



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه صلوات الله  
عليه وآله

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

مُسْتَعَارٌ لِلْأَقْبَامِ

الْمُتَّبِعِ

بِتَرْجُومَةِ الْأَقْبَامِ

وَالْأَقْبَامِ الْمُسْتَعَارِ

الشَّيْخِ

أَبِي إِسْحَاقَ

أَبِي إِسْحَاقَ

أَبِي إِسْحَاقَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام

كاتب:

شيخ زين الدين عاملى شهيد ثانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه المعارف الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١٨	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام المجلد ٣
١٨	اشاره
١٩	اشاره
٢٣	تتمه القسم الأول فى العبادات
٢٣	كتاب الجهاد
٢٣	اشاره
٢٥	الأول: من يجب عليه
٢٥	اشاره
٣١	فروع ثلاثه
٣١	اشاره
٣١	الأول: إذا كان عليه دين مؤجل فليس لصاحبه منعه
٣٢	الثانى: للأبوين منعه عن الغزو
٣٢	الثالث: لو تجدد العذر بعد التحام الحرب
٣٦	و من لواحق هذا الركن المرابطه
٣٨	الركن الثانى فى بيان من يجب جهاده و كيفية الجهاد
٣٨	اشاره
٣٨	الأول: فى من يجب جهاده
٤٠	الطرف الثانى فى كيفية قتال أهل الحرب
٤٠	اشاره
٤٤	فرعان
٤٤	الأول: المشرك إذا طلب المبارزه و لم يشترط جاز معونه قرنه
٤٤	الثانى: لو اشترط أن لا يقاتله غير قرنه
٤٤	الطرف الثالث فى الذمام

٤٦	اشاره
٤٦	أما العاقد
٤٨	و اما العبارة
٤٩	و أما وقته
٥٤	خاتمه فيها فصلان
٥٤	الأول: يجوز أن يعقد العهد على حكم الإمام
٥٦	الثاني: يجوز لوالى الجيش
٥٦	تفريع
٥٨	الطرف الرابع فى الأسارى
٥٨	اشاره
٦٦	تفريع
٦٧	و يلحق بهذا الطرف مسألتان
٦٧	الأولى: إذا أسلم الحربى فى دار الحرب
٦٨	الثانية: إذا أسلم عبد الحربى فى دار الحرب قبل مولاه
٦٩	الطرف الخامس فى أحكام الغنيمه
٦٩	اشاره
٦٩	أما الأول فى الأقسام
٧٠	فروع
٧٠	الأول: إذا باع أحد الغانمين غانما شيئاً، أو وهبه، لم يصح
٧١	الثانى: الأشياء المباحه فى الأصل
٧١	الثالث: لو وجد شىء فى دار الحرب
٧٢	الرابع: إذا كان فى الغنيمه من ينعق على بعض الغانمين
٧٣	الثانى: فى أحكام الأرضين
٧٧	خاتمه
٧٩	الثالث: فى قسمه الغنيمه
٨٣	مسائل أربع

- الأولى: المرصد للجهاد، لا يملك رزقه من بيت المال ..... ٨٣
- الثانية: قيل: ليس للأعراب من الغنيمه شيء ..... ٨٤
- الثالثه: لا يستحق أحد سلبا و لا نفلا ..... ٨٤
- الرابعه: الحربى لا يملك مال المسلم بالاستغنام ..... ٨٤
- الركن الثالث فى أحكام أهل الذمه ..... ٨٦
- اشاره ..... ٨٦
- و النظر فى أمور ..... ٨٦
- اشاره ..... ٨٦
- الأول: من تؤخذ منه الجزيه ..... ٨٦
- الثانى: فى كميه الجزيه ..... ٨٩
- الثالث: فى شرائط الذمه ..... ٩٣
- و ها هنا مسائل ..... ٩٤
- الأولى: إذا خرقوا الذمه فى دار الإسلام ..... ٩٤
- الثانية: إذا أسلم بعد خرق الذمه قبل الحكم فيه ..... ٩٥
- الثالثه: إذا مات الإمام، و قد ضرب لما قرره من الجزيه أمدا معيننا ..... ٩٥
- الرابع: فى حكم الأبنيه ..... ٩٦
- البيع و الكنائس ..... ٩٦
- و أمنا المساكن ..... ٩٩
- و أمنا المساجد ..... ١٠٠
- الخامس: فى المهادنه ..... ١٠١
- تفريعان ..... ١٠٥
- الأول: إذا قدمت مسلمه فارتدت، لم ترد ..... ١٠٥
- الثانى: لو قدم زوجها، و طالب المهر فماتت بعد المطالبه، دفع اليه مهرها ..... ١٠٥
- و من لواحق هذا الطرف ..... ١٠٨
- اشاره ..... ١٠٨
- الأولى: كلّ ذمى انتقل عن دينه إلى دين لا يقرب أهله عليه ..... ١٠٨

- ١٠٩ ..... الثانية:إذا فعل أهل الذمته ما هو سائغ في شرعهم،و ليس بسائغ في الإسلام
- ١٠٩ ..... الثالثه:إذا اشترى الكافر مصحفا لم يصح البيع
- ١١٠ ..... الرابعه:لو أوصى الذمي ببناء كنيسه أو بيعه
- ١١١ ..... الخامسه:يكره للمسلم أجره رمّ الكنائس و البيع
- ١١٢ ..... الركن الرابع في قتال أهل البغى
- ١١٢ ..... اشاره
- ١١٣ ..... مسائل
- ١١٣ ..... اشاره
- ١١٣ ..... الاولى:لا يجوز سبى ذرارى البغاه
- ١١٤ ..... الثانيه:لا يجوز تملك شيء من أموالهم التي لم يحوها العسكر
- ١١٤ ..... الثالثه:ما حواه العسكر للمقاتله خاصه
- ١١٤ ..... خاتمه
- ١١٩ ..... كتاب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر
- ١١٩ ..... اشاره
- ١٢١ ..... الأول:الكلام فيه
- ١٢٣ ..... الثاني:في شروط النهى عن المنكر
- ١٢٥ ..... الثالث:مراتب الإنكار
- ١٢٧ ..... الرابع:في المقيم للحد
- ١٣٥ ..... القسم الثاني في العقود
- ١٣٥ ..... اشاره
- ١٣٧ ..... كتاب التجاره
- ١٣٧ ..... اشاره
- ١٤٠ ..... الفصل الأول فيما يكتسب به
- ١٤٠ ..... اشاره
- ١٤٠ ..... فالمحزم منه أنواع
- ١٤٠ ..... اشاره



- الأول:الأعيان النجسه ..... ١٤٠
- الثاني:ما يحرم لتحريم ما قصد به ..... ١٤٤
- الثالث:ما لا ينتفع به ..... ١٤٦
- الرابع:ما هو محزم فى نفسه ..... ١٤٨
- الخامس:ما يجب على الإنسان فعله ..... ١٥٢
- مسأله: ..... ١٥٣
- و المكروهات ثلاثه ..... ١٥٤
- اشاره ..... ١٥٤
- ما يكره لأنه يفضى الى محزم أو مكروه غالبا ..... ١٥٤
- و ما يكره لضعته ..... ١٥٥
- و ما يكره لتطرق الشبهه ..... ١٥٦
- مسائل ..... ١٥٧
- اشاره ..... ١٥٧
- الاولى:لا يجوز بيع شىء من الكلاب إلا كلب الصيد ..... ١٥٧
- الثانيه:الرشا حرام ..... ١٥٨
- الثالثه:إذا دفع الإنسان مالا إلى غيره ليصرفه فى قبيل،و كان المدفوع إليه بصفتهم ..... ١٥٨
- الرابعه:الولاية من قبل السلطان العادل جائزه وربما وجبت ..... ١٥٨
- الخامسه:إذا أكرهه الجائر على الولاية ..... ١٦٢
- السادسه:جوائز الجائر إن علمت حراما بعينها فهى حرام ..... ١٦٤
- السابعه:ما يأخذه السلطان الجائر(١) من الغلات باسم المقاسمه ..... ١٦٥
- الفصل الثانى فى عقد البيع،و شروطه،و آدابه ..... ١٦٧
- العقد ..... ١٦٧
- و أما الشروط ..... ١٧٧
- اشاره ..... ١٧٧
- فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين ..... ١٧٧
- و منها ما يتعلق بالمبيع ..... ١٩١

- الأول: أن يكون مملوكا ..... ١٩١
- الثاني: أن يكون طلقا ..... ١٩٣
- الثالث: أن يكون مقدورا على تسليمه ..... ١٩٤
- الرابع: أن يكون الثمن معلوم القدر و الجنس و الوصف ..... ١٩٨
- الخامس: أن يكون المبيع معلوما ..... ١٩٩
- مسألتان ..... ٢٠٤
- الأولى: المسك طاهر، يجوز بيعه في فأره ..... ٢٠٤
- الثانية: يجوز أن يندر للظروف ما يحتمل الزيادة و النقيصه ..... ٢٠٤
- و أما الآداب ..... ٢٠٤
- اشاره ..... ٢٠٤
- و يلحق بذلك مسألتان ..... ٢١٤
- الأولى: تلقى الركبان مكروه ..... ٢١٤
- الفصل الثالث في الخيار ..... ٢٢١
- اشاره ..... ٢٢١
- أما أقسامه ..... ٢٢١
- اشاره ..... ٢٢١
- الأول: خيار المجلس ..... ٢٢١
- الثاني: خيار الحيوان ..... ٢٢٧
- الثالث: خيار الشرط ..... ٢٢٩
- الرابع: خيار الغبن ..... ٢٣١
- الخامس: خيار التأخير ..... ٢٣٤
- و أما أحكامه ..... ٢٣٩
- اشاره ..... ٢٣٩
- مسائل ..... ٢٣٩
- الأولى: خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع ..... ٢٣٩
- الثانية: التصرف يسقط خيار الشرط، كما يسقط خيار الثلاثه ..... ٢٤١

- ٢٤٣ ..... الثالثه:إذا مات من له الخيار،انتقل إلى الوارث
- ٢٤٤ ..... الرابعه:المبيع يملك بالعقد
- ٢٤٥ ..... الخامسه:إذا تلف المبيع قبل قبضه،فهو من مال بائعه
- ٢٤٦ ..... فرعان
- ٢٤٦ ..... الأول:خيار الشرط يثبت من حين التفرق
- ٢٤٧ ..... الثاني:إذا اشترى شيئين،و شرط الخيار في أحدهما على التعيين
- ٢٤٨ ..... و يلحق بذلك
- ٢٥١ ..... الفصل الرابع في أحكام العقود
- ٢٥١ ..... اشاره
- ٢٥١ ..... الأول:في النقد و النسيئه
- ٢٥٦ ..... النظر الثاني:فيما يدخل في المبيع
- ٢٥٦ ..... اشاره
- ٢٦٣ ..... فروع
- ٢٦٣ ..... الأول:إذا باع المؤتبر و غيره
- ٢٦٤ ..... الثاني:تبقية الثمره على الأصول(١)،يرجع فيها إلى العاده في تلك الثمره
- ٢٦٥ ..... الثالث:يجوز سقى الثمره و الأصول
- ٢٦٥ ..... الرابع:الأحجار المخلوقه في الأرض و المعادن(٢)،تدخل في بيع الأرض
- ٢٦٦ ..... النظر الثالث:في التسليم
- ٢٦٦ ..... اشاره
- ٢٧٢ ..... و يتعلّق بهذا الباب مسائل
- ٢٧٢ ..... الأولى:إذا حصل للمبيع نماء
- ٢٧٣ ..... الثانيه:إذا اختلط المبيع بغيره في يد البائع اختلاطاً لا يتميز
- ٢٧٣ ..... الثالثه:لو باع جملة فتلف بعضها
- ٢٧٤ ..... الرابعه:يجب تسليم المبيع مفترقا
- ٢٧٥ ..... الخامسه:لو باع شيئاً،فغصب من يد البائع
- ٢٧٥ ..... و يلحق بهذا بيع ما لم يقبض فيه مسائل

- ٢٧٦-----الاولى:من ابتاع متاعا و لم يقبضه ثم أراد بيعه
- ٢٧٩-----الثانيه:لو كان له على غيره طعام من سلم
- ٢٨١-----الثالثه:لو كان المالان قرضا،أو المال المحال به قرضا
- ٢٨١-----الرابعه:إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه
- ٢٨٢-----الخامسه:إذا أسلفه في طعام بالعراق،ثم طالبه بالمدينه
- ٢٨٦-----السادسه:لو اشترى عينا بعين،و قبض أحدهما ثم باع ما قبضه
- ٢٨٦-----النظر الرابع:في اختلاف المتبايعين
- ٢٨٦-----اشاره
- ٢٨٧-----فهنا مسائل
- ٢٨٧-----الأولى:إذا اختلفا في قدر الثمن
- ٢٩٤-----الثانيه:إذا اختلفا في تأخير الثمن و تعجيله
- ٢٩٥-----الثالثه:إذا اختلفا في المبيع
- ٢٩٦-----الرابعه:إذا قال:بعتك بعبد فقال:بل بجز
- ٢٩٧-----النظر الخامس:في الشروط
- ٢٩٧-----اشاره
- ٣٠٢-----تفريع إذا اشترط العتق في بيع المملوك
- ٣٠٥-----النظر السادس:في لواحق من أحكام العقود
- ٣١١-----الفصل الخامس في أحكام العيوب
- ٣١١-----اشاره
- ٣١٩-----القول في أقسام العيوب
- ٣١٩-----اشاره
- ٣٢٠-----و ها هنا مسائل
- ٣٢٠-----الأولى:التصريه تدليس
- ٣٢٤-----الثانيه:الثيبويه ليست عيبا
- ٣٢٥-----الثالثه:الإباق الحادث عند المشتري،لا يردّ به العبد
- ٣٢٦-----الرابعه:إذا اشترى أمه لا تحيض (١) في سته أشهر و مثلها تحيض كان

