد اضطرب فيها كلام الأساطين حتى أن العلامه فى القواعد ذهب إلى ثلاثه أقوال فيها، ففى كتاب بيع الحيوان أنه يحرم الوطء الحامل قبل مضى أربعه أشهر و عشره أيام و يكره بعده إن كان عن زنا، و فى غيره إشكال، و فى كتاب النكاح يحرم الوطى إلى الوضع فيما عدا الزنا و مجهول الحال، مع الحكم بالكراهه فى المجهول بعد أربعه أشهر و عشره أيام و نفى البأس عن الزنا، و فى كتاب الطلاق جعل الوطى مكروها بعد أربعه أشهر و عشره أيام إذا كان الحمل من زوج أو مولى أو شبهه و قبل ذلك حراماً مع سكوته عن الزنا و المجهول.

(١) سواء كان من حل أو شبهه أو زنا أو مجهول الحال.

(٢) حتى قبل مضى أربعه أشهر و عشره أيام.

(٣) حتى تضع ولدها.

(٤) و هي أربعه أشهر و عشره أيام.

ص: ٤٤٨

(و لا- يحرم فى مده الاستبراء غير الوطء) (١) قبلا- و دبرا (٢) من الاستمتاع على الأقوى، للخبر الصحيح (٣)، و قيل: يحرم الجميع، و لو وطئ (٤) فى زمن الاستبراء أثم و عزّر مع العلم بالتحريم، و لحق به الولد، لأنه فراش كوطئها حائضا، و فى سقوط الاستبراء حينئذ وجه، لانتفاء فائدته حيث قد اختلط الماءان، (١) على المشهور للأخبار.

منها: صحيح رفاعه (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام فقلت: اشترى الجارية - إلى أن قال - فإن كانت حبلى فما لى منها إذا أردت؟ قال: لك ما دون الفرج) (١) و خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (قلت له: الرجل يشتري الجارية و هى حامل ما يحلّ له منها؟ فقال: ما دون الفرج) ٢، و عن الشيخ فى المبسوط حرمة جميع الاستمتاع لموثق إبراهيم بن عبد الحميد (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية و هى حبلى أ يطؤها؟ قال: لا، قلت: فدون الفرج؟ قال: لا يقربها) ٣ و هو محمول على الكراهه جمعا.

(٢) كما عن المحقق الكركى و جماعه لإطلاق بعض الأخبار، كخبر محمد بن قيس المتقدم (لا يقربها حتى تضع ولدها) (٢)، و خبر الرازى عن أبيه عن الرضا عن آبائه عليهم السلام (نهى النبى صلّى الله عليه و آله و سلم عن وطئ الجبالي حتى يضعن) ٥، و النهى عن المقاربه يشمل الدبر.

و عن المحقق و جماعه اختصاص حرمة الوطئ بالفرج فقط، و هو الظاهر من صحيح رفاعه و خبر أبى بصير المتقدمين و غيرهما، حيث علّق النهى على الفرج و هو ظاهر فى خصوص القبل.

(٣) و هو صحيح محمد بن بزيع كما فى المسالك، و قد رواه الشيخ فى التهذيب و الاستبصار (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية - إلى أن قال - قلت: يحلّ للمشتري ملامستها؟ قال: نعم و لا يقرب فرجها) (٣).

(٤) أى و طئها المشتري فى زمن الاستبراء أثم لمخالفته النهى عن مقاربتها حال الاستبراء، و عزّر مع العلم بالتحريم على حسب ما يراه الحاكم، و يلحق به الولد لأنها فراشه حينئذ كما لو وطئها حائضا، و قال الشارح فى المسالك: (و هل يسقط الاستبراء حينئذ نظر، من انتفاء فائدته و حكمته حيث قد اختلط الماءان، و لحق به الولد الذى يمكن تجدده، و من إطلاق الأمر بالاجتناب فى المده و هى باقيه.

ص: ٤٤٩

١- ( ( ١ و ٢ و ٣ ) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٢ و ٣ و ٥.

٢- ( ( ٤ و ٥ ) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ و ٧.

٣- ( ( ٦ ) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٥.

و الأقوى وجوب الاجتناب بقيه المده، لإطلاق النهى فيها، و لو وطئ الحامل بعد مده الاستبراء عزل (١)، فإن لم يفعل كره بيع الولد (٢)، و استحبه له عزل قسط من ماله يعيش به، للخبر (٣) معللا- بتغذيته بنطفته، و أنه شارك في إتمامه (٤)، و ليس في الأخبار تقدير القسط، و في بعضها (٥) أنه يعتقه و يجعل له شيئا يعيش به، لأنه غذاه بنطفته.

و كما يجب الاستبراء في البيع يجب في كل ملك زائل و حادث بغيره من العقود، و بالسبب و الإرث (٦)، و قصره على البيع ضعيف، و لو باعها من غير (١) عزل استحبابا، لموثق إسحاق بن عمار (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جاريه حاملا قد استبان حملها فوطأها، قال: بئس ما صنع، فقلت: ما تقول فيها؟ قال:

عزل عنها أم لا-؟ قلت: أجبني في الوجهين، قال: إن كان عزل عنها فليترك الله و لا يعد، و إن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد، و لا يورثه و لكن يعتقه و يجعل له شيئا من ماله يعيش به فإنه غذاه بنطفته(١).

(٢) المحكى عن الشيخين و الحلبيين و الطوسى و الديلمى حرمة البيع لظاهر النهى فى الموثق المتقدم، و فيه: إنه ظاهر بالكراهة بقرينه قوله (و لا يورثه) فيكون ظاهرا أنه بمنزله الولد لا أنه ولد حقيقه ليحرم بيعه.

(٣) و هو الموثق المتقدم.

(٤) كما فى خبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام (من جامع أمه حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولدها و لا يسترق، لأنه شاركنا فيه الماء تمام الولد(٢))، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم دخل على رجل من الأنصار و إذا وليده عظيمه البطن تختلف، فسأل عنها، فقال: اشتريتها يا رسول الله و بها هذا الحبل قال:

أقربتها؟ قال: نعم، قال: اعتق ما فى بطنها، قال: يا رسول الله بم استحق العتق؟ قال: لأن نطفتك غدت سمعه و بصره و لحمه و دمه)٣.

(٥) و هو موثق إسحاق بن عمار المتقدم.

(٦) على المشهور، و قصر ابن إدريس و جوب الاستبراء فى البيع فقط و هو ضعيف و قد تقدم البحث فيه فراجع.

ص: ٤٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٢ و ٣.

استبراء أثم و صحّ البيع (١)، و غيره (٢)، و يتعين حينئذ تسليمها إلى المشتري و من في حكمه إذا طلبها، لصيرورتها ملكا له، و لو أمكن إبقاؤها برضاه (٣) مدة الاستبراء، و لو بالوضع في يد عدل و جب (٤)، و لا يجب على المشتري الإجابة.

### في كراهه التفرقة بين الطفل و الأم قبل سبع سنين

(و يكره التفرقة بين الطفل و الأم قبل سبع سنين) في الذكر و الأنثى (٥)، (١) اثم لأنه خالف النهي، و صحّ البيع لأن النهي قد تعلق بأمر خارج عن حقيقته.

(٢) أي غير البيع من بقيه العقود.

(٣) برضا المشتري.

(٤) للاستصحاب.

(٥) ذهب المشهور إلى حرمة التفرقة بين الأطفال المماليك و أمهاتهم المملوكة قبل استغنائهم عنهم للنبوى (من فرق بين والده و ولدها، فرق الله بينه و بين أحبائه في الجنة) (١)، و صحيح معاوية بن عمار (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بسبي من اليمن، فلما بلغوا الحجفة نفدت نفقاتهم فباعوا جاريه من السبي كانت أمها معهم، فلما قدموا على النبي صلى الله عليه و آله و سلم سمع بكاءها فقال: ما هذه؟ قالوا: يا رسول الله احتجنا إلى نفقه فبعنا ابنتها فبعث بثمانها فأتى بها، و قال: يبعوهما جميعا أو أمسكوهما جميعا) (٢)، و صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه اشترت له جاريه من الكوفة، قال: فذهبت لتقوم في بعض الحاجه، فقالت: يا أماء، فقال لها أبو عبد الله عليه السلام:

ألك أم؟ قالت: نعم، فأمر بها فردت، و قال: ما آمنت لو حبستها أن أرى في ولدي ما أكره) (٣)، و خبر عمرو بن أبي نصر (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجاريه الصغيره يشتريها الرجل، فقال: إن كانت قد استغنت عن أبايها فلا بأس) (٤).

و عن الشيخ في باب العتق من النهايه و الحلّ و الفاضل في جملة من كتبه و أول الشهيدين و ابن فهد و استظهره المحقق في الشرائع أنه مكروه جمعا بين ما تقدم و بين عموم تسلط الناس على أموالهم.

هذا و ترتفع الحرمة أو الكراهه مع رضاهما لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الغلام أو الجاريه و له أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من الأمصار قال: لا يخرجها إلى مصر آخر إن كان صغيرا و لا يشتريه، و إن كان له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت) (٥)، بل لا ترتفع الحرمة أو الكراهه برضا الأم بل لا بد من -

ص: ٤٥١

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

٣- (( ٣ و ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحيوان حديث ٣ و ٥ و ١.

وقيل: يكفى فى الذكر حولان و هو أجود، لثبوت ذلك فى حضانه الحره، ففى الأمه أولى، لفقد النص هنا، وقيل: يحرم التفريق فى المده، لتضافر الأخبار بالنهى عنه، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: «من فرّق بين والده و ولدها فرق الله بينه و بين أحبته».

(و التحريم أحوط)، بل أقوى. و هل يزول التحريم، أو الكراهه برضاها، أو رضى الأم وجهان، أجودهما ذلك (١)، و لا فرق بين البيع و غيره على الأقوى، -رضاهما معا مراعاة لحق الولد.

و الأخبار قد اقتضرت على ذكر البيع، و قد صرح جماعه بعدم الفرق بينه و بين غيره من النواقل للعين كالهبة و غيرها لأن المستفاد أن عله المنع هى التفرقه، فيكون ذكر البيع من باب المثال و لأنه الأغلب فى النواقل. و على فرض المنع فهل النهى هنا يقتضى فساد البيع بناء على أمه متعلق بوصف خارج عن حقيقته كالبيع وقت النداء، أو يقتضى الفساد كما صرح به جماعه بل عن التذكرة ما يشعر بدعوى الإجماع عليه كما فى الجواهر لظاهر الأخبار المتقدمه المتضمنه لرد الثمن فيكون التفريق موجبا لخروج الولد عن صلاحيه المعاوضه و هذا ما استجوده الشارح.

ثم هل يختص النهى بالتفريق بين الولد و أمه، أم يعلم غيرها من الأرحام المشارك لها فى الاستئناس و الشفقه، و عن علامه فى التذكرة استتبع الأول و حكم بالكراهه فى الثانى، و الشارح و ثانى المحققين إلى الثانى و قد صرح بالتعميم صحيح ابن سنان المتقدم.

ثم إن محل الخلاف قبل الاستغناء، أما بعده فلا إشكال فى الجواز، و الاستغناء يحصل ببلوغ سبع سنين من غير فرق بين الذكر و الأنثى على المشهور بين الأصحاب، و ذهب الشيخان فى المقنعه و النهايه و ابن حمزه فى المراسم إلى أن الاستغناء هو استغناؤه عن الرضاع، و هذا الخلاف ليس له مستند بخصوصه كما فى المسالك، نعم جعل ابن فهد أن الخلاف هنا مترتب على الخلاف فى الحضانه الآتى فى باب النكاح، و سيأتى أن الأخبار فى الحضانه مختلفه ففى بعضها سبع مطلقا، و فى بعضها مده الرضاع و كل منهما قائل، و جمع جماعه بين الروايات بحمل السبع على الأنثى و الحولين الذين هما مده الرضاع - على الذكر، لمناسبه الحكمه فى احتياج الأنثى إلى تربيته الأم زياده على الذكر، و إذا كان هذا هو حكم الحره فليكن مثله فى الأمه لأن حقها لا يزيد على الحره.

ثم إن موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبن، أما قبله فلا يجوز قطعا لأنه سبب لهلاك الولد كما عن جماعه، نعم فى الحدائق أنه رأى كثيرا من الأطفال قد عاش بدون ذلك، بل ربما يتعذر اللبن من أمه لمرض أو موت، بل قيل إنه قد لا يوجد اللبن فى كثير من النساء.

(١) أى يزول الحكم برضاها أو رضا الأم.

و هل يتعدى الحكم إلى غير الأم من الأرحام المشاركة لها في الاستئناس و الشفقة كالأخت، و العمه، و الخاله قولان، أجودهما ذلك، لدلاله بعض الأخبار (١) عليه، و لا- يتعدى الحكم إلى البهيمة للأصل (٢)، فيجوز التفرقة بينهما بعد استغنائه عن اللبن مطلقا (٣)، و قبله إن كان مما يقع عليه الذكاه، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه، و موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبأ، أما قبله فلا يجوز مطلقا (٤)، لما فيه من التسبب إلى هلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونه على ما صرح به جماعه.

## مسائل

## إشاره

(مسائل)

## الأولى - لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض

الأولى - (لو حدث في الحيوان عيب (٥) قبل القبض فللمشتري الرد و الأرش)، أما الرد فموضع وفاق، و أما الأرش فهو أصح القولين، لأنه عوض عن جزء فائت، و إذا كانت الجملة مضمونه على البائع قبل القبض فكذا أجزاءها، (و كذا) لو حدث (في زمن الخيار) (٦) المختص بالمشتري، أو المشترك بينه و بين البائع، أو غيره (٧)، لأن الجملة فيه مضمونه على البائع أيضا (٨)، أما لو كان الخيار (١) و هو صحيح ابن سنان المتقدم.

(٢) قال الشارح في المسالك: (و لا يتعدى الحكم إلى البهيمة اقتصارا بالمنع على مورد النص فيجوز التفرقة بينها و بين ولدها، بعد استغنائه عن اللبن، و قبله إن كان من يقع عليه الذكاه، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه).

(٣) سواء وقع عليه الذكاه أم لا.

(٤) سواء قلنا بالكراهه أم بالحرمة، و أيضا سواء كان الولد آدميا أو لا.

(٥) بل لا خصوصيه في الحيوان، فلو حدث في المبيع مطلقا عيب بعد العقد و قبل القبض كان للمشتري الرد بلا خلاف فيه، و لكن هل يثبت له الأرش لو أمضاه فالمشهور على ذلك لأن ضمان الجملة يقتضى ضمان الأجزاء، و الأول ثابت في التلف قبل القبض كما سيأتى في مسأله ما لو تلف المبيع بعد العقد و قبل القبض فإنه من مال البائع فيكون الثانى مثله، و ذهب الشيخ و ابن إدريس إلى عدم الأرش لأصالة اللزوم في العقود، و تلف الجملة قد قام الدليل عليه أما تلف البعض عند حدوث العيب فلا دليل عليه فالأصل براءة البائع فيه.

(٦) و لو كان بعد قبض المشتري.

(٧) غير البائع و هو الأجنبي.

(٨) فكذا أجزاءها و سيأتى دليله مفصلا في تحقيق القبض من مبحث الأحكام.





مختصا بالبائع، أو مشتركا بينه، و بين أجنبي فلا خيار للمشتري (١)، هذا إذا كان التعيب من قبل الله تعالى، أو من البائع، و لو كان من أجنبي فللمشتري عليه (٢) الأرش خاصة (٣)، و لو كان بتفريط المشتري فلا شيء (٤).

(و كذا) الحكم (فى غير الحيوان) (٥)، بل فى تلف المبيع أجمع (٦)، إلا أن الرجوع فيه بمجموع قيمه (٧)، فإن كان التلف (٨) من قبل الله تعالى و الخيار للمشتري و لو بمشاركه غيره (٩) فالتلف من البائع، و إلا (١٠) فمن المشتري، و إن (١) أى خيار الرد بل له أخذ الأرش من قبل البائع أو الأجنبي إذا كان التعيب من قبل أحدهما.  
(٢) على الأجنبي.

(٣) قيد للأرش بلا رد على البائع و لو كان للمشتري خيار.

(٤) من أرش أو ورد لأنه ملكه و قد أتلفه سواء كان للمشتري خيار أو كان الخيار لغيره.

(٥) إذا لا خصوصيه للحيوان فى هذه الأحكام و سيأتى التعرض لها مفصلا فى مبحث الأحكام عند تحقيق معنى القبض، و يأتى التعرض لها فى مبحث خيار العيب أيضا.

(٦) قبل القبض أو فى زمن الخيار.

(٧) لا الثمن هذا مع عدم الفسخ فيكون مجموع قيمه هنا بدلا للأرش هناك، و مع الفسخ يرجع بالثمن فقط.

(٨) قال الشارح فى المسالك: (إذا تلف المبيع بعد القبض فى زمن الخيار سواء كان خيار الحيوان أم المجلس أم الشرط فلا يخلو إما أن يكون التلف من المشتري أو من البائع أو من الأجنبي، و على التقادير الثلاثة فإما أن يكون الخيار للبائع خاصة أو للمشتري خاصة أو لأجنبي، أو للثلاثة، أو للمتبايعين، أو للبائع و للأجنبي، أو للمشتري و للأجنبي، فجمله أقسام المسألة أحد عشرون، و ضابط حكمها أن التلف إن كان من المشتري فلا ضمان على البائع مطلقا لكن إذا كان له خيار أو للأجنبي و اختار الفسخ رجع على المشتري بالمثل أو قيمه، و إن كان التلف من البائع أو من أجنبي تخير المشتري بين الفسخ و الرجوع بالثمن و بين مطالبه المتلف بالمثل أو قيمه إن كان له خيار.

و إن كان الخيار للبائع و المتلف أجنبي تخير كما مرّ و رجع على المشتري أو الأجنبي، و إن كان التلف بآفه من عند الله تعالى فإن كان الخيار للمشتري أو له و لأجنبي فالتلف من البائع و إلا فمن المشتري) انتهى.

(٩) بائعا كان أو أجنبيا.

(١٠) أى و إن لم يكن الخيار للمشتري.

كان التلف من البائع، أو من أجنبي و للمشتري خيار و اختار الفسخ و الرجوع بالثمن (١)، و إلا (٢) رجع على المتلف بالمثل، أو قيمه، و لو كان الخيار للبائع، و المتلف أجنبي، أو المشتري تخير (٣)، و رجع على المتلف (٤).

### الثانيه. لو حدث في الحيوان عيب من غير جهة المشتري

(الثانيه. لو حدث) في الحيوان (عيب من غير جهة المشتري (٥) في زمن الخيار (٦) فله (٧) الرد بأصل الخيار (٨)، لأن العيب الحادث غير مانع منه (٩) هنا (١٠)، لأنه (١١) مضمون على البائع فلا يكون (١٢) مؤثرا في رفع الخيار، (و الأقرب جواز الرد بالعيب أيضا)، لكونه مضمونا (١٣).

(و تظهر فائدته (١٤) لو أسقط الخيار الأصلي (١٥) و المشتري (١٦) فله الرد بالعيب.

(١) فيرجع بالثمن على البائع و هو يرجع على الأجنبي لو كان هو المتلف.

(٢) أى و إن لم يفسخ.

(٣) أى البائع.

(٤) فيرجع بالمثل أو قيمه.

(٥) سواء كان التلف من قبل الله تعالى أو من البائع أو الأجنبي.

(٦) سواء كان الخيار خيار حيوان أو غيره، و سواء كان الخيار مختصا للمشتري أو مشتركا بينه و بين غيره.

(٧) للمشتري.

(٨) لأن التلف في زمن الخيار هو ممن لا خيار له كما سيأتي بحث مفصلا في مبحث الخيارات.

(٩) من الرد بالخيار.

(١٠) أى في زمن الخيار.

(١١) أى لأن الحيوان.

(١٢) أى لا يكون العيب الحادث.

(١٣) أى لكون الحيوان مضمونا على البائع، فالعيب الحادث فيه من مال البائع حينئذ.

(١٤) أى فائدته ثبوت جواز الرد بالخيار و جواز الرد بالعيب.

(١٥) كخيار الحيوان أو خيار المجلس.

(١٦) و هو خيار الاشتراط.

ص: ٤٥٥

و تظهر الفائدة أيضا فى ثبوت الخيار (١) بعد انقضاء الثلاثه (٢) و عدمه (٣)، فعلى اعتبار خيار الحيوان خاصه (٤) يسقط الخيار (٥)، و على ما اختاره (٦) المصنف رحمه الله يبقى (٧)، إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثه (٨) و إن اشترط حصوله (٩) فى الثلاثه فما قبلها (١٠)، و غايته ثبوته فيها بسببين (١١) و هو غير قادح، فإنها (١٢) معرّفات يمكن اجتماع كثير منها فى وقت واحد، كما فى خيار المجلس و الحيوان و الشرط و الغبن، إذا اجتمعت فى عين واحده قبل التفرق (١٣).

(و قال الفاضل نجم الدين أبو القاسم) جعفر بن سعيد رحمه الله (فى الدرر) على ما نقل عنه: (لا يردّ إلا بالخيار (١٤)، و هو (١٥) ينافى حكمه فى الشرائع بأن) (١) خيار الرد بالعيب.

(٢) و هى ثلاثه أيام التى هى مده خيار الحيوان.

(٣) أى عدم ثبوت خيار الرد بالعيب.

(٤) من دون اعتبار جواز الرد بالعيب كما نقل عن المحقق فى مجلس درسه.

(٥) أى خيار الرد بالعيب.

(٦) من جواز الرد بالعيب أيضا.

(٧) أى يبقى خيار الرد بالعيب.

(٨) أى بثلاثه أيام التى هى خيار الحيوان، لأن خيار العيب ليس فوريا كما سيأتى ذلك فى بابه.

(٩) أى حصول العيب.

(١٠) أى ما قبل الثلاثه، و هو عبارته عما قبل العقد عند ما يكون الحيوان فى ملك البائع.

(١١) أى و غايه الكلام ثبوت الخيار فى الثلاثه أيام بسببين، من خيار الحيوان و خيار العيب، و هو غير ضائر لأن الخيار قد يكون له أكثر من سبب كما فى اجتماع خيار المجلس و الحيوان و الشرط و الغبن فى عين واحده، و ذلك لأن الأسباب الشرعيه معرّفات فيجوز اجتماعها على واحد و ليست هى علل تامه حتى يمتنع اجتماع اثنين منها على واحد.

(١٢) أى الأسباب الشرعيه.

(١٣) قيد لثبوت خيار المجلس.

(١٤) أى خيار الحيوان.

(١٥) أى حكمه بعد الرد إلا بالخيار.



(الحدث) الموجب لنقص الحيوان (في الثلاثة من مال البائع) (١)، و كذا التلف (٢)، (مع حكمه) فيها (٣) بعد ذلك بلا فصل (بعدم الأرش فيه (٤)، فإنه إذا كان مضمونا على البائع (٥) كالجمله لزمه (٦) الحكم بالأرش (٧)، إذ لا- معنى لكون الجزء مضمونا إلا- ثبوت أرشه، لأن الأرش عوض الجزء الفاتت، أو التخيير بينه (٨) و يبين الرد (٩) كما أن ضمان الجمله يقتضى الرجوع بمجموع عوضها (١٠) و هو الثمن (١١).

(١) لأنه مضمون عليه.

(٢) أى لو تلف الحيوان فى الأيام الثلاثة فهو من مال البائع كما سيأتى دليله فى بحث الخيارات.

(٣) فى الشرائع.

(٤) أى فى العيب الحادث على الحيوان فى الثلاثة، قال المحقق فى الشرائع فى بحث بيع الحيوان (إذا حدث فى الحيوان عيب بعد العقد و قبل القبض كان المشتري بالخيار بين رده و إمساكه، و فى الأرش تردد، و لو قبضه ثم تلف أو حدث فيه حدث فى الثلاثة كان من مال البائع ما لم يحدث فيه المشتري حدثا.

و لو حدث فيه عيب من غير جهه المشتري لم يكن ذلك العيب مانعا من الرد بأصل الخيار، و هل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد، و الظاهر لا) و حيث حكم المحقق بضمنان البائع فى الثلاثة ثم حكم بعده بعدم الأرش لزمه القول بثبوت الرد بالعيب الحادث؛ إذ لا معنى لضمنان البائع إلا جواز الرد عليه بذلك أو أخذ الأرش منه، و إذا انتفى الثانى ثبت الأول، فلذا يكون حكمه فى الشرائع على التفصيل المذكور منافيا لما أفتى به فى الدروس.

(٥) كما حكم به فى الشرائع أولا.

(٦) أى لزم المحقق.

(٧) على التفصيل المتقدم، مع أنه مناف لما حكم به فى الشرائع أخيرا.

(٨) بين الأرش.

(٩) أى الرد بالعيب مع أنه قد جزم بنفى الأرش فيتعين الرد بالعيب و هو مناف لما أفتى به فى الدروس.

(١٠) أى عوض الجمله.

(١١) إذا ردّ و فسخ، و مع عدم الرد فالرجوع بالمثل أو القيمة.

و الأقوى التخيير بين الرد، و الأرش كالمتقدم (١)، لاشتراكهما (٢) في ضمان البائع، و عدم المانعيه من الرد، و هو المنقول عن شيخه نجيب الدين بن نما رحمه الله، و لو كان حدوث العيب بعد الثلاثه منع الرد بالعيب السابق، لكونه (٣) غير مضمون على البائع، مع تغير المبيع، فإن رده (٤) مشروط ببقائه على ما كان فيثبت في السابق (٥) الأرش خاصه.

### الثالثه. لو ظهرت الأمه مستحقه

(الثالثه. لو ظهرت الأمه مستحقه (٦) فأغرم) المشتري (الواطئ العشر) إن كانت بكرا، (أو نصفه) إن كانت ثيبا، لما (١) أى كالعيب المتقدم على البيع و القبض فإذا ظهر بعد القبض فإنه يوجب يوجب التخيير المذكور، و هذا ما تقدم فى المسأله السابقه.

(٢) أى العيب المتقدم و العيب فى الثلاثه.

(٣) أى لكون الحيوان بعد الثلاثه غير مضمون على البائع، فالعيب الحادث فيه حينئذ ليس من مال البائع هذا من جهه و من جهه أخرى فلو كان فيه عيب سابق فى الثلاثه ثم طرأ عيب بعد الثلاثه كان العيب اللاحق مانعا من الرد بالعيب السابق لتغير المبيع و يتعين على المشتري الرجوع بالأرش خاصه.

(٤) أى رد المبيع، و هو تعليل لعدم جواز الرد بالعيب اللاحق مع ثبوت العيب السابق.

(٥) أى العيب السابق و هو العيب الذى ثبت فى الثلاثه.

(٦) من أولد جاريه قد اشتراها مثلا ثم بانث أنها مستحقه للغير، و ثبت للاستحقاق بينه شرعيه أو غيرها، جاز للمالك انتزاعها من المشتري بلا إشكال و لا خلاف، و يجب على الواطئ على المشهور عشر قيمتها بدخول أرش الجنايه عليها إن كانت بكرا بمعنى عدم ذهاب عذرتها و نصف العشر إن كانت ثيبا لصحيح الوليد بن صبيح عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها له، فقال: إن كان الذى زوجه إياها من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ فقال: إن وجد مما أعطها شيئا فليأخذه و إن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها، و إن كان الذى زوجه إياها ولى لها ارتجع على و ليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، و تعتد منه عدّه الأمه.

قلت: و إن جاءت منه بولد، قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى(١)-

ص: ٤٥٨



تقدم من جواز رجوع المالك على المشتري، عالما كان أم جاهلا بالعين، و منافعها المستوفاه، و غيرها (١)، فإن ذلك (٢) هو عوض بضع الأمه، للنص الدال على ذلك، (أو مهر المثل) (٣) لأنه (٤) القاعده الكليه فى عوض البضع بمنزله قيمه المثل فى غيره (٥)، و أطراحا للنص الدال على التقدير بالعشر أو نصفه، و هذا الترديد توقف من المصنف فى الحكم، أو إشاره إلى القولين، لا تخيير بين الأمرين -و صحيح الفضيل بن يسار - الوارد فى التحليل - (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام - إلى أن قال - قلت: أ رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فاقتضها، قال: لا ينبغى له ذلك، قلت: فإن فعل أ يكون زانيا؟ قال: لا و لكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن لم تكن فنصف عشر قيمتها) (١)، و خير ابن سنان (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل اشترى جاريه حبلى و لم يعلم بحبلها فوطأها، قال: يردّها على الذى ابتاعها منه، و يرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها) (٢)، و مثلها غيرها، و اختلاف مورد الأخبار مع المقام لا يضر بعد اتحاد طريق المسألتين من أن نكاحه إياها إذا بان مستحقه للغير موجب للعشر إذا كانت بكرا و نصف العشر إذا كانت ثيبا.

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس أنه يجب عليه مهر أمثالها الذى هو عوض منفعه البضع عند عدم التسميه من غير فرق بين الحره و الأمه، و هو اجتهاد فى مقابله النصوص المتقدمه.

(١) قد تقدم أنه لا يرجع بالمنافع غير المستوفاه و يدل عليه خبر زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولادا، ثم إن أباه يزعم أنها له و أقام على ذلك البينه، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجاريه، و يعوّضه فى قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها) (٣) و ذكر المنافع المستوفاه فقط مع أنه فى مقام البيان دليل على عدم ضمان غيرها.

(٢) أى العشر إذا كانت بكرا و نصفه إذا كانت ثيبا.

(٣) كما هو قول الشيخ و ابن إدريس.

(٤) أى مهر المثل.

(٥) غير البضع.

ص: ٤٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٤.

و المشهور منهما الأول،(و) أغرم (الأجره) عما استوفاه من منافعتها، أو فأتت تحت يده.(و قيمه الولد) (١) يوم ولادته لو كان قد أحبلها و ولدته حيا (رجع بها) أى بهذه المذكورات جمع (على البائع مع جهله) بكونها مستحقه (٢)، لما تقدم (٣) من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يغرمه.

و الغرض من ذكر هذه هنا التنبية على مقدار ما يرجع به مالك الأمه على مشتريها الواطئ لها، مع استيلادها، و لا فرق فى ثبوت العقر (٤) بالوطء بين علم الأمه بعدم صحه البيع، و جهلها على أصح القولين (٥)، و هو الذى يقتضيه إطلاق (١) سواء قلنا أنه يغرم بالعشر و نصفه أو يغرم بأجره المثل فالولد حر لتبعيته لإشراف الأبوين، و لصريح صحيح الوليد بن صبيح المتقدم، و لكن على أبيه قيمته يوم ولد حيا للأخبار.

منها: مرسل جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل اشترى جاريه فأولدها فوجدت الجاريه مسروقه قال: يأخذ الجاريه صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته) (١)، و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشترى الجاريه من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجاريه، قال: يأخذ الجاريه المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمان الجاريه و قيمه الولد التى أخذت منه) ٢.

هذا و يرجع المشتري الجاهل بالاستحقاق على البائع بما اغترمه من مهر أو أجره أو قيمه الولد كما هو مفاد صحيح جميل المتقدم، و قد تقدم البحث فيه فى مبحث الفضولى فراجع.

(٢) أما لو كان عالما بالاستحقاق فالولد رق للمالك و الوطئ زان و يلزمه عوض البضع و لا يرجع به و لا بما اغترمه على البائع.

(٣) فى البيع الفضولى.

(٤) هو ما يؤخذ بإزاء الوطئ.

(٥) لإطلاق الأخبار المتقدمه، و ذهب الشهيد فى الدروس إلى ثبوت المهر عند الإكراه، و لازمه أنها لو علمت و رضيت فلا مهر لها قال فى الدروس فى بحث بيع الحيوان (و لو كان عالما بالاستحقاق و التحريم فهو زان، و ولده رق و عليه المهر إن أكرهها) (٢) و حكى -

ص: ٤٦٠

١- ( ( ١ و ٢ ) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٣ و ٥.

٢- (٣) الدروس ص: ٣٤٨.

العباره (١)، لأن ذلك (٢) حق للمولى (وَ لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) (٣)، و لا تصير بذلك (٤) أم ولد، لأنها فى نفس الأمر ملك غير الواطئ.

و فى الدروس لا- يرجع عليه (٥) بالمهر إلا- مع الإكراه (٦)، استنادا إلى أنه لا- ذلك عن المحقق الثانى و جماعه فى باب الغصب.

و استدلل له بأنه (لا مهر لبغى) و مع علمها و عدم الإكراه فهى بغى.

هذا و قال الشهيد فى الدروس فى باب الغصب فى وطئ الغاصب للأمه (و لو طأوعته عالمه، قيل: بسقوط المهر للنهى عن مهر البغى، و يحتمل ثبوته، لأن السقوط فى الحره مستند إلى رضاها، و رضى الأمه لا يؤثر فى حق السيد) (١).

و قد شاع فى الكتب المتأخره أنه قد ورد (لا مهر لبغى) مع أننى لم أعثر عليه فى كتب الحديث، و كلام الشهيد فى الدروس صريح فى أن المستند هو النهى عن مهر البغى كما فى حديث القاسم بن عبد الرحمن عن محمد بن على عن الحسين بن على عن أبيه عليه السّلام (إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم نهى عن خصال تسعه: عن مهر البغى، و عن عسيب الدابه - يعنى كسب الفحل - و عن خاتم الذهب، و عن ثمن الكلب، و عن مياثر الأرجوان، و عن ثياب القسى - و هى ثياب تنسج بالشام، و عن أكل لحوم السباع، و عن صرف الذهب بالذهب و الفضة بالفضه و بينهما فضل، و عن النظر فى النجوم) (٢) و هو ظاهر فى النهى عن أكل أجره الزانيه و هو أجنبى عن المقام.

و على كل فعلى فرض وروده فهو مختص بالحره، لأن اللام فى (لبغى) ظاهره فى الاستحقاق، و الحره هى التى تستحق المهر دون الأمه إذ هو لمولاها، و كذا لفظ المهر فهو ظاهر باختصاصه بالحره، و لذا أطلق على الحره المهيره لذلك، على أن العقر هنا هو حق للمولى فعلم الأمه بعدم صحه البيع لا يسقط حقه.

(١) أى عباره اللمعه هنا.

(٢) أى العقر.

(٣) الأنعام آيه: ١٦٤.

(٤) أى بالاستيلاء.

(٥) على الواطئ.

(٦) عند علمها بعدم صحه البيع.

١- (١) الدروس ص: ٣١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٣.

مهر لبغى، و يضعف بما مر (١)، و أن المهر المنفى (٢) مهر الحره بظاهر الاستحقاق (٣)، و نسبه المهر (٤)، و من ثم يطلق عليها (٥) المهيره، و لو نقصت بالولاده ضمن نقصها مضافا إلى ما تقدم (٦) و لو ماتت ضمن قيمه.

و هل يضمن مع ما ذكر أرش البكاره لو كانت بكرا، أم يقتصر على أحد الأمرين (٧) وجهان، أجودهما عدم التداخل، لأن أحد الأمرين عوض الوطء، و أرش البكاره عوض جنايه فلا يدخل أحدهما فى الآخر (٨)، و لو كان المشتري عالما باستحقاقها حال الانتفاع لم يرجع بشيء (٩)، و لو علم مع ذلك بالتحريم كان زانيا، و الولد رق، و عليه المهر مطلقا (١٠)، و لو اختلفت حاله بأن كان جاهلا عند البيع، ثم تجدد له العلم رجع بما غرمه حال الجهل، و سقط الباقي (١١).

#### الرابعه - لو اختلف مولى مأذون عن الغير

(الرابعه - لو اختلف مولى مأذون) و غيره (فى عبد أعتقه المأذون عن الغير، و لا بينه) (١٢) لمولى المأذون و لا (١) من أن العقر حق للمولى فلا يسقط و إن علمت الأمه بعدم صحه البيع.

(٢) أى المنفى فى (لا مهر لبغى).

(٣) المستفاد من اللام.

(٤) أى: إن الضمير فى (بغى) راجع إلى ذات المهر، و ذات المهر هى الحره و لذا أطلق عليها المهيره.

(٥) على الحره.

(٦) من العشر و نصفه و المنافع المستوفاه و قيمه الولد يوم ولادته.

(٧) من العشر أو مهر المثل.

(٨) بل الأقوى التداخل، لأن التفاوت بين عقر البكر و الثيب إنما هو للبكاره، و إلا للزم عدم التفاوت بينها.

(٩) لأنه غير مغرور.

(١٠) علمت الأمه أو جهلت بعدم صحه البيع.

(١١) يظهر حكمه مما تقدم.

(١٢) أصل المسأله هو: لو كان عبد مأذون بالتجاره من قبل سيده، و قام آخر و دفع لهذا العبد مالا ليشتري به نسمة و يعتقها و يحج عنه بالباقي فاشتري أباه و دفع إليه بقيه المال فحج به، و مات الأمر و اختلف مولى العبد المأذون و ورثه الأمر و موالى الأب بحيث يقول كل -



-طرف أنه اشترى بماله.

فعن الشيخ فى النهايه و القاضى أن المعتق يردّ إلى مولاه رقا ثم يحكم به لمن أقام البيئه استنادا إلى روايه على بن أشيم عن أبى جعفر عليه السّلام (عن عبد لقوم مأذون له فى التجاره دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عتّى و حجّ عنى بالباقي، ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه، و بلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت جميعا، فاختصموا جميعا فى الألف، فقال موالى العبد المعتق: إنما اشترت أباك بما لنا، و قال الورثة: إنما اشترت أباك بما لنا، و قال موالى العبد: إنما اشترت أباك بما لنا، فقال أبو جعفر عليه السّلام: أما الحجّه فقد مضت بما فيها لا تردّ، و أما المعتق فهو ردّ فى الرق لموالى أبيه، و أى الفريقين بعد أقاموا البيئه على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا)(1).

و ابن أشيم غال كما عن المحقق الثانى فى جامعه و الشارح فى مسالكه، و هو مجهول عند غيرهما، و متنها مخالف لأصول المذهب من حيث الحكم برد العبد المعتق إلى مواليه مع أنهم معترفون ببيعه و إن ادعوا فساد البيع حيث يدعون أنه اشتراه بمالهم فيكون تبديلا لمال بماله و فى مثله يفسد البيع و لكن بقيه الأطراف تدعى صحته، و دعوى الصحه مقدمه على دعوى الفساد.

و من حيث الحكم يمضى الحج مع أن الأمر قد أمر المأذون بأن يحج بالباقي و لم يفعل إذ وقع الباقي إلى المعتق و هو الذى حج عن الأمر.

و من حيث الحكم بصحه الحج و هو مناف لعوده رقا، لأنه يستلزم وقوع حجه بغير إذن سيده.

و من حيث أن ظاهر الخبر هو الاذن فى التجاره للمولى فكيف تصح معامله العتق من العبد المأذون فى التجاره فقط و يترتب عليه صحه الحج و من حيث أن الظاهر هو كون المأذون وكيلا- عن الأمر و الوكاله تبطل بموت الموكل فيبطل البيع و العتق و الحج.

هذا و اعتذر العلامة عن المخالفه الأولى بحمل الروايه على أن موالى المعتق ينكرون البيع لا أنهم يدعون فساده حتى يقدم عليهم قول مدعى الصحه، و يردّه أنه على خلاف ظاهر الخبر حيث ادعوا أنه اشتراه بمالهم.

و حاول الشهيد فى الدروس لدفع المخالفه الأولى بحمل الروايه على أن المأذون بيده مال-

ص: ٤٦٣

للغير (حلف المولى) أى مولى المأذون و استرق العبد المعتق، لأن يده (١) على ما بيد المأذون فيكون قوله مقدا (٢) على من خرج عند عدم اليه (٣).

(و لا- فرق بين كونه) أى العبد الذى أعتقه المأذون (أبا للمأذون أولا) و إن كانت الروايه تضمنت كونه أباه، لاشتراكهما فى المعنى المقتضى لترجيح قول ذى اليد (٤).

-لمولى الأب المعتق و لغيره، و بتصادم الدعاوى المتكافئه يرجع إلى أصاله بقاء الملك على مالكة فلذا حكم برد المعتق إلى الرق، و لا يعارض الأصل المذكور فتواهم بتقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد، لأن دعوى الصحه هنا مشتركه بين متقابلين متكافئين فتسقطان.

و فيه: على تقدير التسليم أن يكون بيده مال للجميع لأن ظاهر الخبر ينفى ذلك، فإن ما عدا مولى المأذون خارج و المولى داخل، لأن ما بيد المأذون تحت يد مولاة، و الداخلة تقدم عند تعارض الدعويين فيسقط كلام مولى الأب المعتكف و كلام ورثه الميت، و مع تقديم كلام مولى المأذون لا يرجع إلى أصاله بقاء الملك على مالكة.

و دعوى الصحه المشتركه بين متكافئين مردوده لأن مولى المعتق يدعون أنه اشتراه بمالهم فيكون البيع فاسدا، على أن لو سلمت الصحه فى جميع الدعاوى فلا بد من تقديم دعوى الداخلة دون الخارج.

ثم لو سلم أن يكون بيده مال للجميع، فلا يقبل إقرار المأذون فيها لغير مولاة مع تكذيب المولى له، لأنه مأذون من قبل المولى بالتجاره فقط فيقبل إقراره فيها فقط لا مطلقا.

و لهذه المخالفات مع ضعف السند فلا بد من طرح الروايه و الرجوع إلى أصول المذهب و قواعده المقرره، و هى تقتضى اطراح دعوى مولى الأب المعتق لاشتمالها على الفساد، و تبقى المعارضه بين مولى العبد المأذون و بين ورثه الأمر لاشتراكهما فى دعوى الصحه، فيقدم قول مولى المأذون لأنه ذو يد.

و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه المحقق فى النافع من أن مقتضى الأصول هو إمضاء ما فعله المأذون، و ذلك لأن المأذون يقبل قوله فيما أذن له فيه و هو خصوص التجاره لا مطلقا.

(١) يد مولى المأذون.

(٢) لأنه داخل بخلاف غيره فيكون خارجا.

(٣) هذا الحكم على طبق أصول المذهب و قواعده بعد اطراح و الروايه.

(٤) و هو مولى المأذون.



(و لا بين دعوى مولى الأب شرائه من ماله) بأن يكون قد دفع (١) للمأذون ما لا يتجر به فاشترى أباه من سيده (٢) بماله (٣)، (و عدمه) (٤)، لأنه على التقدير الأول يدعى فساد البيع، و مدعى صحته (٥) مقدم، و على الثاني خارج، لمعارضه يده القديمه يد المأذون الحادثه فيقدم، و الروايه تضمنت الأول، (و لا بين استجاره على حج و عدمه)، لأن ذلك (٦) لا مدخل له فى الترجيح، و إن كانت الروايه تضمنت الأول.

و الأصل فى هذه المسأله روايه على بن أشيم عن الباقر عليه السّلام فى من دفع إلى مأذون ألفا ليعتق عنه نسمة، و يحج (٧) عنه بالباقي فأعتق أباه، و أحجه بعد موت الدافع، فادعى وارثه ذلك (٨)، و زعم كل من مولى المأذون و مولى الأب أنه اشتراه بماله فقال (٩): إن الحجه تمضى، و يردّ رقا لمولاه (١٠) حتى يقيم الباقر بينه، و عمل بمضمونها الشيخ و من تبعه، و مال إليه فى الدروس، و المصنف (١١) هنا، و جماعه اطرحوا الروايه، لضعف سندها، و مخالفتها لأصول المذهب فى رد (١) أى دفع مولى الأب.

(٢) أى سيد الأب.

(٣) أى بمال سيد الأب، و هذه الدعوى فاسده لأن مولى الأب يدعى شراء ماله بماله و هو فاسد، و لفسادها لا تقبل دعوى مولى الأب.

(٤) بأن يدعى مولى الأب أنه لم يبعه، و أنه باق على ملكه و لكن يد المأذون عليه فيقدم يد مولى المأذون لأنها حارثه بخلاف يد مولى الأب فإنها قديمه، و الحارث داخل و القديم خارج و قد عرفت تقديم قول الداخل.

(٥) أى صحه البيع، و الذى يدعى الصحه هو مولى المأذون و ورثه الأمر.

(٦) من الاستجار و عدمه.

(٧) أى يحج نفس المأذون عن الدافع.

(٨) أى يدعى وارث الدافع ما ذكرنا من أن المأذون قد اشترى العبد بمال مورثهم و أحجه بعد موت الدافع بالباقي.

(٩) أى الباقر عليه السّلام.

(١٠) أى مولى الأب.

(١١) الواو استثنافيه أى و المصنف و جماعه اطرحوا الروايه.

العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه (١)، و دعواه (٢) فساد، و مدعى الصحة مقدم، و هي (٣) مشتركة بين الآخريين (٤)، إلا أن مولى المأذون أقوى (٥) يدا فيقدم.

و اعتذر في الدروس عن ذلك (٦) بأن المأذون بيده مال لمولى الأب و غيره (٧)، و بتصادم الدعاوى المتكافئه يرجع إلى أصله بقاء الملك على مالكة، قال (٨): و لا يعارضه (٩) فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد، لأنها (١٠) مشتركة بين متقابلين متكافئين فتساقطا (١١).

و فيهما نظر (١٢)، لمنع تكافؤهما (١٣)، مع كون من عدا مولاه (١٤) خارجا (١٥)، و الداخل مقدم فسقطا (١٦) دونه (١٧)، و لم يتم الأصل (١٨)، و منه يظهر (١) أى مع اعتراف مولى الأب ببيع الأب.

(٢) أى و دعوى مولى الأب فساد البيع لأنه يدعى أنه اشترى الأب الذى هو عبده بماله و لا يملك أن يكون العوضان من مالك واحد.

(٣) أى دعوى الصحة.

(٤) و هما مولى المأذون و ورثه الأمر.

(٥) لأن الأب تحت يد المأذون، و يد المأذون يد مولاه لأن العبد لا يملك.

(٦) أى عن رد العبد إلى مولاه الأصلي.

(٧) و هو مولى المأذون و ورثه الأمر.

(٨) أى الشهيد فى الدروس.

(٩) أى لا يعارض فتواهم الأصل المذكور من بقاء العبد على مالكة.

(١٠) أى الصحة.

(١١) و ليست إحدى الدعاوى فاسده لترجح الأخرى عليها.

(١٢) أى فى كلا قوليه.

(١٣) أى لمنع تكافئ الدعويين، و ذلك لأن دعوى مولى الأب فاسده و دعوى غيره صحيحه كما عرفت، و هو ردّ على قوله الأول.

(١٤) أى من عدا مولى المأذون.

(١٥) لأن يد المأذون على العبد المعتق.

(١٦) أى سقط قول مولى الأب و قول ورثه الأمر.

(١٧) أى دون مولى المأذون.

(١٨) وهو بقاء العبد على مالكة الأصلى.

ص: ٤٤٤

عدم تكافؤ الدعويين الآخرين (١)، لخروج الأمر (٢) و ورثته عما في يد المأذون التي هي (٣) بمنزله يد سيده، و الخارجه لا تكافؤ الداخله فتقدم (٤)، و إقرار المأذون بما في يده لغير المولى غير مسموع (٥) فلزم اطراح الروايه، و لاشتمالها على مضى الحجج (٦)، مع أن ظاهر الأمر حججه بنفسه و لم يفعل (٧)، و مجامعه صححه الحجج لعوده رقا و قد حج بغير إذن سيده، فما اختاره (٨) هنا أوضح.

و تبه بقوله: و لا- بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله و عدمه على خلاف الشيخ و من تبعه، حيث حكموا بما ذكر (٩)، مع اعترافهم بدعوى مولى الأب فساد البيع (١٠)، و على خلاف العلامه حيث حملها (١١) على إنكار مولى الأب البيع لإفساده (١٢)، هربا (١٣) من تقديم مدعى الفساد (١٤)، و التجاء إلى تقديم منكر بيع (١) حتى تسقطا، و هما دعوى مولى المأذون و دعوى ورثه الأمر.

(٢) و هو الذى أمر بالعتق.

(٣) أى يد المأذون.

(٤) أى الداخله و هى يد مولى المأذون.

(٥) لأن ما فى يده لمولاه، فأقراره بأنه لغير مولاه غير مسموع.

(٦) أى صححه الحجج.

(٧) حيث أصبح أباه.

(٨) أى المصنف من اطراح الروايه و الحكم على مقتضى الأصول و القواعد المقرره من كون المعتق لمولى المأذون هو الأوضح.

(٩) أى بما ذكر فى الروايه من رد العبد إلى مولاه.

(١٠) مع أنه يجب تقديم قول مدعى الصحه عليه، و حيث ذكر المصنف عدم الفرق بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله و عدمه، فيكون لو ادعى الشراء من ماله فقد ادعى الفساد فلذا كان كلام المصنف تعريضا بخلاف الشيخ.

(١١) أى حمل الروايه.

(١٢) تعليل لإنكار مولى الأب البيع.

(١٣) مفعول له لقوله (حملها).

(١٤) لأن تقديمه ضعيف، بل مولى الأب قد أنكر البيع من رأس و العبد عبده فيقدم قوله لأصالة بقاء ملك العبد على مالكه، و فيه: إن هذا يتم لو كان يد مولى الأب على المعتق مع أن المفروض هو يد المأذون عليه و قد ادعى شراءه فيقوم قول مولى

المأذون لأنه داخل -

ص: ٤٦٧

عبده، و قد عرفت (١) ضعف تقديم مدعى الفساد، و يضعف الثاني (٢) بمنافاته لمنطوق الروايه الداله على دعوى كونه أشتري بماله.

هذا كله مع عدم البيئه، و معها (٣) تقدم إن كانت لواحد، و إن كانت لاثنين، أو للجميع بنى على تقديم بينه الداخل، أو الخارج عند التعارض، فعلى الأول (٤) الحكم كما ذكر (٥)، و على الثاني (٦) يتعارض الخارجان (٧). و يقوى تقديم ورثه الأمر بمرجح الصحه (٨).

-بخلاف مولى الأب فإنه خارج، و لذا عند ما ذكر المصنف عدم الفرق بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله و عدمه، فيكون لو ادعى عدم الشراء فقد أنكر البيع، و قد عرفت تقديم قول مولى المأذون حتى مع دعوى إنكار البيع فلذا كان قول المصنف تعريضا بخلاف العلامه.

هذا بالإضافة إلى أن دعوى أن مولى الأب قد أنكر البيع مخالف لمنطوق الروايه المتقدمه و لمفروض كلام الأصحاب الذين تعرضوا لهذه المسأله.

و قد ذكر الشارح الرد الأول سابقا و سيذكر الرد الثاني فلا تغفل.

(١) شروع فى الرد على قول الشيخ.

(٢) شروع فى الرد على قول العلامه.

(٣) أى مع البيئه فإن كانت لواحد فيحكم له، و إن كانت لاثنين أو ثلاثه فقد تقدم فى مبحث القضاء النزاع فى تقديم بينه الداخل أو الخارج عند التعارض و عرفت أن الأقوى تقديم بينه الخارج لأنه مدع و البيئه من وظائف المدعى.

و على كل فالداخل هنا هو مولى المأذون لأن المعتقد تحت يد المأذون فلا تسمع بينته هذا من جهه و من جهه أخرى فالخارج هنا اثنان، و هما مولى الأب و ورثه الأمر و لا بد من تعارض بيناتهما و لكن لا بد من تقديم بينه ورثه الأمر لأن مولى الأب يدعى فساد البيع بخلاف ورثه الأمر الذين يدعون الصحه، و مدعى الصحه تقوم على مدعى الفساد فيكون هذا مرجحا لبيئه ورثه الأمر.

(٤) من تقديم بينه الداخل.

(٥) من كون المعتقد لمولى المأذون لأنه هو الداخل.

(٦) من تقديم بينه الخارج و هو الأقوى.

(٧) و هما مولى الأب و ورثه الأمر.

(٨) لأنهم يدعون صحه البيع بخلاف مولى الأب فيدعى فساد.



و اعلم أن الاختلاف يقتضى تعدد المختلفين، و المصنّف اقتصر على نسبه إلى مولى المأذون (١)، و كان حقه إضافه غيره معه، و كأنه اقتصر عليه (٢) لدلاله المقام على الغير، أو على ما اشتهر من المتنازعين فى هذه ماده (٣).

### الخامسه - لو تنازع المأذونان بعد شراء كل منهما صاحبه

(الخامسه - لو تنازع المأذونان (٤)....(١) و الاختلاف لا يقع من واحد.

(٢) على مولى مأذون.

(٣) أى فى هذه المسأله.

(٤) المملوك كان المأذون لهما فى التجاره إذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه، فتاره يشتره لنفسه بناء على ملك العبد و أخرى يشتره لسيد.

فعلى الأول يحكم بصحه العقد السابق لأنه صدر من أهله و وقع فى محله بخلاف المتأخر لعدم صحه تملكه سيده، و إن اتفقا فى وقت واحد بطل العقدان لعدم صحه ترتب أثر كل منهما مع أن ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح، و يتحقق التقارن باتحاد الزمان للجزء الأخير من قبولهما، و إذا تحقق السبق و لم يعلم السابق اتجه استخراجه بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، و تحتاج القرعه هنا إلى رقيقين يكتب فى إحداهما اسم أحدهما و أنه السابق و فى الأخرى اسم الآخر، و إذا شك فى السبق و الاقتران مع عدم العلم بالسابق فتحاج القرعه إلى ثلاث رقع يكتب فى الثالثه الاقتران، و على فرض خروجها يحكم بالبطان هذا هو مقتضى القواعد و لكن قد ورد فى خبر أبى سلمه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجلين مملوكين مفوض إليهما يشتران و يبيعان بأموالهما، فكان بينهما كلام فخرج هذا يعدو إلى مولى هذا، و هذا إلى مولى هذا، و هما فى القوه سواء، فاشترى هذا من مولى هذا العبد، و ذهب هذا فاشترى من مولى هذا العبد الآخر، و انصرفا إلى مكانهما و تشبث كل منهما بصاحبه، و قال له: أنت عبدى قد اشتريتك من سيدك، قال: يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق، فأيهما كان أقرب فهو الذى سبق الذى هو أبعد، و إن كانا سواء فهما ردا على مواليهما جاء سواء و افترقا سواء، إلا أن يكون أحدهما سبق صاحبه فالسابق هو له إن شاء و باع و إن شاء أمسك، و ليس له أن يضربه) (١) و قال الكلينى و الشيخ بعد روايتهما هذا الخبر: (و فى روايه أخرى إذا كانت المسافه سواء يقرع بينهما، فأيهما وقعت القرعه به كان عبده) ٢.

و الروايه الثانيه محموله بل هى ظاهره على ما لو اشتبه السابق و هذا هو مقتضى القواعد-

ص: ٤٤٩



(بعد شراء كل منهما صاحبه فى الأسبق (١) منهما لىبطل بىع المتأخر، لبطلان الإذن بزوال الملك، (و لا بینه) لهما، و لا لأحدهما بالتقدم.

(قىل: بقرع) و القائل بها (٢) مطلقا (٣) بقرع (٤)، و الذى نقله المصنف، و بقرع عن الشىخ: القول بها، مع تساوى الطرىقین، عملا بروایه وردت بذلك، - كما تقدم، فحملها على ما لو علم الاقتران لیس فى محله.

و الروایه الأولى محموله بل هى ظاهره على ما لو اشتبه السابق و قد عمل بها الشىخ فى النهايه و بعض اتباعه، و لكنها معارضه بالقواعد القاضیه بالقرع لا بذرع الطرىق و لذا أعرض الأكثر عنها و لم يعمل بها كما فى الجواهر، إلا أن يكون ذرع الطرىق مفيدا للعلم بالسابق فىرفع موضوع القرع حينئذ، و تحمل الروایه على هذا المورد جمعا بينها و بین القواعد القاضیه بالقرع و هو أحسن من طرحها.

هذا و لیس فى الروایتین دلالة أو إشعار أن موردهما صورته الاقتران، فما عن ظاهر الشرائع من الحكم بالبطلان فى صورته الاقتران ثم القول أن الروایتین واردتان فى هذا المورد لیس فى محله.

و على الثانى و هو ما لو كان الشراء لسیدهما فعقد السابق منهما صحیح لأنه صدر من أهله و وقع فى محله، و الآخر محتاج إلى الإجازة بناء على انقطاع الاذن عنه بزواله عن ملك سیده، فعقده حينئذ فضولى محتاج إلى إذن سیده السابق، و إن اقتربنا فالظاهر الصحه لو أجزع عقدهما لأن الإذن الذى انقطع قد تجدد، و لو علم السبق اشتبه السابق و قد حصل الرد من أحدهما فالقرع لتعیین السابق.

هذا كله إذا كان العبدان مأذونین، و أما لو كانا وکیلین فیصح العقدان على كل حال لعدم انقطاع الوکاله بالخروج عن الملك بخلاف الاذن فإنه ینقطع.

(١) متعلق بقوله (لو تنازع).

(٢) أى بالقرع.

(٣) سواء اشتبه السابق أو الاقتران، و اشتبه السابق على فرض السابق.

(٤) لأن القائلین بالقرع منهم من خصها بصورة تساوى الطرىقین كما عن الشىخ فى الاستبصار، و منهم من خصها بصورة اشتباه السبق و السابق كما عن العلامة فى المختلف، و عن الشىخ فى النهايه أنه خصها بصورة الاقتران مع عدم ذكر حکم صورته الاشتباه، فالقول بها من دون تقييد بقرع معلوم.

وقيل بها مع اشتباه السابق أو السبق.

(و قيل: يمسح الطريق (١) التي سلكها كل واحد منهما إلى مولى الآخر، و يحكم بالسبق لمن طريقه أقرب مع تساويهما في المشى (٢)، فإن تساويا (٣) بطل البيعان، لظهور الاقتران (٤).

هذا إذا لم يجز المولى، (و لو أجز عقدهما فلا إشكال) في صحتها (٥).

(و لو تقدم العقد من أحدهما صح خاصه) من غير توقف على إجازته (إلا مع إجازته الآخر) فيصح العقدان، و لو كانا وكيلين صحا معا (٦).

و الفرق بين الإذن و الوكالة أن الإذن ما (٧) جعلت تابعه للملك (٨)، و الوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقا (٩)، و الفارق بينهما مع اشتراكهما في مطلق الإذن إما تصريح المولى بالخصوصيتين، أو دلالة القرائن عليه (١٠)، و لو تجرد اللفظ عن القرينه لأحدهما فالظاهر حملة على الإذن، لدلاله العرف عليه.

و اعلم أن القول بالقرعه مطلقا (١١) لا- يتم في صورته الاقتران، لأنها (١٢) لإظهار المشتبه، و لا اشتباه حينئذ، و أولى بالمنع تخصيصها في هذه الحالة (١٣)، (١) و هي روايه أبي سلمه المتقدمه.

(٢) قوه و ضعفا.

(٣) الطريق و المشى.

(٤) بحسب العاده و العرف.

(٥) و إن اقترنا كما تقدم.

(٦) بناء على أن توكيل العبد لا يبطل بيعه.

(٧) موصوله.

(٨) فتزول بزواله بالبيع و نحوه.

(٩) من غير تقييد بالتبعيه للملك.

(١٠) من كل واحد من الخصوصيتين.

(١١) حتى مع الاقتران.

(١٢) أى القرعه.

(١٣) أى حاله الاقتران و المخصص هو الشيخ فى النهايه.

ص: ٤٧١

و القول بمسح الطريق مستند إلى روايه ليست سليمه الطريق، و الحكم للسابق مع علمه (١) لا إشكال فيه، كما أن القول بوقوفه (٢) مع الاقتران كذلك (٣)، و مع الاشتباه تتجه القرعه، و لكن مع اشتباه السابق يستخرج برقتين لإخراجه، و مع اشتباه السبق و الاقتران ينبغي ثلاث رقع في إحداها (٤) الاقتران (٥) ليحكم بالوقوف معه (٦).

هذا إذا كان شراؤهما لمولاهما، أما لو كان لأنفسهما كما يظهر من الروايه (٧)، فإن أحلنا ملك العبد بطلا، و إن أجزناه صح السابق، و بطل المقارن و اللاحق حتما، إذ لا يتصور ملك العبد لسيدة.

### السادسه - الأمه المسروقه من أرض الصلح لا يجوز شراؤها

(السادسه - الأمه المسروقه من أرض الصلح لا- يجوز شراؤها) لأن مال أهلها محترم به (٨)،(فلو اشتراها) أحد من السارق (جاهلا) بالسرقه، أو الحكم (ردّها) على بائعها،(و استعاد ثمنها) منه،(و لو لم يوجد الثمن) بأن أعسر البائع، أو امتنع عن ردّه و لم يمكن إجباره، أو بغير ذلك من الأسباب (ضاع) على دافعه،(وقيل: تسعى) الأمه (فيه) (٩) لروايه مسكين السمان عن الصادق (١٠) عليه السّلام.

و يضعف بجهاله الراوى، و مخالفه الحكم للأصول، حيث إنها ملك للغير، (١)أى مع معلوميته.

(٢)أى وقوف العقد على الإجازة.

(٣)أى مما لا إشكال فى صحته.

(٤)و هى الثالثه.

(٥)أى الوقوف على الإجازة.

(٦)مع الاقتران.

(٧)حيث قال فيها: (أنت عبدى).

(٨)أى بالصلح.

(٩)فى ثمنها.

(١٠)و هى روايه مسكين السمان عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل اشترى جاريه سرقت من أرض الصلح، قال: فليردها على الذى اشتراها منه و لا يقربها إن قدر عليه-

و سعيها كذلك (١)، و مالکها لم يظلمه فى الثمن، فكيف يستوفيه (٢) من سعيها، مع أن ظالمه (٣) لا يستحقها و لا كسبها، و من ثم نسه المصنف إلى القول، تمرىضا له.

و لكن يشكل حكمه (٤) بردها إلا أن يحمل ردها على مالکها لا على البائع، -أو كان موسرا، قلت: جعلت فداك فإنه مات و مات عقبه، قال: فليستسعيها(١).

و عمل بها الشيخ و اتباعه، و لكن الروايه ضعيفه السند لجهاله مسكين، و متنها مخالف للقواعد الشرعيه من جهه رد الجاريه على بايعها مع أنه ليس مالکها و لا وكيلا عن المالك، و من جهه استسعاها فى ثمنها مع أن كسبها لمولاهها، فكيف يؤخذ منه مع أن الثمن لم يصل إليه، و فى الدروس استقرب العمل بالروايه و اعتذر عن الإشكاليين بأن ردها على البائع لأنه تكليف له بردها إلى أهلها إما لأنه سارق أو لأنه قد ترتبت يده عليها، و باعتبار أن يده أقدم فخطابه بالرد يكون ألزم خصوصا مع بعد دار الكفر، و بأن استسعاها فى ثمنها جمع بين حق المشتري و حق صاحبها، و صاحبها و إن كان حرييا و لا احترام لماله لكن بالصلح أصبح محترما بالعرض:

و فيه: أما عن الأول فكون البائع سارقا أو قد ترتبت يده عليها لا يقتضى انحصار الرد به و إلا لكان الغاصب من الغاصب مما يجب عليه الرد على الغاصب الأول و هو باطل بالاتفاق، بل يجب ردها على مالکها فقط و أما عن الثانى فحق المشتري عند البائع و ليس عند مولى الجاريه حتى تستسعى فى ثمنها.

و لذا ردت الروايه عند الأ-كثر هذا من جهه و من جهه أخرى ذهب الحلبي إلى أنها بمنزله اللقطه، و عن أكثر المتأخرين أنها تسلم إلى الحاكم بعد تعذر إيصالها إلى مالکها و وكيله أو وارثه و لا تستسعى و هو أشبه بالقواعد، نعم يجوز للمشتري مطالبه البائع بالثمن مع بقاءه، و مع تلفه فإن كان المشتري جاهلا بسرقتها فكذلك، و إلا فلا لأنه هو الذى سلطه على الإتلاف لعلمه بالسرقه، و لا تستسعى الجاريه مطلقا لأن كسبها لمولاهها فلا يجوز أخذه بغير رضاه و إن ضاع الثمن، و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه المصنف هنا من وجوب ردها على البائع، إذ كيف يرددها على البائع و هو غير مالک لها.

(١) ملك للغير.

(٢) أى المشتري.

(٣) و هو البائع.

(٤) حكم المصنف.

ص: ٤٧٣

طرحا للرواية الداله على ردّها عليه (١)، و فى الدروس استقرب العمل بالروايه المشتمله على ردّها على البائع و استسعائها فى ثمنها لو تعذر على المشتري أخذها من البائع و وارثه مع موته.

و اعتذر عن الردّ إليه (٢) بأنه تكليف له ليردها إلى أهلها، إما لأنه سارق، أو لأنه ترتبت يده عليه، و عن استسعائها بأن فيه جمعا بين حق المشتري و حق صاحبها، نظرا إلى أن مال الحربى فىء فى الحقيقه و إنما صار محترما بالصلح احتراماً عرضياً فلا يعارض ذهاب مال محترم (٣) فى الحقيقه (٤).

و لا يخفى أن مثل ذلك (٥) لا يصلح لتأسيس مثل هذا الحكم، و تقريبه للنص إنما يتم لو كانت الروايه مما تصلح للحجه، و هى بعيدة عنه (٦)، و تكليف البائع بالرد لا يقتضى جواز دفعها إليه كما فى كل غاصب، و قدم يده لا أثر له فى هذا الحكم، و إلا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد إليه، و هو باطل. و الفرق فى المال بين المحترم بالأصل و العارض لا مدخل له فى هذا الترجيح، مع اشتراكهما فى التحريم، و كون المتلف للثمن ليس هو مولى الأمه، فكيف يستوفى من ماله، و ينتقض بمال أهل الذمه فإن تحريمه عارض و لا يرجح عليه مال المسلم المحترم بالأصل عند التعارض.

و الأقوى اطراح الروايه بواسطه مسكين، و شهرتها لم تبلغ حد وجوب العمل بها، و إنما عمل بها الشيخ على قاعدته (٧)، و اشتهرت بين أتباعه، و ردها المستنبطون لمخالفتها للأصول.

و الأقوى وجوب رد المشتري لها على مالكها، أو وكيله، أو وارثه و مع (١) على البائع.

(٢) إلى البائع.

(٣) و هو مال المشتري.

(٤) أى فى الأصل.

(٥) و هو عدم معارضه احترام المال المحترم عرضاً لاحترام المال المحترم ذاتاً.

(٦) عن صلاحها للحجه.

(٧) و هى العمل بها إذا الوثوق بها فى الجملة.

التعذر على الحاكم، و أما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقا (١)، و مع تلفه إن كان المشتري جاهلا- بسرقتها، و لا تستسعى الأمة مطلقا (٢).

### السابعه - لا يجوز بيع عبد من عبيد

(السابعه - لا يجوز بيع عبد من عبيد) من غير تعيين (٣)، سواء كانا متساويين فى القيمة و الصفات، أم مختلفين لجهاله المبيع المقتضيه للبطلان،(و لا) بيع (عبيد) كذلك، للعله (٤)، و قيل: يصح مطلقا (٥)، استنادا إلى ظاهر روايه ضعيفه، و قيل: يصح مع تساويهما من كل وجه، كما يصح بيع قفيز من صبره متساويه الأجزاء، و يضعف بمنع تساوى العبيد على وجه يلحق بالمثل، و ضعف الصحه مطلقا (٦) واضح.

(و يجوز شراؤه) أى شراء العبد (موصوفا) على وجه ترتفع الجهاله (سلما)، لأن ضابط المسلم فيه ما يمكن ضبطه كذلك (٧)، و هو منه (٨)، كغيره من الحيوان إلا- ما يستثنى (٩)،(و الأقرب جوازه) موصوفا (حالا) لتساويهما (١٠) فى المعنى (١)سواء كان المشتري عالما أو جاهلا بسرقتها.

(٢)سواء كان المشتري عالما أم جاهلا، سواء تعذر استرداد الثمن أم لا، و سواء تلف الثمن أم لا.

(٣)على المشهور لجهاله المبيع، و عن الشيخ فى الخلاف الجواز عملا بخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام و سيأتى ذكره فيما بعد، و هو خبر ضعيف السند، مخالف للقواعد، لأن المبيع إذا كان مجهولا كان باطلا، و عن العلامة فى المختلف جواز بيع أحدهما من غير تعيين بشرط تساويهما من كل وجه حتى يكون ذلك كالصاع من الصبره، و الأقوى المنع مطلقا لجهاله المبيع، بعد عدم كون التساوى متحققا فى العبيد على نحو يلحقه بالمثل.

(٤)و هى جهاله المبيع.

(٥)مع التساوى و عدمه، و هو قول الشيخ.

(٦)حتى فى المتساوى.

(٧)أى على وجه ترتفع الجهاله.

(٨)أى و العبد الموصوف من المسلم فيه.

(٩)كالسلف فى الجارية الحامل أو ذات الولد أو الشاه كذلك و سيأتى دليل المنع فيها فى بابه.

(١٠)أى الحال و السلم.

المصحح للبيع (فلو باعه) عبدا كذلك (١) (و دفع إليه (٢) عبدين للتخيير) أى ليتخير ما شاء منهما (فأبق أحدهما) من يده (٣) (بنى) ضمان الآبق (على ضمان المقبوض بالسوم)، و هو الذى قبضه ليشتريه فتلف فى يده بغير تفريط، فإن قلنا بضمانه كما هو المشهور (٤) ضمن هنا، لأنه (٥) فى معناه (٦)، إذ الخصوصية (٧) ليست لقبض السوم، بل لعموم قوله صلى الله عليه وآله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٨)، و هو (٩) مشترك بينهما و إن قلنا بعدم ضمانه (١٠) لكونه مقبوضا بإذن المالك و الحال أنه لا تفريط فيكون كالودعى لم يضمن هنا (١١)، بل يمكن عدم الضمان هنا و إن قلنا به ثمه (١٢)، لأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوه، أو مجازا بما يؤول إليه (١٣)، و صحيح المبيع و فاسده مضمون (١٤).

بخلاف صورته الفرض (١٥)، لأن المقبوض ليس كذلك (١٦) لوقوع البيع سابقا، و إنما هو محض استيفاء حق، لكن يندفع ذلك (١٧) بأن المبيع لما كان أمرا (١) أى موصوفا سلما أو حالا.

(٢) إلى المشتري.

(٣) أى يد المشتري من غير تفريط منه.

(٤) بل قيل بعدم الخلاف فيه كما سيأتى دليله فى أبحاث القبض.

(٥) لأن القبض هنا.

(٦) أى معنى السوم.

(٧) أى خصوصية الضمان.

(٨) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠، كنز العمال ج ٥ ص ٥٢٧، مغنى ابن قدامه ج ٥ ص ١٩٨.

(٩) و العموم.

(١٠) أى بعدم ضمان السوم.

(١١) فى القبض للتخيير.

(١٢) أى فى السوم.

(١٣) إلى البيع.

(١٤) قد تقدم أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فراجع.

(١٥) و هو المقبوض للتخيير.



(١٦) أى ليس بيعا بالقوه أو مجازا بعلاقه الأول.

(١٧) أى بأن المقبوض هنا ليس بيعا.

ص: ٤٧٦

كلياً، و كان كل واحد من المدفوع صالحاً لكونه فرداً له (١) كان في قوة المبيع، بل دفعهما للتخيير حصر له (٢) فيهما، فيكون (٣) بمنزله المبيع حيث إنه (٤) منحصر فيهما، فالحكم هنا (٥) بالضمان أولى منه (٦).

(و المروى) عن الباقر عليه السلام بطريق ضعيف (٧)، و لكن عمل به الأكثر (١) أى فرداً للكلى.

(٢) أى حصر لكلى فى العبدین المدفوعين.

(٣) أى فيكون القبض هنا.

(٤) حيث إن المبيع الكلى.

(٥) فى الفردين.

(٦) أى أولى من المقبوض بالسوم، و وجه الأولويه: تحقق البيع هنا بخلاف السوم فإنه سيتحقق.

(٧) قد روى الكليني عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي حبيب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً و كان عنده عبدان، فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيهما شئت و رد الآخر، و قد قبض المال، و ذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده، قال: ليرد الذى عنده منهما، و يقبض نصف الثمن مما أعطى من البيع - البائع خ ل - و يذهب فى طلب الغلام، فإن وجده اختار أيهما شاء و رد النصف الآخر الذى أخذ، و إن لم يوجد كان العبد بينهما نصفه للبائع و نصفه للمبتاع) (١).

و الخبر صريح بكون التالف بينهما و يرتجع نصف الثمن، فإن وجده اختار، و إلا - كان الموجود لهما بناء على انحصار حق المشتري فيهما، و قد عمل به الشيخ فى النهايه و ابن ابراج، بل فى الدروس نسبته إلى الأكثر، و هو خبر ضعيف لجهالة ابن أبي حبيب، و مخالف للقواعد الشرعيه من انحصار الحق الكلى قبل تعيينه فى فردين، و ثبوت المبيع فى نصف الموجود المقتضى للشركه مع عدم الموجب لها، ثم الرجوع إلى التخيير و لو وجد الآبق، و نزل الخبر على تساويهما قيمه و مطابقتها للمبيع الكلى و صفاء، و انحصار حق المشتري فيهما حيث دفعهما إليه و عتقهما للتخيير كما لو حصر الحق فى واحد، و عدم ضمان الآبق إما بناء على عدم ضمان المقبوض بالسوم، أو تنزيل هذا التخيير منزله الخيار -

ص: ٤٧٧

(انحصار حقه فيهما) على سبيل الإشاعة، لا كون حقه أحدهما في الجملة.

(و عدم ضمانه) أى الآبق (على المشتري فينسخ نصف المبيع)، تنزيلا- للآبق منزله التالف قبل القبض، مع أن نصفه مبيع (و يرجع) المشتري (بنصف الثمن على البائع) و هو عوض التالف (و يكون) العبد (الباقى بينهما) بالنصف، (إلا أن يجد الآبق يوما فيتخير) (١) فى أخذ أيهما شاء، و هو (٢) مبنى على كونهما بالوصف المطابق للمبيع و تساويهما فى قيمه.

و وجه انحصار حقه فيهما كونه عينهما (٣) للتخير، كما لو حصر الحق فى واحد، و عدم ضمان الآبق إما لعدم ضمان المقبوض بالسوم، أو كون القبض على هذا الوجه يخالف قبض السوم، للوجه الذى ذكرناه (٤) أو غيره (٥)، أو تنزيلا لهذا- الذى لا يضمن المشتري ما يتلف فيه.

للأخبار.

و هذا التنزيل مشكل، أما انحصار الحق فيهما ففيه بأن المبيع أمر كلى لا يتشخص إلا بتشخيص البائع، و دفعه الاثنى ليتخير المشتري أحدهما ليس تشخيصا و إن حصر الأمر فيهما لأصالة بقاء الحق فى الذمه إلا أن يثبت شرعا كون ذلك كافيا و هو غير ثابت.

و أما تساويهما قيمه ليلحقا بمتساوى الأجزاء كما عن العلامة فى المختلف حتى استوجه جواز بيع عبد منهما من غير تعيين كما تقدم كما يجوز بيع الصاع من الصبره، مع تنزيله على نحو الإشاعة فيكون التالف منهما و الباقي لهما، ففيه منع تساوى العبدين على وجه يلحقان بالمثل و منع بيع الصاع من الصبره على نحو الإشاعة و قد تقدم سابقا فى محله، و مع ذلك فاللزام لو كانت الإشاعة متحققه عدم ارتجاع نصف الثمن.

و أما عدم ضمان الآبق فقد عرفت ما فيه، فاللزام طرح الخبر لضعفه و مخالفته للقواعد و الرجوع إلى أصول المذهب و قواعده، فلا بد - كما صرح به غير واحد من الأصحاب كما فى الجواهر - من الحكم بضمنان المشتري للتألف لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و من الحكم باستحقاقه المبيع فله المطالبه بالعبد الثابت فى الذمه.

(١) أى المشتري.

(٢) أى حكم الروايه.

(٣) أى البائع.

(٤) من وقوع البيع سابقا.

(٥) كدعوى الإجماع على ضمان المقبوض بالسوم.

التخيير منزله الخيار الذى لا يضمن الحيوان التالف فى وقته (١).

و يشكل بانحصار الحق الكلى قبل تعيينه فى فردين، و منع ثبوت الفرق بين حصره فى واحد، و بقاءه كليا (٢)، و ثبوت المبيع فى نصف الموجود المقتضى للشركه، مع عدم الموجب لها (٣)، ثم الرجوع إلى التخيير لو وجد الآبق، و أنّ دفعه الاثنى ليس تشخيصا و إن حصر الأمر فيهما لأصالة بقاء الحق فى الذمه إلى أن يثبت المزيل شرعا، كما لو حصره فى عشره و أكثر. هذا مع ضعف الروايه عن إثبات مثل هذه الأحكام المخالفه للأصول.

(و فى انسحابه (٤) فى الزيادة على اثنين إن قلنا به) فى الاثنى، و عملنا بالروايه، (تردد) (٥) من صدق (٦) العبدى فى الجملة، و عدم ظهور تأثير الزيادة، (١) قال الشارح فى المسالك: (و أما بناؤه على التالف فى زمن الخيار فليس بشىء إذ لا خيار هنا).

(٢) قال الشيخ أحمد التونى أحد المحشين على الروضه فى هذا المورد: (ظاهره أن بناء كلام المستدل على منع ثبوت الفرق بين حصر الحق فى واحد و بقاءه كليا، و أن ذلك يكفيه فى إلحاق تعيين الحق فى اثنين بتعيينه فى واحد، و إجراء حكم الواحد فى اثنين، فأشكل ذلك المنع إذ الفرق ثابت، و لا يخفى ما فيه، فإن الاستدلال مبنى على ثبوت عدم الفرق كما يقتضيه المنع، و الذى يخطر ببالي أن العبارة كانت هكذا: و يشكل الحكم بانحصار الحق الكلى قبل تعيينه فى فردين مع ثبوت الفرق...، و ذلك لأن الحكم بانحصاره فى فردين لعله يعينهما للتخيير للإلحاق بتعيين الواحد الموجب لحصر الحق فيه، و مع ثبوت الفرق لا يتم الإلحاق، فاشتبه على الناسخين من الأصل، و يؤيده أن فى بعض النسخ العبارة كذلك) انتهى.

(٣) للشركه.

(٤) أى جريان حكم الروايه.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و على الروايه لا- يتعدى إلى غير انسحاب العبيد اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص لبطلان القياس، و به قطع الشيخ، و لو تعددت العبيد فى انحصار الحكم وجهان، من صدق العبدى فى الجملة، و الخروج عن نفس المنصوص، فإن قلنا به - أى بالانسحاب - و كانوا ثلاثه فابق واحدات ثلث المبيع و ارتجع ثلث الثمن، مع احتمال بقاء التخيير لبقاء محله، و عدم فوات شىء).

و لو كانا أمتين أو عبدا أو أمه ففيه الوجهان، و قطع فى الدروس بانسحاب الحكم هنا، و لو هلك أحد العبدى فى انسحاب الحكم الوجهان، و الأولى العدم فى ذلك كله لو قلنا به - أى بحكم الروايه - لما ذكرنا). أى لكونه غير منصوص.

(٦) دليل الانسحاب.

مع كون محل التخيير زائدا عن الحق (١). و الخروج (٢) عن المنصوص المخالف للأصل، فإن سحبنا الحكم و كانوا ثلاثة فأبق واحد فأت ثلث المبيع و ارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما ذكر (٣)، و يحتمل بقاء التخيير (٤) و عدم فوات شيء (٥)، سواء حكمنا بضممان الأبق أم لا، لبقاء محل التخيير الزائد عن الحق.

(و كذا لو كان المبيع غير عبد كأمه (٦) فدفعت إليه أمتين أو إماء، و قطع في الدروس بثبوت الحكم هنا، بل) في انسحاب الحكم (في أي عين كانت) كثوب و كتاب، إذا دفع إليه منه اثنتين، أو أكثر، التردد، من المشاركة (٧) فيما ظن كونه عليه الحكم و بطلان (٨) القياس. و الذي ينبغي القطع هنا بعدم الانسحاب، لأنه قياس محض لا نقول به، و لو هلك أحد العبدین ففي انسحاب الحكم الوجهان، من أن (٩) تنزيل الإباق منزله التلف يقتضى الحكم مع التلف بطريق أولى (١٠)، و من ضعفه (١١) بتنجيز (١٢) التنصيف من غير رجاء لعود التخيير، بخلاف (١) أي إعطاء الاثنين للمشتري حتى يختار هو زياده عن الحق، فكذلك إعطاؤه أكثر من اثنين للاختيار يكون زياده عن الحق بلا فرق في المقامين فما يجرى في الأول يجرى في الثاني.

(٢) دليل عدم الانسحاب.

(٣) من كون المشتري شريكا في الباقي، ثم إذا وجد الأبق يكون المشتري بالخيار بين أخذ الأبق أو أخذ غيره.

(٤) أي تخيير المشتري بين أخذ أحد الاثنين الباقيين، من دون انسحاب حكم الروايه إلى المقام، و ذلك لأن حكم الروايه في مورد ما لو دفع إليه اثنين و أبق أحدهما فقد فات كل التخيير، و أما هنا فمحل التخيير باق.

(٥) أي من المبيع إذ له اختيار عبد تام الأوصاف بخلاف المروى في صورته الاثنين.

(٦) في الأمه لعدم خصوصيه ذكوريه العبد المذكور في الروايه.

(٧) دليل الانسحاب.

(٨) دليل العدم.

(٩) دليل الانسحاب.

(١٠) و وجهه واضح من عبارته الشارح.

(١١) أي و من ضعف الانسحاب.

(١٢) أي بتعيين.

الإباق (١) و الأقوى عدم اللحاق هذا كله على تقدير العمل بالروايه، نظرا إلى انجبار ضعفها بما زعموه من الشهره.

و الذى أراه منع الشهره فى ذلك (٢)، و إنما حكم الشيخ بهذه و نظائرها على قاعدته (٣)، و الشهره بين أتباعه خاصه كما أشرنا إليه فى غيرها. و الذى يناسب الأصل (٤) أن العبدین إن كانا مطابقين للمبيع تخير بين اختيار الآبق و الباقي، فإن اختار الآبق ردّ الموجود و لا شيء له، و إن اختار الباقي انحصر حقه فيه، و بنى ضمان الآبق على ما سبق (٥)، و لا فرق حينئذ بين العبدین، و غيرهما من الزائد و المخالف (٦). و هذا هو الأقوى.

## الفصل الرابع: فى بيع الثمار

### اشاره

(الفصل الرابع: فى بيع الثمان)

### فى عدم جواز بيع الثمره قبل ظهورها

(و لا يجوز بيع الثمره قبل ظهورها (٧)

(١) فيحتمل العود و يرجع التخيير.

(٢) أى فى الروايه.

(٣) من العمل بالخبر إذا حصل الوثوق به فى الجملة.

(٤) أى أصل المذهب و قواعده المقرره الثابته من صحاح الأخبار.

(٥) من إلحاقه بضمنان السوم أو لا.

(٦) أى المخالف للعبد كالأمه و الثوب و الكتاب.

(٧) لا يجوز بيع الثمره قبل ظهورها عاما واحدا بلا ضميمه، بلا خلاف فيه كما فى المسالك، و لذا نسبه بعضهم إلى الضروره كما فى الجواهر للأخبار.

منها: خبر أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان أبو جعفر عليه السّلام يقول: إذا بيع الحائط فيه النخل و الشجر سنه واحده فلا يباعنّ حتى تبلغ ثمرته، و إذا بيع سنتين أو ثلاثا فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضره - الخضر - خ) (١)، و خبر عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الكرم متى يحلّ بيعه؟ قال: إذا عقد و صار عروقا) ٢، و صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تشتت النخل حولا واحدا حتى يطعم، و إن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل) ٣، و مثله خبر أبى بصير ٤، و خبره الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن النخل و الثمره يبتاعها الرجل عاما واحدا قبل أن يثمر، قال: لا حتى تثمر و تأمن ثمرتها من الآفه، فإذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام، و إن شئت مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل) ٥.

---

١- ( (١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٧ و ٦ و ٩ و ١٠ و ١٢.

و هو بروزها إلى الوجود و إن كانت (١) فى طلع، أو كمام (٢)(عاما) واحدا.

و عن الحدائق الجزم بالصحة قبل ظهورها، و قال (و إلى هذا يميل كلام جملة من محققى المتأخرين كالمحقق الأردبيلي و الفاضل الخراسانى)، اعتمادا على أخبار ظاهره فى الكراهه كصحيح بريد بن معاويه (سألت أبا جعفر عليه السلام - إلى أن قال -

فأمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى النخل، فقال أبو جعفر عليه السلام: خرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فسمع ضوضاء، فقال: ما هذا؟ فيقل له:

تبايع الناس النخل، فقصد النخل العام، فقال عليه السلام: أما إذا فعلوا فلا- تشتروا النخل العام حتى يطلع فيه الشيء و لم يحرمه(١)، و صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - و سئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماه من أرض فتهلك ثمره تلك الأرض كلها، فقال: قد اختصموا فى ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فكانوا يذكرون ذلك، فلما رأهم لا- يدعون الخصومه نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة و لم يحرمه، و لكن فعل ذلك من أجل خصومتهم)٢، و صحيح ربعي (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن لى نخلا بالبصره فأبيعه و أسمى الثمن و أستثنى الكر من الثمر أو أكثر، أو العدد من النخل، فقال: لا بأس، قلت: جعلت فداك، بيع السنتين، قال: لا بأس، قلت: جعلت فداك إن ذا عندنا عظيم، قال: أما إنك إن قلت ذلك لقد كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أحل ذلك فتظالموا - فتظلموا يب - فقال عليه السلام: لا تبايع الثمرة حتى يبدو صلاحها(٢)، و لكن لا بد من تأويلها أو طرحها لمعارضتها للنصوص السابقة و للقواعد المقرره من كون الثمرة المعدومه غير قابله للنقل و الانتقال قبل وجودها، لأن المبيع لا بد أن يكون موجودا.

(١) قيد للبروز إلى الوجود، قال فى المسالك: (و المراد بظهور الثمرة خروجها إلى الوجود و إن كانت فى طلعها، و فى حديث سماعه قال: سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعها، فقال: لا، إلا أن يشتري معها غيرها، رطبها أو بقلها، و إن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري فى الرطب و البقل(٣)، تنبيه على أن المراد بالظهور ما يشمل خروجه فى الطلع، و فيه دليل على جواز بيعه عاما مع الضميمه، إلا أنه مقطوع، و حال سماعه مشهور، و المراد بالعام هنا ثمره العام، و إن وجدت فى شهر واحد أو أقل) انتهى.

(٢) هو غلاف الطلع و النور.

ص: ٤٨٢

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

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



بمعنى ثمره ذلك العام وإن وجدت في شهر، أو أقل، سواء في ذلك ثمره النخل، وغيرها، وهو موضع وفاق، و سواء ضم إليها شيئاً (١)، أم لا- (و لا-) بيعها قبل ظهورها أيضاً (أزيد) من عام (على الأصح) (٢)، للغر، و لم يخالف فيه إلا- (١) أما مع عدم الضميمة فلا خلاف فيه كما عرفت، و أما مع الضميمة فالمشهور على المنع - كما في المسالك - حيث لا تكون الضميمة هي المقصوده بالبيع لأنه يبيع غررى، و أما لو كانت الضميمة مقصوده بالبيع كالثمره فالظاهر الصحه و عليه تحمل موثقه سماعه المتقدمه.

(٢) ففي جواز بيعها قبل ظهور الثمره عامين فصاعداً خلاف، فالمشهور على عدم الجواز، للانعدام الموجب لعدم تحقق البيع مع أنه يشترط في البيع أن يكون موجوداً، و للغرر و الجهالة المانعين عن صحه البيع، و لجمله من الأخبار.

منها: خبر أبي بصير المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن النخل و التمر يبتاعهما الرجل عاماً واحداً قبل أن يثمر، قال: لا- حتى يثمر و تأمن ثمرتها من الآفه، فإذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام، و إن شئت مع ذلك العام أو أكثر، من ذلك و أقل) (١) و مفهوم ذيله ظاهر في المنع، و خبر أبي الربيع السامى المتقدم (و إذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضره - الخضرخ ل) ٢، و كذا الاستدلال بالمفهوم، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنه، و إن شئت أكثر و إن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر) (٢).

و لكن قيل لم يصرح بالمنع أحد من القدماء قبل الفاضل، بل ذهب إلى الجواز جماعه و قواه المحقق الثاني و الشارح في المسالك بل نسب إلى الصدوق القول به لجمله من الأخبار الصحيحه.

منها: صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شراء النخل و الكرم و الثمار ثلاث سنين أو أربع سنين فقال: لا بأس، تقول: إن لم يخرج في هذه السنه أخرج في قابل، و إن اشتريته في سنه واحده فلا تشتريه حتى يبلغ، و إن اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس) (٣)، و صحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل، فقال: كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمره السنه، و لكن السنين و الثلاث كان-

ص: ٤٨٣

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٢ و ٧.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

٣- (( ٤ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٢.

الصدوق لصحيحه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام الداله على الجواز، و لا يخلو من قوه إن لم يثبت الإجماع على خلافه (١).

### فى جواز بيعها بعد بدو صلاحها

(و يجوز) بيعها (بعد بدو صلاحها) (٢) إجماعاً، (و فى جوازه قبله (٣) بعد) -يقول: إن لم يحمل فى هذه السنه حمل فى السنه الأخرى، قال يعقوب: و سألته عن الرجل يبتاع النخل و الفاكهه قبل أن يطلع سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً، قال: لا بأس إنما يكره شراء سنه واحده قبل أن يطلع مخافه الآفه حتى يستبين(١) و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن شراء النخل سنتين أ يحل؟ قال: لا بأس يقول: إن لم يخرج العام شيئاً أخرج القابل إن شاء الله)٢ و مثلها غيرها.

و اشتمالها على التعليل و الصراحه فى الدلاله و صحه أسانيدها و كثره عددها يوجب ترجيحها على الطائفة الأولى.

(١) حيث ادعى ابن إدريس الإجماع على المنع و قال (و قد اشتبه على بعض من أصحابنا ذلك، و يظنون أنه يجوز بيعها سنتين و إن كانت فارغه لم تطلع بعد وقت العقد، و هذا خلاف ما يجدونه فى تصانيف أصحابنا و خلاف إجماعهم و أخبار أئمتهم و فتاواهم) انتهى، و لكن فى الجواهر: (و إجماع ابن إدريس مردود عليه بما عن غايه المراد للشهيد من أن الأصحاب لم يذكروه صريحاً، و لا تعرض للمنع إلا جماعه منهم، و نحو ذلك فى المختلف).

(٢) يجوز بيع الثمره بعد ظهورها و بدو صلاحها، بلا خلاف فيه لوجود المبيع حال البيع فتشمله أدله حليه البيع، ثم لا فرق فيه بين بيعه عاماً واحداً أو عامين، و بشرط القطع و غيره، منفردة بيعت أو منضمه إلى شىء متمول مقصود بالبيع أو غيره للإطلاق.

(٣) أى هل يجوز بيع الثمره عاماً قبل بدو الصلاح و بعد ظهورها من غير ضم ما يجوز بيعه إليها و بدون شرط القطع أو لا، فعن الإسكافى و الصدوق فى المقنع و التقى و المفيد و الطوسى و القاضى و ابن حمزه و الفاضل أنه لا يصح، و عن الشيخ فى التهذيب و الاستبصار و الحلّى و الآبى و الفاضل فى جملة من كتبه و ولده فخر المحققين و الشهيدين و الكركى و الميسى و القطيفى أنه يكره، و عن سلالر أنه يراعى فى الصحه و عدمها السلامه، و حجه الأول الأخبار.

و منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تشتتر النخل حولاً واحداً

ص: ٤٨٤

(الظهور) من غير ضميمه، و لا زياده عن عام، و لا مع الأصل و لا بشرط القطع (خلاف، أقربه الكراهه)، جمعا بين الأخبار بحمل ما دل منها على النهى على الكراهه، و القول الآخر للأكثر المنع، (و تزول) الكراهه (بالضميمه) (١) إلى ما يصح إفراده بالبيع، (أو شرط القطع) (٢) و إن لم يقطع بعد ذلك مع تراضيهما عليه (٣)، (أو بيعها مع الأصول) (٤) و هو فى معنى الضميمه، (و بدو الصلاح) (٥) المسوغ -حتى يطعم، و إن شئت أن تتباعه سنتين فافعل(١) و مثله خبر أبى بصير٢، و خبر أبى الربيع الشامى المتقدم٣.

و حجه الثانى هو الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دل على الجواز كصحيح الحلبي المتقدم (إلى أن قال - قد اختصموا فى ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فكانوا يذكرون ذلك، فلما رأهم لا يدعون الخصومه نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمره و لم يحرمه، و لكن فعل ذلك من أجل خصومتهم)٤، و صحيح ربيعى المتقدم٥، و غيرهما، و هذه الطائفه ظاهره فى الكراهه، و مما تقدم تعرف ضعف القول الثالث لسائر و لذا لم يلتفت إليه فى بعض الكتب لأنه بلا دليل.

(١) قد تقدم الكلام فيه فيما لو كانت قبل الظهور، فبعده من باب أولى.

(٢) قال فى الجواهر: (لا- خلاف عندهم فى الجواز مع اشتراط القطع، حيث لا تكون المعامله معه سفها، بل حكى عليه الإجماع مستفيضا أو متواترا، مع أنه لا أثر له فى النصوص، فليس ذلك إلا لأن اشتراط القطع يعين كون مراد المتبايعين هذا الموجود فى هذا الحال، و لا ريب فى أنه مال مملوك يجوز بيعه، و لا يعتبر فى الصحه تحقق القطع، بل لو رضى المالك بعد ذلك بالبقاء مجانا أو بأجره جاز إجماعا فى التذكرة.

(٣) على عدم القطع.

(٤) لأن هذا البيع هو بيع الثمره مع الضميمه فيصح بالاتفاق، ثم لو باعها عامين فصاعدا بعد ظهورها و قبل بدو صلاحها فقد عرفت جوازه عند البحث فى جواز بيعها عامين فصاعدا قبل ظهورها، بل هو أدلى.

(٥) بدو الصلاح الذى هو شرط الصحه أو لرفع الكراهه على الخلاف المتقدم هو احمرار البسر أو اصفراره على المشهور بين الأصحاب لخبر الوشاء (سألت الرضا عليه السلام: هل يجوز بيع النخل إذا حمل؟ قال: لا يجوز بيعه حتى يزهو، قلت: و ما الزهو جعلت فداك؟-

ص: ٤٨٥

للبيع مطلقاً (١)، أو من غير كراهه و هو (احمرار التمر) بالمشناه من فوق مجازاً (٢) في ثمره النخل، باعتبار ما يؤول إليه، (أو اصفراره) فيما يصفر، (أو انعقاد ثمره غيره (٣) من شجر الفواكه (و إن كانت في كمام) بكسر الكاف جمع أكمه، بفتح -قال: يحمرّ و يصفرّ و شبه ذلك) (١)، و خبر على بن أبي حمزه (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل، ليس فيه غيره بسراً - غير بسر - أخضر، قال: لا حتى يزهو، قلت: و ما الزهو؟ قال: حتى يتلون) ٢، و خبر المناهي عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم (و نهى أن يتناع الثمار حتى تزهو، يعنى تصفرّ أو تحمرّ) ٣ و النبوى الآخر (و نهى عن بيع الثمر قبل أن يزهو، و زهوه أن يحمرّ أو يصفرّ) (٢).

و زاد المحقق في الشرائع و العلامه في الإرشاد بأن بدو الصلاح بأن تبلغ الثمره مبلغاً يؤمن عليها العامه، لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن النخل و الثمره يتناعها الرجل عاماً واحداً قبل أن يثمر، قال: لا- حتى تثمر و تأمن ثمرتها من العاهه) ٥، و للنبوى العامى (نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهه) (٣) و النبوى العامى الآخر (لا- تتناعوا الثمره حتى يبدو صلاحها، قيل: و ما بدو الصلاح؟ قال تذهب عاهتها و يخلص رطبها) ٧، و المرجع فيه إلى العرف، و يحتمل أن الا-حمرار و الاصفرار هو الحد الذى يؤمن عليها من العاهه فلا خلاف بين الأخبار، نعم نقل العلامه في التذكره عن البعض أن بدو الصلاح حين طلوع الثرى لما روته العامه (أن ابن عمر روى عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهه، فقال له عثمان بن عبد الله سراقه:

و متى ذلك؟ قال: إذا طلعت الثريا) (٤) و ردّ بأن هذه التتمه من كلام ابن عمر لا قول للنبي صلّى الله عليه و آله و سلّم.

(١) من دون أى قيد بناء على الحرمة قبل بدو الصلاح.

(٢) إذ لا يقال حين الاحمرار أنه تمر بل يقال: بسر، و لكن صح إطلاق الثمر عليه باعتبار أنه يؤول إليه.

(٣) اعلم أن البحث المتقدم مختص فى ثمره النخل، و لكن ظاهر النصوص و الفتاوى - كما فى الجواهر - اتحاد حكم ثمره النخل مع ثمره باقى الأشجار بالنسبه إلى ما قبل الظهور

ص: ٤٨٦

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٣ و ٥ و ١٤.

٢- (( ٤ و ٥ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٥ و ١٢.

٣- (( ٦ و ٧ )) سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٠٠.

٤- (( ٨ )) سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٠٢.

و- بعده، و لكن نقل عن العلامة الفرق بين ثمره النخل و ثمره غيره، فجوز بيع الأول بعد ظهورها قبل بدو الصلاح عامين، و منعه في الثانيه و قال في الجواهر: (إن الذي وقعنا عليه من كلامه صريح في خلافه).

و على كل فلا يجوز بيع ثمره الأشجار قبل ظهورها عاما، و في العامين و مع الضميمة ما تقدم من الجواز، و بعد الظهور و قبل بدو الصلاح فيجوز بشرط القطع أو الضميمة أو عامين، و بدون ذلك ففيه البحث السابق في ثمره النخل، و لكن حدّ الصلاح فيها أن ينعقد الحب من غير شرط الزيادة على الأشهر كما عن الكفايه، و عن الشيخ في النهايه و جماعه أن حده انعقاد الحب و تناثر الورد، و عن الشيخ في المبسوط قال (و بدو الصلاح يختلف، فإن كانت الثمره مما تحمّر أو تسودّ أو تصفرّ فبدو الصلاح فيها حصول هذه الألوان، و إن كانت مما تبيض فبأن تتمّوه، و هو أن يتمّوه فيها الماء الحلو و يصفو لونها، و إن كانت مما لا تتلون مثل التفاح فبأن يحلو و يطيب أكله، و إن كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج، قال: و قد روى أصحابنا أن التلون يعتبر في ثمره النخل خاصه، فأما ما يتورد فبدو صلاحه أن ينتثر الورد و ينعقد، و في الكرم أن ينعقد الحصرم، و إن كان مثل القثاء و الخيار الذي لا يتغير طعمه و لا لونه، فإن ذلك يؤكل صغارا فبدو صلاحه أن يتناهي عظم بعضه) انتهى.

هذا و قد تقدم عرض نصوص التلون من الاحمرار و الاصفرار في ثمره النخل، و قد تقدم أن التلون المذكور شرط في بيع ثمره غيره كما في حديث المناهي المتقدم (و نهى أن يبتاع الثمار حتى تزهو، يعني تصفرّ أو تحمّر) (١) و النبوي الآخر (و نهى عن بيع الثمر قبل أن يزهو، و زهوه أن يحمّر أو يصفّر) ٢ فما عن الشيخ في المبسوط في كلامه المتقدم أن المروى هو اعتبار التلون في ثمره النخل فقط ليس في محله.

هذا من جهه و من جهه أخرى يشهد للقول الأول موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الكرم متى يحلّ بيعه؟ قال: إذا عقد و صار عروقا) (٢) كما في الكافي، (و صار عقودا) ٤ كما في التهذيب، و العروق و العقود هو اسم للحصرم بالنبطيه على ما قيل، و بناء عليه لا واسطه بين بدو الصلاح و الانعقاد بخلاف ثمره النخل إذ قد تنعقد - - و لا تحمر و لا تصفر إلا بعد مده.

ص: ٤٨٧

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٤ و ١٥.

٢- (( ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٦ و ملحقه.

الهمزه و كسر الكاف و فتح الميم مشدده، و هي غطاء الثمره و النور كالرمان، و كذا لو كانت في كمامين كالجوز و اللوز، و هذا هو (١) الظهور المجوز للبيع أيضا.

و إنما يختلف بدو الصلاح و الظهور في النخل، و يظهر (٢) في غيرها (٣) عند جعله (٤) تناثر الزهر بعد الانعقاد، أو تلون الثمره (٥)، أو صفاء لونها، أو الحلاوه، و طيب الأكل في مثل التفاح، أو النضج في مثل البطيخ أو تناهى عظم بعضه في مثل القثاء كما زعمه الشيخ رحمه الله في المبسوط.

### في جواز بيع الخضر بعد انعقادها

(و يجوز بيع الخضر بعد انعقادها) (٦) و إن لم يتناه عظمها (لقطه و لقطات) و يشهد للثاني خبر ابن شريح عن أبي عبد الله عليه السلام (و بلغني أنه قال في ثمر الشجر:

لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته، فقليل له: و ما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط ورده) (١)، إلا أن يقال كما في الجواهر: (و لعل الانعقاد دائما يكون بعد تناثر الورد كما هو ظاهر الخبر) فيتحد القولان، و الجمع بين هذين الخبرين و بين أخبار التلون و الزهو الوارده في بيع الثمار غير ثمره النخل و قد تقدمت يفيد أن الصلاح في كل ثمره بحسب شأنها، فلا بد أن يختلف باختلاف الثمار و لذا يقرب قول الشيخ في المبسوط و تبعه عليه ابن البراج في المهذب و غيره، و على هذا القول هناك واسطه بين بدو الصلاح و بين الانعقاد.

(١) أي الانعقاد، و عليه فالانعقاد محقق لبدا الصلاح فلا واسطه بينهما.

(٢) أي الاختلاف.

(٣) غير ثمره النخل.

(٤) أي جعل بدو الصلاح كما هو رأى الشيخ في النهايه.

(٥) كما هو رأى الشيخ في المبسوط.

(٦) يجوز بيع الخضر كالخيار و البطيخ و القثاء و الباذنجان بعد انعقادها و إن لم يتناهى عظم بعضها، بناء على أن الانعقاد هو بدو صلاحها، و كذلك يجوز بيع البقول بعد ظهوره و بيع ما يخرط بعد تحققه، و يجوز بيعها لقطه و لقطات بالنسبه للخضر، و جزه و جزات بالنسبه للبقول، و خرطه و خرطات بالنسبه لما يخرط ورقه كالحناء و التوت، بلا خلاف فيه كما يشهد له موثق سماعه (سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات؟-

ص: ٤٨٨

(معينه) أى معلومه العدد،(كما يجوز شراء الثمره الظاهره، و ما يتجدد فى تلك السنه، و فى غيرها) مع ضبط السنين، لأن الظاهر منها (١) بمنزله الضميمه إلى المعدوم، سواء كانت المتجدده من جنس الخارجه، أم غيره.

(و يرجع فى اللقطه إلى العرف) فما دل على صلاحيته للقطع يقطع و ما دل على عدمه لصغره، أو شكّ فيه لا يدخل، أما الأول فواضح و أما المشكوك فيه فلاصالة بقاءه على ملك مالكة، و عدم دخوله فيما أخرج باللقط،(فلو امتزجت الثانيه) بالأولى (٢) لتأخير المشتري (٣) قطعها فى أوانه (تخير المشتري بين الفسخ و الشركه)، للتعب بالشركه، و لتعذر تسليم المبيع منفردا، فإن اختار الشركه -فقال: إذا رأيت الورق فى شجره فاشتر منه ما شئت منه من خرطه(١) و خبر معاويه بن ميسره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرطبه يبيعها هذه الجزه و كذا و كذا جزه بعدها، قال: لا بأس به، ثم قال: قد كان أبى يبيع الحناء كذا و كذا خرطه)٢.

و المرجع فى اللقطه و الجزه و الخرطه إلى العرف سواء كانت اللقطات و ما بعدها موجوده حال البيع، أو لم يكن موجودا غير الأول، و انعدام ما عدا الأولى بعد ضممه إليها لا يضر بصحة البيع لأنه بمنزله المتجدد من الثمره فى السنه أو فى العام المقبل، نعم لو باع الثانيه خاصه أو ما بعدها مما لم يوجد لم يصح للجهاه.

(١) من الثمره.

(٢) بحيث لو اشترى لقطه من الخضراوات فامتزجت بالمتجدده من غير تمييز، فقد ذهب العلامه فى القواعد إلى ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ و الشركه عند مماحكه البائع من دون فرق بين أن يكون تجدد ذلك قبل القبض أو بعده و سواء كان الاختلاط بتفريط المشتري أم لا، و ثبوت الخيار للمشتري للتعب بالشركه و تعذر تسليم المبيع منفردا.

و أشكل عليه المحقق الثانى فى جامعهه بأن هذا الحكم يثبت لو كان التجدد قبل القبض مع عدم التفريط من المشتري، و أما إذا كان بعد القبض فلا- خيار له لاستقرار البيع و براءة البائع من دركه، بل قيل: بأن للبائع الفسخ حينئذ لعيب الشركه إذا لم يكن تأخير القطع بسببه، و منه تعرف ما لو كان التأخير بتفريط المشتري قبل القبض فلا يكون مضمونا على البائع لأن عيب الشركه إنما جاء من جهه المشتري.

(٣) هذا القيد لا داعى له بعد ملاحظه كلام الماتن.

ص: ٤٨٩

فطريق التخلص بالصلح (و لو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسخ، لعيب الشركة نظر، أقربه ذلك (١) إذا لم يكن تأخر القطع بسببه) بأن يكون قد منع المشتري منه.

(و حينئذ) أى حين إذ يكون الخيار للبائع (لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع، و قبض المشتري أمكن عدم الخيار للمشتري)، لأن التعيب جاء من قبله فيكون دركه عليه، لا على البائع كما لو حصل مجموع التلف من قبله، (و لو قيل (٢): بأن الاختلاط إن كان قبل القبض تخير المشتري) مطلقا (٣)، لحصول النقص مضمونا على البائع كما يضمن الجملة كذلك (٤).

(و إن كان بعده (٥)، فلا خيار لأحدهما)، لاستقرار البيع بالقبض، و براءة البائع من دركه بعده (كان قويا) و هذا القول لم يذكر فى الدروس غيره جازما به، و هو حسن إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري، و إلا - فعدم الخيار له أحسن، لأن العيب من جهته فلا - يكون مضمونا على البائع (٦). و حيث يثبت الخيار للمشتري بوجه لا - يسقط ببذل البائع له ما شاء، و لا الجميع على الأقوى (٧)، لأصالة بقاء الخيار و إن انتفت العلة (٨) الموجبه له (٩)، كما لو بذل للمغبون التفاوت، و لما (١٠) فى قبول المسموح به من المنه.

(١) أى الفسخ.

(٢) هذا القول مبنى على القبض، و القول السابق مبنى على التفريط.

(٣) سواء كان التفريط من المشتري أم لا.

(٤) أى قبل القبض.

(٥) بعد القبض.

(٦) و هذا جمع بين عدم القبض و التفريط، فالبيع مضمون على البائع قبل القبض لكن بشرط أن لا يكون هناك تفريط من المشتري و إلا فدركه عليه.

(٧) و فى قبالة احتمال سقوط الخيار لانجبار النقص المتصور من القسمة و الضرر الحاصل من الشركة ببذل البائع، و المعلول ينتفى بانتفاء علته.

(٨) و هى الشركة.

(٩) للخيار.

(١٠) دليل ثان لعدم سقوط خيار المشتري ببذل البائع له ما يشاء أو بذله الجميع.



و كذا يجوز بيع ما يخرط (١) أصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيبي ثم يمرها عليه إلى أسفله ليأخذ عنه الورق، و منه المثل السائر «دونه خرط القتاد» (٢)، و المراد هنا ما يقصد من ثمرته ورقه (كالحناء و التوت) بالتأين المثنائين من فوق (خرطه و خرطات، و ما يجزّ كالرطبه) (٣) بفتح الراء و سكون الطاء و هي الفصّه (٤) و القضب (٥)، (و البقل) كالنعناع (جزّه و جزّات، و لا تدخل الثمره) بعد ظهورها (في بيع الأصول) مطلقا (٦)، و لا غيره من العقود، (إلا في) ثمره (النخل) فإنها تدخل في بيعه (٧) خاصه (بشرط عدم التأبير)، و لو نقل أصل النخل (١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢) و القتاد شجر له شوكة لا يتيسر خرطه لذلك.

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) نبات تعلفه الدواب، و يسمّى بذلك ما دام رطبا كما في المنجد.

(٥) كل نبت اقتضب و أكل طريا.

(٦) من أى ثمره كانت، هذا و يجوز بيع الثمره بعد ظهورها و بدو صلاحها على ما تقدم، و يجوز بيعها منضمه إلى الأصول و إن لم يبد صلاحها لأنها مباعه مع الضميمه و قد عرفت جوازها، و لو باع الأصول قبل ظهور الثمره فلا إشكال، و لو باعها بعد ظهور الثمره و انعقادها، لم تدخل الثمره في البيع إلا بالشرط بلا خلاف فيه للأصل بعدم عدم التبعية بين الثمره و أصلها، و كذا لو نقل الأصول بغير البيع.

و حيث لا تدخل الثمره في بيع أصولها و جب على المشتري إبقاؤها مجانا إلى أوان بلوغها إذا كان المعتاد قطعها عنده و إلا قبله تبعا للعرف، و لو اضطرب العرف فالأغلب، و مع التساوى يجب التعيين، فإن أطلق احتمال البطلان، و احتمال التنزيل على أقل المراتب لأنه المتيقن، و احتمال التنزيل على أعلاها صيانه لمال البائع، هذا مع أنه ما يحدث من الثمره بعد الابتاع فهو للمشتري بلا خلاف و لا إشكال لأنها نماء ملكه، و لو امتزجا فيأتي فيه الكلام المتقدم عند امتزاج المتجدد في الخضراوات.

(٧) أى في بيع النخل، على خلاف الأصل لأن النخله لا تتناول ثمرتها، و لكن الحكم المذكور مما قد دلت عليه الأخبار و هي: خبر عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام (قضى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم إن ثمر النخل للذي أبرّها إلا أن يشترط المبتاع) (١)، و خبر يحيى -

ص: ٤٩١

بغير البيع فكغيره من الشجر.

### جواز استثناء ثمره شجره معينه، أو شجرات

(و يجوز استثناء ثمره شجره معينه، أو شجرات) (١) معينه، (و جزء مشاع) - بن العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام (من باع نخلا قد لقم فالثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع، قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك) (١)، و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع نخلا - قد أبره فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ثم قال: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم) ٢، و منطوقها أن النخل المؤبر ثمرته للبائع، و مفهومها إن لم يؤبر فثمرته للمشتري، و السند غير نقي و دلالة المفهوم ضعيفه لكن يجبر ذلك بفهم الأصحاب حيث أفتوا بهذا الحكم، أعنى أن النخل غير المؤبر فثمرته للمشتري مع أن الأصل يقتضى بقاء الملك لملكه و عدم انتقاله إلى المشتري بعد عدم تناول اسم النخله لثمرتها، و لم يخالف إلا ابن حمزه حيث جعل الثمره للبائع بعد بدو الصلاح و للمشتري قبله و هو ضعيف لوجود هذه الأخبار و لمخالفتها للأصل المقتضى لبقاء الثمره على ملك البائع و لو بعد الصلاح.

ثم لا - خلاف عندنا لو انتقل النخل بغير البيع فالثمره للنقل سواء كانت مؤبره أو لا، و سواء كان النقل بعقد معاوضه كالإجاره و النكاح أو بغير عوض كالهبة و شبهها و ذلك لأن الحكم بكون الثمره قبل التأبير للمشتري على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص و هو البيع، و خالف الشافعي حيث الحق بالبيع ما شابهه من عقود المعاوضات قياسا عليه، و نقل التعميم عن الشيخ في المبسوط و القاضى، و هو ضعيف لحرمة القياس.

ثم إن التأبير هو تشقيق طلع الإناث و ذرّ طلع الذكور فيه ليحيى رطبها أجود مما لم يؤبر، و العاده الاكتفاء بتأبير البعض و الباقي بتشقق بنفسه و يهب ريح الذكور إليه، و قد لا يؤبر شىء و يتشقق الكل و يتأبر بالرياح، خصوصا إذا كانت الذكور فى ناحيه الصبا فهبّ الصبا وقت التأبير كما فى المسالك.

(١) بعينها بلا خلاف فيه و لا إشكال، و كذا يجوز استثناء جزء معين من الشجره كعذق معين منها، نعم لو أبهم فى شىء من ذلك بطل بلا خلاف فيه للجهاله فى المبيع.

و كذا يجوز استثناء حصه مشاعه من الثمره كالثلث و الربع بلا - خلاف فيه، و يجوز استثناء أرتال معينه على المشهور شهره عظيمه لصحيح ربعي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام (إن لى نخلا بالبصره فأبيعه و أسمى الثمن، و أستثنى الكر من الثمر أو أكثر أو العدد من النخل، -

ص: ٤٩٢

كالنصف، و الثلث،(و أرتال معلومه، و فى هذين) الفردين، و هما استثناء الجزء المشاع، و الأرتال المعلومه (يسقط من الثنيا (١) و هو المستثنى (بحسابه) أى نسبه (٢) إلى الأصل (لو خاست الثمره) بأمر من الله تعالى.

(بخلاف المعين) كالشجره و الشجرات (٣)، فإن استثناءها كبيع الباقي منفردا، فلا يسقط منها (٤) بتلف شىء من المبيع شىء (٥)، لامتياز حق كل واحد منهما عن صاحبه، بخلاف الأول (٦) لأنه حق شائع فى الجميع فيوزع الناقص عليهما (٧) إذا -فقال: لا بأس(١)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (فى الرجل يبيع الثمره ثم يستثنى كيلا- و تمرا، قال: لا بأس به، و كان مولى له عنده جالسا فقال المولى: إنه ليبيع و يستثنى أوساقا يعنى أبا عبد الله عليه السلام، قال: فنظر إليه و لم ينكر ذلك من قوله(٢).

خلافاً لأبى الصلاح منا و الشافعى و أبى حنيفه و أحمد بن حنبل من غيرنا، فلم يجوزوه لأدائه إلى جهاله مقدار المبيع من المشاهد الذى طريق معرفته المشاهده، و هو اجتهاد فى قبال النص.

(١)بالضم اسم من الاستثناء.

(٢)أى نسبه المستثنى، فلو خاست الثمره فيسقط من المستثنى إذا كان حصه مشاعه أو أرتالا- معلومه بحسابه، و قد نفى فيه الخلاف فى الجواهر، و طريق التوزيع: فإذا كان المستثنى حصه مشاعا فيقدر المجموع بالتخمين على فرض السلامه ثم يقاس إلى المجموع الناتج على فرض النقصان، و يؤخذ من المستثنى بهذه النسبه، فمثلا لو قدر المجموع سليما بمائه و هو خمسون على تقدير النقصان فالنسبه النصف، و بهذه النسبه يسقط من المستثنى - أعنى النصف -.

و إذا كان المستثنى أرتالا معلومه فيقدر المجموع على فرض السلامه ثم يقدر على فرض النقصان فإذا كانت النسبه ثلثا أو نصفا مثلا فيسقط منه الأرتال المعلومه بمقدار هذه النسبه.

(٣)فلو خاست الثمره فلا يسقط من المستثنى شىء، باعتبار امتياز المبيع عنها.

(٤)من ثمره الشجره و الشجرات المعينه.

(٥)فاعل لقوله (فلا يسقط).

(٦)و هو ما لو كان المستثنى مشاعا أو أرتالا معلومه.

(٧)على المستثنى و المستثنى منه.

ص: ٤٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

كان التلف بغير تفريط.

قال المصنف رحمه الله في الدروس (١): وقد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبره على الإشاعه، وقد تقدّم ما يربّح عدمه، ففيه سؤال الفرق.

و طريق توزيع النقص على الحصه المشاعه (٢): جعل الذاهب عليهما، و الباقي (١) قال المصنف في الدروس في بحث بيع الثمار: (و للبائع استثناء حصه مشاعه من الثمره و أرتال معلومه فيحمل على الإشاعه، حتى لو تلف شىء سقط من الثنيا مقابلها إذا كان بغير تفريط في الموضوعين، أما لو استثنى ثمر شجرات بعينها فلا، و قد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبره على الإشاعه) (١) انتهى.

و مراده أن توزيع الخساره عليهما بالنسبه دليل على أن استثناء حصه مشاعه أو أرتال معلومه من المبيع توجب الشراكه في كل جزء من أجزاء المبيع بنسبه المستثنى، فكذلك يجب الحكم بالشراكه في بيع الصاع من الصبره، بحيث يكون كل جزء من أجزاء الصبره مشتركاً بنسبه الصاع إلى الصبره و لازمه كون النقص عليهما.

و قال الشارح ما مضمونه: إنه قد تقدم في مسأله بيع الصاع من الصبره - و قد تعرض لها الماتن و الشارح هنا في المسأله السابعه من مسائل شرائط المبيع - أنه بيع كلى في معين كما هو المشهور و ليس يباع على أنه جزء من الصبره على نحو الإشاعه، و قد تقدم الدليل عليه من أنه المنسب إلى الفهم و لصحيح بريد بن معاويه المتقدم (٢)، و لازمه أن التلف إنما يكون من البائع و لا خساره على المشتري.

ثم تسأل الشارح بالفرق بين بيع الصاع من الصبره و أن الخساره على البائع و بين استثناء حصه مشاعه من الثمره و أن الخساره عليهما بالنسبه، و الفرق واضح حيث إن بيع الصاع من الصبره هو من باب الكلى في المعين كما تقدم، فهو في الذمه لا- في الصبره فالخساره اللاحقه على الصبره واقعه في مال البائع فقط، و أما الحصه المشاعه أو الرطل من الثمره كما في مقامنا فهو ليس في الذمه بل في ضمن ثمره هذه الشجرات الموجوده خارجاً فلا محاله إذا وقع عليها خساره أن تكون عليهما معاً، فالفرق واضح بين الصورتين فلا وجه للسؤال.

(٢) قد تقدم بيانه.

ص: ٤٩٤

١- (١) الدروس ص: ٣٥١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

لهما على نسبة الجزء.

و أما في الأبطال المعلومه فيعتبر الجملة (١) بالتخمين، و ينسب إليها المستثنى، ثم ينظر الذاهب فيسقط (٢) منه بتلك النسبه.

## مسائل

### اشاره

(مسائل)

### الأولى - لا يجوز بيع الثمره بجنسها

(الأولى - لا يجوز بيع الثمره بجنسها) (٣) أى نوعها الخاص كالعنب بالعنب (١) أى مجموع الثمره على تقدير الصحه.

(٢) من المستثنى.

(٣) يجوز بيع ثمره النخل أو غيره إذا كانت على أصولها بالأثمان أو بالعروض أو بهما معا، أو بغيرهما من المنافع والأعمال و نحوهما، كغيرها من أفراد المبيع بلا خلاف فيه و لا إشكال للأصل.

نعم لا يجوز بيع الثمر فى رءوس النخل بالثمر بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم عن المحاقله و المزابنه قلت: و ما هو؟ قال: أن يشتري حمل النخل بالثمر و الزرع بالحنطه) (١) و موثقه الآخر عن عليه السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم عن المحاقله و المزابنه، فقال:

المحاقله بيع النخل بالتمر، و المزابنه بيع السنبل بالحنطه) (٢) و خبر القاسم بن سلام مسندا عن النبى صلى الله عليه وآله و سلم (نهى عن بيع المحاقله و المزابنه، فالمحاقله بيع ٤ الزرع و هو فى سنبله بالبر، و المزابنه بيع الثمر فى رءوس النخل بالتمر) (٣).

هذا و بيع ثمره النخل بالثمر تسمى المزابنه، و هى مفاعله من الزين، بمعنى الدفع، و منه الزبابنه لأنهم يدفعون الناس إلى النار، و هذه المعامله سميت بذلك لأنها مبنيه على التخمين، و يكثر فيها الغبن، و كل منها يريد دفعه عن نفسه إلى الآخر فيتدافعان، و هل بيع الثمر فى رءوس النخل بالتمر تسمى المزابنه أو لا، فالمشهور بين الأصحاب مع نص أهل اللغه على ذلك و يشهد له خبر ابن سلام المتقدم، و عن سلار أن بيع الثمر فى رءوس النخل بالتمر تسمى محاقله، و مال إليه الكاشانى و البحرانى و يشهد لهم موثق عبد الرحمن المتقدم (المحاقله بيع النخل بالتمر و المزابنه بيع السنبل بالحنطه)، و لا بد من حمله على المجاز لما سمعت و منه تعرف أن صحيح عبد الرحمن المتقدم مبنى على اللف و الشر غير المرتبين حيث ذكر المحاقله أولا و فسرها أخيرا و ذكر المزابنه ثانيا و فسرها أولا.

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بيع الثمار حديث ١ و ٢ و ٥.

و الزبيب، و الرطب بالرطب و التمر (على أصولها)، أما بعد جمعها فيصح مع التساوى (١) (نخلا كان) المبيع ثمره، (أو غيره) من الثمار إجماعاً في الأول (٢)، و على المشهور في الثاني (٣)، تعديه (٤) للعله المنصوصه (٥) في المنع من بيع الرطب - ثم هل المزابه تختص ببيع تمر النخل بتمر منه فقط و هو القدر المتيقن من المزابه أو يشمل ببعه بتمر و لو كان موضوعاً على الأرض على المشهور لإطلاق الأخبار المتقدمه.

ثم هل يجوز ذلك في غير ثمره النخل من شجر الفواكه كما قد صرح به جماعه لاختصاص المزابه بالنخل فيبقى غيره على القواعد، و عن المشهور و هو غير متحقق كما في الجواهر أنه لا يجوز، لأنه لا يؤمن الربا، و فيه: إن الثمره على الشجره ليست ربويه، لأنها تباع بالمشاهده و الربا مختص بالمكيل و الموزون، و منه تعرف ضعف الاستدلال بالربا على حرمة المزابه في ثمره النخل أيضاً.

(١) لأنه بعد الجمع تكون الثمره من الموزون أو المكيل على حسب اختلاف الأزمان و البلدان فيشترط التساوى بين العوضين حذراً من البيع الربوى.

(٢) و هو بيع ثمره النخل بالتمر.

(٣) و هو بيع ثمره غير النخل من شجر الفواكه بجنسها.

(٤) تعليل للحكم المشهورى في الثاني.

(٥) قد ورد في الأخبار النهى عن بيع التمر اليابس بالرطب مثلاً - بمثل لأنه بعد يسبه ينقص فيدخل الربا كما ورد في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح الثمر اليابس بالرطب من أجل أن الثمر يابس و الرطب رطب، فإذا يبس نقص) (١) ، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (أن أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يباع الثمر بالرطب عاجلاً بمثل كيله إلى أجل، من أجل أن الثمر يبس فينقص من كيله) ٢، و خبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح الثمر بالرطب، إن الرطب رطب و الثمر يابس، فإذا يبس الرطب نقص) ٣، و إذا ثبتت العله المنصوصه للمنع من بيع الرطب باليابس، و هى نقصان الرطب عند الجفاف، فهى تشمل المقام لو بيع الثمره فى رءوس شجر الفواكه بجنسها، لأن الثمره رطبه و الثمن يابس كبيع العنب بالزبيب فلا يصلح ببعه مثلاً بمثل لدخول الربا.

و فيه: عدم ثبوت العله المنصوصه لو بيع عنب الكرم بعنب مطروح على الأرض لا بالزبيب، على أن العله المنصوصه مختصه فى الرطب و التمر إذا بيعا بالكيل أو الوزن، و مقامنا يباع بالمشاهده فلا تجرى فيه أدله البيع الربوى.

ص: ٤٩٤

بالتمر و هي (١) نقصانه عند الجفاف إن بيعت (٢) يابس، و تطرق (٣) احتمال الزيادة في كل من العوضين الربويين. و لا فرق في المنع بين كون الثمن منها (٤)، و من غيرها (٥) و إن كان الأول أظهر منعا (٦).

(و يسمى في النخل مزابنه) و هي مفاعله من الزين، و هو الدفع و منه الزبانيه، سميت بذلك (٧) لبنائها على التخمين المقتضى للغبن، فيريد المغبون دفعه، و الغابن خلافه فيتدافعان، و خصّ التعريف بالنخل للنص عليه بخصوصه مفسرا به المزابنه في صحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام: و ألحق به (٨) غيره لما ذكرناه (٩) و في إلحاق اليابس وجه (١٠)، و الرطب نظر.

(و لا يبيع السنبل بحب منه (١١)، أو من غيره من جنسه، و يسمّى محاقله) (١٢) (١) أي العله المنصوصه.

(٢) أي الثمره حال كونها رطبه.

(٣) دليل ثان للمنعم، لأن ما على الشجره يباع بالتخمين فيأتي احتمال الزيادة في كل من العوضين، و هما ربويان فلا يجوز، و فيه: قد عرفت أن الثمره على الشجره ليست ربويه.

(٤) من نفس الشجره، و هو القدر المتيقن من المزابنه بمعنى بيع الثمره في رءوس النخل بمقدار منها.

(٥) أي من شجره أخرى.

(٦) لاتحاد الثمن و المثلث.

(٧) أي سميت هذه المعامله بالمزابنه.

(٨) بالنخل.

(٩) من تعديه العله المنصوصه و تطرق احتمال الزيادة.

(١٠) أي إلحاق غير النخل بالنخل له وجه في اليابس، كما لو بيعت ثمره الشجر باليابس كبيع عنب الكرم بالزبيب تعديه للعله المنصوصه، و لكنه في الرطب كبيع عنب الكرم بالعنب نظر بل يجوز لعدم تطرق احتمال الزيادة، و فيه: قد عرفت أنه جائز مطلقا إلا في النخل للنص.

(١١) أي من نفس السنبل.

(١٢) قد تقدم دليل المنع عند الكلام في المزابنه، و المحاقله هي بيع حب السنبل بالحب سواء كان الثمن من نفس حب السنبل الذي وقع مثمنا أم من غيره من جنس الحنطه لإطلاق -



مأخوذ من الحقل جمع حقله و هي الساحة التي تزرع، سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقله، و خرج بالسنبيل يبعه قبل ظهور الحب فإنه جائز، لأنه حينئذ غير مطعوم (١)، (إلا العريه (٢):). هذا استثناء من تحريم بيع المزابنه، و المراد بها النخله -الأخبار المتقدمه أيضا، هذا و المحاقله مفاعله من الحقل و الحقل جمع حقله و هي الساحة التي تزرع، سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقله، و أطلق اسم الحقل على الزرع مجازا من باب إطلاق المحل على الحال أو من باب المجاوره، فكأنه عند بيع الزرع بالزرع قد باع حقلًا بحقل لإطلاق الحقل على الزرع فلذا سميت محاقله.

هذا و يطلق على المبيع هنا الزرع كما في صحيح عبد الرحمن و خبر ابن سلام المتقدمين و يطلق عليه السنبيل كما في موثق عبد الرحمن المتقدم، و لذا عبر بعض الفقهاء بالزرع و بعضهم كالماتن هنا بالسنبيل.

(١) قال في المسالك: (قال في التذكرة: لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس، لأنه حشيش و هو غير مطعوم و لا مكيل، سواء تساويا جنسا أو اختلفا، و لا يشترط التقابض في الحال) و هو لا مخالف فيه كما في الجواهر للأصل بعدم عدم جريان الربا فيه لأنه ليس من المكيل أو الموزون لأنه يباع بالمشاهده.

(٢) لو كانت نخله شخص في دار آخر فيجوز لمالك الدار أن يشتري ثمر هذه النخله بتمر من غيرها، و هذه هي مسأله العريه المشهوره، و هي مستثناء من تحريم بيع المزابنه بلا خلاف فيه بيننا للأخبار.

منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في العرايا بأن تشتري بخرصها تمرا، قال: و العرايا جمع عريه و هي النخله تكون للرجل في دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعها بخرصها تمرا و لا يجوز ذلك في غيره) (١)، و خبر القاسم بن سلام مسندا إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم (أنه رخص في العرايا، واحدها عريه و هي النخله التي يعريها صاحبها رجلا - محتاجا، و الإعراء أن يبتاع تلك النخله من المعري بتمر لموضع حاجته، قال: و كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم إذا بعث الخراس قال: خففوا الخرص فإن في المال العريه و الوصيه) (٢)، و كون العريه في دار الرجل موضع اتفاق بين الأصحاب كما في المسالك، و قد نص أهل اللغة على أنها (أو في بستانه)، و هو حسن لأن أهل اللغة يرجع إليهم في مثل ذلك و لميسس الحاجه إليها كالتى في الدار كما في المسالك هذا من جهه و من جهه -

ص: ٤٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بيع الثمار حديث ٢.

تكون في دار الإنسان، أو بستانه، فيشترى مالكهما، أو مستأجرهما، أو مستعيرهما رطبها (بخرصها (١) تمرا من غيرها) مقدرًا (٢) موصوفاً حالاً، وإن لم -أخرى سواء كان الدار لمالك أو مستأجر أو مستعير مغاير لمالك العريه، بلا فرق في ذلك لأن الحاجه عامه في الجميع، وذلك لأن مالك الدار من يشق عليه الدخول إلى نخله في داره لو كانت النخله لغيره فكذلك مستأجر الدار أو مستعيرها.

هذا وبيع العريه يراد منه بيع ثمرها، وهذا البيع مشروط بأمور.

أولاً: كون النخله واحده، فلو تعددت في دار أو بستان واحد فلا يجوز بيع ثمرها بالتمر لصدق المزابنه بعد قصر أخبار الرخصه على النخله الواحده على ما فهمه الأصحاب، و لكن الأخبار المتقدمه صريحه في كون الرخصه للأعم من نخله أو نخلات بدليل قوله عليه السلام في خبر السكوني المتقدم (رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في العرايا).

ثانياً: كون الثمن من غيرها لثلاً- يتحد الثمن و المثلن على المشهور، و احتمال العلامه في المختلف الجواز لإطلاق أخبار الرخصه، و لكنها منصرفه إلى غير هذا الفرض و جعل العريه هي بيع ثمرها بتمر غيرها، و أنها مستثناه من المزابنه لدليل على أن المزابنه تشمل بيع تمر رءوس النخل بتمر من غيره، كما تقدم و الخلاف في ذلك يجعل المزابنه هي بيع تمر رءوس النخل بتمر منه فقط ضعيف.

ثالثاً: كون البيع حالاً- لثلاً- يدخل الربا، بل عن الشيخ اشترط التقابض قبل التفرق تخلصاً من الربا، و فيه: إن الربا يدخل في المكيل و الموزون و هذا يباع مشاهده منها فلا ربا فيه.

رابعاً: عدم المفاضله حين العقد لثلاً يلزم الربا، و قد تقدم ما فيه، قال الشارح في بيعها بما يقتضيه ظن الخارص لها تمرا بقدره، بمعنى أنها تقدر رطباً أو بسراً أو نحوهما لم يبلغ تمرا إذا جفت، فيباع ثمرها بهذا المقدار تمرا، ثم لا يجب مطابقه هذا التقدير للثمن عند الجفاف، فلو زادت عند الجفاف عما خرصتها به أو نقصت لم يكن ذلك قادحاً في الصحه عملاً بإطلاق النص، و قيل: تعتبر المطابقه فلو اختلفا تبين بطلان البيع و هو ضعيف، بل لا يجب جعل ثمرتها تمرا و لا اعتباره بعد ذلك بوجه لأصالة عدم الا-شترط، هذا هو المشهور من معنى عدم وجوب المماثله بين ثمرتها و ثمنها، و في التذكرة أن المعتبر المماثله بين ما عليها رطباً و بين الثمن تمرا، فيكون بيع رطب بتمر متساوياً، و جعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساوياً) انتهى. ثم إن الرخصه مقصوره على النخله، فلا يتعدى إلى غيرها من الشجر اقتصاراً فيما خالف الأصل في تحريم المزابنه على مورد النص.

(١)الخرص هو التخمين ما على النخل من تمر.

(٢)أى يجب كون الثمن مقدرًا موصوفاً حالاً، و قد تقدم.

يقبض في المجلس، أو بلغت (١) خمسة أوسق، ولا يجوز بتمر منها (٢) لثلا يتحد العوضان، ولا يعتبر مطابقه ثمرتها جافه لثمنها في الواقع، بل تكفى المطابقه ظنا، فلو زادت عند الجفاف عنه، أو نقصت لم يقدح في الصحة، ولا عريه في غير النخل، فإن ألحقناه (٣) بالمزابه، وإلا لم يتقيد (٤) بقيودها (٥).

## الثانيه - يجوز بيع الزرع قائما

(الثانيه - يجوز بيع الزرع قائما) على أصوله (٦)،...

(١) أي بلغت العريه خمسة أوسق و هذا ردّ على الشافعي حيث لم يجوز بيعها إذا كانت ثمرتها خمسة أوسق، وإطلاق الأخبار المتقدمه تدفعه، وقال الآقا جمال في حاشيته تعقيبا على قول الشارح: (إشاره إلى ما ذكره ابن الأثير في نهايته حيث خصّ الرخصه بما إذا كانت دون خمسة أوسق، و وجه الرد إطلاق ما دل على الجواز من غير تقدير تعبدا) انتهى.

(٢) منها: من العريه، أي لا يجوز بيع ثمرها بتمر منها.

(٣) أي فإن ألحقنا غير النخل بالنخل في الحرمه، فعدم تعدى العريه الوارده في النخل إلى غيره من سائر الأشجار في محله، وإن لم نلحقه فنفي العريه حينئذ أنه لا خصوصيه لها حتى يتقيد بقيودها، فيجوز بيع تمر غير النخل سواء اتحد الشجر أم تعدد في دار أو بستان أو غيرهما بجنس ثمرها حينئذ.

(٤) أي لم يتقيد غير النخل.

(٥) أي بقيود العريه.

(٦) يجوز شراء الزرع قائما على أصوله بشرط التبقية إلى أوان بلوغه أو مطلقا على المشهور لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر، ثم تتركه حتى تحصده إن شئت، أو تعلقه من قبل أن يسنبل و هو حشيش) (١) و مثله غيره.

و عن الصدوق في المقنع المنع من بيع الزرع إلا بشرط الفصل لعدم الأمن من الآفه، و لخبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحنطه و الشعير اشترى زرعه قبل أن يسنبل و هو حشيش؟ قال: لا إلا أن يشتري القصيل يعلقه الدواب ثم تتركه حتى يسنبل) (٢)، و موثق معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- تشتري الزرع ما لم يسنبل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك) (٢).

ص: ٥٠٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١ و ١٠.

٢- ((٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٥.

سواء أحصد، (١) أم لا، قصد فصله (٢)، أم لا، لأنه (٣) قابل للعلم مملوكا فتناولته الأدلة (٤)، خلافا للصدوق حيث شرط كونه سنبلًا، أو القصل (٥)، (و حصيدا) أى محصولا و إن لم يعلم مقدار ما فيه، لأنه (٦) حينئذ (٧) غير مكيل و لا موزون، بل يكفى فى معرفته المشاهده، (و قصيلا) أى مقطوعا بالقوه، بأن شرط قطعه قبل أن يحصد لعلف الدواب، فإذا باعه كذلك و جب على المشتري فصله بحسب الشرط.

(فلو لم يقصله المشتري للبايع فصله) (٨) و تفرغ أرضه منه، لأنه (٩) حينئذ - و فيه: إن عدم الأمن من الآفه لا يمنع من بيع الموجود، و الخبران لا يصلحان لمعارضه الطائفة الأولى، على أنهما محمولان على بيع الحب فقط و هو ممنوع لعدم وجوده قبل أن يسنبل، بل الخبر الثانى ظاهر فى ذلك، و على كل فلا بأس بشراء نفس الزرع فى جميع أحواله حتى إذا كان محصولا اكتفاء بالمشاهده فى مثله.

(١) أى حان أو ان حصاده.

(٢) و القصل هو القطع.

(٣) أى الزرع القائم.

(٤) أى المعلومه التى هى شرط صحه البيع.

(٥) أى اشتراط قطعه.

(٦) أى الزرع.

(٧) أى حين كونه قائما أو حصيدا يباع بالمشاهده.

(٨) إذا شرط قطعه قصيلا و عتِن للقطع مده تعين قطعه فيها، و إن أطلق قطع فى أول أوقات قطعه عاده، و إن لم يقطعه المشتري للبايع قطعه لأنه لا حق لعرق ظالم (١) و لئفى الضرر و الضرار (٢)، و لكن يقطعه بإذن المشتري إن أمكن و إلا رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر جاز له حينئذ مباشره القطع دفعا للضرر المنفى.

و للبايع تركه و المطالبه بأجره أرضه مده بقاء الزرع عن الزمن الذى تأخر فيه القطع عن وقته، سواء طالب بالقطع أو لا، و سواء تمكن من القطع أولا، لأن أجره الأرض ثابتة لمشغولييه أرض المالك بالزرع و هى متحققه على كل حال، بل للبايع أرش الأرض إن نقصت بسببه إذا كان التأخير بغير رضاه، لتحقق الغصبيه التى تسلطه على أرش النقصان لو حصل بسبب البقاء.

(٩) أى المشتري.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الغصب حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ و ٨ و ٩.

ظالم، و لا حق لعرق ظالم،(و له المطالبه بأجره أرضه) عن المده التى بقى فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق (١)، و بعد المده التى شرطاً قصله فيها مع التعيين، و لو كان شراؤه قبل أو ان قصله و جب على البائع الصبر إلى أو انه مع الإطلاق (٢)، كما لو باع الثمره و الزرع للحصاد.

و مقتضى الإطلاق (٣) جواز تولى البائع قطعه مع امتناع المشتري منه (٤) و إن قدر على الحاكم، و كذا أطلق جماعه.

و الأقوى توقفه (٥) على إذنه حيث يمتنع المشتري مع إمكانه (٦) فإن تعذر جاز له حينئذ مباشره القطع، دفعا للضرر المنفى، و له (٧) إبقاؤه و المطالبه بأجره الأرض عن زمن العدوان، و أرش الأرض إن نقصت بسببه (٨)، إذا كان التأخير بغير رضاه (٩).

### الثالثه - يجوز أن يتقبل أحد الشركين حصه صاحبه

(الثالثه - يجوز أن يتقبل (١٠)...

(١) أى لم يعين لقصله وقتا معيناً.

(٢) أى مع عدم ذكر المده، للانصراف.

(٣) أى إطلاق عبارته المصنف حيث قال (فللبائع قصله) و لم يقيد به بإذن الحاكم.

(٤) من القطع.

(٥) أى توقف قطع البائع على إذن الحاكم.

(٦) أى إمكان إذن الحاكم.

(٧) أى للبائع.

(٨) بسبب بقاء الزرع.

(٩) أى بغير رضا البائع.

(١٠) لو كان نخل أو شجر بين اثنين فيجوز بعد تخمين ثمر المجموع أن يشتري حصه صاحبه بشيء معلوم و لو كان من نفس الثمره، و هذه هى القباله، و الأصل فيها الأخبار.

منها: صحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر، إما أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى و تعطيني نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص، و إما أن آخذه أنا بذلك، قال: نعم لا بأس به) (١) -،

---

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

-و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أعطى خبير بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحه فقوم عليه قيمه وقال لهم: إما أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمر، وإما أعطيكم نصف الثمر، فقالوا:

بهذا قامت السموات والأرض)(1)، ومرسل محمد بن عيسى (قلت لأبي الحسن عليه السلام:

إن لنا أكره فنزارعهم فيجيثون فيقولون: إنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا فاعطونا ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحرز، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: إنه يجيء بعد ذلك فيقول: إن الحرز لم يجيء كما حرزت وقد نقص، قال: فإذا زاد يردّ عليكم؟ قلت: لا، قال: فلکم أن تأخذوه بتمام الحرز كما أنه إن زاد كان له كذلك إذا نقص كان عليه)٢، ومثلها غيرها.

وهذه القبالة كما تجوز في النخل وغيره من الأشجار تجوز في الزرع للمرسل المتقدم، وهذه القبالة مستثناة بالخصوص من حرمة المزابنة والمحاقله مع لهذه النصوص.

وظاهر الأصحاب - كما في المسالك - أنها معاملة تقع بلفظ القبالة، وأن لها حكما خاصا زائدا على البيع والصلح وهو كون الثمن والمثمن واحدا مع عدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص مع وقوعه بلفظ التقييل، وهو خارج عن صيغتي العقدين في، وعن الدروس أنها نوع من الصلح، واحتمل العلامة في التذكرة أنها نوع من البيع، وعن الدروس أيضا أنها مشروطة بالسلامة في الثمرة بحيث لو هلكت بأجمعها فلا شيء على المتقبل ووجه بأن العوض هنا إذا كان من المعوض ورضى به الآخر فقد رضى بكون حقه في العين لا- في الذمه، فإذا تلفت العين بغير تفريط احتاج ثبوت بدله في الذمه إلى دليل وهو مفقود، نعم لو كان النقص لغير آفه بل لنقصان الخرص فلا نقصان كما أنه مع الزيادة يملك الزائد، وهذا و تردد في التذكرة في سقوط شيء من المال لو تلفت الثمرة بآفه سماويه، وكذلك تردد في لزوم العقد.

والذي أوجب عدم الوضوح في هذه الأحكام أن النصوص المتقدمه قد تعرضت لأصل القبالة من دون تعرض إلى هذه الأحكام، بل إثباتها بمجرد الاحتمال لا يخلو من مجازفه، ولذا اقتصر جماعه منهم المحقق في الشرائع على أصل الجواز، بل عن ابن إدريس أنه أشكل على أصل القبالة بأنها إن كانت يباع فلا تصح لكونها مزابنه، وإن كانت صلحا فلا تصح لكون العوض من نفس الثمره وهذا يوجب الغرر، ولو كان العوض في الذمه-

ص:٥٣



(أحد الشريكين بحصه صاحبه (١) من الثمره) بخرص معلوم (٢) و إن كان منها (٣)،(و لا- يكون) ذلك (بيعا) و من ثم لم يشترط فيه (٤) شروط البيع، بل معامله مستقله، و فى الدروس أنه نوع من الصلح،(و) يشكل بأنه (٥)(يلزم بشرط السلامه) فلو كان صلحا للزم مطلقا (٦).

و ظاهر المصنف رحمه الله و الجماعه أن الصيغه بلفظ القبالة (٧)، و ظاهر الأخبار تأدييه (٨) بما دلّ على ما اتفقا عليه، و يملك المتقبل الزائد (٩) و يلزمه لو نقص، و أما الحكم بأن قراره (١٠) مشروط بالسلامه فوجهه غير واضح، و النص خال عنه، و توجيهه (١١) بأن المتقبل (١٢) لَمَّا رضى بحصه معينه فى العين صار بمنزله الشريك، فيه (١٣): أن العوض غير لازم كونه منها (١٤)، و إن جاز ذلك -لزم سواء بقيت الثمره أم لا، بعد رمى هذه الأخبار بأنها آحاد لا توجب علما و لا عملا فلا يصح العمل بها لعدم حججه الخبر الواحد على مبناه، و فيه: إن المبنى ضعيف، و لا بد من العمل بها و لكن لا يثبت بها إلا أصل القبالة فلا تغفل.

(١) و هى المعوض.

(٢) أى قدر معلوم و هذا هو العوض.

(٣) من نفس الثمره.

(٤) فى التقبل.

(٥) بأن التقبل.

(٦) سواء سلمت الثمره أم لا.

(٧) فيقول أحدهما: أتقبل حصتك من الثمره بكذا و كذا، فيقول الآخر: قبلت و شبهه، و هو مما لا- دليل عليه فى الأخبار المتقدمه.

(٨) أى تأدى التقبل.

(٩) لأن التقبل مبنى على خرص المجموع فعليه أن يدفع لصاحبه ما ذكر فى لفظ القبالة سواء كان حامل الثمره بمقدار التخمين أو أزيد أو أنقص.

(١٠) أى استقرار العقد و لزومه كما عليه الماتن هنا.

(١١) أى توجيه شرط السلامه.

(١٢) و هو الطرف الآخر.

(١٣) ردّ من الشارح.

(١٤) من العين.

ص: ٥٠٤

فالرضا بالقدر، لا به مشتركا (١) إلا- أن ينزل على الإشاعه كما تقدم، و لو كان النقصان لا بآفه بل لخلل فى الخرص لم ينقص شىء (٢)، كما لا ينقص لو كان بتفريط المتقبل (٣)، و بعض الأصحاب (٤) سدّ باب هذه المعامله، لمخالفتها للأصول الشرعيه (٥).

و الحق أن أصلها ثابت، و لزومها مقتضى العقد (٦)، و باقى فروعها لا دليل عليه.

#### الرابعه - يجوز الأكل مما يمر به من ثمر النخل و الفواكه

(الرابعه - يجوز الأكل مما يمر به من ثمر النخل و الفواكه و الزرع (٧)...

(١) أى و ليس الرضا بالقدر المعلوم مشتركا على نحو الإشاعه كما تقدم عند استثناء جزء مشاع أو أرتال معلومه.

(٢) من العوض.

(٣) و هو الطرف الآخر.

(٤) و هو ابن إدريس.

(٥) لأنها إن كانت بيعا فهى من المزابنه المحرمه، و إن كانت صلحا فلا تصح لكون العوض من نفس الثمره، و لو كان العوض فى الذمه لزم سواء بقيت الثمره أو لا فالقول بنقصان العوض لو تلفت الثمره أو نقصت بآفه سماويه ليس فى محله.

(٦) لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١).

(٧) إذا مرّ الإنسان بشىء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع فيجوز له أن يأكل منها للأخبار.

منها: مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يمرّ بالنخل و السنبل و الثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضروره أو غير ضروره؟ قال: لا بأس) (٢)، و خبر محمد بن مروان (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أمرّ بالثمره فأكل منها، قال: كلّ و لا تحمل، قلت: جعلت فداك، إنّ التجار اشتروها و نقدوا أموالهم، قال: اشتروا ما ليس لهم) (٣) و مثلها غيرها.

و عن المرتضى فى المسائل الصيدائويه و الفاضل فى مكاسب المختلف و المحقق الثانى و الشيخ الكبير كاشف العطاء من المنع لصحيح على بن يقطين (سأل أبا الحسن عليه السّلام عن -

ص: ٥٠٥

١- (١) سورة المائده: الآيه ١.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار حديث ٣ و ٤.

(بشرط عدم القصد (١) و عدم الإفساد) أما أصل الجواز فعليه الأكثر، و رواه ابن أبي عمير مرسلًا عن الصادق عليه السّلام، و رواه غيره، و أما اشتراط عدم القصد فللدلالة ظاهر المرور عليه، و المراد كون الطريق قريبه منها (٢) بحيث يصدق المرور عليها عرفًا، لا أن يكون طريقه على نفس الشجره (٣).

و أما الشرط الثاني فرواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السّلام، قال يأكل منها، و لا يفسد، و المراد به أن يأكل كثيرًا بحيث يؤثر فيها أثرًا بينا و يصدق -الرجل يمرّ بالثمره من الزرع و النخل و الكرم و الشجر و المباطخ و غير ذلك من الثمر، أ يحلّ له أن يتناول منه شيئًا و يأكل بغير إذن صاحبه؟ و كيف حاله إن نهاه صاحب الثمره، أو أمره القِيم فليس له، و كم الحدّ الذي يسعه أن يتناول منه؟ قال: لا يحلّ له أن يأخذ منه شيئًا(١)، مؤيدًا بقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه.

و حملت الصحيحه على النهي عن الحمل معه لا الأكل جمعًا بين الأخبار، و هو جمع حسن، و لا قبح في التصرف في مال الغير مع إذن الشارع.

هذا و جواز الأكل مشروط بشروط:

أحدها: كون المرور اتفاقًا، فلو كان الأكل مقصودًا من رأس لم يجز اقتصارًا على المتيقن، بل هو الظاهر من خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس بالرجل يمرّ على الثمره و يأكل منها و لا يفسد)(٢).

ثانيها: عدم الإفساد و المراد منه عدم الأكل الكثير بحيث يؤثر فيها أثرًا بينًا و هذا يختلف باختلاف كثره الثمره و قلتها و كثره الماره و قلتهم، أو يهدم حائطًا أو يكسر غصنًا يتوقف الأكل عليه، و مما يدل على عدم الإفساد خبر ابن سنان المتقدم.

ثالثها: أن لا يحمل معه شيئًا، بل يأكل في موضعه و هذا الشرط مما دل عليه خبر محمد بن مروان المتقدم صريحًا، و صحيح ابن يقطين حملاً.

(١) أي عدم القصد إلى الأكل.

(٢) من الثمره.

(٣) فلا يصدق المرور فلا يجوز الأكل كما عليه جماعه.

ص: ٥٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٢.

معه (١) الإفساد عرفا، و يختلف ذلك (٢) بكثرة الثمره و الماره و قتلها، و زاد بعضهم عدم علم الكراهه و لا ظنها (٣)، و كون الثمره على الشجره (٤).

(و لا يجوز أن يحمل) معه شيئا منها و إن قلّ، للنهي عنه صريحا في الأخبار، و مثله أن يطعم أصحابه، و قوفا فيما خالف الأصل على موضع الرخصه، و هو أكله بالشرط (٥).

(و تركه (٦) بالكلية أولى)، للخلاف فيه، و لما روى أيضا من المنع منه، مع اعتضاده بنص الكتاب (٧) الدال على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، و بغير تراض، و لقبح التصرف في مال الغير، و باشتغال أخبار النهي (٨) على الحظر، و هو مقدم (٩) على ما تضمن الإباحه و الرخصه، و لمنع كثير من العمل بخبر الواحد (١٠) فيما وافق الأصل فكيف فيما خالفه (١١).

(١) مع التأثير البين.

(٢) أى الإفساد.

(٣) فلو علم الكراهه أو ظنها فلا يجوز الأكل، و فيه: إن خبر محمد بن مروان المتقدم مشعر بل ظاهر بعدم اعتبارهما.

(٤) فلو كانت الثمره على الأرض فلا يجوز اقتصارا في مورد الرخصه على القدر المتيقن.

(٥) و هو ما ذكر من الشروط الثلاثه أو الخمسه.

(٦) أى ترك الأكل.

(٧) و هو قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) (١).

(٨) كصحيح ابن يقطين.

(٩) عند التعارض، و قد عرفت أنه لا تعارض مع إمكان الجمع، و قد حملت أخبار النهي على الحمل لا الأكل.

(١٠) كالسيد و ابن إدريس و الطبرسى.

(١١) كالمقام، و لكن ابن إدريس قد عمل بهذه الأخبار.

ص: ٥٠٧

(الفصل الخامس - في الصرف (١) و هو بيع الأثمان)

في معنى الصرف و شرطيه القبض في المجلس

و هي الذهب و الفضة (بمثلها، و يشترط فيه) زياده على غيره من أفراد البيع (التقايض في المجلس) الذي وقع فيه العقد، (أو اصطحابهما) في المشى عرفا و إن فارقاه (٢) (إلى) حين (القبض)، و يصدق الاصطحاب بعدم زياده المسافه التي بينهما عنها (٣) وقت العقد، فلو زادت و لو خطوه بطل (٤)، (أو رضاه) (٥) أى رضا (١) الصرف لغه الصوت، و شرعا أو متشرعا بيع الذهب و الفضة بالذهب و الفضة، سواء كانا مسكوكين أولا، و سمي الذهب و الفضة بالأثمان لوقوعهما مقرونين بباء العوض عن الأشياء غالبا كما قيل، و سمي هذا البيع بالصرف لمناسبه اشتمالهما على الصوت عند تقلييهما بالبيع و الشراء.

و يشترط في بيع الصرف زياده عما اشترط في سائر البيوع، و زياده عما اشترط في الربويات إذ بيع الصرف منها، اشترط التقايض في المجلس فلو افترقا قبل التقايض بطل البيع على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يبتاع رجل فضه بذهب إلا يدا بيد، و لا يبتاع ذهبا بفضه إلا يدا بيد) (١)، و صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشترت ذهبا بفضه أو فضه بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه، و إن نزي حائطا فانز معه) ٢ و مثلها غيرها، و عن الصدوق عدم الاشتراط لأخبار:

منها: خبر عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: الرجل يبيع الدراهم بالدنانير نسيته، قال: لا بأس)، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (لا- بأس أن يبيع الرجل الدنانير نسيته بمائه، أو أقل، أو أكثر) (٢) و هذه الطائفة ضعيفه السند غير منجره فلا تعارض الطائفة الأولى التي عليها عمل الطائفة.

(٢) أى فارقا مجلس العقد مصطحبين قبل أن يتقايضا لم يبطل الصرف بلا خلاف فيه لخصوص صحيح منصور المتقدم (و إن نزي حائطا فانز معه)، فالمعتبر هو التقايض قبل التفرق.

(٣) أى عن المسافه التي كانت بينهما حاله العقد.

(٤) لتحقق الافتراق، و هذا التقدير مما لا- نص عليه، بل ظاهر النصوص على الاصطحاب و الافتراق و لا بدّ من حملهما على المعنى العرفي، و سيأتي ماله النفع في تحقيق معنى الافتراق في خيار المجلس.

(٥) لو كان لزيد دنانير في ذمه عمرو فأمره بأن يحولها إلى دراهم أو بالعكس صح و إن تفرقا

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الصرف حديث ٣ و ٨.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الصرف حديث ١٣.

الغريم الذى هو المشتري، كما يدل عليه آخر المسأله (١) (بما فى ذمته) أى ذمه المديون الذى هو البائع (قبضا) أى مقبوضا، أقام المصدر مقام المفعول (بو كالتة (٢) إياه (٣) (فى القبض)، لما فى ذمته (٤).

و ذلك (فيما إذا اشترى) من له (٥) فى ذمته نقد (بما (٦) فى ذمته) من النقد (نقدا آخر)، فإن ذلك (٧) يصير بمنزله المقبوض.

قبل القبض لصحيح إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: تكون للرجل عندى من الدراهم الوضح فيلقانى فيقول: كيف سعر الوضح اليوم؛ فأقول له: كذا، فيقول:

أليس لى عندك كذا و كذا ألف درهم وضحا؟ فأقول: بلى، فيقول لى: حوّلها دنانير بهذا السعر و أثبتها لى عندك، فما ترى فى هذا؟ فقال لى: إذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك، فقلت: إنى لم أوازنه و لم أناقده، إنما كان كلام منى و منه، فقال:

أليس الدراهم من عندك و الدنانير من عندك؟ قلت: بلى، قال: فلا بأس بذلك (١)، و موثق عبيد بن زرارہ (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لى عنده دراهم فأتيه فأقول: حوّلها دنانير من غير أن أقبض شيئا، قال: لا بأس، قلت: يكون لى عنده دنانير فأتيه فأقول حوّلها دراهم و أثبتها عندك و لم أقبض منه شيئا، قال: لا بأس) ٢.