- الخامسه:من اشترى زيتا أو بزرا فوجد فيه ثفلا - ٣٢٤
- السادسه:تحمير الوجه و وصل الشعر و ما شابهه تدليس . ٣٢٧
- القول فى لواحق هذا الفصل . ٣٢٧
- اشاره - ٣٢٧
- الاولى:إذا قال البائع:«بعث بالبراءه»و أنكر المبتاع - ٣٢٧
- الثانيه:إذا قال المشتري:«هذا العيب كان عند البائع فى ردّه»و أنكر البائع - ٣٢٨
- الثالثه:يقوم المبيع صحيحا و معيبا، و ينظر فى نسبه النقيصه من - ٣٢٨
- الرابعه:إذا علم بالعيب و لم يردّ لم يبطل خياره - ٣٣١
- الخامسه:إذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض - ٣٣٢
- السادسه:ردّ المملوك من أحداث السنه - ٣٣٣
- فرع - ٣٣٥
- الفصل السادس فى المراجحه و المواضعه و التوليه - ٣٣٤
- اشاره - ٣٣٤
- القول فى المراجحه - ٣٣٤
- اشاره - ٣٣٤
- أما العباره - ٣٣٤
- و أما الحكم ففيه مسائل - ٣٣٨
- الاولى:من باع غيره متاعا جاز أن يشتريه منه بزياده و نقيصه - ٣٣٨
- الثانيه:لو باع مراحه فبان رأس ماله أقلّ كان المشتري بالخيار - ٣٤١
- الثالثه:إذا حطّ البائع بعض الثمن - ٣٤٢
- الرابعه:من اشترى أمتعه صفقه (٢) لم يجز بيع بعضها مراحه - ٣٤٢
- الخامسه:إذا قوّم على الدّلال متاعا، و ربح عليه أو لم يربح، و لم - ٣٤٣
- و أما التوليه - ٣٤٤
- و أما المواضعه - ٣٤٥
- الفصل السابع فى الربا - ٣٤٧
- اشاره - ٣٤٧

- الأول: في بيان الجنس ..... ٣٤٨
- الثاني: اعتبار الكيل و الوزن ..... ٣٥٣
- إشاره ..... ٣٥٣
- فروع ..... ٣٥٤
- الأول: إذا كانا في حكم الجنس الواحد ..... ٣٥٤
- الثاني: بيع العنب بالزبيب جائز ..... ٣٥٧
- الثالث: يجوز بيع الأدقّه بعضها ببعض، مثلا بمثل ..... ٣٥٧
- تتمه فيها مسائل ست ..... ٣٥٨
- الأولى: لا ربا بين الوالد و ولده ..... ٣٥٨
- الثانيه: لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه ..... ٣٦١
- الثالثه: يجوز بيع دجاجه فيها بيضه بدجاجه خاليه ..... ٣٦١
- الرابعه: القسمه تمييز أحد الحقين و ليست بيعا ..... ٣٦١
- الخامسه: يجوز بيع مَكوك من الحنطه بمكوك و في أحدهما عقد ..... ٣٦٣
- و قد يتخلّص من الرّبا ..... ٣٦٥
- الثالث: الصرف ..... ٣٦٥
- إشاره ..... ٣٦٥
- مسائل عشر ..... ٣٧١
- الأولى: الدراهم و الدنانير يتعينان ..... ٣٧٢
- الثانيه: إذا اشترى دراهم بمثلها معيّنه ..... ٣٧٢
- الثالثه: إذا اشترى دراهم في الدقه بمثلها، و وجد ما صار إليه غير فضّه قبل التفرّق ..... ٣٧٤
- الرابعه: إذا اشترى دينارا بدينار و دفعه ..... ٣٧٦
- الخامسه: زوى جواز ابتياع درهم بدرهم، مع اشتراط صياغه خاتم ..... ٣٧٧
- السادسه: الأواني المصوغه من الذهب و الفضّه ..... ٣٧٩
- السابعه: المراكب المحلّاه إن علم ما فيها بيعت بجنس الحليه، ..... ٣٨٠
- الثامنه: لو باع ثوبا بعشرين درهما (١)، من صرف العشرين بالدينار ..... ٣٨٢
- التاسعه: لو باع مائه درهم بدينار إلّا درهما، لم يصحّ لجهالته ..... ٣٨٣

- العاشرة: لو باع خمسه دراهم بنصف دينار ----- ٣٨٤
- الفصل الثامن فى بيع الثمار و النظر فى ثمره النخل، و الفواكه، و الخضر، و اللواحق ----- ٣٨٤
- أما النخل ----- ٣٨٤
- و أما الأشجار ----- ٣٩٠
- و أما الخضر ----- ٣٩٢
- و أما اللواحق فمسائل ----- ٣٩٣
- اشاره ----- ٣٩٣
- الأولى: يجوز أن يستثنى ثمره شجرات أو نخلات بعينها ----- ٣٩٣
- الثانيه: إذا باع ما بدا صلاحه، فأصيب قبل قبضه، كان من مال بائعه ----- ٣٩٤
- الثالثه: يجوز بيع الثمره فى أصولها بالأثمان و العروض ----- ٣٩٤
- الرابعه: يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا ----- ٣٩٨
- فرع ----- ٤٠١
- الخامسه: يجوز بيع الزرع قصيلا ----- ٤٠١
- السادسه: يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمره (٢) بزياده عما ابتاعه أو نقصان ----- ٤٠٢
- السابعه: إذا كان بين اثنين نخل أو شجر ----- ٤٠٢
- الثامنه: إذا مرّ الإنسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع اتفاقا ----- ٤٠٤
- الفصل التاسع فى بيع الحيوان و النظر فيما يصح تملكه، و أحكام الاتباع، و لواحقه ----- ٤٠٧
- أما الأول فيما يصح تملكه ----- ٤٠٧
- الثانى: فى أحكام الاتباع ----- ٤١١
- الثالث: فى لواحق هذا الباب ----- ٤١٥
- اشاره ----- ٤١٥
- الأولى: العبد لا يملك ----- ٤١٥
- الثانيه: من اشترى عبدا له مال كان ماله لمولاه ----- ٤١٥
- الثالثه: إذا ابتاعه و ماله ----- ٤١٩
- الرابعه: يجب أن يستبرئ الأمه قبل بيعها إذا وطئها المالك بحيضه ----- ٤١٩
- الخامسه: التفرقه بين الأطفال و أمهاتهم (٢) قبل استغنائهم عنهم محزمه ----- ٤٢٣

- السادسه:من أولد جاريه ثم ظهر أنّها مستحقّه انتزعه المالك ----- ٤٢٦
- السابعه:ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام يجوز تملكه في حال الغيبه،و طء الأمه ----- ٤٢٦
- الثامنه:إذا دفع إلى مأذون مالا ليشتري به نسمة و يعتقها و يحج عنه بالباقي ----- ٤٢٧
- التاسعه:إذا اشترى عبدا في الذمه،و دفع البائع إليه عبيدين ----- ٤٢٩
- العاشره:إذا وطئ أحد الشريكين مملوكه بينهما سقط الحدّ مع الشبهه ----- ٤٣٢
- الحاديه عشره:المملوكان المأذون لهما(١) إذا ابتاع كلّ واحد منهما صاحبه من مولاه ----- ٤٣٣
- الثانيه عشره:من اشترى جاريه سرقت من أرض الصلح ----- ٤٣٥
- الفصل العاشر في السلف ----- ٤٣٨
- و النظر فيه يستدعى مقاصد ----- ٤٣٨
- اشاره ----- ٤٣٨
- الأول:السلم ----- ٤٣٨
- الثاني:في شرائطه ----- ٤٤٠
- الأول و الثاني:ذكر الجنس و الوصف ----- ٤٤٠
- الشرط الثالث:قبض رأس المال قبل التفريق شرط في صحه العقد ----- ٤٤٧
- الشرط الرابع:تقدير السلم بالكيل أو الوزن العاتين ----- ٤٤٨
- الشرط الخامس:تعيين الأجل ----- ٤٤٩
- الشرط السادس:أن يكون وجوده غالبا وقت حلوله ----- ٤٥٠
- المقصد الثالث:في أحكامه ----- ٤٥٩
- الأولى:إذا أسلف في شيء لم يجز بيعه قبل حلوله ----- ٤٥٩
- الثانيه:إذا دفع المسلم إليه دون الصفه و رضى المسلم ----- ٤٥٩
- الثالثه:إذا اشترى كرا من طعام بمائه درهم،و شرط تأجيل ----- ٤٦٠
- الرابعه:لو شرطا موضعا للتسليم،فتراضيا بقبضه في غيره،جاز ----- ٤٦١
- الخامسه:إذا قبضه فقد تعين و برئ المسلم إليه ----- ٤٦١
- السادسه:إذا وجد برأس المال عيبا ----- ٤٦٤
- السابعه:إذا اختلفا في القبض،هل كان قبل التفريق أو بعده؟ ----- ٤٦٥
- الثامنه:إذا حلّ الأجل و تأخر التسليم لعارض ثمّ طالب بعد انقطاعه ----- ٤٦٦



- التاسعة: إذا دفع إلى صاحب الدين عروضاً ..... ٤٦٨
- العاشره: يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذى هو عليه و على غيره ..... ٤٦٨
- الحاديه عشره: إذا أسلف فى شىء، و شرط مع السلف شيئاً معلوماً ..... ٤٧٠
- المقصد الرابع: فى الإقاله ..... ٤٧٢
- فروع ثلاثه ..... ٤٧٣
- الأول: لا تثبت الشفعه بالإقاله ..... ٤٧٣
- الثانى: لا تسقط أجره الدال بالتقابل ..... ٤٧٤
- الثالث: إذا تقايلا رجع كلّ عوض إلى مالكه ..... ٤٧٤
- المقصد الخامس: فى القرض ..... ٤٧٥
- الأول: فى حقيقته ..... ٤٧٥
- الثانى: ما يصح إقراضه ..... ٤٨٢
- الثالث: فى أحكامه ..... ٤٨٦
- الأولى: القرض يملك بالقبض لا بالتصرف ..... ٤٨٦
- الثانيه: لو شرط التأجيل فى القرض، لم يلزم ..... ٤٩١
- الثالثه: من كان عليه دين، و غاب صاحبه غيبه منقطعه، يجب أن ينوى قضاءه ..... ٤٩٣
- الرابعه: الدين لا يتعين ملكاً لصاحبه إلا بقبضه ..... ٤٩٥
- الخامسه: الذمى إذا باع ما لا يصح للمسلم تملكه ..... ٤٩٦
- السادسه: إذا كان لائنين مال فى ذمم، ثم تقاسما بما فى الذمم ..... ٤٩٦
- السابعه: إذا باع الدين بأقلّ منه، لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر ..... ٤٩٧
- المقصد السادس: فى دين المملوك ..... ٤٩٨
- فرعان ..... ٥٠٤
- الأول: إذا اقترض أو اشترى بغير إذن ..... ٥٠٤
- الثانى: إذا اقترض مالا فأخذ المولى فتلف فى يده ..... ٥٠٤
- خاتمه ..... ٥٠٤
- تعريف مركز ..... ٥٠٩

سرشناسه : شهيد ثانی، زين الدين على، ق ٩٦٦ - ٩١١

عنوان و نام پديد آور : مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام [محقق حلي]: الفهارس العامه/ تاليف زين الدين بن على  
العالمی "شهيد ثانی"؛ تحقيق و نشر موسسه المعارف الاسلاميه

مشخصات نشر : قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٣ق. = ١٣٨١.

مشخصات ظاهري : ص ٤٤٨

فروست : (بنیاد معارف اسلامی ٤٧)

شابك : ٩٦٤-٧٧٧٧-٢٧-٢(ج.١٦)؛ (دوره)؛ (دوره)

يادداشت : جلد شانزدهم "مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام" الفهارس می باشد

يادداشت : عربي.

يادداشت : عنوان روی جلد: الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

يادداشت : کتابنامه

عنوان روی جلد : الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

موضوع : شهيد ثانی، زين الدين على، ٩٦٦ - ٩١١ق. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام -- فهرستها

موضوع : محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفری -- قرن ٧

شناسه افزوده : محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٣ق. شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام. شرح

شناسه افزوده : بنياد معارف اسلامی

رده بندی كنگره : BP182/م3ش ٤٠٧٢ ١٣٨١

رده بندی ديويي : ٢٩٧/٣٤٢ م ٣٣١ش/ش ش

شماره کتابشناسی ملی : م ۴۳۱۸-۸۲

ص: ۱

**اشاره**







تمه القسم الأول في العبادات

كتاب الجهاد

اشاره

كتاب الجهاد (١)

ص: ٥





## الأول: من يجب عليه

### اشاره

الأول: من يجب عليه.

و هو فرض على كلِّ مكلف، حرّ، ذكر، غير همّ (٢). فلا- يجب على الصبى، و لا- على المجنون، و لا- على المرأه، و لا- على الشيخ الهمّ، و لا على المملوك.

قوله: «كتاب الجهاد».

هو فعال من الجهد بفتح الجيم، و هو- لغه- المشقّه، يقال: جهد الرجل فى كذا، أى جدّ فيه و بالغ (١). و منه- فى الدعاء- الاستعاذه من جهد البلاء. أو من الجهد بالضمّ و الفتح معاً، و هو الوسع و الطاقه، تقول: أنفق على جهدك، أى على طاقتك. و- شرعاً- بذل الوسع بالنفس، و ما يتوقّف عليه من المال، فى محاربه المشركين أو الباغين على وجه مخصوص.

و عرّفه الشهيد (رحمه الله) بأنّه بذل النفس و المال فى إعلاء كلمه الإسلام، و إقامة شعائر الايمان. و أراد بالأوّل إدخال جهاد المشركين، و بالثانى جهاد الباغين.

و هو غير مانع، فإنّ إعزاز الدّين أعمّ من كونه بالجهاد المخصوص، كما لا يخفى.