و استشكل و فى هذا البيع باعتبار عدم التقابض، و ردّ بأن ما فى الذمه مقبوض، هذا من جهه، و من جهه أخرى فالمديون وكيل عن الدائن بالقبض لما أمره بتحويل ما فى ذمته إلى دنانير أو دراهم فيكون العوض أيضا مقبوضا و لكن بواسطة وكيله، و لذا لا مخالفه بين هذه النصوص و بين القواعد المقرره فى بيع الصرف، و منه تعرف ضعف ما عن ابن إدريس من إنكار ذلك من حيث عدم التقابض.

(١) حيث قال الماتن: (إذا اشترى بما فى ذمته نقدا آخر)، و هذا كاشف عن أن الغريم هو المشتري.

(٢) أى و كاله الغريم الذى هو المشتري.

(٣) للبائع الذى هو المديون.

(٤) لما فى ذمه المديون.

(٥) أى الغريم.

(٦) جار و مجرور منصوب على المفعوليه محلا لقوله (اشترى).

(٧) أى إبقاء النقد الآخر فى ذمه المديون بمنزله المقبوض.



١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الصرف حديث ١ و ٢.

مثاله: أن يكون لزيد في ذمه عمرو دينار فيشترى زيد من عمرو بالدينار عشرة دراهم في ذمته و يوكله في قبضها في الذمه بمعنى رضاه بكونها في ذمته، فإن البيع و القبض صحيحان، لأن ما في الذمه بمنزله المقبوض بيد من هو في ذمته، فإذا جعله و كيلا في القبض صار كأنه قابض لما في ذمته، فصدق التقابض قبل التفرق.

و الأصل في هذه المسألة ما روى فيمن قال لمن في ذمته دراهم: حوّلها إلى دنانير، أن ذلك يصح و إن لم يتقابضا، معللا بأن النقدين من واحد (١)، و المصنف رحمه الله عدل عن ظاهر الرواية (٢) إلى الشراء بدل التحويل، و التوكيل (٣) صريحا في القبض و الرضا فيه بكونه (٤) في ذمه الوكيل القابض، لاحتياج الرواية (٥) إلى تكلف إرادته هذه الشروط (٦) بجعل الأمر بالتحويل توكيلا في تولى طرفي العقد، و بنائه على صحته (٧)، و صحه القبض إذا توقف البيع عليه (٨) بمجرد التوكيل في البيع، نظرا إلى أن التوكيل في شيء إذن في لوازمه (٩) التي يتوقف عليها (١٠). و لَمَّا كان ذلك أمرا خفيا عدل المصنف رحمه الله إلى التصريح بالشروط.

(و لو قبض البعض) خاصه قبل التفرق (صح فيه (١١) أي في ذلك البعض (١) كما في صحيح إسحاق بن عمار المتقدم.

(٢) حيث ظاهرها بالتحويل.

(٣) عطف على (الشراء)، و المعنى أن الشراء و التوكيل في القبض صريحان في القبض و الرضا ببقاء العوض في ذمه المديون ليصير بمنزله المقبوض.

(٤) أي بكون العوض.

(٥) تعليل لعدول المصنف.

(٦) و هي الشراء و القبض و الرضا بكون العوض في ذمه الوكيل القابض.

(٧) أي و بناء صحه التوكيل على صحه تولى طرفي العقد بالأصالة عن نفسه و بالوكالة عن غيره.

(٨) على القبض.

(٩) أي لوازم الشيء.

(١٠) على اللوازم.

(١١) لحصول مقتضى الصحه مع عدم المانع.

المقبوض و بطل في الباقي (١) (و تخيرا) معا في إجازه ما صح فيه و فسخه (٢)، لتبعض الصفقه (إذا لم يكن من أحدهما تفريط) في تأخير القبض، و لو كان تأخيره (٣) بتفريطهما فلا خيار لهما، و لو اختص أحدهما به (٤) سقط خياره، دون الآخر، (و لا بد من قبض الوكيل) في القبض عنهما، أو عن أحدهما (في مجلس العقد قبل تفرق المتعاقدين) (٥).

و لا اعتبار بتفرق الوكيل و أحدهما (٦)، أو هما (٧)، أو الوكيلين (٨)، و في حكم مجلس العقد ما تقدم (٩)، فكان يغني قوله (١٠): قبل تفرق المتعاقدين عنه (١١)، لشمول الثاني (١٢) لما في حكم المجلس (١٣)، هذا إذا كان وكيلا في القبض، دون الصرف (١٤).

(١) لحصول مقتضى البطلان و هو التفرق قبل التقابض.

(٢) لثبوت عيب تبعض الصفقه، و هذا العيب يوجب الخيار لغير المفترط.

(٣) أى تأخير القبض.

(٤) بالتأخير.

(٥) قال الشارح في المسالك و قد أجاد: (الضابط في ذلك أن المعتبر حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدين، فمتى كان الوكيل في القبض غير المتعاقدين اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدين، و لا اعتبار بتفرق الوكيلين، و متى كان المتعاقدان و كيلين اعتبر تقابضهما في المجلس أو تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين) انتهى.

(٦) فيما لو كان و كيل أحد المتعاقدين جالسا عند المتعاقد الآخر حين العقد، فقام الوكيل و فارقه فلا يضر ما دام و كيلا في القبض فقط لأن المدار على تفرق المتعاقدين.

(٧) أى تفرق الوكيل عن المتعاقدين معا، ما دام و كيلا في القبض فقط.

(٨) أى تفرق الوكيلين، و هما موكلان في القبض فقط.

(٩) و هو اصطحابهما في المشى عرفا و إن فارقا مجلس العقد، لأن المدار على عدم التفرق بأبدانهما.

(١٠) قول المصنف.

(١١) عن مجلس العقد.

(١٢) و هو قبل تفرق المتعاقدين.

(١٣) و هو الاصطحاب في الشىء عرفا.

(١٤) أى دون بيع الصرف.



(و لو كان وكيلا في الصرف) سواء كان مع ذلك وكيلا في القبض، أم لا (فالمعتبر مفارقتة) لمن وقع العقد معه، دون المالك. والضابط أن المعتبر التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا مالكيين، أم وكيلين.

### في أنه لا يجوز التفاضل في الجنس الواحد

(و لا- يجوز التفاضل في الجنس الواحد) (١)، لأنه حينئذ يجمع حكم الربا و الصرف فيعتبر فيه التقابض في المجلس نظرا إلى الصرف، و عدم التفاضل نظرا إلى الربا، سواء اتفقا في الجوده و الرءاءه و الصفه، أم اختلفا، بل (و إن كان أحدهما مكسورا، أو رديئا) و الآخر صحيحا أو جيد الجوهر.

(و تراب معدن أحدهما يباع بالآخر، أو بجنس غيرهما) لا بجنسه، لاحتمال زياده أحد العوضين عن الآخر، فيدخل الربا، و لو علم زياده الثمن عما في التراب من جنسه لم يصح هنا (٢) و إن صح في المغشوش بغيره، لأن التراب لا قيمه له ليصلح في مقابله الزائد.

(١) كبيع الذهب بالذهب و الفضة بالفضه، فهو بيع صرف لأنه بيع الأثمان بالأثمان فيشترط فيه شروط الصرف من التقابض في المجلس و غيره، و يشترط فيه شروط البيع الربوي لأنهما موزونان، بل لا- يجوز التفاضل هنا و لو تم التقابض، بلا- فرق بين المصوغ و المكسور و جيد الجوهر و رديئه لصدق اتحاد الجنس فيه، نعم لو شرطت الصياغه لكانت زياده فيصح بذل شيء في قبالتها بالإضافة إلى العوض الذي هو بمقدار المعوض وزنا.

و يجوز التفاضل إذا كانا من جنسين كبيع الذهب بالفضه و كذا العكس، و منه تعرف عدم جواز بيع تراب معدن الفضة بالفضه الخالصه و لا- بترابها من باب الاحتياط عن الوقوع في الربا لعدم العلم بالمساواه، و كذا لا يباع تراب معدن الذهب بالذهب الخالص و لا- بترابه، نعم يجوز بيع تراب أحدهما بالآخر لعدم اتحاد الجنس، و لو مزج الترابان و جمعا في صفقه جاز بيعهما بالذهب و الفضة معا لانصراف كل جنس إلى ما يخالفه.

(٢) كما لو باع تراب الذهب مثلا بالذهب، و علم أن الذهب الذي وقع عوضا هو أكثر من الذهب المخلوط بالتراب و الواقع معوضا، و ذلك لأن الزيادة في العوض لا شيء في قبالتها من المعوض، إذ الزائد في المعوض عن الذهب هو التراب و هو لا قيمه له.

بخلاف ما لو باع الدينار المغشوش مثلا و هو ذهب مختلط بغيره، فباعه بأكثر مما فيه من الذهب فيجوز، لأن الزائد في العوض يكون في قبالة الغش في المعوض، و هو مما له قيمه لأن الذهب عند ما يغش يخلط بالنحاس غالبا.

(و ترابهما) إذا جمعا، أو أريد بيعهما معا (بياعان بهما (١) فينصرف كل إلى مخالفه، و يجوز بيعهما (٢) بأحدهما (٣) مع زياده الثمن على مجانسه (٤) بما يصلح عوضا فى مقابل الآخر، و أولى منهما بيعهما بغيرهما (٥)، (و لا عبره باليسير من الذهب فى النحاس) بضم النون، (و اليسير من الفضة فى الرصاص) بفتح الراء، (فلا يمنع من صحه البيع بذلك الجنس) (٦) و إن لم يعلم زياده الثمن عن ذلك اليسير، و لم يقبض فى المجلس ما يساويه، لأنه مضمحل، و تابع غير مقصود (١) بالذهب و الفضة.

(٢) تراب الذهب و الفضة لو مزجا.

(٣) من الذهب أو الفضة.

(٤) من الذهب أو الفضة الواقعين فى المعوض.

(٥) أى بغير الذهب و الفضة.

(٦) من الذهب و الفضة، و المعنى أنه يجوز بيع الرصاص بالفضه و إن كان فى الرصاص فضه يسيره، و يجوز بيع النحاس بالذهب و إن كان فى النحاس ذهب يسير، فيجوز البيع من دون اشتراط التقابض فى المجلس لعدم صدق بيع الصرف لأنه ليس بيع أثمان بمثلها، و هو ليس ببيع مجانس بمثله فلا يجرى فيه حكم الربا و إن لم تعلم زياده الثمن عن ذلك اليسير، لأنه مضمحل و تابع غير مقصود بالبيع، و لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الأسرب يشتري بالفضه، قال: إذا كان الغالب عليه الأسرب فلا بأس به) (١) و الأسرب هو الرصاص، و خبر معاويه عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن جوهر الأسرب و هو إذا خلص كان فيه فضه، أى يصلح أن يسلم الرجل فيه الدراهم المسماه، فقال: إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك، يعنى لا يعرف إلا بالأسرب) ٢، و لأنه تابع غير مقصود بالبيع ألحق به الحليه التى يزىن بها السقف و الجدران فإنه يجوز بيع هذه السقف و الجدران المزينه بالذهب و يكون عوضها ذهبا، و إن لم يكن الذهب الذى وقع عوضا أكثر من الذهب الذى هو الحليه حتى تكون الزياده فى قبال نفس السقف و الجدران، و ذلك لأن الذهب الذى هو جزء من السقف و الجدران لم يكن مقصودا بالبيع بل كان تابعا، فيصدق أنه بيع سقف أو جدار بالذهب و هو ليس ببيع مجانس بمثله حتى يجرى فيه حكم الربا و لا بيع صرف حتى يشترط فيه التقابض فى المجلس.

ص: ٥١٣

بالبیع، و مثله المنقوش منهما على السقوف و الجدران بحيث لا يحصل منه شيء يعتد به على تقدير نزعہ.

و لا- فرق فى المنع (١) من الزیادہ فى أحد المتجانسين بين العينه و هى الزیادہ (١) سیأتى فى باب الربا حرمة الزیادہ فى بیع المتجانسين إذا كانا من المکیل أو الموزون، بلا فرق فى الزیادہ بین العينه أو الحکمیه سواء كانت الحکمیه شرطاً له مال أو نفع، بل حتى اشتراط الأجل فى أحد العوضین یوجب الزیادہ المحرمه.

و لازم ذلك عدم جواز بیع درهم بدرهم مع اشتراط صیاغه خاتم، لأن هذا الشرط من الربا، و لكن ورد جواز ذلك فى خبر أبی الصباح الكنانى عن أبی عبد الله علیه السلام (عن الرجل یقول للصائغ: ضع لى هذا الخاتم و أبدل لك درهما طازجا بدرهم غله، قال: لا بأس) (١)، و عمل بها الشیخ فى النهایه و جماعه بعد حملها على بیع درهم بدرهم مع اشتراط صیاغه خاتم، و علل ابن إدريس الجواز بأن الربا هو الزیادہ فى العین إذا كان العوضان من جنس واحد، و هنا لا زیادہ عینیه، هذا و قيل إنه یقتصر بها على موردها و هو بیع الدرهم بالدرهم بشرط الصیاغه المذكوره لأنها مخالفه للقواعد، و ذهب الشیخ فى النهایه إلى تعمیم ذلك البیع، أعنى بیع الدرهم بالدرهم مع أى شرط لعدم الفرق بین الصیاغه و غيرها، و لازم مبنى ابن إدريس من أن المحرم هو الزیادہ العینیه جواز أى بیع من متجانسين و لا- داعى للاقتصار على بیع الدرهم بالدرهم، مع اشتراط أى شرط حکمى دون العینیه.

هذا من جهه و من جهه أخرى قيل: إن الروایه لا تدل على مدعاهم المذكور من بیع الدرهم بالدرهم مع اشتراط الصیاغه، بل تدل على الصیاغه المذكوره بشرط البیع و هذا ليس من بیع أحد المتجانسين مع الزیادہ فى شيء.

و الانصاف أن الروایه صریحه فى بیع الدرهم الطازج بدرهم غله مع اشتراط الصیاغه، و الطازج هو الخالص كما نص علیه بعض أهل اللغه كما فى المسالك، و الغله هو المغشوش أو المكسر، و علیه فالزیادہ هنا لا توجب الربا لأن بیع الخالص بالمغشوش مع الزیادہ على أساس أن تكون الزیادہ فى قبال ما زاد عن المغشوش من الخالص ليس مخالفاً للقواعد، و لذا فالروایه موافقه للقواعد و لا داعى لردّها كما عن ابن حمزه و لا للتردد فيها كما عن المحقق و غيره إذا سلم سندها.

ص: ٥١٤

فى الوزن، و الحكميه كما لو بيع المتساويان و شرط مع أحدهما شرطاً و إن كان صنعه.

(و قيل: يجوز اشتراط صياغه خاتم فى شراء درهم بدرهم، للروايه) التى رواها أبو الصباح الكنانى رحمه الله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يقول للصائغ: صغ لى هذا الخاتم، و أبدل لك درهما طازجيا بدرهم غله.

قال عليه السلام: «لا بأس». و اختلفوا فى تنزيل الروايه فقول: إن حكمها مستثنى من الزيادة الممنوعه، فيجوز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغه الخاتم، و لا- يتعدى إلى غيره، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النص، و هو القول الذى حكاه المصنف رحمه الله، و قيل (١) يتعدى إلى كل شرط، لعدم الفرق (٢)، و قيل: إلى كل (٣) شرط حكمى.

و الأقوال كلها ضعيفه، لأن بناءها على دلالة الروايه على أصل الحكم (٤).

(و هى غير صريحه فى المطلوب)، لأنها تضمنت إبدال درهم طازج بدرهم غله مع شرط الصياغه من جانب الغله.

و قد ذكر أهل اللغة أن الطازج هو الخالص، و الغله غيره و هو المغشوش، و حينئذ فالزيادة الحكميه و هى الصياغه فى مقابله الغش، و هذا لا- مانع منه مطلقاً (٥) و على هذا يصح الحكم و يتعدى (٦)، لا فى مطلق الدرهم (٧) كما ذكره و نقله عنهم المصنف رحمه الله، (مع مخالفتها) أى الروايه (للأصل) لو حملت على الاطلاق (٨) كما ذكره، لأن الأصل المطرد عدم جواز الزيادة من أحد الجانبين حكميه كانت، أو عينيه، فلا يجوز الاستناد فيما خالف الأصل إلى هذه الروايه، (١) و هو قول الشيخ فى النهايه و لكن خصها ببيع الدرهم بالدرهم.

(٢) بين الصياغه و غيرها من الشروط.

(٣) و هو قول ابن إدريس مع تعميم المورد إلى كل بيع و إلى كل شرط غير عينى.

(٤) و هو بيع الدرهم بالدرهم مع الزيادة.

(٥) سواء كانت الزيادة عينيه أم حكميه.

(٦) إلى كل زياده.

(٧) بل فى خصوص إبدال الطازج بالغله.

(٨) أى على الاطلاق فى الدراهم.



مع أن في طريقها من لا يعلم (١) حاله.

## في الأواني المصوغة من النقدين إذا بيعت بهما

(و الأواني المصوغة من النقدين إذا بيعت بهما (٢) معا (جاز) مطلقا (٣)، (و إن) (١) و هو محمد بن فضيل و هو مشترك بين جماعه، بعضهم مجهول، نعم احتمال صاحب نقد الرجال أنه محمد بن القاسم بن الفضيل الثقة فراجع.

(٢) أي بالنقدين من ذهب و فضه، هذا و المجتمع من جنسين - و هما الذهب و الفضة - يجوز بيعه بغير جنسهما مطلقا، و بهما معا لانصراف كل إلى ما يخالفه، سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا، مع معرفته قدر المجموع، و سواء أمكن تخليصهما أم لا.

و يجوز بيع المجتمع بكل واحد من الذهب و الفضة، إذا علم زياده العوض عما يوجد في المجتمع من جنسه بحيث يصلح الزائد ثمنا للآخر و إن قلّ سواء أمكن تخليصهما أم لا، هذا هو مقتضى القواعد في بيع المتجانسين مع عدم زياده حذرا من الربا.

هذا و ذهب الشيخ في النهايه و تبعه عليه جماعه منهم المحقق في الشرائع إلى أن الأواني المصنوعه من الذهب و الفضة - و هي المراد من المجتمع في الكلام السابق - يجوز بيع كل واحد منهما بجنسه من غير زياده مع العلم بمقداره، و بغير الجنس مع الزياده، و إذا لم يعلم المقدار و أمكن تخليصهما لم تبع هذه الأواني بأحدهما بل بيعت بهما أو بغيرهما، و إن لم يعلم المقدار و أمكن التخليص و كان أحدهما أغلب بيعت هذه الأواني بالأقل منهما خاصه، و إن تساويا بيعت بهما، استنادا إلى أخبار.

منها: خبر إبراهيم بن هلال (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جام فيه فضه و ذهب أشتريه بذهب و فضه؟ فقال: إن كان يقدر على تخليصه فلا، و إن لم يقدر على تخليصه فلا بأس) (١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن شراء الذهب فيه الفضة بالذهب قال: لا يصلح إلا بالدنانير و الورق) (٢)، و خبر أبي عبد الله مولى عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الجوهر الذي يخرج من المعدن، و فيه ذهب و فضه و صفر جميعا، كيف نشتره؟ قال: اشتر بالذهب و الفضة جميعا) (٣)، و هي ضعيفه السند غير وافية بتمام ما ذكره الشيخ في النهايه، مع عدم الدلاله فيها على التفصيل بين التخلص و عدمه، على أنها محموله على عدم العلم بمقدار كل منها فلو بيعت الأواني المصنوعه منهما بهما فلا مخالفه للقواعد المقرره في باب الربا و المستفاده من صحاح الأخبار و المعمول بها بين الأصحاب، لانصراف كل جنس إلى ما يخالفه.

(٣) سواء كان كل من الذهب و الفضة الموجودين في الأواني مساويا لجنسهما في العوض أو زائدين أو مختلفين، لانصراف كل منهما إلى ما يخالفه.

ص: ٥١٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الصرف حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الصرف حديث ٣ و ٥.

(بيعت بأحدهما) خاصة (اشترطت زيادته على جنسه)، لتكون الزيادة في مقابله الجنس الآخر، بحيث تصلح ثمنًا له (١) و إن قلّ، ولا فرق في الحالين (٢) بين العلم بقدر كل واحد منهما، و عدمه، و لا بين إمكان تخليص أحدهما عن الآخر، و عدمه، و لا بين بيعها بالأقل مما فيها من النقيدين، و الأكثر.

(و يكفي غلبه الظن) في زيادة الثمن على مجانسه من الجوهر، لعسر العلم اليقيني بقدره غالبًا، و مشقه التخليص الموجب له (٣). و في الدروس اعتبر القطع بزيادة الثمن و هو أجود (٤).

(و حليه السيف و المركب يعتبر فيها العلم إن أريد بيعها) (٥) أى الحليه (بجنسها)، و المراد بيع الحله و المحلّي، لكن لَمَّا كان الغرض التخلص من الربا و الصرف خصّ الحليه، و يعتبر مع بيعها بجنسها زيادة الثمن عليها، لتكون الزيادة في مقابله السيف و المركب إن ضمهما إليها (فإن تعذر) العلم (كفى الظن الغالب بزيادة الثمن عليها).

و الأجود اعتبار القطع (٦)، و فقا للدروس و ظاهر الأكثر، فإن تعذر (٧) بيعت (١) أى بحيث تصلح الزيادة ثمنًا للجنس الآخر، و إن قلّ.

(٢) هذا رد الشارح على الشيخ، و المراد من الحالين حال بيع الأواني بهما أو بأحدهما خاصة، و من هذا الرد تعرف الضعف في كلام الشيخ المتقدم.

(٣) أى للعلم اليقيني.

(٤) بل متعين و مع تعسر التخليص فيتعذر تحصيل العلم فيتعين بيع الذهب أو الفضة الموجود في الأواني بغير مجانسه.

(٥) المراكب و السيوف المحلاه بالذهب أو الفضة إذا أريد بيعها، فإن علم ما فيها من ذهب أو فضة فيجوز بيعها بغير جنسها مطلقًا و لو مع عدم الزيادة، و بجنسها مع الزيادة لتكون الزيادة في قبال نفس المحلّي من سيف أو مركب.

و إن جهل مقدار الحليه فيجوز بيعها بغير جنسها و لو مع عدم الزيادة، و يجوز بيعها بجنسها بشرط القطع بزيادة الثمن عنها و إن لم يعلم مقدارها ليكون الزائد في قبال المحلّي، من دون فرق بين إمكان نزع الحليه و عدمه.

(٦) بل هو المتعين.

(٧) أى القطع.

بغير جنسها، بل يجوز بيعها بغير الجنس مطلقا (١) كغيرها، و إنما خصّ المصنف موضع الاشتباه (٢)،

(و لو باعه بنصف دينار فشقّ (٣) أى نصف كامل مشاع، لأن النصف حقيقه فى ذلك (٤)، (إلا أن يراد) نصف (صحيح عرفا) بأن يكون هناك نصف مضروب (٥) بحيث ينصرف الإطلاق إليه، (أو نطقا) بأن يصرح بإرادته الصحيح و إن لم يكن الإطلاق محمولا عليه فينصرف إليه (٦)، و على الأول (٧) فلو باعه بنصف دينار آخر تخير بين أن يعطيه شقى دينارين و يصير شريكا فيهما، و بين أن يعطيه دينارا كاملا عنهما، و على الثانى (٨) لا يجب قبول الكامل (٩).

(و كذا) القول (فى نصف درهم) و أجزاءهما (١٠) غير النصف.

(١) و لو بغير زياده تعذر العلم أو لا، و أما إذا بيعت بجنسها فلا بد من الزياده، و لا يجوز بيعها بالأقل لأنه موجب للربا.

(٢) و هو بيع الحليه بجنسها.

(٣) الشق بفتح الشين و تشديد القاف هو النصف من كل شىء، و أصل المسأله لو باع خمسه دراهم مثلا بنصف دينار كان للبائع شق دينار على نحو الاشاعه بمقتضى الحقيقه اللغويه، و لا يلزم المشتري بشق دينار صحيح بمعنى تنصيف الدينار نصفين و إعطاء البائع نصفا منه على نحو التعيين.

إلا- أن يصرح بالصحيح بالمعنى المتقدم أو يكون هناك عرف حاكم فيقدم على المعنى اللغوى، و لو اختلفت العرف حمل الاطلاق على الشق بالمعنى المشاع بسبب عدم انضباط العرف خلافا للتذكره حيث حكم بالبطلان هنا مع عدم التعيين للجهاله.

(٤) فى النصف المشاع.

(٥) أى نصف منقسم عن النصف الآخر.

(٦) تفریع على كون الاطلاق محمولا عليه.

(٧) أى صورته الاطلاق المحمول على الشق بمقتضى الحقيقه اللغويه.

(٨) أى صورته الاطلاق المحمول على الصحيح إما للتصريح و إما لإرادته ذلك و قد علم ذلك من القرائن كالعرف.

(٩) بل له المطالبه بنصفين صحيحين.

(١٠) أى اجزاء الدينار و الدرهم.

(و حكم تراب الذهب و الفضة عند الصياغة) بفتح الصاد و تشديد الياء جمع صائغ (١)(حكم) تراب (المعدن) في جواز بيعه مع اجتماعهما بهما (٢)، و بغيرهما (٣)، و بأحدهما (٤) مع العلم بزيادة الثمن عن مجانيته، و مع الانفراد (٥) بغير جنسه.

(و يجب) على الصائغ (الصدقة به مع جهل أربابه) (٦) بكل وجه. و لو علمهم (١) جمعه صاغه لا صياغه هذا من جهه و من جهه أخرى فلعل اللفظ الوارد في كلام الماتن هو بكسر الصاد مع تخفيف الياء فيكون مصدرا و يبقى الكلام دالا على تحرير موضوع المسألة بل عبّر بالمصدر غيره من الفقهاء كالمحقق في الشرائع و غيره.

و على كل فالذهب و الفضة المجتمعان عند الصائغ بعد صياغه ذهب الناس و فضتها لهما نفس حكم الأواني المصنوعه من الذهب و الفضة، من بيع المجتمع بالذهب و الفضة مطلقا لانصراف كل منهما إلى ما يخالفه سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا مع معرفه قدر المجموع، و سواء أمكن تخليصهما أم لا، و يجوز بيع المجتمع بكل واحد من الذهب و الفضة إذا علم زياده العوض عما يوجد في المجتمع ليكون الزائد في قبال الجنس الآخر، سواء أمكن تخليصهما أم لا.

(٢) بالذهب و الفضة معا و لو مع الزيادة لانصراف كل إلى ما يخالفه.

(٣) أي غير الذهب و الفضة.

(٤) من الذهب و الفضة.

(٥) أي كتراب الذهب أو تراب الفضة فقط، فإنه يجوز بيعه بغير جنسه مع الزيادة و هذا ما صرح به الشارح، و يجوز بيعه بجنسه مع المساواه حذرا من الربا.

(٦) فيتصدق به أو يبيعه ثم يتصدق به لأنه مجهول المالك لا يعرف أربابه كما هو الغالب و عليه يحمل خبر علي بن ميمون الصائغ (سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكتس من التراب فأبيعه فما اصنع به؟ قال: تصدق به، فأما لك و إنما لأهلك، قلت: فإن فيه ذهبا و فضه و حديدا فأبى شيء أبيعه؟ قال: بعه بطعام، قلت: فإن كان لى قرابه محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم) (١)، نعم لو علم صاحبه و جب إرجاعه إليه لأنه ماله، و لو علم صاحبه ضمن عدد محصور و جب التحلل منه و لو بالصلح و نحوه، لأن الصدقة بمال الغير مشروطه باليأس من معرفته، و على هذا فيجب التخلص من كل غريم يعلمه و ذلك عند-

ص: ٥١٩

فى محصورين وحب التخلص منهم، و لو بالصالح مع جهل حق كل واحد بخصوصه، و يتخير مع الجهل بين الصدقه بعينه و قيمته (١).

(و الأقرب الضمان لو ظهوروا و لم يرضوا بها) أى بالصدقه لعموم الأدله الداله على ضمان ما أخذت اليد، خرج منه ما إذا رضوا، أو استمر الاشتباه فيبقى الباقي.

و وجه العدم إذن الشارع له فى الصدقه فلا يتعقب الضمان، و مصرف هذه الصدقه الفقراء و المساكين، و يلحق بها (٢) ما شابهها من الصنائع الموجهه لتخلف أثر المال، كالحداده و الطحن و الخياطه و الخبازه.

(و لو كان بعضهم معلوما و جب الخروج من حقه) و على هذا (٣) يجب التخلص من كل غريم يعلمه، و ذلك (٤) يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد، فلو أخر حتى صار مجهولا أثم بالتأخير، و لزمه حكم ما سبق.

### خاتمه الدراهم و الدنانير يتعينان بالتعيين

#### إشاره

(خاتمه - الدراهم و الدنانير يتعينان بالتعيين (٥)

#### فى الحكم فى الصرف و غيره

عندنا (فى الصرف و غيره)، لعموم الأدله الداله على التعيين، و الوفاء بالعقد، -الفراغ من العمل، فلو أخر حتى صار مجهولا أثم بالتأخير و لزمه الحكم السابق.

ثم إن مصرفه مصرف الصدقات الواجبه هذا من جهه و من جهه أخرى لو ظهر بعض المستحقين بعد الصدقه، و لم يرض بها ضمن حصته لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و يحتمل العدم لأن الشارع قد أمره بالصدقه فهو إذن شارعى لا يتعقبه الضمان و هو الأقوى.

(١) بأن يبيعه ثم يتصدق بالثمن.

(٢) بالصياغه.

(٣) من وجوب الخروج من مال الذى عرف شخصه.

(٤) أى التخلص.

(٥) الدراهم و الدنانير يتعينان بالتعيين، و هذا موضع وفاق بيننا لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (١)، فإذا اشتملت على التعيين لم يتم الوفاء بها إلا بجميع مشخصاتها، و لأن -

---

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

و لقيام المقتضى فى غيرها (١)،(فلو ظهر عيب فى المعين) (٢) ثمننا كان، أم مئنا (من غير جنسه) بأن ظهرت الدراهم نحاسا، أو رصاصا (بطل) البيع (فيه)، لأن ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء، و العقد تابع له (٣)،(فإن كان بإزائه مجانسه بطل البيع من أصله) إن ظهر الجميع كذلك (٤)، و إلا- (٥) فبالنسبه (كدراهم بدراهم، و إن كان) ما بإزائه (مخالفا) فى الجنس (٦)(صح) البيع (فى السليم (٧) و ما قابله، و يجوز) لكل منهما (الفسخ مع الجهل) بالعيب، لتبعض الصفقه.

-المقتضى لتعيين غيرهما هو العقد، و هو حاصل هنا، و لذا لا بد من دفع نفس الدراهم و الدنانير المعينه فلا يجوز دفع غيرهما و لو تساوت الأوصاف، و إن تلف المعين قبل القبض انفسخ البيع و لم يكن له دفع بدله و إن ساواه، و لو كان فى المعين عيب فلا يستبدل بل إما أن يرضى به أو يفسخ العقد.

و غالب مخالفينا على ذلك إلا أبو حنيفة حيث ذهب إلى أنها لا تتعين بالعقد بل بالقبض، و أثبت نقيض هذه الأحكام.

(١) فى غير الدراهم و الدنانير، و المقتضى هو العقد.

(٢) و المعنى: ما لو اشترى دراهم بمثلها معينه، و وجد جميع ما صار إليه من الثمن من غير جنس الدراهم، بل هى رصاص و نحوه كان البيع باطلا- بلا- خلاف و لا إشكال، و كذا فى غير الصرف فيما لو باعه ثوبا مثلا كتانا فبان صوفا، بطل البيع لتخلف العقد عما وقع عليه العقد، إذ وقع العقد على العين الخارجيه و هى رصاص أو صوف مع أن القصد هو الفضه أو الكتان، و ليس له الإبدال لوقوع العقد على عين شخصيه فلا يتناول غيرها، و لا الأرش لعدم وقوع الصحيح و المعيب على هذه العين، بلا فرق فى ذلك كله بين كون المعين ثمنا أو مئنا.

و كذا الحكم فيما لو وجد بعض المعين من غير جنس الدراهم فيبطل البيع فى هذا البعض فقط، و للذى انتقل إليه المعين خيار تبعض الصفقه و له الإمضاء مع أخذ البعض الآخر و لكن يأخذه بحصته من مجانسه من دون زياده لئلا يلزم الربا.

(٣) أى للقصد.

(٤) أى معينا بحيث ظهر من غير جنسه.

(٥) فإن ظهر العيب فى البعض.

(٦) كبيع دراهم بدنانير معينه.

(٧) فيما لو ظهر العيب فى البعض فقط، و أما لو ظهر العيب فى الجميع فقد عرفت بطلان البيع من رأس فى المجانس، و مثله فى غير المجانس.

## فى ما لو كان العيب من الجنس

(و لو كان العيب من الجنس) (١) كخشونه الجوهر، و اضطراب السكه، (و كان بإزائه مجانس (٢)، فله الرد بغير أرش)، لثلا يلزم زياده جانب المعيب المفضى إلى الربا، لأن هذا النقص حكى، فهو فى حكم الصحيح (٣)، (و فى المخالف (٤) بإزاء المعيب (إن كان صرفا) كما لو باعه ذهباً بفضه فظهر أحدهما معيباً من الجنس (فله الأرش فى المجلس (٥)، و الرد).

أما ثبوت الأرش فللعيب، و لا يضر هنا زياده عوضه للاختلاف (٦)، و اعتبر كونه فى المجلس للصرف.

و وجه الرد ظاهر، لأنه مقتضى خيار العيب بشرطه (٧).

(١) أى لو اشترى دراهم بمثلها معينه فوجد جميع ما صار إليه من جنس الدراهم و لكن به عيب كخشونه الجوهر أو اضطراب السكه كان له رد الجميع أو إمساكه، و ليس له رد البعض فقط لتبعض الصفقه، و ليس له الإبدال للتعين.

و إن كان العيب مختصاً بالبعض تخير أيضاً بين رد الجميع و إمساكه، و لكن هل له رد المعيب وحده، قيل: لا لإفضائه إلى تبعض الصفقه على الآخر فيمتنع الرد، كما لو كان المعيب جميعه و أراد ردّ بعضه و هذا ما قطع به المحقق و جماعه، و قيل: له الاقتصار على ردّ المعيب لانتقال الصحيح بالبيع و ثبوت الخيار فى الباقي لعارض العيب، و هو لا يوجب فسخ البيع و هذا ما رجحه العلامة فى التذكرة.

و أما الأرش فهو منفي سواء كان العيب فى الجميع أو البعض، لأن المفروض أن البيع بين دراهم و دراهم و هما من جنس الفضه الموزونه و هما متساويان قدرا، فلو أخذ أرش المعيب لزم زياده قدر المعيب على الصحيح و هذا مما يوجب الربا، مع ضميمه أن جيد الجوهر و رديّه جنس واحد، نعم لو كانا مختلفين كالدراهم و الدنانير جاز له أخذ الأرش ما دام فى المجلس، فإن فارقه لم يجز أن يأخذ الأرش لثلا يعدّ صرفاً بعد التفرق.

(٢) كبيع الدرهم بالدرهم.

(٣) لأن الجوهر الرديء كالجيد ما دام فى الوزن سواء.

(٤) كبيع الدرهم بالدینار.

(٥) و التقييد بالمجلس لثلا يلزم الصرف بعد المجلس مع أنه يشترط التقابض فيه فى المجلس.

(٦) أى الاختلاف فى الجنس.

(٧) أى شرط الخيار المذكور، و شرطه ما لو كان جاهلاً.



(و بعد التفرق له الرد، و لا يجوز أخذ الأرش من النقدين)، لثلا يكون صرفا (بعد التفرق، و لو أخذ الأرش (من غيرهما (١) قيل) و القائل العلامة رحمه الله:

(جاز)، لأنه (٢) حينئذ كالمعاوضه بغير الأثمان (٣) فيكون جملة العقد بمنزله بيع و صرف، و البيع ما أخذ عوضه بعد التفرق.

و يشكل (٤) بأن الأرش جزء من الثمن، و المعتبر فيه النقد الغالب فإذا اختار الأرش لزم النقد حينئذ (٥)، و اتفاهما على غيره (٦) معاوضه (٧) على النقد الثابت فى الذمه أرشا لا نفس الأرش.

و يمكن دفعه (٨)...

(١) أى غير النقدين بعد التفرق، أى لو باع أحد النقدين بالآخر ثم ظهر أحدهما معيبا فى الجنس كخشونه الجوهر و اضطراب السكه و تمّ التفرق فهل يجوز أخذ أرش المعيب بعد المجلس من غير النقدين، قال الفاضل فى التحرير و الشهيدان فى الدروس و المسالك بجوازه لعدم كون الأرش صرفا لأنه ليس من النقدين، بل هو معاوضه بغيرهما و يكون جملة العقد الذى وقع بمنزله بيع و صرف، فصرف باعتبار ما وقع من التقابض فى المجلس بالنسبه للسليم، و بيع باعتبار الأرش بالنسبه للمعيب الذى وقع بعد المجلس.

(٢) أى الأرش من غير النقدين.

(٣) أى بغير النقدين.

(٤) و الماتن هنا قد توقف فى الحكم و الشارح جزم بعدمه هنا، لأن المعروف كون الأرش جزءا من الثمن، و المعتبر فى الثمن هو النقد، على أن الحقوق الماليه يرجع فيها إلى النقدين، و على كل فلو اختار الأرش للزم النقد، فثبت بيع الصرف و لازمه عدم الجواز لتفرق المجلس، و اختيارهما هنا غير النقدين إنما هو من باب المعاوضه عن الأرش الثابت فى الذمه و الذى عرفت أنه نقد.

(٥) أى حين اختيار الأرش و يلزم أنه صرف فيبطل لكونه بعد التفرق.

(٦) أى غير النقد و هذا هو المفروض فى المسأله.

(٧) خبر لقوله: (و اتفاهما).

(٨) أى يمكن دفع دليل العدم الموجب لعدم جواز قبض الأرش من غيرهما بعد تفرق المجلس الذى أتى به الشارح هنا، و حاصل الدفع: أن الثابت من الأرش هو النقد لما تقدم و لكن لا يثبت الأرش فى ذمه الذى دفع المعيب إلا حين اختيار صاحب الخيار -

بأن الثابت (١) و إن كان هو النقد لكن لما لم يتعين (٢) إلا باختياره الأرش، إذ لو ردّ لم يكن الأرش ثابتا كان ابتداء تعلقه (٣) بالذمه الذى هو بمنزله المعاوضه اختياره (٤) فيعتبر حينئذ قبضه قبل التفرق (٥)، مراعاه للصرف، و كما يكفى فى لزوم معاوضه الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرق كذا يكفى دفع عوضها (٦) قبله (٧)، بل مطلق (٨) براءه ذمه من يطلب منه (٩) منه (١٠)، فإذا اتفقا على جعله من غير النقدين جاز، و كانت المعاوضه كأنها واقعه به (١١).

و فيه (١٢): أن ذلك يقتضى جواز أخذه فى مجلس اختياره من النقدين أيضا، -ذلك، إذ له الرد و أن لا يختار الأرش، و إذا اختار الأرش بعد مجلس العقد فيثبت الأرش حينئذ فى ذمه الطرف الآخر، و قد عرفت أن الثابت من الأرش هو النقد، فيثبت النقد حينئذ فى ذمه الطرف الآخر فى مجلس الاختيار و عليه فلا بد من قبض نقد الأرش فى هذا المجلس.

و مما تقدم تعرف أنه و إن جاز قبض الأرش من غير النقدين فى غير مجلس العقد لكن لا بدّ من قبضه فى مجلس الاختيار.

(١) أى الثابت من الأرش.

(٢) أى لم يتعين الأرش.

(٣) أى ابتداء تعلق النقد الذى هو بمنزله المعاوضه عن الأرش.

(٤) أى اختيار الأرش.

(٥) عن مجلس الاختيار.

(٦) عوض الأثمان.

(٧) أى قبل التفرق عن مجلس الاختيار.

(٨) أى بل يكفى فى لزوم المعاوضه مطلق براءه ذمه من يطلب منه عوض الصرف من ذلك العوض قبل التفرق، حتى لو كان الأبراء بهبه.

(٩) أى من يطلب منه العوض، و لفظ (منه) متعلق بطلب.

(١٠) أى من العوض و هو متعلق ب (براءه).

(١١) أى بغير النقدين.

(١٢) أى و فى الدفع، و حاصل ما فيه أن ذلك يقتضى جواز أخذ الأرش فى مجلس اختياره من النقدين أيضا، ما دام المدار على القبض فى مجلس اختيار الأرش مع أنهم لا يقولون بذلك لما تقدم من عدم جواز أخذ الأرش من النقدين بعد مجلس العقد.

و لا- يقولون به، و لزومه (١) و إن كان موقوفا على اختياره (٢) إلا أن سببه (٣) العيب الثابت حاله العقد فقد صدق التفرق (٤) قبل أخذه و إن لم يكن (٥) مستقرا (٦).

و الحق أنا إن اعتبرنا فى ثبوت الأرش السبب (٧) لزم بطلان البيع فيما قابله (٨) بالتفرق (٩) قبل قبضه (١٠) مطلقا (١١)، و إن اعتبرنا (١٢) حاله اختياره (١٣)، أو جعلناه (١٤) تمام السبب (١٥) على وجه النقل لزم جواز أخذه (١٦) فى مجلسه (١٧) مطلقا (١٨)، و إن جعلنا ذلك (١٩) كاشفا عن ثبوته (٢٠) بالعقد لزم البطلان فيه (٢١) (١) أى لزوم الأرش.

(٢) أى اختيار الأرش.

(٣) سبب الأرش.

(٤) باعتبار أن سبب الأرش حاصل حاله القعد، و أخذ الأرش قد تم بعده و لو فى مجلس الاختيار.

(٥) أى الأرش.

(٦) أى مستقرا فى ذمه البائع.

(٧) و هو العيب.

(٨) أى قابل السبب الذى هو العيب، و المراد بمقابله هو الأرش.

(٩) أى بسبب التفرق.

(١٠) أى قبل قبضه حين ثبوت السبب، و هو قبضه حاله العقد.

(١١) سواء كان الأرش من النقدين أم من غيرهما.

(١٢) أى اعتبرنا ثبوت الأرش.

(١٣) أى حال اختيار الأرش.

(١٤) أى جعلنا اختيار الأرش.

(١٥) أى تمام السبب لثبوت الأرش، إذ سببه مؤلف من العيب و اختيار الأرش.

(١٦) أخذ الأرش.

(١٧) أى مجلس الاختيار.

(١٨) سواء كان من النقدين أم من غيرهما.

(١٩) أى اختيار الأرش.

(٢٠) أى ثبوت الأرش.

(٢١) أى الأرش.

ص: ٥٢٥

أيضا (١)، و على كل حال فالمعتبر منه (٢) النقد الغالب، و ما اتفقا على أخذه أمر آخر (٣)، و الوجه الأخير (٤) أوضح، فيتجه مع اختياره (٥) البطلان فيما قابله (٦) مطلقا (٧)، و إن رضى بالمدفوع لزم (٨).

فإن قيل (٩): المدفوع أرشاً ليس هو أحد عوضى الصرف، و إنما هو عوض صفة فائته في أحد العوضين، و يترتب استحقاقها (١٠) على صحة العقد، و قد حصل التقابض في كل من العوضين فلا مقتضى للبطلان، إذ وجوب التقابض إنما هو في عوضى الصرف، لا فيما وجب بسببهما (١١).

قلنا: الأرش و إن لم يكن أحد العوضين، لكنه كالجزم من الناقص منهما، و من ثم حكموا بأنه جزء من الثمن، نسبته إليه (١٢) كنسبه قيمه الصحيح إلى المعيب، و التقابض الحاصل في العوضين وقع مترلزلاً، إذ يحتمل رده (١٣) رأساً، و أخذ (١٤) أرش النقصان الذى هو كتتمه العوض الناقص، فكان (١٥) بمنزله بعض (١) أى كما فى الوجه الأول إذ يشترط القبض فى مجلس العقد و لم يتم.

(٢) من الأرش.

(٣) بل معاوضه على ما ثبت بالأرش.

(٤) من كون اختيار الأرش كاشفاً عن ثبوته بالعقد.

(٥) أى اختيار الأرش.

(٦) أى قابل الأرش، و وجه البطلان لأنه غير مقبوض فى مجلس العقد.

(٧) سواء كان الأرش من النقدين أم لا.

(٨) أى و إن أمضى البيع و رضى بالمعيب المدفوع إليه من غير أرش للزم العقد.

(٩) و هو قول للمحقق الثانى فى جامعه و حاصله أن الأرش يعطى فى قبال صفة فائته فى أحد العوضين و هذا لا يحتاج إلى التقابض فى المجلس، إذ التقابض شرط فى عوضى الصرف لا فى صفاتهما.

(١٠) أى استحقاق الصفة الفائته.

(١١) أى بسبب عوضى الصرف كصفه فائته فيهما.

(١٢) أى نسبه الأرش إلى الثمن.

(١٣) أى رد المبيع.

(١٤) معطوف على قوله (يحتمل رده).

(١٥) أى الأرش.

ص: ٥٢٦

العوض، و التخيير بين أخذه و العفو (١) عنه ورد المبيع لا- ينافى ثبوته (٢)، غايته، التخيير بينه، و بين أمر آخر (٣)، فيكون ثابتا ثبوتا تخييريا بينه و بين ما ذكر (٤).

### في ما لو كان العيب الجنسى في غير صرف

(و لو كان) العيب الجنسى (في غير صرف) (٥) بأن كان العوض الآخر عرضا (فلا شك في جواز الرد و الأرش)، إعطاء للمعيب حكمه شرعا (٦)، و لا مانع منه هنا (مطلقا) سواء كان قبل التفرق، أم بعده.

(و لو كانا) أى العوضان (غير معينين (٧) فله الإبدال) مع ظهور العيب (١) أى العفو عن الأرش مع إمضاء البيع.

(٢) أى ثبوت الأرش.

(٣) و هو الرد أو العفو.

(٤) من الرد أو العفو.

(٥) بأن اشترى متاعا بدراهم، و وجد عيبا جنسيا فى الدراهم كاضطراب السكه فلا- شك فى جواز الرد بالعيب، و الأرش و الامضاء بلا إشكال فيه قبل التفرق أو بعده لعدم كونه صرفا حتى يشترط فيه التقابض فى المجلس، هذا و كل متاع يسمى عرضا سوى الدرهم و الدينار فهما أثمان.

(٦) من الرد أو الأرش أو الامضاء من دون شىء آخر و هو المسمى بالعفو.

(٧) ما تقدم كان شراء دراهم معينه بمثلها، و هنا لو اشترى دراهم فى الذمه بمثلها، و وجد جميع ما صار إليه غير فضه قبل التفرق، كان له المطالبه بالبديل قطعا، لأن العوض فى الذمه و هو أمر كلى و المدفوع لما لم يكن من الجنس امتنع أن يكون فردا للمبيع، و عليه فيطالب بحقه من حيث لم يحصل التفرق قبل القبض.

و إن كان قد ظهر ذلك بعد التفرق بطل الصرف لعدم القبض فى المجلس، و لو كان قد ظهر ذلك فى البعض طالب بالبديل قبل التفرق، و أما بعده فيبطل الصرف فيه لعدم التقابض و يصح فى الباقي لوجود المقتضى و كان له خيار تبعض الصفقه.

و لو خرج المدفوع معيبا بالجنس لأنه مضطرب السكه و نحوه و فرض كون العيب فى الجميع كان مخيرا بين الرد للعيب و الامساك من غير أرش لئلا يلزم الربا، هذا من جهه و من جهه أخرى كان له المطالبه بالإبدال قبل التفرق لأن العوض أمر كلى فى الذمه و هو محمول على الصحيح فله المطالبه به حينئذ، و أما بعد التفرق ففيه تردد و خلاف، و عن الشيخ و ابن حمزه و الفاضل و المحقق الثانى و الشهيد الثانى أن له ذلك، و عن الشهيد فى الدروس أنه لا يجوز و هو ظاهر للمعه هنا أيضا باعتبار أن الإبدال يقتضى عدم الرضا-

جنسيا (١) كان، أم خارجيا (٢)، لأن العقد وقع على أمر كلي و المقبوض غيره، فإذا لم يكن (٣) مطابقا لم يتعين لوجوده فى ضمنه (٤)، لكن الإبدال (ما دام فى المجلس فى الصرف)، أما بعده (٥) فلا، لأنه يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق و أن الأمر الكلى باق فى الذمه فىؤدى إلى فساد الصرف (٦).

هذا إذا كان العيب من الجنس، أمّا غيره (٧) فالمقبوض ليس ما وقع عليه العقد مطلقا (٨) فيبطل بالتفرق، لعدم التقابض فى المجلس.

و يحتمل قويا مع كون العيب جنسيا جواز إبداله بعد التفرق، لصدق التقابض فى العوضين قبله (٩)، و المقبوض محسوب عوضا و إن كان معيبا، لكونه (١٠) من الجنس فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين، غايته كونه مفوتا لبعض الأوصاف فاستدراكه ممكن بالخيار، و من ثمّ لو رضى به (١١) استقر ملكه عليه، -بالمقبوض قبل التفرق و أن المبيع حقيقه إنما هو البدل، و قد حصل التفرق قبل قبضه فيكون الصرف باطلا.

و وجه الجواز أن التقابض تحقق فى العوضين قبل التفرق، و كونه معيبا لا يخرج عن الجنسيه و لا يخرج عن حقيقة العوض غايته بالعيب المذكور يثبت له الخيار و لكنه أصبح ملكا له و نماؤه له من حين العقد إلى حين الرد، ثم لو فسخ رجع الحق إلى الذمه فيتعين أن المقبوض أولا عوض قد قبضه قبل التفرق و به يتحقق شرط الصحة لهذا البيع.

(١) كاضطراب السكه.

(٢) كأن يظهر كونها من الرصاص.

(٣) أى المقبوض.

(٤) أى لوجود الكلى فى فردة، و المقبوض ليس من أفرادة.

(٥) بعد المجلس أى بعد التفرق.

(٦) و سيأتى منه تقويه عكسه.

(٧) كأن يكون العيب خارجيا بأن ظهر أنه من الرصاص مثلا.

(٨) أى أصلا.

(٩) أى قبل التفرق، و قد تقدم منا شرحه.

(١٠) أى لكون المعيب.

(١١) أى بالمعيب.





و نماؤه له على التقديرين (١).

بخلاف غير الجنسى (٢) و حينئذ (٣) فإذا فسخ (٤) رجع الحق إلى الذمه، فيتعين حينئذ (٥) كونه (٦) عوضا صحيحا، لكن يجب قبض البدل (٧) في مجلس الرد، بناء على أن الفسخ رفع العوض، فإذا لم يقدح في الصحة سابقا يتعين القبض حينئذ ليتحقق التقابض.

و يحتمل قويا سقوط اعتباره أيضا، لصدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة، و للحكم بصحة الصرف بالقبض السابق فيستصحب إلى أن يثبت خلافه، و ما وقع (٨) غير كاف في الحكم بوجود التقابض (٩)، لأنه حكم طارئ بعد ثبوت البيع.

(و في غيره) أى غير الصرف له الإبدال، (و إن تفرقا)، لانتفاء المانع منه (١٠) مع وجود المقتضى له (١١)، و هو العيب في عين لم يتعين عوضا.

(١) تقدير الرضا به، و تقدير الرد لأن نماء المقبوض المعيب للتقابض.

(٢) فلا يستقر ملكه عليه على تقدير الرضا، و لا يكون نماؤه له على التقديرين لعدم وقوع العقد عليه أصلا.

(٣) أى حين الإبدال مع كون العيب جنسيا.

(٤) أى فسخ في العوض المعيب لا فسخ أصل البيع.

(٥) أى حين الفسخ.

(٦) كون المقبوض أولا.

(٧) قال الشارح في المسالك: (و لكن هل يجب قبض البدل في مجلس الرد بناء على أن الفسخ رفع العوض و صير عوض الصرف غير مقبوض، فإذا لم يقدح في صحه السابقه يتعين القبض حينئذ لتحقق التقابض، أو يسقط اعتباره من حيث صدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة، و الأصل براءة الذمه من وجوب قبض آخر، و لأن الصرف قد حكم بصحته بالقبض السابق فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، و جهان أجودهما الثاني).

(٨) أى ما وقع ثانيا من الرد.

(٩) في مجلس الرد.

(١٠) من الإبدال بعد جواز القبض فيه بعد مجلس العقد.

(١١) للإبدال.

(الفصل السادس: في السلف (١)

### في تعريفه

و هو بيع (مضمون) (٢) في الذمه، مضبوط بمال معلوم مقبوض (٣) في المجلس إلى أجل معلوم (٤) بصيغه خاصه، (و ينعقد بقوله) أى قول المسلم و هو المشتري (أسلمت إليك، أو أسلفتك)، أو سلّفتك بالتضعيف، و فى سلّمك وجه (٥)، كذا (٦) فى كذا (٧) إلى كذا (٨)، و يقبل المخاطب) و هو المسلم إليه و هو البائع بقوله: قبلت و شبهه، و لو جعل الإيجاب منه جاز بلفظ البيع و التمليك، و استلمت منك و استلفت و تسلفت و نحوه (٩).

### في شرطه

(و يشترط فيه (١٠) شروط البيع بأسرها (١١)، و يختص بشروط (ذكر الجنس) (١٢)، و المراد به هنا الحقيقيه النوعيه كالحنطه و الشعير، (و الوصف الرفع) (١) و هو السلم، و كلاهما بفتح السين و اللام، و هو ابتياع كلى بثمان حال عكس النسيئه، و يقال للمشتري المسلم بكسر اللام، و للبائع المسلم إليه، و للثمان المسلم، و للمبيع المسلم فيه، و هو نوع من أنواع البيع فلا بد فيه من إيجاب و قبول، و ينعقد بلفظ أسلمت إليك أو أسلفتك كذا فى كذا هذا من المشتري، و يقول البائع المسلم إليه: قبلت و شبهه بلا خلاف فيه، و صدور الايجاب من المشتري هنا من جمله أحكام السلف التى اختص بها عن باقى أفراد البيع.

(٢) أى بيع كلى فى الذمه.

(٣) لاجراج بيع الدين بالدين فله حكم و سيأتى البحث فيه.

(٤) سيأتى دليله.

(٥) لدلالته صريحا على المقصود هذا بحسب اللغه، و لكن فى التذكرة (و يجىء سلّمك إلا أن الفقهاء لم يستعلموه).

(٦) و هو الثمن.

(٧) و هو المبيع.

(٨) أى إلى أجل معلوم.

(٩) و القبول من المسلم و هو المشتري بقوله: قبلت و نحوه.

(١٠) فى السلف.

(١١) وقد تقدمت في الأبحاث السابقه.

(١٢) وكذا الوصف لأن كلما يختلف لأجله الثمن اختلافا لا يتسامح بمثله فلا بد من ذكره، ولذا لا بد من ذكر الجنس و المراد به الحقيقه النوعيه، و لا بد من ذكر الوصف الموجب لاختلاف الثمن.

ص: ٥٣٠

(للجهالة) الفارق بين أصناف ذلك النوع، لا مطلق الوصف، (بل الذى يختلف لأجله الثمن اختلافا ظاهرا) لا يتسامح بمثله عادة، فلا يقدر الاختلاف اليسير غير المؤدى إليه (١)، و المرجع فى الأوصاف إلى العرف و ربما كان العامى أعرف بها من الفقيه، و حظ الفقيه منها الإجمال، و المعتبر من الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لاختلاف أثمان الأفراد الداخلة فى المعين (٢)، (و لا يبلغ فيه الغاية) فإن بلغها و أفضى إلى عزه الوجود بطل، و إلا صح (٣).

(و اشتراط الجيد و الردىء جائز) (٤)، لإمكان تحصيلهما بسهولة، و الواجب أقل ما يطلق عليه اسم الجيد، فإن زاد عنه زاد خيرا، و ما يصدق عليه اسم الردىء، و كلما قلل الوصف فقد أحسن.

(و) شرط (الأ-جود و الأردإ ممتنع)، لعدم الانضباط، إذ ما من جيد إلا و يمكن وجود أجود منه، و كذا الأردإ، و الحكم فى الأجدود وفاق، و أما الأردأ فالأجدود أنه كذلك.

(١) إلى اختلاف الثمن.

(٢) من أفراد النوع الواحد.

(٣) أى و لا- يبلغ فى الوصف الغاية لأنه يكفى ذكر الوصف المزيل لاختلاف الأثمان فقط، و لو استقصى فى الأوصاف و وجد الموضوع صح السلم و إن عزّ وجوده بطل كما هو واضح لتعذر المبيع غالبا.

(٤) بلا- خلاف فيه، بل قد يقال - كما فى الجواهر - بكونهما من الأوصاف التى يتوقف رفع الجهالة على ذكرهما و من هنا حكى عن المبسوط و التذكرة وجوب التعرض لهما.

نعم لو شرط الأجدود لم يصح لتعذره بلا خلاف فيه لأنه ما من فرد جيد إلا و يمكن أن يكون فوقه ما هو أجود منه فلا يتحقق كون المدفوع من أفراد الحق.

و كذا لو شرط الأردأ لأنه ما من ردىء إلا و هناك أردأ منه، هذا على المشهور، و عن المحقق فى الشرائع أنه يصح اشتراط الأردإ لإمكان التخلص بدفع الردىء فإن كان هو الأردأ فهو عين الحق و إلا فيكون قد دفع الجيد عن الردىء و هو جائز.

و فيه: أنه لا- يكفى هذا فى صحة العقد بل يجب مع ذلك تعين المسلم فيه بالضبط بحيث يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، و يمكن تسليمه و لو بالقهر بأن يدفعه إلى الحاكم من مال المسلم إليه عند تعذر تسليمه مع أن هذين الأمرين متتفیان عن الأردإ لأنه غير متعين.

و ربما قيل بصحته، و الاكتفاء بكونه فى المرتبه الثانى من الردىء لتتحقق الأفضليه ثم إذا كان الفرد المدفوع أردأ فهو الحق، و إلا فدفع الجيد عن الردىء جائز، و قبوله لازم، فيمكن التخلص بخلاف الأجود.

و يشكل بأن ضبط المسلم فيه معتبر على وجه يمكن الرجوع إليه عند الحاجه مطلقا (١)، و من جملة ما لو امتنع المسلم إليه من دفعه فيؤخذ من ماله بأمر الحاكم قهرا، و ذلك غير ممكن هنا، لأن الجيد غير متعين عليه فلا يجوز لغيره دفعه فيتعذر التخلص، فعدم الصحه أوضح، و تردد المصنف فى الدروس.

### فى أن كل ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه

(و كل ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه (٢)، كاللحم و الخبز و النبل المنحوت) و يجوز قبله (٣)، لإمكان ضبطها (٤) بالعدد و الوزن، و ما يبقى فيه (٥) من الاختلاف غير قادح، لعدم اختلاف الثمن بسببه (٦) بخلاف المعمول (٧)، (و الجلود) (٨) لتعذر ضبطها، و بالوزن لا يفيد الوصف المعتبر، لأن أهم أوصافها (١) سواء امتنع وجوده أم لا.

(٢) قد تقدم أن ذكر الجنس و الوصف الرافعين للجهاله لازم، و منه تعرف أن كل شىء مما لا يضبط بالوصف على وجه ترتفع جهالته و لا يؤدى إلى عزه وجوده لا يصح السلم فيه قطعاً بلا خلاف فيه كاللحم تيه و مشويه و يشهد له خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن السلف فى اللحم، قال: لا تقرّبته فإنه يعطيك مره السمين و مره التاوى، و مره المهزول، اشتره معاينه يدا بيد، قال: و سألته عن السلف فى رؤيا الماء، فقال: لا تقرّبنها فإنه يعطيك مره ناقصه و مره كامله، و لكن اشترها معاينه يدا بيد فهذا أسلم لك و له) (١)، و مثله الخبز.

(٣) أى قبل النحت.

(٤) أى ضبط النبل.

(٥) أى و ما يبقى فى المسلم فيه و هو النبل.

(٦) بسبب الاختلاف غير القادح.

(٧) أى المنحوت.

(٨) المشهور على المنع للجهاله و اختلاف الخلقه و تعذر الضبط حتى بالوزن لأن قيمه لا -

ص: ٥٣٢

السمك و لا- يحصل به (١)، وقيل: يجوز، لإمكان ضبطه بالمشاهدة، وردّ بأنه خروج عن السلم، لأنه دين، ويمكن الجمع بمشاهدته جملة يدخل المسلم فيه في ضمنها من غير تعيين، وهو غير مخرج عن وضعه (٢)، كاشتراطه، من غله قريه معينه لا تخيس عاده، و حينئذ فيكفي مشاهدته الحيوان عن الإمعان في الوصف، و المشهور المنع مطلقا (٣).

(و الجواهر و اللآلى الكبار (٤)، لتعذر ضبطها) على وجه يرفع بسببه اختلاف الثمن،(و تفاوت الثمن فيها) تفاوتاً باعتبارات لا تحصل بدون المشاهدة، أما اللآلى الصغار التي لا تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف قيمه باختلافها فيجوز مع ضبط ما يعتبر فيها سواء في ذلك المتخذة للدواء، و غيرها، و كذا القول في بعض الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بينا كبعض العقيق، و هو خير الدروس.

(و يجوز السلم في الحبوب و الفواكه (٥)، و الخضر، و الشحم، و الطيب،) -ترتبط به، و عن الشيخ و القاضي الجواز مع المشاهدة، و هي تدفع المحاذير السابقة، و فيه - كما عن المحقق - أنه بالمشاهدة يخرج عن السلم الذى عرف كونه كليا مضمونا في الذمه.

و انتصر لهما الشارح في المسالك و هنا بأنه يخرج عن السلم بالمشاهدة مع تعيين المبيع، و كلام الشيخ أعم منه فيمكن حمله على مشاهدته جملة كثيرة يكون المسلم فيه داخلا في ضمنها، و هذا القدر لا يخرج عن السلم كما لو شرط الثمره من بلد معين أو الغله من قريه معينه لا تخيس عاده.

(١) بالوزن.

(٢) أى وضع السلم.

(٣) حتى مع المشاهدة لجمله يدخل فيها المسلم فيه.

(٤) لم يفرق المحقق في الشرائع بين اللآلى الكبيره و الصغيره لاشتراكهما في عله المنع، و هي تعذر ضبطها بحيث ترتفع جهالتها، و فرق جماعه بينهما فجوزوه في الصغار لأنها تباع وزنا و لا يعتبر فيها صفات كثيرة توجب تفاوت قيمه بخلاف الكبار، و عن بعضهم التفريق بين ما يتخذ للتداوى فيجوز و بين ما يتخذ للزينة فلا، و ذلك لأن المأخوذ للتداوى يراد منه الوزن فقط دون الأوصاف، و الأولى من الجميع إناطه ذلك إلى العرف.

(٥) بعد ما عرفت جواز السلم فيما يمكن ضبطه بالوصف المعلوم تعرف جوازه في الخضر و الفواكه و الحبوب و كل ما تنبته الأرض، و الشحم و الطيب و الملابس و الأشربه و الأدوية-

(و الحيوان كله) ناطقا، و صامتا، (حتى فى شاه لبون)، لإمكان ضبطها، و كثره وجود مثلها، و جهاله مقدار اللبن غير مانعه على تقدير وجوده، لأنه تابع، (و يلزم تسليم شاه يمكن أن تحلب فى مقارب زمان التسليم)، فلا- يكفى الحامل و إن قرب زمان ولادتها، (و لا يشترط أن يكون اللبن حاصلا بالفعل حينئذ (١)، فلو حلبها و سلمها أجزاء)، لصدق اسم الشاه اللبن عليها بعده (٢).

(أما الجارية الحامل، أو ذات الولد، أو الشاه كذلك (٣) فالأقرب المنع) (٤)، لاعتبار وصف كل واحد منهما (٥)، فيعز اجتماعهما فى واحد (٦)، و لجهاله الحمل و عدم إمكان وصفه. و قيل: يجوز فى الجميع، لإمكانه (٧) من غير عسر، و اغتفار الجهاله فى الحمل لأنه تابع، و فى الدروس جوز فى الحامل مطلقا (٨)، و فى ذات الولد المقصود بها الخدمه، دون التسرى و الأجود الجواز مطلقا (٩)، لأن عزه وجود -و الألبان و السمن و الحيوان الاناسى منه و غيره، حتى شاه اللبن خلافا للشافعى فى أحد قولييه فمنعه لمجهولييه اللبن مع أن اللبن من التوابع و يكفيه فى الشاه اللبن ما كان من شأنها ذلك فيجوز تسليم شاه ليس فيها لبن، بل لو كان فيها لبن لجاز له حلبها و تسليمها بلا لبن، و إذا كان المدار فى الشاه اللبن على الشاه التى من شأنها ذلك فلا يجوز تسليم الحامل و إن قرب زمن ولادتها.

(١) أى حين التسليم.

(٢) بعد الحلب.

(٣) أى الشاه الحامل أو ذات الولد.

(٤) كما عن الشيخ فى مبسوطه و الماتن هنا فى لمعته، أما فى الحامل لجهاله أوصاف الحمل و أما فى ذات الولد لعزه الوجود، و المشهور على الجواز لاغتفار الجهاله فى الحمل لأنه تابع، و لامكان وصف الولد فى ذات الولد على نحو لا يلزم إلى عسر الوجود، و الغريب من الماتن أنه استقرب المنع فى الجارية الحامل هنا مع أنه قائل بالجواز فيها فى الدروس سواء كانت حسناء أو شوهاء.

(٥) من الأم و ولدها.

(٦) بالنسبه لذات الولد.

(٧) أى إمكان وصف كل واحد من الأم و ولدها من غير استلزام عزه الوجود.

(٨) سواء كان الجارية للخدمه أم للتسرى.

(٩) فى الحامل و ذات الولد، و سواء كان ذلك للخدمه أم للتسرى.



مثل ذلك (١) غير واضح، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد يقتضيه.

### فى أنه لا بد قبض الثمن قبل التفريق

(و لا بد من قبض الثمن قبل التفريق (٢)، أو المحاسبه به (٣) من دين عليه) أى على المسلم (٤) (إذا لم يشترط ذلك فى العقد) بأن يجعل الثمن نفس ما فى الذمه، (١) و هو اجتماع وصفى الأم و الولد.

(٢) و هذا من شرائط السلم بحيث لو افترقا قبل القبض بطل العقد، و عليه الاجماع كما عن التذكرة، و ظاهر ابن الجنييد جواز تأخير القبض ثلاثه أيام و هو متروك كما فى الدروس و المسالك.

(٣) بالثمن.

(٤) أى البائع الذى هو مديون للمشتري بحيث يفرض الثمن وفاء للدين، و أصل المسأله هكذا: لو شرط المشتري أن يكون الثمن من دين له على البائع، و كان شرطاً فى العقد فالمشهور على البطلان لأنه بيع دين بدين فيشمله خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يباع الدين بالدين) (١) و مثله غيره.

و ذهب المحقق و تلميذه الآبى و الفاضل فى التحرير و القطفى إلى الجواز لأن النهى عن بيع الدين بمثله لا يشملها إلا إذا كان ديناً قبل العقد لا لما صار ديناً فى العقد و لأن ما فى الذمه بمنزله المقبوض و يشهد له خبر إسماعيل بن عمر (أنه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل، فأمر إسماعيل يسأله، فقال: لا بأس بذلك، فعاد إليه إسماعيل فسأله عن ذلك و قال: إني كنت أمرت فلاناً فسألك عنها فقلت لا بأس، فقال: ما يقول فيها من عندكم؟ قلت: يقولون: فاسد، فقال: لا تفعله فإنى أوهمت) (٢)، و الاعتذار بالوهم من جهه التقيه و لذا تعرف أن الحكم الواقعى هو الجواز و لكن الجماعه حكموا بالكراهه خروجاً عن شبهه الخلاف ليس إلا.

ثم لو اشترى الدائن من المديون مبيعاً إلى أجل و لم يعين كون الثمن من الدين و لكنهما تقاصاً فى المجلس مع اتفاق الجنس و الوصف أو تحاسباً مع الاختلاف، على أنه لو اتحد الجنس و الوصف فالتقاص قهرى و إلا فالتحاسب متوقف على التراضى و على كل فهو غير مشمول للنهى عن بيع الدين بالدين فلا بد من الحكم بالصحة لأن ذلك استيفاء محض قبل التفريق مع عدم ورود العقد على ما فى الذمه، و مع ذلك قيل بالبطلان لأن الثمن قد تشخص بما فى الذمه فيكون بيع دين بمثله، و لأن هذا معاوضه على ثمن السلم قبل -

ص: ٥٣٥

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب السلف حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب السلف حديث ١.

(و لو شرطه) كذلك (١) (بطل، لأنه بيع دين بدين) أما كون المسلم فيه ديناً فواضح، و أما الثمن الذى فى الذمه فالأنه دين فى ذمه المسلم فإذا جعل عوضاً للمسلم فيه صدق بيع الدين بالدين، لأن نفس الدين قد قرن بالباء (٢) فصار ثمناً، بخلاف المحاسبه عليه قبل التفرق إذا لم يشترط، لأنه استيفاء دين قبل التفرق، مع عدم ورود العقد عليه، فلا يقصر عما لو أطلقاه ثم أحضره قبل التفرق، و إنما يفتقر إلى المحاسبه مع تخالفهما (٣) جنساً أو وصفاً، أما لو اتفق ما فى الذمه و الثمن فيهما (٤) وقع التهاثر قهرياً و لزم العقد.

و لكن المصنف فى الدروس استشكل على هذا (٥) صحه العقد، استناداً إلى أنه يلزم منه (٦) كون مورد العقد ديناً بدين، و يندفع بأن بيع الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا جعلاً معاً فى نفس العقد متقابلين فى المعاوضه، قضيه للباء (٧)، و هى (٨) منتفیه هنا، لأن الثمن هنا أمر كلى، و تعيينه بعد العقد فى شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذى جرى عليه العقد، و مثل هذا التقاص و التحاسب استيفاء، لا معاوضه و لو أثر مثل ذلك (٩) لأثر مع إطلاقه (١٠)، ثم دفعه فى قبضه، و هما فاسدان، أما الأول لأن الثمن هنا أمر كلى و تعيينه فى شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذى جرى عليه العقد، و الثانى لا يضر بعد قبضه قبل التفرق.

(١) أى فى متن العقد.

(٢) فى قولك: بعت هذا بهذا.

(٣) أى الثمن و ما فى الذمه.

(٤) فى الجنس و الوصف.

(٥) أى على اتفاق ما فى الذمه و الثمن المحقق للتهاثر فأورد المصنف على صحه العقد بأنه من بيع الدين بالدين.

(٦) من التهاثر.

(٧) و هى الباء الداخلة على العوض و القاضيه بوجود العوض و المعوض معاً، و لذا لا يصدق بيع الدين بالدين إلا- إذا كان كذلك قبل العقد.

(٨) أى المقابله بين الدينين.

(٩) أى مثل الاستيفاء و التقاص و التهاثر.

(١٠) أى إطلاق الثمن فى العقد.

المجلس، لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداء، بل قيل (١) بجواز الصورة الثانية أيضا، و هي (٢) ما لو جعل الدين ثمنا في العقد، نظرا إلى أن ما في الذمه بمنزله المقبوض.

### في تقديره المسلم فيه

(و تقديره) (٣) أى المسلم فيه (٤)، أو ما يعم الثمن (٥) بالكيل، أو الوزن المعلومين) فى ما يكال، أو يوزن، و فيما لا يضبط إلا به (٦)، و إن جاز بيعه جزافا كالحطب و الحجاره، لأن المشاهده ترفع الغرر، بخلاف الدين، و احترز بالمعومين عن الإحاله على مكيال، أو صنجه مجهولين فيبطل، (أو العدد) (٧) فى المعدود، (١) عن المحقق و الآبى و الفاضل و المقداد و القطيفى على ما تقدم.

(٢) أى الصورة الثانية.

(٣) من شروط السلف أو السلم تقدير المبيع بالكيل أو الوزن المعروفين إذا كان مما يكال أو يوزن بلا خلاف فيه ضرورة توقف معرفته عليهما إذا كان كذلك فى المشاهده ففى الغياب من باب أولى، و لازم ذلك لو عوّلا على صخره مجهوله أو مكيال مجهول لم يصح السلم لأنه غرر، نعم لو كان المبيع مما تكفى مشاهدته فى حال الحضور بأن يباع جزافا فقد صرح غير واحد بوجود تقديره بالكيل أو الوزن فى بيع السلم لعدم المشاهده فيه حتى ترتفع الجهاله و الغرر.

(٤) و هو المبيع.

(٥) أى الضمير فى (تقديره) شامل للمثمن و الثمن و إن كان على خلاف عباره الماتن.

(٦) أى بالكيل أو الوزن، و هو الذى يباع جزافا فى المشاهده فلا يمكن ضبطه فى حال الغياب كما هو المفروض فى السلم إلا بأحدهما.

(٧) بحيث يباع فى المشاهده عدا كالثوب، فلا بد من عدّه فى السلم لرفع الغرر، و كذا لو كان يباع جزافا فى حال الحضور فلا بدّ من بيعه بالعدّ إذا كان العدّ رافعا للجهاله كالبيض و الجوز، دون الرمان لعدم ارتفاع الغرر إلا بالعدّ و المشاهده و لذا يتعين بيعه وزنا فى السلم.

و عن الشيخ و المحقق و ابنى زهره و إدريس و العلامه فى التذكرة أنه لا يجوز السلف فى المعدود لعدم ارتفاع الجهاله به لكثرة اختلاف المعدود فى الكبر و الصغر و غيرهما، و الاكتفاء بالعدّ فى المشاهده لارتفاع الغرر بها لا به.

و عن الفاضل فى جملة من كتبه و الشهيدين و جماعه التفصيل المتقدم بين ما لا يكثر فيه التفاوت فيصح فيه العدّ كالجوز و اللوز و بين ما يكثر فيه التفاوت كالرمان فلا، و الحق أن المدار على الانضباط الراجع للجهاله و اختلاف الثمن، و هذا ما يختلف باختلاف الأمصار و الاعصار و الأشياء المعدوده فالاحاله إلى العرف هو الأولى.

(مع قله التفاوت) كالصنف الخاص من الجوز واللوز، أما مع كثرته كالرمان فلا يجوز بغير الوزن.

و الظاهر أن البيض ملحق بالجوز في جوازه مع تعيين الصنف، و في الدروس قطع بالحاقه بالرمان الممتنع به، و في مثل الثوب يعتبر ضبطه بالذرع و إن جاز بيعه بدونه مع المشاهده كما مر، و كان عليه أن يذكره أيضا، لخروجه عن الاعتبارات (١) المذكوره، و لو جعلت هذه الأشياء ثمنا فإن كان مشاهدا لحقه حكم البيع المطلق، فيكفي مشاهده ما يكفي مشاهدته فيه، و اعتبار ما يعتبر (٢).

### في تعيين الأجل

(و تعيين الأجل (٣) المحروس من التفاوت) بحيث لا يحتمل الزيادة و النقصان إن أريد موضوعه (٤)، و لو أريد به مطلق البيع لم يشترط (٥) و إن وقع بلفظ السلم.

(١) من الكيل و الوزن و العدّ، و خروجه لأن الثوب يباع جزافا بالمشاهده.

(٢) من الكيل أو الوزن.

(٣) فلو ذكر أجلا مجهولا أو يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج، أو إلى أوان الحصاد، كان بيع السلم باطلا بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: النبوى (من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم) (١)، و خبر سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم و هو السلف في الحرير و المتاع الذي يضع في البلد الذي أنت به، قال: نعم إذا كان إلى أجل معلوم) (٢).

(٤) أي موضوع السلم.

(٥) أي لم يشترط الأجل لو ذكر السلم و أراد مطلق البيع، لأن الأجل شرط في السلم لا في مطلق البيع.

و أصل المسأله فيما لو ذكر السلم و أراد به نفس السلم لا- مطلق البيع، و كان المثلن حالا- فهل يبطل لعدم الأجل كما عن جماعه، أو يصح لصحيح ابن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا، قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: و أي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأسا، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن-

ص: ٥٣٨

١- (١) البخارى ج ٣ ص ١٠٦، و الجامع الصغير ج ٢ ص ١٦٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السلف حديث ٤.

(و الأقرب جوازه) أى السلم (حالا مع عموم الوجود) أى وجود المسلم فيه (عند العقد)، ليكون مقدورا على تسليمه حيث يكون مستحقا.