قوله: «و هو فرض على كلِّ مكلف حرّ ذكر غير همّ. إلخ» اعلم أنّ الجهاد على أقسام:

أحدها: أن يكون ابتداء من المسلمين للدعاء إلى الإسلام. و هذا هو المشروط

ص: ٧

و فرضه على الكفايه (١)، بالبلوغ و العقل و الحريه و الذكوريه و نحوها، و إذن الامام أو من نصبه. و وجوبه على الكفايه إجماعاً.  
و الثانى: أن يدهم المسلمين عدوّ من الكفار، يريد الاستيلاء على بلادهم أو أسرهم أو أخذ مالهم و ما أشبهه من الحریم و الذريه.  
و جهاد هذا القسم و دفعه واجب على الحرّ و العبد و الذكر و الأنثى إن احتيج إليها. و لا يتوقف على إذن الامام و لا حضوره. و لا يختص بمن قصدوه من المسلمين.

بل يجب على من علم بالحال النهوض، إذا لم يعلم قدره المقصودين على مقاومه.

و يتأكد الوجوب على الأقربين فالأقربين. و يجب على من قصدوه بخصوصه المدافعه بحسب المكنه، سواء فى ذلك الذكر و الأنثى و السليم و الأعمى و المريض و الأعرج و العبد و غيرهم. فإن علم أنه يقتل لم يعذر فى التأخر بوجه، و ان لم يعلم القتل، بل جوّز السلامه و الأسر، و رجا السلامه مع المدافعه فكذلك، و إن علم أنه يقتل مع عدم الاستسلام و جب عليه الاستسلام، فإنّ الأسر يحتمل مع الخلاص (١).

و الثالث: ان يكون بين المشركين أسيراً أو غيره، و يغشاهم عدوّ، و يخشى المسلم على نفسه، فيدفع عنها الإمكان، على وجه يدفع به الضرر عن نفسه. و هذا أيضاً لا يتوقف على الشرائط المتقدمه. و مقصود المصنّف من الباب المعقود له الشرائط هو الأول، فمن ثمّ أطلق الاشتراط.

قوله: «و فرضه على الكفايه».

معنى وجوبه على الكفايه أنّ الخطاب به عامّ على جميع الناس، فإذا قام به من يحصل الكفايه بجهاده سقط عن الباقين، سقوطاً مراعى باستمرار القوائم به إلى أن يحصل الغرض المطلوب منه شرعاً. كلّ ذلك مع عدم استنفار الامام شخصاً على الخصوص، فيجب عليه النهوض، و إن حصلت الكفايه بغيره.

و فروض الكفايات كثيره، قد مضى ذكر جمله منها فى الكتاب. و ضابطها «كلّ

ص: ٨

بشرط وجود الإمام (١)، أو من نصبه للجهاد (٢).

و لا يتعين، إلا أن يعينه (٣) الامام، لاقتضاء المصلحه، أو لقصور القائمين عن الدفع إلا بالاجتماع، أو يعينه على نفسه بنذر و شبهه.

مهمّ ديني تعلق غرض الشارع بحصوله حتما، و لا يقصد به عين من يتولاه. و من أهمّه الجهاد بشرطه، و اقامه الحجج العلميه، و الجواب عن الشبهات الواقعه على الدين، و التفقه، و حفظ ما يتوقف عليه من المقدمات العلميه و الحديث و الرجال، فيجب نسخ كتبه و تصحيحها و ضبطها على الكفايه، و إن كان المكلف بذلك عاجزا عن بلوغ درجه التفقه قطعا، فإنّ ذلك واجب آخر. و منه روايتها عن الثقات، و روايه الثقة لها ليحفظ الطريق، و يصل إلى من ينتفع به، فينبغي التيقظ في ذلك كلّ، فإنّه قد صار في زماننا نسيا منسيا.

و من فروض الكفايات القيام بالصناعات و الحرف التي يتوقف عليها نظام النوع و ان كانت وضيعه، فإنّها موصوفه بالوجوب عند عدم قيام أحد بها. و لا بعد في اختلاف درجات الواجب شرعا، كما في الصلاه و غيرها من الواجبات.

و منها دفع الضرر عن المسلمين، و إغاثة المستغيثين في النائبات المشتمل على إطعام الجائعين، و كسوه المحتاجين، و ازاله فاقتهم، و إنقاذ الغرقى و نحوه للقادر عليه. و افراده غير منضبطه.

و منها ردّ السلام، و تحمل الشهاده، و إقامتها، و القضاء، و تجهيز الموتى.

قوله: «بشرط وجود الإمام».

أراد بوجوده كونه ظاهرا مبسوط اليد متمكنا من التصرف.

قوله: «أو من نصبه للجهاد».

يتحقق ذلك بنصبه له بخصوصه، أو بتعميم ولايته على وجه يدخل فيه الجهاد، فالفقيه في حال الغيبه و إن كان منصوبا للمصالح العامه لا يجوز له مباشره أمر الجهاد بالمعنى الأوّل.

قوله: «و لا يتعين إلا أن يعينه الخ».

اعلم أنّ فرض الكفايه قد يوافق فرض العين في وجوبه على الجميع، و ذلك

فى مطلق فرض الكفايه إذا ظنَّ كلَّ واحد عدم قيام من فيه الكفايه به، فيجب على الجميع القيام عينا، و لا يخرج ذلك عن كونه كفايًّا، فإنَّ معنى كونه كفايًّا سقوطه عن البعض عند قيام بعض آخر فيه الكفايه، وهذا وصف له بإحدى جهاته. وقد ظهر بذلك أنّ قوله «و لا يتعين إلا أن يعينه. إلخ» ليس استثناء من كونه كفايًّا، بل ذكر لبعض أحكامه، و هو كون الشخص المعين لا يجب عليه القيام به حتماً، إلا بأسباب ثلاثة:

أحدها: تعيين الإمام له، و إن كان غير محتاج اليه للقتال، بسبب قيام من فيه الكفايه، فإنَّ الإمام قد يرى فى نهوضه معهم مصلحه من جهه أخرى، كجوده رأيه، و حسن تدبيره، و أشباه ذلك.

و ثانيها: قصور القائمين عن فرض الكفايه، بحيث يتوقف على قيامه، فيجب عليه أيضا ذلك عينا، و إلا فلا يلزم من قصور القائمين الوجوب على من لم يقم عينا، لجواز تعدده، بحيث لما علموا بقصور القائمين نهضوا مع زيادتهم عن الكفايه، فيجب القيام عليهم كفايه أيضا.

و ثالثها: تعيينه الجهاد على نفسه بنذر و شبهه حيث ينعقد النذر، فيجب عليه القيام عينا، و إن استغنى عنه، لأنه راجح فى الجملة.

إذا تقرّر ذلك، فلا يخفى ما فى عبارته المصنف من التهافت و القصور عن تحصيل المراد، فإنَّ الظاهر كون قوله: «أو لقصور القائمين» معطوفا على قوله:

«لاقتضاء المصلحه» المجمعول على تعيين الإمام، فيكون المعنى أنه يجب مع تعيين الامام له، الناشى من اقتضاء المصلحه تعيينه له، أو من قصور القائمين، فيكون العله فى الثانى مرگبه من قصور القائمين و تعيين الامام، مع أنّ القصور على لوجوب النهوض مستقله، كما أنّ تعيين الإمام على بذاتها أيضا، و إن لم يكن هناك قصور، و كذا مع النذر و شبهه.

و لو جعل قوله: «أو لقصور. إلخ» معطوفا على المستثنى - و هو قوله:

«أن يعينه الإمام» ليكون قسيما لتعيين الإمام، مغايرا له - جاز، إلا أنه خلاف

و قد تجب المحاربه على وجه الدفع، كأن يكون بين أهل الحرب، و يغشاهم عدوٌ يخشى منه (١) على نفسه، فيساعدهم دفعا عن نفسه، و لا يكون جهادا.

الظاهر. و فيه أيضا عطف الاسميه على الفعلية و ليس بالغا حدّ المنع، مع أنّ قوله:

«أن يعينه الإمام» في قوه الاسم، لتأويلهما بالمصدر و هو التعيين.

و في عبارته أيضا- على التقدير الأوّل- أنّ التعيين لقصور القائمين تعيين لاقتضاء المصلحه، فذكره بعده في قوه التكرار. و يندفع على تقدير تعيينه بأن عطف بعض أفراد العام عليه لمزيه خاصه به حسن واقع في الفصيح. و هو هنا كذلك، فإنّ قصور القائمين أبلغ أفراد المصلحه و أهمّها، فيحسن ذكره. و هذا يندفع أيضا بعطفه على الأوّل. و أمّا عطف قوله: «أو يعينه بنذر و شبهه» على تعيينه أوّلا [أولى و أوفق] (١) فلا إشكال فيه.

قوله: «و يغشاهم عدوٌ يخشى منه. إلخ».

أى يجب عليه قصد المدافعه، فلا يكفي قتالهم بدونه، و إن لم يقصد الجهاد، لأنّ الفعل الواحد الواقع على وجوه مختلفه بعضها سائغ و بعضها محرّم إنّما يتميّز بالتيه، كمسح رأس اليتيم، فلو ترك القصد كان مأثوما، ضامنا لما يحترم من النفوس و الأموال.

و هل يشترط في العدوّ الهاجم كونه كافرا، أم يجوز دفعه و إن كان مسلما؟ قيل:

بالأوّل، و به صرّح الشيخ في النهايه (٢)، لتحريم قتل المسلم. و ظاهر الأكثر عدم الاشتراط، لأنّه مدافعه عن نفسه، و المسلم يجوز دفعه كذلك.

و أشار المصنف بقوله: «و لا يكون جهادا» إلى أنّ حكم الشّهد من عدم تغسيه و تكفينه لا يلحق المقتول هنا، و كذا حكم الجهاد من تحريم الفرار و قسمه

ص: ١١

١- ١) هذا ساقط في «م» و «ك» و مشطوب عليه في «ه». و لعله أولى.

٢- ٢) التّهايه: ٢٩١.

و كذا كل من خشى (١) على نفسه مطلقاً، أو ماله إذا غلبت السلامه.

و يسقط فرض الجهاد بأعداء أربعه: العمى (٢)، و الزمن كالمقعد (٣)، و المرض المانع من الركوب و العدو (٤)، و الفقر الذى يعجز معه عن نفقه طريقه، و عياله، و ثمن سلاحه.

الغنيمه. نعم هو بمنزله الشهيد فى الأجر. و إطلاق الأخبار (١) بكونه شهيدا ينزل على ذلك.

قوله: «و كذا كل من خشى. إلخ».

أشار بالإطلاق إلى أن الخائف على نفسه من القتل يجب عليه الدفاع، سواء غلب السلامه به أم لا، لأن غايته على تقدير تركه إلى العطب، بخلاف المال، فإنما يجب المدافعه عنه مع ظن السلامه. فقوله: «إذا غلبت السلامه» شرط للمال خاصه. و غلب- بالتشديد- يفيد معنى ظن، لأنه رجحان أحد الطرفين.

و وجوب المدافعه عن المال بالشرط- كما تقتضيه العبارة- هو الأولى، سواء تضرر بفواته أم لا، لأن فى تركه تضييع، و هو غير جائز. و قيل: لا تجب المدافعه عن المال إلا مع اضطراره إليه و غلبه ظن الظفر. و به قطع فى الدروس (٢). و هو أقوى.

و قطع العلامه بعدم الوجوب مطلقاً (٣). و الحریم كالنفس فى وجوب الدفاع عنه مع الإمكان. و لو عجز و أمكن الهرب فيهما و جب.

قوله: «العمى».

و إن وجد الأعمى قائداً. و يتحقق العمى بذهاب البصر من العينين معاً، فيجب على الأعور و الأعشى و غيرهما.

قوله: «و الزمن كالمقعد».

و إن وجد مطيه و معينا. و لا يلحق به الأعرج الذى يمكنه المشى بدون مشقه.

قوله: «و المرض المانع من الركوب و العدو».

أى المانع من مجموعهما من حيث هو مجموع، فيسقط عنه و إن قدر على

ص: ١٢

١- ١) انظر الوسائل ١١:٩١ ب «٤٦» من أبواب جهاد العدو.

٢- ٢) الدروس: ١٦٧.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٢:٢٧٣.

و يختلف ذلك بحسب الأحوال (١).

## فروع ثلاثة

### أشاره

فروع ثلاثة

### الأول: إذا كان عليه دين مؤجل فليس لصاحبه منعه

الأول: إذا كان عليه دين مؤجل (٢) فليس لصاحبه منعه. و لو كان حالاً، و هو معسر، قيل: له منعه، و هو بعيد.

أحدهما، كما يسقط عمن تقدم مع إمكان الركوب خاصه، أو العدو خاصه، فإنّ الراكب قد يحتاج إلى العدو بأن يصير ماشياً بقتل دابته و نحوه، و من يقدر على العدو قد يحتاج إلى الركوب.

قوله: «و يختلف ذلك بحسب الأحوال».

أى بحسب أحوال الشخص، بالنسبه إلى ما يحتاج إليه من النفقه له و لعياله، و ما يحتاج إليه من السلاح من سيف، و قوس، و سهام، و رمح، و غير ذلك، فإنّ من الناس من يحسن الرّمي بالسهم خاصه فيعتبر في حقّه، و منهم من يحسن الضرب بالسيف فيعتبر في حقّه، و منهم من يعتاد النفقه الواسعه و هو من أهلها فيعتبر في حقّه، و هكذا. و كذلك الفقر يختلف الحال فيه بحسب اختلاف الأشخاص، فقد يطلق الفقير على شخص مع ملكه لمال كثير، و غيره يعدّ غنياً بذلك المال. و يجوز اعتباره في المرض أيضاً، فإنّ الأمراض تختلف في اعتبارها بالنسبه إلى أحوال الجهاد و أنواعه، فإنّ بعض أفراد الجهاد لا يحتاج إلى ركوب و لا عدو، فلا يعتبران في المرض.

قوله: «إذا كان عليه دين مؤجل. إلخ».

إطلاق المؤجل يشمل ما لو كان يحلّ قبل رجوعه من الجهاد بحسب العاده و عدمه، و ما لو كان به رهن أو ترك مالا في بلده مقابله الدّين و عدمه. و الأمر فيه كذلك، لعدم استحقاق المطالبه حينئذ. و يحتمل في الذى يحلّ أجله قبل رجوعه عاده جواز منعه، لاستلزامه تعطيل حقّه عند استحقاقه. و أمّا المعسر فالأقوى أنّه ليس له منعه مطلقاً. و القول بجواز منعه بخصوصه غير معلوم القائل. و إنّما ذكر الشيخ في

الثانى: للأبوين منعه عن الغزو ما لم يتعيّن عليه (١).