و وجه القرب (١) أن السلم بعض جزئيات البيع (٢)، و قد استعمل لفظه (٣) فى نقل الملك على الوجه المخصوص (٤) فجاز استعماله فى الجنس (٥) لدلالته عليه حيث يصرح بإرادته المعنى العام (٦)، و ذلك عند قصد الحلول، كما ينقصد البيع -يشترى الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل أو حالا لا يسمى له أجلا، إلا أن يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ فى غير زمانه، فلا ينبغى شراء ذلك حالا(١)، و ظاهر جواز وقوع السلم للثمن بشرط أن يكون عام الوجود وقت العقد كما هو صريح ذيل الخبر، و هذا ما مال إليه المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد و الشهيد الأول فى الدروس و اللمعه هنا، إلا أن الشارح حمل عبارته على ما لو أراد مطلق البيع من لفظ السلم، و قد تبع بذلك المحقق الثانى حيث فسر عبارته القواعد بذلك، مع أن عبارته القواعد كعبارته اللمعه هنا ظاهره فى إرادته السلم من لفظ السلم لا مطلق البيع، و لذا سيعترف الشارح فيما بعد أن الظاهر من عبارته اللمعه ما ذكرناه، هذا من جهه و من جهه أخرى فلو أراد مطلق البيع من لفظ السلم و كان المثلن حالا فالنزاع فيه ليس من ناحيه حاله المثلن فى مطلق البيع، لأن الحالى هو الأصل فى البيع المعروف بل النزاع فى جواز إرادته مطلق البيع من لفظ السلم، و قد ذكر الشارح للجواز دليلا و حاصله أن مطلق البيع عام و السلم خاص و إرادته العام من الخاص جائز بعد عدم إرادته الخاص لقرينه الحلول فى المثلن.

(١) استدلال من الشارح لجواز استعمال لفظ السلم فى بيع ما يكون تسليمه حالا، لا أنه استعمل فى السلم حقيقه.

(٢) أى أحد أفراد البيع.

(٣) أى لفظ السلم.

(٤) و هو كون المثلن حالا.

(٥) و هو مطلق البيع.

(٦) لأنه مع قصد الحلول فى المثلن لا يعقل أن يقصد السلم، فيكون ذلك قرينه على أنه مستعمل فى مطلق البيع الذى هو الجنس.

ص: ٥٣٩

بملكته كذا بكذا (١)، مع أن التمليك موضوع لمعنى آخر، إلا- أن قرينه العوض المقابل عينته للبيع، بل هذا (٢) أولى (٣)، لأنه بعض أفراده، بخلاف التمليك المستعمل شرعا في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها (٤)، وإنما صرفه عنها القيود الخارجيه.

و مثله القول فيما لو استعملا (٥) السلم في بيع عين شخصيه (٦)، و أولى بالجواز (٧)، لأنها أبعد عن الغرر.

و الحلول أدخل في إمكان التسليم من التأجيل (٨).

و من التعليل (٩) يلوح وجه المنع فيهما (١٠) حيث إن بناءه (١١) على البيع المؤجل مضمنه الثابت في الذمه، و قد قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، أو أجل معلوم».

(١) مع أن التمليك أعم من البيع، لكن ذكر العوض دليل على عدم إرادته الهبه، و هو الدليل على إرادته البيع.

(٢) أى ذكر البيع من لفظ السلم.

(٣) وجه الأولويه أن اسلم بعض أفراد البيع بخلاف التمليك الذى يستعمل في الهبه، و هى مباينه لمعنى البيع، فإذا جاز استعمال المباين فى مباينه فاستعمال الخاص فى العام أولى.

(٤) غير الهبه.

(٥) أى المتعاقدان.

(٦) و كانت حاضره.

(٧) لأنها مشاهده، و مشاهده المبيع تنفى الغرر.

(٨) لأن المضمن إذا كان حالا فالبايع له قدره على تسليمه أكثر من قدرته على تسليم المؤجل، و لذا يصح بيع العين الكليه مع الحلول بلفظ السلم و كذا بيع العين الشخصيه.

(٩) أى كون السلم بعض أفراد البيع فيصح استعماله فى مطلق البيع إذا كان المضمن حالا سواء كان كليا أو عينا شخصيه.

غير أن هذا التعليل ممنوع لأن السلم موضوع لغه و شرعا لبيع المؤجل فاستعماله فى الحال بحاجه إلى دليل و لا دليل ثمه، مع أن النبوى قد شرط الأجل فى السلم.

(١٠) فى بيع الحال إذا كان كليا أو شخصيا.

(١١) بناء السلم.



و أوجب بتسليمه (١) حيث يقصد السلم الخاص، و البحث فيما لو قصدنا به (٢) البيع الحال.

و اعلم أن ظاهر عباره المصنف هنا و فى الدروس و كثير أن الخلاف مع قصد السلم (٣)، و أن المختار جوازه مؤجلا و حالا مع التصريح بالحلول و لو قصدنا، بل مع الإطلاق أيضا، و يحمل على الحلول، و الذى يرشد إليه التعليل (٤) و الجواب (٥) أن الخلاف فيما لو قصد به (٦) البيع المطلق و استعمل السلم فيه (٧) بالقرائن، أما إذا أريد به (٨) السلف المطلق (٩) اشترط ذكر الأجل (١٠).

### فى كونه عام الوجود عند رأس الأجل

(و لا بد من كونه (١١) عام الوجود عند رأس الأجل إذا شرط الأجل) فى (١) أى نسلم أن معنى السلم هو كون المبيع مؤجلا، و لكن هذا ينفع فيما لو أطلق لفظ السلم و قصد به السلم، أما لو أطلق لفظ السلم و أريد به بيع الحال فالاستعمال مجازى و لا يشترط فى المعنى المجازى شروط المعنى الحقيقى.

(٢) بالسلم.

(٣) و لذا لا داعى لحمل عباره الماتن على ما لو قصد مطلق البيع كما فعله الشارح هنا.

(٤) و هو كون السلم بعض أفراد البيع،

(٥) و هو قول الشارح: (و أوجب بتسليمه).

(٦) بالسلم.

(٧) فى البيع المطلق.

(٨) بالسلم.

(٩) أى المعنى الموضوع له أصلا.

(١٠) فىكون الشارح قد حكم ببطلان ما لو أراد السلم بلفظ السلم مع كون المثلث حالا- و هو على خلاف ظاهر صحيح ابن الحجاج المتقدم، هذا من جهه و من جهه أخرى فالتعليل و الجواب الواردان سابقا لم يذكران إلا فى كلام المحقق الثانى فى جامعه فقط، فلا يكونان دليلا على ما ذكره الشارح، على أن المحقق الثانى قد سبق الشارح فى هذا الاشتباه، و قد ذكرنا سابقا أن أصل المسأله عندهم فيما لو قصد السلم بلفظ السلم و قد حملت عندهما على ما لو قصد مطلق البيع.

(١١) أى يشترط كون المثلث موجودا بحسب العاده وقت الحلول و لو كان معدوما وقت العقد لصدق القدره على التسليم بذلك، إذ العاديات بمنزله الموجودات.





البلد الذى شرط تسليمه فيه، أو بلد العقد حيث يطلق (١) على رأى المصنف هنا، أو فيما قاربه (٢) بحيث ينقل إليه عادة، و لا يكفى وجوده فيما لا يعتاد نقله منه إليه إلا نادر (٣)، كما لا يشترط وجوده حال العقد حيث يكون مؤجلا، و لا فيما بينهما (٤)، و لو عين غله بلد لم يكف وجوده فى غيره و إن اعتيد نقله إليه (٥)، و لو انعكس بأن عين غله غيره (٦) مع لزوم التسليم به (٧) شارطا نقله إليه (٨) فالوجه الصحة (٩)، و إن كان يبطل مع الإطلاق (١٠)، و الفرق (١١) أن بلد التسليم حينئذ بمنزله شرط آخر (١٢)، و المعتبر هو بلد (١٣) المسلم فيه.

(١) سيأتى أنه لو أطلق مكان التسليم فيحمل على بلد العقد على مذهب المصنف، و عليه فيشترط أن يكون المثلث عام الوجود فيه عند حلول الأجل حتى تصدق قدره على التسليم.

(٢) أى قارب بلد التسليم أو بلد العقد بأن كان المثلث عام الوجود فى أمكنه قريبه من هذين البلدين مع إمكان نقل المثلث إلى مكانه إلى هذين البلدين تحقيقا لصدق قدره على التسليم تنزيلا للعاديات منزله الموجودات.

(٣) فلا تصدق قدره على التسليم لعدم العاده المنزل على عدم الوجود.

(٤) أى بين وقت العقد و وقت الحلول إذ المدار على صدق قدره على التسليم وقت الحلول.

(٥) إذ المثلث المسلم فيه هو غله البلد لا غله غيره المنقوله إليه فلا تغفل.

(٦) أى غله غير بلد العقد.

(٧) أى ببلد العقد.

(٨) أى نقل المثلث من مكان وجوده إلى بلد العقد.

(٩) لأنه مع تعارف نقله بعد تنزيل العاديات منزله الموجودات يطمئن بصدق قدره على التسليم التى هى المناط فى صحة العقد هنا.

(١٠) أى أطلق الغله فتصرف إلى غله بلد العقد و المفروض أنه لا- غله فيه، و إنما الموجود غله غير البلد و لو فى مكان آخر يتعارف نقله إليه، فيبطل البيع لتعذر وجود المثلث حينئذ.

(١١) أى الفرق بين ما لو عين غله بلد و لم تكن الغله موجوده فيه بل فى غيره، و بين ما لو عين غله غير البلد و شرط التسليم فى البلد الذى لم تكن الغله فيه، فلا- يكفى وجود الغله فى الغير على الأول فلا- يصح البيع لتعذر وجود المثلث إذ المثلث هو غله البلد، لا غله غيره المنقوله إليه، و هو كاف على الثانى فيصح البيع.

(١٢) فلذا يصح فى الثانى المتقدم فى شرحنا.

(١٣) و الأولى القول (و المعتبر هو غله بلد المسلم فيه) و لذا لا يصح فى الأول المتقدم فى شرحنا.



## في أن الشهور يحمل على الهلاليه

(و الشهور يحمل) إطلاقها (على الهلاليه) (١) مع إمكانه كما إذا وقع العقد في أول الشهر، و لو وقع في أثناءه ففي عدّه هلاليا بجبره مقدار ما مضى منه، أو إكماله ثلاثين يوما (٢)، أو انكسار الجميع لو كان معه غيره (٣). و عدّها (٤) ثلاثين يوما أوجه، أو سطها الوسط، و قوّاه في الدروس و يظهر من العبارة الأول (٥).

## في ما لو شرط تأجيل بعض الثمن

(و لو شرط تأجيل بعض الثمن بطل في الجميع) (٦) أما في المؤجل فظاهر، (١) يحمل الشهر عند الإطلاق على العده بين الهلالين، مع الإمكان و ذلك فيما لو وقع العقد في أول ليله الهلال و كان الأجل إلى شهر، بلا خلاف فيه، لأنه هو المعنى الحقيقي للشهر، نعم لو تعذر الهلالي لقرينه أو كان العقد في الأثناء و قد فرض الأجل المتصل بالعقد إلى شهر فلا بد من حمله على ثلاثين يوما، لأنه هو المنساق بعد تعذر الحقيقي، هذا و قال الشارح في المسالك: (الأصل في الشهر عند الإطلاق الهلالي، و إنما يعدل عنه إلى العددي عند تعذر حمله على الهلالي، فمتى كان الأجل شهرا واحدا و كان العقد في أوله اعتبر الهلالي، و إن كان في أثناءه فالعددي، و لو كان الأجل شهرين فصاعدا و وقع في أثناءه، ففي اعتبار الشهر بأيهما ثلاثة أقوال - إلى أن قال :-

أحدها: اعتبار الشهرين بالهلاليه أما الثاني فظاهر لوقوعه بأجمعه هلاليا، و أما الأول فلصدق مضى القدر الحاصل منه عرفا كنصفه و ثلثه مثلا فيتم من الثالث قدر ما فات منه، حتى لو كان ناقصا كفى إكمال ما يتم تسعه و عشرين، لأن النقص جاء في آخره و هو من جمله الأجل، و الفئات من الأول لا يختلف بالزياده و النقصان، و هذا هو الذي حكاه المصنف - أي المحقق في الشرائع - أولا.

و ثانيها: اعتبار ما عدا الأول هلاليا، و يتم الأول ثلاثين، أما الأول فلصدق الشهر الهلالي عليه، و أما الثاني و هو الأول المنكسر فلاّنه بإهلال الثاني لا يصدق عليه أنه شهر هلالى فيكون عدديا - إلى أن قال - و هذا هو قول الأكثر.

و ثالثها: انكسار الجميع بكسر الأول، فيعتبر الكل بالعدد، و جهه أن الشهر الثاني لا يعقل دخوله إلا بعد انقضاء الأول - إلى أنه قال - و إلى هذا القول ذهب الشيخ في أحد قوليه) انتهى.

(٢) لا نزاع ظاهرا في أن الأجل إذا كان شهرا و تعذر حمله على الهلالي فلا بد من حمله على العددي الذي هو ثلاثون يوما.

(٣) كما لو كان الأجل شهرين فصاعدا.

(٤) أي عد جميع الشهور.

(٥) و فيه منع، إذ عبارة الماتن محموله على إمكان الحمل.

(٦) لو شرط التأجيل في بعض الثمن بطل البيع فيه قطعا كما في الجواهر، لأنه بيع دين -



لاشتراط قبض الثمن قبل التفرق المنافى له، و على تقدير عدم منافاته لقصر الأجل (١) يمتنع من وجه آخر، لأنه بيع الكالئ بالكالئ (٢) فقد فسرهُ أهل اللغه بأنه بيع مضمون مؤجل بمثله، و أما البطلان فى الحال على تقدير بطلان المؤجل فلجهاله قسطه من الثمن و إن جعل كالا- منهما قدرا معلوما كتأجيل خمسين من مائه، لأن المعجل يقابل من المبيع قسطا أكثر مما يقابله المؤجل، لتقسيت الثمن على الأجل أيضا، و النسبه عند العقد غير معلومه.

و ربما قيل بالصحه للعلم بجملة الثمن، و التقسيت غير مانع، كما لا يمنع لو باع ماله و مال غيره فلم يجز المالك، بل لو باع الحر و العبد بثمان واحد مع كون بيع الحر باطلا من حين العقد كالمؤجل هنا (٣).

### فى ما لو شرط موضع التسليم

(و لو شرط موضع التسليم لزم) (٤)، لوجوب الوفاء بالشرط السائغ (و إلا-) -بدين و هو منهى عنه، و لاشتراط قبض الثمن فى السلم قبل التفرق، و فى القواعد و التذكره بطلان البيع فى الجميع، أما فى المؤجل فلما تقدم، و أما فى المعجل فلأن الثمن المؤجل يقابل من المبيع قسطا أكثر مما يأخذه المعجل لأن للأجل قسطا مع أن التفاوت بين المعجل و المؤجل غير معلوم، و إذا بطل فى المؤجل يجهل حينئذ ما قابل المعجل من المبيع فيبطل البيع، و فى الدروس احتمل الصحه، و التقسيت بعد العقد كما لو باع سلعتين فظهرت إحداها أنها مستحقه، فإن التقسيت اللاحق كاف و إن جهل ما يخص كل واحده حين العقد.

(١) بحيث يحلّ الأجل قبل التفرق.

(٢) قال فى الجواهر: (و بيع الكالئ بالكالئ و إن لم يكن موجودا فى طرفنا و إنما هو من طرق العامه، و لكن قد عمل به الأصحاب) و قال فى مصباح المنير: (و كالأ الدين يكلاً، مهموز بفتحتين كلواء، تأخره فهو كالئ بالهمز، و يجوز تخفيفه فيصير مثل القاضى، و قال الأصمعى: و هو مثل القاضى و لا يجوز همزه، و نهى عن بيع الكالئ بالكالئ أى بيع النسيئه بالنسيئه، قال أبو عبيده: و صورته أن يسلم الرجل الدراهم فى طعام إلى أجل، فإذا حلّ الأجل، يقول الذى عليه الطعام: ليس عندى طعام، و لكن يعنى إياه إلى أجل) انتهى.

(٣) فالبيع باطل فيه من حين العقد كذلك.

(٤) لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و فى صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام-

ص: ٥٤٤

يشترط (اقتضى) الإطلاق التسليم (فى موضع العقد) (١) كمنظائره من المبيع المؤجل - (المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز و جل) (١)، و مثله.

(١) قال الشارح فى المسالك: (اختلف الأصحاب فى اشتراط ذكر موضع التسليم فى العقد، مع اعترافهم بأنه لا نص فيه على الخصوص، على أقوال:

أحدها: عدمه مطلقا كما اختاره المصنف - أى المحقق - و الشيخ فى النهايه و العلامه فى التحرير و الارشاد و جماعه، لأصاله البراءه من اشتراطه، و إطلاق الأوامر بالوفاء بالعقود، و حل البيع، و للاجماع على عدم اشتراطه فى باقى أنواع البيع، و إن كان مؤجلا، بل ادعى ابن إدريس الاجماع عليه هنا، و هو دعوى فى محل النزاع.

ثانيها: اشتراطه مطلقا، اختاره الشيخ فى الخلاف و تبعه عليه جماعه، و استقره الشهيد رحمه الله، و وجهه أن مكان التسليم مما يختلف فيه الأغراض - إلى أن قال - فإنه قد يكون بعيدا عن المشتري فلا يرغب فى تكثير الثمن و لا فى الشراء على بعض الوجوه، و قد يكون قريبا فينعكس الحكم، و كذا القول فى البائع، و لأن المطالبه بالمبيع فرع ثبوته فى الذمه و استحقاق المطالبه به، و ذلك فى السلم المؤجل غير معلوم، لأنه إنما يكون عند الحلول، و لا يعلم فى أى مكان تحقق الحلول على البائع، و بهذا يفرق بينه و بين القرض، حيث انصرف إلى مكان العقد، و كذا البيع، و لا يلزم مثله فى بيع النسيئه لخروجه بالاجماع على عدم اشتراط تعيين محله، و إلا لكان الدليل قائما فيه، فلا يلحق به المختلف فيه.

ثالثها: التفصيل، فإن كان فى حملة مؤنونه و جب تعيين محله، و إلا فلا، اختاره الشيخ فى المبسوط، و وجهه يعلم مما تقدم، فإن الأغراض إنما تختلف فى محل يفتقر إلى المؤنونه، أما غيره فلا.

ورابعها: أنهما إن كانا فى برّيه أو بلد غربيه، قصدهما مفارقتها اشتراط تعيينه، و إلا فلا - و هو اختيار العلامه فى القواعد و المختلف، و وجهه أنه متى كان البلد كذلك لم يمكن التسليم فى مكان العقد، و ليس أحد الأمكنه فى غيره أولى من الآخر فيفضى إلى التنازع لجهالته، بخلاف ما إذا كانا فى بلد يجتمعان فيه، فإن إطلاق العقد يقتضى التسليم فى بلده.

و خامسها: إن كان بحمله مؤنونه أو لم يكن المحل صالحا كالقرية اشتراط تعيينه و إلا فلا - و هو خيره العلامه فى التذكرة، و وجهه مركب من القولين السابقين عليه -.

ص: ٥٤٥

هذا أحد الأقوال في المسألة، والقول الآخر: اشتراط تعيين موضعه (١) مطلقا (٢)، وهو اختياره في الدروس، لاختلاف الأغراض باختلافه (٣) الموجب لاختلاف الثمن والرغبة، ولجهاله موضع الاستحقاق، لابتناؤه (٤) على موضع الحلول المجهول (٥) وبهذا فارق القرض المحمول على موضعه، لكونه معلوما.

و أما النسيئه فخرج بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محله، وفصل ثالث باشرطه (٦) إن كان في حمله مؤونه، وعدمه بعدمه، و رابع بكونهما في مكان قصدهما مفارقتة وعدمه وخامس باشرطه فيهما (٧)، و وجه الثلاثه (٨) مركب من -و لكل من الأقوال وجه، إلا- أن الأخير يضعف السابقين عليه، و يبقى الإشكال في ترجيح أحد الثلاثه، فأصالة البراءه و حمل الاطلاق في نظائره على موضع العقد يرجح الأول، و اختلاف الأغراض و عدم الدليل الدال على تعيين موضع العقد في المتنازع يؤيد الثاني، و وجه الأخير ظاهر، و لا ريب أن التعيين مطلقا أولى، و إنما الإشكال في ترجيح أحدها من المترددين، بقى هنا أمور:

الأول: موضع الخلاف ما لو كان السلم مؤجلا، فلو كان حالا- لم يعتبر تعيين المحل قطعا، بل كان كغيره من البيوع يستحق المطالبه به في محل العقد، أو في محل المطالبه إن فارقاه.

الثاني: على القول بعدم اشتراط تعيينه مطلقا أو على بعض الوجوه فمكانه موضع العقد أيضا إلا- أن يعين موضع آخر فيتعين انتهى كلامه زيد في علو مقامه، و لا نزيد عليه شيئا لأنه واف بعرض الأقوال في المسألة مع أدلتها.

(١) أي موضع التسليم.

(٢) في قبال التفصيلات في بقيه الأقوال.

(٣) باختلاف موضع التسليم.

(٤) أي ابتناء موضع الاستحقاق.

(٥) وهذا يوجب التنازع.

(٦) أي باشرط تعيين موضع التسليم.

(٧) في لزوم المؤونه أو البلد الذي قصد مفارقتة من المتبايعين.

(٨) أي الأقوال الثلاثه الأخيره، أما الخامس فمركب من الرابع و الثالث كما هو واضح، و أما الرابع و الثالث فوجه إثبات الاشتراط فيهما آت من القول الثاني لأن مكان التسليم مما يوجب اختلافه اختلاف الثمن و الأغراض فإن كان في حمله مؤونه فهو يوجب اختلاف-



الأولين ولا ريب أن التعيين مطلقا أولى.

### فى أنه يجوز اشتراط السائغ فى العقد

(و يجوز اشتراط السائغ فى العقد) (١) كاشتراط حمله إلى موضع معين، و تسليمه كذلك (٢)، و رهن (٣) و ضممين (٤)، و كونه من غله أرض، أو بلد لا تخيس (٥) فيها غالبا، و نحو ذلك،(و) كذا يجوز (بيعه بعد حلوله)، و قبل قبضه (٦) -الثمن فيه كما هو القول الثالث، و كذا إذا كانا فى بلد من قصدهما مفارقتة فهو موجب لاختلاف الثمن باختلافه كما هو القول الرابع.

و وجه النفى فيهما ناشئ من القول الأول لأنه إذا لم يكن فى حمله مؤونه أو كانا فى بلدهما فلا دليل بخصوصه على التعيين فتجرى أصاله البراءة.

(١) أى يجوز اشتراط الشرط غير المخالف لكتاب الله فى عقد بيع السلم، كاشتراطه فى بقيه أنواع البيع و بقيه العقود، لعموم المؤمنون عند شروطهم المتقدم.

(٢) أى فى موضع معين.

(٣) بأن يطالب المشتري الرهن من البائع.

(٤) بمعنى الضامن فيجوز أن يطالب المشتري البائع بالضامن له.

(٥) أى لا تخيس الغله بمعنى لا تفسد أو لا تنقص، لأنه يشترط فى السلم أن لا يتخلف المثلن بحسب العاده.

(٦) أما قبل حلوله فلا يجوز للاجماع المحكى فى التنقيح و ظاهر الغنيه و جامع المقاصد و غيرها، و ليس المنع لعدم ملكيته قبل الأجل ضروره عدم مدخليته فى ذلك إذ العقد هو السبب فى الملك و الأجل إنما هو للمطالبه، و ليس المنع لعدم قدره على التسليم إذ من المعلوم أنها فى المؤجل عند الأجل.

أما بعد الحلول و قبل القبض فمقتضى الأصول و القواعد و عموم أو إطلاق الأخبار جواز بيعه قبل القبض على الغريم و على غيره بجنس الثمن و غيره، زياده أو نقصان أو مساواه، كان ذلك مكيلا أو موزونا ما لم يستلزم الربا أو غيرهما، و لنصوص.

منها: مرسل أبان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يسلم الدراهم فى الطعام إلى أجل فيحلّ الطعام فيقول: ليس عندى طعام و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه، فقال: لا بأس بذلك) (١)، و موثق ابن فضال (كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام: الرجل يسلفنى فى الطعام فيجىء الوقت و ليس عندى طعام، أعطيه بقيمته دراهم؟ فقال: نعم) (٢) و مثلها-

ص: ٥٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ٨.

-غيرها، من غير فرق بين الغريم كما هو مورد الأخبار و غيره لعدم القائل بالفرق بين الطائفة كما فى الرياض.

و عن الأكثر كما فى الدروس المنع فى صورته التفاوت بزياده إذا كان البيع بجنس الثمن لأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من اشترى طعاما أو علفا إلى أجل فلم يجد صاحبه و ليس شرطه إلا الورق، و إن قال: خذ منى بسعر اليوم ورقا فلا يأخذ إلا شرطه طعامه أو علفه فإن لم يجد شرطه و أخذ ورقا، لا محاله قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله، لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام فى رجل أعطى رجلا ورقا فى وصف إلى أجل مسمى، فقال له صاحبه: لا نجد لك وصيفا، خذ منى قيمه و صيفك اليوم ورقا، فقال: لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذى أعطاه أول مره، لا يزداد عليه شيئا) ٢، و صحيح يعقوب بن شبيب (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يسلف فى الحنطه و الثمره مائه درهم فىأتى صاحبه حين يحلّ الذى له فيقول: و الله ما عندى إلا نصف الذى لك فخذ منى إن شئت بنصف الذى لك حنطه و بنصفه ورقا، فقال: لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه) (٢).

و نسب إلى الشيخ فى التهذيب المنع فيما لو باعه غير جنسه لخبر على بن جعفر (سألته عن رجل له على آخر تمرا أو شعيرا أو حنطه أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قدّمه دراهم فسد، لأن الأصل الذى اشترى به دراهم، فلا يصلح دراهم بدراهم) ٤ و هو ضعيف السند و لم تثبت دعوى العمل به للشيخ فهو معرّض عنه بين الأصحاب.

هذا كله فى السلم و أما فى غيره فالأخبار فيه متعارضه، فبعضها دال على الجواز كخبر جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس) (٣) و خبر الكرخى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: اشترى الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل اشتريت، و ليس لك أن تدفع قبل أن تقبض) ٤.

و بعضها دال على المنع مطلقا إلا توليه كصحيح معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام-

ص: ٥٤٨

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ١٥ و ٩.

٢- (( ٣ و ٤ )) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ١٦ و ١٢.

٣- (( ٥ و ٦ )) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦ و ١٩.

(على الغريم، وغيره على كراهه)، للنهي عن ذلك في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا- تبيعنَّ شيئاً- (عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذي قام عليه)» (١)، و صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل و لا وزن فبعه) (٢) و بعضها دال على المنع مطلقا كخبر حزام بن حكيم بن حزام قال: (ابتعت طعاما من طعام الصدقه فأريحت فيه قبل أن اقبضه فأردت بيعه، فسألت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فقال: لا تبعه حتى تقبضه) (٣)، و خير عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (بعث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ رجلا من أصحابه واليا فقال له: إني بعثتك إلى أهل الله - يعني أهل مكة - فانهاهم عن بيع ما لم يقبض) (٤) و لذا ذهب بعضهم للكراهه فيما يكال أو يوزن إذا باعه قبل القبض كما عن المفيد و الشيخ في النهاية بل هو المشهور بين المتأخرين للجمع بين أخبار الجواز و أخبار المنع في المكيل و الموزون، و بعضهم ذهب إلى الكراهه في الطعام كما عن المبسوط و الخلاف و الغنيه و الصدوق و القاضي جمعا بين أخبار الجواز و أخبار المنع في الطعام كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكتاله، قال: لا يصلح له ذلك) (٤).

هذا و الشارح كما يظهر من المسالك قد جعل المسألتين من سنخ واحد و حكم لضعف أخبار الجواز الواردة هنا - أعنى خبر جميل و خبر الكرخي - أما خبر جميل فلاشتمال سنده على علي بن حديد و هو ضعيف، و الآخر مجهول، و لذا ذهب إلى الحرمة و هذا ما ذهب إليه العماني أيضا.

و فيه إن الفرق بين مسأله السلم و غيره واضح و لو بملاحظه النصوص الواردة في المسألتين و لذا قال صاحب الجواهر في مسأله بيع المشاع قبل قبضه و لم يكن سلما، بعد ما استعرض أخبار الجواز: (مضافا إلى النصوص الداله على جواز بيع السلم بعد حلوله و قبل قبضه، بل لا خلاف أجده فيه هناك إلا من بعضهم إذا كان البيع بجنس الثمن مع الزيادة، بناء على أن المسألتين من واد واحد كما صرح به في الروضه و المسالك، و اختار فيهما معا الحرمة، إلا أن النصوص شاهده بخلافه) انتهى.

ص: ٥٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٢ و ٢١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ٥.

حتى تقبضه» (١)، و نحوه المحمول على الكراهه، و خصها بعضهم بالمكيل و الموزون، و آخرون بالطعام، و حرمة آخرون فيهما و هو الأقوى، حملا لما ورد صحيحا من النهى على ظاهره، لضعف المعارض الدال على الجواز (٢) الحامل للنهى على الكراهه، و حديث النهى عن بيع مطلق ما لم يقبض لم يثبت (٣)، و أما بيعه قبل حلوله فلا، لعدم استحقاقه (٤) حينئذ. نعم لو صالح عليه (٥) فالأقوى الصحة (٦).

### فى ما إذا دفع فوق الصفه

(و إذا دفع) المسلم إليه (فوق الصفه (٧) و جب القبول)، لأنه خير و إحسان، (١) و هو خبر حزام بن حكيم بن حزام المتقدم.

(٢) و هو خبر جميل و خبر الكرخى.

(٣) لأن خبر حزام و خبر عمار الدالان على النهى عن بيع ما لم يقبض مطلقا ضعيفان.

(٤) قد عرفت أنه يملكه بمجرد العقد، و إنما المانع هو الاجماع فقط.

(٥) أى المسلم فيه.

(٦) بناء على أن الصلح عقد مستقل كما يظهر من المسالك هنا، فالصحة متجهه للأصل، نعم لو قلنا بأنه نوع من البيع فى مورد البيع فيشمله أدلته حينئذ.

(٧) البائع الذى سلم إليه الثمن لو دفع المثلن فإما أن يكون المثلن دون الصفه أو المقدار المشترطين فى العقد أو مطابقا لهما أو زائدا عليهما.

فإن كان دون الصفه أو المقدار فلا خلاف و لا إشكال من أنه لا يجب على المسلم - أى المشترى - القبول، و إن كان أجود من وجه آخر، لأنه ليس نفس حقه، نعم لو رضى المشترى به صح و برئت ذمه المسلم إليه الذى هو البائع.

و إن كان مطابقا لهما و جب على المسلم - أى المشترى - القبول لأنه الحق الذى يطالبه به، و لا يجب على البائع أكثر منه و لا أحسن صفه منه.

و إن كان زائدا فتارة تكون الزيادة فى الصفه و أخرى فى المقدار، فإن كانت بالصفه و جب قبوله بلا خلاف معتد به كما فى الجواهر إلا من ابن الجنيد اعتمادا على صحيح سليمان بن خالد (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل يسلم فى وصف أسنان معلومه و لون معلوم، ثم يعطى فوق شرطه، فقال: إذا كان على طيبه نفس منك و منه فلا بأس به) (١)، و مثله غيره و هذا صريح بعدم و جوب القبول إلا مع التراضى.

و حجه المشهور أن المعطى فيه خير و إحسان فالامتناع منه عناد، و لو و جب على البائع تقديم عين الوصف لاستحال هنا إزاله الوصف الزائد مع مساواه المثلن المدفوع لما فى -

---

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب السلف حديث ٨.

فالامتناع منه عناد، ولأن الجوده صفه لا يمكن فصلها فهي تابعه، بخلاف ما لو دفع أزيد قدرا يمكن فصله و لو فى ثوب، وقيل: لا- يجب، لما فيه من المنه (و دونها) أى دون الصفه المشترطه (لا يجب) قبوله و إن كان أجود من وجه آخر لأنه ليس حقه مع تضرره به، و يجب تسليم الحنطه و نحوها عند الاطلاق (١) نقيه من الزوان و المدر (٢)، و التراب، و القشر غير المعتاد (٣)، و تسليم التمر و الزبيب جافين (٤)، و العنب و الرطب صحيحين (٥)، و يعفى عن اليسير المحتمل عاده (٦).

(و لو رضى المسلم به) أى بالأدون صفه (لزم)، لأنه أسقط حقه من الزائد برضاه، كما يلزم لو رضى بغير جنسه، (و لو انقطع) المسلم فيه (عند الحلول) (٧) -العقد جنسا و نوعا و عددا، و لا ينقضى تعجبي من ترك العمل بهذه الأخبار لدليل اعتبارى، مع أن الاحسان لا يجب قبوله فالامتناع حينئذ لا يكون عنادا محرما، نعم يجب على البائع تقديم عين الموصوف فإن لم يكن فى يده فلا يجب عليه إزاله الزائد بل يشتري غيره المطلوب.

و إن كانت الزيادة فى المقدار كما لو قدم ثوبين و العقد على واحد فلا يجب قبول الزيادة للأصل و المنه التى لا يخفى ما فى تحملها من المشقه.

(١) أى إطلاق الحنطه و نحوها فى العقد.

(٢) و هو قطع التراب اليابس.

(٣) حملا للشئ على المتعارف.

(٤) تحقيقا لمعناهما.

(٥) للانصراف.

(٦) كما هو المتعارف بين أهل العرف.

(٧) بحيث يكون المثلن غالب الوجود وقت العقد، و بحسب الطبع سيستم إلى حين الأجل، و لكن لعارض انعدم المثلن عند الأجل، قال الشافعى فى أحد قوليه بفسخ البيع لكونه كالمبيع التالف قبل قبضه، و يدفعه النص الآتى، بل يجوز للمشتري الصبر بلا خلاف فيه و لا إشكال لموثق ابن بكير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف فى شئ يسلف الناس فيه من الثمار، فذهب زمانها و لم يستوف سلفه، قال عليه السلام: فليأخذ رأس ماله أو لينظره) (١).

و التعبير بأخذ رأس ماله هو تعبير آخر عن الفسخ، و للمشتري الفسخ أيضا لأن العقد-

ص: ٥٥١

حيث يكون مؤجلاً ممكن الحصول بعد الأجل عادة فاتفق عدمه (تخيّر) المسلم (بين الفسخ) فيرجع برأس ماله، لتعذر الوصول إلى حقه، و انتفاء الضرر، (و) بين (الصبر) إلى أن يحصل، و له أن لا يفسخ و لا يصبر (١)، بل يأخذ قيمته حينئذ (٢)، لأن ذلك هو حقه. و الأقوى أن الخيار ليس فوراً (٣) فله الرجوع بعد الصبر إلى أحد الأمرين (٤) ما لم يصرح بإسقاط حقه من الخيار، و لو كان الانقطاع بعد بذله (٥) له و رضاه (٦) بالتأخير سقط خياره، بخلاف ما لو كان بعدم المطالبة (٧)، أو بمنع البائع مع إمكانه.

-مبنى على تأجيل المثمن إلى أجل معلوم، و قد حلّ الأجل و البائع غير مستطيع للتسليم فالانتظار حتى الاستطاعة ضرر على المشتري فلذا له حق الفسخ.

و عن ابن إدريس أنه ليس له الفسخ لأصالة اللزوم في العقود، و هو كالاتجاه في قبالة النص بل عن العلامة في المختلف في مقام الرد عليه قال: (إنه لم يوافق عليه أحد من علمائنا، و لا أظن أحداً أفتى به) انتهى.

(١) عن حواشي الشهيد عن السيد العميد أن له مضافاً إلى الفسخ و الصبر المطالبة بقيمه المسلم فيه عند الأداء، و استحسنة في المسالك و محكي الميسيه، بل جزم به الشارح هنا في الروضه، كما مال إليه سيد الرياض، لأنها البديل عند تعذر الحق، فهو كتلف المثلي الذي يتعذر مثله الموجب للانتقال للقيمة، و فيه: إن ظاهر موثق ابن بكير المتقدم على خلافه.

(٢) حين التعذر و هو وقت حلول الأجل كما هو المفروض.

(٣) للأصل و إطلاق النص.

(٤) من الفسخ أو القيمة وقت الحلول.

(٥) أي بعد بذل البائع للمسلم فيه للمشتري.

(٦) أي رضى المشتري، ثم انقطع المسلم فيه فعدمه مستند إلى تقصير المشتري بعدم قبضه فلا خيار له، لأنه رضى بتأخير حقه و لوفات، و لا ينافيه إطلاق النص المتقدم لعدم شموله لمحل الفرض.

(٧) حق العبارة المتقدمه مع هذه العبارة أن يقال: لو طالب المشتري فبذل البائع ثم رضى المشتري بالتأخير فاعدم المسلم فيه سقط خياره، أما لو لم يطالب بالأداء فممنع البائع فيثبت للمشتري الخيار المذكور، و كذلك يثبت الخيار لو منع البائع دفع المثمن مع إمكانه حتى عدم، و لقد أجاد في المسالك في عرض هذه الصور الثلاث بقوله: (لو كان التأخير اقتراحاً من البائع خاصه، و الحق حينئذ أن الخيار يثبت للمشتري، كما لو كان التأخير لعارض لا اشتراكهما في المعنى بالنسبه إليه، و لا فرق حينئذ بين أن يطالب بالأداء و عدمه، نعم لو رضى بالتأخير ثم عرض المانع فالمتجه سقوط خياره).

و فى حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم إليه قبل الأجل (١)، و قبل وجوده، لا العلم قبله بعدمه بعده (٢)، بل يتوقف الخيار على الحلول على الأقوى، لعدم وجود المقتضى له الآن، إذ لم يستحق شيئاً حينئذ، و لو قبض البعض تخير أيضاً (٣) بين الفسخ فى الجميع، و الصبر بين أخذ ما قبضه، و المطالبه بحصه غيره من الثمن (٤)، أو قيمه المثلث على القول الآخر (٥)، و فى تخير المسلم إليه (٦) مع الفسخ (٧) فى البعض وجه قوى (٨)، لتبعض الصفقه عليه، إلا أن يكون الانقطاع من تقصيره فلا خيار له.

(١) لو مات البائع قبل الأجل فحكمه حكم الصورة السابقه فيما لو انقطع المثلث عند الحلول الموجب لخيار المشتري بين الفسخ و الصبر، مع ضميمة المطالبه بالقيمه عند الحلول كما هو رأى الشارح، و كان الحكم واحداً فى الصورتين لأن المثلث دين فى ذمه البائع فيشملة عموم ما دل على حلول ما على الميت من دين بالموت كما سيأتى بحثه فى باب، و لا ينتظر فيه الأجل فلو كان المثلث معدوماً حين الموت يجرى فيه الخيار المذكور.

(٢) أى لو علم المشتري قبل حلول الأجل بعدم المثلث بعد الأجل، فهل يثبت له الخيار بين الفسخ و الانتظار، قال فى الجواهر: (لم يرجح أحدهما فى القواعد و التذكرة و الدروس و غيرها، و لكن الأولى عدم - عدم الخيار - وفاقاً للروضه و المسالك و غيرهما اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على لزوم على المتيقن، و التفاتاً إلى عدم وجود المقتضى الآن إذ لم يستحق عليه شيئاً).

(٣) لو قبض المشتري بعض المثلث و قد انعدم البعض الآخر كان له حق الصبر إلى وجوده كما له حق الصبر عند تعذر الكل، و كان له أيضاً الفسخ، إما فسخ العقد بالنسبه للمتعدر لتفويت حقه، و إما فسخ جميع العقد لتبعض الصفقه عليه عند انعدام بعض المثلث بلا خلاف فى شىء من هذا، ثم من قال فى تعذر الكل: إن للمشتري حق المطالبه بقيمه المعدوم وقت الحلول كالشارح، كذلك يقول هنا بأن له المطالبه بقيمه البعض المعدوم.

(٤) أى الفسخ فى الباقي.

(٥) و هو قول الشارح كما عرفت عند ما قال: (و له أن لا يفسخ و لا يصبر بل يأخذ قيمته حينئذ لأن ذلك هو حقه).

(٦) و هو البائع.

(٧) من قبل المشتري فى بعض المثلث المعدوم.

(٨) لأنه مع فسخ المشتري لبعض المثلث تبعض الصفقه على البائع، لأنه أقدم على بيع تمام المثلث و لم يسلم له بل سلم به بيع البعض فله الخيار.



(الفصل السابع: في أقسام البيع بالنسبة إلى الإخبار بالثمن (١) و عدمه، و هو أربعة أقسام) لأنه إما أن يخبر به، أو لا، و الثاني المساومه، و الأول إما أن يبيع معه (٢) برأس المال، أو بزياده عليه، أو نقصان عنه، و الأول التولية، و الثاني المرابحه، و الثالث المواضعه، و بقى قسم خامس (٣) و هو إعطاء بعض المبيع برأس ماله (٤)، و لم يذكره كثير و ذكره المصنف هنا و في الدروس، و في بعض الأخبار (٥) دلالة عليه و قد تجتمع الأقسام في عقد واحد، بأن اشترى خمسة ثوبا بالسويه (٦)، لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون، و الآخر خمسة عشر، و الثالث عشره، و الرابع خمسه، و الخامس لم يبين (٧)، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين (٨) بعد إخبارهم بالحال، (١) هذا هو وجه التقسيم، و إلا يمكن تقسيمه باعتبارات أخرى كبيع السلف و النسئته و هكذا.

(٢) مع الإخبار بالثمن.

(٣) قال في الجواهر: (و زاد أول الشهيدين التشريك، و هو إعطاء بعض المبيع برأس ماله، بأن يقول: شركتك في هذا المتاع نصفه مثلا بنصف ثمنه بعد العلم بقدره، و تبعه عليه ثاني الشهيدين بعد اعترافه بأنه لم يذكره كثير، و قال: و في بعض الأخبار دلالة عليه - إلى أن قال - يمكن اندراجه في التولية بدعوى تعميمها حينئذ للجميع و البعض، فتكون قسمه الأصحاب حينئذ بحالها) انتهى.

(٤) أي برأس مال هذا البعض.

(٥) و هو خبر وهيب بن حفص عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يشارك الرجل على السلعه و يوليه عليها، قال: إن ربح فله و إن وضع فعليه) (١).

(٦) فيكون لكل واحد خمس الثوب، و قد اشترى كل واحد هذا الخمس بالمساومه، و هذا ليس هو المثال، بل المثال في بيعهم فلا تغفل.

(٧) بكم اشترى خمسه.

(٨) فيكون كل واحد قد باع خمسه من الثوب بخمسه عشر.

ص: ٥٥٤

و الرابع شرّك في حصته، فهو بالنسبه إلى الأول مواضعه (١)، و الثاني توليه (٢)، و الثالث مرابحه (٣)، و الرابع تشريك (٤)، و الخامس مساومه (٥)، و اجتماع قسمين، و ثلاثه، و أربعة منها على قياس ذلك، و الأقسام الأربعة:..

### أحدها. المساومه

(أحدها. المساومه) (٦) و هي البيع بما يتفقان عليه من غير تعرض للإخبار بالثمن، سواء علمه المشتري، أم لا- و هي أفضل الأقسام.

### ثانيها. المrabحه

(و ثانيها. المrabحه: و يشترط فيها العلم) أى علم كل من البائع و المشتري (بقدر الثمن، و) قدر (الربح) (٧) و الغرامه، و المؤمن (٨)...

(١) لأنه باع خمس الثوب بخمسه عشر و هذا أقل مما اشتراه سابقا مع أخباره برأس المال فيكون مواصفه.

(٢) لأنه باعه بمقدار ما اشتراه مع أخباره برأس ماله فيكون توليه.

(٣) لأنه باعه بخمسه عشر و قد اشتراه بعشره مع أخباره برأس ماله فيكون مرابحه.

(٤) بحيث شرّك في حصه من خمسه كما لو باع نصفها بنصف ثمنها.

(٥) لأنه لم يخبر بأى ثمن قد اشترى خمسه من الثوب إلا أنه باعه بخمسه عشر فيكون مساومه.

(٦) و هي أفضل الأقسام للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (إنى لأكره بيع عشره بإحدى عشره، و عشره باثنى عشر و نحو ذلك من البيع، و لكن أبيعك بكذا و كذا مساومه، و قال عليه السلام: و أتانى متاع من مصر فكرهت أن أبيعك كذلك، و عظم على فبعته مساومه) (١)، و المساومه أبعد عن الكذب و التدليس و التغيرير.

(٧) قال في الجواهر: (و لا بد أن يكون رأس ماله معلوما و قدر الربح معلوما عندهما حال البيع بلا خلاف أجده فيه).

(٨) قيل: إن المئونه للاستيفاء و الغرامه للاسترباح، أو أن المئونه بعد التحصيل لما يمونه-

ص: ٥٥٥

إن ضمها (١)، (و يجب على البائع الصدق) (٢) في الثمن، و المؤن، و ما طرأ من موجب النقص (٣) و الأجل و غيره (فإن لم يحدث فيه زياده (٤) قال: اشتريته، أو هو عليّ، أو تقوّم) بكذا، (و إن زاد بفعله) من غير غرامه ماله (أخبر) بالواقع، بأن يقول: اشتريته بكذا، و عملت فيه عملا يساوي كذا، و مثله ما لو عمل فيه متطوع (٥).

(و إن زاد باستجاره) عليه (ضمّه فيقول: تقوّم عليّ) بكذا (لا اشتريت به)، لأن الشراء لا يدخل فيه إلا الثمن، بخلاف تقوّم عليّ فإنه يدخل فيه الثمن، و ما -و الغرامه قبله لأجل تحصيله، و قد يطلق أحدهما على الآخر كالفقير و المسكين إذا اجتماعا افترقا و إذا افترقا اجتماعا، و قيل: إن المؤن ما يلزم الاسترباح كأجره البيت الذي يحفظ المتاع فيه و الغرامه أعم بحسب المفهوم لأن المراد منها ما غرمه من أجرها و غيرها.

(١) أي ضم المؤن و الغرامه إلى رأس المال.

(٢) لحرمه أكل أموال الناس بالباطل.

(٣) كالعيب.

(٤) قال في الجواهر: (إذا كان البائع لم يحدث في المبيع حدثا و لا غيره عما كان عليه عند البائع - أي البائع الأول - و لا حصل ذلك من غير المشتري، بل كان المبيع على الحال الذي انتقل إليه فيها فالباعه عن الثمن أن يقول: اشتريته بكذا، أو رأس ماله كذا، أو تقوّم عليّ، أو هو عليّ، أو نحو ذلك من العبارات المفيدة للمطلوب.

و إن كان قد عمل فيه ما يقتضى الزيادة في قيمته، قال: رأس ماله كذا و عملت فيه بكذا، و نحوه اشتريته أو تقوّم عليّ أو هو عليّ، ضروره عدم الفرق هنا بين الجميع بعد أن ذكر العمل بعباره مستقلة) انتهى.

(٥) فلا يصح القول اشتريته بمائه مع أنه قد اشترى المتاع بتسعين و عمل المتطوع عشره، بل عليه أن يقول: اشتريته بتسعين و عمل المتطوع عشره كما هو الواقع لوجوب الصدق كما تقدم، نعم ذهب جماعه إلى جواز إضافه عمل المتطوع إلى رأس المال كما يجوز إضافه عمل نفسه إلى رأس المال أو عمل الأجنبي إذا كان باستجار و أشكل عليه بأن ما يصح إضافته إلى رأس المال هو الغرامات و عمل المتطوع لا غرامه فيه، و هو إشكال ضعيف إذ لا دليل على حصر المضاف بالغرامه فقط، بل المدار على الأخبار عن رأس المال الحالي مع بيان الربح سواء كان رأس المال الحالي مشتملا على عمل نفسه أو غيره، بتطوع أو باستجار.

ص: ٥٥٦

يلحقه من أجره الكتيال، والدلال والحارس، والمحرس (١)، والقصار (٢)، والرفاء (٣)، والصباغ، وسائر المؤن المراده للاسترباح (٤)، لا ما يقصد به استيفاء الملك (٥)، دون الاسترباح، كنفقه العبد، وكسوته، و علف الدابه نعم العلف الزائد على المعتاد للتسمين يدخل، والأجره و ما فى معناها (٦) لا تضم إلى اشترت بكذا، (إلا أن يقول: و استأجرت بكذا) فإن الأجره تنضم حينئذ إلى الثمن للتصريح بها.

و اعلم أن دخول المذكورات ليس من جهه الإخبار، بل فائدته إعلام المشتري بذلك ليدخل فى قوله: بعثك بما اشترت، أو بما قام على، أو بما اشترت و استأجرت و ربح كذا.

(و إن طرأ عيب و جب ذكره) (٧)، لنقص المبيع به عما كان حين شراه، (و إن أخذ أرشا) بسببه (أسقطه) (٨) لأن الأرش جزء من الثمن، فكأنه اشتراه بما عداه، (١) و هو المكان المحروس الذى يوضع فيه المتاع.

(٢) قال فى مصباح المنير: (قصر الثوب قصرا بيضته، و القصاره بالكسر الصناعه و الفاعل قصار).

(٣) قال فى المصباح ما حاصله: (رفوت الثوب رفوا و رفا، و هى لغه بنى كعب، و فى لغه:

رفأته، مهموز، إذا أصلحته، و منه يقال: بالرفاء و البنين، أى بالاصلاح، و بين القوم رفاء، أى التحام و اتفاق).

(٤) فكل شىء ينفق على المتاع من أجل الربح فإذا حسب مع الثمن و أخبر عن الجميع بلفظ:

تقوم على، فيكون التعبير صادقاً.

(٥) فلفظ (تقوم على) لا يشمل حتى يدخل تحته من دون تصريح.

(٦) لو اشترى متاعاً و استأجر عليه غيره، أو و قام هو بنفسه بالعمل، فلا تنضم هذه الأجره و ما فى معناها إلى الثمن بلفظ اشترت، نعم يصح أن يقول: تقوم على أو هذا على.

(٧) بلا فرق فى العيب بآفه سماويه أو بجنايته أو بجنايه أجنبى، لأن المشتري يبنى العقد على العقد الأول و يتوهم بقاء المبيع على الحال التى اشترها البائع، و الحال أنه ليس كذلك لنقصه بحدوث العيب عما كان عليه حين شراء البائع.

(٨) و أخبر بالباقي لأن الأرش جزء من الثمن فيكون الثمن الذى اشترى به المتاع هو الباقي فقط، ثم لو قال: اشترته بكذا الذى هو مجموع الثمن الذى رجع بعضه بالأرش فهو و إن كان صادقاً من ناحيه الصيغه إلا- أن ظاهر العبارة أنه دفع المجموع و لم يرجع إليه شىء و المفروض ليس كذلك فيكون كذباً.

و إن كان قوله: اشتريته بكذا حقا (١) لطروء النقصان الذى هو بمنزله الجزء، و لو كان الأرش بسبب جنايه (٢) لم يسقط من الثمن، لأنها حق متجدد لا يقتضيها العقد كنتاج الدابة، بخلاف العيب و إن كان حادثا بعد العقد (٣) حيث يضمن، لأنه بمقتضى العقد أيضا فكان كالموجود حالته (٤). و يفهم من عبارته (٥) إسقاط مطلق الأرش (٦) و ليس كذلك، و بما قيدناه صرح فى الدروس كغيره.

(و لا يقوم أبعاض الجملة) (٧) و يخبر بما يقتضيه التفسير من الثمن و إن كانت (١) من ناحيه الصيغه كما عرفت.

(٢) لو فرضنا أن السيد اشترى عبدا بثمان ثم جنى على العبد بجنايه فأخذ السيد قيمه الجنايه فإنه لا يسقط من الثمن، بلا خلاف فيه و لا إشكال كما فى الجواهر، لأن قيمه الجنايه نماء متجدد و قد حدث فى ملك السيد كنتاج، و الفرق بين الجنايه و العيب أن العيب قد ثبت أرشه بالعقد فلو كان معيبا فينقص من الثمن بقدره بخلاف الجنايه فإنها حق أمر متجدد بعد العقد كنتاج الدابة فلا تكون جزءا من الثمن، فلو أراد السيد أن يبيعه و يخبر برأس ماله فلا يسقط منه قيمه الجنايه كما لا يسقط نمائه الحاصل بعد العقد.

(٣) و قبل القبض، أو بعد القبض فى زمن الخيار، لأن التالف فيهما جزئيا أو كليا على البائع فيكون العيب فيهما مضمونا.

(٤) حاله العقد.

(٥) عبارته المصنف.

(٦) حتى ما لو كان بجنايه الغير بعد الملك، و هو ليس كذلك لأن أرش جنايه الغير لا يسقط من الثمن كالنماء المتجدد.

(٧) لو اشترى الإنسان أمتعه متعددة صفقه واحده بثمان، ثم قوم الثمن على هذه الأمتعه، و هى لا تخلو إما أن تكون متساويه فى الثمن و إما لا، فالأول أن يشتري خمس أثواب صفقه واحده بمائه درهم ثم يقسط الثمن فيكون قد اشترى الثوب الواحد بعشرين درهما، و الثانى أن يشتري عبدا و ثوبا بمائه درهم ثم يقسط الثمن فعلى العبد تسعون و على الثوب عشرة، و على كلا الحالين لا يجوز أن يبيع الثوب بقوله: اشتريته بعشرين أو بعشره و أريد ربح كذا، على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: خبر أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يشتري المتاع جميعا بالثمن، ثم يقوم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس ماله جميعا، أ يبيعه مرابحه؟ قال: لا-

متساويه، أو أخبر بالحال (١)، لأن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع، لا الأفراد و إن (٢) يقسِّط الثمن عليها في بعض الموارد، كما لو تلف بعضها، أو ظهر مستحقا.

(و لو ظهر كذبه) (٣) في الإخبار بقدر الثمن، أو ما في حكمه (٤) أو جنسه (٥)، أو وصفه (٦)، (أو غلطه) بينه، أو إقرار (تخير المشتري) بين رده، -حتى يبين له إنما قومه(١).

وقال في المسالك: (و المستند مع النص أن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الأفراد، و إن تقوم بها - أي و إن تقوم الثمن بالأفراد - و قسط الثمن عليها في بعض الموارد كما لو تلف بعضها أو ظهر مستحقا، و هذا التعليل شامل للمماثلة و المختلفه، و رد بالتسويه على ابن الجنيد حيث جوزه في المماثلة لقفيزي حنطه و هو ضعيف). لأنه اجتهاد في قبال النص.

(١) هذا استثناء، بأن يقول: اشترت المجموع بكذا و قومت الثمن عليه فأصاب هذه القطعه من المبيع كذا من الثمن، و هو جائز لدلاله الروايه عليه، و تكون (أو) هنا بمعنى إلا أن يخبر بالحال، أو بمعنى: إلى أن يخبر بالحال.

(٢) إن وصليه و المعنى: و إن قسط الثمن عليها في بعض الموارد كما لو تلف قبل قبض المشتري أو ظهر مستحقا لغير البائع فيقسط، و التقسيط هنا لا يقتضى التقسيط هناك للنص و للاعتبار المتقدم.

(٣) لو باع مرابحه فبان أن رأس ماله أقل مما أخبر، إما بالاقرار و إما بالبينه، فالبيع صحيح بلا خلاف للأصل بعد عموم (أوفوا بالعقود) (٢)، نعم لمكان الكذب في الإخبار كان المشتري بالخيار بين رده و فسخ العقد، أو امضائه بالثمن الذي وقع عليه العقد. و عن ابن الجنيد، و الشيخ أن المشتري يأخذ المبيع باسقاط الزيادة التي كذب فيها البائع، و فيه: إن العقد قد وقع على الثمن الذي كذب فيه البائع.

و مثله ما لو أخبر البائع بالأزيد عن رأس ماله غفله و اشتباها لا كذبا، و مثله ما لو أخبر بما هو بحكم رأس ماله كأجره الدلال و غيره من المؤن و الغرامه.

(٤) كأجره الدلال و الكيال و غيرهما.

(٥) بأن يكون جنس الثمن من الدنانير فأخبر أنه اشتراه بدراهم تساوى الدنانير التي دفعها.

(٦) بأن يكون قد اشتراه بدراهم من الجنس الرديء فأخبر أنه اشتراه بدراهم من الجنس الجيد.

ص: ٥٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أحكام العقود حديث ٥.

٢- (٢) سورة المائدة، الآية: ١.

و أخذه بالثمن الذى وقع عليه العقد، لغروره (١). و قيل: له أخذه بحط الزيادة و ربحها (٢)، لكذبه مع كون ذلك (٣) هو مقتضى المراهجه شرعا، و يضعف بعدم العقد على ذلك فكيف يثبت مقتضاه.

و هل يشترط فى ثبوت خيار المشتري على الأول (٤) بقاؤه على ملكه وجهان، أجودهما العدم، لأصالة بقائه مع وجود المقتضى، و عدم صلاحية ذلك للمانع، فمع التلف، أو انتقاله عن ملكه انتقالا لازما، أو وجود مانع من رده كالاستيلاء يرد مثله، أو قيمته إن اختار الفسخ، و يأخذ الثمن، أو عوضه (٥) مع فقده.

(و لا يجوز الإخبار بما اشتراه من غلامه) الحر، (أو ولده)، أو غيرهما (حيله (٦)، لأنه خديعه) و تدليس، فلو فعل ذلك أثم و صح البيع، لكن يتخير (١) أى لغرور المشتري.

(٢) أى يحط الزيادة و ما يلحقها من الربح.

(٣) أى الحط المذكور.

(٤) و هو القول المشهور، لأن القول الثانى لا- خيار فيه، فهل يشترط ببقاء الخيار بقاء العين تحت يد المشتري وجهان، وجه اشتراط بقاء العين أن الخيار قد ثبت لإزاله الضرر، و الفسخ مع عدمها عند المشتري ضرر على البائع لعدم عود ملكه إليه عند عدمه، فلا يثبت الفسخ هنا كما لا يثبت الفسخ مع تلف المبيع المعيب فى يد المشتري.

و وجه عدم الاشتراط أن الخيار قد ثبت قبل تلف العين، و بعد التلف يستصحب مع وجود المقتضى لثبوت الخيار الذى هو الكذب أو الغلط، و القول بأن الفسخ موجب للضرر على البائع لعدم عوده إلى ملكه مدفوع بأنه إن كان مثليا فيرد مثله، و إن كان قيميا فترد قيمه، هذا كله إذا لم يمكن للمشتري إرجاع المبيع كما لو تلف أو نقل عن ملكه بالعقد اللازم، أو كان تحت يده و لكن هناك مانعا من رده كالاستيلاء، أما إذا أمكن للمشتري إرجاعه لأن العقد غير لازم فيجب الرد بعينه.

(٥) أى عوض الثمن و هو قيمته عند فقد الثمن على تقدير الفسخ.

(٦) كما لو باع الرجل ولده سلعه بشرط أن يبيعه إياها بزيادة فقبل الولد ثم باعها لأبيه بالزيادة، فلا يجوز للأب أن يبيع السلعه برأس مال و هو الثمن الذى دفعه لابنه المشتمل على الزيادة المشترطه، بلا خلاف فيه، لأنه خيانه عرفا و تدليس، لأن المشتري للسلعه من الأب لم يترك المماكسه إلا اعتمادا على مماكسه الأب لنفسه و ثوقا باستقصائه فى النقيصه لنفسه فكان ذلك خيانه.

المشترى إذا علم بين رده، و أخذه بالثمن، كما لو ظهر كذبه فى الإخبار. (نعم لو اشتراه) من ولده، أو غلامه (ابتداء من غير سابقه بيع عليهما)، و لا- مواطأه على الزيادة، و إن لم يكن سبق منه بيع (جاز)، لانتفاء المانع حينئذ إذ لا مانع من معامله من ذكر، (و) كذا (لا) يجوز (الإخبار بما قوّم عليه التاجر) (١) على أن يكون له الزائد من غير أن يعقد معه البيع، لأنه كاذب فى إخباره، إذ مجرد التقويم لا يوجب، (و الثمن) على تقدير بيعه كذلك (٢) (له) أى للتاجر، (و للدلال الأجره) (٣)، - و لا- فرق بين أن يشترط الرجل على ابنه أو خادمه الحر أو الأجنبى، نعم لو اشترى الرجل منهم سلعه بزيادة عما باعها لهم من غير تواطؤ بينهم، أو اشترى سلعه منهم ابتداء ثم أخبر بالثمن الذى دفعه إليهم جاز البيع مرابحه لعدم الخيانه قطعاً.

(١) لو قال التاجر للدلال: هذا المتاع بألف، و لو بعته بأزيد منه فالزائد لك، فلا يجوز للدلال بيع المتاع مرابحه و أن يقول: هذا تقوّم علىّ أو اشتريته بألف و أريد ربع كذا، بلا خلاف فيه، لأن التاجر لم يوجب الدلال البيع، فلا شراء بالنسبه للدلال، و المتاع الذى تحت يده إنما هو لغيره، فلا معنى لقول الدلال: اشتريته أو تقوّم علىّ بألف، بل يكون كاذباً، و للأخبار.

منها: خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يحمل المتاع لأهل السوق - أى الدلال - و قد قوّموا عليه قيمه، فيقولون: بع فما ازددت فللك، قال عليه السلام: لا بأس بذلك و لكن لا يبيعهم مرابحه) (١).

(٢) أى بزياده.

(٣) أى أجره المثل عما فعله من البيع ليس إلا لأنه عمل محترم أقدم عليه لا بداعى التبرع، و لا يملك الدلال الزائد، لأن الثمن بتمامه فى قبال المثل الذى هو ملك التاجر فإذا تم البيع انتقل الثمن بتمامه إلى التاجر، و لا يجب على التاجر إعطائه الزائد لأن الزائد مجهول فلا تصح جعله و لا إجاره فيتعين أن له أجره المثل سواء كان باستدعاء التاجر للدلال أو أن الدلال ابتداء، و عن الشيخ المفيد و الطوسى فى المقنعه و النهايه أنه إذا كان باستدعاء التاجر فالدلال يملك الزائد دون صورته ابتداء الدلال لأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل قال لرجل: بع لى ثوباً بعشره، فما فضل فهو لك، قال: ليس به بأس) (٢) و خير زواره عن أبى جعفر عليه السلام-

ص: ٥٦١

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.



لأنه عمل عملا له أجره عادة فإذا فات المشتراط رجح إلى الأجره، و لا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر له به، و استدعاء الدلال ذلك منه، خلافا للشيخين رحمهما الله حيث حكما بملك الدلال الزائد في الأول (١) استنادا إلى أخبار صحيحة يمكن حملها على الجعالة، بناء على أنه لا يقدر فيها (٢) هذا النوع من الجعالة.

### ثالثها - المواضع

(و ثالثها - المواضع) (٣) [و هي] كالمرا بحة في الأحكام، من الإخبار على الوجوه المذكوره (إلا أنها بنقيصه معلومه) فتقول: بعتك بما اشتريته، أو تقوّم علىّ و وضيعة كذا، أو حطّ كذا. فلو كان قد اشتراه بمائه فقال: بعتك بمائه و وضيعة درهم من كل عشره فالثمن تسعون (٤)، أو لكل عشره (٥)، زاد عشره أجزاء من أحد عشر جزء من - (سألته عن الرجل يعطى المتاع فيقال له: ما ازددت على كذا و كذا فهو لك، قال عليه السّلام: لا بأس) (١) و مثلها غيرها، و حملت الأخبار كما في المسالك: (و يمكن تنزيلها على كون الواقع من التاجر على تقدير ابتدائه جعالة، فيلزم ما عيّنه، و لا يقدر فيها الجعالة، كما اعترضه ابن إدريس، لأن الجعالة في مال الجعالة إذا لم تؤد إلى النزاع غير قاذح).

(١) في صورته استدعاء التاجر للدلال.

(٢) أي في الجعالة، و المعنى أن الزائد المجهول لا يضر بالجعالة.

(٣) و هي مفاعله من الوضع بمعنى الحط، و هي النقصان قدرا من رأس المال، و لا ريب في جوازها بعد عموم تسلط الناس على أموالهم.

(٤) إذ لا- ريب في ظهور العبارة المذكوره من أن الموضوع هو بعض العشره، فالمائه عشره أعشار و الموضوع من كل عشره درهم، فيكون الموضوع عشره و الباقي تسعون، هذا و تكون من تبعيضه من قوله: (درهم من كل عشره)، و ذكر بعضهم احتمال أن تكون (من) لابتداء الغايه، و المعنى وضيعة درهم عند كل عشره فيكون في كل أحد عشر درهما وضيعة درهم، و فيه: إنه على خلاف ظاهر العبارة.

(٥) فالعشره لا ينقص منها شيء بل ينقص عندها درهم و المعنى في كل أحد عشر درهما درهم وضيعة، فالثمن يكون تسعين و عشره أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم، و الوضيعة تسعة دراهم و جزء من أحد عشر جزءا من درهم، و في هذه الصورة قد زاد-

ص: ٥٦٢

الدرهم، لأن الموضوع فى الأول من نفس العشرة، عملاً بظاهر التبعض. و فى الثانى من خارجها (١)، فكأنه قال: من كل أحد عشر، و لو أضاف الوضيعه إلى العشرة (٢) احتمل الأمرين، نظراً إلى احتمال الإضافة للآم و من.

و التحقيق هو الأول، لأن شرط الإضافة بمعنى من كونها تبيينيه، لا تبعضيه بمعنى (٣) كون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف إليه بحيث يصح إطلاقه على المضاف و غيره، و الإخبار به عنه (٤) كخاتم فضه، لا جزء من كل (٥) كبعض القوم، و يد زيد، فإن كل القوم لا يطلق على بعضه، و لا زيد على يده، و الموضوع هنا بعض العشرة (٦)، فلا يخبر بها عنه (٧) فتكون بمعنى اللام (٨).

الـثمان عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم على الثمن فى الصورة السابقه، لأن الثمن تسعون و الوضيعه تسعه لو كان رأس المال تسع و تسعين بناء على وضيعه الدرهم فى كل أحد عشر درهماً، و الدرهم الباقي من المائة يقسم أحد عشر جزءاً، و عشره أجزاء منه ثمن و الباقي وضيعه.

(١) أى خارج العشرة.

(٢) بأن قال: بعثك بمائه و وضيعه العشرة درهم، فيحتمل أن يكون المعنى من كل عشره درهم، و يحتمل أن يكون لكل عشره درهم، لأن الإضافة تحتمل أن تكون بمعنى اللام، و تحتمل أن تكون بمعنى من.

هذا و ذهب الشيخ و جماعه إلى أنها هنا بمعنى من التبعضيه لأنه المنساق إلى الذهن، و لكن فى المسالك تبعاً للميسيه أن الإضافة بمعنى من لا تكون إلا فى من البيانيه لا التبعضيه، نحو خاتم فضه و باب ساج و هو منتف هنا فيتعين كونها بمعنى اللام.

(٣) بيان لمن البيانيه.

(٤) أى و الأخبار عن المضاف إليه بالمضاف.

(٥) التى هى من التبعضيه.

(٦) حيث قال: بعثك بمائه و وضيعه العشرة درهم، فالموضوع هنا بعض العشرة.

(٧) أى فلا يخبر بالعشرة عن بعضها.

(٨) و فيه: إن الزمخشري قد صرح فى كشافه فى تفسير قوله تعالى: (وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ) (١): أنه يجوز أن تكون الإضافة بمعنى من التبعضيه، و كأنه قال: و من -

ص: ٥٦٣

## رابعها - التولية

(و رابعها - التولية) (١) (و هي الإعطاء برأس المال) فيقول بعد علمهما بالثمن و ما تبعه: وليتك هذا العقد (٢)، فإذا قبل لزمه مثله (٣) جنسا، و قدرا، و صفه، و لو قال: بعتك، أكمله (٤) بالثمن، أو بما قام عليه (٥) و نحوه (٦)، و لا يفتقر في الأول (٧) إلى ذكره، و لو قال: وليتك السلعة (٨)...

-الناس من يشتري بعض الحديد، الذي هو اللهو منه، و كذا نقل ذلك عن غيره.

ثم إن هناك جماعه توقفوا في الترجيح بين كون الإضافه بمعنى اللام أو بمعنى من، بل صرح بعضهم بالبطلان مع عدم القرينه لتكافؤ الاحتمالين، و قد عرفت أن المنساق هو حملها على من التبعضيه.

(١) قد ورد جوازها في عده أخبار.

منها: خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيله، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه، إلا أن يوليه كما اشتراه، إذا لم يربح فيه أو يضع) (١).

(٢) قال في الجواهر: (و على كل حال فيقول إذا أراد عقدها - أى التولية - وليتك أو بعتك أو ما شاكله من الألفاظ الداله على النقل - الذى هو البيع - انتهى).

(٣) أى مثل رأس مال المتاع، لأنه يشترط فى التولية مثليه رأس المال جنسا و صفه و قدرا.

(٤) قال في الجواهر: (نعم فى جامع المقاصد و المسالك أنه إذا كان العقد بغير لفظ وليتك و جب ذكر الثمن، و إن كان بها لم يحتج - إلى أن قال - و لعل الاستغناء عن الثمن فيما سمعته لصراحه لفظ التولية فى البيع برأس المال، بل أصل المعنى فى وليتك العقد إعطاء السابق بمعنى تمليك المولى البيع بما ملكه المولى فى العقد السابق) انتهى بتلخيص.

(٥) بأن يقول: تقوم على إذا كان هناك غرامه و مؤن.

(٦) أى و غير هذا من الألفاظ الداله على ذلك.

(٧) أى فى التولية.

(٨) بدل القول: وليتك العقد، هذا فلو كان مفعولها السلعه فقد يقال بعدم الصحه لأن المولى يوليه العقد السابق لا ما وقع عليه العقد المذكور.

و فيه: ليس هذا بمانع لأن المولى يوليه البيع السابق أى ما ملكه بالبيع السابق، و لذا قال فى الجواهر: (لا يبعد الاجتزاء بجعل المفعول السلعه، بل فى كثير من نصوصها وقعت -

---

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٦.

احتمل فى الدروس الجواز، (والتشريك (١) جائز) و هو أن يجعل له فيه (٢) نصيبا بما يخصه من الثمن بأن (يقول: شركتك) بالتضعيف (بنصفه بنسبه ما اشترت مع علمهما) بقدره، و يجوز تعديته بالهمزه (٣)، و لو قال: أشركتك بالنصف كفى (٤) و لزمه نصف مثل الثمن، و لو قال: أشركتك فى النصف (٥) كان له الربع، إلا أن يقول: بنصف الثمن (٦) فيتعين النصف، و لو لم يبين الحصة كما لو قال: فى شىء منه أو أطلق (٧) بطل، للجهل بالمبيع و يحتمل حمل الثانى على التنصيف (و هو) أى التشريك (فى الحقيقه بيع الجزء المشاع برأس المال (٨) لكنه يختص (٩) عن مطلق البيع (١٠) بصحته بلفظه (١١)).

-مفعولا- للتولية، و إن لم تكن فى صورته العقد، بل و لا- إشعار فى شىء من النصوص بجعل المفعول العقد، فجعل المفعول السلعه إن لم يكن أولى من كون المفعول العقد فى الاستغناء عن الثمن فلا ريب فى مساواته له) انتهى.

(١) هذا هو القسم الخامس الذى أضافه الشهيد الأول و تبعه الثانى فيه.

(٢) أن يجعل البائع للمشتري فى المبيع نصيبا كالنصف مثلا- بما يخصه من الثمن و هو نصف الثمن، هذا و قد عرفت أنه من أقسام و مصاديق التولية و ليس قسيما لها.

(٣) لأن التضعيف و الهمزه يجعلان الفعل المتعدى إلى مفعول متعديا إلى مفعولين.

(٤) أى و لم يذكر نسبة الثمن مع نسبة المثلث التى باعها، لأنه قال: أشركتك بالنصف أى نصف المتاع و لم يذكر نصف ثمنه، و الكفايه ناشئه من علمهما بتمام الثمن و هو القرينه على كون نصف المتاع بنصف الثمن المعلوم و هذا ليس بحاجه إلى قرينه لفظيه مع وجود القرينه العقلية الداله على المراد.

(٥) أى نصف المتاع على أن يكون شركه بينه و بين المشتري، و عليه فيكون البائع قد جعل النصف الآخر مختصا به، و النصف الأول مشترك بينهما من دون ذكر النسبه إلا أنها محموله على التنصيف بينهما، فيكون للمشتري نصف النصف الذى هو الربع.

(٦) فإنها قرينه لفظيه على كون المبيع هو نصف المتاع لا ربه.

(٧) بأن قال: شركتك فى المتاع و لم يذكر شيئا بطل لمجهوليه المبيع مع احتمال حمل لفظ (شركتك فى المتاع) على التنصيف بينهما، لأن مقتضى الشركه كونه نصفين بينهما.

(٨) أى برأس مال الجزء لا برأس مال الجميع.

(٩) أى التشريك.

(١٠) الذى هو التولية.

(١١) على أن التشريك توليه فى الجزء و التولية بيع الكل.

(الفصل الثامن - في الربا) (١)

### في مورده

بالقصر و ألفه بدل من واو (٢) (و مورده) (٣) أى محل وروده (المتجانسان إذا) (١) قال فى مصباح المنير: (الربا: الفضل و الزيادة، و هو مقصور على الأشهر، و يثنى ربوان بالواو على الأصل - إلى أن قال - و ربا الشيء يربو إذا زاد)، و منه قوله تعالى: (فَلَا يَزِيدُوا عِنْدَ اللَّهِ) (١).

(٢) فيقال: ربا يربو، و لذا يكتب فى المصاحف بالواو على أصله، و إن كان الرسم يقتضى كتابته بالألف.

(٣) فى خبر محمد بن سنان (أن على بن موسى الرضا عليه السلام كتب إليه فيما كتب من جواب مسائله: و عله تحريم الربا لما نهى الله عز و جل عنه، و لما فيه من فساد الأموال، لأن الإنسان إذا اشترى الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهما و ثمن الآخر باطلا، فيبيع الربا و شراؤه و كس على كل حال، على المشتري و على البائع، فحرم الله عز و جل على العباد الربا لعله فساد الأموال، كما حظر على السفية أن يدفع إليه ماله لما يتخوف عليه من فساده حتى يونس منه رشد، فلهذه العله حرم الله عز و جل الربا، و بيع الدرهم بالدرهمين، و عله تحريم الربا بعد البيئه لما فيه من الاستخفاف بالحرام المحرم، و هى كبيره بعد البيان - إلى أن قال - و عله تحريم الربا بالنسيه لعله ذهاب المعروف و تلف الأموال و رغبة الناس فى الربح و تركهم القرض، و القرض ضائع المعروف، و لما فى ذلك من الفساد و الظلم و فناء الأموال) (٢).

و فيه تصريح بكون الربا على قسمين: ربا فى البيع و ربا فى القرض، هذا من جهه و من جهه أخرى فالربا فى البيع لا يكون إلا فى المكيل و الموزون للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن) (٣) و خبر عبيد بن زراره (سمعت أبى عبد الله عليه السلام يقول: لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن) (٤)، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (كل شىء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال و لا يوزن فلا بأس به اثنتين بواحد) (٤)، فلذا تحرم الزيادة فى بيع المتجانسين إذا كانا من المكيل أو الموزون.

ص: ٥٦٦

١- (١) سورة الروم، الآية: ٣٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الربا حديث ١١.

٣- (٣) (٤ و ٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ١ و ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٣.

قدّر بالكيل، أو الوزن و زاد أحدهما) عن الآخر قدرا و لو بكونه مؤجلا (١).

و تحريمه مؤكد (٢)، و هو من أعظم الكبائر،(و الدرهم منه أعظم) وزرا (من سبعين زينه) بفتح أوله و كسره (٣) كلها بذات محرم، رواه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام.

### في ضابط الجنس

(و ضابط الجنس) (٤) هنا: (ما دخل تحت اللفظ الخاص (٥) كالتمر (٦) (١) بأن يكون أحدهما معجلا و الآخر مؤجلا لصدق الزيادة على المتجانسين.

(٢) فقد ورد تحريمه في الكتاب بقوله تعالى: (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) (١) و قوله تعالى:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ، فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ، وَإِن تُبْتِغُوا فَلَكُمْ رُؤُسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ) (٢).

و الأخبار كثيره منها: خبر ابن بكير (بلغ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أنه كان يأكل الربا و يسميه اللبأ فقال: لئن أمكنتني الله منه لأضربن عنقه) (٣)، و صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (درهم ربا أشد من سبعين زينه كلها بذات محرم) (٤)، و خبر حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم في وصيته لعلي عليه السلام (يا علي، الربا سبعون جزء فأيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه في بيت الله الحرام، يا علي درهم ربا أعظم عند الله من سبعين زينه كلها بذات محرم في بيت الله الحرام) ٥.

(٣) قال في مصباح المنير: (المقصود لغه الحجاز - أى الزنا - و الممدود لغه نجد - أى الزناء -، و هو ولد زنيه بالكسر و الفتح لغه، و عن ابن السكيت زنيه و غيه بالكسر و الفتح).

(٤) لما كان الربا لا يقع إلا في المتجانسين مما يكال أو يوزن، فيناسب أن نبحت عن معنى الجنس و ما يندرج تحت الجنس الواحد، و المراد منه هو النوع المنطقي و هو الذى يندرج تحت لفظ خاص لأنه هو الذى تتحد الذات في جميع أفراده بخلاف الجنس المنطقي فإن الذات بين أفراده مختلفه و متنوعه بتنوع الأنواع ثم إن أهل اللغه يسمون النوع المنطقي جنسا و لا مشاحه في الاصطلاح.

(٥) بحيث يكون مفهومه نوعا كما عرفت.

(٦) فإنه منطبق على أصنافه و أفراده و عليه فيحرم بيع أصنافه بالبعض الآخر مع زياده، و كذا الزبيب.

ص: ٥٦٧

٢- (٢) سورة البقره، الآيتين: ٢٧٨ و ٢٧٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الربا حديث ١.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الربا حديث ١ و ١٢.



و الزبيب و اللحم،(فالتمر) جنس، لجميع أصنافه،(و الزبيب جنس) كذلك (١) (و الحنطه و الشعير) هنا (جنس) واحد (فى المشهور) (٢) و إن اختلفا لفظا و اشتملا على أصناف، لدلاله الأخبار الصحيحه على اتحادهما الخاليه عن المعارض، و فى بعضها أن الشعير من الحنطه فدعوى اختلافهما نظرا إلى اختلافهما صوره و شكلا و لونا و طعما و إدراكا و حسا و اسما غير مسموع. نعم هما فى غير الربا كالزكاه جنسان إجماعا،(و اللحوم تابعه للحيوان) (٣) فلحم الضأن و المعز جنس (٤)، لشمول الغنم لهما، و البقر و الجاموس جنس (٥)، و العراب و البخاتى جنس (٦).

## فى ما لاربا فيه

(و لا ربا فى المعدود) (٧) مطلقا على أصح القولين، نعم يكره،(و لا بين) (١) أى لجميع أصنافه.

(٢) للأخبار منها: صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (الحنطه و الشعير رأسا برأس، لا يزداد واحد منهما على الآخر)(١) ، و خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أ يجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلا مثلا بمثل، ثم قال: إن الشعير من الحنطه) ٢، و خالف ابن إدريس مستدلا بأنه لا خلاف بين المسلمين العامه و الخاصه، و لا بين أهل اللغه و اللسان فى أنهما جنسان، و يردده أن الشارح قد اعتبرهما هنا بحكم الجنس الواحد و إن كانا جنسين لغه و عرفا.

(٣) بمعنى أن لفظ اللحم ليس جنسا بما هو حتى ينطبق على جميع مصاديق اللحم، بل يكون جنسا باعتبار إضافته للحيوان فيقال: لحم البقر و لحم الغنم و هكذا، و لذا يجوز بيع لحم الغنم بلحم البقر متفاضلا لأنهما من جنسين.

(٤) بلا خلاف لدخولهما تحت لفظ الغنم الظاهر فى أنه اسم للنوع الذى لا يقدر فى اتحاد الحقيقه فيه مثل هذا الاختلاف بين الماعز و الضأن كالاختلاف بين أفراد الإنسان.

(٥) بلا خلاف فيه لدخولهما تحت لفظ البقر لغه.

(٦) لصدق الإبل عليهما، غايته البخاتى بفتح الباء مع تشديد الياء و هو الإبل الخراسانيه و قال فى المصباح: (و العراب من الإبل خلاف البخاتى).

(٧) لا ربا إلا فى المكيل أو الموزون فقط على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن)(٢) -

ص: ٥٤٨

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الربا حديث ٣ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ١.

(الوالد و ولده) (١) فيجوز لكل منهما أخذ الفضل على الأصح (٢)، والأجود -و ظاهره الحصر، و خبر منصور (سألته عن الشاه بالشتين و البيضة بالبيضتين، قال: لا- بأس ما لم يكن كيلا أو وزنا)(١) و خبره الآخر عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن البيضة بالبيضتين، قال: لا بأس به، و الثوب بالثوبين، قال: لا بأس به، و الفرس بالفرسين فقال: لا بأس به، ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال و لا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد)(٢) و مثلها غيرها، و عن ابن الجنيد و سأل أن المعدود كالمكيل و الموزون فلا يجوز التفاضل فيه، لصحيح محمد بن مسلم (سألته أبا عبد الله عليه السّلام عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع و البعير بالبعيرين و الدابة بالدابتين فقال: كره ذلك على عليه السّلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان)(٣)، و صحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يقول: عاوضني بفرسي فرسك و أزيدك، قال: لا- يصلح و لكن يقول: اعطني فرسك بكذا و كذا و أعطيك فرسي بكذا و كذا)(٤) و هما محمولتان على الكراهه جمعا.

(١) على المشهور إلا من السيد المرتضى في المسائل الموصليات، مع أنه في الانتصار وافق جمهور الأصحاب، و حجه مذهب المشهور أخبار.

منها: صحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (ليس بين الرجل و ولده، و بينه و بين عبده، و لا بينه و بين أهله ربا)(٥)، و خبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين: ليس بين الرجل و ولده ربا، و ليس بين السيد و عبده ربا)٦.

و أما السيد المرتضى فقد قال في الانتصار: (قد كتبت قديما في جواب مسائل وردت عليّ من الموصل و تأولت الأخبار التي يرويها الأصحاب المتضمنه لنفي الربا بين من ذكرناه - إلى أن قال - و اعتمدنا على نصره هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن، ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب، لأنني وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرناه، و غير مختلفين فيه في وقت من الأوقات، و إجماع هذه الطائفة قد ثبت أنه حجه و يخص به ظاهر القرآن) انتهى.

(٢) بلا خلاف إلا من ابن الجنيد، و قال في المسالك: (و تبه بقوله: و يجوز لكل واحد منهما

ص: ٥٦٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٧.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا حديث ١٦.
- ٥- ( (٥ و ٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الربا حديث ٣ و ١.

اختصاص الحكم بالنسبي مع الأب (١)، فلا يتعدى إليه مع الأم، ولا مع الجد و لو للأب، ولا إلى ولد الرضاع، اقتصارا بالرخصة على مورد اليقين، مع احتمال التعدى فى الأخيرين، لإطلاق اسم الولد عليهما شرعا،(ولا) بين (الزوج و زوجته) (٢) دواما و متعه على الأظهر،(و لا بين المسلم و الحربى (٣)، إذا أخذ المسلم الفضل)، و إلا ثبت (٤)، و لا فرق فى الحربى بين المعاهد و غيره، و لا بين كونه فى دار الحرب و الإسلام.

-أخذ الفضل على خلاف ابن الجنيدي حيث نفى الربا بين الوالد و ولده بشرط أن يأخذ الوالد الفضل، و أن لا يكون للولد وارث و لا عليه دين، و إطلاق النص حجه عليه) انتهى، و قال فى الجواهر: (و هو اجتهاد فى مقابل النص).

(١) أى نفى الربا بين الوالد و الولد مختص بالولد النسبى، و لا يتعدى الحكم إلى الأم، و لا إلى الجد، و لا إلى ولد الرضاع، لحرمة القياس و للوقوف على ما خالف الأصل على المتيقن.

و لا يوجد مخالف لكن قد يحتمل صدق الولد على ولد الرضاع و لفظ الوالد على الجد، و فيه: إن الأخبار المتضمنه للولد و الوالد منصرفه إلى الولد النسبى و الوالد دون الجد.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره و محمد بن مسلم المتقدم، و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (ليس بين المسلم و بين الذمى ربا، و لا بين المرأه و بين زوجها ربا)(١).

و كما عن الأكثر عدم الفرق بين الزوجه الدائمه و المتمتع بها لإطلاق النص، و ذهب الفاضل المقداد و الصيمرى و العلامه فى التذكرة إلى أنها مختصه بالدائمه، لأن لفظ الأهل الوارد فى صحيح زراره و محمد بن مسلم المتقدم ينساق منه خصوص الدائمه التى هى أهل لها دون المتمتع بها.

(٣) بلا- خلاف فيه إذا أخذ المسلم الفضل لما تقدم من الأخبار هنا، و لخبر عمرو بن جميع عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: ليس بيننا و بين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم، و نأخذ منهم و لا نعطيهم)٢، و لا فرق فى الحربى بين المعاهد و غيره، و لا بين كونه فى دار الإسلام أو الحرب.

و عن القاضى أنه يجوز لكل من المسلم و الحربى أخذ الربا من الآخر، و قال فى الجواهر:

(و لا ريب فى ضعفه لعدم ما يصلح للخروج به عن عموم التحريم).

(٤) أى لو عكس الأمر فأخذ الحربى الزيادة فيثبت حكم الربا و هو الحرمة.

ص: ٥٧٠

(و يثبت بينه) أى بين المسلم، (و بين الذمى) على الأشهر (١)، و قيل: لا يثبت كالحربى، للروايه المخصّيه له كما خصّصت غيره. و موضع الخلاف ما إذا أخذ المسلم الفضل، أما إعطاؤه إياه فحرام قطعاً، (و لا فى القسمة (٢) لأنها ليست بيعاً، و لا معاوضه، بل هى تمييز الحق عن غيره، و من جعلها بيعاً مطلقاً (٣) أو مع اشتمالها على الرد (٤) أثبت فيها الربا.

(و لا يضر عقد التبن و الزوان) (٥) بضم الزاى و كسرهما و بالهمز و عدمه (اليسير) فى أحد العوضين، دون الآخر، أو زياده عنه، لأن ذلك لا يقدر فى (١) بل قال فى الجواهر: (بل عليه عامه المتأخرين إلا- النادر، بل لم أجد فيه خلافاً إلا ما سمعته من المرتضى، و حكى عن ابنى بابويه و المفيد و القطيفى) انتهى، و دليل المخالف الاجماع المدعى من قبل السيد المرتضى، و المرسل المتقدم عن الصادق عليه السلام (ليس بين المسلم و بين الذمى ربا) (١).

و فيه: إن الاجماع ممنوع مع مخالفه المشهور، و المرسل لا جابر له مع ذهاب المشهور أيضاً على خلافه، على أنه محمول على الذمى الخارج من شرائط الذمه، جمعا بينه و بين الأخبار المتقدمه التى حصرت نفي الربا بالحربى.

(٢) أى لا- ربا فى القسمة، كما لو كانت العين مما تكال أو توزن، و هى مشتركه بين شخصين و أراد أن يأخذ كل شريك حصته، فيصح التقسيم حتى لو أخذ أحدهما أكثر من الآخر برضاه و لا يكون الزائد ربا، لأن القسمة هى تمييز أحد الحقين و ليست بيعاً و لا- معاوضه، بل فى المسالك دعوى الاتفاق عليه و قال: (هذا موضع وفاق، و تبّه به - أى بذكره - على خلاف الشافعى فى أحد قوليه حيث جعلها مبيعا، يثبت فيه الربا كالبيع) انتهى.

(٣) أى مع عدم الرد، و ذلك فيما لو كانت العين قابله للانقسام على حصص الشركاء.

(٤) و ذلك فيما لو كانت العين المشتركه غير قابله للانقسام على حصص الشركاء بالسويه، فيأخذ أحد الشركاء أزيد من حصته و يرد قيمه الزائد على شريكه.

(٥) إذا كانا يسيرين، و كذا لا يضر اليسير من التراب، لصدق بيع الحنطه بالحنطه فى بيع المتجانسين تنزيلا لهذا اليسير منزله العدم عرفاً، هذا من جهه و من جهه أخرى قال فى المصباح (الزوان حبّ يخالط البر فيكسبه الرداءه، و فيه لغات، ضم الزاى مع الهمز و تركه فيكون على وزان غراب، و كسر الزاى مع الواو).

ص: ٥٧١

إطلاق المثليه و المساواه قدرا، و لو خرجا عن المعتاد ضرًا، و مثلهما يسير التراب و غيره مما لا- ينفك الصنف عنه غالباً كالدردي (١) فى الدبس و الزيت.

(و يتخلص منه) أى من الربا إذا أريد بيع أحد المتجانسين بالآخر متفاضلاً (٢) (بالضميمه) إلى الناقص منهما، أو الضميمه إليهما، مع اشتباه الحال (٣)، فتكون الضميمه فى مقابل الزيادة.

(و يجوز بيع مدّ عجوه (٤) و درهم بمدّين، أو درهمين (٥)، و بمدّين و درهمين (٦) (١) و هو ما يتسبب فى أسفل الزيت و الدبس.

(٢) كأن يبيع الدرهم بدرهمين فلا بد من إضافه ضميمه من غير جنسهما إلى الناقص، كأن يبيع الدرهم و ديناراً بدرهمين، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر عبد الرحمن بن الحجاج (سألته عن الصرف - إلى أن قال - فبعثنا بالغله فصرفوا ألفاً و خمسين منها بألف من الدمشقيه و البصريه، فقال: لا خير فى هذا، فلا يجعلون فيها ذهباً لمكان زيادتها، فقلت له: اشترى ألف درهم و ديناراً بألفى درهم، فقال: لا بأس بذلك، إن أبى كان أجراً على أهل المدينه منى، فكان يقول هذا، فيقولون إنما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم، و لو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، و كان يقول لهم: نعم الشئ الفرار من الحرام إلى الحلال) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- بأس بألف درهم و درهم بألف درهم و دينارين، إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس به) ٢.

و عليه فإذا كانت الضميمه فى أحدهما فلا- بد من كونها مع الناقص كيبيع درهم و دينار بدرهمين، لتكون الضميمه فى قبال الزائد، و إذا كانت الضميمه فى كليهما كما فى صحيح الحلبي المتقدم كما لو باع درهما و ديناراً بدرهمين و دينارين فلا بد من كون الدرهم فى قبال الدينارين، و الدينار فى قبال الدرهمين حتى لا يقع التفاضل فى الجنس الواحد و إن لم يقصد المتبايعان ذلك لإطلاق الأخبار.

(٣) بأن لا يعلم زياده أحد العوضين عن الآخر و لكن مع الضميمه فى كليهما فيصح البيع على كل حال لذهاب الضميمه من كل جانب إلى نفس الجنس فى الجانب الآخر.

(٤) العجوه على ما فى مجمع البحرين: (هى ضرب من أجود التمر، يضرب إلى السواد من غرس النبى صلى الله عليه و آله و سلم بالمدينه).

(٥) أى بيع مدّ عجوه و درهم بدرهمين.

(٦) أى و يجوز بيع مدّ عجوه و درهم بمدّين و درهمين، و يذهب كل جنس إلى ما يخالفه.

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الصرف حديث ط ١ و ٤.

(و أمداد و دراهم (١)، و يصرف كل إلى مخالفه) و إن لم يقصده (٢)، و كذا لو ضمّ غير ربوي (٣)، و لا يشترط في الضميمة أن تكون ذات وقع (٤) في مقابل الزيادة، فلو ضمّ ديناراً إلى ألف درهم ثمناً لألفى درهم جاز، للرواية، و حصول التفاوت عند المقابلة (٥)، و توزيع الثمن عليهما باعتبار قيمه على بعض الوجوه لا يقدح، لحصوله حينئذ بالتقسيط، لا بالبيع، فإنه إنما وقع على المجموع بالمجموع، فالتقسيط غير معتبر و لا مفتقر إليه.

نعم لو عرض سبب يوجهه (٦) كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض أو (١) أى يجوز بيع مدّ عجوه و درهم بأمداد و دراهم، و مناط هذه الأمثلة واحد، و قد تقدم.

(٢) أى يصرف كل إلى ما يخالفه و إن لم يقصده كل من المتعاقدين.

(٣) بأن ضمّ إلى المدّ من العجوه ثوباً بمدّين، أو بمدّ و ثوب.

(٤) أى ذات قيمه سوقيه تساوى الزيادة لصريح خبر عبد الرحمن المتقدم.

(٥) هذه الفروع محل وفاق بين أصحابنا كما في المسالك، و خالف الشافعى فى بيع مدّ عجوه و درهم بمدّين، و جعله ربا لحصول التفاوت عند المقابلة على بعض الوجوه، و ذلك فيما لو كان الدرهم ثمناً لمدّ و نصف مدّ بالقيمة السوقية فيكون نصف المدّ الباقي فى قبالة المدّ لا محاله فيقع الربا.

و الجواب أن الزيادة حصلت بمقتضى التقسيط بعد البيع و لم تحصل بالبيع، لأن البيع قد أوقع المجموع فى قبالة المجموع و لا يصدق عليهما أنهما من جنس واحد مع زياده فى أحد الطرفين ليقع الربا.

(٦) أى لو عرض سبب كالتلف فى أحد العوضين يوجب التقسيط شرعاً، فقال الشارح فى المسالك: (و يشكل الحكم لو احتيج إلى التقسيط شرعاً كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض أو ظهر مستحقاً مطلقاً - قبل القبض أو بعده - و كان فى مقابله ما يوجب الزيادة المفضيه إلى الربا، فإنه يحتمل بطلان البيع من رأس، للزوم التفاوت فى الجنس الواحد، كما لو باع مدّاً و درهما بمدّين و درهمين مثلاً فإن الدرهم التالف من الثمن إذا كان نصف المبيع بأن كانت قيمه المدّ من المدّين درهما يبطل البيع فى نصف الثمن فيبقى النصف الآخر، و حيث كان منزلاً - على الاشاعة كان النصف فى كل من الجنسين، فيكون نصف المدّين و نصف الدرهمين فى مقابله المدّ فيلزم الزيادة الموجهة للبطلان.

و يحتمل البطلان فى مخالف التالف خاصه و الصحه فى مخالف الباقي، لأن كلا من الجنسين فى البيع قوبل به مخالفه من الثمن فإذا بطل أحد الجزئين بطل فيما قوبل به، -

ظهر مستحقا و كان فى مقابلته ما يوجب الزيادة المفضيه إلى الربا احتمال بطلان البيع حينئذ، للزوم التفاوت فى الجنس الواحد، و البطلان (١) فى مخالف التالف خاصه، لأن كلا من الجنسين قد قوبل بمخالفه فإذا بطل ما قوبل به خاصه و هذا هو الأجود و الموافق لأصول المذهب، و المصحح لأصل البيع، و إلا كان مقتضى المقابله لزوم الربا من رأس.

و يتخلص من الربا أيضا (٢) (بأن يبيعه بالمماثل، و يهبه الزائد) فى عقد واحد، أو بعد البيع (من غير شرط) للهبه فى عقد البيع، لأن الشرط حينئذ زياده فى العوض المصاحب له، (أو) بأن (يقرض كل منهما صاحبه و يتبارء) بعد التقابض الموجب لملك كل منهما ما اقترضه و صيروره عوضه فى الذمه.

و مثله ما لو وهب كل منهما الآخر عوضه، و لا يقدر فى ذلك كله كون هذه العقود غير مقصوده بالذات (٣)، مع أن العقود تابعه للقصد، لأن قصد التخلص من الربا الذى لا يتم إلا بالقصد إلى بيع صحيح، أو قرض، أو غيرهما -لأن صحه البيع منزله على ذلك، فكذا بطلانه، و المرجح لذلك نص الأصحاب على أن كل جنس فى مقابل ما يخالفه) انتهى، و ما ذكره أخيرا هو المتعين.

(١) أى و احتمال البطلان.

(٢) بعد ما ثبت مشروعيه الاحتيال فى التخلص من الربا و أنه فرار من الباطل إلى الحق فيصح كل بيع أو معاوضه أو عقد لا يقع التقابل بين متجانسين مع زياده فى أحدهما، و لذا قال فى الجواهر: (و قد يتخلص من الربا أيضا بأن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غير جنسها، ثم يشتري من الآخر سلعته بالثمن الذى باع به سلعته، و حينئذ يسقط اعتبار المساواه ضروره عدم بيع كل منهما بالآخر حتى يشترط ذلك تخلصا من الربا، فلو باع مثلا وزنه من الحنطه بعشره دراهم، ثم اشترى منه وزنيتين بذلك - أى بعشره دراهم - صح، و كذا لو وهبه أحدهما سلعته ثم وهبه الآخر الأخرى من غير معاوضه - إلى أن قال - أو أقرض سلعته صاحبه ثم أقرضه هو و تبارء، و كذا لو تبايعا متساويا و وهبه الزيادة إلى غير ذلك مما يخرج عن بيع المجانس بمثله متفاضلا) انتهى.

(٣) و هى قصد الهبه و غيرها، و هى غير مقصوده بالذات لأن المقصود بالذات هو التخلص من الربا و لا- مانع منه لأن قصد التخلص من الربا يوجب القصد إلى الهبه فيكون من قبيل الداعى إلى الداعى، و هذا لا يضر فى صحه الداعى الثانى الناشئ من الداعى الأول.



كاف في القصد إليها (١)، لأن ذلك (٢) غايه مترتبه على صحه العقد مقصوده، فيكفي جعلها غايه، إذ لا يعتبر قصد جميع الغايات المترتبه على العقد (٣).

### في أنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر

(و لا يجوز بيع الرطب بالتمر) (٤) للنص المعلل بكونه ينقص إذا جفّ، (و كذا كل ما ينقص مع الجفاف) (٥) كالعنب بالزبيب تعديه للعله المنصوصه إلى ما (١) إلى العقود.

(٢) أي التخلص من الربا و حاصله: أن التخلص من الربا مترتب على العقد الصحيح أو الهبه، فإذا أردت التخلص لا بد أن تريد العقد و إذا أردت العقد فلا بد أن تريد النقل و الانتقال المحققين للبيع الصحيح أو الهبه، و من هنا تعرف من أن المقصود بالذات و هو التخلص من الربا لا يمنع من صحه العقد لأنه يولد قصداً آخر و هو النقل و الانتقال الذي صدر العقد بداعيه.

(٣) قال الشارح في المسالك: (فإن من أراد شراء دار مثلاً ليؤجرها و يتكسب بها فإن ذلك كاف في الصحه، و إن كان لشراء الدار غايات أقوى من هذه و أظهر في نظر العقلاء) انتهى.

(٤) على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: النبوى (سئل عن بيع الرطب بالتمر، قال: أ ينقص إذا جفّ؟ ف قيل له: نعم، فقال: لا إذا) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس و الرطب رطب، إذا يبس نقص) (٢).

و عن الشيخ في المبسوط و ابن إدريس الكراهه اعتماداً على خبر سماعه (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب، قال: لا يصلح إلا مثلاً بمثل، قال: و التمر و الرطب مثلاً بمثل) (٣) و الخبر لا يصلح لمعاوضه ما تقدم من الأخبار.

(٥) كبيع العنب بالزبيب، و على المشهور المنع نظراً إلى تحقق النقصان عند الجفاف فلا تجدى المساواه وقت الابتاع، و الأخبار المتقدمه قد صرحت بالعله، و هي تعمم و تخصص، فتكون شامله لهذه الموارد.

و ذهب جماعه منهم المحقق إلى الجواز في غير التمر و الرطب لحرمة القياس و اقتصاراً على المنصوص بعد خلوه من العله المنصوصه، و فيه: أن العرف يسقط خصوصيه التمر

ص: ٥٧٥

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الربا حديث ٢.

٢- (( ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الربا حديث ١ و ٣.

يشاركه فيها، وقيل: يثبت في الأول من غير تعديده ردا لقياس العله، وقيل بالجواز في الجميع ردا لخبر الواحد، واستنادا إلى ما يدل بظاهرة على اعتبار المماثلة بين الرطب واليابس. وما اختاره المصنف أقوى، وفي الدروس جعل التعديده إلى غير المنصوص أولى.

(و مع اختلاف الجنس) في العوضين (يجوز التفاضل (١) نقدا) إجماعا (و نسيه) على الأقوى، للأصل، والأخبار. واستند المانع إلى خبر دل بظاهرة على الكراهه و نحن نقول بها.

(و لا- عبره بالأجزاء المائيه في الخبز، و الخل، و الدقيق) (٢) بحيث يجهل -و الرطب في الأخبار المتقدمه فمدار المنع على نقصانه حال جفافه فلا بد من تعديده الحكم حينئذ، هذا و على مبنى ابن إدريس لا بد من القول بالجواز هنا من باب أولى.

(١) بلا خلاف فيه للنبوى (إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم) (١)، و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إذا اختلف الشيطان فلا بأس به مثلين بمثل يدا بيد) (٢) و مثلها غيرها.

و الأخير صريح في جواز التفاضل نقدا، و لكن هل يجوز التفاضل بين الشئتين المختلفين نسيئه أو لا، و لا بد من تحرير محل النزاع فنقول: لو كان العوضان من النقدين كبيع الذهب بالفضه أو بالعكس فلا يصح نسيئه لاشتراط التقابض في المجلس، و لو كان أحد العوضين من النقدين و الآخر من الأعراض كبيع المتاع بذهب أو فضه فهو جائز بلا خلاف، و لو كان كلا العوضين من الأعراض كبيع مدّ من حنطه بمدّين من عنب فهو محل النزاع، و المشهور على الجواز للأصل، و لعموم النبوى المتقدم و غيره.

و ذهب ابن الجنيد و المفيد و سلار و ابن البراج إلى عدم الجواز لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدا بيد، فأما نظره فلا يصلح) ٢، و مثله خبر زياد بن غياث (٣)، و حملت على الكراهه جمعا بينها و بين ما تقدم فضلا عن أن التعبير بنفى الصلاح ظاهر بالكراهه.

(٢) فيراد به العجين أو الدقيق الموضوع في مكان ندى اكسبه رطوبه.

ص: ٥٧٦

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الربا حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الربا حديث ١٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا حديث ١٤.

مقداره في كل من العوضين الموجب لجهاله مقدارهما، و كذا لو كانت مفقوده من أحدهما كالخبز اليابس و اللبن، لإطلاق الحقيقه عليهما، مع كون الرطوبه يسيره غير مقصوده، كقليل الزوان و التبن في الحنطه،(إلا- أن يظهر ذلك للحس ظهورا بينا) بحيث يظهر التفاوت بينهما فيمنع، مع احتمال عدم منعه مطلقا (١)، كما أطلقه في الدروس و غيره لبقاء الاسم الذي يترتب عليه تساوى الجنسين عرفا.

### في أنه لا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل

(و لا- يباع اللحم بالحيوان مع التماثل (٢) كلحم الغنم بالشاه) إن كان مذبوحا، لأنه (٣) في قوه اللحم فلا بد من تحقق المساواه، و لو كان حيا فالجواز قوى (٤)، لأنه حينئذ غير مقدّر بالوزن (و يجوز) بيعه به (٥)(مع الاختلاف) (٦) قطعاً، لانتفاء المانع (٧) مع وجود المصحح (٨).

(١)سواء ظهر للحس أم لا.

(٢)كبيع لحم الغنم بالشاه إذا كان الحيوان حيا بلا- خلافا فيه إلا من ابن إدريس، و حجه المشهور خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام كره بيع اللحم بالحيوان)(١)، و خبر الدعائم عن أبي عبد الله عليه السّلام (أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان)(٢) و ليس دليل المشهور تحقق الربا لأن الحيوان الحى غير موزون بل يباع بالمشاهده كما هو الغالب فدليلهم ما سمعته من الأخبار إلا أن ابن إدريس لم يعمل بها لأنها خير واحد و هى ضعيفه السند فلا بد من الذهاب إلى الجواز و قد قواه الشارح هنا و فى المسالك. و قد صرح فى كون النزاع فى الحيوان الحى العلامه فى التذكرة و الشارح فى المسالك و غيرهما فى غيرهما.

نعم لو أراد بيع لحم الغنم بالشاه المذبوحه فلا بد من المساواه و إلا لتحقق الربا لأن المذبوح فى قوه اللحم.

(٣)أى المذبوح.

(٤)تبعا لابن إدريس.

(٥)أى بيع اللحم بالحى.

(٦)كبيع لحم الغنم بالبقر الحى.

(٧)المانع: لكونهما من جنسين فينتفى اتحاد الجنس المانع من التفاضل.

(٨)و هو اطلاقات حليه البيع.

ص: ٥٧٧

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الربا حدیث ١.

(الفصل التاسع - فى الخيار (١) و هو أربعة عشر قسما) و جمعه بهذا القدر من خواص الكتاب.

### الأول - خيار المجلس

(الأول - خيار المجلس) (٢) أضافه إلى موضع الجلوس مع كونه (٣) غير معتبر فى ثبوته (٤)، و إنما المعتبر عدم التفرق (٥) إما تجوزا (٦) فى إطلاق بعض أفراد الحقيقة، أو حقيقه عرفيه.

(١) قال فى مصباح المنير: (الخيره اسم من الاختيار، مثل الفديه من الافتداء، و الخيره بفتح الياء بمعنى الخيار، و الخيار هو الاختيار، و منه يقال له خيار الرؤيه، و يقال هى اسم من تخيرت الشىء مثل الطيره اسم من تطير) انتهى، و لذا قال فى الجواهر (فى الخيار الذى هو بمعنى الخيره، أى المشيئه فى ترجيح أحد الطرفين، إلا أن المراد به هنا ملك إقرار العقد و إزالته بعد وقوعه مدته معلومه، و لا ريب فى ثبوته فى الجملة بل هو كالضرورى).

(٢) لكل من المتبايعين خيار الفسخ ما دام فى المجلس أى لم يفترقا، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا) (١) و مثله صحيح زراره ٢ عنه عليه السلام، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (أئما رجل اشترى بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع) (٣) إلى غير ذلك من النصوص المصرحه بعدم الافتراق و لذا لو تم البيع بدون اجتماع لم يكن هناك خيار للمجلس، فإذا لم يجتمعا حال البيع فلا يتحقق معنى الافتراق، ثم إن الاجتماع منصرف إلى اجتماع الأبدان، و الاجتماع بالأبدان مستلزم لمكان ما، و هذا المكان هو مجلس العقد لذا أطلق على هذا الخيار خيار المجلس، غير أنه إطلاق فى عباره الفقهاء فقط، و أما الأخبار فقد سمعت صريحها بأنه خيار عدم الافتراق.

(٣) أى المجلس.

(٤) أى ثبوت الخيار.

(٥) كما هو صريح الأخبار المتقدمه.

(٦) أى إطلاق خيار المجلس على خيار عدم التفرق إما إطلاق مجازى من باب إطلاق أظهر أفراده على العام، لأن أظهر أفراد عدم التفرق هو حال كونهما فى مجلس واحد، و إما أنه منقول عرفى.

ص: ٥٧٨

(و هو مختص بالبيع) (١) بأنواعه (٢)، ولا يثبت في غيره (٣) من عقود المعاوضات و إن قام مقامه. كالصلح (٤).

و يثبت للمتبايعين (٥) ما لم يفترقا، (و لا- يزول بالحائل) بينهما (٦)، غليظا كان أم رقيقا، مانعا من الاجتماع (٧) أم غير مانع، لصدق عدم التفرق معه، (و لا بمفارقة) كل واحد منهما (المجلس مصطحين) (٨) و إن طال الزمان ما لم يتباعد ما بينهما (٩) عنه (١٠)...

(١) بلا خلاف فيه لأن النصوص السابقة قد خصته بالبيع، كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ المتقدم: البيعان بالخيار.

(٢) كبيع السلم و النسيئة و المرابحة و المساومة لاندرج الجميع تحت لفظ البيع.

(٣) أى غير البيع من عقود المعاوضات اللازمه و الجائزه، كالإجاره و الوكاله.

(٤) بحيث كان أثره نفس أثر البيع من تحقق النقل و الانتقال إلا أنه لا يندرج تحت مفهوم البيع.

(٥) قال فى المسالك: (إطلاق المتبايعين يشمل المالكين و الوكيلين و المتفرقين، لأن المتبايعين من فعلا البيع) انتهى.

(٦) فلو ضرب بينهما حائل أو حفر نهر لا يتخطى أو نحو ذلك، مع بقائهما على حال العقد لم يبطل الخيار لعدم صدق التفرق الموجب لرفع الخيار، بلا فرق فى الحائل بين الغليظ و الرقيق أو كان جدارا من طين أو جص، بلا خلاف فى ذلك كله ما عدا ما حكى عن الشافعيه فى الغليظ و أن فيه قولين أصحهما عدم السقوط.

(٧) قال فى المسالك: (لا فرق فى الحائل بين الرقيق كالستر و الغليظ كالحائط و المانع من الاجتماع كالنهر العظيم و غيرها، لعدم صدق الافتراق بذلك، فإن المفهوم منه تباعدهما عن الحد الذى كانا عليه) انتهى.

(٨) لعدم صدق الافتراق، هذا و قد عرفت سابقا أن نفس المجلس ليس له مدخلية فى ثبوت الخيار، فلا ينتفى الخيار بانتفائه.

(٩) و المراد به هو المسافه حال الاصطحاب.

(١٠) أى عن ما بينهما حال العقد، فلا- تباعد أحال الاصطحاب أكثر من التباعد بينهما حال العقد و لو بخطوه لارتفع خيار المجلس، و هذا معناه أن التباعد متحقق بخطوه بلا خلاف فى ذلك، لعدم تحديد الافتراق بالشرع فيكتفى بمسماه الحقيقى و العرفى، و هو متحقق بخطوه قطعاً، و يؤيده صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (بايعت رجلا فلما بايعته -

حاله العقد، و أولى بعدم زواله (١) لو تقاربا عنه (٢).

(و يسقط باشتراط سقوطه فى العقد) (٣) عنهما، أو عن أحدهما بحسب الشرط، (و بإسقاطه بعده) (٤) بأن يقول: أسقطنا الخيار، أو أوجبا البيع، أو التزمناه، أو اخترناه، أو ما أدى ذلك.

(و بمفارقة أحدهما صاحبه) و لو بخطوه اختيارا، فلو أكرها أو أحدهما عليه (٥) لم يسقط، مع منعهما من التخاير (٦)، فإذا زال الإكراه فلهما الخيار فى مجلس الزوال (٧)، و لو لم يمنعا من التخاير لزم العقد (٨). (و لو التزم به أحدهما) -قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا(١).

(١) زوال الخيار.

(٢) أى عما كان بينهما حال العقد.

(٣) بلا خلاف فيه لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢)، فلو كان الاشتراط بالسقوط من كليهما سقط خيارهما، و من أحدهما سقط خيار صاحبه فقط.

(٤) بعد العقد، و ذلك بأن يوجبا العقد أو بأن يوجب أحدهما العقد و يرضى الآخر، و هو المسمى بالتخاير، و صورته: بأن يقول: اخترنا العقد أو أزمناه أو أسقطنا الخيار أو نحو ذلك من الألفاظ الداله على سقوطه بإحدى الدلالات، أو أن تصدر هذه الألفاظ من أحدهما و يرضى الآخر بذلك، بلا خلاف فى ذلك كله، لأن كل ذى حق له حق إسقاطه، و كما أن له حق التسلط على ما له فله حق التسلط على حقوقه.

(٥) على التفرق فلا يسقط الخيار بلا خلاف فيه، للأصل بعد تبادر الاختيار من النصوص الداله على سقوط الخيار بالافتراق، و لذا يصح أن يقال: لم يفترقا بل فرقا.

(٦) من اختيار العقد، ثم لا فرق فى المنع من التخاير بين سد أفواههما أو التهديد إن تكلما.

(٧) قال فى الجواهر: (و لو زال الإكراه ففى فوريه الخيار و تراخيه إلى حصول الافتراق قولان، أفواهما الثانى للأصل، و لأن خيار المجلس موضوع على التراخى، و هذا منه أو بدل عنه) انتهى و هذا ما ذهب إليه الشيخ و جماعه، و ذهب العلامة فى التذكرة إلى أن الخيار على الفور عند زوال المانع، بامتداد مجلس الزوال لأن الفوريه هى القدر المتيقن من ثبوته بعد ارتفاع مجلس العقد بالإكراه.

(٨) فلو أكرها على التفرق من دون الإكراه على عدم الكلام فى اختيار العقد، و تفرقا سقط -

ص: ٥٨٠

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



(سقط خياره خاصه) إذ لا ارتباط لحق أحدهما بالآخر (١).

(و لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر قدّم الفاسخ) (٢) و إن تأخر عن الإجازة، لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ، دون الإجازة، لأصالتها (٣)، (و كذا) يقدم الفاسخ على المميز (في كل خيار مشترك)، لاشتراك الجميع في العلة التي أشرنا إليها.

(و لو خيره فسكت (٤) فخيارهما باق) أما الساكت فظاهر إذا لم يحصل منه ما يدل على سقوط الخيار، و أما المخير فلأن تخيره صاحبه أعم من اختياره العقد فلا يدل عليه، و قيل: يسقط خياره استنادا إلى روايه لم تثبت عندنا.

## الثاني - خيار الحيوان

(الثاني - خيار الحيوان (٥) و هو ثابت للمشتري خاصه) على المشهور (٦) و قيل:

-حق الخيار لأنهما لو أرادا استعمال حقهما بالخيار لاستطاعا بالكلام لأنهما غير مكرهين على عدم الكلام.

(١) كما هو واضح إذ لا ارتباط بين خيار أحدهما و خيار الآخر.

(٢) لأن الفسخ رفع للعقد الثابت، و لذا يقدم و لو تأخر عن الإجازة، بل الإجازة إبقاء عقد البيع إلى حين تحقق الرفع، و المفروض أن الفسخ رفع له، فلا يضره تقدم الإجازة عليه.

(٣) بمعنى أن ما يتحقق بالإجازة هو متحقق بالأصالة من حين وقوع العقد.

(٤) لو خير أحدهما الآخر بأن قال له: اختر امضاء العقد أو فسخه، فسكت الآخر، فخيار الساكت باق بلا خلاف فيه للأصل، و إطلاق الأدلة، و لأن السكوت أعم من الرضا فلم يصدر منه قول أو فعل يدل على سقوط خياره و خيار القائل فباق أيضا، لأن ما صدر منه أمر بالاختيار و هو لا يدل على إسقاط خيار نفسه.

و عن الشيخ كما في المسالك و إن قال في الجواهر: (و لكن لم نعرف القائل و إن نسب إلى الشيخ إلا أن المحكى عن مبسوطه و خلافه خلاف الحكايه) أنه يسقط للنبوي (البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر) (١)، و هذه الزيادة لم تثبت من طرقنا فليست بحجه.

(٥) من ضروريات المذهب كما في الجواهر.

(٦) للأخبار الكثيره منها: صحيح علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل اشترى-

ص: ٥٨١

لهما، و به روايه صحيحه و لو كان حيوانا بحيوان (١) قوى ثبوته لهما كما يقوى ثبوته للبائع وحده لو كان الثمن خاصه. و هو ما قرن بالبائع. حيوانا (٢).

و مده هذا الخيار (ثلاثة أيام (٣) مبدأها من حين العقد) على الأقوى (٤)، و لا- جاريه لمن الخيار، للمشتري أو للبائع، أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظره، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، و هو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط) ٢، و صحيح الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري) ٣ و عن السيد المرتضى في الانتصار أن الخيار ثابت للمشتري و البائع معا لصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا) ٤، و حمل على بيع الحيوان بالحيوان كما سيأتي.

(١) قيل بثبوت الخيار لهما، لأن الحكمه من ثبوت هذا الخيار هي أن الحيوان يشتمل على أمور باطنه لا- يطلع عليها غالبا إلا بالتروى و الاختبار مده، و هذه الحكمه موجوده هنا في الثمن لأنه حيوان، و بهذا يجمع بين صحيح محمد بن مسلم المتقدم و بقيه الأخبار على ما تقدم، و هذا ما احتمله العلامة و المحقق الثاني و جماعه منهم الصيمري.

و قيل: بعدم ثبوت الخيار للبائع هنا، لأن الخيار ثابت للمشتري فقط سواء كان الثمن حيوانا أو لا تمسكا بإطلاق الأخبار المتقدمه، و الحكمه المستدل بها غير منصوصه فلا يجوز اطرادها، و الجمع المتقدم بين الأخبار جمع تبرعى لا شاهد له من الأخبار.

(٢) كما لو باع الدار بحيوان، فالثمن هو الحيوان، و قد احتمل العلامة ثبوت الخيار للبائع فقط و اختاره الشارح هنا و في المسالك و تبعه عليه غيره تمسكا بالحكمه السابقه، و قد عرفت ما فيها.

(٣) على المشهور للأخبار المتقدمه سواء كان الحيوان إنسيا كالأمه أو لا، و عن أبي الصلاح الحلبي أن مده الخيار في الأمه هي مده الاستبراء، و ليس له مستند صالح بشهاده صاحب الجواهر و غيره.

(٤) أى من حين تمام العقد لتبادر اتصال الخيار بالعقد من النصوص السابقه، و ذهب الطوسى كما في الرياض إلى أن خيار الحيوان من حين التفرق و بعد ارتفاع خيار المجلس لئلا يلزم اجتماع خيارين في زمن واحد لكون الثاني في ظرف الأول لغوا، و لأنهما متمثالان-

ص: ٥٨٢

يقدر اجتماع خيارين فصاعداً وقيل: من حين التفرق، بناء على حصول الملك به (١) (و يسقط باسقاط سقوطه) فى العقد، (أو إسقاطه بعد العقد) كما تقدم (٢)، (أو تصرفه (٣) أى تصرف ذى الخيار سواء كان لازماً كالبيع أم لم يكن كالهبة قبل القبض (٤)، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة و لو فى طريق الرد، و نعلها و حلب ما يحلب، [و لبس الثوب، و قصارته، و سكنى الدار] (٥).

-فاجتماعهما محال.

وفيه: إن الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار و الحيشه كخيار المجلس و خيار الرؤيه فليس هما متماثلان من كل حيشه حتى يمتنع اجتماعهما، و ثبوت الخيار الثانى فى ظرف الأول يفيد أنه لو سقط أحدهما بمسقط يبقى الآخر فلا يكون ثبوته لغوا على أن الأسباب الشرعيه معرّفات لا مؤثرات حتى يشكل علينا بامتناع اجتماع سببين على مسبب واحد.

(١) بالتفرق.

(٢) فى خيار المجلس.

(٣) لا خلاف فى أن التصرف مسقط للخيار، لأن التصرف دليل الرضا بالعقد، و للأخبار.

منها: صحيح على بن رئاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه الأيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: و ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قتل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء) (١)، و مكاتبه الصّفار (كتبت إلى أبى محمد عليه السّلام فى الرجل اشترى من رجل دابه فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أ له أن يردها فى الثلاثه الأيام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها، أو الركوب الذى يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السّلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله) ٢، و الحدث مطلق فيشمل التصرف اللازم كالبيع أو غير لازم كالهبة بل يشمل مطلق الانتفاع كركوب الدابه و تحميلها و حلب ما يحلب و وطئ الجارية و نحو ذلك.

(٤) قيّد الهبة بذلك و إن كانت الهبة جائزه بعد القبض أيضاً، و لكن قيّد لأن بعض أنواع الهبه يلزم بعد القبض كالمعوضه و الواقعه بين الرحم.

(٥) قال سلطان العلماء فى وجه إيراد هذه الأمثله لخيار الحيوان مع أنها ليست تصرفاً-

ص: ٥٨٣

و لو قصد به الاستخبار و لم يتجاوز مقدار الحاجه (١) ففي منعه من الرد وجهان، أما مجرد سوق الدابه إلى منزله فإن كان قريبا بحيث لا يعد تصرفا عرفا فلا أثر له، و إن كان بعيدا مفرطا احتمل قويا منعه، و بالجمله فكل ما يعد تصرفا عرفا يمنع (٢)، و إلا فلا.

### الثالث - خيار الشرط

(الثالث - خيار الشرط (٣) و هو بحسب الشرط (٤) إذا كان الأجل مضبوطا) (٥) - و انتفاعا بالحيوان: (هذا بناء على أن كون الخيار للطرفين، يعنى إذا كان ثمن الحيوان الثوب أو المدار فتصرف فيهما البائع بما ذكر سقط خياره، و إلا فلا ربط لهما بخيار الحيوان الثابت للمشتري) انتهى.

و قال آخر: (إلا أن يكون الفرض التمثيل للتصرف المسقط للخيار مطلقا و لو لم يكن في خيار الحيوان) انتهى، و قال ثالث: (إن هذه الأمثلة مضروب عليها في نسخه الأصل كما عن بعض الحواشي) و هو الأصح.

(١) أى مقدار حاجه الاستخبار، و فيه وجهان، وجه السقوط أنه قد تصرف و إن كان للاستخبار فتشمله أدله كون التصرف مسقطا للخيار، و وجه عدم السقوط أن أدله التصرف المسقط للخيار منصرفه إلى التصرف المالكى الذى يصدر منه بما هو مالك لا بما هو مستخير.

(٢) المستفاد من الأخبار أن التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد هو المسقط للخيار، لا مطلق التصرف كركوب الدابه و حلبها و نحو ذلك، و يؤيده بعض الأخبار و هو خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل اشترى شاه فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها، فقال: إن كان فى تلك الثلاثة أيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء) (١).

(٣) قال فى الجواهر: (بالضرورة بين علماء المذهب)، للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز و جل) (٢).

(٤) فلا يتقدر بمدته، بل هو تابع لما اشترط فى العقد خلافا للشافعى و أبى حنيفة فلم يجوزوا اشتراط أزيد من ثلاثة أيام.

(٥) لا يحتمل النقصان و لا الزيادة، لأن الأجل بغير المضبوط كقدوم الحاج غرر، و هو منهى عنه.

ص: ٥٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخيار حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١.

متصلا بالعقد أم منفصلا (١)، فلو كان منفصلا صار العقد جائزا بعد لزومه مع تأخره عن المجلس.

(و يجوز اشتراطه لأحدهما و لكل منهما، و لأجنبي عنهما (٢)، أو عن أحدهما (٣) و لأجنبي مع أحدهما عنه (٤)، و عن الآخر (٥)، و معهما (٦)، و اشتراط الأجنبي تحكيم لا توكيل (٧) عمن جعل عنه (٨) فلا اختيار له معه (٩).

(و اشتراط المؤامره) (١٠) و هى مفاعله من الأمر بمعنى اشتراطهما أو أحدهما (١) قال فى الجواهر: (و لا- يعتبر فيها الاتصال بالعقد كما هو صريح بعض و ظاهر إطلاق آخرين، للعموم، خلافا لما عن بعض العامة فمنعه، و احتمله الفاضل تفاديا من انقلاب اللازم جائزا، و فيه: إنه جائز و واقع فى خيار التأخير و غيره) انتهى.

(٢) بلا خلاف فيه للعموم، و الأجنبي هنا له حق استعمال الخيار عن كليهما.

(٣) و الأجنبي هنا له حق استعمال الخيار عن أحدهما فقط.

(٤) بمعنى أن يكون الخيار للبائع مثلا و للأجنبي عن البائع، فالأجنبي له حق استعمال الخيار عن نفس الذى ثبت له الخيار.

(٥) بمعنى أن يكون الخيار للبائع مثلا و للأجنبي عن المشتري.

(٦) بمعنى أن يكون الخيار للمتعاقدين و للأجنبي، بحيث يستعمل حق الخيار عن كليهما، من دون فرق بين أن يكون لكل متعاقد أجنبي أو عن كليهما أجنبي واحد.

(٧) بمعنى أن جعل الخيار للأجنبي لا يجوز للمتعاقد أن يعزله، و هذا هو المراد بلفظ التحكيم الوارد هنا، للزوم الوفاء بالشرط من كلا المتعاقدين، و قد ذهب أبو حنيفة و أحمد و الشافعى فى أحد قوليهِ إلى أنه توكيل.

(٨) عن أحد المتعاقدين.

(٩) أى لا اختيار لأحد المتعاقدين مع الأجنبي ذى الخيار.

(١٠) و هى مفاعله من الأمر، بمعنى اشتراط البائع أو المشتري أو هما استثمار من سميّاه فى العقد، و الرجوع إلى أمره، و هو لا خلاف فيه بيننا، لعموم الوفاء بالشرط.

نعم لا بدّ من تعيين مده معلومه لهذا الشرط و إلا لكان مجهولا فلا يصح، و عليه فالعقد من جهه المتعاقدين لازم كما هو واضح إذ الشرط ليس لهما، و العقد متوقف على أمر الأجنبي المستأمر، و لكن الأجنبي يأمر بالفسخ فيفسخ أحد المتعاقدين الذى هو مشروط عليه الاستثمار، و ليس للأجنبي الفسخ من تلقاء نفسه و كذلك أحد المتعاقدين.

نعم إذا أمر الأجنبي بالفسخ بعد طلب أحد المتعاقدين أمره فهل يجب على المشروط عليه-

استثمار من سميّاه و الرجوع إلى أمره مده مضبوطة، فيلزم العقد من جهتهما و يتوقف على أمره، فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له استثماره الفسخ و الظاهر أنه لا يتعين عليه، لأن الشرط مجرد استثماره، لا التزام قوله.

و إن أمره بالالتزام (١) لم يكن له الفسخ قطعاً، و إن كان الفسخ أصلح عملاً بالشرط، و لأنه لم يجعل لنفسه خياراً.

فالحاصل أن الفسخ يتوقف على أمره (٢) لأنه (٣) خلاف مقتضى العقد (٤)، فيرجع إلى الشرط، و أما الالتزام بالعقد فلا يتوقف (٥).

و ظاهر معنى المؤامره و كلام الأصحاب: أن المستأمر. بفتح الميم. ليس له الفسخ و لا الالتزام، و إنما إليه الأمر و الرأى خاصه فقول المصنف رحمه الله: (فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت فذاك، و إن سكت فالأقرب للزوم، و لا يلزم المستأمر الاختيار) إن قرئ المستأمر بالفتح. مبنيًا للمجهول. أشكل بما ذكرناه (٦).

-الفسخ؟ قال في الجواهر: (لا يتعين عليه امتثال أمره قطعاً) و علل بأنه لا معنى لوجوب الفسخ عليه غاية يصير المشروط عليه مع أمر الأجنبي مالكا للفسخ.

(١) فلو أمر الأجنبي أحد المتعاقدين المشروط عليه الاستثمار أمره بالالتزام لم يجز للمشروط عليه الفسخ، لأن حق الفسخ موقوف على أمر الأجنبي به و لم يحصل، و منه تعرف أن المشروط عليه لا يجوز له أن يفسخ لو سكت الأجنبي.

(٢) أى أمر الأجنبي.

(٣) أى الفسخ.

(٤) فلا بد من الرجوع إلى الشرط لو أراد الفسخ، و الشرط هو أن يأمر الأجنبي بالفسخ، و لم يأمر به بل أمر بالالتزام.

(٥) لا على أمر الأجنبي و لا على غيره، بل لو سكت الأجنبي فلا يجوز للمشروط عليه الفسخ كما عرفت.

(٦) اشكال الشارح هنا على عبارته المصنف التي تكرر فيها لفظ المستأمر، فإن قرئ بالفتح، فالمراد منه الأجنبي، و معنى العبارة حينئذ أن الأجنبي إذا فسخ أو أجاز فهو، و إن سكت فالعقد لازم و للسكوت مجال إذ لا يجب عليه اختيار الفسخ أو العقد.

و هذا المعنى للعبارة معارض بما ثبت من المؤامره عند الأصحاب من أن الأجنبي ليس له حق الفسخ و لا حق الإجازة و لا حق الاختيار.

وإن قرئ بالكسر فالمراد منه أحد المتعاقدين المشروط له الخيار بأمر غيره، و معنى العبارة حينئذ أن المشروط له لو قال: فسخت بعد أمر الأجنبي بالفسخ، أو قال: أجزت بعد أمر الأجنبي بالإجازة فهو، و لو سكت المشروط له بعد أمر الأجنبي له سواء أمره بالفسخ أو الإجازة فيلزم العقد، لأن السكوت ليس فيه دلالة على الفسخ لينفسخ العقد، و لا دلالة على الامضاء ليلزم العقد، و لا يجب على المشروط له الاختيار بمعنى أنه لا يجب عليه قبول قول الأجنبي كما تقدم سابقاً.

و هذا المعنى للعبارة موافق لما ثبت من المؤامره عند الأصحاب، و لكن المعنى الأول أرجح بالنسبة لظاهر عبارته المصنف كما احتمله الشارح بدليلين:

الأول: قول المصنف: (و لا يلزم المستأمر الاختيار) و هو ظاهر فى الأجنبي لأن الأجنبي لا يلزم باختيار الفسخ أو العقد، و هو غير ظاهر فى المشروط له لأنه يلزمه الاختيار بعد ما يأمر الأجنبي بالإجازة فلا يجوز له الفسخ.

الثانى: قوله: (و كذا كل من جعل له الخيار)، و هو ظاهر فى الأجنبي لأن له الاختيار بمعنى أن يختار الفسخ أو العقد، و هذه الجملة معطوفة على جملتنا هذه، و حكم المعطوف و المعطوف عليه واحد، فلا بد أن يكون الموضوع فيهما واحداً، و بما أن الموضوع فى الثانية هو الأجنبي فلا بد من كون الموضوع فى الأولى هو الأجنبي، فيتعين قراءه الفتح و لهذين الدليلين إن قرئ المستأمر بالفتح فيلزم منه ما تقدم أن الأجنبي ليس له حق الفسخ و لا الإجازة، بل له حق الأمر فقط.

هذا ما اشكله الشارح هنا على عبارته الماتن، و فيه: أن المراد من العبارة هو المشروط له الخيار فلا بد من قراءه الكسر و لا تعارض حينئذ بين العبارة و بين معنى المؤامره عند الأصحاب، غايته يكون معناه أن المشروط له إن قال: فسخت بعد أمر الأجنبي له بالفسخ، أو قال: أجزت، بعد أمر الأجنبي له بالإجازة، فهو، و إن سكت بعد ما أمره الأجنبي سواء أمره بالفسخ أو العقد فالعقد على لزومه و لسكوته مجال إذ لا يجب على المشروط له اختيار قول الأجنبي إذ لا يجب عليه القبول كما تقدم.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالقرينه الأولى التى أتى بها الشارح، تكون دليلاً له إن فسرناها بأنه لا يلزم على المشروط له الاختيار أى اختيار العقد أو الفسخ، و أما لو فسرناها بأنه لا يلزم على المشروط له اختيار قول الأجنبي فلا تكون دليلاً كما هو واضح، ثم لو سلمنا أن المراد بالاختيار اختيار العقد أو الفسخ فهو غير متوهم ثبوته للأجنبي حتى ينفى، لأن الأجنبي ليس له إلا الأمر فقط، فيتعين أن يكون النفى للاختيار متوجهاً للمشروط له.

و إن قرئ بالكسر. مبنيًا للفاعل. بمعنى المشروط له المؤامره لغيره، فمعناه:

إن قال: فسخت بعد أمره له بالفسخ، أو أجزت بعد أمره له بالإجازه لزم، و إن سكت و لم يلتزم و لم يفسخ سواء فعل ذلك بغير استثمار أم بعده و لم يفعل مقتضاه لزم لما بيناه من أنه لا يجب عليه امتثال الأمر، و إنما يتوقف فسخه على موافقه الأمر.

و هذا الاحتمال أنسب بالحكم، لكن دلالة ظاهر العبارة على الأول أرجح، خصوصًا بقريته قوله: و لا يلزم الاختيار، فإن اللزوم المنفى ليس إلا عمن جعل له المؤامره، و قوله: (و كذا كل من جعل له الخيار) فإن المجعول له هنا الخيار هو الأجنبي المستشار، لا المشروط له إلا أن للمشروط له حظًا من الخيار عند أمر الأجنبي [له] بالفسخ.

و كيف كان فالأقوى أن المستأمر بالفتح ليس له الفسخ و لا الإجازه، و إنما إليه الأمر، و حكم امتثاله ما فصلناه، و على هذا (١) فالفرق بين اشتراط المؤامره لأجنبي، و جعل الخيار له واضح، لأن الغرض من المؤامره الانتهاء إلى أمره، لا- جعل الخيار له، بخلاف من جعل له الخيار.

و على الأول (٢) يشكل الفرق بين المؤامره، و شرط الخيار.

و المراد بقوله: و كذا كل من جعل له الخيار، أنه إن فسخ أو أجاز نفذ، و إن سكت إلى أن انقضت مده الخيار لزم البيع، كما أن المستأمر هنا (٣) لو سكت عن الأمر، أو المستأمر بالكسر لو سكت عن الاستثمار لزم العقد، لأن الأصل فيه اللزوم إلا بأمر خارج و هو منتف.

و القرينه الثانيه و إن كانت معطوفه على الجملة الأولى و يلزم الاتحاد بينهما، لكن يلزم الاتحاد بينهما في الحكم لا- في الموضوع، و عليه فلا بد من إبقاء موضوع الجملة الأولى هو المشروط له، و موضوع الجملة الثانيه هو كل من له الخيار.

(١) من كون الأجنبي ليس له حق الفسخ و له الإجازه و إنما إليه الأمر فقط فالفرق واضح بين المؤامره و بين جعل الخيار للأجنبي.

(٢) أى على قراءه الفتح فلا يكون هناك فرق.

(٣) أى فى قول المصنف: (و إن سكت فالأقرب للزوم).



(و يجب اشتراط مده المؤامره) بوجه منضبط (١)، حذرا من الغرر خلافا للشيخ حيث جَوَز الإِطْلَاق.

## الرابع - خيار التأخير

(الرابع - خيار التأخير) (٢) أى تأخير إقباض الثمن و المثلثن (عن ثلاثه) أيام (١) قد تقدم أنه مع عدم التعيين يلزم الغرر هذا على المشهور، و خالف الشيخ فى المبسوط و الخلاف و الشافعى فى أحد قوليه أنه مع إطلاق المده يثبت على التأيد مع انتفاء التحديد.

(٢) قال العلامة فى التذكرة: (من باع شيئا و لم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه، لزم البيع ثلاثه أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثه فهو أحق بالعين، و إن مضت الثلاثه و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبه بالثمن عند علمائنا أجمع، و الجمهور أطبقوا على عدم ثبوته، و دليلنا الاجماع) انتهى، و لأن الصبر من قبل البائع مطلقا حتى يأتى المشتري بالثمن مظنه الضرر و هو منفى فى الإسلام، و للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمانه، قال: إن جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و إلا فلا بيع له) (١)، و صحيح على بن يقطين (سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال: فإن الأجل بينهما ثلاثه أيام، فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما) ٢.

و ظاهر الأخبار أن العقد يفسخ من تلقائه و هذا ما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط و صاحب الحدائق، و المشهور على أن نفى البيع بينهما هو إثبات خيار الفسخ للبائع جمعا بين هذه الأخبار و بين عموم تسلط الناس على أموالهم، إذ قد يرضى البائع بالصبر. و شروط هذا الخيار ثلاثه:

الأول: عدم قبض الثمن و هو مما لا خلاف فيه و هو ظاهر النصوص.

الثانى: عدم قبض المبيع و عليه الإجماع إلا أن النصوص غير ظاهره فى ذلك لأن صحيح زراره المتقدم ظاهر فى كون المشتري قبضه و أودعه عند البائع فالعمده الاجماع.

الثالث: الحلول و عدم شرط التأخير ليخرج بيع النقد و النسيئه و بيع السلف، و شرطيه الحلول مما لا خلاف فيها بل هى الظاهره من النصوص أيضا.

ص: ٥٨٩

(فيمن باع و لا- قبض) الثمن، (و لا- أقبض) المبيع، (و لا- شرط التأخير) أى تأخير الإقباض و القبض فللبائع الخيار بعد الثلاثه فى الفسخ (و قبض البعض كلا قبض) (١) لصدق عدم قبض الثمن و إقباض المثلث (٢) مجتمعا و منفردا (٣)، و لو قبض الجميع (٤) أو أقبضه (٥) فلا خيار و إن عاد إليه بعده (٦).

و شرط القبض المانع كونه (٧) بإذن المالك فلا أثر لما يقع بدونه، و كذا لو (١) بلا خلاف فيه لصدق عدم إقباض الثمن بتمامه، و لخبر عبد الرحمن بن الحجاج (اشترت محملا فأعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه، ثم احتبست أياما، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته فضحكت، ثم قلت: لا و الله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لى: ترضى بأبى بكر بن عتاش؟ قلت: نعم فأتيته فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن اقضى بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له) (١).

(٢) أى و كذا قبض بعض المثلث كلا قبض، و هو معطوف على (قبض الثمن).

(٣) أى أن قبض البعض فى الثمن و المثلث كلا قبض سواء تحقق بعض القبض فى كليهما أو أحدهما، و عبارته هنا غير واضحة على مراده، و أحسن منها عبارته فى المسالك حيث قال: (و قبض بعض كل واحد منهما كلا قبض مجتمعا و منفردا لصدق عدم قبض الثمن و إقباض المثلث فيتناوله النص) انتهى.

(٤) فى الثمن.

(٥) أى المثلث، فلا خيار حينئذ لانتفاء شرط خيار التأخير.

(٦) أى و إن عاد المثلث إلى البائع بعد الإقباض بنحو الوديعة فلا خيار له لعدم تحقق شرط خيار التأخير.

(٧) أى أن القبض إن تحقق يمنع ثبوت الخيار و لكن هل قبض الثمن مشروط بإذن المشتري بحيث لو استلمه البائع بدونه فيكون كلا- قبض لأنه تصرف غير مأذون، و هذا ما ذهب إليه جماعة لظهور الأخبار فى كون القبض مشروطا بإذن صاحبه، أو أنه غير مشروط و إن كان قبض المثلث مشروطا بإذن البائع لأن الوارد فى الأخبار إقباض المثلث و قبض الثمن، و هما ظاهران فيما قلنا، و هذا هو المستفاد من صحيح على بن يقطين المتقدم (سأل-

ص: ٥٩٠

ظهر الثمن مستحقاً أو بعضه (١)، و لا يسقط بمطالبه البائع بالثمن بعد الثلاثه (٢) و إن كان قرينه الرضا بالعقد.

و لو بذل المشتري الثمن بعدها (٣) قبل الفسخ ففي سقوط الخيار وجهان (٤):

و منشأهما الاستصحاب، و زوال الضرر.

(و تلفه) أى المبيع (من البائع مطلقاً) فى الثلاثه و بعدها (٥)، لأنه غير -أبا الحسن عليه السّلام عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن... (١).

و فيه: أن الاقباض و القبض و اردان فى كلام السائل لا فى كلام الإمام عليه السّلام.

(١) فبعد ظهور أن جميع الثمن أو بعضه ليس من مال المشتري يصدق أنه لم يقبضه تمام الثمن فيتحقق شرط الخيار.

(٢) هل مطالبه البائع بالثمن بعد الثلاثه مسقطه للخيار لأن المطالبه داله على الالتزام بالعقد و هذا ما عليه الشيخ و الديلمى و الحلّى، أو أن المطالبه لا تدل على الالتزام لأعميه المطالبه منه، إذ قد يطالب و هو ناو على الفسخ مع رضاه بأصل العقد بحيث هو راض بأصل العقد و ليس براض باستمراريته، و لا أقل من الشك فى سقوط الخيار بالمطالبه فيستصحب، و لإطلاق الأدله، و هذا ما ذهب إليه جماعه منهم الشارح.

(٣) بعد الثلاثه.

(٤) وجه السقوط لانتهاء الضرر عن البائع حينئذ يبذل المشتري للثمن، ذهب إليه العلامة فى التذكرة، و وجه عدم السقوط أن هذا دليل اعتبارى لا يصلح لتأسيس حكم بعد كون خيار التأخير ثابتاً بالأخبار فإذا شككنا بسقوطه بعد البذل فيجوز الاستصحاب لإبقائه.

(٥) بلا خلاف فيه بعد الثلاثه لقاعده (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه)، و هذه القاعده مضمون النبوى (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو مال بايعه) (٢)، و هى متصيده من الأخبار أيضاً.

منها: خبر عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل اشترى متاعاً من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه) (٣).

ص: ٥٩١

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

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخيار حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخيار حديث ١.

مقبوض، و كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و تبّه بالإطلاق على خلاف بعض الأصحاب حيث زعم أن تلفه في الثلاثه من المشتري، لانتقال المبيع إليه، و كون التأخير لمصلحته و هو غير مسموع في مقابله القاعده الكليه الثابته بالنص و الإجماع.

### الخامس - خيار ما يفسد ليومه

(الخامس - خيار ما يفسد ليومه (١)، و هو ثابت بعد دخول الليل) (٢) هذا هو - و أما في الثلاثه فكذلك على المشهور للقاعده المتقدمه، و عن المفيد و المرتضى و ابن زهره و سألر أنه من مال المشتري، لأن المبيع ملك للمشتري و لا تقصير من قبل البائع فيكون التلف على المشتري بل كما أن له النماء فعليه الضمان، و الأقوى ما عليه المشهور.

(١) لو اشترى شيئاً ما يفسد من يومه، و تركه عند البائع حتى يأتيه بالثمن، فإن جاء بالثمن فهو و إلا يثبت خيار للبائع الفسخ، و مستند هذا الخيار مرسل محمد بن أبي حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام أو عن أبي الحسن عليه السلام (في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: إن جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و إلا فلا بيع له) (١)، و ارساله منجبر بعمل الأصحاب، و بخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام في حديث (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: لا ضرر و لا ضرار) (٢)، نعم ظاهر الخبر انفساخ العقد من تلقائه لثمنه بلام الجنس، و الكلام فيه كالكلام في أخبار خيار التأخير.

(٢) أي أن الخيار ثابت بعد دخول الليل و هو الظاهر من الخبر، و عبارات القدماء بالتعبير عن هذا رديئه، قال الشيخ في النهايه (و إذا باع الإنسان ما لا يصح عليه البقاء من الخضر و غيرها، و لم يقبض المبتاع و لا قبض الثمن، كان الخيار فيه يوماً فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم و إلا فلا بيع له) انتهى.

و هو ظاهر في ثبوت الخيار في بياض النهار مع أنه على خلاف ظاهر الخبر، إلا أن الأمر سهل بعد وضوح المراد أن الخيار يثبت عند أول الليل، و لذا عدل المحقق في الشرائع فقال (و إن اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن قبل الليل و إلا فلا بيع له)، و أحسن منها عبارته الشهيد في الدروس حيث قال: (خيار ما يفسده المبيت و هو ثابت للبائع عند انقضاء النهار) انتهى. هذا و هناك إشكال على عبارته القدماء و عبارته الشرائع و حاصله أن الخيار لا يثبت إلا بعد تحقق الفساد في المبيع نهاراً كما هو الظاهر من عباراتهم مع أن ثبوت الخيار إنما يكون لدفع الضرر و الفساد، و لا معنى لثبوت الخيار في -

ص: ٥٩٢

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

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

الموافق لمدلول الروايه. و لكن يشكل بأن الخيار لدفع الضرر و إذا توقف ثبوته (١) على دخول الليل مع كون الفساد يحصل في يومه (٢) لا يندفع الضرر، و إنما يندفع بالفسخ قبل الفساد. و فرضه المصنف في الدروس خيار ما يفسده المبيت و هو حسن، و إن كان فيه خروج عن النص (٣)، لتلافيه (٤) بخبر الضرار، و استقرب تعديته (٥) إلى كل ما يتسارع إليه الفساد عند خوفه و لا يتقيد بالليل.

و اكتفى في الفساد بنقص الوصف و فوات الرغبه كما في الخضراوات و اللحم و العنب و كثير من الفواكه، و استشكل فيما لو استلزم التأخير فوات -مبيع قد فسد، و من هنا تعرف أن أجود عبارته هي عبارته الشهيد في الدروس حيث جعل الفساد ناشئا من بيته عنده ليلا و لذا حكم بثبوت الخيار قبل تحقق الفساد و عند أول الليل.

(١) أي ثبوت الخيار.

(٢) أي في بياض النهار.

(٣) يكون خروجاً عن النص إن حملنا لفظ (اليوم) الوارد في الخبر على بياض النهار فقط، و أما لو حملناه على اليوم و الليله فلا، و لا بد من حمله على ذلك لثلا يثبت الخيار بعد تحقق الفساد في المبيع، و هذا ما احتمله سيد الرياض و غيره.

(٤) أي تلافى فساد المبيت، و هو تعليل لحسن ما قاله في الدروس، و قد عرفت أن الخبر يصلح مستندا لما قاله في الدروس فلا داعى لتركه و التمسك بخبر الضرار.

(٥) أي الشهيد في الدروس حيث قال: (خامسها: خيار ما يفسده المبيت و هو ثابت للبائع عند انقضاء النهار، و يتفرع عليه كثير مما سلف، و الأقرب اطراد الحكم في كل ما يسارع إليه الفساد عند خوف ذلك و لا يتقيد بالليل، و يكفي في الفساد نقص الوصف و قله الرغبه كما في الخضراوات و الرطب و اللحم و العنب و كثير من الفواكه، و هل ينزل خوف فوات السوق منزله الفساد، فيه نظر، من لزوم الضرر بنقص السعر، و من اقتضاء العقد اللزوم و التفريط من البائع حيث لم يشترط النقد) و ما قاله الشهيد عند خوف التلف و الفساد في محله و لا لخبر الضرار، و عند خوف نقص الوصف أو فوات الرغبه فقد ذهب إلى ذلك الشارح في المسالك و المحقق الثاني و غيرهما لخبر الضرار أيضا، و يحتمل العدم اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن، هذا و اعلم أن فوات السوق هو الخوف من نقص الثمن و إن بقيت الرغبه فيه، و أن فوات الرغبه يتحقق عند انعدام أو قله راغبيه و إن بقي ثمنه على حاله و بهذا بان الفارق بين فوات السوق و فوات الرغبه.

السوق، فعلى هذا (١) لو كان مما يفسد في يومين تأخر الخيار عن الليل إلى حين خوفه. وهذا كله متجه، وإن خرج عن مدلول النص الدال على هذا الحكم، لقصوره عن إفاده الحكم متنا (٢) و سندا (٣)، وخبر الضرر المتفق عليه يفيد في الجميع.

## السادس - خيار الرؤية

(السادس - خيار الرؤية (٤) وهو ثابت لمن لم ير) إذا باع أو اشترى بالوصف.

و لو اشترى برؤيه قديمه (٥) فكذلك يتخير لو ظهر بخلاف ما رآه، وكذا من (١) أي بناء على التعديده التي استقر بها المصنف فلو كان مما يفسد في يومين فيتأخر الخيار عن الليل إلى خوف تحقق الفساد، ولا يضر خروجه عن مورد النص لأن الدليل هو خبر الضرر لا نفس المرسل السابق، واحتمل العلامة في التذكرة أن الخيار هنا يثبت من الليل وإن كان خوف تحقق الفساد بعد يومين، وهو ضعيف كما في المسالك وغيره.

(٢) لأنه دال على ثبوت الخيار بعد تحقق الفساد وهذا لا معنى له، واعلم أن هذا يتم لو حملنا لفظ اليوم الوارد في الخبر على بياض النهار، وقد عرفت ما فيه.

(٣) لأنه مرسل، وفيه: أنه منجبر بعمل الأصحاب ولذا قال في المسالك: (مع أن السند مرسل لكنه لا راد له).

(٤) وهو خيار ثابت في بيع الأعيان الشخصية من غير مشاهدته، إلا أنها موصوفة بوصف رافع للضرر، ويدل على ثبوته بالإضافة إلى خبر (لا ضرر ولا ضرار) (١) المتقدم خصوص صحيح جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعه وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعه فقلّبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنه لو قلب منها ونظر إلى تسعه وتسعين قطعه ثم بقى منها قطعه ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية) (٢).

ووجه الاستدلال أن المشتري اعتقد أن ما لم يره مثل ما رآه فوقعت المعامله صحيحه، وبعد المعامله تبين أن ما لم يره لم يكن موافقا لبقية أجزاء الضيعه فندم من المعامله، أو أنه رأى أكثرها وقد وصف له الباقي ثم تبين أن الموصوف لم يكن حائزا على الوصف.

(٥) أي سابقه على العقد ثم ظهر المبيع على خلاف الرؤيه القديمه، وكذا الثمن بالنسبه للبائع، وهذا الفرد من الخيار لا يدخل في كلام المصنف، لأن كلامه مخصوص في العين التي لم تر، والمرئي قديما خارج عن ذلك كما هو واضح.

ص: ٥٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الخيار حديث ١.

طرف البائع إلا أنه ليس من أفراد هذا القسم بقريته قوله: ولا بد فيه من ذكر الجنس: إلى آخره (١)، فإنه مقصور على ما لم ير [أصلاً]، إذ لا يشترط وصف ما سبقت رؤيته.

وإنما يثبت الخيار فيما لم ير (إذا زاد في طرف البائع، أو نقص في طرف المشتري (٢) و لو وصف لهما فزاد و نقص باعتبارين تخيراً (٣)، و قدّم الفاسخ منهما (٤).

و هل هو على الفور (٥) أو التراخي وجهان: أجودهما الأول و هو خيرته في الدروس.

(و لا بد فيه) (٦) أى فى بيع ما يترتب عليه خيار الرؤية و هو العين الشخصيه (١) و بقريته قوله السابق (لمن لم ير).

(٢) إذا اشترى رجل عيناً خارجيه موصوفه لرفع الغرر، فإن خرجت العين مطابقه للأوصاف لزم البيع لعموم الوفاء بالعقود، و إن خرجت ناقصه عن بعض الأوصاف فيثبت خيار الرؤية للمشتري كما هو واضح، و هذا معنى قوله: (أو نقص فى طرف المشتري).

و إذا كان البائع قد رأى العين قديماً فوصفها للمشتري على أساس الرؤية القديمه، ثم بعد المعامله خرجت زائده بعض الأوصاف فيثبت خيار للبائع لحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٣) بحيث كانت العين تحت يد وكيل البائع، و البائع و المشتري كل منهما لم ير العين فوصفها الوكيل لكليهما، فباعها البائع على أساس ذلك الوصف للمشتري كذلك، ثم خرجت زائده و ناقصه من جهتين، كما لو وصف الوكيل الثوب بأن طوله عشرون ذراعاً و عرضه ذراع فظهر أنه خمس عشر ذراعاً بالطول، و أنه نصف ذراعاً بالعرض، فيثبت لهما الخيار، و عن الحدائق أنه موضع وفاق، لحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٤) فإذا كان الخيار لهما و قد أجاز أحدهما و فسخ الآخر، قدّم الفاسخ و إن تأخر عن الاجازه كما تقدم فى خيار المجلس.

(٥) على المشهور، لأن الفسخ على خلاف مقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد اليقين و هو الفوريه، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا- من أحمد، و ذهب بعضهم منهم صاحب الجواهر إلى أنه على التراخي، لإطلاق صحيح جميل المتقدم (١).

(٦) قد عرفت أن الخيار هنا مخصوص بالعين الشخصيه التى لم يرها المشتري، مع أنه لا يجوز-

ص: ٥٩٥

الغائبه (من ذكر الجنس، و الوصف) الرافعين للجهاله،(و الإشاره إلى معین (١) فلو انتفى الوصف بطل (٢)، و لو انتفت الإشاره كان المبيع كلياً لا يوجب الخيار لو لم يطابق المدفوع، بل عليه إبداله،(و لو رأى البعض و وصف الباقي تخير في الجميع (٣) مع عدم المطابقه) و ليس له الاقتصار على فسخ ما لم ير، لأنه مبيع واحد.

### السابع - خيار الغبن

(السابع - خيار الغبن) (٤) بسكون الباء و أصله الخديعه، و المراد هنا البيع، أو -للمشترى الإقدام على شراء شيء مجهول لأنه بيع الغرر، فلا بد من سبب يرفع جهالته، و إذا عدت الرؤيه فلم يبق إلا وصف البائع لها، و لا بد من ذكر نوع العين و من أى صنف، و يعبر عن النوع بالجنس و عن الصنف بالصفه عند الفقهاء، و لذا قال الشارح في المسالك: (إن الجنس المصطلح عليه عند الفقهاء ليس هو الجنس المنطقي بل اللفظ الدال على الحقيقه النوعيه، و بالوصف اللفظ الدال على أصناف ذلك النوع، و لا مشاحه في الاصطلاح) انتهى، و من الواضح أن ذكر نوعها و صنفها كاف في رفع الجهاله كما هو واضح.

(١) قيد في ثبوت خيار الرؤيه لأنه إذا لم يشير إلى معين كان الموصوف كلياً في الذمه، و عليه فإن خرجت العين وقت التسليم مطابقه للوصف فهو، و إلا أرجعها المشتري و طالب بما ثبت له في ذمه البائع، و لا يثبت له هنا خيار.

(٢) أى البيع، و المراد بالوصف ما هو الأعم من الوصف و الجنس لعدم الفرق بينهما هنا.

(٣) في جميع المبيع بالفسخ أو الامضاء، و ليس له فسخ البيع في البعض الناقص فقط دون غيره لتبعض الصفقه على البائع حينئذ و هو ضرر منفي بحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٤) قال في الجواهر: (بلا خلاف بين من تعرض له عدا ما يحكى عن المصنف من انكاره في حلقه درسه، و الموجود في كتابه خلاف هذه الحكايه، و استظهره في الدروس من كلام الاسكافي، لأن البيع مبنى على المغالبه، و لا ريب في ضعفه) انتهى.

هذا و استدل على المشهور بقوله تعالى: (إلا أن نكون تجاره عن تراض) (١) و من المعلوم أن المغبون لو عرف الحال لا يرضى، و لحديث (لا ضرر و لا ضرار) (٢)، و لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (غبن المسترسل سحت) (٣)، و خبر ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام (غبن المؤمن حرام) (٤)، و خبر أحمد بن محمد بن يحيى عن أبي عبد-

ص: ٥٩٦

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢.



الشراء بغير قيمه (١) (و هو ثابت) في المشهور لكل من البائع و المشتري (مع الجهالة) (٢) بالقيمه (إذا كان الغبن) و هو الشراء بزياده عن قيمه، أو البيع بنقصان عنها (بما لا يتغابن) أى يتسامح (به غالباً) و المرجح فيه إلى العاده، لعدم تقديره شرعاً، و تعتبر قيمه وقت العقد و يرجع فيها إلى البينه عند الاختلاف (٣)، و فى الجهالة إليها (٤) للمطلع على حاله. و الأقوى قبول قوله فيها بيمينه مع إمكانها (٥) -الله عليه السلام (و لا تغبن المسترسل فإن غيبته لا يحل) (١).