**الثالث: لو تجدد العذر بعد التحام الحرب**

الثالث: لو تجدد العذر بعد التحام الحرب (٢)، لم يسقط فرضه على المبسوط كلاماً (١) يدخل فيه المعسر، لا بخصوصه.

قوله: «للأبوين منعه عن الغزو ما لم يتعيّن عليه».

المراد بالأبوين الأب و الأمّ المسلمين العاقلين، فلو كانا كافرين أو مجنونين لم يعتبر إذنهما. و فى إلحاق الأجداد بهما قول قوئى. و لو كانا مع الأبوين ففى اعتبار إذن الجميع، أو سقوط الأجداد وجهان، أجودهما الأوّل. و فى اشتراط حرّيتهما فى ولايه المنع قولان، أقربهما العدم.

و المراد بتعيّنه عليه أن يأمره الإمام به، أو يكون فى المسلمين ضعف بحيث يتوقّف الأمر عليه، فيسقط اعتبارهما حينئذ، لوجوبه عليه عينا، كما يسقط اعتبار إذنهما فى الواجبات العيّيّه كالصلاه.

و كما يعتبر إذنهما فى الجهاد يعتبر فى سائر الأسفار المباحه و المندوبه و الواجبه الكفائيّه مع قيام من فيه الكفايه. فالسفر إلى طلب العلم إن كان لمعرفة العلم العينى، كإثبات الصانع، و ما يجب له و يمتنع عليه، و النبوه و الإمامه و المعاد، لم يفتقر إلى إذنهما. و إن كان لتحصيل الزائد منه على الفرض العينى، كدفع الشبهات، و إقامة البراهين المروّجه للدين زياده على الواجب، كان فرضه كفايه، فحكمه و حكم السفر إلى أمثاله من العلوم الكفائيّه كطلب التفقه، أنّه إن كان هناك قائم بفرض الكفايه اشترط إذنهما. و هذا فى زماننا فرض بعيد، فإنّ فرض الكفايه فى التفقه لا يكاد يسقط مع وجود مائه فقيه مجتهد فى العالم. و إن كان السفر إلى غيره من العلوم الأدبيّه مع عدم وجوبها، توقّف على إذنهما.

هذا كلّه إذا لم يجد فى بلده من يعلمه ما يحتاج اليه، بحيث لا يجد فى السفر زياده يعتدّ بها، لفراغ أو جوده استاد، بحيث يسبق به إلى بلوغ الدرجه التى يجب تحصيلها سبقاً معتداً به، و إلا اعتبر إذنهما أيضاً.

قوله: «لو تجدد العذر بعد التحام الحرب. إلخ».

إذا تجدد العذر بعد التحام الحرب، فإن كان خارجياً، كرجوع الأبوين



تردّد، إلا مع العجز عن القيام به.

و إذا بذل للمعسر ما يحتاج إليه وجب، ولو كان على سبيل الأجره لم يجب (١).

و من عجز عنه بنفسه (٢) و كان موسرا، و جب إقامه غيره، و قيل و صاحب الدين لم يعتبر رجوعه، لعموم الأوامر الداله على الثبات (١) حينئذ. و إن كان ذاتيا، كالمرض و العمى و الإقعاد ففي السقوط قولان، أقربهما ذلك، لعدم القدره التي هي شرط الوجوب. قال ابن الجنيّد يجب الثبات هنا أيضا (٢). و هو ضعيف. نعم لو لزم من رجوعه تخاذلا في المسلمين و انكسارا، أتجه عدم السقوط.

و اعلم أنّ ظاهر العبارة كون الخلاف في القسم الأوّل خاصّه، و الموجود في كتب الخلاف كونه في الثاني.

قوله: «و إذا بذل للمعسر ما يحتاج اليه وجب، و لو كان على سبيل الأجره لم يجب».

و الفرق بين الأمرين أنّ الإجاره لا تتم إلا بالقبول، و هو نوع اكتساب لا يجب تحصيله للواجب المشروط به، بخلاف البذل، فإنّه يتحقق بالإيجاب خاصّه، و هو من فعل الباذل. و وجوب القبول على المبدول له هو المشهور، بل لم ينقلوا فيه خلافا.

و قد تقدم في الحجّ مثله (٣). و ذهب بعض الأصحاب إلى اشتراط كونه بوجه لازم، كالنذر، أو قبوله البذل، و إلا لم يجب (٤). و الأوّل أقوى.

قوله: «و من عجز عنه بنفسه. إلخ».

الأقوى وجوب الاستتجار مع الحاجه إليه، أو أمر الإمام له بذلك، و إلا فلا،

ص: ١٥

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

٢- ٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٢٤.

٣- ٣) راجع الجزء الثاني: ١٣٣.

٤- ٤) المحقق الثاني في حاشيته على الشرائع: ١٨١ و جامع المقاصد ٣: ٣٧٣.

يستحب، وهو أشبه. و لو كان قادرا فجهّز غيره (١) سقط عنه، ما لم يتعيّن.

و يحرم الغزو في أشهر (١) الحرم إلا أن يبدأ الخصم، أو يكونوا ممّن لا يرى للأشهر حرمه.

و يجوز القتال في الحرم، و قد كان محرّما فمسخ (٢).

و يجب المهاجره عن بلد الشرك (٣) على من يضعف عن إظهار شعائر لأصالة البراءة، فيكون الاستئجار واجبا على الكفايه، كما يجب النهوض على القادر.

قوله: «و لو كان قادرا فجهّز غيره. إلخ».

يتحقق التعيّن بتوقف الأمر عليه لقوّته أو رأيه، أو بأمر الإمام له. و بدونه تجوز الاستنابه، لأنّ الغرض من الواجب الكفائي المقتضى لسقوطه عمّن زاد عمّن فيه الكفايه بحصول من فيه الكفايه تحصيله (٢) على المكلف بالواجب، بنفسه أو بغيره.

قوله: «و يجوز القتال في الحرم و قد كان محرّما فمسخ».

نسخه قوله تعالى فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ (٣) و كذلك قيل:

نسخت تحريم القتال في الأشهر الحرم مطلقا، بجواز قتل من لا يرى لها حرمه، و من بدأ بالقتل فيها.

قوله: «و يجب المهاجره عن بلد الشرك. إلخ».

المراد بشعائر الإسلام الأمور التي يختص بشرعه كالأذان و الصلاة (٤) و صوم شهر رمضان و نحو ذلك. قيل: و أصل الشعائر الثوب الملاصق للبدن، أستعير للأحكام اللاصقه للدين الخاص. و في الصحاح شعار القوم في الحرب علامتهم ليعرف بعضهم بعضا (٥). و هذا المعنى هنا أولى، بمعنى علامات الإسلام التي يعرف بها الفاعل كونه مسلما، كالعبادات المذكوره.

ص: ١٦

١-١) كذا في النسخ المطبوعه للشرائع و متن الجواهر المطبوع و الصحيح «الأشهر الحرم».

٢-٢) كذا في أكثر النسخ و في «ج» فيجوز تحصيله. و هو أولى بشرط حذف الباء عن كلمه «بحصول» فتأمل.

٣-٣) التوبه: ٥.

٤-٤) كذا في «ج» و «و» و في سائر النسخ بدل الصلاة «الإقامه».

٥-٥) الصّحاح ٦٩٩: ٢.

الإسلام، مع الممكنه.

و الهجره باقيه ما دام الكفر باقيا(١).

و احترز بمن يضعف عن إقامتها، عن ذى القوه أو العشيره، بحيث يمنع ذلك من أذى المشركين، و يقدر على إقامة الشعار، فلا يجب عليه الهجره. و مع ذلك يستحب له الهجره، لثلا يكثر به سواد المشركين. و لو تعدّرت على من يجب عليه لمرض، أو عدم نفقه، فلا حرج، لقوله تعالى إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ (١). و اليه أشار المصنف بقوله: «مع الممكنه».

و ألحق الشهيد- فيما نقل عنه- ببلاد الشرك بلاد الخلاف التي لا يتمكن فيها المؤمن من إقامة شعار الايمان، فيجب عليه الهجره منها- مع إمكان انتقاله- إلى بلد يحصل فيه اقامه الشعار.

قوله: «و الهجره باقيه ما دام الكفر باقيا».

تبه بذلك على خلاف بعض العامه، حيث زعم انقطاعها بالفتح، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا هجره بعد الفتح» (٢). و هو معارض بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا- تنقطع الهجره حتى تنقطع التوبه، و لا تنقطع التوبه حتى تطلع الشمس من مغربها» (٣). و حينئذ فيحمل الخبر الأوّل على الهجره من مكّه، لأنّها صارت دار الإسلام، فلا يلزم نفي الهجره من غيرها.

و لا- يرد أنّ الأصل عدم الإضمار، و إجراء العام على عمومه، لأنّ ذلك حيث لا يلزم تنافى الأخبار، و إلاّ وجب الجمع بينها ما أمكن، و لو بما هو أبعد من الإضمار و التخصيص. و هو موضع وفاق. و أجيب أيضا بأنّ الهجره المنفيّه هي الفاضله، كفضلها قبل الفتح، لقوله تعالى لَا يَسْتَوِي مِنْكُمْ مَنْ أَنْفَقَ مِنْ قَبْلِ الْفَتْحِ (٤).

ص: ١٧

١- ١) النساء: ٩٨.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٤٣ ح ٥، الفقيه ٣: ٢٢٧ ح ١٠٧٠، الوسائل ١١: ٧٧ ب «٣٦» من أبواب جهاد العدو ح ٧.

٣- ٣) سنن أبي داود ٣: ٣ ح ٢٤٧٩، و قريبا من لفظه في مسند أحمد ١: ١٩٢.

٤- ٤) الحديد: ١٠.

## و من لواحق هذا الركن المرابطه

و من لواحق هذا الركن المرابطه. و هى الإرصاء لحفظ الثغر (١). و هى مستحبه، و لو كان الامام مفقودا، لأنها لا تتضمن قتالا، بل حفظا و إعلاما. و من لم يتمكن منها بنفسه يستحب أن يربط فرسه هناك (٢). و لو نذر المرابطه وجبت، مع وجود الإمام و فقده. و كذا لو نذر أن يصرف شيئا فى المرابطين و جب على الأصح، و قيل: يحرم (٣)، و يصرفه فى وجوه البر، إلا مع خوف الشنعه، و الأول أشبه.

قوله: «و هى الإرصاء لحفظ الثغر».

الثغر هنا هو الموضع الذى يكون بأطراف بلاد الإسلام، بحيث يخاف هجوم المشركين منه على بلاد الإسلام. و كل موضع يخاف منه يقال له ثغر لغه (١).

قوله: «أن يربط فرسه هناك».

لينتفع بها من يربط بغير فرس، فهى بمعنى إباحه الانتفاع بها على هذا الوجه.

قوله: «و كذا لو نذر أن يصرف شيئا فى المرابطين و جب على الأصح و قيل: يحرم. إلخ».

القول للشيخ (٢). و حاصله أن من نذر شيئا للمرابطين حال الغيبه، بل حال عدم تمكن الامام و بسط يده و إن كان حاضرا، كما اتفق فى مورد النص (٣)، و جب صرف المنذور فى وجوه البر، إن لم يكن سمع نذره أحد من المخالفين، و اشتهر بينهم أنه نذر ذلك، بحيث يخاف بترك صرف المنذور فى المرابطين من تشنيعهم عليه، بعدم الوفاء بالنذر، أو بأنه لا يرى صحه النذر للمرابطين منهم، و نحو ذلك. فإن حصل له خوف من ذلك، و جب عليه صرفه فى المرابطين. و مستند هذا التفصيل روايه (٤) تدل ظاهرا عليه. و حملها على النذر لمرباط لا يسوغ صرف النذر إليه لا مطلق المرابط

ص: ١٨

١- (١) لسان العرب ٤:١٠٣، الصحاح ٢:٦٠٥.

٢- (٢) المبسوط ٢:٩ و النهايه: ٢٩١.

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

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

و لو آجر نفسه وجب عليه القيام بها، و لو كان الامام مستورا.

و قيل: إن وجد (١) المستأجر أو ورثته ردّها، و إلاّ قام بها. و الأولى الوجوب من غير تفصيل.

أولى. و الأقوى صحه النذر و وجوب الوفاء به كما عيّن مطلقا.

قوله: «و لو آجر نفسه وجب عليه القيام بها و لو كان الامام مستورا و قيل: إن وجد. إلخ».

القول للشيخ (١) (رحمه الله) استنادا إلى الرواية (٢). و مختار المصنف أقوى، لأنّه طاعه فضلا عن كونه مباحا يصحّ الاستئجار عليه.

ص: ١٩

---

١ - ١) المبسوط ٢:٩ و النهاية: ٢٩١.

٢ - ٢) قرب الاسناد: ١٥٠، الوسائل ١١:٢١ ب «٧» من أبواب جهاد العدو ح ٢. و في دلالتها على مورد الإجاره نظر، راجع الجواهر

٢١:٤٥.

الركن الثاني في بيان من يجب جهاده و كيفية الجهاد.

و فيه أطراف:

### الأول: في من يجب جهاده

الأول: في من يجب جهاده. و هم ثلاثة: البغاه على الإمام من المسلمين، و أهل الذمّه و هم اليهود و النصارى و المجوس إذا أخلوا بشرائط الذمّه، و من عدا هؤلاء من أصناف الكفار.

و كلّ من يجب جهاده (١) فالواجب على المسلمين النفور إليهم، إمّا لكفّهم، و إمّا لنقلهم إلى الإسلام.

قوله: «و كلّ من يجب جهاده. إلخ».

غايه الكفّ يتحقق في البغاه، لأنهم مسلمون، فيطلب بجهادهم كفّهم عن أهل الحقّ، و رجوعهم عن البغى. و في باقى الكفار إذا لم يقدر على نقلهم إلى الإسلام، بأن كان فيهم قوه و قد قصدوا المسلمين بحيث لا يرجى نقلهم. و إمّا إذا كان في المسلمين قوه قصدوا بسببها الكفار رجاء نقلهم إلى الإسلام تحققت الغايه الأخرى. و قد يتحقق للجهاد غايه ثالثه، و هى التزامهم بشرائط الذمّه.

و ممّا ذكرناه يعلم أنّ قولهم: «إمّا لكفّهم و إمّا لنقلهم إلى الإسلام» ليس لفا و نشرا مرتبا، على أن يكون «لكفّهم» للقسم الأول ممّن يجاهد، و «لنقلهم» للقسمين الأخيرين، بناء على أنّ البغاه مسلمون، و إنّما يطلب كفّهم عن الخروج عن طاعه الامام. و فى الحقيقه كل واحد من الغايتين يمكن طلبها لكل واحد من الأقسام، أمّا للقسمين الأخيرين فظاهر ممّا بيّناه، و أمّا البغاه فإنهم عندنا كفار مرتدون، فقد

فإن بدأوا فالواجب محاربتهم(١)،و إن كفّوا وجب بحسب المكنه و أقله في كل عام مرّه.و إذا اقتضت المصلحه مهادنتهم جاز،لكن لا يتولّى ذلك إلا الإمام،أو من يأذن له الامام.

يطلب نقلهم إلى الإسلام مع الإمكان.

فإن قيل:إذا كانوا مرتدّين فارتدادهم فطرى،فكيف يطلب إسلامهم،مع أنّه لا يقبل توبه هذا القسم من المرتدّين عندنا؟قلنا:قد قبل على عليه السلام توبه من تاب من الخوارج و هو أكثرهم.و قد قال لخارجي لم يرجع:«لكم علينا ثلاث:

أن لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله،و لا نمنعكم الفىء ما دامت أيديكم معنا،و لا نبدأ بقتالكم»(١).و هذا يدلّ على أنّ لهذا النوع من المرتدين حكما خاصا.و جاز أن يكون السب-مع النص-تمكّن الشبهه من قلوبهم،فيكون ذلك عذرا في قبول توبتهم قبل دفعها،كما أنّ أحكام المرتدّين ليست جاريه عليهم مع التوبه.

قوله:«فإن بدأوا فالواجب محاربتهم.إلخ».

لا-شك أنّ وجوب (٢)محاربتهم مع بداءتهم به إنّما يجب أيضا مع المكنه،فإطلاق الوجوب فيه و تقييد ابتدائنا لهم يوهم وجوب الأوّل مطلقا.و ليس كذلك،و إنّما قيد الثاني لملاحظه (٣)تتمه القيد و هو وجوبه في كل عام مرّه،بمعنى أنّ المكنه و إن كانت معتبره في الأمرين،لكنّ الأوّل لا-يتقيّد بقيد آخر،فيجب مع المكنه مطلقا،و الثاني إنّما يجب مع المكنه في كل عام مرّه،لقوله تعالى فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ (٤)أوجب بعد انسلاخها الجهاد،و الأصل عدم وجوب الزائد عن المرّه،بناء على أنّ الأمر لا يقتضى التكرار،كذا احتجوا له.و فيه نظر واضح[١].

ص:٢١

١-١) الكامل في التاريخ ٣:٣٣٥.

٢-٢) كذا في جميع ما لدينا من النسخ و الأولى حذف كلمه وجوب.

٣-٣) في «ن»و«و»بملاحظه.و هو أولى.

٤-٤) التوبه:٥.

الطرف الثاني في كيفية قتال أهل الحرب و الأولى أن يبدأ بقتال من يليه (١)، إلا أن يكون الأبعد أشدّ خطرا.

و يجب التريّص إذا كثر العدوّ و قلّ المسلمون، حتى تحصل الكثرة للمقاومه، ثمّ تجب المبادرة.

و أيضا فالممكنه مختلفه في الموضعين، فإنّ المراد منها في الأول القدره على مدافعتهم و ردّهم عن بلاد الإسلام و كفّ أذاهم، و في الثاني القدره على مقاومتهم و قهرهم، بحيث يقتلوا، أو يسلموا، أو يلتزموا بشرائط الذّمه إن كانوا من قبيلها.

و التحقيق أنّ الوجوب كلّ عام مرّه ليس مطلقا في الوجود و العدم، بل يجب الزيادة عليها مع الحاجه إليه، كخوف قوّه العدوّ مع الاقتصار عليها، و أدائه إلى ضعف المسلمين عنهم، و نحو ذلك. و يجوز تركه في السنه و السنين أصلا مع العذر، مثل أن يكون بالمسلمين ضعف في عدد أو عدّه، أو لحصول مانع في الطريق من عدم الماء و نحوه، أو رجاء رغبه العدوّ في الإسلام زياده على حاله قتالهم، و نحو ذلك ممّا يراه الإمام من المصلحه، فيجوز حينئذ تركه بهدنه و غيرها، كما صالح النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم قريشا عشرين سنه [١]، و أخر قتالهم حتى نقضوا عهدّه، و أخر قتال قبائل من العرب بغير هدنه. و أمّا إذا بدأ العدوّ بالقتال و جب جهاده مع الإمكان مطلقا.

قوله: «و الأولى أن يبدأ بقتال من يليه. إلخ».

هذا الحكم على وجه الوجوب، لقوله تعالى قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ (١) و الأمر للوجوب. و يستثنى من ذلك ما لو كان الأبعد أشدّ خطرا، فإنّه يسوغ حينئذ الانتقال إليه، كما فعل النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم بالحارث بن أبي ضرار، لما بلغه أنّه يجمع له، و كان بينه و بينه عدوّ أقرب، و بخالد بن سفيان

ص: ٢٢



و لا يبدءون إلا بعد الدعاء إلى محاسن الإسلام(١)،و يكون الداعى الإمام أو من نصبه.و يسقط اعتبار الدعوه فى من عرفها(٢).

و لا- يجوز الفرار إذا كان العدو على الضعف من المسلمين، أو أقل، إلا لمتحرف(٣) كطالب السعه، أو موارد المياه، أو استدبار الشمس، أو تسويه لأمته(٤)، أو لمتحيز الى فئه،قليله كانت أو كثيره(٥).

كذلك(١).و مثله فى جواز الانتقال إلى الأبعد ما إذا كان الأقرب منها دنا لا ضرر منه.

و كما يجب قتال الأقرب قبل من يليه، كذا يجب قتال القريب قبل من يليه أيضا، و هكذا.

قوله:«و لا يبدءون إلا بعد الدعاء إلى محاسن الإسلام».

محاسن الإسلام هى الشهاداتان و التوحيد و العدل و النبوه و الإمامه و جميع شرائع الإسلام.

قوله:«و يسقط اعتبار الدعوه فى من عرفها».

سواء كانت معرفه نشأت من الدعاء إليه،أو من بلوغه و معرفته الغرض من القتال،و مع ذلك يستحب الدعاء قبل القتال،كما فعل على عليه السلام بعمره و غيره.مع علمهم بالحال.

قوله:«الأ لمتحرف».

هو بالتاء المشاه من فوق.و المراد به الانتقال من حالته التى هو عليها إلى حاله هى أدخل فى تمكنه من القتال،كما ذكر من الأمثله.

قوله:«أو تسويه لأمته».

اللامه-بالهمزه-هى الدرع.و يجمع على أم بفتح اللام و سكون الهمز،و لؤم بضم اللام و فتح الهمز.و مثله نزع شىء،أو لبسه،أو نحو ذلك.

قوله:«أو لمتحيز الى فئه،قليله كانت أو كثيره».

المراد بالتحيز إلى فئه الانضمام إليها،ليستنجد بها فى القتال مع صلاحيتها له.

ص:٢٣

و لو غلب عنده الهلاك لم يجز الفرار، وقيل: يجوز (١)، لقوله تعالى:

و لَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ (١). و الأول أظهر، لقوله تعالى إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَأُتْبِئُوا (٢).

و إن كان المسلمون أقلّ من ذلك لم يجب الثبات. و لو غلب على الظن السلامه استحَبَّ. و إن غلب العطب قيل: يجب الانصراف، و قيل: يستحب، و هو أشبه (٢).

و يشترط أن لا تكون بعيده جدًّا، بحيث يخرج بالتحيز إليها عن كونه مقاتلا عاده.

و لو وصل إليها في زمان لا يخرج عن الوصف، لكن بدا له حينئذ الانتقال إلى أخرى جاز، بشرط أن لا يخرج بمجموع التحيز عن الوصف، لا بكلّ واحد على انفراده، مع اتصال الانتقال. أمّا لو طرأ بعد القتال معها اعتبر كلّ على حده.

و اعلم أنّ هذا الاستثناء في الموضعين إنّما هو للمختار. أمّا المضطر - كمن عرض له مرض، أو فقد سلاحه - فإنه يجوز له الانصراف حيث شاء.

قوله: «و لو غلب عنده الهلاك لم يجز له الفرار و قيل: يجوز. إلخ».

فرض المسألة في ما إذا كان العدو على الضّعف أو أقلّ، مع كونه من جمله فئه، أمّا لو كان المسلم وحده فسيأتي الخلاف فيه. و منشأ القولين من دلاله الإطالقين على المراد، و الأقوى وجوب الثبات. و طريق الجمع منع كون الثبات على هذا الوجه إلقاء باليد إلى التهلكه، بل إلى الحياه الباقيه المخلده، فلا تعارض بين الإطالقين.

قوله: «و إن كان المسلمون أقلّ من ذلك - إلى قوله - و هو الأشبه».

وجه الوجوب اشتماله على حفظ النفس الواجب دائما. و وجه الاستحباب ذلك، إلا أنّ عدم المنع من النقيض لما فيه من تحصيل الشهاده على تقديرها، و هو أمر مطلوب، و لظاهر قوله تعالى كَمِنْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً (٣) فإنّ فيه ترغيبا في الثبات، و ليس ببعيد.

ص: ٢٤

١-١ (١) البقره: ١٩٥.

٢-٢ (٢) الأنفال: ٤٥.

٣-٣ (٣) البقره: ٢٤٩.

و لو انفرد اثنان بواحد من المسلمين لم يجب الثبات، و قيل: يجب، و هو المروى (١).

و يجوز محاربه العدو بالحصار، و منع السابله دخولا و خروجا، و بالمجانيق، و هدم الحصون و البيوت، و كل ما يرجى به الفتح. و يكره قطع الأشجار، و رمى النار، و تسليط المياه إلا مع الضروره.

و يحرم بإلقاء السم (٢)، و قيل يكره، و هو أشبهه، فان لم يمكن الفتح إلا به جاز.

و لو تترسوا بالنساء أو الصبيان منهم كف عنهم، إلا فى حال التحام الحرب (٣)، و كذا لو تترسوا بالأسارى من المسلمين و إن قتل الأسير، إذا لم قوله: «و لو انفرد اثنان بواحد من المسلمين - إلى قوله - و هو المروى».

هى روايه الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام قال: كان يقول:

«من فرّ من رجلين فى القتال من الزحف فقد فرّ. و من فرّ من ثلاثه فلم يفرّ» (١). و فى الروايه ضعف. و وجوب الثبات قوى مع عدم ظنّ العطب.

قوله: «و يحرم بإلقاء السم. إلخ».

التحريم قول الشيخ فى النهايه (٢)، و اختاره ابن إدريس (٣)، استنادا إلى روايه السكونى أنّ النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم نهى عنه (٤). و الروايه مع ضعفها، يمكن حملها على الكراهه، لجواز قتالهم بأنواع العذاب.

نعم لو أدى إلى قتل نفس محترمه حرم لذلك، كما أنه لو توقّف الفتح عليه وجب. و العجب فى ذلك من ابن إدريس المانع من العمل بخبر الواحد الصحيح.

قوله: «و لو تترسوا بالنساء و الصبيان منهم كف عنهم إلا فى حال التحام الحرب».

يجب حينئذ توقّى الترس ما أمكن، لأنه محترم. و لو توقّف الوصول إليهم بقتله

ص: ٢٥

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

٢- ٢) النهايه: ٢٩٣.

٣- ٣) السرائر ٧: ٢.

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

يمكن جهادهم إلا- كذلك. و لا يلزم القاتل ديه (١)، و يلزمه كفّاره. و فى الأخبار و لا- الكفّاره. و لو تعمّده الغازى مع إمكان التحرز، لزمه القود و الكفّاره.

و لا يجوز قتل المجانين، و لا الصبيان، و لا النساء منهم، و لو عاونهم (٢)، إلا مع الاضطرار. و لا يجوز التمثيل بهم (٣).

جاز، كما يجوز قتل الترس المسلم كذلك.

قوله: «و لا يلزم القاتل ديه. إلخ».

لا إشكال فى وجوب الكفّاره، لأنها تجب مع الخطأ فى نحو هذا الباب، كما دلّ عليه قوله تعالى فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَ هُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبِهِ مُؤْمِنَةٌ (١). و إنما الكلام فى كونها كفّاره الخطأ عملاً- بظاهر الآيه، و نظرا إلى أنه فى الأصل غير قاصد للمسلم، و إنما مطلوبه قتل الكفّار فلم يجعل عامدا؟ و أنّ هذا القتل لما كان مأذونا فيه شرعا و مأمورا به لم يكن عمدا، أو كفّاره العمد نظرا إلى صورته الواقع، فإنه متعمّد لقتله، و أنّ الآيه إنّما وردت فى من قتل المسلم خطأ. و لعلّه أوجه. و ينبغى أن يكون من بيت المال، لأنه من المصالح، بل من أهمّها، و لأنّ فى إيجابها على المسلم تخاذل المسلمين عن حرب المشركين، حذرا من الغرم.

قوله: «و لا يجوز قتل المجانين و لا الصبيان و لا النساء منهم و لو عاونهم. إلخ».