(١) أى بغير قيمته الواقعيه، لا أنه بلا قيمه أبداً لأنه حينئذ ليس بيعاً.

(٢) لهذا الخيار شرطان:

الأول: جهل المغبون قيمه وقت العقد، و هو بلا خلاف فيه، لأنه الظاهر من الأخبار المتقدمه، و أما لو كان عالماً بالغبن و أقدم على المعامله فلا يكون مخدوعاً و لا مغبوناً، و يجوز له الاقدام لتسلط الناس على أموالهم.

أن يكون فى البيع زياده أو نقيصه مما لا يتسامح بها عاده عند العرف حتى يصدق معنى الغبن، و إلا فلو كانت الزيادة أو النقيصه مما يتسامح بها عرفاً و كان وجودها كالعدم بنظر العرف فلا يعدّ مخدوعاً و لا مغبوناً، و لذا قال فى المسالك: (فلو تبين التفاوت اليسير الذى يتسامح به فى العاده كالدرهم فى المائة بل الخمسه دراهم فيها فلا غبن، و بالجمله فلا تقدير لذلك شرعاً، و ما هذا شأنه يرجع فيه إلى العاده) انتهى.

(٣) أى يرجع فى تحديد قيمه وقت العقد إلى البينه لو اختلفا، إذا لم يعترف الغابن بما يقوله المغبون، و إلا فيؤخذ بإقراره.

(٤) إلى قيمه وقت العقد، بحيث يقول المغبون: كنت جاهلاً بالقيمه وقت العقد، و الغابن يقول: كنت عالماً، فإذن الخلاف فى الشرط الأول و لقد أجاد الشارح فى المسالك حيث قال: (و أما الأول - أى الشرط الأول - فإن أمكن إقامة البينه عليه فواضح، و لكن هل يقبل قول مدعيه فى الجهالة حيث يمكن فى حقه، الظاهر ذلك لأصالة عدم العلم، و لأن العلم و الجهل من الأمور التى تخفى غالباً فلا يطلع عليها إلا من قبل من هى به، و يحتمل عدم قبول قوله لأصالة لزوم العقد، و وجوب الوفاء به فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، و يشكل بأنه ربما تعذر إقامة البينه و لم يمكن معرفه الخصم بالحال، فلا يمكن الحلف على عدمه فتسقط الدعوى بغير بينه و لا -يمين، نعم لو علم ممارسته لذلك النوع فى ذلك الزمان و المكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت إلى قوله) انتهى.

(٥) أى إمكان الجهاله.

ص: ٥٩٧

فى حقه، و لا- يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت و إن انتفى موجه (١)، استصحابا لما ثبت قبله. نعم لو اتفقا على إسقاطه بالعوض صح كغيره من الخيار.

(و) كذا (لا يسقط بالتصرف) (٢) سواء كان المتصرف الغابن أم المغبون، و سواء خرج به عن الملك كالباع أم منع مانع من رده كالاستيلاء، أم لا (إلا أن يكون المغبون المشتري، و قد أخرجه عن ملكه) (٣) فيسقط خياره، إذ لا يمكنه رد العين المنتقلة إليه ليأخذ الثمن، و مثله ما لو عرض له ما يمنع من الرد شرعا كالاستيلاء و إن لم يخرج عن الملك هذا هو المشهور و عليه عمل المصنف رحمه الله فى غير الكتاب.

(و فيه نظر للضرر) على المشتري مع تصرفه فيه على وجه يمنع من رده لو قلنا بسقوط خياره به (مع الجهل) بالغبن، أو بالخيار و الضرر منفى بالخبر، بل هو مستند خيار الغبن، إذ لا نص فيه بخصوصه (و حينئذ فيمكن الفسخ) مع تصرفه كذلك (و إلزامه بالقيمة) إن كان قيما، (أو المثل) إن كان مثليا جمعا بين الحقين (١) لم يستشكل فى هذا الحكم - على ما قيل - إلا الفاضل من أنه إذا بذل الغابن التفاوت فقد زال الضرر فيجب أن يزول الخيار، و يرد أن الخيار قد ثبت فلا يزول إلا بدليل، و مع الشك يجرى استصحابه.

(٢) و المراد بالتصرف هو السابق على ظهور الغبن، و هو الواقع من صاحب ذى الخيار و حينئذ فتصرفه لا يكون فيه دلالة على إسقاط الخيار، نعم لو كان التصرف بعد ظهور الغبن فيكون مسقطا للخيار لأنه يدل على الرضا بالعقد.

ثم إن تصرف الغابن سواء كان قبل ظهور الغبن أو بعده لا- يسقط الخيار، لأن تصرفه لا يدل على رضا صاحبه - الذى هو المغبون - بالعقد.

(٣) استثناء مما تقدم فلو تصرف المشتري المغبون بالمبيع تصرفا يمنعه من رده كبيعه أو كالاستيلاء، فإنه تصرف مسقط لخياره و إن كان قبل ظهور الغبن لتعذر إرجاع المبيع الموجب لإسقاط حقه فى الخيار، و عن جماعه - كما فى الرياض - التنظر فى هذا الاستثناء إذ لو سقط حقه فى الخيار عند تعذر إرجاع المبيع للزم الضرر المنفى، بل الضرر هو المثبت لخيار الغبن فكيف يسقط الخيار و الضرر ما زال باقيا. نعم لو كان البائع الغابن هو الذى تصرف بالثمن تصرفا يمنعه من رده كبيعه أو الاستيلاء فلا يسقط خيار المغبون للاستصحاب، فلو فسخ المغبون يرجع البائع إلى المثل أو القيمة فى الثمن.

و كذا لو تلفت العين (١)، أو استولد الأمه)، كما يثبت ذلك (٢) لو كان المتصرف المشتري، و المغبون البائع، فإنه (٣) إذا فسخ و لم يجد العين (٤) يرجع إلى المثل أو قيمه، و هذا الاحتمال (٥) متوجه لكن لم أقف على قائل به، نعم لو عاد إلى ملكه بفسخ (٦)، أو إقاله، أو غيرهما، أو موت الولد جاز له الفسخ إن لم يناف الفوريه.

و اعلم أن التصرف (٧) مع ثبوت الغبن إما أن يكون في المبيع المغبون فيه، (١) فالمشتري المغبون لا يسقط خياره لو تلفت عين المبيع، بل يبقى له حق الخيار و إن فسخ رجع إلى المثلى أو قيمه كما لو خرج عن ملكه بالمبيع، و كذا لو استولد الأمه فقد عرفت أنه تصرف مانع من ردها شرعا.

(٢) أى يثبت الخيار للمغبون لو تصرف الغابن تصرفا ناقلا أو مانعا من الرد.

(٣) أى البائع.

(٤) العين هنا هي المبيع عند المشتري الغابن.

(٥) و هو الوارد في المتن تحت قوله (و فيه نظر للضرر)، و قد عرفت أنه منسوب لجماعه كما في الرياض على ما تقدم.

(٦) أى إذا أخرج المشتري المغبون المبيع عن ملكه بالمبيع ثم فسخ فيجوز استعمال حقه في الخيار لزوال المانع، و كذا لو مات الولد فيجوز إخراج الأمه شرعا عن ملكه حينئذ، ثم هذا كله إن لم يناف الفوريه، و قد وقع الخلاف في كونه على الفوريه للأصل لأن الفسخ على خلاف مقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد اليقين و هو الفور قضاء لحق لا ضرر، و هذا ما ذهب إليه ثاني المحققين و الشهيدين، أو أنه على التراخي للاستصحاب و هذا ما استظهره صاحب الجواهر.

(٧) قال في المسالك: (و تحرير أقسام المسألة أن التصرف إما أن يكون في المبيع خاصة أو في الثمن خاصة أو فيهما، و على التقادير الثلاثة فالمغبون إما البائع أو المشتري أو هما، و على التقادير التسعه فالتصرف إما أن يخرج عن الملك أو ما بحكمه و هو المانع من الرد أو لا، ثم المخرج و ما 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 كالإجاره، و زوال المانع من الرد إما أن يكون قبل العلم بالغبن أو بعده، فأقسام المسألة خمس و أربعون قسما) انتهى، و من الواضح أن ضرب التقادير التسعه الأول بالتقادير الأربعة للتصرف فتكون ستة و ثلاثين قسما ثم أضاف تسعه أقسام ناشئه من أحد التقادير و هو التصرف المانع من الرد، و هذه الأقسام التسعه ما قبل العلم بالغبن و ما بعده، مع كون التصرف واردا على -

أو في ثمنه، أو فيهما، ثم إما أن يخرج عن الملك، أو يمنع من الرد كالاستيلاء، أو يرد على المنفعة خاصة كالإجاره، أو يوجب تغير العين بالزيادة العينه كغرس الأرض، أو الحكميه كقصاره الثوب، أو المشويه كصبغه، أو النقصان بعيب و نحوه، أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشركه بالمساوى، أو الأجود، أو الأردإ أو بغيرها (١)، أو بهما على وجه الاضمحلال كالزيت يعمل صابونا، أو لا يوجب شيئا من ذلك.

ثم إما أن يزول المانع من الرد قبل الحكم بطلان الخيار (٢)، أو بعده، أو لا -العين أو المنفعة و لم يستقص جميع التقادير.

غير أنه في الروضه فصيّل بنحو أعمق فجعل التصرف إما أن يكون في المبيع أو في الثمن أو في كليهما، و على التقادير الثلاثه فالتصرف إما ناقل عن الملك أو لا، و على الثاني إما أن يرد على العين و إما على المنفعة، و إذا ورد على العين فتاره يمنع من الرد شرعا كالاستيلاء و أخرى يوجب زياده العين زياده عينه كغرس الأرض أو حكميه كغسل الثوب أو مشوبه بالعينيه و الحكميه كصبغه، و ثالثه يوجب نقصانا بعيب كقطع عضو الحيوان أو بنحو العيب كترك علف الحيوان السمين حتى صار مهزولا و رابعه يوجب امتزاجا، و هذا الامتزاج إما امتزاج بجنس العين أو بغيره أو بكليهما، و الامتزاج بجنس العين تاره يكون بالمساوى و أخرى بالأردإ و ثالثه بالأجود، و الامتزاج بغيره كخلط الحنطه بالشعير، و الامتزاج بهما فهو على نحو الاضمحلال كمزج الزيت بالزيت و بشيء آخر ليعمل منه صابونا.

و إذا ورد التصرف على المنفعة فتاره على نحو اللزوم كالإجاره و أخرى لا- يوجب شيئا كركوب الدابه و لبس الثوب مثلا، و الحاصل أن أقسام التصرف ثلاثه عشر، لأن الأخير و هو ما لا يوجب شيئا وجوده كالعدم، فإذا ضربت هذه الأقسام بالثلاثه أعنى المبيع و الثمن و كلاهما فالحاصل تسعه و ثلاثين، هذا و أعلم أن تقسيم التصرف غير حاصر لأنه يمكن تقسيم التصرف الوارد على المنفعة تاره بعقد لازم و أخرى بجائز، و تقسيم الامتزاج تاره مع التمييز و أخرى مع عدمه و ثالثه مع الاضمحلال و هكذا.

ثم إن مطلق التصرف الذى هو مانع إما أن يزول قبل الحكم بطلان الخيار أو بعده أو لا يزول فترتقى الأقسام إلى مائه و سبعة عشر قسما، و على الجميع فالمغبون إما البائع أو المشتري أو هما معا فالأقسام واحد و خمسون و ثلاثمائه.

(١) أى غير العين.

(٢) المراد من بطلان الخيار هو بطلانه الموجب لأخذ العين، و ذلك عند الحكم بالعوض.

يزول، و المغبون إما البائع، أو المشتري أو هما.

فهذه جملة أقسام المسألة، و مضر وبها يزيد عن مائتي مسألة و هي مما تعم بها البلوى، و حكمها غير مستوفى فى كلامهم.

و جملة الكلام فيه أن المغبون إن كان هو البائع (١) لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقا (٢) فإن فسخ و وجد العين باقيه على ملكه لم تتغير تغيرا يوجب زياده قيمه، و لا- يمنع من ردها أخذها، و إن وجدها متغيره بصفه محضه (٣) كالطحن و القصاره فللمشتري أجره عمله. و لو زادت قيمه العين بها (٤) شاركه فى الزيادة بنسبه قيمه، و إن كان (٥) صفه من وجه، و عينا من آخر كالصبغ (٦) صار شريكا بنسبته كما مرّ، و أولى هنا (٧)، و لو كانت الزيادة عينا محضه كالغرس (٨) أخذ المبيع (١) و قد تصرف المشتري بمطلق التصرفات السابقه فلا يسقط خيار البائع، لأصالة بقاء الخيار بالاستصحاب، مع عدم الدليل الدال على سقوطه إذ فعل المشتري بالتصرف لا يدل على رضا البائع بالعقد، ثم إذا فسخ البائع فإن وجد العين باقيه عند المشتري و لم تتغير تغيرا يوجب زياده قيمتها و لا مانع من ردها أخذها البائع لأنها ملكه و هذا مما لا شك فيه.

(٢) مهما كان تصرفه.

(٣) و هي الموجهه للزيادة الحكميه، قال فى المسالك: (و فى استحقاق المشتري أجره عمله وجه قوى)، و فى الروضه هنا جزم به لأنها عمله و عمله محترم، و ردّ عليه صاحب الجواهر بأن عمله قد وقع فى ملكه فلا- يستحق عليه عوضا، نعم لو وقع فى ملك غيره فيستحق حينئذ أجره إذا لم يكن بداعى التبرع.

(٤) أى لو زادت قيمه العين بالزيادة الحكميه كحرث البستان، و كان المشتري شريكا لأن الزيادة مال للمشتري، و الفرق بين هذا الفرع و بين الفرع السابق أن الزيادة الحكميه هنا لها ماله، بخلاف الزيادة الحكميه فى الفرع السابق فلا قيمه لها معتدّ بها عند العرف كغسل الثوب.

(٥) أى تصرف المشتري.

(٦) فهو من ناحيه تغير الثوب فهو صفه، و من ناحيه كونه عوضا موجودا فهو عين، و هذا مثال للزيادة المشوبه، و هذا الصبغ ملك للمشتري فهو شريك مع البائع بنسبته.

(٧) لعينه الصبغ هنا بخلاف الزيادة فى السابق فإنها صفه محضه.

(٨) و هو مثال للزيادة العينيه، فلو أخذ البائع العين هنا و هي الأرض بحسب المثال - كان -

و تخير بين قلع الغرس بالأرث و إبقاءه بالأجره، لأنه وضع بحق، و لو رضى ببقائه بها (١) و اختار المشتري قلعها فالظاهر أنه لا أرث له، و عليه تسويه الحفر حينئذ، و لو كان زرعاً و جب إبقاؤه (٢) إلى أوان بلوغه بالأجره.

و إن وجدها ناقصه (٣) أخذها مجاناً كذلك إن شاء، و إن وجدها ممتزجه بغيرها (٤) فإن كان بمساو، أو أردأ صار شريكاً إن شاء و إن كان بأجود ففي -جزء منها و هو الغرس ملكاً للمشتري فيتخير البائع بين قلعه مع ضمان الأرث إذا نقص أو يقيه بأجره على المشتري جمعاً بين الحقين، لأن المشتري قد وضعه بحق حال كون الأرض ملكه.

(١) أى رضى البائع ببقاء الغرس بالأرض فاختر المشتري قلعها فلا أرث للمشتري حينئذ، لأنه هو الذى اختار القلع فيكون راضياً بما يرد عليه من النقصان فلا ضمان على البائع، بل يجب على المشتري تسويه الحفر حينئذ لأنها بسبب عمله.

(٢) و لا- يتخير البائع بين قلعه و إبقائه بالأجره بخلاف الغرس، لأن الزرع يتلف بمجرد القلع بخلاف الغرس، مع أن الزرع له أحد ينتظر بخلاف الغرس.

(٣) فتاره يكون النقص فى العين المبتاعه من فعل المشتري و أخرى من فعل غيره، و على الثانى يأخذ البائع المغبون العين و لا شئ على المشتري لأن النقصان ليس من فعله، و على الأول فكذلك لأن التصرف الواقع من المشتري قد وقع فى ملكه و هو تصرف مأذون فيه فلا يتعقبه ضمان.

و أشكل عليه بأن النقص كالتلف، لأن النقص تلف البعض، و بالتلف يرجع البائع عند الفسخ على المشتري بالقيمه فكذا هنا.

(٤) أى بغير العين المبتاعه، و مراده ما لو تم الامتزاج بجنس العين كخلط الحنطه بالحنطه، و هو تاره يكون بالمساوى أو بالأردأ أو بالأجود، فإن كان بالمساوى أن بالأردأ فالبائع بالخيار بين عدم الفسخ مع رضاه بالبيع و بين الفسخ و كون المشتري شريكاً بنسبه الزائد لاختلاط المالين، و هذا كله على تقدير التمييز بين المالين.

و أشكل عليه بأن المزج بالأردأ يوجب نقصان مال البائع فيجرب فيه ما جرى فى الفرع السابق.

و إن كان بالأجود ففيه احتمالات، سقوط خياره لأن المشتري شريك بالأجود فلو فسخ البائع المغبون لدخل الضرر على المشتري لنقص الأجور بالخلط، و عدم سقوط خياره، لأن الضرر على المشتري بسبب فعله فيستصحب بقاء الخيار، و الجمع بين الحقين بالصلح، و بأن يصلح البائع المشتري على أن يبقى العين عند المشتري فلا ضرر على المشتري.

سقوط خياره، أو كونه شريكا بنسبه قيمه، أو الرجوع إلى الصلح أوجه، و لو مزجها بغير الجنس (١) بحيث لا- يتميز فكالمدومه، و إن وجدها منتقله عن ملكه (٢) بعقد لازم كالبيع و العتق رجع إلى المثل، أو قيمه، و كذا لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردها كالمستولده (٣). ثم إن استمر المانع استمر السقوط (٤)، و إن زال قبل الحكم بالعوض (٥) بأن رجعت إلى ملكه، أو مات الولد أخذ العين مع احتمال العدم (٦)، لبطلان حقه بالخروج فلا يعود، و لو كان العود بعد الحكم بالعوض ففي رجوعه إلى العين وجهان (٧) من بطلان حقه من (١) لو مزج زيت الزيتون بزيت الذره، فالحكم كالحكم بأنها كالمدومه و قد خرجت عن ملك المشتري بعقد لازم لأنه لا- يمكن التمييز بينهما، فيرجع إلى المثل أو قيمه كما سيأتي، و أشكل عليه بأن المزج لا يوجب خروج العين عن البائع غايته له الشركه، إلا أن يكون المزج مستهلكا كوضع القليل من زيت الزيتون بزيت الذره الكثير بحيث يعدّ عند العرف كأنه معدوم فهنا يرجع إلى المثل أو قيمه.

(٢) و لا بد من التقييد بكون الخروج بعقد لازم كما فعل الشارح، و إلا لو كان الخروج بعقد جائز فيجب على المشتري الفسخ لترجع العين إلى البائع لأنها ملكه، و على كل فلو خرجت بعقد لازم فيرجع البائع هنا إلى المثل أو قيمه و هذا هو مقتضى القاعده إذ العين للبائع عند الفسخ فمع وجودها يرجع إليها، و مع عدمها المسبب بفعل المشتري فيثبت في ذمته مثلها أو قيمتها.

(٣) لأن الممنوع منه شرعا كالممتنع عقلا، فيرجع إلى المثل أو قيمه.

(٤) أى إذا استمر المانع الذى يمنع من الرجوع إلى العين إما لكونها منتقله بعقد لازم أو مستولده فيستمر سقوط الخيار الموجب لأخذ العين فقط، و إلا فالخيار الموجب لأخذ المثل أو قيمه ثابت كما ذكره الشارح.

(٥) أى إذا زال المانع، و زواله برجوع العين المبتاعه إلى المشتري إما بفسخ أو إقاله أو شراءها أو موت الولد فى الأمه المستولده، فإذا زال المانع قبل أن نحكم بوجود عوض العين أخذ البائع العين لوجود المقتضى لأنها ملكه، و عدم المانع لأن الفرض أن المانع قد ارتفع.

(٦) أى عدم جواز أخذ البائع العين، لأن حق البائع قد بطل فى العين حين وجود المانع، فلو رجعت إلى يد المشتري نشك برجوع حق البائع إليها فيستصحب العدم.

(٧) من أن حق البائع قد بطل فى العين عند الحكم بالعوض فلو رجعت العين إلى يد المشتري فلا يعود حق البائع إليها استصحابا، و من أن حق البائع قد بطل و حكم -

العين، و كون العوض للحيلولة و قد زالت.

و لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ (١)، فإن امتنع فسخه الحاكم، فإن تعذر فسخه المغبون، و إن وجدها منقولة المنافع (٢) جاز له الفسخ، و انتظار انقضاء المده، و تصير ملكه من حينه و ليس له فسخ الإجاره و لو كان النقل جائزا كالسكنى المطلقه فله الفسخ (٣).

هذا كله إذا لم يكن تصرف في الثمن تصرفا يمنع من رده (٤) و إلا سقط خياره، كما لو تصرف المشتري في العين، و الاحتمال السابق (٥) قائم فيهما فإن قلنا به (٦) دفع مثله، أو قيمته (٧).

-بالعوض للحيلولة و المانع، فإذا زال المانع فلا بد أن يزول الحكم، نعم قال في الجواهر:

(أنه لا- يعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى معتبر يترتب عليه ما ذكره، بل المدار على حال الفسخ الذى به يتشخص ما للفاسخ من العين أو المثل أو القيمة) انتهى، و لقد أجاد فيما أفاد، رحمه الله تعالى.

(١) لإرجاع الحق إلى أهله، و هو دليل فسخ الحاكم أو المغبون أيضا.

(٢) فيما لو أوقع المشتري على العين إجاره لازمه، فإما أن يفسخ البائع و ينتظر مده الإجاره، و إما أن يرضى بالبيع و لا يستعمل حقه بالخيار، و إذا فسخ لأن له حق الخيار صارت العين ملكه من حين الفسخ و يجب عليه الانتظار مع عدم جواز فسخه للإجاره اللازمه الواقعه على منافع العين، لأن الإجاره من فعل المشتري التى وقعت منه فى حال كونها ملكا للمشتري و فعله مأذون فيه فلا يتعقبه الضمان.

(٣) أى للبائع الذى فسخ عقد البيع بخيار الغبن فله فسخ العقد الجائز الواقع على منافع العين.

(٤) أى يجوز للبائع فى جميع الصور المتقدمه أن يفسخ ما لم يتصرف تصرفا مانعا فى الثمن و إلا فيسقط خياره، و قد جعله احتمالا قويا فى المسالك، و الدليل عليه أن المشتري المغبون لو تصرف فى العين تصرفا مانعا لسقط خيار المشتري حينئذ لأنه تصرف دال على الرضا بالعقد و استمراره كما تقدم، فكذا تصرف البائع فى الثمن.

(٥) أى وجه التنظر السابق من المصنف يأتى عليهما، لأن سقوط الخيار بالتصرف الناقل موجب للضرر على المغبون مع أن الضرر مستند خيار الغبن.

(٦) بالاحتمال السابق.

(٧) إذا فسخ المغبون بعد تصرفه الناقل فيما تحت يده فلا بد من دفع مثله أو قيمته.



و إن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع فى الثمن مطلقا (١) فيرجع إلى عين الثمن، أو مثله، أو قيمته، و أما تصرفه فيما غبن فيه فإن لم يكن ناقلا- عن الملك على وجه لازم، و لا مانعا من الرد، و لا منقصا للعين فله ردها. و فى الناقل و المانع ما تقدم (٢).

و لو كان قد زادها فأولى بجوازه (٣)، أو نقصها، أو مزجها، أو آجرها فوجهان، و ظاهر كلامهم أنه غير مانع (٤)، لكن إن كان النقص من قبله ردها مع الأرش، و إن كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كذلك كما لو تلفت (٥).

و لو كانت الأرض مغروسه فعليه قلعه (٦) من غير أرش إن لم يرض البائع بالأجره، و فى خلطه بالأردإ الأرض (٧). و بالأجود (٨) إن بذل له بنسبته فقد (١) سواء كان تصرفا مانعا أو لا، لأن تصرف أحدهما لا يدل على رضا الآخر باستمرار العقد.

(٢) من سقوط الخيار لتعذر إرجاع العين مع تنظر المصنف السابق.

(٣) فالرد أولى لأن العين قد زادت فيرجع البائع المغبون لو فسخ على عين ماله مع زياده بخلاف الصور السابقه من كون التصرف غير ناقل و لا مانع فإنه يرجع على عين ماله فقط.

(٤) أى أن التصرف بالنقص أو المزج أو الإجاره غير مانع، لأنه تصرف مأذون فيه و إن غير العين، و احتمال عدم الرد أنه لو فسخ و جب أن يرجع على نفس العين لا غير ذلك و هى متعذره.

(٥) فمع التلف يضمن مثلها أو قيمتها، و هو رد بدل العين، فكذلك مع النقصان فعليه أن يرد العين و بدل النقص فيها.

(٦) أى على المغبون الذى تصرف فيما غبن فيه، فإذا اختار الفسخ فلا بد من تخلص ماله من مال صاحبه الذى هو البائع.

(٧) لأن المشتري هنا قد انقص العين عند ما خلطها بالأردإ فعليه أرش النقصان.

(٨) فمع الفسخ فلو بذل البائع له نسبه ما زاده فقد أنصفه و إلا فإشكال من أنه مزج العين بغيرها فيسقط خياره لتعذر إرجاع المبيع، و من أنه زاد فى المبيع فيكون شريكا للبائع.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن هذه المسأله من المهمات و فروعها متكثره، و الأصحاب لم يحرروها على وجهها، و فى كثير من فروعها اشكال، ناشئ من عدم النص و الفتوى) انتهى.

## الثامن - خيار العيب

(الثامن - خيار العيب (١)، وهو كل ما زاد عن الخلقه الأصليه) (٢) وهى خلقه أكثر النوع (٣) الذى يعتبر فيه ذلك ذاتا و صفه (٤)،(أو نقص) عنها (عينا كان) الزائد و الناقص (كالإصبع) زائده على الخمس، أو ناقصه منها،(أو صفه) (١) لو ظهر عيب سابق فى العين على العقد فالمشترى خاصه بالخيار بين فسخ العقد و بين أخذ الأرش، بلا خلاف فيه لحديث (لا ضرر و لا ضرار) (١)، و لمرسل جميل عن أحدهما عليه السلام (فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به متاعا، قال: إن كان قائما رده على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب) (٢) و مثله غيره.

(٢) و الضابط فى العيب أن كل ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب، و الزيادة كالإصبع الزائد و النقصان كفوات عضو، و المستند فى ذلك ما رواه فى الكافى عن الحسين بن محمد عن السيارى (روى عن ابن أبى ليلى أنه قدّم إليه رجل خصما له فقال:

إن هذا باعنى هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفتها شعرا و زعمت أنه لم يكن لها قط، فقال له ابن أبى ليلى: إن الناس يحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوا به، فما الذى كرهت؟ قال: أيها القاضى إن كان عيبا فاقض لى به، قال: اصبر حتى اخرج إليك فإنى أجد أذى فى بطنى، ثم دخل و خرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفى فقال له:

أى شىء تروون عن أبى جعفر عليه السلام فى المرأة لا يكون على ركبها شعرا، يكون ذلك عيبا؟ فقال محمد بن مسلم: أما هذا نسا فلا أعرفه، و لكن حدثنى أبو جعفر عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: كل ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب، فقال له ابن أبى ليلى: حسبك ثم رجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب) (٣). و قال فى مصباح المنير: (و الركب بفتحيتين، قال ابن السكيت: هو منبت العانه، و عن الخليل هو للرجل خاصه، و قال الفراء: للرجل و المرأة).

(٣) أى أكثر أفراد النوع، حتى يعلم أنه من لوازم النوع.

(٤) أى هذا أصل الخلقه بحسب الذات أو بحسب الصفه.

ص: ٦٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

(كالحمى و لو يوما) (١) بأن يشتريه فيجده محمومًا، أو يحمّ قبل القبض و إن برئ ليومه، فإن وجد ذلك في المبيع سواء أنقص قيمته، أم زادها (٢) فضلًا عن المساواه (فللمشتري الخيار مع الجهل) بالعيب عند الشراء (بين الرد و الأرش، و هو (٣) جزء) من الثمن نسبتة إليه (٤) (مثل نسبة التفاوت بين القيمتين) فيؤخذ ذلك (من الثمن) بأن يقوّم المبيع صحيحًا و معيبًا و يؤخذ من الثمن مثل تلك النسبة، لا تفاوت ما بين المعيب و الصحيح، لأنه قد يحيط بالثمن، أو يزيد عليه (٥) فيلزم (١) قال في المسالك: (و لو كحمى يوم المعروف من حمى يوم، أنها التي تأتي في يوم من الأيام و تذهب فيه، ثم لا تعود، فلو عادت كل يوم لم تسم حمى يوم بل حمى الورود، أو حمى بعد يوم فحمى الغب إلى آخر الأسبوع، و حينئذ فثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بأن يشتريه فيجده محمومًا أو يحمّ قبل القبض فإنه يجوز له الفسخ و إن ذهب عنه الحمى في ذلك اليوم، و ليس المراد بها ما ينوب يوما معنا من الأسبوع كما فسره بعضهم، فإن تلك لا تسمى حمى، و لا ما تأتي كل يوم كما مرّ) انتهى، و كلامه ظاهر في أن الحمى عيب سواء كانت حمى يوم أو حمى الورود أو حمى الغب، و هي كذلك في الأخيرين، و أما في الأول فمحل اشكال لعدم صدق العيب عليها عرفًا.

(٢) ذهب الفاضل و يحيى بن سعيد أنه يجب في العيب نقصان المالىه، و عن غيره الاطلاق بأن العيب لا يجب أن يكون موجبا للنقص، بل قد يزيد الثمن كعدم الشعر على الركب كما في خبر السيارى المتقدم.

(٣) أى الأرش.

(٤) أى نسبه هذا الجزء - و هو الأرش - إلى الثمن كنسبه التفاوت بين القيمتين، قيمه العين صحيحه و قيمه العين معيبه، فمثلا عين تساوى مائه بالقيمه السوقيه لكنها بيعت بعشرين، ثم تبين فيها عيب، و مع العيب كانت قيمتها السوقيه ثمانين، فنسبه التفاوت بين القيمتين السوقيتين عشرون، و العشرون خمس المائه التي هى القيمه السوقيه حال كونها صحيحه، فيكون الأرش خمس قيمتها الشرائيه أو خمس الثمن فيرجع المشتري على البائع بخمس العشرين التي دفعها ثمانا فيرجع بأربعه دراهم.

و لا- يعقل أن يكون الأرش هو التفاوت بين القيمه السوقيه حال كونها صحيحه و بين القيمه السوقيه حال كونها معيبه، لأن التفاوت حينئذ مقداره عشرون بحسب المثال، فلو رجع المشتري على البائع بعشرين لرجع عليه بتمام الثمن الذى دفعه، فيكون قد أخذ المبتاع و لم يدفع فى قبالة شيئا و قد جمع بين العوض و المعوض و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

(٥) كما لو اشترى عينا بعشره و قيمتها السوقيه مائه إذا كانت صحيحه و ثمانين إذا كانت -

أخذه العوض و المعوض، كما إذا اشتراه بخمسين و قوم معيها بها و صحيحا بمائه، أو أزيد، و على اعتبار النسبه يرجع فى المثال (١) بخمسه و عشرين و على هذا القياس.

(و لو تعددت القيم) (٢) إما لاختلاف المقومين، أو لاختلاف قيمه أفراد ذلك النوع المساويه للمبيع، فإن ذلك (٣) قد يتفق نادرا (٤)، و الأ-كثر منهم المصنف رحمه الله فى الدروس عبروا عن ذلك (٥) باختلاف المقومين (أخذت قيمه واحده (٦) متساويه النسبه إلى الجميع (٧) أى منتزعه منه نسبتها إليه (٨) بالسويه (فمن القيمتين) يؤخذ (نصفهما)، و من الثلاث ثلثها، و من الخمس خمسها) و هكذا.

-معيه، و قيمه التفاوت بين القيمتين السوقيتين عشرون، فلو رجع المشتري بالعشرين لرجع إليه الثمن و زياده.

(١) و هو عند ما اشترى العين بخمسين و قيمتها السوقيه مائه لأنها صحيحه، و خمسين إذا كانت معيه فنسبه التفاوت بين القيمتين السوقيتين النصف فيرجع المشتري بنصف الثمن الذى دفعه و هو خمسه و عشرون.

(٢) بحيث اختلف أهل الخبره فى التقويم، ففى الجواهر يعمل بالصلح، و عن المفيد و المحقق و الفاضل و الشهيدين يعمل على الأوسط، و قال فى المسالك: (و المراد بالأوسط قيمه منتزعه من مجموع القيم، نسبتها إليه كنسبه الواحد إلى عدد تلك القيم، فمن تلك القيمتين نصف مجموعهما، و من الثلاثه ثلثه و هكذا، و إنما اعتبروا ذلك لانتفاء الترجيح لقيمه على أخرى، و لانتفاء الوسط فى نحو القيمتين و الأربعة فلم يبق إلا- أن يراد بالوسط معنى آخر، و هو انتزاع قيمته من المجموع بحيث لا تكون القيمه المنتزعه أقرب إلى واحده منها، و طريقه أن يجمع القيم الصحيحه على حده و المعيه كذلك، و ينسب إحداها إلى الأخرى، و يأخذ بتلك النسبه، و لا فرق فى ذلك بين اختلاف المقومين فى القيمه الصحيحه و المعيه معا و فى احدهما) انتهى.

(٣) أى اختلاف قيمه أفراد ذلك النوع.

(٤) فيما إذا اختلفت الأسواق و تعددت فيكون للصنف سعران أو ثلاثه بحسب تعدد الأسواق.

(٥) أى تعدد القيم.

(٦) أى قيمه منتزعه من مجموع القيم.

(٧) أى جميع القيم.

(٨) أى نسبه القيمه المنتزعه إلى مجموع القيم.

و ضابطه أخذ قيمه منتزعه من المجموع نسبتها إليه كنسبه الواحد إلى عدد تلك القيم (١)، و ذلك لانتفاء الترجيح (٢).

و طريقه (٣) أن تجمع القيم الصحيحه على حده، و المعيه كذلك و تنسب إحداهما إلى الأخرى و يؤخذ بتلك النسبه (٤).

و لا فرق بين اختلاف المقومين فى قيمته صحيحا و معييا، و فى إحداهما (٥).

(١) فلو كانت القيم ثلاثه أخذ ثلثها و هكذا.

(٢) أى انتفاء ترجيح قيمه على أخرى فلا بد من أخذ قيمه منتزعه من الجميع.

(٣) أى طريق انتزاع قيمه واحده تكون نسبتها إلى المجموع بالسويه.

(٤) فلو قالت إحدى البيتين أن قيمه المبيع بالقيمه السوقيه اثنا عشر صحيحا و عشره معييا، و قالت بينه أخرى: ثمانية صحيحا و خمسه معييا، فمجموع القيمتين الصحيحتين عشرون، و مجموع القيمتين المعيبتين خمسه عشر، و التفاوت بينهما خمسه، و هو الربع بلحاظ المجموعين، فيرجع ربع الثمن حينئذ فلو كان الثمن اثني عشر فالأرش هو ثلاثه، لأنها ربع الاثنى عشر.

و عن الشهيد الأول بل عن إيضاح النافع أنه الحق أنه ينسب معيب كل قيمه إلى صحيحها و يجمع قدر النسبه، و يؤخذ من المجتمع بنسبه القيم، ففى المثال المتقدم تفاوت ما بين المعيه و الصحيحه على قول البيئه الأولى السدس، لأن الفرق بين الاثنى عشر و العشره اثنان، و الاثنان سدس الاثنى عشر، و على قول البيئه الثانيه هو ثلاثه أثمان لأن الفرق بين الثمانيه و الخمسه ثلاثه، و الثلاثه من الثمانيه ثلاثه أثمان.

و مجموع النسبتين من الثمن الذى هو اثنا عشر بحسب الفرض سته و نصف، لأن سدس الاثنى عشر اثنان، و ثمن الاثنى عشر واحد و نصف و ثلاثه أثمانه أربعة و نصف، فإذا جمع ثلاثه أثمانه مع سدسه فيرتقى الحاصل إلى سته و نصف، و هذا المجتمع - أعنى سته و نصف - لا بد أن يؤخذ نصفه، لأنه حاصل على قيمتين و العين لها قيمه واحده فيكون الحاصل ثلاثه و ربع، و هذا هو الأرش الذى يرجع به المشتري على البائع إذا كان الثمن اثني عشر، مع أنه على الطريقه الأولى رجع بثلاثه و هنا رجع بثلاثه و ربع.

هذا كله إذا اختلفت البيئات فى قيمته صحيحا و معييا، و أما لو اختلفت فى احداهما فسيأتى الكلام فيه.

(٥) أن تتفق البيئتان على القيمه الصحيحه و تختلف فى المعيه، فتتفق على أن قيمته اثنا عشر صحيحا، ثم قالت أحدهما: عشره معييا، و قالت الأخرى: سته-

وقيل: ينسب معيب كل قيمه إلى صحيحها و يجمع قدر النسبه و يؤخذ من المجتمع بنسبتها (١)، و هذا الطريق منسوب إلى المصنف، و عبارته هنا و فى الدروس لا تدل عليه.

و فى الأكثر يتحد الطريقان (٢). و قد يختلفان فى يسير، كما لو قالت إحدى البيتين: إن قيمته اثنا عشر صحيحا، و عشره معيبا، و الأخرى: ثمانية صحيحا، -مجموع القيمتين الصحيحتين أربعة و عشرون، و مجموع القيمتين المعيبتين ستة عشر، و التفاوت بين المجموعين ثمانية، و نسبه إلى مجموع الصحيحتين الثلث، فيرجع المشتري بثلث الثمن حينئذ، فلو كان الثمن اثني عشر كما هو المفروض فيرجع بأربعة.

و على قول الشهيد فالتفاوت بين الصحيح و المعيب على قول الأول اثنان و نسبه السدس، و على قول الثانيه ستة و نسبتها النصف.

و مجموع النسبتين - أعنى النصف و السدس - من الثمن - الذى هو اثنا عشر - ثلثان، و لا بد من تصنيفه لأن العين لها قيمه واحده، فيكون الأرش من الثمن هو الثلث، فيرجع المشتري على البائع بثلث الثمن و هو أربعة.

و فى هذه الصور، اتفق التقدير على الصورتين.

و لو ارتفعت البيتان على المعيبه دون الصحيحه، كأن اتفقت على أن قيمته معيبا ستة، و قالت إحدى البيتين: قيمته ثمانية صحيحا، و الأخرى قالت: عشره.

فعلى طريقه الأ-كثر: فمجموع الصحيحتين ثمانية عشره، و مجموع المعيبتين اثنا عشر، و التفاوت ستة، و نسبه إلى مجموع الصحيحتين الثلث، فيرجع المشتري على البائع بثلث الثمن، و هو أربعة إذا كان الثمن اثني عشر كما هو المفروض. و على طريقه الشهيد فالتفاوت بين الصحيح و المعيب على قول الأولى اثنان، و نسبه الربع، و التفاوت على قول الثانيه أربعة و نسبه خمسان. و مجموع النسبتين من الثمن هو (٨، ٧)، و لا بد من تصنيفه لأن العين لها قيمه واحده فيكون الأرش هو (٩، ٣) من اثني عشر الذى هو الثمن.

و هذه صورتان، فالمجموع ثلاث صور مع ضميمه ما لو اختلفت البيتان فى قيمته صحيحا و معيبا على ما تقدم، و هذا كله إذا كان الاختلاف بين بيتين، و أما لو تعددت البيئات بأن كانت ثلاثه أو أكثر فيعرف حكمها مما تقدم.

(١) أى بنسبه القيم فلو كانت ثلاثه أخذ ثلث المجموع و هكذا.

(٢) أى طريق الأ-كثر و طريق الشهيد، و الاتحاد بالنتيجه كما هو واضح، كما فى الصوره الثانيه المتقدمه فى الشرح، و الأولى بالشارح أن يقول: و فى الأكثر يختلف الطريقان و قد يتحدان فى يسير.

و خمسة معييا (١)، فالتفاوت بين القيمتين الصحيحتين و مجموع المعيتين الربع فيرجع برقع الثمن، و هو ثلاثة من اثني عشر لو كان كذلك (٢)، و على الثاني (٣) يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين على قول الأولى و هو السدس، و على قول الثانيه ثلاثة أثمان. و مجموع ذلك من الاثني عشر سته و نصف. يؤخذ نصفها: ثلاثة و ربع.

فظهر التفاوت.

و لو كانت ثلاثا (٤) فقالت إحداها: كالأولى و الثانيه: عشره صحيحا و ثمانية معييا، و الثالثه: ثمانية صحيحا و سته معييا. فالصحيحه ثلاثون، و المعيهه أربعة و عشرون و التفاوت سته هي الخمس، و على الثاني (٥) يجمع سدس الثمن و خمس و ربعه و يؤخذ ثلث المجموع و هو يزيد عن الأول بثلث خمس.

(١) هذه هي الصورة الأولى المتقدمه.

(٢) أى لو كان الثمن اثني عشر.

(٣) أى قول الشهيد.

(٤) أى كانت البيئات ثلاثة فقالت إحداها كالأولى في الصورة المتقدمه من كلام الشارح: بأن قيمته اثنا عشر صحيحا و عشره معييا، و قالت الثانيه: قيمته عشره صحيحا و ثمانية معييا، و الثالثه: ثمانية صحيحا و سته معييا، فعلى طريقه الأكثر فالقيم الصحيحه ثلاثون، و المعيهه أربعة و عشرون، و التفاوت بينهما سته، و هي خمس مجموع القيم الصحيحه، فيرجع المشتري بخمس الثمن الذى دفعه، فلو كان الثمن اثني عشر فيرجع ب  $\frac{22}{5}$ . و على قول الشهيد فالتفاوت بين الصحيح و المعيب على الأولى اثنان و نسبته السدس، و على الثانيه اثنان و نسبته الخمس، و على الثالثه اثنان و نسبته الربع، و مجموع النسب من الثمن الذى هو اثنان عشر بحسب الفرض هو:  $\frac{75}{2}$ ، لأن السدس اثنان، و الخمس  $\frac{25}{2}$ ، و الربع ثلاثة.

و لا بد من تقسيم هذا المجموع على ثلاثة، لأن العين لها قيمه واحده فالحاصل بعد التقسيم هو:  $\frac{215}{7}$ .

و الفرق بين النتيجةين هو ثلث الخمس، لأن الحاصل على الطريقه الأولى  $\frac{25}{2}$ ، و الحاصل على الطريقه الثانيه  $\frac{215}{7}$ ، و الفرق بينهما  $\frac{15}{1}$ ، و إليك البيان:

إن الكسر إذا ضربنا مخرجه بعدد و كذلك صورته بنفس العدد تبقى قيمته على ما هي عليه من دون تغيير، و عليه فلو ضربنا  $\frac{5}{2}$  بثلاثة فالحاصل  $\frac{15}{6}$ ، من دون تغيير للقيمه، لأن القيمه في كليهما هي خمسان، فلو طرحنا  $\frac{215}{6}$  من  $\frac{215}{7}$  فيبقى  $\frac{15}{1}$ ، و هذا ثلث الخمس، لأن الخمس هو  $\frac{15}{3}$ ، و ثلثه  $\frac{15}{1}$  كما هو واضح.

(٥) أى قول الشهيد.

و لو اتفقت على الصحيحه كاثني عشر (١)، دون المعيه فقالت إحداهما:

عشره، و الأخرى: ستة، فطريقه تنصيف المعيتين (٢)، و نسبه النصف إلى الصحيحه، أو تجمع المعيتين مع تضعيف الصحيحه و أخذ مثل نسبه المجموع إليه (٣) و هو الثلث. و على الثاني (٤) يؤخذ من الأولى (٥) السدس، و من الثانيه النصف، و يؤخذ نصفه (٦) و هو الثلث أيضا (٧).

و لو انعكس (٨) بأن اتفقتا على الستة معيا و قالت إحداهما: ثمانية صحيحا، و أخرى: عشره، فإن شئت جمعتهما و أخذت التفاوت و هو الثلث، أو أخذت نصف الصحيحتين و نسبته إلى المعيه و هو الثلث أيضا. و على الثاني (٩) يكون التفاوت ربعا (١٠) و خمسين (١١) فنصفه و هو ثمن و خمس (١٢)، ينقص عن الثلث (١) هذه هي الصوره الثانيه المتقدمه في شرحنا.

(٢) قد تقدم شرح هذه الصوره و شرحها قائم على جمع القيمتين المعيتين و تكرار الصحيحتين، و أخذ نسبه المجموع إلى المجموع، و هو الثلث، و هناك طريق آخر بتنصيف المعيتين و نسبه التنصيف إلى الصحيحه فيظهر الثلث.

فالمعيتان:  $10 + 166$ ، و نصفها ثمانية، و نسبه الثمانية إلى الاثني عشر التي هي قيمه الصحيحه على اختلاف البينتين هي الثلث، فيرجع المشتري بثلث الثمن على البائع، و ثلث الثمن أربعة.

(٣) أى نسبه مجموع المعيتين إلى مضاعف الصحيحه.

(٤) أى قول الشهيد.

(٥) أى البيئه الأولى.

(٦) أى نصف المجموع من السدس و النصف، و المجموع ثلثان و نصفه ثلث.

(٧) كالثلث على طريقه الأكثر و في هذه الصوره اتحدت الطريقتان.

(٨) هذه هي الصوره الثالثه المتقدمه في شرحنا.

نصف الصحيحتين: فالصحيحتان تساوى ثمانية عشر ناشئه من  $8 + 10$ ، و نصفها تسعه، و نسبه التسعه إلى الستة - التي هي قيمه المعيه - هي: الثلث.

(٩) أى قوال الشهيد.

(١٠) هو التفاوت في البيئه الأولى.

(١١) و هو مقدار التفاوت في البيئه الثانيه.

(١٢) فالثمن نصف الربع، و الخمس نصف الخمسين، هذا و قد عرفت سابقا أن الأرش من -





بنصف خمس. و على هذا القياس.

(و يسقط الرد بالتصرف) (١) فى المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده (٢)، و سواء كان التصرف ناقلا للملك أم لا، مغيرا للعين أم لا، عاد إليه بعد خروجه عن ملكه أم لا. و ما تقدم فى تصرف الحيوان آت هنا (٣)، (أو) -الثلث الذى هو اثنا عشر هو: ٩ و ٣، و هو يساوى ثلثا و خمسا، لأن ثلث الاثنى عشر واحد و نصف، و خمس الاثنى عشر اثنان و أربعة من عشره، فالمجموع: ٥ و ١ + ٤ و ٩٢ و ٣.

و هو ينقص عن ثلث الاثنى عشر بنصف الخمس، لأن ثلث الاثنى عشر أربعة، و طرح ٩ و ٣ من أربعة يبقى ١ و ٠، و هذا نسبته إلى الواحد الصحيح عشر، و العشر نصف الخمس.

(١)فالتصرف هنا مسقط لخيار العيب أما الأرش فباق، كما كان التصرف مسقطا لخيار الحيوان، فيشمل ما لو كان ناقلا أو مانعا من الرد، أو مغيرا للعين بزياده أو نقيصه أو امتزاج أو غير ذلك.

بلا- خلاف فيه لمرسل جميل عن أحدهما عليه السّلام (فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا، فقال: إن كان الشئ قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب) (١)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (أيما رجل اشترى شيئا، و به عيب و عوار لم يتبرأ إليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء أنه يمض عليه البيع و يرّد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به) ٢.

و فهم الأصحاب من الحدث فى خبر زراره مطلق التصرف حتى ركوب الدابه كما فى خيار الحيوان، و قد عرفت أن مطلق التصرف الدال على الرضا باستمراره العقد هو المسقط للخيار فضلا عن الحدث الموجب للتغيير.

(٢) و لم يخالف فى ذلك إلا ابن حمزه حيث جعل التصرف بعد العلم مانعا من الأرش كما يمنع من الرد، و ردّ عليه الشارح فى المسالك بقوله: (و هو ضعيف إذ لا دلاله للتصرف على اسقاطه - أى الأرش - و الأصل يقتضى بقاءه، نعم يدل على الالتزام بالعقد فيسقط الرد) انتهى.

(٣) و أن التصرف للاستخبار مسقط أو لا و هكذا.

ص: ٦١٣

(حدوث عيب بعد القبض) (١) مضمون على المشتري، سواء كان حدوثه من جهته أم لا.

و احترزنا بالمضمون عليه عما لو كان حيوانا و حدث فيه العيب فى الثلاثة (٢) من غير جهة المشتري (٣)، فإنه حينئذ لا يمنع من الرد و لا الأرش، لأنه مضمون على البائع.

و لو رضى البائع برده (٤) مجبورا بالأرش، أو غير مجبور جاز.

و فى حكمه (٥) ما لو اشترى صفقه متعددة و ظهر فيه (٦) عيب و تلف أحدها، أو اشترى اثنان صفقه (٧) فامتنع أحدهما من الرد فإن الآخر يمنع منه و له الأرش، (١) فإنه يسقط خيار المشتري، لأنه بعد قبض المشتري لا ضمان على البائع فلو ارجعه بالعيب القديم للزم الضرر على البائع من جهة العيب الحادث، بلا فرق بين كون العيب الحادث من جهة المشتري أو من جهة أجنبى.

(٢) فيجوز للمشتري الفسخ حينئذ و إن كان المبتاع معيوباً بعينين، العيب القديم قبل العقد و هو مضمون على البائع بحسب الفرض، و العيب الحادث بعد العقد فى الثلاثة بالنسبة للمبتاع إذا كان حيواناً، و هو مضمون على البائع أيضاً لأنه وقع فى زمن خيار المشتري.

(٣) أما لو كان من جهته فهو يسقط خياره.

(٤) قد تقدم أن العيب الحادث بعد قبض المشتري مسقط لخيار الفسخ لأنه غير مضمون على البائع، نعم لو رضى البائع بالرد و رضى بالمبيع مع الأرش لتقصانه أو بدونه يجوز، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

(٥) أى حكم سقوط الرد بالعيب بعد القبض.

(٦) أى فى المبيع و ذلك ما لو اشترى شيئين صفقه واحده بثمان واحد، ثم تبين وجود عيب فى أحدهما فلا يجوز للمشتري رد المعيب فقط لتبعض الصفقه على البائع و هو ضرر منفى، فالمشتري إما أن يردهما معا أو يأخذ الأرش، فلو تلف غير المعيب فيسقط الرد حينئذ لتلف بعض المبيع فيتعذر إرجاع المبيع على البائع لو فسخ المشتري فيتعين كذلك أخذ الأرش العيب فقط.

(٧) بأن اشترى شخصان شيئين على نحو الشركه بينهما، و كان بيع الشيين صفقه أى بثمان واحد، فإن ظهر عيب فى أحد الشيين فللمشتريين الرد أو الامساك مع الأرش و هو مما لا خلاف فيه، نعم ليس لأحدهما رد نصيبه دون صاحبه على المشهور، لأن الرد المذكور موجب لتبعض الصفقه على البائع و هو ضرر منفى.-

و إن (١) أسقطه (٢) الآخر سواء اتحدت العين أم تعددت، اقتسامها أم لا.

و أولى بالمنع من التفرق الوراث عن واحد (٣)، لأن التعدد هنا طارئ على العقد. سواء في ذلك خيار العيب و غيره.

و كذا الحكم لو اشترى شيئين فصاعدا (٤) فظهر في أحدهما عيب، فليس له رده، بل ردهما، أو إمساكهما بأرش المعيب.

و كذا يسقط الرد، دون الأرش إذا اشترى من ينعق عليه، لانعاقه بنفس الملك، و يمكن رده إلى التصرف، و كذا يسقط الرد بإسقاطه (٥) مع اختياره الأرش أو لا معه.

(و) حيث يسقط الرد (يبقى الأرش، و يسقطان) أى الرد و الأرش معا (بالعلم به) أى بالعيب (قبل العقد) (٦)، فإن قدومه عليه عالما به رضا بالمعيب، -و عن الشيخ و القاضي و الحلبي و فخر المحققين أنه يجوز لأحدهما الرد دون صاحبه لإطلاق أدله خيار العيب، و لأن هذا العقد بمنزلة عقدين لأنه باع شخصين مع العلم بجواز رد أحدهما دون الآخر في العقدين، و هو ضعيف لوجود الفرق الواضح.

(١) إن وصلية و المعنى أن الآخر الذى هو الممتنع من الرد لو أسقط أرشه فإن الأرش ثابت للأول، لأنه ماله و الناس مسلطون على أموالهم لا على أموال غيرهم.

(٢) و المعنى أنه لو اشترى شيئا و ظهر فيه عيب سابق على العقد فيثبت له خيار العيب، فلو مات و كان له ورثة متعددون فيرثون هذا الخيار، فلو امتنع بعض الورثة عن الرد فليس لبقية الورثة الرد لتبعض الصفقة على البائع، بل إن الحكم هنا أولى من الفرع السابق و هو ما لو لا اشترى شريكان شيئين صفقة واحده، و وجه الأولويه أن التعدد فى السابق كان قبل العقد، و هنا التعدد بعد العقد طارئ عليه و لم يكن حاصل قبله.

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) كما لو اشترى أباه الذى ينعق عليه، ثم بان فيه عيب، فيمنع المشتري من الرد، لأن رده إرجاع الأب إلى الرقيه مع أنه أصبح حرا بمجرد دخوله فى ملك المشتري.

بل يمكن إرجاع هذا الفرع إلى صورته التصرف المانع من الرد لأنه موجب للنقل عن الملك.

(٥) لأن الناس مسلطون على أموالهم و هم مسلطون على حقوقهم أيضا، و الخيار حق.

(٦) فعلم المشتري بالعيب قبل العقد موجب لرضاه به فلا يكون له خيار بلا خلاف فيه.

(و بالرضا به بعده (١) غير مقيد بالأرش، و أولى منه (٢) إسقاط الخيار، (و بالبراءه (٣) أى براءه البائع (من العيوب و لو إجمالاً) كقوله: برئت من جميع العيوب على أصح القولين (٤)، و لا- فرق بين علم البائع و المشتري بالعيوب و جهلها (٥)، و التفريق، و لا- بين الحيوان و غيره، و لا- بين العيوب الباطنه و غيرها، و لا بين الموجوده حاله العقد و المتجدده (٦)، حيث تكون مضمونه على البائع، لأن (١) بعد العقد، و رضاه به تنازل عن حقه فلا يثبت له فسخ و لا أرش.

(٢) أى و أولى من الرضا ما لو صرح بإسقاط الخيار، و وجه الأولويه أن الرضا بالعيوب غير صريح فى إسقاط الأرش بخلاف إسقاط الخيار لأن الخيار أمر يقتضى جواز إرادته كل من الرد و الأرش صريحا، فيكون إسقاطه تصريحاً بإسقاطهما.

(٣) بأن يقول البائع: بعثك هذا و أنا برىء من كل عيب أو نحو ذلك، فهو مسقط للفسخ و الأرش بلا خلاف فيه، لأن المشتري رضى بهذا الإسقاط فى متن العقد، و هو شرط يجب الوفاء به، و لمفهوم خبر زراره المتقدم (١)، و خبر جعفر بن عيسى (كتبته إلى أبى الحسن عليه السّلام: جعلت فداك، المتاع يباع فيمن يزيد، فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد، فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً و أنه لم يعلم بها، فيقول المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءه منها، أ يصدق فلا- يجب عليه الثمن، أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب عليه السّلام: عليه الثمن) (٢).

(٤) و هذا ما عليه الأكثر، و ذهب الاسكافى و القاضى أنه لا يكفى التبرى اجمالاً بل لا بد من التفصيل للجهاله، و هو قول مردود للأخبار المتقدمه.

(٥) لإطلاق الأدله، و الاطلاق شامل للمبيع سواء كان حيواناً أم لا، و سواء كانت العيوب باطنه أم لا.

(٦) بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه و هو الحجه، و لا- يقدح فى الثانى أنه براءه مما لا يجب فيكون كإسقاط ما لم يثبت لأن التبرى من العيب الموجب للخيار، و هو العيب الذى يوجهه بحسب أصل العقد، و ما هذا شأنه لا يكون إلا العيب الموجود حال العقد، لا المتجدد.

ص: ٦١٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

الخيار بها ثابت بأصل العقد و إن كان السبب (١) حينئذ (٢) غير مضمون (٣).

(و الإباق) عند البائع (٤) (و عدم الحيض) ممن شأنها الحيض (٥) بحسب سننها - وفيه: إن العيب المتجدد بعد العقد و كان مضمونا على البائع كعيب الحيوان في الثلاثه مما يوجب الخيار بحسب أصل العقد أيضا.

(١) أى سبب الخيار و هو العيب.

(٢) أى حين العقد.

(٣) لأنه غير موجود.

(٤) لو أبق العبد عند المشتري بعد القبض و حيث لا يكون مضمونا على البائع و ذلك بعد الثلاثه، فلا يثبت للمشتري بهذا الإباق حق الفسخ و لا الأرش كما فى سائر العيوب الحادثه عند المشتري كفقده عينه و نحو ذلك و هو مما لا خلاف فيه، لمرسل ابن أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السّلام (ليس فى الإباق عهد) (١)، و خير محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قضى على عليه السّلام أنه ليس فى إباق العبد عهده إلا أن يشترط المبتاع) ٢.

نعم لو أبق عند البائع قبل قبض المشتري كان للمشتري فسخ العقد بخيار العيب، لأن الإباق عيب بلا خلاف فيه لخبر أبى همام (سمعت الرضا عليه السّلام يقول: يرّد المملوك من أحداث السنه من الجنون و الجذام و البرص، فقلت: كيف يرّد من أحداث السنه؟ قال:

هذا أول السنه فإذا اشترت مملوكا فحدث به حدث من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه رددته على صاحبه، فقال له محمد بن على: فالإباق؟ قال: ليس الإباق من ذاء، إلا أن يقيم البيئه أنه كان أبق عنده - أى البائع - (٢).

(٥) على مذهب الأكثر، لأن عدم الحيض لا يكون حينئذ إلا لعارض، و يترتب عليه عدم قبولها للحمل و انحراف مزاجها، و يدل عليه صحيح داود بن فرقد (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل اشترى جاريه مدركه فلم تحض عنده حتى مضى لها سته أشهر، و ليس بها حمل، فقال: إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه) (٣).

و خالف ابن إدريس بناء على أصله من المنع بالعمل بخبر الواحد و هو ضعيف.

ص: ٦١٧

١- ( (١ و ٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

(عيب) و يظهر من العبارة الاكتفاء بوقوع الإباق مَرَه قبل العقد (١)، و به صرح بعضهم، و الأقوى اعتبار اعتياده، و أقل ما يتحقق بمرتين، و لا يشترط إباقه عند المشتري (٢)، بل متى تحقق ذلك عند البائع جاز الرد، و لو تجدد عند المشتري في الثلاثه (٣) من غير تصرّف فهو كما لو وقع عند البائع، و لا يعتبر في ثبوت عيب الحيض مضى سته أشهر (٤) كما ذكره جماعة، بل يثبت بمضى مده تحيض فيها أسنانها (٥) في تلك البلاد، و كذا الثفل (٦) بضم المثلثه و هو ما استقر تحت المائع من كدره (في الزيت) و شبهه (غير المعتاد) (٧). أما المعتاد منه فليس بعيب، (١) كما ذهب إليه العلامة في التذكرة و المحقق في الشرائع و ثانى المحققين في جامعه لظهور الأخبار المتقدمه في أن مطلق الإباق عيب، و هو يتحقق بالمره، و لأن الإقدام عليه يوجب الجراه عليه و يصير للشيطان عليه سبيل، و شرط بعض الأصحاب اعتياده و هو اللائح من مبسوط الشيخ كما قيل و مال إليه الشارح في المسالك و قواه هنا، و أقل ما يتحقق بمرتين.

(٢) قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى ثلاثه أيام التى هى خيار الحيوان.

(٤) نسب ذلك إلى جماعه لوروده فى الخبر المتقدم، و ردّ بأن هذا قد ورد فى السؤال فقط، و الجواب لم يتقيد به و لم يجعل الحكم دائرا مداره ليكون قيذا فيه.

(٥) أى نظيراتها.

(٦) قال فى مصباح المنير: (الثفل مثل قفل حثاله الشىء، و هو الثخين الذى يبقى أسفل الصافى).

(٧) فهو عيب بلا خلاف فيه لكونه عيبا عرفيا، و لخبر ميسّر بن عبد العزيز عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: رجل اشترى زق زيت فوجد فيه درديا، فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون فى الزيت لم يرده، و إن لم يكن يعلم أن ذلك يكون فى الزيت رده على صاحبه).

و هو صريح بأنه مع العلم بالثفل غير المعتاد لا خيار له، لأن اقدمه مع العلم رضا منه بالمعيب، و يستثنى من ذلك ما لو جرت العاده بكون الزيت فيه مقدار من الثفل، فلا شبهه أن الزيت مع هذه العاده تكون له طبيعه ثانيه فلو خرج الزيت و فيه ثفل متعارف فلا عيب لتطابقه مع هذه الطبيعه الثانويه.

لاقتضاء طبيعه الزيت و شبهه كون ذلك فيه غالبا، و لا يشكل صحه البيع مع زيادته عن المعتاد (١) بجهاله قدر المبيع المقصود بالذات فيجهل مقدار ثمنه لأن مثل ذلك غير قاذح مع معرفه مقدار الجملة كما تقدم فى نظائره.

### التاسع - خيار التدليس

(التاسع - خيار التدليس) (٢) و هو تفعيل من الدلس محركا (٣)، و هو الظلمه كأنّ المدلس يظلم الأمر و يبهمه حتى يوهم غير الواقع، و منه (٤) اشتراط صفه فتفوت (٥)، سواء كان من البائع أم من المشتري (فلو شرط صفه كمال كالبيكاره)، (١) قال فى المسالك: (و ربما أشكال الحكم فيما لو كان - الثفل - كثيرا و علم به باعتبار الجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر، و المشاهده فى مثل ذلك غير كافيه، و ربما اندفع بأن معرفه الجميع كافيه كما فى معرفه مقدار السمن بظروفه جمله من دون العلم بالتفصيل) انتهى.

(٢) قال فى مصباح المنير: (دلس البائع تدليسا، كتم عيب السلعه من المشتري و أخفاه قاله الخطابى و جماعه، و يقال أيضا: دلس دلسا من باب ضرب، و التشديد أشهر فى الاستعمال، قال الأزهرى: سمعت أعرابيا يقول: ليس فى الأمر ولس و لا دلس، أى لا خيانه و لا خديعه، و الدلسه بالضم الخديعه أيضا، و قال ابن فارس: و أصله من الدلس و هو الظلمه) انتهى.

(٣) على قول ابن فارس.

(٤) أى من التدليس، هذا و اعلم أن صريح عباره الخطابى و غيره من أهل اللغه، و غيره من الفقهاء كالمسالك أن التدليس هو إخفاء عيب السلعه، و أن عباره الأزهرى أن التدليس هو الخدعه و الخديعه، و الثانى أعم لأن الخديعه كما تتحقق بإخفاء عيب فى السلعه تتحقق بإظهار السلعه على صفه كماله ليست فيها، فالخديعه فى الثانى بالإظهار، و فى الأول بالاختفاء.

و بما أن الأول من موارد خيار العيب خصّ التدليس بالثانى و هو إظهار شىء فى السلعه على خلاف واقعها.

فالتدليس إيهام المشتري أن السلعه على صفه كذا ثم يتبين أنها ليست كذلك، و ايجاب العقد على المشتري ضرر عليه و هو منفى بالإضافة إلى النصوص الواردة فى بعض موارد التدليس كالشاه على ما سيأتى بيانه، فالتدليس يوجب له خبار الفسخ، و بتسلطه على الفسخ يرتفع عنه الضرر، و لا دليل على الأرش هنا بل يظهر من الجواهر الاجماع عليه.

(٥) فلو اشترط المشتري صفه كمال فى المثلن، أو البائع صفه كمال فى المثلن ففادت كان-



(أو توهمها) المشتري كمالا ذاتيا (١) (كتحمير الوجه، و وصل الشعر فظهر الخلاف، تخير) بين الفسخ و الإمضاء بالثمن، (و لا أرش) لاختصاصه (٢) بالعيب، و الواقع ليس بعيب، بل فوات أمر زائد، و يشكل ذلك في البكاره (٣) من حيث إنها بمقتضى الطبيعه و فواتها نقص يحدث على الأمه و يؤثر في نقصان قيمه تأثيرا بينا فيتخير بين الرد و الأرش، بل يحتمل ثبوتها و إن لم يشترط (٤)، لما ذكرناه خصوصا -للمشترط خيار الاشتراط، و هو يوجب الفسخ أو الامسك من دون أرش، إلا أن هذا المورد أيضا من موارد خيار التدليس، و الفرق بينهما على ما قاله سيد الرياض: (و الفرق بين خيار التدليس و خيار الاشتراط، أى تخلف الشرط، أن خيار التدليس إنما هو فيما شرط صفه كمال للمبيع فظهر خلافه، و الاشتراط إنما هو فيما شرط غير ما هو كمال، و لو كان وصفا، أو شرط ما ليس بوصف أصلا، هذا مع الاشتراط، و أما بدونه فالفرق ظاهر).

(١) كما لو اشتراها أنها محمره أو ذات شعر بدون اشتراط، فبانت أنها ليست كذلك، فالمشهور على أنها تدليس فيثبت له خياره، و ذهب الشيخ في الخلاف أنه لا خيار له، لأنه لا دليل عليه، و وجوب الوفاء بالعقد ينفيه، و ردّ بأن الأغراض تختلف في ذلك فربما رغب المشتري فيما شاهد أولا و لم يسلم له فيكون مخدوعا بما رأى.

(٢) أى اختصاص الأرش، و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى يشكل عدم ثبوت الأرش في البكاره، لأن البكاره أمر تقتضيه الطبيعه الأنوثيه، ففواتها عيب، فلا بد من إثبات خيار العيب له الموجب للفسخ أو الامسك مع الأرش، و ثانيا أن فوات البكاره نقص في الأمه و لذا ينقص من قيمتها شيء بين من المالىه، و هذا كاشف عن كون عدم البكاره عيبا، فلا بد من ثبوت من خيار العيب للمشتري لينجبر الضرر الواقع عليه.

(٤) أى يحتمل ثبوت الرد و الأرش و إن لم يشترط البكاره لما تقدم، هذا و ذهب المشهور أن الثيبوبه ليست عيبا في الإمام، لأن أكثر الإمام لا يوجدن إلا ثيبات، فتكون الثيبوبه بمنزله الخلقه الأصليه و إن كانت عارضه.

و فيه: إن هذا ثابت في خصوص المجلوب من بلاد الشرك فلا يوجب كون الطبيعه في الجميع قائمه على عدم البكاره، و أيضا لو سلم كون الطبيعه في الإمام على عدم البكاره فلا تجرى في الصغيره التى ليست محل الوطاء، فإن أصل الخلقه و الغالب فيها البكاره فتكون الثيبوبه عيبا.

و ذهب ابن البراج و صاحب الجواهر إلى أن عدم البكاره مطلقا عيب باعتبار أن كلما زاد -

فى الصغیره التى لىست محل الوطء؁ فإن أصل الخلقه و الغالب متطابقان فى مثلها على البكاره فىكون فواتها عىبا و هو فى الصغیره قوئ و فى غيرها متجه إلا أن الغالب لئا كان على خلافه فى الإماء كانت الثوبه فىهن بمنزله الخلقه الأصلية و إن كانت عارضه.

و إنما ىثبت الحكم مع العلم (١) بسبق الثوبه على البىع بالبینه؁ أو إقرار البائع؁ أو قرب زمان الاختيار إلى زمان البىع بىحث لا ىمكن تجدد الثوبه فىه عاده؁ و إلا- فلا- خيار؁ لأنها قد تذهب بالعله و النزوه و غيرهما (٢)؁ نعم لو تجددت فى زمن خيار الحىوان؁ أو خيار الشرط ترتب الحكم (٣).

و لو انعكس الفرض بأن ىشترط الثوبه فظهرت بكرة فالأقوى تخیره (٤) أىضا بین الرد و الإمساك بغير أرش؁ لجواز تعلق غرضه بذلك فلا ىقدح فىه كون البكر أتم غالبا.

-عن الخلقه الأصلية أو نقص فهو عىب؁ و الخلقه الأصلية تقتضى البكاره؁ فعدمها ىكون عىبا و هو الأقوى.

(١) لو شرط المشرى صفه البكاره ففادت؁ فلا- بدّ أن تفوت عند البائع لىكون للمشرى خيار التندلىس أو العىب؁ و إنما ىثبت فواتها عند البائع بالبینه أو بالاقرار من البائع أو قرب زمان اختبارها لزمن البىع بىحث لا ىمكن تجدد الثوبه؁ أما لو تأخر زمان الاختبار فبانت ثىبا فلا- ىعلم أن الثوبه مضمونه على البائع لاحتمال ذهاب البكاره فى ملك المشرى و إن لم ىكن بفعله؁ كذهابها بقفزه أو بغير ذلك؁ و مع الاحتمال لا ىكون العىب مضمونا على البائع.

(٢) فالنزوه هى الوثبه من نزا أى وثب؁ و غيرهما كالحرقوص؁ و هو على ما فى الصحاح بضم الحاء دوىبه تأكل البىض و تدخل فى فروج النساء فتأكل بكارتها.

(٣) فذهاب البكاره و إن وقع فى ملك المشرى؁ لكن وقع فى زمن خياره فىكون العىب مضمونا على البائع حىئذ.

(٤) ذهب جماعه من الفقهاء أن المشرط بالخيار بین الرد و الإمساك مجانا عملا بقاعده الشرط ضروره أن هذا منه؁ إذ قد ىتعلق للمشرط غرض بالثوبه لعجزه عن افتضاض البكر.

و ذهب الشىخ فى المبسوط و الفاضل فى التحریر أنه لا خيار له؁ لكون المعطى له أزىد قىمه مما اشترط.

(و كذا التصريه) (١) و هو جمع لبن الشاه و ما فى حكمها فى ضرعها بتركها بغير حلب، و لا رضاع فيظن الجاهل بحالها كثره ما تحلبه فيرغب فى شرائها بزياده و هو تدليس محرم، و حكمه ثابت (للشاه) إجماعاً، (و البقره و الناقه) على المشهور (٢)، بل قيل: إنه إجماع، فإن ثبت فهو الحجه، و إلا فالمنصوص الشاه، (١) ففى مصباح المنير: (صريت الناقه صرى فهى صريه، من باب تعب، إذا اجتمع لبنها فى ضرعها، و يتعدى بالحركه فيقال: صريتها صريا - إلى أن قال - فيقال: صريتها تصريه، إذا تركت حلبها فاجتمع لبنها فى ضرعها) و كذا عن القاموس، و فى الصحاح: (صريت الشاه تصريه إذا لم تحلبها أياماً) و لم يذكر غير الشاه.

و هو تدليس محرم، و فى المسالك أنه موضع وفاق، و عليه أخبار.

منها: خبر الصدوق فى معانى الأخبار بإسناده عن القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم (لا تصروا الإبل و البقر و الغنم، من اشترى مصرى فهو بآخر النظرين، إن شاء ردها و ردّ معها صاعاً من تمر) (١) و قال الصدوق عقيبها: (المصره يعنى الناقه أو البقره أو الشاه قد صرى اللبن فى ضرعها، يعنى: حبس و جمع و لم يحلب أياماً) و روى الصدوق فى خبر آخر (من اشترى محفله فليرد معها صاعاً، و سميت محفله لأن اللبن جعل فى ضرعها و اجتمع، و كل شىء كثرته فقد حفلته) (٢) ، و من القريب أن يكون التفسير من الصدوق عليه الرحمه.

و النبوى المروى فى الدعائم (أنه نهى عن التصريه و قال: من اشترى مصره فهى خلابه - أى مخادعه - فليردها إن شاء إذا علم و يرد معها صاعاً من تمر) (٣) ، و النبوى المروى فى الغوالى (من اشترى شاه مصره فهو بالخيار ثلاثه أيام، إن شاء أمسكها و إن شاء ردها و صاعاً من التمر) (٤).

(٢) أما فى الشاه فقطعاً بلا- خلاف و للنصوص المصرّحه بالشاه، و أما فى الناقه و البقره فعلى المشهور، بل عن الشيخ دعوى الاجماع عليه، و للنبوى المروى فى معانى الأخبار المتقدم، و النبوى المروى فى الدعائم و المتقدم أيضاً (من اشترى مصره)، و للعله الموجه للخيار فى الشاه فهى مشتركه بينها و بين غيرها من الناقه و البقره.

و تردد المحقق و جماعه لعدم النص عندنا و إنما النصوص المتقدمه عاميه و لذا قيل إن خبر-

ص: ٦٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخيار حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٣- ( (٣ و ٤) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٣.

و إلحاق غيرها بها قياس، إلا- أن يعلل بالتدليس العام فيلحقان بها. و هو متجه، و طرّد بعض الأصحاب (١) الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي، و في الدروس أنه ليس بذلك البعيد للتدليس.

و ثبت التصريه (٢) إن لم يعترف بها البائع و لم تقم بها بينه (بعد اختبارها ثلاثه أيام) فإن اتفقت فيها الحلبات عادة، أو زادت اللاحقه فليست مصرّاه و إن اختلفت في الثلاثه فكان بعضها ناقصا عن الأولى نقصانا خارجا عن العاده، و إن -الصدوق إنما هو من طرق الجمهور، و القدر المتيقن منها الشاه، لأن المنصوص عندنا هو الشاه فقط كما في خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى شاه فأمسكها ثلاثه أيام ثم ردها، فقال: إن كان في تلك الثلاثه الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثه أمداد، و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء)(١).

و فيه: إن خبر الحلبي لا يدل على التصريه، بل على خيار الحيوان و حكم الانتفاع بلبنها في زمن الخيار و هو أجنبي عن المدعى، و إنما عمدته الحكم في التصريه النصوص العاميه التي تقدم بعضها و هي منجبره بعمل الأصحاب، و كون بعضها قد اقتصر على ذكر الشاه فقط، فالبعض الآخر قد صرح بالناقه و البقر و بعض ثالث قد أطلق، و الاطلاق يشمل الشاه و غيرها.

(١) و هو ابن الجنيّد حيث طرّد الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي، و في بعض الأخبار المتقدمه مثل النبوي المروي في الدعائم (من اشترى مصراه) ما يدل عليه، و الخيار مناسب للتدليس، و في الدروس أنه ليس ببعيد.

(٢) قال في الجواهر: (و كيف كان فتختبر المصراه للعلم تبصريتها التي لم يقمّ بها البائع و لا قامت بها بينه ثلاثه أيام، كما في القواعد و التذكرة و اللمعه و الارشاد، فإنها غالبا بها ينكشف حالها، و أنها مصراه أو لا، بل أغلب أحوال عيوب الحيوان تنكشف فيها فضلا عن التصريه، و لذا وضع الشارع إرفاقا بالمشتري ثلاثه أيام خيار فيه) انتهى، و النبوي المروي في الغوالي المتقدم يدل على ثلاثه أيام فلا داعي للتمسك بالاعتبار كما في الجواهر.

هذا من جهه و من جهه أخرى فكيفيه الاختبار أن تختبر ثلاثه أيام فإن اتفقت الحلبات اتفاقا تقريبا لا يخرج عن العاده بحسب حالها و نفسها و مكانها فليست مصراه، و إن-

ص: ٦٢٣

زاد بعدها فى الثلاثه يثبت الخيار بعد الثلاثه بلا فصل على الفور، و لو ثبت بالإقرار، أو البينه جاز الفسخ من حين الثبوت مدته الثلاثه، ما لم يتصرف (١) بغير الاختبار بشرط النقصان (٢) فلو تساوت، أو زادت هبه من الله تعالى فالأقوى زواله، و مثله (٣) ما لو لم يعلم بالعيب حتى زال.

(و يردّ معها) إن اختار ردّها (اللبن) الذى حله منها (٤) (حتى المتجدد) منه -اختلفت الحلبات فى الثلاثه بحيث كانت ما عدا الأولى أقل فهى مصراه، و هذا كله إذا لم يثبت كونها مصراه إلا بالاختبار، و إلا فيثبت تصريتها أيضا بإقرار البائع و بالبينه، و إذا ثبت تصريتها بالإقرار أو البينه فله الخيار قبل مضى الثلاثه، و إذا ثبت بالاختبار فله الخيار بعد الثلاثه بلا فصل على الفور، لأن الفسخ على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن و هو الفوريه، نعم لا داعى لتوقف ثبوت الخيار على مضى ثلاثه أيام بل يثبت الخيار عند تحقق التصريه بالاختبار، فلو تحقق التصريه فيثبت له الخيار حينئذ، إلا أن يكون الاختبار لا يفيد التصريه إلا فى مدته ثلاثه أيام و هو بعيد.

(١) فلو تصرف بغير الاختبار يسقط خياره، لأن التصرف مسقط للخيار على ما تقدم فى خيار الحيوان و غيره، و الكلام المتقدم هناك جار هنا.

(٢) أى لو ثبت التصريه بإقرار البائع أو بالبينه فله الخيار بشرط نقصان الحلبات المتأخره عن الحلبه الأولى، و إلا فلو تساوت أو زادت هبه من الله تعالى فالمشهور على زوال خياره حينئذ لزوال الموجب له، و ذهب الشيخ فى الخلاف إلى بقاء الخيار لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٣) فيسقط الخيار حينئذ لزوال سببه كسقوط خيار التدليس بانتفاء التصريه عند ما حلها من أول حلبه.

(٤) أما اللبن الموجود حال العقد فيجب رده بحسب القواعد، لأنه بعض المبيع، لأن المشتري إذا فسخ عليه رد جميع المبيع، و اللبن منه فى المقام، و لازمه لو تلف يردّ مثل اللبن أو قيمته على المشهور، لأن اللبن مثلى فمع تلفه يضمن مثله، و مع تعذره يضمن قيمته، لأن القيمه هى الأقرب إلى العين حينئذ.

و عن الاسكافى و الشيخ و القاضى و أبى المكارم و ابن سعيد أنه يرد صاعا من تمر للأخبار المتقدمه.

و عن الشيخ أيضا و جماعه أنه يرد ثلاثه أمداد من الطعام لخبر الحلبي المتقدم، و قد عرفت أن خبر الحلبي المتقدم ناظر إلى خيار الحيوان لا إلى خيار التدليس، بل هو غير ناظر إلى اللبن الموجود فى ضرعها حال العقد، بل إلى المتجدد فراجع.

بعد العقد، أو (مثله لو تلف). أما رد الموجود فظاهر لأنه جزء من المبيع، و أما المتجدد فلا إطلاق النص بالرد الشامل له.

و يشكل بأنه نماء المبيع الذى هو ملكه و العقد إنما يفسخ من حينه و الأقوى عدم رده، و استشكل فى الدروس، و لو لم يتلف اللبن (١) لكن تغير فى ذاته أو صفته بأن عمل جنباً، أو مخيضاً و نحوهما ففى رده بالأرث إن نقص (٢)، أو مجاناً (٣)، أو الانتقال إلى بدله (٤) أوجه: أجودها الأول.

و اعلم أن الظاهر من قوله: بعد اختبارها ثلاثه: ثبوت الخيار المستند إلى الاختبار بعد الثلاثه كما ذكرناه سابقاً، و بهذا يظهر الفرق بين مده التصريه، و خيار الحيوان، فإن الخيار فى ثلاثه الحيوان فيها، و فى ثلاثه التصريه بعدها، و لو - الأول هو الأقوى إعمالاً للقواعد بعد ضعف أخبار التصريه لأنها عاميه، و انجبارها بعمل الأصحاب لا يوجب العمل بكون الصاع مكان اللبن مطلق لاحتمال أن يكون الصاع هو قيمه الفعلية للبن الموجود فى ضرعها عاده عند التصريه فى زمن صدور هذه الأخبار.

و أما اللبن المتجدد بعد العقد فعن الفخر أنه كاللبن الموجود حال العقد فلا بد من رده و إلا ضمن مثله أو قيمته، و نسب الحكم إلى الأصحاب، و فيه: إن الفسخ فسخ للعقد من حينه فاللبن المتجدد هو نماء المبيع الذى هو ملك المشتري قبل الفسخ، و لذا لو امتزج المتجدد و بالموجود حال العقد ثم فسخ المشتري، صار البائع و المشتري شريكين فيه و رجعا إلى الصلح.

(١) أى لم يتلف اللبن الذى وجب رده إلى البائع، بل تغير فى ذاته أو صفته، و التغير فى الأول لو دخل اللبن فى جنس آخر بحيث لا يسمى لبناً بل جنباً أو أقطاً أو سمناً، و التغير فى الثانى كالحلاوه و الطراوه.

(٢) أما رده لأنه عين ماله و لا ينتقل إلى البديل إلا مع تعذر العين، و المفروض عدمه، و أما الأرث مع النقصان فلأنه نقص حصل فى مال الغير بسببه فلا بد من جبره كما فى سائر المتلفات.

(٣) لأن النقص الحاصل فى مال البائع و إن كان بسبب المشتري، إلا - أن البائع هو الذى أدخل النقص على نفسه حيث دلّس المبيع بالتصريه فكان سبب النقص.

(٤) لأن العين غير موجوده على ما كانت عليه فلا بد من مثلها و إلا فالقيمه.

ثبت التصريه بعد البيع بالإقرار، أو البينه فالخيار ثلاثه (١)، و لا فوريه فيها على الأقوى (٢) و هو اختياره فى الدروس.

و يشكل حينئذ الفرق (٣)، بل ربما قيل: بانتفاء فائده خيار التصريه حينئذ (٤) لجواز الفسخ فى الثلاثه بدونها (٥).

و يندفع بجواز تعدد الأسباب و تظهر الفائده فيما لو أسقط أحدهما، و يظهر من الدروس تقييد خيار التصريه بالثلاثه مطلقا (٦).  
و نقل عن الشيخ أنها (٧) لمكان خيار الحيوان.

و يشكل بإطلاق توقفه (٨) على الاختبار ثلاثه فلا يجامعها حيث لا تثبت بدونه (٩)، و الحكم بكونه يتخير فى آخر جزء منها  
يوجب المجاز فى الثلاثه (١٠).

(١) و يدل عليه النبوى المروى فى العوالى (١) و قد تقدم.

(٢) للاقتصار على القدر المتيقن.

(٣) بين الخيار الثابت بالتصريه التى تثبت بالاقرار أو البينه. و بين خيار الحيوان.

(٤) حين ثبوت خيار الخيار.

(٥) بدون التصريه.

(٦) سواء تثبت التصريه بالاختبار أم بالاقرار أو البينه.

(٧) أى التصريه و المراد بها خيار التصريه، و المعنى أن خيار التصريه مكان خيار الحيوان و عليه فهو مقيد بالأيام الثلاثه.

(٨) أى أن خيار التصريه ثلاثه أيام مطلقا ينافى القول بكون مده الاختبار ثلاثه، لأن مفاد القول الأول سقوط الخيار بانقضاء  
الثلاثه، و مفاد القول الثانى أنه يثبت بعد الثلاثه، فإطلاق توقف خيار التصريه على الاختبار ثلاثه أيام لا يجامع مع هذه الأيام  
التى هى مده الاختبار.

(٩) حيث لا تثبت التصريه بدون الاختبار.

(١٠) لأن التخيير فى آخر جزء من الثلاثه فإطلاق الثلاثه عليه إطلاق مجازى، و يوجب المجاز أيضا فى ثلاثه أيام الاختبار، إذ  
تطلق و يراد منها ما عدا الجزء الأخير الذى هو زمن الخيار.

ص: ٦٢٦

(العاشر - خيار الاشتراط (١) حيث لا يسلم الشرط لمشرطه بائعا و مشتريا، (و يصح اشتراط سائغ فى العقد (٢) إذا لم يؤدّ إلى جهاله فى أحد العوضين، أو يمنع منه الكتاب و السنه)، و جعل ذلك شرطا بعد قيد السائغ تكلف (٣) (كما لو شرط تأخير المبيع) فى يد البائع، (أو الثمن) فى يد المشتري (ما شاء) كل واحد منهما، هذا مثال ما يؤدى إلى جهاله فى أحدهما، فإن الأجل له قسط من الثمن، فإذا كان مجهولا يجهل الثمن، و كذا القول فى جانب المعوض، (أو عدم و طء) (١) بحيث شرط أحدهما على الآخر شرطا و لم يف المشتراط عليه بالشرط، و الفرق بينه و بين خيار الشرط أن هنا يشترط شيئا ثم يفوت، و بفواته يثبت له الخيار، و هناك يشترط نفس الخيار على أن يكون له، و يدل عليه عموم (المسلمون عند شروطهم) (١).

(٢) و ضابط السائغ أن لا يكون مؤديا إلى جهاله المبيع أو الثمن، و لا مخالفا للكتاب أو السنه، و قد نسب هذا المعنى للضابطه إلى الأصحاب.

أما الأول كاشتراط تأجيل أحدهما مده مجهوله، و يدل على بطلانه أن العوضين مما يشترط معلومتهما، و للأجل قسط من الثمن و هو مجهول، فيتجهل العوضان أو أحدهما.

و أما الثانى فيدل عليه أخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز) (٢)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (من اشتراط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، و لا يجوز على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز و جل) (٣)، و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (و إن كان شرطا يخالف كتاب الله عز و جل فهو ردّ إلى كتاب الله عز و جل) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن عليا بن أبى طالب كان يقول:

من شرط لامرأته شرطا فليفه لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحلّ حراما) (٥).

(٣) أى جعل - عدم مخالفه الكتاب أو السنه، و عدم التأديه إلى الجهاله - شرطا بعد قوله (سائغ) تكلف، لأن لفظ السائغ هو غير الممنوع شرعا، و هما ممنوعان شرعا.

ص: ٦٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢.

٢- (( ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١!.

٣- (( ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ٤ و ٥.



(الأمه، أو) شرط (وطء البائع إياها) بعد البيع مره، أو أزيد، أو مطلقا، هذه أمثله ما يمنع منه الكتاب و السنه.

(و) كذا (يطل) الشرط (باشتراط غير المقدور) (١) للمشروط عليه (كاشتراطه حمل الدابه فيما بعد، أو أنّ الزرع يبلغ السنبل) (٢)، سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله (٣)، لاشتراكهما في عدم المقدوريه.

(و لو شرط تبقيه الزرع) في الأرض إذا بيع أحدهما دون الآخر (إلى أوان السنبل جاز)، لأن ذلك مقدور له، و لا يعتبر تعيين مده البقاء (٤) بل يحمل على المتعارف من البلوغ، لأنه منضبط.

(و لو شرط غير السائغ بطل) الشرط (و أبطل العقد) (٥) في أصح القولين، (١) لأن شرط مخالف للكتاب لقوله تعالى: (لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) (١).

(٢) أى يجعل الزرع سنبلًا و الرطب تمرا.

(٣) فجعل الزرع سنبلًا بفعل البائع هو غير مقدور له كما هو واضح، و أما جعل الله الزرع سنبلًا فهو مقدور لله جل و علا، إلا أن فعل الله لا يقع تحت قدره البائع.

(٤) قال في المسالك: (و هل يشترط تعيين المده أم يحال على المتعارف من البلوغ لأنه مضبوط عرفا، الظاهر الاكتفاء بالثاني، و إطلاقهم يدل عليه) انتهى.

(٥) أما بطلان الشرط فمحل اتفاق و قد تقدم دليله لأنه غير سائغ، و أما إبطال العقد المشتمل عليه فقولان، ففي الإسكافي و الشيخ و القاضي و ابني سعيد و زهره و جماعه صحه العقد، لأن التراضى قد تعلق بكليهما فإذا امتنع أحدهما بقى الآخر، و يؤيده صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن أمه كانت تحت عبد فاعتقت الأمه قال: أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، و إن شاءت نزعت نفسها منه، و قال: و ذكر أن بريره كانت عند زوج لها و هى مملوكه فاشترتها عائشه و أعتقها فخيرها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قال: إن شاءت أن تقر عند زوجها، و إن شاءت فارقته، و كان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولائها، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الولاء لمن اعتق) (٢) و ظاهر الخبر صحه عقد البيع مع فساد الشرط.

و عن الفاضل و ولده و الشهيدين و جماعه فساد البيع بفساد الشرط لأن التراضى لم يقع إلا-

ص: ٦٢٨

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٨٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب نكاح العبيد و الإمامه حديث ٢.

لامتناع بقاءه بدونه، لأنه غير مقصود بانفراده، و ما هو مقصود لم يسلم، و لأن للشرط قسطا من الثمن فإذا بطل يجهل الثمن. و قيل: يبطل الشرط خاصة لأنه الممتنع شرعا دون البيع، و لتعلق التراضي بكل منهما. و يضعف بعدم قصده منفردا، و هو شرط الصحة.

(و لو شرط عتق المملوك) الذي باعه منه (جاز) (١)، لأنه شرط سائع، بل راجح، سواء شرط عتقه عن المشتري أم أطلق (٢)، و لو شرط عنه (٣) ففي صحته قولان: أجمدهما المنع، إذ لا عتق إلا في ملك، (فإن أعتقه) فذاك، (و إلا تخير البائع) (٤) بين فسخ البيع، و إمضائه، فإن فسخ استرده، و إن انتقل قبله عن ملك المشتري (٥)، و كذا يتخير لو مات قبل العتق فإن فسخ رجح بقيمته يوم التلف، -على المجموع من حيث هو مجموع، فإذا بطل بعضه انتفى متعلق التراضي فيكون الباقي تجاره لا- عن تراض، و عباره أخرى فالتراضي وقع على المقيد و مع انتفاء القيد ينتفى المقيد، و العقود تابعه للقصد فالتقيد لم يقع و هو مقصود، و ما وقع هو غير المقيد و هو غير مقصود.

(١) لو شرط البائع على المشتري أن يبيعه العبد و إذا أصبح العبد ملكا للمشتري أن يعتق المشتري العبد حينئذ عن نفسه، و هو جائز بلا خلاف لأنه شرط غير مخالف للكتاب و السنه فيجب الوفاء.

(٢) فلو أطلق البائع فينصرف عتق العبد على المشتري لأنه (لا- عتق إلا- في ملك) (١) و العبد ملك المشتري فعتقه المشروط منصرف إلى كونه عن المشتري.

(٣) عن البائع، و في التذكرة: (يجوز اشتراطه عتقه عن البائع عندنا خلافا للشافعي، لأنه شرط لا ينافي الكتاب و السنه) و ذهب الفاضل في القواعد و المقداد و الشهيدان إلى عدم الجواز (لأنه لا عتق إلا في ملك) كما تقدم، و هو يوجب كون العبد في ملك من يعتق عنه مع أن العبد قد خرج عن ملك البائع، و فيه: إن الخبر دال على كون المعتق هو المالك، و لا يدل على كون المعتق عنه هو المالك فلا تغفل.

(٤) إذا لم يلتزم المشتري بالشرط المشروط عليه من العتق فللبائع خيار الاشرط بين الفسخ و الإمضاء من دون أورش، لأن الأرش مختص بالعيب و هو منفي هنا.

(٥) أي و إن انتقل العبد عن ملك المشتري يبيع مثلا قبل الفسخ، فمع الفسخ تبطل تلك-

ص: ٦٢٩

لأنه وقت الانتقال إلى قيمه، و كذا لو انتعق قهرا (١)،(و كذا كل شرط لم يسلم) لمشرطه فإنه (يفيد تخيره) بين فسخ العقد المشروط فيه، و إمضائه،(و لا يجب على المشتري عليه فعله) (٢)، لأصالة العدم،(و إنما فائدته جعل البيع عرضه للزوال) بالفسخ (عند عدم سلامه الشرط، و لزومه) أى البيع (عند الإتيان به)، و قيل:

يجب الوفاء بالشرط و لا يتسلط المشروط له على الفسخ إلا مع تعذر وصوله إلى شرطه (٣)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب، و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله (٤)، فعلى هذا لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط و لم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه إن كان مذهبه ذلك، فإن تعذر (٥) فسخ حينئذ إن شاء.

و للمصنف رحمه الله في بعض تحقیقاته تفصیل (٦): و هو أن الشرط الواقع -العقود المترتبة على العبد فلكونه في ملك المشتري، و فيه: إنه يمكن القول بصحة العقود الواقعة في ملك المشتري و إن فسخ البائع، غايته مع الفسخ يرجع البائع إلى قيمه كما لو كان تالفا.

(١) فيرجع البائع إلى قيمه حينئذ.

(٢) أى فعل الشرط، و المعنى أنه لو امتنع المشتري عليه من فعل الشرط و كان المشروط له القدره على إجباره فهل يجبره على الشرط، قيل: و لم ينسب إلا -إلى الشهيد أنه لا- يجبره، لأن المشتري عليه لا يجب عليه الوفاء بالشرط لأصالة العدم، مع كون المشروط له صاحب وسيله إلى التخلص بالفسخ، و تكون فائده الشرط حينئذ جعل البيع اللازم عرضه للزوال. و عن المشهور بل عليه الاجماع كما عن الغنيه أن المشروط له يجبر المشتري عليه بالوفاء بالعقد، لوجوب الوفاء بالشرط لعموم (المسلمون عند شروطهم) (١) المتقدم.

(٣) فلو قدر على إجباره لزم و لا يثبت له الخيار.

(٤) هذه الزيادة لم أجد لها في الوسائل و مستدركه.

(٥) أى الحاكم، و كذا إذا لم يكن مذهبه ذلك فسخ المشروط له إن شاء.

(٦) هذا التفصيل قائم على التفريق بين شرط النتيجة و شرط الفعل، فالأول ما كان العقد المتضمن للشرط كافيا في تحققه و لا يحتاج بعده إلى صيغته كما لو باعه العبد بشرط الوكاله عنه، فإنه يصير و كيلا بمجرد البيع، و الثاني ما كان العقد المتضمن للشرط غير-

ص: ٦٣٠

فى العقد اللازم إن كان العقد كافى فى تحققه و لا يحتاح بعده إلى صيغه فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكاله فى العقد و إن احتاح بعده إلى أمر آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزا، و جعل السرّ فيه أن اشتراط «ما العقد كاف فى تحققه (١)» كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما فى اللزوم و الجواز، و اشتراط «ما سيوجد (٢)» أمر منفصل عن العقد، و قد علّق عليه العقد و المعلّق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللازم جائزا.

و الأقوى اللزوم مطلقا (٣)، و إن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا (٤).

(الحادى عشر - خيار الشركه (٥)،..).

-كاف فى تحققه بل يحتاح بعد العقد إلى عقد حتى يتحقق كما لو باعه العبد بشرط أن يعتق العبد عنه، فهذا بحاجه إلى صيغه العتق بعد البيع، أو أن يبيعه العبد بشرط أن يوكله، لا أن يصير وكيلا.

و على كل فالشرط الأول لازم لأن اشتراطه فى العقد كاف فى تحققه، لأنه حينئذ جزء من الإيجاب و القبول فيكون تابعا لهما فى اللزوم و الجواز، و الشرط الثانى ليس بلازم بل يقبل العقد اللازم جائزا، لأن العقد قد علّق عليه، و المعلّق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللازم جائزا، و فيه: إنه قد عرفت لزوم الوفاء بالشرط على المشترط عليه فلا معنى لهذا التفصيل، هذا فضلا عن أن حصول شرط النتيجة من دون صيغته محل تأمل و إشكال، بالإضافة إلى أن شرط الفعل ليس أمرا ممكنا بل أصبح لازما عند تمام العقد فالقول أن العقد قد علّق على الممكن و ما هذا شأنه يكون جائزا ليس فى محله.

(١) شرط النتيجة.

(٢) شرط الفعل.

(٣) فى قبال تفصيل الشهيد.

(٤) من عدم اللزوم مطلقا.

(٥) فلو اختلط المبيع بغيره فى يد البائع و قبل قبض المشترى اختلاطا لا- يتميز فالمجموع شركه بين البائع و المشترى، فلو دفع البائع الجميع إلى المشترى جاز، و لا كلام مع قبول المشترى، و عن الشيخ أنه يجب عليه القبول لأنه زاده فضلا، و فيه منع، لأن فى قبول المشترى منه و ضررا إذ قد يريد المبيع منفصلا لا مختلطا.

و لو امتنع البائع من دفع الجميع، فعن الشيخ أن البيع يفسخ لتعذر التسليم، و لأنه كالتلف قبل القبض، و فيه: أن المبيع أصبح كجزء مشاع، و يمكن تسليم الجزء المشاع،-

سواء قارنت العقد (١)، كما لو اشترى شيئاً فظهر بعضه مستحقاً، أو تأخرت بعده (٢) إلى قبل القبض كما لو امتزج المبيع بغيره بحيث لا يتميز فإن المشتري يتخير بين الفسخ لعيب الشركه و البقاء فيصير شريكاً بالنسبه (٣)، و قد يطلق على الأول (٤) تبعض الصفقه أيضاً (٥) و قد يسمى هذا (٦) عيباً مجازاً) لمناسبته للعيب في نقص المبيع بسبب الشركه، لاشتراكهما في نقص وصف فيه (٧)، و هو هنا منع المشتري من التصرف في المبيع كيف شاء، بل يتوقف على إذن الشريك فالتسلط عليه ليس بتام، فكان كالعيب بفوات وصف فيجبر بالخيار، و إنما كان إطلاق العيب في مثل ذلك على وجه المجاز، لعدم خروجه به (٨) عن خلقته - و هو ليس كالتالف وجدانا فالبيع صحيح، إلا أن المشتري له خيار الشركه لحصول ضرر عليه بخلط ما اشتراه بغيره إذ قد يريده منفصلاً، و قد يوجب الاختلاط نقصان القيمة السوقية للمبيع، و الضرر منفي فيثبت للمشتري خيار بين الفسخ و الإمساك و به يرتفع الضرر، و لا حاجه إلى إثبات الأرش.

(١) أي قارنت الشركه العقد، كما لو اشترى شيئاً واحداً أو متعدداً و ظهر بعضه على نحو المشاع مستحقاً لغير البائع، فالشركه بين المشتري و ذلك الغير حاصله من حين العقد.

(٢) بعد العقد كما لو امتزج المبيع بغيره في يد البائع و قبل قبض المشتري.

(٣) أي بنسبه ما اشتراه إلى الجميع.

(٤) أي ما ظهر بعض المبيع مستحقاً.

(٥) كما يطلق عليه الشركه فالاسم متعدد و الخيار واحد لأنه في كليهما قد ثبت من نفى الضرر.

(٦) أي أن الأمر الذي أوجبه الشركه في المورد ينسب عيباً مجازاً، ثم يبين العلاقة المجازيه المصححه للإطلاق بقوله: لمناسبته للعيب في نقص المبيع، و المعنى أن الشركه توجب منع المشتري من التصرف كيفما شاء، بل يتوقف على إذن الشريك فالتسلط من قبل المشتري غير تام، و عدم التسلط نقص في وصف المبيع كما كان العيب نقص في وصف المبيع لفوات جزء من الخلقه الأصليه.

و لاشتراكهما في أنهما نقص في وصف المبيع صح إطلاق لفظ أحدهما على الآخر فلذا صح إطلاق لفظ العيب على الشيء الذي أحدثته الشركه.

(٧) في المبيع.

(٨) أي لعدم خروج المبيع بما أحدثته الشركه من عدم التسلط التام.

الأصليه (١)، لأنه قابل بحسب ذاته للتملك منفردا و مشتركا فلا نقص في خلقته، بل في صفته على ذلك الوجه.

## الثانى عشر - خيار تعذر التسليم

(الثانى عشر - خيار تعذر التسليم (٢)، فلو اشترى شيئا ظنا إمكان تسليمه) بأن كان طائرا يعتاد عوده، أو عبدا مطلقا (٣)، أو دابه مرسله (٤) ثم عجز بعده (٥) بأن أبق و شردت و لم يعد الطائر و نحو ذلك (تخير المشتري)، لأن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، و لما لم ينزل ذلك منزله التلف (٦)، لإمكان الانتفاع به على بعض الوجوه جبر بالتخير فإن اختار التزام البيع صح.

و هل له الرجوع بشيء (٧) يحتمله (٨)، لأن فوات القبض نقص حدث على (١) بخلاف العيب الذى هو نقصان أو زياده فى الخلقه الأصليه.

(٢) لو تبايعا على شيء ظنا منهما أنه مقدور على تسليمه، ثم عجز البائع عن التسليم كما لو غصبت العين المبتاعه و عرف الغاصب و لا- يستطيع البائع انتزاعها منه، أو أنه باع عبدا مطلقا بحيث يذهب بغير رقيب، أو دابه مرسله ترعى كيفما شاءت ثم عجز البائع عن تسليمهما، فيجاب العقد حينئذ على المشتري و أن ينتظر حتى يستطيع البائع التسليم ضرر عليه، و هو منفى، فيثبت له الخيار بين الإمساك و الرد.

(٣) أى يذهب بغير رقيب.

(٤) ترعى كيفما شاءت.

(٥) بعد الشراء.

(٦) قد تقدم أن التلف فى المبيع من مال البائع قبل القبض، و لا بد حينئذ من انفساخ العقد من حين التلف و يرجع المشتري على ثمنه، غير أن المتعذر تسليمه لم ينزل عندهم منزله التالف لينفسخ العقد، لأن المشتري يمكن له أن يتصرف بالمبيع بما لا يتوقف على قبضه، كعتق العبد مثلا فى كفاره، أو بيع المتعذر تسليمه مع الضميمة أو المصالحه، فلا ينفسخ العقد، نعم باعتبار الضرر على المشتري كما تقدم يجبر بالخيار.

(٧) أى لو التزم المشتري بالعقد فهل يرجع بالأرش، لأن المبيع المتعذر تسليمه انقص قيمه من غيره.

(٨) أى يحتمل الرجوع، لأن النقصان فى القيمة الناشئ من تعذر التسليم قد وقع فى يد البائع و قبل قبض المشتري كما هو المفروض، و هو مضمون على البائع ما دام فى يده.

و فيه: إن الأرش قد ثبت فى خيار العيب عملا بالنصوص الخاصه المتقدمه هناك، و أما هنا فقد ثبت الخيار بحديث نفى الضرر، و إثبات الخيار للمشتري بين الفسخ و الامساك -

المبيع قبل القبض فيكون مضمونا على البائع. و يضعف بأن الأرش ليس في مقابله مطلق النقص، لأصالة البراءة، و عملا بمقتضى العقد (١)، بل في مقابله العيب المتحقق بنقص الخلقة، أو زيادتها كما ذكر، و هو هنا منفى.

### الثالث عشر - خيار تبعض الصفقة

(الثالث عشر - خيار تبعض الصفقة (٢)، كما لو اشترى سلعتين فتستحق إحداهما) فإنه يتخير بين التزام الأخرى بقسطها من الثمن و الفسخ فيها، و لا فرق في الصفقة المتبعضه بين كونها متاعا واحدا فظهر استحقاق بعضه، أو أمتعته كما مثل هنا (٣)، لأن أصل الصفقة: البيع الواحد سمي البيع بذلك، لأنهم كانوا يتصافقون بأيديهم إذا تبايعوا، يجعلونه دلالة على الرضاء به (٤)، و منه قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لعروه البارقي لما اشترى الشاه: «بارك الله لك في صفقه يمينك» (٥) - جابر لهذا الضرر، لأنه بالفسخ و إرجاع الثمن عليه يرتفع الضرر عنه فلا داعى إلى إثبات الأرش له بعد ما ارتفع الضرر بالخيار.

و كون تعذر التسليم موجبا لنقصان قيمه المبيع فصحيح و لكن ليس كل نقصان يوجب الأرش بل النقص في الخلقة الأصلية أو زيادتها كما هو ضابط العيب.

(١) و مقتضاه الوفاء به لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١).

(٢) لو اشترى شيئا واحدا أو متعددا ثم ظهر أن بعض المبيع مستحق للغير، أو تلف بعض المبيع في يد البائع بحيث كان للتالف قسط من الثمن، فالمشترى له خيار تبعض الصفقة لأن إيجاب العقد عليه ضرر إذ أقدم على أن يسلم له المجموع و لم يسلم و حديث (لا ضرر و لا ضرار) (٢) ينفيه فيثبت له الخيار.

(٣) و كذلك لو اشترى سلعة أو سلعتين و تلف بعض المبيع.

(٤) أى بالبيع، قال فى المصباح المنير: (و صفقت له بالبيعه صفقا، ضربت بيدي على يده، و كانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه، ثم استعملت الصفقة فى العقد، ف قيل: بارك الله لك فى صفقه يمينك، قال الأزهرى: و تكون الصفقة للبائع و المشتري) و ظاهره أن التصافق بعد البيع، نعم فى الرياض قال فى مقام تسميه البيع بالصفقة: (اعتبارا بما كانوا يصفونه من وضع أحدهما يده فى يد صاحبه حال البيع، أو أنه يصفق أحدهما يده يد الآخر عند انتهاء العقد).

(٥) و هو خبر عروه البارقي قال (قدم جلب فاعطانى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ دينارا فقال: اشتر بها شاه، -

ص: ٦٣٤

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٢.

و إنما خص تبعض الصفقه هنا بالسلعتين لإدخاله الواحده فى خيار الشركه، و لو جعل موضوع تبعض الصفقه أعم (١) كما هو كان أجود، و إن اجتمع حينئذ فى السلعه الواحده خياران بالشركه، و تبعض الصفقه (٢)، فقد تجتمع أنواع الخيار أجمع فى مبيع واحد، لعدم التنافى.

## الرابع عشر – خيار التفليس

(الرابع عشر – خيار التفليس) إذا وجد غريم المفلس متاعه فإنه يتخير بين أخذه مقدما على الغرماء، و بين الضرب بالثمن معهم. (و سيأتى تفصيله) فى كتاب الدين، (و مثله غريم الميت مع وفاء التركه) بالدين.

و قيل: مطلقا (٣). و كان المناسب جعله قسما آخر حيث تحزى الاستقصاء (٤) هنا لأقسام الخيار بما لم يذكره غيره.

## الفصل العاشر فى الأحكام: و هى خمس

### إشاره

(الفصل العاشر فى الأحكام: و هى خمس)

### الأول – النقد و النسيئه

#### فى تعريفهما

(الأول – النقد و النسيئه) أى البيع الحالّ و المؤجل، سمى الأول نقدا باعتبار كون ثمنه منقودا (٥)...

فاشترت شاتين بدينار، فلحقنى رجل فبعت أحدهما منه بدينار، ثم أتيت النبى صلى الله عليه و آله و سلم بشاه و دينار، فرده علىّ و قال: بارك الله لك فى صفقه يمينك (١).

(١) من السلعتين و الواحده.

(٢) و قد تقدم أن مدرك الخيار هو نفي الضرر، و لا يوجد إلا ضرر واحد و هو خلط ماله بمال غيره فهو يوجب خيارا واحدا و إن أوجب عنوانين: الشركه و بنقص الصفقه عليه، إلا أن يقال: أن عليه ضررين، ضرر من ناحيه عدم تسلطه التام و ضرر من ناحيه لم يسلم له جميع المبيع.

(٣) أى و إن لم تف التركه بالدين.

(٤) فلا بد من جعل غريم الميت قسما للسجده على حده لأنه فى صدد الاستقصاء، و فيه:

إن إدراج غريم الميت مع غريم المفلس فى قسم واحد لا ينافى الاستقصاء، و إنما الذى ينافيه عدم الذكر لا عدم جعله عنوانا.



(٥) أى مقبوضا قال فى مصباح المنير: (و نقدت الرجل الدراهم بمعنى أعطيته، فيتعدى إلى -

ص: ٦٣٥

---

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

و لو بالقوه (١)، و الثانى مأخوذ من النسيء (٢) و هو تأخير الشىء تقول: أنسأت الشىء إنساء: إذا أخرته، و النسيئه: اسم وضع موضع المصدر (٣).

و اعلم أن البيع بالنسيه إلى تعجيل الثمن و المثلن و تأخيرهما و التفريق أربعة أقسام:

فالأول «النقد (٤)»، و الثانى «بيع الكالى بالكالى» (٥)، بالهمز اسم فاعل أو مفعول من المراقبه، لمراقبه كل واحد من الغريمين صاحبه لأجل دينه (٦).

-مفعولين، و نقدتها له على الزيادة أيضا فانتقدها، أى قبضها)، و قال فى المسالك: (النقد مأخوذ من قولك: نقدته الدراهم، و نقدت له، أى أعطيته، فانتقدها أى قبضها، و المراد به البيع بثلن حال، فكأنه مقبوض بالفعل أو القوه) انتهى.

(١) فيما لو كان البيع حالا، و لم يقبض الثمن بعد، فيطلق عليه النقد، لأن قبض الثمن لا مانع من قبضه من شرط و غيره.

(٢) قال فى المسالك: (و النسيئه مأخوذه من النسيء، و هو تأخير الشىء، قال الهروى:

سمعت الأزهرى يقول: أنسأت الشىء إنساء و نسيا، اسم وضع موضع المصدر الحقيقى، و المراد بها البيع مع تأجيل الثمن و تأخيرها) انتهى.

(٣) فالنسيئه مأخوذه من النسيء، و النسيء اسم وضع موضع المصدر الذى هو الإنساء.

(٤) و هو فيما لو كان الثمن و المثلن حالين فى البيع.

(٥) قال فى مصباح المنير: (و كالأدين يكلاً مهموز بفتحتين كلوء، أى تأخر فهو كالى، بالهمز و يجوز تخفيفه مثل القاضى، و قال الأصمعى: هو مثل القاضى و لا يجوز همزه، و نهى عن بيع الكالى بالكالى، أى بيع النسيئه بالنسيئه) انتهى و ظاهر عبارته أن بيع الكالى هو بيع المتأخر، و كذا فى القاموس و النهايه الأثيريه.

نعم فى الصحاح أن كلاً الدين أى حرسه و راقبه، فالكالى هو الحارس و المراقب، و لذا قال الشارح فى المسالك: (على ما فسرته جماعه من أهل اللغه اسم فاعل من المراقبه، كأن كل واحد من المتبايعين يكلاً صاحبه، أى يراقبه لأجل ماله الذى فى ذمته، و فيه إضمار، - أى فى بيع الكالى - أى بيع مال الكالى بمال الكالى، أو اسم مفعول كالدافع فلا إضمار) انتهى، و الدافع اسم فاعل و يراد به اسم مفعول أى مدفوق، كمثل: عيشه راضيه، أى مرضيه.

(٦) و فيه: أنه بهذا المعنى يحتاج إلى الاضمار، و أما إذا قلنا أنه من كلاً بمعنى تأخر كما صرح به جماعه من أهل اللغه فلا حاجه إلى الاضمار، فيستقيم ظاهر اللفظ بلا تكلف و تقدير.

و «مع حلول المثلثين و تأجيل الثمن» هو «النسيئه».

و بالعكس «السلف». و كلها صحيحة عدا البيع الثاني (١)، فقد ورد النهى عنه و انعقد الإجماع على فساده.

### فى أن إطلاق البيع يقتضى كون الثمن حالا

و إطلاق البيع يقتضى كون الثمن حالا (٢) و إن شرط تعجيله فى متن العقد (أكده) (٣)، لحصوله بدون الشرط، (فإن وقت التعجيل) بأن شرط تعجيله فى هذا اليوم مثلا (تخير) البائع (لو لم يحصل) الثمن (فى الوقت) المعين (٤)، و لو لم يعين له زمانا لم يفد سوى التأكيد فى المشهور (٥)، و لو قيل: بثبوته مع الإطلاق أيضا لو أخل به عن أول وقته كان حسنا، للإخلال بالشرط (٦).

(١) أى بيع الكالئ بالكالئ و قال فى الجواهر (و كلها صحيحة عدا الثانى فقد ورد النهى عنه بلفظ «بيع الدين بالدين»، و انعقد الاجماع بقسميه على فساده و الروايه التى أشار إليها هى روايه طلحه بن زيد عن أب عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يباع الدين بالدين) (١)، و سيأتى له تتمه فى بابه.

(٢) و كذا المثلثين بحيث لم يشترط التأجيل فى أحد العوضين، للانصراف عرفا إلى الحال، و لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل اشترى جاريه بثلثين مسمى ثم افترقا، فقال عليه السلام: وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد) (٢).

(٣) لأن التعجيل حاصل بدون الشرط بمقتضى العقد، فإن اشترط التعجيل فيكون قد أكد مقتضى العقد.

(٤) مثال لا-اشترط تأجيل الثمن، فلو عيّن البائع مدته الشرط بأن يأتیه بالثمن فى يوم ما، فإن لم يف المشتري و لم يمكن إجباره على الوفاء كما تقدم فيثبت تسلط البائع على الفسخ بخيار الشرط.

(٥) بحيث لم يشترط البائع تعجيل الثمن و لم يوقته بوقت، فعلى المشهور أنه للتأكيد لما مرّ.

(٦) أى لو قيل: بتسلط البائع على الفسخ عند اشتراط التعجيل من دون توقيت له إذا أخل المشتري بالشرط عن أول وقته كان حسنا لتخلف الشرط، هذا و أول وقته هو أول أوقات إمكانه بعد العقد متصلا به.

ص: ٦٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الدين حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

وإن شرط التأجيل اعتبر ضبط الأجل (١)، فلا يناط أى لا يعلق (بما يحتمل الزيادة و النقصان كمقدم الحاج) أو إدراك الغلّه، (و لا بالمشترك) بين أمرين (٢)، أو أمور حيث لا مخصّص لأحدهما (كنفرهم) من منى، فإنه مشترك بين أمرين (و شهر ربيع) المشترك بين شهرين فيبطل العقد بذلك، و مثله التأجيل (١) اعلم أن اشتراط التعجيل و التأجيل اشتراط لأمر مسائغ فيجب الوفاء به، و لا- خلاف فيهما، بل سواء طال المده أم قصرت فى الثانى لإطلاق الأدله على المشهور، و عن الاسكافى منعه إذا طال المده أكثر من ثلاث سنين لخبر أحمد بن محمد (قلت لأبى الحسن عليه السّلام: إنى أريد الخروج إلى بعض الجبال - إلى أن قال - إنا إذا بعناهم بنسبه كان أكثر للربح، قال: فبعهم بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين، قال: نعم، قلت:

بتأخير ثلاث؟ قال: لا) (١)، و خبره الآخر أنه قال لأبى الحسن الرضا عليه السّلام (إن هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق، فقال: إن أردت الخروج فأخرج فإنها سنه مضطربه، و ليس للناس بدّ من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء، و نحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنه، قال: بعهم، قلت: سنتين؟ قال: بعهم، قلت:

ثلاث سنين؟ قال: لا يكون لك شىء أكثر من ثلاث سنين) (٢).

و قد حمل الخبران على الإرشاد و بذل النصح لا على النهى المولوى المترتب على مخالفته الاثم، و لذا قال فى الرياض: (و لا فرق فى المده بين القصيره و الطويله - إلى أن قال - بلا خلاف يعلم منا فى ذلك إلا ما حكى عن الاسكافى من منعه التأجيل زياده ثلاث سنين، و الأصل و العمومات و خصوص إطلاقات الباب يدفعه مع عدم وضوح مستنده) انتهى.

هذا و إذا جاز اشتراط التأجيل مهما كانت مدته فلا بدّ من ضبط الأجل، بلا خلاف فيه، لأنه مع عدم الضبط يكون بيعا غرريا، لأن للأجل قسطا من الثمن فمع عدم تعيينه يلزم الجهاله فى نفس الثمن.

(٢) كأن يؤجل الثمن إلى شهر ربيع، و هو مشترك بين ربيع الأول و ربيع الثانى، و كذا فى جمادى، و كذا تأجيل الثمن للنفر من منى، و هو مشترك بين يوم الثانى عشر من ذى الحجه و بين الثالث عشر منه.

ص: ٦٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

إلى يوم معين من الأسبوع كالثميس (١).

(٢) وقيل: يصح و (يحمل على الأول) فى الجميع (٣)، لتعليقه الأجل على اسم معين و هو يتحقق بالأول، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد (٤) ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط فلا يكفى ثبوت ذلك شرعا مع جهلهما، أو أحدهما به، و مع القصد لا إشكال فى الصحة و إن لم يكن الإطلاق محمولا عليه (٥)، و يحتمل الاكتفاء فى الصحة بما يقتضيه الشرع فى ذلك، قصده أم لا، نظرا إلى كون الأجل الذى عيناه مضبوطا فى نفسه شرعا، و إطلاق اللفظ منزّل على الحقيقة الشرعية (٦).

### فى ما لو جعل لحالّ ثمنا، و لمؤجل أزيد منه

(١) و لو جعل لحالّ ثمنا، و لمؤجل أزيد منه (٧)، أو فاوت بين أجلين (٨) فى (١) هذا مثال للمشارك بين أمور، فإنه قد عيّن الثميس و لم يعين أنه من أى أسبوع، و بتعيين اليوم لا يتعين الأسبوع.

(٢) و قال فى الجواهر: (لم نظفر بقائله).

(٣) أى جميع أمثله المشترك التى ذكرها الشارح و وافقه صاحب الجواهر، غير أن سيد الرياض قد جعل الخلاف فى المثال الأخير فقط.

(٤) أى يعلما بأن هذا الاسم المشترك يتحقق بالأول، و فيه: أن هذا العلم قصد منهما على التعيين، و هو قرينه معينه على المعنى الخاص من المشترك فىكون النزاع لفظيا.

(٥) لا عرفا، لأن العرف لا يحملون الثميس على أول خميس، و لا شرعا.

(٦) و المعنى أن الأجل محدد إلى خميس، و هو تحديد منضبط فينزل على الحقيقة الشرعية الثابتة فى لسان الشارع، و هو أول خميس سواء قصده أم لا، و اشكل عليه فى الجواهر: (أنه لا حقيقة شرعية فى المقام ضروره أن الشارع هنا لو حكم بالانصراف إلى أولهما، فليس إلا لاقتضاء العرف فيه ذلك، و حينئذ فمع الانصراف عرفا متجه) انتهى.

(٧) بأن قال: بعثك هذا بدرهم نقدا، و بدرهمين إلى شهرين.

(٨) بأن قال: بعثك هذا بدرهم إلى شهر، و بدرهمين إلى شهرين، فقيل و القائل الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر و الفخر و الفاضل المقداد و الآبى و العلامة و الشهيدان أنه يبطل العقد للغرر، و الإبهام الناشئ من التردد القاضى بعدم وقوع الملك على أحدهما بالخصوص، و لخبر سليمان بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام (قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن سلف و بيع، و عن يبعين فى بيع، و عن يبع ما ليس عندك، و عن ربح ما لم-

الثلث بأن قال: بعثك حالا بمائه، و مؤجلا إلى شهرين بمائتين، أو مؤجلا إلى شهر بمائه، و إلى شهرين بمائتين (بطل)، لجهاله الثلث بترده بين الأمرين، و فى المسألة قول ضعيف بلزوم أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين، استنادا إلى روايه ضعيفه،(و لو أُجِّل البعض المعين) من الثلث و أطلق الباقي (١)، أو جعله حالا- (صح)، للانضباط، و مثله (٢) ما لو باعه سلعتين فى عقد بثلثين إحداهما نقدا، و الأخرى نسيئه، و كذا لو جعله أو بعضه نجوما معلومه (٣).

-يضمن(١)، و قد فسر قوله «بيعين فى بيع» بذلك.

و قد ذهب جماعه من الأصحاب منهم المفيد و الشيخ فى النهايه و ابن البراج إلى صحه البيع و أن للبائع أقل الثمنين لخبر محمد بن قيس - و هو صحيح السند - عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من باع سلعه فقال: إن ثمنها كذا و كذا يدا بيد، و ثمنها كذا و كذا نظره فخذها بأى ثمن شئت، و جعل صفقتها واحده فليس له إلا أقلهما، و إن كانت نظره) (٢)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السّلام (أن عليا عليه السّلام قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين، بالنقد كذا و بالنسيه كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين) (٣) و الخبران و إن كانا ناظرين إلى أن أحدهما نقدا و الآخر نسيه، لكن من عمل بهما عدهما إلى ما لو باع إلى وقتين متأخرين عن العقد و فاوت بين الأجلين ٣ لعدم الفرق حينئذ.

(١) فالباقي المطلق منصرف إلى الحال.

(٢) أى مثله فى الصحه ما لو باع سلعتين فى عقد واحد إحداهما بنقد، و الأخرى بنسيئه فيصح البيع لوجود المقتضى مع عدم المانع من جهاله و غرر، لأن الأجل منضبط بالنسبه للنسيئه.

(٣) النجوم جمع نجم، قال فى مصباح المنير: (و كانت العرب توقت بطلوع النجوم، لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب، و إنما يحفظون أوقات السنه بالانواء، و كانوا يسمون الوقت الذى يحلّ فيه الأداء نجما تجوزا، لأن الأداء لا يعرف إلا بالنجم، ثم توسعوا حتى سمو الوظيفه نجما لوقوعها فى الأصل فى الوقت الذى يطلع فيه النجم، و اشتقوا منه فقالوا:-

ص: ٦٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

(و لو اشتراه البائع) فى حاله كون بيعه الأول (نسيئه صح) البيع الثانى (قبل الأجل، و بعده (١) بجنس الثمن و غيره بزياده) عن الثمن الأول، (و نقصان) عنه، -نجمت الدين بالتثقيـل، إذا جعلته نجوما) انتهى، و هو صحيح لوجود المقتضى مع عدم المانع من الغرر و الجهاله، لأن الأجل منضبط.

(١) إذا اشترى شيئاً نسيئه و قبض المشتري المبتاع و لم يدفع الثمن لعدم حلول الأجل فيجوز للمشتري أن يبيع المبتاع للبائع الأول و لغيره قبل حلول الأجل بزياده على الثمن أو نقصان، نقداً أو نسيئه، بجنس الثمن أو بغيره، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لعدم دليل على المنع مع أن مقتضى أدله صحه البيع جوازه، و لإطلاق صحيح بشار (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشترىه من صاحبه الذى يبيعه منه، قال:

لا- بأس به، فقلت له: اشترى متاعى، فقال: ليس هو متاعك و لا بقرک و لا غنمك) (١)، و إطلاق خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل باع ثوباً بعشره دراهم، ثم اشتراه بخمسه دراهم أ يحل؟ قال: إذا لم يشترط و رضياً فلا بأس) (٢)، و مثلها غيرها.

و لو كان بعد حلول الأجل، فلو كان البيع الثانى بغير جنس الثمن بزياده أو نقصان حالاً أو مؤجلاً صح أيضاً لعدم الدليل على المنع مع إطلاق الخبرين السابقين و خصوص صحيح ابن منصور (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذا الغنم بدراهمك التى لك عندي فرضى، قال: لا بأس بذلك) (٢)، و إطلاق موثق يعقوب بن شعيب (سأل أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل باع طعاماً بدراهم، فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي خذ منى طعاماً، قال: لا بأس، إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء) (٣) و لو كان البيع الثانى بعد حلول الأجل بمثل الثمن جنساً و من غير زياده و لا نقصان فيصح بلا خلاف لعدم المانع مع إطلاق أدله صحه البيع، و لو كان البيع بجنس الثمن بزياده أو نقصان فالمشهور على الجواز لعدم المانع مع إطلاق أدله صحه البيع، و إطلاق صحيح بشار المتقدم و موثق شعيب المتقدمين و الشاملين لهذه الصوره و ذهب الشيخ فى النهايه إلى المنع لخبر خالد بن الحجاج (سأل أبا عبد الله عليه السلام: عن -

ص: ٦٤١

١- (( ١ و ٢ )) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣ و ٦.

٢- (( ٣ )) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

٣- (( ٤ )) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ١٠.

لانتفاء المانع فى ذلك كله، مع عموم الأدله على جوازه. وقيل: لا يجوز بيعه بعد حلوله بزياده عن ثمنه الأول، أو نقصان عنه مع اتفاقهما فى الجنس، استنادا إلى روايه قاصره السند و الدلاله،(إلا أن يشترط فى بيعه) الأول (ذلك) (١) أى بيعه (٢) من البائع (فيطلب) البيع الأول، سواء كان حالا أم مؤجلا، و سواء شرط بيعه من -رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى، فلما حلّ الأجل أخذته بدراهمى، فقال: ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى، قال عليه السلام: لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه(١).

و الخبر شامل لما كان البيع بجنس الثمن بزياده أو نقيصه أو مساواه، إلا أن الصوره الأخيره مخصصه لعدم الخلاف فيها.

و فيه: إن الخبر مختص بالطعام فتعديته إلى غيره مشكل مع احتمال قوى أنها للإرشاد أو الكراهه جمعا بينه و بين ما دل على الجواز، مع أن إطلاقها شامل للصور الثلاثه من زياد أو نقصان أو مساواه فتخصيصها بغير الأخيره لا وجه له، على أن الطعام الذى يريد بيعه ثانيا غير صريح فى كونه نفس الأول المبتاع، بالإضافة إلى أن خالد بن الحجاج لم يمدح و لم يذم.

(١) أى يشترط البائع فى العقد الأول أن يبيعه المشتري نفس المتاع ثانيه، فلا يصح الشرط بلا خلاف فيه كما فى الرياض، و إذا فسد الشرط أفسد العقد سواء كان حالا أم مؤجلا، و سواء شرط البيع الثانى بعد حلول أجل الأول أو قبله، و قال فى المسالك:

(و اختلف كلامهم فى تعليل البطلان - أى بطلان البيع - مع الشرط المذكور، فعلله فى التذكرة باستلزامه الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه، و ردّ بأن الموقوف على حصول الشرط هو اللزوم لا- الانتقال، و يمنع توقف تملك المشتري على تملك البائع، بل تملكه موقوف على العقد المتأخر عن ملك المشتري، و لأنه وارد فى باقى الشروط كشرط العتق و البيع للغير مع صحته إجماعا) انتهى. توضيحه: أن تحقق الشرط و هو بيع المشتري ثانيا للبائع موقوف على ملكيه المشتري للمبيع، و ملكيه المشتري للمبيع متوقفه على تحقق الشرط الذى هو بيع المشتري ثانيا للبائع فيلزم توقف الشئ على نفسه.

و ردّ بتسليم التوقف الأول و منع التوقف الثانى، لأن الموقوف فى الثانى هو لزوم البيع لا أصل الملكيه فاختلفت جهه التوقف فلا دور.

(٢) أى بيعه ثانيا.

ص: ٦٤٢



البائع بعد الأجل أم قبله على المشهور، و مستنده غير واضح.

فقد علل (١) باستلزامه الدور، لأن يبعه له (٢) يتوقف على ملكيته له (٣) المتوقفه (٤) على يبعه.

و فيه: أن المتوقف على حصول الشرط (٥) هو لزوم البيع لا انتقاله إلى ملكه (٦)، كيف لا (٧) و اشتراط نقله إلى ملك البائع من المشتري مستلزم لانتقاله إليه (٨)، غايته (٩) أن تملك البائع (١٠) موقوف على تملك المشتري (١١)، و أما أن تملك المشتري موقوف على تملك البائع (١٢) فلا، و لأنه وارد في باقى الشروط (١٣) خصوصا شرط يبعه للغير مع صحته إجماعا، و أوضح لملك المشتري (١٤) ما لو (١) أى علل بطلان البيع.

(٢) أى بيع المشتري للمبيع للبائع الذى هو الشرط.

(٣) أى ملكيه المشتري للمبيع.

(٤) أى و ملكيه المشتري للمبيع متوقفه على بيع المشتري للبائع ثانيا لأنه هو الشرط.

(٥) و هو التوقف الثانى.

(٦) أى ملك المشتري.

(٧) أى كيف لا- يكون اللزوم هو المتوقف على الشرط و ليس أصل الملكيه، مع أن البائع قد اشترط نقل المبيع من ملك المشتري إلى ملك البائع ثانيا، و هذا لا يتحقق إلا بملكيه المشتري قبل ملكيه البائع ثانيا.

(٨) أى فالشرط مستلزم لانتقال المتاع إلى المشتري.

(٩) أى غايه الشرط توقف الشرط الذى هو بيع البائع ثانيا على ملكيه المشتري، و هذا توقف المقدمه الأولى، و أما التوقف فى المقدمه الثانيه فممنوع كما تقدم.

(١٠) أى تملكه ثانيا و هذا هو الشرط.

(١١) كما فى المقدمه الأولى.

(١٢) و تملك البائع ثانيا هو الشرط، و توهم توقف تملك المشتري على الشرط كما فى المقدمه الثانيه ممنوع كما عرفت.

(١٣) أى لزوم الدور يرد فى باقى الشروط كالعق و البيع على الغير، فيقال: عتق العبد الذى هو شرط فى العقد الأول متوقف على ملكيه المشتري له، و ملكيه المشتري له متوقفه على عتقه لأنه شرط.

(١٤) فلو جعل البائع الشرط بأن يبعه إياه ثانيا بعد حلول الأجل، فمن حين العقد إلى حلول -



جعل الشرط بيعه من البائع بعد الأجل لتخلل ملك المشتري فيه.

و علل (١) بعدم حصول القصد إلى نقله عن البائع. و يضعف بأن الغرض حصول القصد إلى ملك المشتري و إنما رتب عليه نقله ثانيا، بل (٢) شرط النقل ثانيا يستلزم القصد إلى النقل الأول (٣) لتوقفه (٤) عليه.

و لاتفاقهم (٥) على أنهما لو لم يشترطا ذلك في العقد صح و إن كان من -الأجل قد خرج المتاع عن ملك البائع فلو فرضنا أن المشتري لا يملك المتاع إلا عند تحقق الشرط للزم كون المتاع في مده الأجل من غير مالك و هذا باطل.

و هذا دليل واضح على بطلان الدور و هو أوضح من الأدلة الدالة على حصول ملكيه المشتري قبل الوفاء بالشرط و إنما الذى يترتب على الشرط حينئذ هو لزوم الملكيه، و وجه الأوضحيه أن المتاع في زمن الأجل قد خرج عن ملك البائع قطعاً بالبيع الأول فلا بدّ من القول بتخلل ملك المشتري و ثبوته فيه.

(١) أى علل بطلان البيع و هو معطوف على قوله: (فقد علل باستلزامه الدور)، و المعنى أن بعضهم قال: إن البائع لما اشترط بيعه له فهو غير قاصد لخروج المتاع عن ملكه، بل يريد إبقاء المتاع عنده، و مع عدم قصد الخروج و الانتقال تكون ألفاظ البيع التى وقعت منه لغوا، لأنه غير قاصد لمعناها، لأن البيع هو مبادله مال بمال.

و هو ضعيف لأن الواقع من البائع هو قصد نقل المتاع إلى المشتري بالبيع الأول، نعم رتب نقله إليه ثانيا كشرط و هذا مغاير لقصد عدم خروج المتاع من رأس و العرف و اللغه شاهدان بالفرق، بالإضافة إلى أن اشتراط نقله ثانيا مستلزم لقصد البائع لنقل المتاع إلى المشتري أولاً، و إلا لو لم يقصد النقل المذكور كيف يشترط على المشتري أن يبيعه إياه ثانيا.

(٢) بل للترقى.

(٣) و هو نقل المتاع من البائع إلى المشتري.

(٤) أى نقل المتاع من المشتري إلى البائع ثانيا متوقف على نقل المتاع من البائع إلى المشتري أولاً.

(٥) هذا وجه ثان للتضعيف، و حاصله أنه لو قصد كل من البائع و المشتري، أن يبيع المشتري المتاع للبائع بعد العقد الأول من غير أن يكون هذا القصد شرطا فى العقد الأول، فيصح العقد بلا خلاف فيه، و لم يقل أحد أن العقد المسبوق بهذا القصد معناه عدم إخراج المتاع من البائع، لأنه لو قال به لحكم بالبطلان مع أن الجميع قد حكم بالصحة.

قصدهما رده، مع أن العقد يتبع القصد، و المصحح له ما ذكرناه من أن قصد رده بعد ملك المشتري له غير مناف لقصد البيع بوجه (١)، و إنما المانع عدم القصد إلى نقل الملك إلى المشتري أصلا (٢) بحيث لا يترتب عليه حكم الملك.

### في أنه يجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع

(و يجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع) (٣) مع الحلول مطلقا (٤)، (و في الأجل) (٥) أي بعده، (لا قبله) (٦)، لأنه غير مستحق حينئذ، و جاز تعلق غرض البائع بتأخير القبض إلى الأجل، فإن الأغراض لا تنضب، (فلو امتنع) البائع من (١) سواء شرط ذلك أم لا.

(٢) و هذا المانع مفقود هنا.

(٣) بلا خلاف فيه كما في الجواهر لحديث (لا ضرر) (١)، لأن إبقاء ذمه المشتري مشغوله قد يحقق الضرر فيما إذا تلف الثمن و لم يقبضه البائع.

(٤) سواء كان مقتضى العقد هو الحلول أم حلّ الثمن بعد الأجل.

(٥) أي بعد الأجل و يكون من باب عطف الخاص على العام، و منه تعرف أنه لا حاجة إلى قول الشارح (مطلقا) فلو قال: (إلى البائع مع الحلول و في الأجل أي بعده) فلا يلزم منه تكرار.

(٦) أي لا- قبل تماميه حلول الأجل، و هنا لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل بلا خلاف فيه لحديث (المسلمون عند شروطهم) (٢)، و إن طولب المشتري بالدفع.

نعم لو دفعه تبرعا لم يجب على البائع أخذه و إن لم يكن عليه ضرر بأخذه، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، و في جامع المقاصد نسبة الخلاف إلى بعض العامة و أنه يجب على البائع القبول، لأن فائده التأجيل هي الرخصة للمشتري بالتأخير لا عدم وجوب الأخذ على البائع، و الحاصل أن مصلحه التأخير مختصه بالمشتري فلو أسقطها و دفع وجب على البائع القبض لأنه ماله المدفوع إليه.

و فيه منع انحصار فائده الشرط في مصلحه الرخصه للمشتري، بل قد يتعلق للبائع بالتأخير مصلحه أيضا، لأن الأغراض لا تنضب، مع أنه لو سلم انحصار المصلحه بالمشتري فقط فهذا لا يدل على وجوب الأخذ على البائع، بل هذا الوجوب منفي بالأصل بعد كونه غير مستحق.

ص: ٦٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ و ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٣.

قبضه حيث يجب (١) (قبضه الحاكم) إن وجد، (فإن تعذر) قبض الحاكم و لو بالمشقه البالغه فى الوصول إليه، أو امتناعه من القبض (فهو أمانه فى يد المشتري لا يضمنه لو تلف بغير تفريط، و كذا كل من امتنع من قبض حقه).

و مقتضى العبارة (٢) أن المشتري يقيه بيده مميزا على وجه الأمانه، و ينبغى مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه، و أن يكون نماؤه للبائع تحقيقا لتعيينه له.

و ربما قيل (٣): ببقائه على ملك المشتري و إن كان تلفه من البائع، و فى الدروس أن للمشتري التصرف فيه فيبقى فى ذمته، (و لا حجر (٤) فى زياده الثمن و نقصانه) على البائع و المشتري (إذا عرف المشتري قيمه) (٥)، و كذا إذا لم يعرف (٦)، لجواز بيع الغبن إجماعا. و كأنه أراد نفي الحجر على وجه لا يترتب عليه (١) أجبره الحاكم على القبض و مع تعذره قبضه الحاكم لأنه نائب البائع الممتنع، و مع تعذر الحاكم فلو تلف الثمن من غير تفريط و لا تصرف من المشتري كان التالف من مال البائع بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٢) أى بعد ما دفعه إلى البائع و امتنع فقد تشخص الثمن فى المعين المدفوع، و يكون أمانه بيد المشتري، و لازم الأمانه أن لا يتصرف بها، و يجب عليه حفظها و يكون نماء الأمانه للبائع و تلفها عليه.

(٣) قال فى المسالك: (قيل: و يجوز للمشتري التصرف فيه بعد تعيينه، فيرجع إلى ذمته، و لو تجدد له نماء فهو له، و مقتضى ذلك أنه لا يخرج عن ملكه و إنما يكون تلفه من البائع عقوبه له) انتهى.

و فيه: أنه لو كان التلف من مال البائع لكان مالكا له، و معه كيف جاز التصرف للمشتري بغير إذنه المالك، و كيف يكون نماء الغير له.

(٤) أى لا منع.

(٥) لو باع المتاع بزياده عن قيمته السوقيه مع علم البائع و المشتري بالقيمه السوقيه، و كذا لو باعه بنقصان عنها مع علمهما بها، فالبيع صحيح و لا - مانع للبائع من البيع و لا للمشتري من الشراء، بلا خلاف فيه و لا إشكال، لوجود المقتضى من إطلاق أدله صحه البيع، و عدم المانع من الغبن و غيره مع علمهما بالقيمه السوقيه.

(٦) أى إذا لم يعرف المشتري قيمه السوقيه فيجوز للبائع زياده الثمن، لأن بيع المغبون جائز بالاتفاق، غايته يثبت للمغبون خيار الغبن عند علمه بالغبن.

خيار فيجوز بيع المتاع بدون قيمته و أضعافها،(إلا أن يؤدي إلى السفه) (١) من البائع، أو المشتري فيبطل البيع، و يرتفع السفه بتعلق غرض صحيح بالزيادة و النقصان، إما لقلتهما (٢) أو لترتب غرض آخر يقابله (٣) كالصبر بدين حال (٤) و نحوه.

### فى أنه لا يجوز تأجيل الحال بزيادة فيه

(و لا- يجوز تأجيل الحال بزيادة فيه (٥)، و لا بدونها (٦)، إلا أن يشترط الأجل فى عقد لازم فيلزم الوفاء به (٧)، و يجوز تعجيله بنقصان منه بإبراء، أو صلح (٨).

(١) كأن يبيع الدار المساوى لألف دينار بدرهم، أو يشتري الشيء المساوى لدرهم بألف دينار، فهو سفه و يبيع السفه ممنوع شرعا كما سيأتى فى بابه، نعم السفه هو كل فعل يفعله الإنسان لغير غرض صحيح عند العقلاء.

(٢) أى قله الزيادة و النقصان بنظر العرف، فينزلان منزله العدم.

(٣) أى يقابل الزائد كما لو اشترى الشيء المساوى درهما بألف دينار لأنه نادر.

(٤) كأن يشتري ما يساوى دينارا بدينارين بشرط أن يصبر البائع الدائن على المشتري بدين حال.

(٥) لو ثبت على المشتري الثمن و هو عشرة دراهم، فلا يجوز تأجيل دفع العشرة الآن إلى آخر الشهر بدفع اثني عشر درهما، لأنه ربا و هو محرم، بعد كون التأجيل بيع عشرة باثني عشر.

(٦) أى لا يجب على البائع القبول بالتأخير و لا يلزمه التأخير لو طلبه المشتري، لأن التعجيل حقه.

(٧) و يدل عليه أخبار.

منها: خبر محمد بن إسحاق بن عمار (قلت لأبى الحسن عليه السّلام: يكون لى على الرجل دراهم فيقول: أخرنى بها و أنا أربحك، فايبيعه جبه تقوم على ألف درهم بعشره آلاف درهم، أو قال: بعشرين ألفا و أوخره بالمال، قال: لا بأس) (١).

(٨) بلا خلاف فيه و إذا كان على جهه الصلح فيسمى بصلح الحطيطة، و يدل عليه أخبار.

منها: مرسل أبان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين، فيقول له قبل أن يحلّ الأجل: عجل لى النصف من حقى على أن أضع عنك النصف، أي يحلّ ذلك لواحد منهما؟ قال: نعم) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (فى الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقذنى -

ص: ٦٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الصلح حديث ٢.

(و يجب) على المشتري إذا باع ما اشتراه مؤجلا (ذكر الأجل فى غير المساومه (١) فيتخير المشتري بدونه) أى بدون ذكره بين الفسخ و الرضاء به حالا،(للتدليس) و روى أن للمشتري من الأجل مثله.

## الثانى - فى القبض

### فى أن إطلاق العقد يقتضى قبض العوضين

(الثانى - فى القبض: إطلاق العقد) (٢) بتجريده عن شرط تأخير أحد العوضين، أو تأخيرهما إذا كانا عينين (٣)، أو أحدهما (٤) (يقتضى قبض العوضين) - من الذى لى كذا و كذا و أضع لك بقيته، أو يقول: انقد لى بعضا و أمد لك فى الأجل فيما بقى عليك، قال: لا أرى به بأسا ما لم يزد على رأس ماله شيئا، يقول الله: فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ (١).

(١) لو اشترى شيئا بثمن مؤجل، ثم أراد بيعه بغير مساومه من توليه أو مرابحه أو مواضعه فعليه كما أن يذكر الثمن أن يذكر الأجل، لأن للأجل قسطا من الثمن، بلا خلاف فيه، و عليه فلو باعه من غير ذكر الأجل فقد ذهب الشيخ فى النهايه و ابن حمزه و الاسكافى إلى أن المشتري الثانى يثبت له من الأجل ما كان للمشتري الأول - الذى هو بائع الآن - عند ما اشتراه، و يدل عليه أخبار.

منها: صحيح هشام عنه أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشتري المتاع إلى أجل، فقال:

ليس له أن يبيعه مرابحه إلا إلى الأجل الذى اشتراه، فإن باعه مرابحه و لم يخبره كان للذى اشتراه من الأجل مثل ذلك) (٢).

و المشهور على أن المشتري الثانى لا يكون له مثل أجل الأول بل له خيار التدليس فقط، لأن الفات ما هو إلا كشرط صفه الكمال فى الثمن، و الأخبار المتقدمه و إن كان بعضها صحيح السند إلا أنها مهجوره عند الأصحاب، لأن بظاهرها تثبت الأجل للمشتري الثانى و إن كان البيع حالا، و هو مخالف للقواعد.

(٢) الإطلاق فى العقد يقتضى وجوب تسليم المبيع و الثمن حالا بحسب العرف، و لو لم يطالب كل منهما الآخر بذلك، فإبقاء أحد العوضين فى يد الآخر بحاجه إلى إذن.

و احترز بالإطلاق عما لو شرط تأجيل أحدهما أو تسليمه قبل الآخر، فإنه حينئذ يختص وجوب التسليم بالحال و من شرط تقديمه.

(٣) و لو شرط تأخيرهما و هما فى الذمه لصدق أنه بيع الكالئى بالكالئى و هو منهى عنه كما تقدم.

(٤) فلو كان أحدهما عينا خارجيا لما صدق بيع الكالئى بالكالئى المنهى عنه.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الصلح حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢.



(فیتقابضان معا لو تمانعا) (١) من التقدّم، (سواء كان الثمن عينا، أو دينا). و إنما لم يكن أحدهما أولى بالتقديم لتساوى الحقين فى وجوب تسليم كل منهما إلى مالكة.

و قيل: يجبر البائع على الإقباض أولا، لأن الثمن تابع للمبيع.

و يضعف باستواء العقد فى إفاده الملك لكل منهما، فإن امتنعا أجبرهما الحاكم معا مع إمكانه، كما يجبر الممتنع من قبض ماله، فإن تعذر (٢) فكالدين إذا بذله المديون فامتنع من قبوله.

### فى أنه يجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع

(و يجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع مده معينه) (٣) كما يجوز اشتراط تأخير الثمن، (و الانتفاع به منفعه معينه) لأنه شرط سائغ فيدخل تحت العموم (٤)، (و القبض (٥) فى المنقول) كالحيوان و الأقمشه و المكيل و الموزون و المعدود (١) لو تقدم أحدهما بدفع ما فى يده قبل الآخر فهو، و إن تمانعا من التقدّم يلزمان بالتقابض معا و يجبران على ذلك، و لو كان أحدهما ممتنعا أجبر الممتنع خاصه لاختصاصه بالعصيان، كل ذلك لتساوى الحقين فى وجوب إيصال كل منهما المال إلى مالكة و لا رجحان لأحدهما على الآخر بالتقدم أو التأخر، و عن الشيخ فى المبسوط و ابن زهره و القاضى و الحلّى يجبر البائع أولا على دفع المبيع إذا تمانعا، لأن الثمن تابع للمبيع فيجب تقديم المتبوع على التابع، و لأن البائع بتسليم المبيع يستقر البيع، و فيه منع، أما الأول لاستواء العقد فى إفاده الملك لكل منهما من دون تبعيه لأحدهما على الآخر، و أما الثانى فالاستقرار مترتب على تسليم المبيع و الثمن معا لا على أحدهما.

(٢) أى تعذر إجبار الحاكم للممتنع من إقباض ما فى يده كان للآخر حبس العوض عنه حتى يجبر الممتنع، و إن تلف العوض تحت يد الآخر فهو من مال الممتنع كما تقدم فى النقد و النسيئه لنفس الأدله السابقه.

(٣) لأن الشرط لا يؤدى إلى الجهاله و ليس مخالفا للكتاب فيكون سائغا، كاشتراط المشتري تأخير الثمن مده معينه كذلك.

(٤) و هو عموم (المسلمون عند شروطهم) (١).

(٥) إن القبض مما يترتب عليه آثار شرعيه كصحه بيع الصرف و لزوم العقد إن أسقط الخيار، و القبض لغه هو الأخذ كما فى المصباح المنير، و فى النهايه الأثيريه القبض بجميع -

ص: ٦٤٩

(نقله (١)،...) -الكف، و عن جماعه من أهل اللغه كما فى الرياض القبض باليد لكن الفقهاء اختلفوا فيه على أقوال:

إن القبض هو التخليه فيما لا- ينقل، و هو النقل فيما ينقل ذهب إليه الماتن هنا و تبعه الشارح و ذهب إليه أيضا و أبو المكارم، و قيل: إن القبض هو التخليه مطلقا سواء كان مما ينقل أو لا، و ذهب إليه المحقق فى الشرائع، و قيل: إن القبض هو التخليه فيما لا ينقل، و فى المنقول هو القبض باليد، أو الكيل و الوزن فيما يوزن و يكال، أو النقل إن كان حيوانا، و هو المحكى عن المبسوط و ابن البراج و ابن حمزه. إلى غير ذلك من الأقوال بعد اتفاقهم على أن القبض هو التخليه فى غير المنقول، و إنما اختلفهم فى معنى القبض فى المنقول، و بما أن الشارع لم يحدد معنى القبض فلا بد من الرجوع إلى العرف، و قد يختلف معناه باختلاف المقبوض.

نعم ورد فى معنى القبض صحيح معاويه بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو ترنه إلا أن توليه الذى قام عليه)<sup>(١)</sup>، و خبر عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غدا إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه)<sup>(٢)</sup>.

و صريح الثانى أن القبض هو النقل فلذا ذهب الشهيدان هنا إلى أن القبض فى المنقول هو النقل، و صريح الأول - كما قيل - إن القبض هو الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن، و فى الدروس إلحاق العدّ فيما يعدّ، و قد جمع بينه و بين المعنى العرفى فقيل إن القبض هو الكيل أو الوزن أو العدّ فيما يكال أو يوزن أو يعدّ، و فى غيرها من المنقول هو القبض باليد تحكيما للمعنى العرفى، أو النقل تحكيما لخبر عقبه، أو فى خصوص الحيوان.

و الأقوى أن القبض هو تحويل السلطنه على المبتاع من المنقول منه إلى المنقول إليه، و هذا التحويل يتحقق بالتخليه فى غير المنقول، و فى المنقول مختلف باختلاف نوعيه المبتاع هذا من جهه و من جهه أخرى فسيأتى الكلام فى دلاله الخبرين السابقين.

(١) استدل عليه بخبر عقبه بن خالد بالإضافة إلى المعنى العرفى، و فيه: أن خبر عقبه ضعيف-

ص: ٦٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخيار حديث ١.

(و فى غيرہ التخليه) بينه و بينه (١) بعد رفع اليد عنه و إنما كان القبض مختلفا كذلك لأن الشارع لم يحدّه فيرجع فيه إلى العرف، و هو دال على ما ذكر.

و فى المسأله أقوال آخر هذا أجودها: فمنها ما اختاره فى الدروس من أنه فى غير المنقول التخليه و فى الحيوان نقله. و فى المعبر كيله، أو وزنه، أو عدّه، أو نقله.

و فى الثوب وضعه فى اليد، و استند فى اعتبار الكيل، أو الوزن فى المعبر بهما (٢) إلى صحیحه معاويه بن وهب عن الصادق (ع) و فى دلالتها عليه نظر (٣).

و إلحاق المعدود بهما (٤) قياس. و الفرق بين الحيوان و غيره (٥) ضعيف.

و منها الاكتفاء بالتخليه مطلقا (٦)، و نفى عنه البأس فى الدروس بالنسبه إلى نقل الضمان (٧)، لا- زوال التحريم، و الكراهه عن البيع قبل القبض، و العرف -السند، و العرف لا- يدل على كون القبض هو النقل فى كل مصاديق المنقول إذ يتحقق النقل عرفا فى كثير من الموارد بالأخذ، و منه تعرف ما فى كلام الشارح فيما بعد حيث قال: (فيرجع إلى العرف و هو دال على ما ذكر).

(١) أى بين المبيع و المشتري، هذا و المراد من التخليه هو رفع البائع كل مانع يمنع المشتري من الاستيلاء عليه مع الإذن له فيه، و القبض هو التخليه فى غير المنقول تحكيما للمعنى العرفى بعد عدم ورود أمر من الشارع بتحديدّه.

(٢) بالكيل أو الوزن.

(٣) إذ يحتمل أن يكون الخبر بصدد النهى عن بيعه قبل كيله أو وزنه و إن تحقق قبضه بوضع اليد عليه، إلا إذا كان توليه فيجوز بيعه من دون كيل أو وزن اعتمادا على كيل أو وزن البائع الأول هكذا قيل.

(٤) كما عن الدروس.

(٥) بحيث يكون القبض فى الحيوان نقله، و فى غيره كالثوب وضعه فى اليد ضعيف لعدم مطابقه المعنى العرفى للقبض.

(٦) فى المنقول و غيره كما عن الشرائع.

(٧) قال فى الدروس: (و قيل: التخليه مطلقا، و لا بأس به فى نقل الضمان، لا فى زوال التحريم أو الكراهه عن البيع قبل القبض) و المعنى أن البائع بالتخليه يرفع الضمان عنه لو تلف المبيع و إن لم يقبضه المشتري، و لكن لا- يسمى هذا قبضا حتى يجوز بيع المتاع بعد التخليه، لأنه بيع ما لم يقبض، و سيأتى الخلاف فيه أنه محرم أو مكروه، و تقدم بعضه فى بحث بيع السلف فراجع.

و حيث يكتفى بالتخليه فالمراد بها رفع المانع للمشتري من القبض بالإذن فيه، و رفع يده، و يد غيره عنه إن كان، و لا يشترط مضي زمان يمكن وصول المشتري إليه (٢) إلا أن يكون في غير بلده بحيث يدل العرف على عدم القبض بذلك (٣)، و الظاهر أن اشتغاله (٤) بملك البائع غير مانع منه و إن وجب على البائع التفريغ، و لو كان مشتركا (٥) ففي توقفه على إذن الشريك قولان: أجمدهما العدم، لعدم استلزامه التصرف في مال الشريك. نعم لو كان منقولاً توقف على إذنه لافتقاره قبضه إلى التصرف بالنقل (٦)، فإن امتنع من الإذن (٧) نصب الحاكم من (١) قال في المسالك بعد ما أورد صحيحه معاويه بن وهب أولاً ثم خبر عقبه بن خالد:

(و الثاني حجه على من اكتفى بالتخليه في نقل الضمان، لا في زوال التحريم أو الكراهه قبل القبض كالشهيد في الدروس، حيث نفى عنه البأس، فإن الخبر مصرح بأنه لا يخرج عن ضمان البائع حتى ينتقل، نعم يمكن رده نظراً إلى سنده، فبقى الكلام في تسميتها قبضاً، و الأجود الرجوع في معناه إلى العرف) انتهى.

(٢) إلى المبيع، لأن ذلك لا مدخل له في معنى القبض عرفاً.

(٣) بنفس التخليه، قال في المسالك: (نعم لو كان بعيداً بحيث يدل العرف على عدم قبضه بالتخليه كما لو كان ببلاد أخرى، اتجه اعتبار مضي الزمان، و الحاصل أن مرجع الأمر إلى العرف حيث لم يضبطه الشرع) انتهى.

(٤) لو كان المبيع مشغولاً و هو في يملك البائع فرفع اليد عنه يحقق التخليه، قال في المسالك: (لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع، فإن كان منقولاً كالصندوق المشتمل على أمتعه البائع و اعتبرنا نقله، فنقله المشتري بالأمتعه كفى في نقل الضمان مطلقاً، و يحتمل توقفه على إذن البائع في نقل الأمتعه، و إن كان عقاراً كالدار ففي الاكتفاء بالتخليه قبل نقل المتاع وجهان، أجمدهما ذلك و هو خيره التذكرة) و الوجه الآخر احتمال منه - كما في الجواهر - و هو ضعيف لصدق التخليه الموجه للقبض و إن كان مشغولاً.

(٥) أي كان المبيع مشتركاً بين البائع و غيره، و قد باع البائع حصته، فإن كان المبيع منقولاً و كان القبض متوقفاً على التصرف في حصه الشريك كوضعه في اليد أو نقله فلا بد من إذن الشريك حينئذ، و إلا فلا.

و إن كان المبيع غير منقول فقبضه بالتخليه و رفع يد البائع عنه لا يوجب تصرفاً في حصه الشريك فلا داعي لإذنه.

(٦) حيث ذهب الشارح هنا إلى أن القبض في المنقول هو النقل.

(٧) أي يمتنع الشريك من الإذن حيث يطلب إذنه فيقبضه الحاكم لدفع الضرر عن المشتري -

يقبضه أجمع بعضه أمانه، و بعضه لأجل البيع، و قيل (١): يكفى حينئذ التخليه و إن لم يكتف بها قبله (٢)،(و به) أى بالقبض كيف فرض (ينتقل الضمان إلى المشتري (٣) إذا لم يكن له خيار) مختص به، أو مشترك بينه و بين أجنبى، فلو كان الخيار لهما (٤) فتلفه بعد القبض زمنه (٥) منه (٦) أيضا و إذا كان انتقال الضمان مشروطا بالقبض (فلو تلف قبله فمن البائع) مطلقا (٧)،(مع أن النماء) المنفصل المتجدد بين العقد و التلف (للمشتري (٨) و لا بعد فى ذلك، لأن التلف لا يبطل البيع من أصله، بل يفسخه من حينه كما لو انفسخ بخيار.