نون «عاون» مشدّده، ضمير جمع المؤنث، راجع إلى النسوة. و يجوز كونها مخفّفه، و الفاعل ضمير مستتر عائد إلى المذكور. و فى بعض النسخ «عاونوهم» و هو أشهر و أجود. و فى حكم من ذكر الخنثى المشكل، و الشيخ الفانى، إلا أن يعاون برأى أو قتال.

قوله: «و لا يجوز التمثيل بهم».

أى بالكفّار حين قتلهم، كجدع أنوفهم و آذانهم، و إن فعلوا ذلك بالمسلمين.

ص: ٢٤

و لا الغدر(١).

و يستحب أن يكون القتال بعد الزوال(٢).و تكره الإغاره عليهم ليلا، و القتال قبل الزوال إلا لحاجه،و أن يعرqb الدابته(٣) و إن وقفت به،و المبارزه بغير إذن الإمام و قيل:يحرم(٤).و يستحب المبارزه إذا ندب إليها الإمام و تجب إذا ألزم(٥).

قوله:«و لا الغدر».

أى قتالهم بخته بعد الأمان.و كذا يحرم الغلول منهم،لقول النبي صلى الله عليه و آله و سلم«لا تغلوا و لا تمثلوا و لا تغدروا»(١).

قوله:«و يستحب أن يكون القتال بعد الزوال».

لأنَّ أبواب السماء تفتح عنده،و ينزل النصر،و تقبل الرحمه،و هو أقرب إلى الليل،فيقلّ القتلى.و ينبغي أن يكون بعد صلاه الظهرين،حذرا من الاشتغال عنها.

قوله:«و أن يعرqb الدابته».

أى يعرqb المسلم دابته إذا وقفت به،أو أشرف على القتل.و ضمير«به»يعود إليه بدلاله المقام.و لو رأى ذلك صلاحا زالت الكراهيه،كما فعله جعفر بن أبى طالب عليه السلام بمؤته(٢).و لو ذبحها كان أجود.و أميا دابته الكافر فيجوز أن تعرqb،لأنه يؤدى إلى أضعافهم.و إتلافها بالدكاه أولى مطلقا.

قوله:«و المبارزه بغير إذن الإمام،و قيل:يحرم».

مستند التحريم روايه(٣).و الكراهه أقوى جمعا بين الأخبار.

قوله:«و يستحب المبارزه إذا ندب إليها الإمام،و تجب إذا ألزم».

أى تستحب و تجب إذا ندب و ألزم بها شخصا بعينه.و لو فعل ذلك من غير

ص:٢٧

١-١) المحاسن:٣٥٥ ح ٥١،الكافى ٥:٢٧ ح ١،التهذيب ١:٣٨١،الوسائل ١١:٤٣ ب«١٥» من أبواب جهاد العدو ح ٢،٣.

٢-٢) الكافى ٥:٤٩ ح ٩،الوسائل ١١:٣٩٦ ب«٥٢» من أبواب أحكام الدواب ح ٢.

٣-٣) الوسائل ١١:٦٧ ب«٣١» من أبواب جهاد العدو.

**الأول:المشرك إذا طلب المبارزه و لم يشترط جاز معونه قرنه**

الأول:المشرك إذا طلب المبارزه و لم يشترط جاز معونه قرنه.فإن شرط أن لا يقاتله غيره وحب الوفاء به.فإن فرّ فطلبه الحربى جاز دفعه.

و لو لم يطلبه لم يجز محاربتة،وقيل:يجوز(١) ما لم يشترط الأمان،حتى يعود إلى فئته.

**الثانى:لو اشترط أن لا يقاتله غير قرنه**

الثانى:لو اشترط أن لا يقاتله غير قرنه،فاستنجد أصحابه،فقد نقض أمانه.و إن تبرّعوا فمنعهم فهو فى عهده شرطه.و إن لم يمنعهم جاز قتاله معهم.

**الطرف الثالث فى الذمام**

**اشاره**

الطرف الثالث فى الذمام و الكلام فى العاقد و العباره و الوقت.

**أما العاقد**

أما العاقد فلا بد أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً.و يستوى فى ذلك الحرّ و المملوك،و الذكر و الأنثى.و لو أذمّ المراهق أو المجنون لم ينعقد،لكن يعاد إلى مأمنه(٢).و كذا كلّ حربى دخل فى دار الإسلام بشبهه الأمان كأن تعيين استحبت أو وجبت كفايه.و مع الوجوب الكفائى تستحب لمن لم تجب عليه.

قوله:«و لو لم يطلبه لم يجز محاربتة و قيل:يجوز.إلخ».

عدم الجواز قوى و فاء بمقتضى الشرط،فإنه لا يزول حتى تتغير تلك الحاله، و يعود إلى فئته.

قوله:«و لو أذمّ المراهق و المجنون لم ينعقد لكن يعاد إلى مأمنه».

هذا إذا ادعى الحربى توهمه صحه الأمان، أما لو علم فساده ثم دخل لم يعتد به. و مراد المصنف هو الأول.

ص: ٢٨

يسمع لفظا فيعتقده أمانا، أو يصحب رفقته فيتوهمها أمانا(١).و يجوز أن يذمّ الواحد من المسلمين لآحاد من أهل الحرب(٢)، و لا يذمّ عامًا، و لا لأهل إقليم.

و هل يذمّ لقريه أو حصن؟ قيل: نعم(٣)، كما أجاز عليّ عليه السلام ذمام الواحد لحصن من الحصون، و قيل: لا، و هو الأشبه. و فعل على عليه السلام قضيه في واقعه، فلا يتعدى.

و الامام يذمّ لأهل الحرب عموما و خصوصا. و كذا من نصبه الامام للنظر في جهه يذمّ لأهلها. و يجب الوفاء بالذمام، ما لم يكن متضمنا لما يخالف الشرع. و لو أكره العاقد لم ينعقد.

### و اما العبارة

و اما العبارة، فهو أن يقول: أمّنتك، أو أجزتتك، أو أنت في ذمّه الإسلام. و كذا كل لفظ دلّ على هذا المعنى صريحا. و كذا كل كناية(٤) علم بها ذلك من قصد العاقد.

قوله: «أو يصحب رفقته فيتوهمها أمانا».

أى يتوهم الصحبه المدلول عليها بالفعل تضمنا. و يكفى في مثل ذلك دعواه.

قوله: «و يجوز أن يذمّ الواحد من المسلمين لآحاد من أهل الحرب».

المراد بالآحاد العدد اليسير، و هو يطلق على العشره فما دون. و يذمّ-بضم أوّله و كسر ثانيه-مضارع أذمّ، أى أجار.

قوله: «و هل يذمّ لقريه أو حصن؟ قيل: نعم. إلخ».

الأقوى العدم، كما اختاره المصنّف. و قد استثنى جماعه (١) من الأصحاب الحصن الصغير، و البلد الصغير، و ألحقوه بالآحاد. و فى صحته على الإطلاق نظر.

قوله: «و كذا كلّ كناية. إلخ».

الكناية بالتّون، و المراد بها اللفظ الدالّ على الذمام بفحواه، دون صريحه،

ص: ٢٩



و لو قال: لا بأس عليك، أو لا تخف لم يكن ذماما (١)، ما لم ينضم إليه ما يدلّ على الأمان.

## و أمّا وقته

و أمّا وقته فقبل الأسر. و لو أشرف جيش الإسلام على الظهور، فاستدّم الخضم، جاز مع نظر المصلحة. و لو استدّموا بعد حصولهم فى الأسر فأذّم، لم يصحّ. و لو أقرّ المسلم أنه أذّم لمشرك، فإن كان فى وقت يصحّ منه إنشاء الأمان، قبل (٢).

و لو ادّعى الحربى على المسلم الأمان، فأنكر المسلم، فالقول قوله (٣).

بحيث يعلم بالقرائن اراده الأمان به من قصد العاقد. و يجوز كونها بالتاء المثناه من فوق، فإنها كافيه أيضا. و الضابط كلّ ما دلّ على إرادته الأمان من لفظ، و كتابه، و إشاره، و غيرها.

قوله: «و لو قال: لا بأس عليك، أو لا تخف لم يكن ذماما.

إلخ».

لا- فرق فى المنضمّ اليه بين كونه مقاليا أو حاليا، كما لو طلبوا منه الأمان، أو طلبه هو منهم، و نحو ذلك، ممّا يدلّ بانضمامه إلى اللفظ القاصر-عليه.

قوله: «و لو أقرّ المسلم أنه أذّم لمشرك، فإن كان فى وقت يصحّ منه إنشاء الأمان قبل».

احترز به عمّا لو وقع الإقرار بعد الأسر، فإنّه لا يقبل، و إن أسنده الى ما قبله، من الحال التى يصحّ فيها الأمان، لأنّه إقرار فى حقّ الغير فلا يسمع. و كذا لو أقرّ بذلك ما فوق الواحد من المسلمين، و إن كانوا ثلاثه على الأقوى.

قوله: «و لو ادّعى الحربى على المسلم الأمان فأنكره فالقول قوله».

من غير يمين، كما صرّح به جماعه (١). و علّوه بأنّ القتل و الأسر حكمان ثابتان

ص: ٣٠

---

١- ١) كالعلامه فى القواعد ١: ١١٠ و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٣: ٤٣٢. و التعليل المذكور فيه أيضا.

و لو حيل بينه و بين الجواب بموت أو إغماء، لم تسمع دعوى الحربى. و فى الحالين يردّ إلى مأمّنه، ثمّ هو حرب (١). و إذا عقد الحربى لنفسه الأمان، ليسكن فى دار الإسلام، دخل ماله تبعاً. و لو التحق بدار الحرب للاستيطان، انتقض أمانه لنفسه، دون ماله. و لو مات انتقض الأمان فى المال أيضاً، إن لم يكن له وارث مسلم، و صار فيثاً. و يختصّ به الإمام (٢)، لأنّه لم يوجف عليه. و كذا الحكم لو مات فى دار الإسلام.

على الحربى، و بمجرّد دعواه لا يسقطان. و إنكار المسلم لا يأتى على حقّ يترتب عليه، بل على ما يقتضى سقوط ما قد علم ثبوته. و فى التعليل نظر، لأنّه إن كان فى حاله يمكن المسلم فيها إنشاء الأمان، ينفعه إقراره له، فينبغى على القاعده المستمره ثبوت اليمين. و إن كان فى وقت لا ينفعه، كما لو كان أسيراً، لم يثبت عليه يمين، لأنّ إقراره فى تلك الحال لا ينفعه، بل إنشاؤه كذلك. و يمكن الجواب عن الأوّل بأنّ الحق فى الأمان ليس منحصرًا فى المسلم، بل يتعلق به و بغيره، ممّن يستحق المال و النفس، فيكون فى ذلك كالوكيل الذى يقبل إقراره، و لا يتوجّه عليه يمين.

قوله: «و فى الحالين يردّ إلى مأمّنه، ثمّ هو حرب».

أى فى حاله إنكار المسلم، و الحيلولة بينه و بين الجواب، فيردّ الكافر إلى مأمّنه، للشبهه. و لو أقام بينه سمعت.

قوله: «و إذا عقد الحربى لنفسه الأمان ليسكن فى دار الإسلام» - إلى قوله - و يختصّ به الإمام. إلخ».

تبه بقوله: «تبعاً» على أنّ لفظ «الأمان لنفسه» لم يتناول ماله نصّاً، فإنّ أحدهما غير الآخر، و لكن يدخل تبعاً له، بناء على أنّ إتلاف ماله ضرر عليه، و الأمان يقتضى عدم الضرر. و متى دخل تبعاً، صار بحكم ما لو صرح بأمانه. فاذا

و لو أسره المسلمون فاسترقّ، ملك ماله تبعاً لرقبته (١).

و لو دخل المسلم دار الحرب مستأمناً فسرقت، ووجب إعادته (٢)، سواء كان صاحبه في دار الإسلام، أو في دار الحرب. و لو أسر المسلم، و أطلقوه، و شرطوا عليه الإقامة في دار الحرب، و الأمن منه، لم يجب رجوع الكافر عن الأمان بنفسه، بقى ماله على أصل الذمام، إلى ان يردّ إليه، فيصير بحكمه. و أنّما دخل في الأمان تبعاً، و لم يدخل في الحرب تبعاً، لأنّ الأصل يقتضى عدم التبعية فيهما، خرج منه التبعية في الاحترام، بدلاله القرائن على إرادته، فيبقى الباقي.

و قيده بعضهم بكون الأمان له مطلقاً، فلو كان مقيداً بكونه في دار الإسلام، انتقض أمان المال أيضاً. و يشكل بأنّ الأمان لا يكون إلاّ في دار الإسلام. و من ثمّ يبطل أمانه لو انتقل إلى دار الحرب بتبته الإقامة، أمّا لو دخله بتبته العود، لم ينتقض أمانه في نفسه و لا ماله قطعاً.

و على الأوّل لو بعث بطلبه، بعث به إليه، تحقيقاً للأمان فيه. و يصحّ تصرفه فيه ببيع و هبه و غيرهما. فان مات و هو على ملكه، انتقل إلى وارثه، فان كان مسلماً ملكه مستقراً. و ان كان حربياً انتقل إليه، و انتقض فيه الأمان، و صار للإمام عليه السلام، بمنزله ما لا وارث له.

قوله: «و لو أسره المسلمون ملك ماله تبعاً لرقبته».

هذا من تتمّة المسألة السابقة. و حيث زال أمانه في نفسه جاز أسره إذا تمكّنوا منه. فان قتلوه كان بحكم ما لو مات. و إن استرقّوه زال ملكه عن ماله، بناء على أنّه لا يملك شيئاً، و يكون فيئاً للإمام عليه السلام، كما مرّ. فقول المصنف «ملك ماله تبعاً» أراد به التبعية في الملك، لا في المالك، فلا يستحقّه مسترقّه، لأنّه مال لم يوجف عليه. و لو أعتق بعد ذلك لم يعد إليه. أمّا لو منّ عليه عاد إليه.

قوله: «و لو دخل المسلم دار الحرب مستأمناً فسرقت و جبت إعادته».