هذا إذا كان تلفه من الله تعالى، أما لو كان من أجنبى (٩)، أو من البائع (١) غايته و قبض بعضه عن المشتري لأجل البيع، و البعض الآخر بعنوان الأمانه لأنه مال الشريك، و بقبض الحاكم يتحقق القبض و يكون المشتري شريكا مع ذلك الشريك.

(٢) و هو العلامه فى المختلف و أنه مع امتناع الشريك يكتفى بالتخليه فقط فى تحقق معنى القبض، لأن نقله ممنوع شرعا، لأن النقل متوقف على إذن الشريك و هو غير موجود، و الممنوع شرعا كالممتنع عقلا فينتقل إلى التخليه.

(٣) قبل امتناع الشريك.

(٤) المبيع ما قبل قبضه إذا تلف فهو من مال البائع، و إذا تلف بعد القبض و كان للمشتري خيار فهو من مال البائع أيضا، و قد تقدم الدليل عليهما، و لو تلف المبيع بعد القبض و لم يكن للمشتري خيار أو كان و قد تلف بعد الخيار فهو من مال المشتري لخروجه عن عهده البائع كما هو واضح.

(٥) للبائع و المشتري و قد تحقق القبض فالتلف من مال المشتري بلا خلاف فيه كما فى الرياض، لأن الملك قد حصل بمجرد العقد و التلف يكون على المالك حينئذ.

(٦) أى زمن الخيار.

(٧) أى من المشتري.

(٨) سواء كان للمشتري خيار أو لا، و التلف من البائع لأنه قبل القبض.

(٩) لأن الأصل ملكه و النماء تابع لأصله، و مما قاله الشارح تعرف أن التلف مبطل للعقد من حينه لا من أصله.

(١٠) و هو قبل القبض كما هو المفروض، فالمشتري مخير بين الفسخ و المطالبه بالثمن لأن التلف قبل القبض من مال البائع، و بين إمضاء العقد و مطالبه المتلف بالمثل أو القيمة لأن له الحق عليه لأنه جان، و الرجوع إلى المثل أو القيمة لأنهما بدل المعوض، نعم لو رجع على -

تخير المشتري بين الرجوع بالثمن كما لو تلف من الله تعالى، و بين مطالبه المتلف بالمثل، أو قيمه، و لو كان التلف من المشتري (١) فهو بمنزله القبض

### في أنه إن تلف بعضه، أو تعيب

(و إن تلف بعضه، أو تعيب) من قبل الله، أو قبل البائع (٢) (تخير المشتري في الإمساك مع الأرش و الفسخ)، و لو كان العيب من قبل أجنبي فالأرش عليه للمشتري إن التزم، و للبائع إن فسخ (٣)، (و لو غصب من يد البائع) قبل إقباضه (٤) (و أسرع عوده) بحيث لم يفت من منافعه ما يعتد به عرفاً، (أو أمكن) البائع (نزعه بسرعه) كذلك (فلا- خيار) للمشتري، لعدم موجه، (و إلا) يمكن تحصيله بسرعه (تخير المشتري) بين الفسخ، و الرجوع على البائع بالثمن إن كان دفعه، و الالتزام بالمبيع - المتلف لا يجوز له الفسخ، لأنه لو فسخ سيجمع بين العوض و المعوض و هو منهي عنه و قد تقدم دليله في الأبحاث السابقة، و قال في الجواهر: (ظاهرهم الاتفاق عليه)، و مثله لو كان المتلف هو البائع فيرجع عليه بالثمن إن فسخ، و بالمثل أو قيمه إن أمضى العقد.

(١) و المتاع تحت يد البائع كما هو المفروض، فإتلافه بمنزله القبض سواء كان عالماً أو جاهلاً، لأنه ملكه قد أتلفه بنفسه.

(٢) أو الأجنبي كان للمشتري الفسخ بلا خلاف، لثلا تتبعض عليه الصفقه، و لو لم يفسخ فهل له الأرش أو لا، فإذا كان العيب أو تلف البعض من قبل الله تعالى فتردد كما في المسالك، فقد اختار الشيخ في المبسوط أنه من المشتري، و الأقوى أنه من البائع لأن جميعه مضمون على البائع فأجزاؤه أولى بالضمان، و إذا كان العيب أو النقصان من البائع أو الأجنبي فله الحق بالرجوع بالأرش على الجاني كما هو واضح.

(٣) بحيث لو فسخ المشتري فله الثمن، و يرجع المبيع المعيوب أو الذي تلف بعضه إلى البائع، و البائع يرجع إلى الأجنبي بالأرش لأنه جان حيثئذ.

(٤) فإن أمكن استعادته من يد الغاصب وجبت الاستعاده على البائع، لأن التسليم واجب عليه و ما لا- يتم الواجب إلا به فهو واجب، فتجب الاستعاده من باب وجوب المقدمه.

ثم إن استعادته في الزمن اليسير أو رجع المبيع لأن الغاصب قد تاب في الزمن اليسير بحيث لم يستلزم ذلك فوات منفعه و لا فوات غرض، فلا يثبت للمشتري خيار الفسخ للأصل بعد الشك في ثبوت الخيار له و لو لم يستطع البائع استعادته بسرعه، سواء لم يستطع أبداً أو لم يستطع حتى تطاولت المده كان للمشتري خيار الفسخ للضرر الحاصل عليه بفوات منافعه في المده الطويله.

نعم لو لم يرجع المبيع و أراد المشتري الامضاء كان له ذلك لأنه يمكن الانتفاع بالعين بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد و نحو ذلك.

و ارتقاب حصوله فينتفع حينئذ بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد.

ثم إن تلف في يد الغاصب (١) فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع، وإن كان قد رضى بالصبر (٢)، مع احتمال كونه قبضا، و كذا لو رضى بكونه في يد البائع، و أولى بتحقق القبض هنا (٣)، و لا- أجره على البائع في تلك المدة التي كانت في يد الغاصب و إن كانت العين مضمونه عليه (٤)، لأن الأجره بمنزله النماء المتجدد و هو غير مضمون، و قيل يضمناها، لأنها بمنزله النقص الداخلة قبل القبض، و كالنماء المتصل.

(١) و قبل القبض كما هو المفروض فهو من مال البائع، و يبطل البيع لأن الانفساخ قهري حينئذ.

(٢) أى لو غصب المتاع و قد رضى المشتري بالبيع و صبر و لم يفسخ ثم تلف تحت يد الغاصب، فهل رضاه بالصبر هو قبض منه بحيث يكون تلفه في يد الغاصب تلقا للمبيع بعد القبض و يكون من حال المشتري، و لقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (و إن كان قد رضى المشتري بالصبر، و احتمال أن هذا الرضا قبض ضعيف، بل لو تصرف بالمبيع بنظر أو لمس و نحوه و هو في يد الغاصب لم يكن قبضا عرفا، بل الرضا بالبقاء في يد البائع ليس قبضا، فضلا عن يد الغاصب كما صرح به خبر عقبه بن خالد) انتهى، و قد تقدم الخبر فراجع.

(٣) أى إذا كان الصبر على المتاع في يد الغاصب قبضا فالصبر على المتاع في يد البائع قبضا من باب أولى، و وجه الأولويه أن الصبر على يد العدوان قبض فالصبر على يد الاستئمان قبض من باب أولى.

(٤) قد تقدم أن المتاع لو غصب من يد البائع و قبل قبض المشتري فهو مضمون على البائع، بحيث لو تلف كان من ماله، و لكن لو فاتت منافع من العين المسروقه فهل يثبت على البائع أجره المنافع الفائته أو لا، قيل: لا أجره على البائع، لأن المضمون عليه هو العين و توابعها من النماء المتصل، و المنفعة الفائته ليست من هذا القبيل، بل هي نماء المبيع المتجدد، فتكون على الغاصب فقط.

و قيل: عليه الأجره، لأن المنافع الفائته بمنزله النقص الداخلة على المبيع قبل القبض كما لو باع حيوانا سميئا فهزل قبل القبض، و لأنها بمنزله النماء المتصل المضمون، غايته يرجع المشتري هنا على البائع، و البائع على الغاصب.

و فيه: منع ضمان كل نقص على المبيع بعد العقد و قبل القبض، مع أن جعله من النماء المتصل واضح الفساد.

و الأقوى اختصاص الغاصب بها (إلا أن يكون المنع منه) (١) فيكون غاصبا إذا كان المنع بغير حق (٢)، فلو حبسه ليتقابضا، أو ليقبض الثمن حيث شرط تقدم قبضه فلا أجره عليه (٣)، للإذن في إمساكه شرعا (٤)، و حيث يكون المنع سائغا (٥) فالنفقة على المشتري، لأنه ملكه، فإن امتنع من الإنفاق رفع البائع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه، فإن تعذر أنفق بنيه الرجوع و رجع كظائرته.

(و ليكن المبيع) عند إقباضه (مفزا) (٦) من أمتعته البائع و غيرهما مما لم يدخل في المبيع، و لو كان مشغولا بزرع لم يبلغ و جب الصبر (٧) إلى أوانه إن اختاره (٨) البائع، و لو كان فيه ما لا يخرج إلا بهدم و جب أرشه على البائع، و التفريغ و إن (١) أى من البائع بحيث غصب المتاع و أراد الغاصب ارجاعه فمنعه البائع، فيعدّ البائع حينئذ هو السبب في فوات المنافع فيضمنها، أو أنه لم يسرق المتاع و قد امتنع البائع من التسليم فكذلك.

(٢) أما لو كان المنع من البائع بحق كما لو حبس المتاع ليتقابضا، لأن المشتري امتنع من إقباض ما فى يده مقارنا لإقباض البائع ما فى يده، فقد تقدم أن التلف من مال الممتنع، و عن جامع المقاصد احتمال الضمان مع جواز المنع، لأن جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة، و لا- يلزم من ثبوت الأول ثبوت الثانى، و هو ضعيف نظرا إلى أن جواز الحبس معناه الإذن شرعا، و هو لا يتعقبه الضمان فيلزم من ثبوت الأول الثانى.

(٣) على البائع فى قبال المنافع الفاتته.

(٤) فلا يتعقبه الضمان.

(٥) أى بحق، فالنفقة على المتاع كعلف الدابه و صيانته المتاع إنما تكون من مال المشتري، لأن المتاع ملكه فالغرم عليه كما له الغنم، و لا تكون على البائع لأن يده يد استئمان شرعا.

(٦) قال فى المسالك: (و لا- ريب فى وجوب الإخراج و التفريغ لتوقف التسليم عليه)، و عليه فإن كان فى المبيع أمتعته و جب نقلها، أو زرع حان حصاده و جب حصاده و تسويه الحفر، و لو كان فى المبيع شىء لا- يخرج إلا بتغيير شىء من أبنية المبيع و جب إخراجها و إصلاح ما يستهدم، كل ذلك من باب وجوب المقدمه.

(٧) أى و جب الصبر على المشتري إلى حين البلوغ جمعا بين الحقين، لأن إخراج الزرع قبل بلونه ضرر على البائع، و عدم تسليم العين ضرر على المشتري، فيسلّم العين و يؤمر بترك الزرع إلى أوانه.

(٨) أى اختار البقاء.



كان واجبا (١) إلا أن القبض لا يتوقف عليه، فلو رضى المشتري بتسلمه مشغولا تم القبض و يجب التفريغ بعده.

### فى أنه يكره بيع المكيل و الموزون قبل قبضه

(و يكره بيع المكيل و الموزون قبل قبضه) (٢) للنهى عنه المحمول على الكراهه (١) أى إن تفريغ المبيع من مال البائع واجب على البائع من باب وجوب مقدمه غير أن المشتري لو رضى بتسلمه مشغولا تم القبض، لأن المعنى العرفى للقبض لا يوجب التفريغ المذكور، نعم لو تحقق القبض كان على البائع فيما بعد التفريغ ليتمكن المشتري من الانتفاع فى ملكه.

(٢) ذهب العماني إلى عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه، و تبعه عليه الشيخ و العلامه فى التذكره و الارشاد و الشارح فى المسالك و الروضه و المحدث البحراني للأخبار.

منها: صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل و لا وزن فبعه) كما هو المروى فى الفقيه (١) و التهذيب ٢، و خبر على بن جعفر المروى فى قرب الاسناد عن أخيه موسى عليه السلام (سألت عن رجل اشترى بعا كيلا أو وزنا هل يصلح بيعه مرابحه؟ قال:

لا بأس، فإن سُمى كيلا أو وزنا فلا يصلح بيعه حتى تكيله أو تزنه) ٣، و صحيح معاوية بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال:

ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذى قام عليه) (٢).

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ابن زهره فى الغنيه و العلامه فى التذكره و الارشاد، بل و الصدوق و القاضى أنه كذلك إذا كان المبيع طعاما لجملة من الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال، قال: لا يصلح له ذلك) ٥، و خبر على بن جعفر (سأل أخاه موسى عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ فقال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و إذا كان يوليه فلا بأس، و سألت عن الرجل يشتري الطعام أ يحل له أن يولّى منه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه شيئا فلا بأس، فإن ربح فلا يبيع حتى يقبضه) ٦.

و ذهب المشهور إلى الكراهه جمعا بين ما تقدم و بين أخبار داله على الجواز.

منها: خبر جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه-

ص: ٦٥٧

١- (( ١ و ٢ و ٣ )) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١ و ١٣ و ٢٢.

٢- (( ٤ و ٥ و ٦ )) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١ و ٥ و ٩.

جمعا، (وقيل: يحرم إن كان طعاما) و هو الأقوى، بل يحرم بيع مطلق المكييل و الموزون، لصحة الأخبار الداله على النهى، و عدم مقاومه المعارض لها على وجه يوجب حمله (١) على خلاف ظاهره (٢)، و قد تقدم (٣).

### فى ما لو ادعى المشتري نقصان المبيع

(و لو ادعى المشتري نقصان المبيع) (٤) بعد قبضه (حلف إن لم يكن حضر) - قبل أن يقبضه، قال: لا بأس (١) و خبر ابن حجاج الكرخى (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: اشترى الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار متى بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبع إلى أجل اشتريت، و ليس لك أن تدفع قبل أن تقبض) ٢، و يشهد للكراهه خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه، إلا أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع) (٢).

و الشارح لم يعمل بأخبار الجواز لضعفها، أما الأول فبعلى بن حديد و هو ضعيف، و الثانى بالكرخى و هو مجهول و لذا قال فى المسالك: (لأن أخبار المنع صحيحه متظافره، و خبر التسويغ فى طريق أولهما على بن حديد و هو ضعيف، و الآخر مجهول، فالقول بالمنع أوضح و هو خيره العلامه فى التذكرة و الإرشاد و الشيخ فى المبسوط، بل ادعى عليه الاجماع و جماعه من الأصحاب) انتهى.

(١) حمل النهى.

(٢) فظاهره الحرمة، و خلافه الكراهه.

(٣) فى آداب البيع و فى بيع السلف.

(٤) إذا قبض المشتري المبيع و كان مما يكال أو يوزن، لكن لم يحضر كييه و لا - وزنه، ثم ادعى نقصان المبيع فالقول قوله مع يمينه، لأنه منكر لأصله عدم وصول حقه إليه، بلا - فرق بين كون النقصان قليلا أو كثيرا. نعم لو حضر كييه أو وزنه و قبضه ثم ادعى النقصان فالقول قول البائع مع يمينه لأن قول البائع موافق للظاهر و هو أن صاحب الحق إذا حضر استيفاد حقه يحتاط لنفسه.

و قول المشتري هنا و إن كان موافقا للأصل من عدم وصول حقه إليه، لكنه مخالف لهذا الظاهر و العرف لا يأخذون بالأصل مع هكذا ظاهر.

بل المشتري فى الصورة الثانیه قوله مخالفا للظاهر و الأصل معا، أما الظاهر فقد تقدم، و أما الأصل فهو وصول حقه إليه، لأنه قبضه بعد ما حضر وزنه أو كييه و لم يعترض -

ص: ٦٥٨

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٦.

(الاعتبار)، لأصاله عدم وصول حقه إليه، (وإلا- يكن) كذلك بأن حضر الاعتبار (أحلف البائع) عملاً بالظاهر من أن صاحب الحق إذا حضر اعتباره يحتاط لنفسه و يعتبر مقدار حقه، و يمكن موافقه الأصل للظاهر باعتبار آخر، و هو أن المشتري لما قبض حقه كان فى قوه المعترف بوصول حقه إليه كمالاً، فإذا ادعى بعد ذلك نقصانه كان مدعياً لما يخالف الأصل، و لا يلزم مثله فى الصورة الأولى، لأنه إذا لم يحضر لا يكون معترفاً بوصول حقه، لعدم اطلاعه عليه، حتى لو فرض اعترافه فهو مبنى على الظاهر بخلاف الحاضر، (و لو حوّل المشتري الدعوى) حيث لا- يقبل قوله فى النقص (١) (إلى عدم إقباض الجميع) من غير تعرض لحضور الاعتبار و عدمه، أو معه (حلف)، لأصاله عدم وصول حقه إليه (ما لم يكن سبق بالدعوى الأولى) فلا- تسمع الثانية لتناقض كلاميه، و هذا من الحيل التى يترتب عليها الحكم الشرعى، كدعوى براءة الذمه من حق المدعى لو كان قد دفعه إليه بغير بينه فإنه لو أقر بالواقع (٢) لزمه.

-فيكون قبضه اعترافاً ضمناً بوصول حقه إليه.

لا- يقال: لو كان القبض اعترافاً ضمناً بوصول حقه إليه لكان جارياً فى الصورتين، لأنه يقال: هناك فرق، نفي الصورة الثانية لما حضر الاعتبار و قبض و لم يعارض و لم يطالب ببقية حقه كان قبضه اعترافاً ضمناً بوصول حقه كما هو واضح بخلاف الصورة الأولى فإن عدم المطالبة عند القبض لا يكون اعترافاً بوصول حقه، لأنه جاهل بقيمه ما قبض.

ثم لو سلم أن قبض المبتاع مع عدم المطالبة هو اعتراف، ففى الصورة الأولى هو اعتراف اعتماداً على الغير لا على حضوره، و هذا معناه أنه اعترف بوصول حقه إليه إن صدق الغير بما قدّم، و لكنه تبين أن الغير لم يكن صادقاً فيجوز له دعوى النقصان و يكون قوله موافقاً فى الصورة الأولى للأصل من عدم وصول حقه إليه.

(١) أى فى الصورة الثانية عند ما حضر الاعتبار، فلو ادعى عدم قبض جميع حقه و لم يدعى نقصان المبيع و قد حضر كيله أو وزنه، و على كل فلو برز دعواه بهذه الكيفية فهو منكر لموافقته قوله للأصل من عدم وصول حقه إليه، و لا يكون مخالفاً للظاهر، إذ حضوره أعم من قبض جميع حقه، بخلاف ما لو ادعى نقصان المبيع فهو يدعى أن المبيع عند ما كيل كان انقص مما فى ذمه البائع مع أن حضوره يستلزم عدم النقصان، لأن الإنسان يحتاط لنفسه.

(٢) أى لو اعترف بوجود حق للمدعى ثم ادعى أنه قد دفعه إليه فهو مدع مطالب بالبينه، و مع عدمها فالقول قول خصمه مع يمينه و لازمه إلزامه بالواقع حينئذ.

(الثالث فيما يدخل في المبيع) عند إطلاق لفظه

### في أنه يراعى فيه اللغه و العرف

(و) الضابط أنه (يراعى فيه اللغه و العرف) (١) العام، أو الخاص، و كذا يراعى الشرع بطريق أولى، بل هو مقدم عليهما، و لعله أدرجه في العرف لأنه عرف خاص، ثم إن اتفقت (٢)، و إلا قدّم الشرعى (٣)، ثم العرفى، ثم اللغوى (٤) (ففى بيع البستان) بلفظه (٥) (تدخل (٦) الأرض و الشجر) قطعاً (و البناء) (٧) كالجدار و ما أشبهه من الركائز المثبتة فى داخله لحفظ التراب عن الانتقال. أما البناء المعد للسكنى و نحوه ففى دخوله وجهان (٨):

(١) المعروف بينهم - كما فى الجواهر - أن الضابطه فى ذلك الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغه أو عرفاً، هذا و العرف مقدم على اللغه لأن المتبايعين من أصل العرف و المحاوره بينهم محكومهم بالعرف السائد، فكذا ألفاظ المبيع، ثم إن العرف عام أو خاص، و لا- يراد العرف الخاص إلا- مع القرينه، هذا هو الأصل فى حمل الألفاظ على المعانى عند إطلاقها إلا إذا كان للفظ حقيقه شرعيه فتقدم على العرف العام المقدم على اللغوى، غير أن ثبوت الحقيقه الشرعيه فى ألفاظ المبيع شبه معدوم.

(٢) أى اللغه مع العرف العام و العرف الخاص و هذا نادر.

(٣) مع قصد المتبايعين و إلا فمع عدم القصد يقدم العرف العام لأنه هو الأصل عند التبادر.

(٤) لأنه إذا عدم المعنى العرفى عاماً أو خاصاً فلا بد من حمل اللفظ على معنى، فلو لم يكن له إلا المعنى اللغوى فلا بدّ من حمله عليه.

(٥) حيث ورد لفظ البستان فى عقد البيع، هذا و النزاع هنا صغرى، و قد بحث فيه الفقهاء بما هم من أهل العرف و اللغه، و خصوا البحث بالألفاظ التى يكثر دورانها فى عقود البيع.

(٦) فيدخل فى البيع الشجر و النخل و الأرض بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن معنى البستان عرفاً و لغه هو الأرض المشجره، قال فى المصباح: (البستان هو الجنه).

(٧) فلا ريب فى دخول السور فى معنى البستان كما نص عليه جامع المقاصد و غيره، لأنه معناه عرفاً، و كذا ما أشبهه من الركائز المبنية فى داخله لحفظ التراب.

(٨) من أنه من توابعه، و من إطلاق البستان عليه ظاهراً إذا قيل باع فلان بستانه و فيه بناء، و وجه العدم عدم دخوله فى مسماه لغه و عرفاً و لذا يسمى بستاناً و إن لم يكن فيه بناء بخلاف ما لو لم يكن فيه شجر، و قال فى المسالك: (و الأقوى فى ذلك الرجوع

إلى العرف فإن عدّ أنه جزء منه أو تابع له دخل و إلا فلا، و يختلف ذلك باختلاف البقاع و الأزمان و أوضاع البناء) و هو متين.

ص: ٦٦٠

أجودهما اتباع العاده. (و يدخل فيه الطريق، و الشرب) (١) للعرف، و لو باعه بلفظ الكرم (٢) تناول شجر العنب، لأنه مدلوله لغه، و أما الأرض و العريش و البناء و الطريق و الشرب فيرجع فيها إلى العرف، و كذا ما اشتمل عليه من الأشجار و غيره، و ما شك في تناول اللفظ له لا يدخل.

### في ما يدخل في بيع الدار

و يدخل (في الدار (٣) الأرض و البناء أعلاه و أسفله، إلا أن ينفرد الأعلى عاده) فلا يدخل إلا بالشرط، أو القرينه، (و الأبواب) (٤) المثبته و في المنفصله كألواح الدكاكين و جهان: أجودهما الدخول، للعرف. و انفصالها للارتفاق (٥) فتكون كالجزيء و إن انفصلت. و اطلاق العبارة يتناولها. و في الدروس قيدها بالمثبته فيخرج (و الأغلاق المنصوبه) (٦)، دون المنفصله كالأقفال (٧) (و الأخشاب المثبته) (٨) (١) بالكسر مورد الماء كالمشرب، قال في المسالك: (و كذا يدخل الطريق و الشرب بدلاله العرف و إن لم يدخل في مفهومه).

(٢) أي باع البستان المزروع بشجر العنب بلفظ الكرم، دخل شجر العنب قطعاً لدلاله لفظ الكرم عليه بالتطابق، و قال في المسالك: (و أما الأرض و العريش و الطريق و الشرب و البناء فيرجع فيها إلى العرف، فإن أفاد دخولها في مسماه دخل، و إلا فلا، و لو أفاد دخول بعضها خاصه اختص به، و كذا القول في باقى الأشجار النابتة معه، و مع الشك في تناول العرف لها لا يدخل) انتهى.

(٣) لو باع بلفظ الدار دخل فيها الأرض و الأبنيه الأعلى و الأسفل، بلا خلاف و لا إشكال - كما في الجواهر - إلا أن يكون الأعلى مستقلاً بما تشهد العاده بخروجه مثل أن يكون الأعلى مساكن منفرده و لها طريق خاص و مرافق مستقلة كما في عصورنا الحاضر.

(٤) أما المثبته فتدخل بلا خلاف و لا إشكال قضاء للعرف، و أما المنفصله كألواح الدكاكين فتدخل قضاء للعرف، و يحتمل عدم دخولها لأن اسم الدار لا ينطبق عليها و هو ضعيف.

(٥) قال في المسالك: (ألواح الدكاكين المجعوله أبواباً منقوله للارتفاق لسعه الباب) انتهى.

(٦) بلا خلاف و لا إشكال قضاء لحق العرف، و لأنهما جزء الباب الداخل في بيع الدار.

(٧) فلا تدخل قضاء للعرف.

(٨) هي الأخشاب المستدخله في البناء، فإن لم تستدخل بل سميت فهي رفوف، و الأخشاب المثبته تدخل لأنها من أجزاء الدار، و أما التي سميت فتدخل لأنها من توابع الدار بحسب العرف، و في التذكرة نفى دخول السلالم المستقره و الرفوف و الأوتاد لخروجها عن اسم الدار.

كالمتخذة لوضع الأمتعه و غيرها، دون المنفصله و إن انتفع بها فى الدار، لأنها كالألات الموضوعه بها،(و السلم المثبت) فى البناء لأنه حينئذ بمنزله الدرجه (١)، بخلاف غير المثبت، لأنه كالأله، و كذا الرف. و فى حكمها الخوابى المثبتة فى الأرض و الحيطان (٢)،(و المفتاح) (٣) و إن كان منقولاً لأنه بمنزله الجزء من الأغلاق المحكوم بدخولها.

و المراد غير مفتاح القفل، لأنه تابع لغلقه و لو شهدت القرينه بعدم دخوله لم يدخل، و كذا يدخل الحوض و البئر و الحمام المعروف بها (٤) و الأوتاد (٥)، دون الرحى و إن كانت مثبته (٦)، لأنها لا تعد منها، و إثباتها لسهولة الارتفاق بها.

(و لا يدخل الشجر) الكائن بها (إلا مع الشرط (٧)، أو يقول: بما أعلق عليه) (١) فإن كان ثابتاً فهو من توابع و إلا كان كبقية الأمتعه.

(٢) فإن كانت مثبته فتدخل لأنها من توابع الدار عرفاً و إلا فلا، و العلامه فى أكثر كتبه نفى دخول الخوابى مطلقاً.

(٣) و يريد به مفتاح الاغلاق المنصوبه لا مفتاح الأقفال المنفصله و غير الثابته، و قال فى المسالك: (وجه التردد من خروجها عن اسم الدار و كونها منقوله فتكون كالألات المنتفع بها فيها، و من أنها من توابع الدار، و كالجزم من الأغلاق المحكوم بدخولها، و الأقوى الدخول إلا أن يشهد العرف بغيره كمفاتيح الأقفال) انتهى.

(٤) أى بالدار، و الدخول لأنها من توابع الدار عرفاً.

(٥) فتدخل لأنها من توابع الدار عرفاً، و قد عرفت خلاف العلامه فيها سابقاً.

(٦) قال فى المسالك: (التي ثبت حجرها الأسفل، و إنما لم تدخل لأنها لا تعدّ من الدار لغيره و لا عرفاً، و إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كى لا تترزع و تتحرك عند الاستعمال، و للشيخ قول بدخول الرحى المثبته لصيرورتها من أجزاء الدار و توابعها بالثبته، و الأعلى تابع للأسفل) انتهى.

(٧) لو كان فى الدار نخل أو شجر لا يدخل فى بيع الدار بلفظ الدار، و فى التذكرة (و لو كان وسطها أشجار لم تدخل عندنا)، و الأقوى الرجوع إلى العرف.

نعم لو قال: بعث الدار بحقوقها، فعنى الشيخ فى المبسوط أن الأشجار تدخل لأنها من حقوق الدار، و ردّ بأنها ليست من حقوق الدار، و لذا قال فى الجواهر: (بل لو فرض ذلك فى بعض الأشجار و الزرع المقصود منها نزهه الدار و حسنهما، كان خارجاً عن محل النزاع، و يكون من قبيل الدخول بالقرائن، بل لا يحتاج فيه إلى التصريح بالحقوق) -



(بابها، أو ما دار عليه حائطها)، أو شهادة القرائن بدخوله كالمساومه عليه (١)، و بذل ثمن لا يصلح إلا لهما (٢)، و نحو ذلك،

## فى ما يدخل فى النخل

(و) يدخل (فى النخل الطلع إذا لم يؤبر (٣) بتشقيق طلع الإناث، و ذر طلع الذكور فيه ليجىء ثمرته أصلح،) و لو أبر فالثمره للبائع، و لو أبر البعض فلكل حكمه على الأقوى (٤)، و الحكم مختص -انتهى، هذا و فى عرفنا الحالى دخول الأشجار فى بيع الدار.

ثم لو قال: بعتك هذه الدار على ما دار عليه حائطها أو على ما أعلق عليه بابها، فإنها تدخل قطاعا، و يشهد له مكاتبه الصّفّار إلى أبى محمد عليه السّلام (فى رجل اشترى من رجل أرضا بحدودها الأربعة و فيها زرع و نخل و غيرهما من الشجر، و لم يذكر النخل و لا الزرع و لا الشجر فى كتابه، و ذكر فيه أنه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها و الخارجة منها، أ يدخل النخل و الأشجار فى حقوق الأرض أم لا، فوقّ عليه السّلام: إذا ابتاع الأرض بحدودها و ما أعلق عليه بابها فله جميع ما فيها إن شاء الله) (١).

(١) على الشجر.

(٢) أى لا يدخل الشجر فى بيع الدار إلا مع الشرط أو القرائن، و من جملة القرائن مساومه المشتري على الشجر كمساومته على الدار، و من جملتها أن يبذل المشتري ثمنا يصلح للدار و الشجر بحيث لو لم يقصد الشجر فلا يدفع هذا الثمن بحسب العرف.

(٣) التأبير هو تشقيق طلع الإناث و ذرّ طلع الذكور فيه، ليجىء رطبها أجود مما لم يؤبر، و العاده قائمه على الاكتفاء بتأبير البعض، و الباقي يتشقق بنفسه و تهب ريح الذكور إليه، و قد لا يؤبر شىء و يتشقق الكل و يتأبر بالرياح، خصوصا إذا كانت الذكور فى ناصيه الصبا و قد هبّ الصبا وقت التأبير.

هذا و النخل إذا لم يؤبر و قد باعه فيدخل فى المبيع طلعه، مع أن الأصل عدم دخول الثمره فى بيع الشجره، و دخول الطلع هنا للأخبار.

منها: خبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من باع نخلا قد أبره فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ثم قال: قضى به رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم) (٢) و مثله غيره، و الاستدلال بالمفهوم.

(٤) بحيث أبر البعض و الباقي غير مؤبر و لو بسبب الرياح، و عن العلامه فى التذكرة أنه يصدق أنه باع نخلا مؤبره فثمره للبائع، و فيه: أنه باع نخلا مؤبرا أو غير مؤبر فلا بد أن يكون لكل حكمه.

ص: ٦٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

بالبیع فلو انتقل النخل بغيره (١) لم يدخل الطلع مطلقا (٢) متى ظهر كالثمره.

(و) حيث لا يدخل فی البیع (يجب تبقيتها إلى أو ان أخذها) (٣) عرفا بحسب تلك الشجره، فإن اضطرب العرف (٤) فالأغلب، و مع التساوى (٥) ففي الحمل على الأقل، أو الأكثر، أو اعتبار التعيين، و بدونه يبطل أوجه.

(و طلع الفحل) للبائع متى ظهر (٦)، (و كذا باقى الثمار مع الظهور) (٧) و هو (١) بغير البیع سواء كان بمعاوضه لازمه أو لا فيرجع إلى القواعد من أن الثمره لا تدخل فی الشجره إلا لغه و لا عرفا، و عليه فالثمره للبائع سواء أبرت أو لا، بلا خلاف فيه بيننا، خلافا للشافعى حيث سرى الحكم إلى جميع المعاوزات.

(٢) سواء أبر أم لا.

(٣) قال فى المسالك عند قول المحقق: و يجب على المشتري تبعيته نظرا إلى العرف، فقال:

(ظاهر العبارة أن النظر إلى العرف دليل وجوب التبعيه على المشتري و ليس ببعيد، فإن الثمره المقطوعه قبل أو انها لا قيمه لها فى الأغلب، خصوصا ثمره النخل، فالعاده تقتضى إبقاءها للبائع إذا باع الشجر، و يمكن أن يريد به وجوب تبقيته بما دل العرف عليه بحسب تلك الشجره فى ذلك المحل، فما كانت عادته أن يؤخذ بسرا يبقى إلى أن يتناهى حلاوته، و ما يؤخذ رطبا إذا تناهى ترطيبه، و ما يؤخذ تمرا إذا انتهى نشافه) انتهى.

(٤) بحيث قال بعضهم تبقى لمدته، و قال البعض الآخر: تبقى لمدته أخرى، فيحمل على الأغلب بحيث كان الانقسام بين أهل العرف و ذهب أكثرهم إلى قول و الباقي إلى قول ثان فالحمل على قول الأكثر.

(٥) و لا- توجد أكثرية فهنا أوجه، حملة على الأقل اقتصارا فيما خالف الأصل على القدر المتيقن، و الأصل هو تسلط المشتري على ملكه و منع غيره من الانتفاع به، و حملة على الأكثر لثبوت أصل الحق للبائع و بعد انقضاء المده القليله يستصحب حق البائع إلى أن يثبت المزيل، و الاحتمال الثالث هو وجوب تعيين مدته الابقاء بحيث لو لم تذكر مدته الابقاء للزم الجهاله فى أحد العوضين فيبطل العقد.

(٦) قد تقدم أن ثمره النخل قبل التأبير للمشتري و بعده للبائع، و هذا لا يشمل طلع الذكور من الفحل فهى للبائع مطلقا، قال فى المسالك: (لما تقدم من أن الحكم معلق على التأبير، و لا يتحقق فى الذكور، لأنه على ما عرفت ذرّ طلع الفحل فى كمام الأنثى بعد شقه، و العكس و إن كان ممكنا، إلا أنه الغالب خلافه، و الإطلاق محمول على الغالب، بل منزل عليه، فعلى هذا متى ظهرت أكمه الفحول فهى للبائع) انتهى.

(٧) لما تقدم أن الثمره لا تدخل فى الشجره، فتبقى على ملك البائع.

انعقادها، سواء كانت بارزه (١) أم مستتره في كمام (٢)، أو ورد (٣) و كذا القول فيما يكون المقصود منه الورد (٤)، أو الورق (٥)، و لو كان وجوده على التعاقب (٦) فالظاهر منه حال البيع للبائع، و المتجدد للمشتري، و مع الامتزاج يرجع إلى الصلح.

(و يجوز لكل منهما) أى من البائع الذى بقيت له الثمره و المشتري (٧) (السقى) (٨) مراعاه لملكه (إلا أن يستضرا) معا فيمنعان (٩)، و لو تقابلا فى الضرر و النفع (١٠) رجحنا مصلحه المشتري، لأن البائع هو الذى أدخل الضرر على نفسه (١) كالتين.

(٢) كالجوز.

(٣) أى أن الثمره ظهرت و لكن مستتره فى ورد، و هو المسمى بالزهر كالتفاح و الليمون.

(٤) كالأزهار.

(٥) كشجر الحناء و التوت فإنه طعام لدود القز.

(٦) أى لو كانت الثمره ظاهره فى بعض الأشجار، و باع الجميع، ظهرت الثمره فى باقى الأشجار، فما كان من الثمره قبل العقد فهو للبائع، و ما كان بعد العقد فهو للمشتري لأنه نماء متجدد، و مع الامتزاج فلا بد من الصلح.

(٧) الذى له الشجره.

(٨) أى سقى الشجره، أما جواز السقى للبائع فلأن الثمره لا تصلح إلا بسقى الشجره فيجوز له لحقه فى صلاح الثمره، و أما جواز السقى للمشتري فلأن الشجره ملكه فيجوز له سقيها لصلاحها و نموها و هذا واضح، ثم إذا منع أحدهما الآخر من السقى أجبر المانع على القبول لعدم تسلطه على منع تصرف الآخر لصلاح ماله.

(٩) أى إذا كان مطلق السقى يضر الأصل و الثمره فيمنع كل منهما من السقى، و إن كان لأحدهما التسلط على ماله و يجوز له أن يضر ماله بالسقى غير أنه لا يجوز له إدخال الضرر على الآخر.

(١٠) بأن كان أحدهما يتضرر من السقى و الآخر يتضرر من عدم السقى فتقدم مصلحه المشتري، لأن البائع هو الذى أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل و تسليط المشتري عليه، و احتمال فى الدروس تقديم البائع لأن حقه أسبق، و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى جواز فسخ العقد بينهما مع التشاح، و لكن الأول هو الأشهر و لكن يشكل عليه فيما لو كان نقص الأصل يحيط بقيمه الثمره و زياده فإنه حينئذ ينبغى تقديم مصلحته مع ضمانه لقيمه الثمره جمعا بين الحقين.

بيع الأصل، و تسليط المشتري عليه الذى يلزمه جواز سقيه، و توقف فى الدروس حيث جعل ذلك احتمالا و نسيبه إلى الفاضل، و احتمال تقديم صاحب الثمره، لسبق حقه، و يشكل تقديم المشتري حيث يوجب نقصا فى الأصل يحيط بقيمه الثمره و زياده فينبغى تقديم مصلحه البائع (١) مع ضمانه لقيمه الثمره جمعا بين الحقين.

### فى ما يدخل فى بيع القريه

(و) يدخل (فى القريه البناء) (٢) المشتتمل على الدور و غيرها (و المرافق) كالطرق و الساحات، لا الأشجار و المزارع (٣) إلا مع الشرط، أو العرف كما هو الغالب الآن، أو القرينه، و فى حكمها الضيعه فى عرف الشام (٤)، (و) يدخل (فى العبد) و الأمه (ثيابه الساتره للغوره) (٥)، دون غيرها، اقتصارا على المتيقن دخوله، لعدم دخولها فى مفهوم العبد لغه. و الأقوى دخول ما دل العرف عليه من ثوب، و ثوبين، و زياده و ما يتناوله بخصوصه من غير الثياب كالحزام و القلنسوه و الخف و غيرها، و لو اختلف العرف بالحر و البرد دخل ما عليه حال البيع، دون غيره و ما شك فى دخوله لا يدخل للأصل، و مثله الدابه فيدخل فيها النعل (٦)، دون آلاتها، إلا مع الشرط و العرف.

(١) و هو اشتباه بل المشتري، و قد حاول المحشون تصحيح عباراته بما لا ينفع فراجع.

(٢) قضاء لحق العرف فتدخل الدور و الساحات و الطرق.

(٣) المزارع هى بقاع تررع و فيها بيوت يسكنها الفلاحون وقت الزراعه فهى و الأشجار خارجه لو بيعت القريه المجاوره لهما، إلا أن يشترط دخولهما أو تكون هناك قرينه.

(٤) أى و فى حكم القريه الضيعه فى عرف الشام، حيث يعبرون عن القريه بالضيعه، قال فى الدروس: (ثانيها: القريه و الدسكروه و الضيعه فى عرف أهل الشام يتناول دورها و طرقها و ساحاتها لا أشجارها و مزارعها إلا مع الشرط، أو القرينه أو يتعارف ذلك كما هو الغالب الآن) انتهى.

(٥) قضاء للعرف، بل و للقدر المتيقن من المبيع إذ لا يمكن تقديمهما عريانين للمشتري، بل القول بدخول ما دل عليه العرف من ثيابهما هو الأقوى، بل يدخل الحزام و القلنسوه و الخف و غيرها للعرف أيضا.

(٦) لأنه من أجزائها عرفا، و لا يدخل المقود و الرحل إلا مع الشرط، و قال فى الجواهر:

(و لعل العرف الآن على خلافه خصوصا فى المقود).

(الرابع. فى اختلافهما):

فى اختلافهما فى قدر الثمن

(فى قدر الثمن (١) يحلف البائع مع قيام العين، و المشتري مع تلفها) على المشهور، بل قيل: إنه إجماع. و هو بعيد، و مستنده روايه مرسله، و قيل: يقدم قول المشتري مطلقا (٢) لأنه ينفى الزائد، و الأصل عدمه، و براهه ذمته. و فيه (٣) قوه إن لم يثبت الإجماع على خلافه، مع أنه (٤) خيره التذكرة، و قيل: يتحالفان و يبطل البيع، لأن كلا منهما مدع و منكر، لتشخص العقد بكل واحد من الثمينين. و هو خيره المصنف فى قواعده، و شيخه فخر الدين فى شرحه، و فى الدروس نسب القولين إلى الدور، و على المشهور لو كانت العين قائمه لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالا- لازما كالبيع و العتق ففى تنزيهه (٥) منزله التلف (١) بحيث يدعى المشتري ثمننا أقل مما يدعيه البائع، فالمشهور أن القول قول البائع مع يمينه إن كان المبيع قائما، و هو قول المشتري إن كان تالفا، و ادعى عليه الاجماع فى الغنيه و الخلاف و كشف الرموز، لمرسل البنظى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يبيع الشىء فيقول المشتري: هو بكذا و كذا بأقل مما قال البائع، فقال عليه السلام: القول قول البائع مع يمينه إذا كان الشىء قائما بعينه) (١)، و مفهومه إن لم يكن قائما فالقول قول المشتري.

و هذا القول مخالف للقواعد لأن القول قول المشتري مطلقا سواء كان المبيع قائما أو تالفا لاتفاقهما على وقوع المبيع و البائع يدعى الزائد و المشتري ينكره و لا بد بحسب القواعد من تقديم قول المنكر مع يمينه، و هذا القول لم يذكره أحد من أصحابنا و قد ذكره العلامة فى القواعد احتمالا و نقله فى التذكرة عن بعض العامه و قواه كما فى المسالك.

و قد احتمل العلامة فى الكثير من كتبه أنهما يتحالفان، لأن كلا منهما مدع و منكر، لأن العقد الذى تضمن الأقل يدعيه المشتري و ينكره البائع، و العقد الذى تضمن الأكثر يدعيه البائع و ينكره المشتري فيتحالفان و يبطل البيع، و قد اختاره فخر المحققين فى الايضاح و اختاره الشهيد فى قواعده.

(٢) أنهما متفقان على عقد واحد مع ثبوت الأقل على كل حال و إنما الخلاف فى الزائد و أحدهما يدعيه و الآخر ينكره فلا بد من تقديم المنكر و لا وجه للتحالف.

(٣) سواء كان المبيع قائما أو تالفا.

(٤) أى لو كان الاجماع قائما لما خالف العلامة فى التذكرة.

(٥) تنزيل الانتقال.

---

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

قولان (١): أجودهما العدم، لصدق القيام عليها (٢) و هو البقاء، و منع مساواته للتلف فى العله الموجه للحكم، و لو تلف بعضه (٣) ففى تنزيله منزله تلف الجميع أو بقاء الجميع، أو إلحاق كل جزء بأصله أوجه، أوجهها الأول لصدق عدم قيامها الذى هو مناط تقديم قول البائع، و لو امتزج بغيره (٤) فإن بقى التمييز و إن (١)وجه تنزيل النقل منزله التلف أن المبيع فىهما يخرج عن ملك المشتري، و لا يمكن له الانتفاع فيه، فإذا كان هذا المعنى هو الذى أوجب تقديم قول المشتري فى التلف لوجب تقديم قوله أيضا فيما هو المساوى له من التلف الحكى و هو النقل اللازم، و وجه عدم التنزيل أننا نمنع كون تقديم قول المشتري إنما كان لخروج المتاع عن حد الانتفاع بالنسبه إليه، بل من الجائز كون التلف الحقيقى عله لقبول قول المشتري نظرا إلى امتناع الرجوع بالمبيع عقلا، و هذا غير متحقق بالنقل اللازم، إذ يمكن فسخه أو الإقاله منه، مع صدق كون المبيع قائما مع النقل اللازم فلا بد من التمسك بإطلاق الخبر و يكون القول قول البائع.

و فى المسالك: جعل الوجه الأول قولاً، و الوجه الثانى إشكالا عليه، و من هنا قال بعض المحشين على الروضه: (المناسب أن يقال وجهان، فإن هذا الفرع غير مذکور فيما رأيناه من الكتب المبسوطه فضلا عن الخلاف فيه) انتهى. و الحق هو تقديم قول المشتري كما عرفت بمقتضى القواعد، نخرج عنها بتقديم قول البائع إذا كان المتاع قائما عند المشتري عملا بالخبر و لا نتعدى إلى النقل اقتصارا فيما خالف الأصل على القدر المتيقن.

(٢) أى على العين.

(٣) لو قلنا بأن النقل اللازم بمنزله التلف، فلو تلف بعضه أو انتقل بعضه فهل ينزل تلف الجميع أوجه:

الأول: أنه ينزل منزله تلف الجميع و يكون القول قول المشتري، لأن الخبر قدم قول البائع مع قيام المبيع و هو ظاهر فى قيام جميع المبيع، و بما أن الخبر على خلاف القواعد فيقتصر فيه على القدر المتيقن و هو قيام الجميع، و فى غيره يرجع إلى القواعد فلا بد من تقديم قول المشتري.

أنه ينزل منزله بقاء الجميع، لأن قول المشتري - كما فى الخبر - مقدم عند تلف الجميع، فلو تلف البعض فلا يقدم حينئذ.

إلحاق كل جزء بأصله، فيقدم قول المشتري بالنسبه إلى التالف، و قول البائع بالنسبه إلى الباقي.

(٤) قال فى المسالك: (و لو امتزج المبيع بغيره، فإن بقى التمييز فعينه قائمه، و إن لم يتميز -

عسر التخليص فالعين قائمه، و إلا (١) فوجهان و عدمه (٢) أوجه، لعدم صدق القيام عرفا، فإن ظاهره (٣) أنه أخص من الوجود.

### في اختلافهما في تعجيله

(و لو اختلفا في تعجيله) (٤) أى الثمن (و قدر الأجل) (٥) على تقدير اتفاقهما عليه فى الجملة (و شرط رهن، أو ضممين عن البائع يحلف البائع) (٦)، لأصالة عدم ذلك كله. و هذا مبنى على الغالب من أن البائع يدعى التعجيل و تقليل الأجل حيث يتفقان على أصل التأجيل، فلو اتفق خلافه فادعى هو الأجل، أو طوله لغرض يتعلق بتأخير القبض قدّم قول المشتري للأصل، (و كذا) يقدم قول البائع لو اختلفا (فى قدر المبيع) (٧) للأصل.

-احتمل بقاؤه كذلك، لأنه موجود فى نفسه و إنما عرض له عدم التمييز من غيره، و المفهوم من قيام عينه وجوده خصوصا عند من جعل التلف فى مقابلته - أى مقابله قيام العين - فإنه ليس بتالف قطعا، و يحتمل عدمه نظرا إلى ثبوت الواسطه و عدم ظهور عينه فى الحسن، و يمنع إرادته الوجود من قيام العين، و هذا كله مع مزجه العين بجنسه كالزيت يخلط بمثله، و النوع الواحد من الحنطه كالصفراء تخلط بمثلها، أما لو خلط بغير جنسه بحيث صارا حقيقه أخرى كالزيت يعمل صابونا فإنه حينئذ بمنزله التالف، و أما تغير أوصافه بزياده و نقصان فلا يقدح فى قيام عينه بوجه) انتهى.

(١) و إن لم يبق التمييز واقعا و اندمجا و لكن لم تتألف منهما حقيقه ثالثه كخلط الزيت الجيد بالردىء.

(٢) أى عدم قيام العين.

(٣) أى ظاهر القيام بمعنى أن يكون للعين وجود شخصى مميز.

(٤) بحيث يدعى المشتري تأخير الثمن و البائع ينكره فيقدم قوله مع يمينه لأنه منكر، حيث أن قول البائع موافق لمقتضى العقد القاضى بالتعجيل.

(٥) فالمشتري يدعى أن الأجل شهر مثلا، و البائع يدعيه أنه أسبوع، فيكون ما زاد عن أسبوع مما يدعيه المشتري و ينكره البائع فيقدم قول المنكر مع يمينه.

(٦) بحيث يدعى المشتري أن البيع قد تم بشرط وجود ضامن عن البائع بحيث لو تبين فساد المبيع أو مستحقا للغير فيضمنه الضامن، أو يدعى المشتري أن البيع قد تم بشرط وجود مال من البائع تحت يد المشتري يكون رهنا لسلامه المبيع، و البائع ينكر ذلك فى الصورتين، فيقدم قوله مع يمينه.

(٧) بأن قال البائع: بعثك ثوبا بدرهم فقال المشتري: بل ثوبين بدرهم، فالمشتري يدعى ثوبا زائدا فى المبيع و البائع ينكره فيقدم قول المنكر مع يمينه.



و قد كان ينبغي مثله في قدر الثمن بالنسبه إلى المشتري لو لا الروايه. و لا فرق بين كونه (١) مطلقا، أو معينا كهذا الثوب فيقول: بل هو و الآخر. هذا إذا لم يتضمن الاختلاف في الثمن (٢) كبعثك هذا الثوب بألف فقال: بل هو و الآخر بألفين.

و إلا قوى التحالف، إذ لا مشترك هنا يمكن الأخذ به.

### في اختلافهما في تعيين المبيع

(و في تعيين المبيع) كما إذا قال: بعثك هذا الثوب فقال: بل هذا (يتحالفان) (٣)، لادعاء كل منهما ما ينفيه الآخر بحيث لم يتفقا على أمر و يختلفا فيما زاد، و هو ضابط التحالف (٤) فيحلف كل منهما يمينا واحده على نفى ما يدعيه الآخر، لا على إثبات ما يدعيه (٥)، و لا جامعه بينهما (٦) فإذا حلقا انفسخ (١) كون المبيع.

(٢) كأن يقول البائع: بعثك هذا الثوب بدرهم، فقال المشتري: بل بعثني هذا و ثوبا آخر بدرهمين، فهنا التحالف، لأن كلا منهما مدع و منكر، فالبائع يدعى استحقاق درهم بدمه المشتري عوضا عن هذا الثوب و المشتري ينكره، و المشتري يدعى استحقاق ثوبين بدرهمين و البائع ينكره، و عليه لا بد أن يتحالفان هذا على قول الشارح.

و فيه: أن هنا قدرا متيقنا و أمرا مشتركا بينهما، لأنهما متفقان على الثمن الأقل و أحد المبيعين، و اختلافهما في الزائد، و المشتري يدعيه و البائع ينكره فالقول قول البائع مع يمينه.

(٣) بأن قال البائع: بعثك هذا الثوب بكذا، فقال المشتري: بل هذا الثوب الآخر، فهنا دعويان و لا مشترك بينهما، لأن البائع يدعى بيع الثوب الأول و المشتري ينكره، و المشتري يدعى بيع الثوب الثاني و البائع ينكره فيتحالفان و تبطل دعواهما و يترادان للنبوى المروى عند العامه (المتبايعان إذا اختلفا تحالفا و ترادا) (١).

(٤) بحيث كان لكل واحد منهما دعوى و لا- مشترك بينهما، أما لو اتفقا على أمر و اختلفا في الزائد فمدعى الزيادة مدع و منكرها منكر، و يقدم قول المنكر حينئذ مع يمينه.

(٥) لأنه مطالب بيمين المنكر فقط و ليس مطالبا بيمين المدعى حتى يكون يمينه لاثبات ما يدعيه.

(٦) بين نفى ما يدعيه الآخر و إثبات ما يدعيه هو!

ص: ٦٧٠

العقد، و رجع كل منهما إلى عين ماله (١)، أو بدله (٢)، و البادى منهما باليمين من ادعى عليه أولا (٣)، فإن حلف الأول و نكل الثاني (٤) و قضينا بالنكول يثبت ما يدعيه الحالف، و إلا حلف يمينا ثانيه على إثبات ما يدعيه.

ثم إذا حلف البائع على نفى ما يدعيه المشتري بقى على ملكه (٥)، فإن كان الثوب فى يده، و إلا انتزعه من يد المشتري، و إذا حلف المشتري على نفى ما يدعيه البائع و كان الثوب فى يده لم يكن للبائع مطالبته به لأنه لا يدعيه، و إن كان فى يد البائع لم يكن له التصرف فيه (٦)، لا-اعترافه بكونه للمشتري و له ثمنه فى ذمته، فإن كان قد قبض الثمن رده على المشتري و له (٧) أخذ الثوب قصاصا، و إن (١) لأنهما يترادان كما فى النبوى المتقدم.

(٢) مثليا أو قيميا على تقدير تلف العين.

(٣) قال فى الجواهر: (و يتبدأ باليمين من ادعى عليه أولا- كما فى المسالك، بل هو مقرّب التذكرة، و نفى عنه البعد فى جامع المقاصد، و لو تساويا فى ابراز الدعوى، فإن قلنا بتقديم من كان على يمين صاحبه اتجه حينئذ اليمين على الآخر، و إلا فالقرع، لكن فى الدروس البادى باليمين من يتفقدان عليه، فإن اختلفا عين الحاكم).

(٤) فبحلف الأول تسقط دعوى خصمه عليه، و مع نكول الثانى فدعوى خصمه الذى هو الأول لم تسقط، فإن قضينا بالنكول - على الخلاف المتقدم فى باب القضاء - ثبت للأول حقه، و إن لم نقض بالنكول و رددنا على خصمه يمين المدعى، فعلى الخصم هنا الذى هو الأول أن يحلف ثانيا، إلا أنها يمين على إثبات ما يدعيه، بعد ما حلف أولا عينيا على نفى ما يدعيه خصمه.

(٥) هذا بعد تحالفهما معا فتسقط دعوى كل منهما فى حق خصمه، و الثمن الذى دفعه المشتري لا بد أن يرجع إلى المشتري هذا من جهه و من جهه أخرى فالثوب الذى يدعيه المشتري لا بد من رده إلى البائع لأنه ملكه بعد التحالف للأبدية التراد كما تقدم، و الثوب الذى يدعيه البائع و أنه باعه للمشتري فهو للمشتري لأن هذه الدعوى اعتراف من البائع بملكه المشتري لهذا الثوب، غاية يثبت للبائع ثمنه فى ذمه المشتري، و أما الثمن المسمى فى متن العقد فقد عرفت لأبدية رده على المشتري.

(٦) أى لم يكن للبائع التصرف فى الثوب الذى يدعيه البائع، و هو أمانه فى يده.

(٧) أى للبائع و المعنى أن الثوب الذى يدعيه البائع و قد حكمنا أنه للمشتري فللبائع أخذه من باب القصاص عن ثمنه الذى ثبت فى ذمه المشتري.

لم يكن قد قبض الثمن أخذ الثوب قصاصا أيضا (١)، فإن زادت قيمته عنه (٢) فهو مال لا يدعيه أحد، و في بعض نسخ الأصل.  
(و قال الشيخ و القاضي: يحلف البائع كالاختلاف في الثمن) (٣) و ضرب عليه في بعض النسخ المقروءه على المصنف رحمه الله.

### في بطلان البيع حيث يتحالفان

(و) حيث يتحالفان (بيطل العقد من حينه) أي حين التحالف، لا- من أصله (٤)، فنماء الثمن المنفصل المتخلل بين العقد و التحالف للبائع، و أما المبيع

(١) كالفرع السابق فيأخذ الثوب قصاصا عن الثمن الذي ثبت له في ذمه المشتري، غاية الفرق بين الفرعين أن في السابق قد قبض الثمن المسمى في العقد و هنا لم يقبض، و سابقا قد حكمنا عليه برد الثمن المسمى.

(٢) أي زادت قيمة الثوب عن الثمن المسمى، و هو الثمن الذي يدعيه البائع و المشتري، فهذه الزيادة لا يدعيها أحد، أما المشتري فهو منكر لوقوع البيع على هذا الثوب الذي هذه الزيادة منه، و أما البائع فلأنه معترف بأن الثوب بما فيه هذه الزيادة هو للمشتري، نعم يملك البائع من هذا الثوب مقدار قيمته التي ثبتت في ذمه المشتري من باب القصاص.

(٣) أي مع قيام العين يحلف البائع، كما يحلف البائع لو اختلفا في قدر الثمن للروايه المرسله سابقا، و فيه: أن هناك كان النزاع في قدر الثمن و هنا في التعيين و ليس في القدر.

(٤) كما في القواعد و الدروس، و عن التذكرة أنه من أصله، أحتج للأول بأنهما متفقان على وقوع العقد الناقل للملك فلا بد من القول بوقوع العقد غايته مع التحالف فيفسخ العقد من حين التحالف و يشهد له النبوي المتقدم (و يترادا).

و أحتج للثاني بأن اليمين أسقطت الدعوى من رأسها فلا يثبت العقد حتى يحكم بانفساخه.

و تظهر الفائدة فيما لو وقع التحالف بعد ملكيه المشتري للعين و قد أخرجها عن ملكه بعقد لازم كالعتق و البيع، فعلى الثاني فالعقد اللازم الذي طرأ ينزل منزله العدم لأن التحالف يتبين أن المشتري غير مالك فتبطل العقود التي أجراها، و على الأول فالمشتري مالك و تصرفه فيما يملك صحيح، غايته مع التحالف و وجوب الترادّ يرجع البائع على المشتري بالقيمة وقت الفسخ. و تظهر الفائدة أيضا بأن نماء الثمن على القول الأول للبائع و نماء المثلث للمشتري، و على القول الثاني نماء الثمن للمشتري و نماء المثلث للبائع، نعم هناك إشكال و هو أن المثلث غير معين، لأن المشتري يدعى ثوبا و البائع ثوبا آخر، فكيف قبضه المشتري حتى يختلف في نمائه.

فيشكل حيث لم يتعين. نعم لو قيل به (١) في مسأله الاختلاف في قدر الثمن توجه حكم نماء المبيع، (و) اختلافهما (في شرط مفسد (٢) يقدم مدعى الصحه)، لأنها الأصل في تصرفات المسلم، (و لو اختلف الورثه (٣) نزل كل وارث منزله مورثه) فتحلف ورثه البائع لو كان الاختلاف في قدر المبيع، و الأجل، و أصله، و قدر الثمن مع قيام العين، و ورثه المشتري مع تلفها، و قيل: يقدم قول ورثه المشتري في قدر الثمن مطلقا، لأنه الأصل، و إنما خرج عنه مورثهم بالنص فيقتصر فيه على مورده المخالف للأصل و له وجه، غير أن قيام الوارث مقام المورث مطلقا (٤) أجود (٥)،...

(١) أى بالتحالف، فلو قيل به في قدر الثمن بحيث قال البائع أن هذا الثوب بكذا، و قال المشتري: أنه بأقل، و قد حكمنا بالتحالف فالمبيع هنا متعين و يكون نماءه للمشتري إذا كان الفسخ من حينه، و للبائع إذا كان من أصله.

(٢) كأن يتفقا على التأخير، و قال أحدهما: بأنه إلى مده معينه، و قال الآخر: بأنه إلى زمن مجهول، فيقدم قول مدعى الصحه مع يمينه، لأن الصحه هي الأصل في تصرفات مال المسلم، لقاعده حمل فعل المسلم على الصحه.

(٣) فلو اختلف ورثه البائع مع ورثه المشتري، فإن اختلفوا في قدر المثل مع وجود قدر مشترك بحيث تدعى ورثه المشتري الزيادة و ورثه البائع تنكرها، أو اختلفوا في الأجل بحيث تدعى ورثه المشتري وجوده و ورثه البائع تنكره من أصله، أو اختلفوا في مده الأجل بحيث تدعى ورثه المشتري زمنا و ورثه البائع أقل منه، قدم ورثه البائع لأنهم منكر.

و كذا يقدم قول ورثه البائع عند الاختلاف في قدر الثمن مع قيام العين للروايه كما قدم قول البائع كذلك.

نعم لو اختلفوا في قدر الثمن مع تلف العين فالقول قول ورثه المشتري، لأن القول ثابت لمورثهم.

(٤) مع قيام العين و تلفها، أما مع التلف فقد تقدم، و أما مع القيام لأنه مقتضى القواعد حيث أنهم منكرون للزيادة التي تدعيها ورثه البائع، و لو عملنا بالروايه المتقدمه في البائع، لأن الروايه مخالفه للقواعد فيقتصر على القدر المتيقن، و هو وجود البائع دون ورثته.

(٥) قال في الجواهر: (و دعوى أن كل ما ثبت للمورث ينتقل للوارث مسلمه في المال و الحقوق التي تنتقل، بخلاف الفرض الذي هو من الأحكام لا من الحقوق، فما عن -

لأنه بمنزله و لو قلنا: بالتحالف (١) ثبت بين الورثة قطعا.

## الخامس - إطلاق الكيل و الوزن ينصرف إلى المعتاد

### أشاره

(الخامس - إطلاق الكيل و الوزن) و النقد (٢) (ينصرف إلى المعتاد) في بلد العقد لذلك المبيع إن اتحد،

### في ما لو تعدد الكيل و الوزن

(فإن تعدد فالأغلب) استعمالا و إطلاقا (٣)، فإن اختلفا في ذلك ففي ترجيح أيهما نظرا، و يمكن حينئذ وجوب التعيين (٤) كما لو لم يغلب، (فإن تساوت) في الاستعمال في المبيع الخاص (وجب التعيين)، لاستحاله الترجيح بدونه، و اختلاف الأغراض، (و لو لم يعين بطل البيع) لما ذكر (و أجره اعتبار المبيع) (٥) بالكيل، أو الوزن، أو النقد (على البائع) لأنه لمصلحته، (و اعتبار)

-جماعه من أن حكم الوارث حكم المورث مطلقا في غير محله، و إن استحسنته في المسالك) انتهى.

(١) عند اختلافهم في قدر الثمن، و قد تقدم أن التحالف أحد الأقوال.

(٢) عادة الفقهاء يتكلمون في النقد و يحيلون الكيل و الوزن عليه، و في النقد إذا عين البائع و المشتري نقدا مخصوصا و جب الوفاء لوجوب الوفاء بالعقود، و إن أطلقا النقد و كانا من أهل بلد واحد انصرف الإطلاق إلى نقد بلدهما، فإن كان نقد البلد واحدا فهو، و إن كان متعددا فإن غلب أحدهما حمل عليه، و تكون الأغلبية قرينه لتعيين أحد أفراد المشترك، و إن تساوى النقدان و لم يكن أحدهما أغلب، و لم يكن هناك تعيين من قصد أو غيره بطل البيع لجهاله الثمن.

و كذا القول في الوزن و الكيل، غاية فلو تعدد الوزن أو الكيل و لم يكن أحدهما أغلب بطل المبيع لجهاله الثمن.

(٣) قال في المسالك: (ثم الغلبة قد تكون في الاستعمال و قد تكون في الإطلاق، بمعنى أن الاسم يغلب على أحدهما، و إن كان غيره أكثر استعمالا كما يتفق ذلك في زماننا في بعض أسماء النقود، فإن اتفقت الغلبة فيها فلا إشكال في الحمل عليه، و إن اختلفت بأن كان أحدهما أغلب استعمالا و الآخر أغلب وصفا، ففي ترجيح أحدهما أن يكون بمنزله التساوى نظرا إلى تعارض المرجحين نظرا، و إن كان ترجيح أغلبية المتعارف أوجه).

(٤) أي يجب التعيين عند كون أحدهما أغلب استعمالا و الآخر أغلب تعارفا كما تساوى النقدان و لم يغلب أحدهما على الآخر لا استعمالا و لا إطلاقا.

(٥) لا-خلاف في أن أجره الكيال و وزان المتاع و العداد و الذراع على البائع، و كذا أجره النقاد الذي ينقد الذهب و الفضة ليعرف الصحيح من الفاسد إذا كان المثلث منهما.

(الثلث على المشتري، و أجره الدلال على الأمر) (١) و لو أمراه فالسابق (٢) إن كان مراد

و كذا لا خلاف في كون أجره ناقد الثمن و وزّانه على المشتري، كل ذلك لأن تسليم المثلث أو الثمن متوقف على اعتباره و تشخيصه، فمؤونه التشخيص تكون على من وجب عليه التسليم من باب وجوب المقدمه.

(١) قال في المسالك: (المراد أن أجره الدلال على من يأمره، فإن أمره الإنسان ببيع متاع فباعه له فأجرته على البائع الأمر لا على المشتري، و إن أمره إنسان أن يشتري له متاعا و لم يأمره مالكة ببيعه فأجرته على المشتري الأمر، و إنما استحق الأجره و إن لم يشارط عليها لأن هذا العمل مما يستحق عليه أجره في العاده، و الدلال أيضا ناصب نفسه للأجره فيستحق على أمره الأجره) انتهى.

(٢) شاع بين الفقهاء هذه العبارة: أجره الدلال على الأمر إما بائعا و إما مشتريا، و لا يتولاهما الواحد، و قال في المسالك: (و لا يتولاهما الواحد فظاهر سياق العبارة أن المراد بذلك أن الشخص الواحد لا يتولى العملين في متاع واحد، بحيث يستحق أجره على البائع الذي أمره بالبيع، و المشتري الذي أمره بالشراء، بل لا يستحق إلا أجره واحده لأنه عمل واحد، و لأن البيع مبني على المكايسه و المغالبه و لا يكون الشخص الواحد غالبا و مغلوبا، و العمل بالحاله الوسطى خارج عن مطلوبهما غالبا فيتوقف على رضاهما بذلك، و حينئذ فمن كايس له استحق عليه الأجره خاصه.

لكن يشكل إطلاقه بما لو كان السعر مضبوطا عاده بحيث لا يحتاج إلى المماكسه أو كانا قد اتفقا على قدر معلوم و أرادا توليه طرفي العقد، و حينئذ يكون عليهما أجره واحده بالسويه سواء اقترنا في الأمر أم تلاحقا، مع احتمال كون الأجره على السابق.

هذا إذا جوزنا للواحد تولى طرفي العقد، و إلا فعدم استحقاق الواحد لهما أوضح، و يحتمل على بعد أن يكون الضمير في «يتولاهما» عائدا إلى الايجاب و القبول المدلول عليهما بالمقام أو بالبيع أو الشراء - الواردين قبل في عبارة المحقق - تضمنا، فيكون ذهابا إلى المنع، أو يعود الضمير إلى الأجرتين بناء على المنع من تولى الطرفين، و على ذلك نزل الشهيد رحمه الله كلام الأصحاب في هذه العبارة، لأنها عبارة متداوله بينهم.

و يضعف بأن المصنف - أي المحقق في الشرائع - و كثير ممن عبّر بذلك لا يرى المنع من تولى أحد الطرفين، فتزليل كلامه على ما لا يوافق مذهبه المعروف به بمجرد احتمال إرادته، مع إمكان تنزيله على غيره بعيد جدا، و حيث كان تولى الطرفين من الواحد جائزا عند المصنف لم يمنع استحقاق أجرتين عليهما، لأنهما عملا متغايران، أعنى الايجاب عن البائع و القبول عن المشتري، فلو صرحا له بذلك استحق على كل واحد بحسبه، و هو راجع عرفا إلى أجره واحده على المبيع موزّعه عليهما) انتهى.

كل منهما المماكسه معه، و لو أمراه بتولى الطرفين الإيجاب و القبول (فعليهما) أجره واحده بالتنصيف، سواء اقترنا أم تلاحقا، و لو منعنا من تولى الطرفين من الواحد امتنع أخذ أجرتين، لكن لا يتجه حمل كلام الأصحاب: أنه لا يجمع بينهما لواحد عليه (١)، لأنه قد عبّر به من يرى جوازه (٢)، بل المراد أنه لا- يجمع بينهما لعمل واحد و إن أمره البائع بالبيع، و المشتري بالشراء، بل له أجره واحده عليهما (٣)، أو على أحدهما كما فصلناه (٤).

### في أنه لا يضمن الدلال

(و لا يضمن الدلال) (٥) ما يتلف بيده من الأمتعه (إلا بتفريط). و المراد به (٦) ما يشمل التعدى مجازا أو اشتراكا (فيحلف على عدمه) لو ادعى عليه التفريط، لأنه أمين فيقبل قوله في عدمه (فإن ثبت) التفريط في حقه و ضمن القيمة (حلف على) مقدار (القيمة لو خالفه البائع) فادعى أنها أكثر مما اعترف به، لأصالة البراءة من الزائد، و لا ينافيه التفريط و إن أوجب الإثم كما يقبل قول الغاصب فيها (٧)

(١) على امتناع أخذ أجرتين.

(٢) أى جواز تولى الطرفين من واحد.

(٣) موزّعه.

(٤) بحيث أمراه بالدلاله التي فيها مماكسه، فالأمر للسابق عند التقارن.

(٥) لأنه أمين بلا- خلاف و لا- إشكال، و الأمين لا يضمن، و أما عموم النبوى (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) فمختص بيد العدوان كما سيأتى بيانه في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

(٦) أى بالتفريط، و التفريط من فرط في الأمر أى قَصِير فيه فضيعه كما في مصباح المنير، و هنا ينشأ و هم و حاصله أن المصنف حصر ضمان الدلال في التفريط و هو التقصير لغه كما عرفت، مع أن الافراط من جمله أسباب الضمان، إذ يضمن الدلال مع التعدى أيضا.

هذا و أراد الشارح دفع هذا الوهم عن المصنف و أنه قد استعمل لفظ التفريط و أراد الأعم من التقصير و التعدى على نحو عموم المجاز.

أو أن نقول إن التفريط كما يستعمل في التقصير يستعمل أيضا في التعدى، و لذا يقال:

أفرط في الأمر أى أسرف فيه و جاوز الحد فيكون بمعنى التعدى، و عليه فالمصنف قد استعمل لفظ التفريط و أراد كلا المعنيين على نحو عموم الاشتراك.

(٧) في القيمة.





على أصح القولين (١).

## خاتمه في أن إقاله فسخ لا بيع

(خاتمه: الإقاله فسخ لا بيع) (٢) عندنا، سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقاله (في حق المتعاقدين و الشفيع) و هو الشريك، إذ لا شفعه هنا بسبب الإقاله، و حيث كانت فسخا لا بيعا (فلا يثبت بها شفعه) للشريك، لاختصاصها (٣) بالبيع، و نبه بقوله: في حق المتعاقدين:

على خلاف بعض العامه (٤) حيث جعلها (٥) بيعا في حقهما، و بقوله: و الشفيع، (١) فالمشهور على تقديم قول الغاصب لأنه منكر، و خالف الشيخ في النهايه و قدم قول المالك و إن ادعى الزيادة، و هو ضعيف، و سيأتى بيانه في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

(٢) لا ريب في رجحان الإقاله و مشروعيتها للأخبار.

منها: خبر ابن حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام (أيما عبد أقال مسلما في بيع أقال الله عثرته يوم القيامة) (١).

و صيغتها أن يقول كل منهما: تقايلنا أو تفاسخنا، أو يقول أحدهما: أقلتك فيقبل الآخر، سواء كانت إقاله أحدهما عن التماس أم لا، لتحقق معنى الإقاله في الجميع عرفا و لغه.

و هي عند الإماميه فسخ سواء وقعت بلفظ الإقاله أو الفسخ، و سواء وقعت قبل قبض المبيع أم بعده، و سواء كان المبيع عقارا أم غيره، كل ذلك لإطلاق لفظ الإقاله.

و خالف بعض العامه فبعضهم قال: إن الإقاله بيع، و آخر أنها بيع إذا كان المبيع عقارا، و ثالث: إذا كانت بعد القبض، و رابع إذا كانت بلفظ الإقاله، و خامس إذا كانت في حق الشفيع.

و لا ريب في ضعف الجميع لعدم قصد البيع عند الإقاله، بل المقصود خلافه، لأنها رد ملك و ليس تمليكا جديدا، و لذا ذهب الإماميه إلى أن الإقاله فسخ و ليست بيعا و لو وقعت بلفظ البيع لعدم قصد معنى البيع حينئذ.

(٣) أي الشفعه.

(٤) و هو الشافعي.

(٥) أي الإقاله.

ص: ٦٧٧

على خلاف آخرين، حيث جعلوها بيعا فى حقه (١) دونهما (٢)، فثبت له بها (٣) الشفعة، (و لا تسقط أجره الدلال) على البيع (بها) (٤)، لأنه استحقها بالبيع السابق فلا يبطله الفسخ اللاحق، و كذا أجره الوزان، و الكيال، و الناقد بعد صدور هذه الأفعال، لوجود سبب الاستحقاق، (و لا تصح زياده فى الثمن) الذى وقع عليه البيع سابقا، (و لا بنقيصته) (٥)، لأنها فسخ و معناه رجوع كل عوض إلى مالكة، فإذا شرط فيها ما يخالف مقتضاها فسد الشرط و فسدت بفساده، و لا فرق بين الزيادة العينيه و الحكيمه كالانتظار بالثمن.

(و يرجع) بالإقاله (كل عوض إلى مالكة) إن كان باقيا، و نماؤه المتصل تابع له (٦). و أما المنفصل فلا رجوع به و إن كان حملا لم ينفصل (٧)، (فإن كان) (١) أى حق الشفع.

(٢) دون المتعاقدين و هو مذهب أبى حنيفه.

(٣) أى يثبت للشفع بالإقاله.

(٤) بالإقاله، و لا- أجره الوزان و الناقل و غيرهم، فلا تسقط أجرتهم بالتقابل لسبق الاستحقاق على سعيه السابق قبل التقابل، و الإقاله الطارئه و التى هى فسخ من حين وقوعها لا تنافى ما ثبت بسبب العقد.

(٥) بلا- خلاف فيه إلا من الاسكافى، و دليلهم صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه، ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة، قال عليه السلام: لا يصلح أن يأخذه بوضيعة) (١)، بالإضافة إلى أن الإقاله فسخ، و مقتضاه رجوع كل عوض إلى صاحبه، فإذا شرط فى أحد العوضين زياده أو نقيصه فقد شرط فى الإقاله ما يخالف مقتضاها فيفسد الشرط، و يترتب عليه فسادها، لأنهما لم يتراضيا على الفسخ إلا على ذلك الوجه و لم يسلم لهما، هذا و لا فرق فى المنع من الزيادة بين كونها عينيه أو حكميه كأن يقيله على أن ينظره بالثمن.

(٦) للاجماع المدعى، و إلا فحسب القواعد أن يكون نماء المبيع للمشتري و نماء الثمن للبائع لأن الإقاله فسخ من حينها.

و منه تعرف أن النماء المنفصل فهو للمشتري إذا كان نماء المبيع، و للبائع إذا كان نماء الثمن، لأنه نماء ملكه، و الفسخ بالإقاله يقع من حينه.

(٧) لأن الحمل بنظر العرف منفصل.

ص: ٦٧٨

(تالفا (١) فمثله) إن كان مثليا، (أو قيمته) يوم التلف إن كان قيميا، أو تعذر المثل، و لو وجده معييا رجع بأرشه (٢) لأن الجزء، أو الوصف الفئات بمنزله التالف. و ألفاظها تفاسخنا و تقايلنا، معا، أو متلاحقين من غير فصل يعتد به، أو يقول أحدهما: أقلتك فيقبل الآخر و إن لم يسبق التماس (٣).

و احتمال المصنف في الدروس الاكتفاء بالقبول الفعلي (٤).

(١) أي وجود المبيع، يرجع نفس المبيع إلى البائع، و مع تلفه يرجع بمثله إن كان مثليا و إلا بقيمته، و عن بعضهم أنه بقيمه يوم التلف، لأن الضمان متعلق بالعين ما دامت موجوده، فإذا تلفت تعلق الضمان بقيمتها يومئذ، و ليس المراد من الضمان اشتغال الذمه بالقيمة يوم التلف، إذ لا يعقل اشتغال ذمه المالك بقيمه ماله، بل المراد قيام القيمة يوم التلف مقام العين في صحه تعلق الإقاله بها، و ربما احتتمل القيمة يوم القبض، لأنه ابتداء الضمان، و صفقه ظاهر، لأن الضمان مع قيام العين يكون بنفس العين لا بقيمتها، و قيل بضمان أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف أو يوم الإقاله، و هو ضعيف لأنه مع قيام العين لا يتعلق الضمان بالقيمة.

(٢) أي أرش العيب، لأن الجزء الفئات بمنزله التالف فيضمن كما يضمن الجميع.

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) بأن يقول أحدهما: أقلتك، و يدفع ما عنده فيقبض الآخر، و قبض الآخر قبول فعلى، و هو قوى لخبر هذيل بن صدقه الطحان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب فينطلق به إلى منزله، و لم ينقد شيئا فيبدو له فيرده، هل ينبغي ذلك له، فقال عليه السلام: لا، إلا أن تطيب نفس صاحبه) (١).

و احتمال الشارح - كما في المسالك - أن طيب النفس يتحقق إذا انكشف من اللفظ، و لا أقل من أنه القدر المتيقن فيقتصر عليه.

هذا و ليس ضعف قول المصنف من جهه كون الإقاله من العقود، بل هذا باطل، لأن الأكثر على أنها ليست من العقود، و إلا لو كانت من العقود لوجب فيها ايجاب و قبول، و لوجب الحكم بالبطلان لو قالا تقايلنا معا، لعدم تقديم أحدهما على الآخر و لعدم صدور القبول من أحدهما، مع أنه صحيح بالاتفاق.

ص: ٦٧٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
الغمامة  
اصبحان  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