أى فسرق شيئاً. و إليه يعود ضمير «إعادته» و أنّما تركه لدلاله السرقة عليه، فإنّها مقتضية لمسروق. و أنّما حرم عليه خيانتهم، مع أنّ لفظ الأمان وقع لنفسه، لأنّ

الإقامة، و حرمت عليه أموالهم بالشرط. و لو أطلقوه على مال، لم يجب الوفاء به.

و لو أسلم الحربى، و فى ذمته (١) مهر، لم يكن لزوجه مطالبته، و لا لوارثها.

و لو ماتت ثم أسلم، أو أسلمت قبله ثم ماتت، طالبه وارثها المسلم، دون الحربى.

لازمه ترك الخيانه من الجانيين، و ان لم يصرح به، كما دخل مال الكافر تبعا له، فدخول المال معلوم من حيث المعنى.

قوله: «و لو أسلم الحربى و فى ذمته. إلخ».

إنما لم يكن لها المطالبه بالمهر، مع إسلامه قبلها و حياتها، و لا- لوارثها بعد ذلك، لأنها من أهل الحرب، و لا أمان لها على المهر، فيجوز للزوج منعها منه، كما يجوز له أخذ مالها الذى فى يدها. لكن لو ماتت قبل إسلامه، و لها وارث مسلم، انتقل اليه ما يخصه من المهر، فإذا أسلم الزوج بعد ذلك، بقى فى ذمته للمسلم. و لو كان وارثها حربيا كان بحكمها، فليس له المطالبه به. و كذا لو أسلمت قبل إسلامه، استقر المهر لها فى ذمته، و لم يسقط بإسلامه، لمصادفته مالكا محترما.

بقى فى المسأله أمران:

الأول: أن إطلاق قوله «و لا لوارثها» يشمل الوارث المسلم و الحربى. و اتحاد الحكم فيهما متجه، من حيث إن إسلام الزوج قبلها أو جب جواز استيلائه على ما أمكنه من مالها الذى من جملته المهر. و كل ما استولى عليه منه يملكه، كغيره من أموال أهل الحرب. و كونه فى ذمته بمنزله المقبوض فى يده، فينبغى أن يملكه بإسلامه، مع بقائها على الحرب. و حينئذ فلا يزيله ما يتجدد من إسلامها، و لا- موتها مع كون وارثها مسلما. فهذا الإطلاق فى محلّه. و كذلك أطلق العلامة فى كثير من كتبه (١). لكن ذكر فى التذكرة و التحرير (٢) أن وارثها إذا كان مسلما يجوز له مطالبته به.

ص: ٣٣

١- (١) القواعد ١: ١١١، الإرشاد ١: ٣٤٤.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤١٨، التحرير ١: ١٣٧، و كذلك فى المنتهى ٢: ٩١٧.

و ظاهره أنّ الحكم فى ما لو أسلم قبلها. و ينبغى على هذا أنّه لو أسلمت أيضا جاز لها المطالبة بطريق أولى، لأنّ حقّ المطالبة من الوارث المسلم إنّما جاء من قبل موتها مستحقه للمال، لكن لما لم يكن لها المطالبة لكونها حربيه، يثبت لوارثها المسلم، لزوال المانع، فاذا زال المانع عنها فى حياتها بإسلامها ثبت لها ذلك.

و يشكل ذلك بأمرين:

أحدهما: ما أسلفناه من أنّه بإسلامه قبلها صارت يده على مالها و هو غير محترم، فينبغى أن يحكم له بملكه. فكيف يمنع من المطالبة به، و يبقى على ملكها؟!.

و الثانى: أنّه لم يذكر هو و لا غيره هنا جواز مطالبتها لو أسلمت بعد ذلك، مع أنّ اللازم من مطالبه وارثها و استحقاقه له، مطالبتها و استحقاقها كما مرّ.

و قد أكّد العلامة الشبهه المستفاده من مدلول ما حكيناه عنه، فى باب النكاح، فحكم فى الإرشاد (١) بأنّ إسلام الزوج الحربى يوجب للحربيه عليه نصف المهر إن كان قبل الدخول، و جميعه إن كان بعده، فإنّه لو لا إمكان مطالبته به على وجه، بأن تسلّم بعد ذلك، أو تخلف (٢) وارثا مسلما، بحيث يستحق المطالبة به، لم يكن لاستحقاقها المهر فائده.

و كأنّه يفزّق فى تملكك المسلم لمال الحربى بين العين و الدين، فيمنع الاستيلاء على الدين على وجه يوجب ملكه له، بناء على تعذّر قبضه، لأنّه أمر كلّى غير مشخص. و من ثمّ لم يجز هبته و لا- غيرها ممّا يشترط فيه القبض. و لو كان عينا جاز له تملكه، و استقرّ ملكه عليه، و ان أسلمت بعد ذلك، أو خلفت مسلما. لكن هذا كلّه مشكل بما أسلفناه. و إطلاق عباراتهم يؤيد ما حقّقناه.

الثانى: ذكر جماعه من الأصحاب أنّ الحربى إذا أسلم يسقط عنه مال أهل

ص: ٣٤

١- ١) الإرشاد ٢٣: ٢.

٢- ٢) فى «ن» و «ك» و «و» بأن يسلم بعد ذلك أو يخلف. و الصحيح ما أثبتناه كما فى «ه» و «م».

**الأول: يجوز أن يعقد العهد على حكم الإمام**

الأول: يجوز أن يعقد العهد على حكم الإمام، أو غيره ممن نصبه للحكم. و يراعى فى الحاكم كمال العقل، و الإسلام، و العدالة(١).

الحرب الذى كان فى ذمته، إذا كان غضبا أو إتلافاً، أو غير ذلك ممّا حصل بغير التراضى و الاستئمان. و أمّا ما ثبت فى ذمته بالاستئمان، كالقرض و ثمن المعاوضات، فإنه يبقى فى ذمته لشبهه الأمان، و إن لم يكن وقع صيغه أمان. و يؤيده ما ذكره من أنّ المسلم أو الحربى لو دخل إليهم و خرج لهم بمال ليشتري به شيئاً لم يجز التعرض له، لأنه أمانه و كذا لو دفعوا الى أحد شيئاً وديعه، لم يجز التعرض لها، إلحاقاً للأمانه بالأمان.

و حينئذ يشكل الحكم بعدم وجوب دفع المهر إليها، و ان بقيت على الكفر، فإنّ المهر من باب الأمانات كضمن المبيع. و يتوجّه الإشكال حينئذ على جميع أقسام المسأله. و يكون ذلك القيد الذى زاده العلامة أقعد فى الحكم من باقيها.

اللهمّ إلا ان يفرّق بين المعاوضه المحضه و غيرها كالمهر، أو يمنع أصل الحكم، و يدعى استباحه مال الحربى مطلقاً، ما لم يسبقه الأمان الخاص. و لكن عموم الآيه (١) بالأمر بأداء الأمانه يشمل ما ذكره فى الوديعه. و قد ينازع فى دخول ما فى الذمه، سواء كان من معاوضه محضه كالضمن، أو غيرها كالمهر.

قوله: «و يراعى فى الحاكم كمال العقل و الإسلام و العدالة».

لا ريب فى اعتبار العقل، و يخرج به المجنون و السكران و المغمى عليه و أشباههم، و الإسلام لتعليق الحكم عليه فى الخبر [١]. و اما العدالة فلأنّ الفاسق

و هل يراعى الذكوره و الحرّيه؟ قيل: نعم، و فيه تردّد (١).

و يجوز المهادنه على حكم من يختاره الإمام، دون أهل الحرب، إلا- أن يعينوا رجلا- يجتمع فيه شروط الحاكم (٢). و لو مات الحاكم قبل الحكم، بطل الأمان، و يردّون إلى مأمّنهم. و يجوز أن يسند الحكم إلى اثنين و أكثر.

و لو مات أحدهم، بطل حكم الباقيين (٣)، و يتبع ما يحكم به الحاكم، ظالم، و قد نهى الله تعالى عن الركون إليه (١). و اشترط فى التذكرة- زياده على ذلك- الفقه بأحكام الجهاد (٢). و المراد به الاجتهاد فى مسأله، كما يقتضيه إطلاق هذا اللفظ. و به صرح المحقّق المحشى (٣).

قوله: «و هل يراعى الذكوره و الحرّيه؟ قيل: نعم، و فيه تردّد».

منشؤه أصاله عدم الاشتراط، و أنّ العبد و المرأه قاصران عن مرتبه الحكم.

و اشتراطهما أجود.

قوله: «إلا أن يعينوا رجلا، يجتمع فيه شروط الحاكم».

فتجوز المهادنه على حكم من يختارونه حينئذ، كما أقرّ النّبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم بنى قريظته، حين طلبوا النزول على حكم سعد بن معاذ، فحكم فيهم بقتل الرجال، و سبى الذراري، و غنيمه المال. فقال له النّبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم:

«لقد حكمت بما حكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعه» (٤). قال الجوهرى: «الرّقيع اسم سماء الدنيا، و كذلك سائر السماوات» (٥). و قال الخليل: «كلّ واحده رقيع للأخرى، فهى أرقعه» (٦).

قوله: «و لو مات أحدهم، بطل حكم الباقيين».

لأنه جعل الحكم منوطا برأى الجميع فيفوت بفواته و هو يتحقق بفوات بعضه،

ص: ٣٦

١-١ (١) هود: ١١٣.

٢-٢ (٢) التذكرة ٤١٨: ١.

٣-٣ (٣) هو المحقّق الثانى فى حاشيته على الشرائع: ١٨٥ «مخطوط».

٤-٤ (٤) الإرشاد للمفيد: ٥٨.

٥-٥ (٥) الصحاح ١٢٢٢: ٣.

٦-٦ (٦) العين ١٥٧: ١.

الا ان يكون منافيا لوضع الشرع.

و لو حكم بالسبى و القتل و أخذ المال فأسلموا،سقط الحكم فى القتل خاصة لا فى المال(١).و لو جعل للمشرك فديه عن اسراء المسلمين،لم يجب الوفاء،لأنه لا عوض للحز.

### الثانى:يجوز لوالى الجيش

الثانى:يجوز لوالى الجيش،جعل الجعائل،لمن يدلّه على مصلحه، كالتنبيه على عوره القلعه،و طريق البلد الخفى.فإن كانت الجعالة من ماله دينا(٢)،اشترط كونها معلومه الوصف و القدر.

و إن كانت عينا،فلا بدّ أن تكون مشاهده،أو موصوفه.

و إن كانت من مال الغنيمه،جاز أن تكون مجهوله،كجاريه و ثوب.

### تفريع

تفريع لو كانت الجعالة عينا،و فتح البلد على أمان،فكانت فى الجملة، و مثله ما لو مات أحد الوصيّن على الجميع.

قوله:«و لو حكم بالسبى و القتل و أخذ المال فأسلموا،سقط الحكم فى القتل لا فى المال و السبى» [١].

لأن الإسلام يحقن الدماء،بخلاف الاسترقاق و المال،فإنّهما يجامعان الإسلام،كما لو أسلم المشرك بعد الأخذ.

قوله:«فإن كانت الجعالة من ماله دينا.إلخ».

اشترط العلم بالجعالة-كما فى الأولى-واضح،لما سيأتى ان شاء الله تعالى،



فإن اتفق المجعول له و أربابها على بذلها أو إمساكها بالعوض جاز. و إن تعاسرا، فسخت الهدنه، و يردون إلى مأمئهم (١).

و لو كانت الجعالة جاريه، فأسلمت قبل الفتح لم تدفع اليه (٢) و دفعت القيمه. و كذا لو أسلمت بعد الفتح، و كان المجعول له كافرا. و لو ماتت قبل الفتح أو بعده، لم يكن له عوض.

من أن الجعالة شرطها العلم بالعوض. و أميا جواز الجهاله فى الثانيه فللنص [١]، و دعاء الحاجه إليه، مع أنه سيأتى فى الجعالة أن الجهاله تصح فيه حيث يتعدّر العلم به، و لا- تكون مانعه من التسليم، ك«من ردّ عبدى فله نصفه» فيكون القسم الثانى من هذا القبيل.

قوله: «و إن تعاسرا فسخت الهدنه و يردون إلى مأمئهم».

هذا قول الشيخ (١) (رحمه الله) و وجهه- مع كون الحقيين متضادين- أن حق صاحب الجعل أسبق فيقدم. و قيل بعدم الفسخ، لأن الصلح متعلقه بمصلحه عامه، و فسخه مصلحه خاصه، و مراعاة العامه أولى، فإن إتلاف مال الغير عند معارضه المصلحه العامه جائز، بل قد يجب. و حينئذ فيعطى المجعول له عوضها.

و قوى العلامه (٢) فى المختلف اعتبار المصلحه للمسلمين، فإن كانت مصلحتهم فى بقاء الصلح عوض المجعول له عنها، و لم يفسخ الصلح، كما لو أسلمت. و إن لم يكن فى إفساد الصلح ضرر على المسلمين، لقوتهم و استظهارهم جاز فسخه، و أخذت الجاريه مع التعاسر. و هو حسن.

قوله: «و لو كانت الجعالة جاريه، فأسلمت قبل الفتح لم تدفع إليه».

لا فرق هنا بين كون المجعول له مسلما و كافرا، لأنها قد ملكت نفسها

ص: ٣٨

١- (٢) المبسوط ٢: ٢٨.

٢- (٣) المختلف: ٣٢٦-٣٢٧.

الطرف الرابع فى الأسارى و هم ذكور و إناث. فالإناث يملكن بالسبى، و لو كانت الحرب قائمه، و كذا الذرارى (١). و لو اشتبه الطفل بالبالغ اعتبر بالإناث، فمن لم يثبت و جهل سنّه، ألحق بالذرارى، و المذكور البالغون يتعين عليهم القتل، إن كانت الحرب قائمه، ما لم يسلموا (٢).

بإسلامها، فلا يجوز له استرقاقها حينئذ، بخلاف ما لو أسلمت بعد الفتح، فإنها تدفع إليه إن كان مسلماً، لأنّ طرؤ الإسلام على الملك لا يزيله. و إن كان كافراً دفعت إليه قيمه، لأن الكافر لا يملك المسلم.

قوله: «و كذا الذرارى».

الذرارى جمع ذريه، و هم ولد الرجل. قاله الجوهرى (١). و المراد هنا غير البالغين منهم، بقريته المقام. و لو أبدل الذرارى بالأطفال كان أجود.

قوله: «و المذكور البالغون يتعين عليهم القتل إن كانت الحرب قائمه ما لم يسلموا».

أى إن أسروا قبل تقضى الحرب، و انقضاء القتال، فإنه يتعين قتلهم.

و مقتضى قوله: «ما لم يسلموا» منع تعين قتلهم مع الإسلام، لكن لم يبين حكمهم معه، و قد حكم الشيخ (٢) (رحمه الله) بالتخيير فيهم مع الإسلام بين المنّ و الفداء و الاسترقاق، كما لو أسلموا مع أخذهم بعد تقضى الحرب. و يمكن أن يريد المصنّف بقوله فيما بعد: «و لو أسلموا بعد الأسر لم يسقط عنهم هذا الحكم» ما يعتم الأمرين، أعنى إسلامهم بعد أخذهم حال قيام الحرب و بعده.

و ذهب بعض الأصحاب (٣) إلى تعين المنّ عليهم فى هذه الصورة، لأنّه لم يكن

ص: ٣٩

١-١ (١) الصحاح ٢:٦٦٣ مادة «ذرر».

٢-٢ (٢) المبسوط ٢:٢٠.

٣-٣ (٣) حاشيه المحقق الثانى على الشرائع: ١٨٦ «مخطوط».

و الإمام مخير، إن شاء ضرب أعناقهم، و إن شاء قطع أيديهم (١) و أرجلهم من خلاف، و تركهم ينزفون حتى يموتوا.

له استرقاقهم في حال الكفر، إذ يتعين قتلهم حينئذ، ففي حال الإسلام أولى. و فيه أن المنع من استرقاقهم حينئذ إهانه لهم ليقتلوا، فلا يلزم مثله مع المنع من قتلهم بالإسلام، مع أن الإسلام غير مناف للملك، و لهذا لما امتنع قتلهم بأخذهم بعد تقضى الحرب جاز استرقاقهم، فيمكن أن يقلب الدليل، و يقال: إذا جاز استرقاقهم مع أخذهم بعد تقضى الحرب و إسلامهم، فلأن يجوز ذلك قبله أولى، لأن حكمهم في هذه الحالة أخف، و منع استرقاقهم مع الكفر لأجل أن يفعل بهم ما هو أعظم من الاسترقاق—و هو القتل—لا ينفيه، حيث لا مانع. و أيضا لا شبهه في أن أخذهم بعد تقضى الحرب أخف، فثبوت التخيير بين الثلاثة مع إسلامهم، و تحتم المنع مع إسلامهم في الحالة القويّة غير جيد، فقول الشيخ (رحمه الله) متّجه.

قوله: «و الإمام مخير، إن شاء ضرب أعناقهم، و إن شاء قطع أيديهم إلخ».

ظاهر هذا التخيير أنه تخيير شهوه لا—اجتهاد، لأن المطلوب قتلهم، بخلاف التخيير الآتي بين المنع و غيره، فإنه تخيير اجتهاد في المصلحة، لا شهوه، كما صرح به العلامة (١)، لأن الإمام وليّ المسلمين فيرى لهم الأصلح من الثلاثة. و يحتمل هنا كون التخيير كذلك، فإن قطع الأيدي و الأرجل قد يكون أصلح، ليعتبر الكفار و يرهبوا، و يرغب ضعيف العقيدة في أتباع المسلمين، و يمكن كون ضرب العنق أصلح باعتبار آخر.

و «ينزفوا» بضمّ الياء و فتح الزاء، على البناء للمفعول، لأنّ الدم هو الفاعل للنزف لغيره. قال الجوهري: «يقال: نزفه الدم، إذا خرج منه دم كثير حتى يضعف، فهو نزيف و منزوف» (٢). و ثبته بقوله «حتى يموتوا» على أن لا بدّ من موتهم، فلو لم

ص: ٤٠

١-١) المنتهى ٩٢٨: ٢.

٢-٢) الصحاح ١٤٣١: ٤ مادة «نزف».

و إن أسروا بعد تقضى الحرب، لم يقتلوا، و كان الامام مخيرا بين المنّ و الفداء و الاسترقاق (١).

و لو أسلموا بعد الأسر، لم يسقط عنهم هذا الحكم. و لو عجز الأسير عن المشى، لم يجب قتله (٢)، لأنه لا يدرى ما حكم الامام فيه؟ و لو بدر مسلم فقتله، كان هدرًا.

يموتوا بخروج الدم أجهز عليهم بغيره.

قوله: «و لو أسروا بعد تقضى الحرب لم يقتلوا، و كان الامام مخيرًا، بين المنّ و الفداء و الاسترقاق».

هذا هو المشهور. و قيل: يجوز القتل هنا. و هو ضعيف. و لا فرق في ذلك بين الكتابي و غيره، خلافاً للشيخ، حيث نفى الاسترقاق عن غير الكتابي، لأنه لا يقدر على دينه (١). و يتعين هنا الأصلاح من الثلاثة للمسلمين، و هو في قوه رفع التخيير.

نعم لو تساوت المصالح في الثلاثة تحقّق التخيير، كما أنها لو تساوت في اثنين تخيّر فيهما خاصة. و مال الفداء و المسترق من جملة الغنيمه.

قوله: «و لو عجز الأسير عن المشى، لم يجب قتله. إلخ».

و المراد بالأسير هنا المأخوذ و الحرب قائمه، لا بعد انقضائها، لأن القتل عن الثاني مرتفع أصلاً، و التعليل يشعر بذلك، للعلم بأن الإمام لا يحكم بقتل هذا النوع. و أمّا الأول فلاّنه لا يعلم ما حكم الامام فيه بالنسبه إلى نوع القتل الذى يقتله به، و أيضاً فقتله بعد انقضاء الحرب إلى الامام، فلا يجوز لغيره، كما فى الزانى المحصن و نحوه. و كان حقّ العبارة نفى الجواز، لا نفى الوجوب، لما عرفته من التقرير. و يمكن أن يكون نفى الوجوب على أصله، بمعنى أن الأسير إن عجز عن المشى، و لم يتمكن من ركوبه، و لا من إيصاله إلى الإمام، فإنّه يحتمل هنا أن يقال:

يجب قتله، لأن القتل متعين عليه، فلا يجوز للمسلم أن يتركه و ينصرف، لما فيه من الإخلال بالواجب و تقويه الكفار، فإنه يستريح و يذهب إليهم، و لأنه يؤدى إلى جعل

ص: ٤١

و يجب أن يطعم الأسير، و يسقى، و إن أريد قتله (١).

و يكره قتله صبرا (٢)، و حمل رأسه من المعركة (٣).

و يجب مواراه الشهيد دون الحربى. و ان اشتبها يوارى من كان كميث الذكر.

و حكم الطفل المسبى حكم أبويه. فإن أسلما، أو أسلم أحدهما، ذلك وسيله إلى الخلاص بالحيله. و على ما بيناه لا يجوز قتله حينئذ، بل يتركه و يذهب. و عليه العمل، لقول زين العابدين عليه السلام: «إذا أخذت أسيرا فعجز عن المشى، و لم يكن معك محمل، فأرسله و لا- تقتله، فإنك لا- تدري ما حكم الإمام فيه» (١). و لو بدر و قتله مسلم أو كافر فلا- قصاص و لا- دية و لا كفاره، لأنه كافر لا أمان له. نعم يعزّر قاتله. و كذا الحكم لو قتله قاتل من غير عجز.

قوله: «و يجب أن يطعم الأسير، و يسقى، و إن أريد قتله».

أى و إن أريد قتله فى ذلك الوقت الذى يحتاج فيه إلى الطعام و الشراب، لقول الصادق عليه السلام: «الأسير يطعم و إن كان قد تقدّم للقتل» (٢).

قوله: «و يكره قتله صبرا».

القتل صبرا هو الحبس للقتل. فإن أريد قتله قتل على غير ذلك الوجه. كذا فسّره جماعة (٣). قال الصادق عليه السلام: «لم يقتل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم رجلا- صبورا قطّ غير عقبه بن أبى معيط» (٤). و قيل: المراد به التعذيب حتى يموت، و قيل: قتله جهرا بين الناس، و قيل: أن يتهدّد بالقتل ثم يقتل.

قوله: «و حمل رأسه من المعركة».

أى حمل رأس الكافر المقتول، المدلول عليه بالمقام. و لو كان فى حمله نكايه

ص: ٤٢

١- ١) الكافى ٥: ٣٥ ح ١، علل الشرائع: ٥٦٥ ب «٣٦٦» ح ١، التهذيب ٦: ١٥٣ ح ٦٦٧، الوسائل ١١: ٥٣ ب «٢٣» من أبواب جهاد العدو ح ٢.

٢- ٢) التهذيب ٦: ١٥٣ ح ٦٦٨، الوسائل ١١: ٦٩ ب «٣٢» من أبواب جهاد العدو ح ٢. و لفظ الحديث «و ان كان يقدم».

٣- ٣) كما فى السرائر ٢: ٩، و التنقيح الرائع ١: ٥٨٨.

٤- ٤) التهذيب ٦: ١٧٣ ح ٦٤٠، الوسائل ١١: ١١٢ ب «٦٦» من أبواب جهاد العدو.

تبعه الولد. و لو سبى منفردا، قيل: يتبع السابى فى الإسلام (١).

للكفار لم يكره.

قوله: «و لو سبى منفردا، قيل: يتبع السابى فى الإسلام».

القول للشيخ (١) (رحمه الله)، و ابن الجنيد (٢)، و ابن البراج (٣). و قواه الشهيد (رحمه الله) فى بعض فوائده [٤]. و هو مذهب العامة أجمع. و حجّتهم فى ذلك أن الدّين إنما يثبت له تبعاً، و قد انقطعت تبعيته لأبويه، لانقطاعه عنهما، و إخراجهما عن دارهما، و مصيره إلى دار الإسلام تبعاً لسابيه المسلم فكان تابعا له فى دينه، و لظاهر قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «كلّ مولود يولد على الفطرة و إنما أبواه يهودانه و ينصرّانه و يمجسانه» (٤) و هما معه [٥]، فإذا انقطع عنهما و زالت المعية، انتفى المقتضى لكفره، فيرجع إلى الفطرة. و يظهر من المصنّف التوقّف فيه، حيث جعله قولاً. و كذلك العلامة توقّف فيه فى أكثر كتبه (٥). و فى القواعد (٦) قرّب تبعيته له فى الطهاره خاصه، و تبعه عليه ولده فى الشرح (٧). و هو مذهب ابن إدريس (٨). و اختاره المحقق الشيخ

ص: ٤٣

١- ١) المبسوط ٢: ٢٣.

٢- ٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٣٣١ و الشهيد فى الدروس: ١٦٣.

٣- ٣) المهذب ١: ٣١٨.

٤- ٥) الفقيه ٢: ٢٦ ح ٩٦، علل الشرائع: ٣٧٦ ب «١٠٤» ح ٢، الوسائل ١١: ٩٦ ب «٤٨» من أبواب جهاد العدو ح ٣.

٥- ٧) المختلف: ٣٣١، التحرير ١: ١٤١، المنتهى ٢: ٩٣٢، التذكرة ١: ٤٢٥.

٦- ٨) قواعد الأحكام ١: ١٠٥.

٧- ٩) إيضاح الفوائد ١: ٣٦٤.

٨- ١٠) لم نعثر عليه.

على في حاشيته (١). واحتجوا عليه بأصالة الطهاره السالمه عن معارضه يقين النجاسه، و بلزوم الحرج المنفى لو حكم بنجاسته، و بالاعتصار بالرخصه على موضع اليقين.

و عندى فى الاستدلال من الجانبين نظر، فإننا نمنع -أولا- انقطاع تبعيته لأبويه، بمجرّد مفارقه لهما، و استقراره عند المسلم فى دار الإسلام، فإنه لا دليل عليه، مع تحقّق الحكم قبل السبى بنجاسته، بل قبل انفراده عنهما، الموجب لاستصحابها، و لانتفاضه بما لو ماتا عنه بعد سبيهما معه، فإنه لا يحكم بإسلامه حينئذ عند الشيخ (٢)، و بما لو انفرّد ولد الذميين عنهما بمسلم (٣) فى دار الإسلام، فإنه لا يرتفع عنه حكم الكفر إجماعاً، مع تحقّق المفارقه.

فإن قيل: العله مرّبه من المفارقه و ملك المسلم و دار الإسلام، فلا يرد عليها ما لا يجمع الأوصاف الثلاثه، فإن الملك فى ولد الذميين غير متحقّق.

قلنا: هذه العله تحتاج إلى الدليل، و مع ذلك فإنّ دار الإسلام و إن ذكر فى الدليل، لكنه غير معتبر فى نفسه قطعاً، فإنّ السابى لو أقام به فى دار الكفر، للتجاره و غيرها، لحكموا بتبعيته له أيضاً. و أمّا الملك فيتخلّف قبل قسمه الغنيمه، و بعد الاستقلال بالسبى، و الانفراد، فإنّ الملك لم يتحقّق لأحد عند جماعه منهم، مع تحقّق الحكم. اللهم إلا - أن يمنعوا الحكم هنا على تقدير منع الملك، فيبقى تخلّف الولد عن أبويه و انقطاعه عنهما فإنّ الظاهر أن حقيقه دليلهم يرجع إليه عملاً بظاهر الخبر و حينئذ فينتقض بما ذكرناه.

ثمّ لا شبهه فى أنّه حيوان متفرع من حيوانين نجسين و من ثمّ كان قبل الأسر نجساً لأنّ ذلك هو مقتضى الفرعيّه. و انفراده عنهما ليس من المطهّرات المعدوده

ص: ٤٤

١- ١) حاشيه المحقق الثانى على الشرائع: ٢٩٨ «مخطوط».

٢- ٢) المبسوط ٢: ٢٢.

٣- ٣) كذا فى جميع ما لدينا من النسخ و فى «و» لمسلم. و لعله اولى.

و استصحاب الحكم في ذلك حججه و متى ثبتت النجاسه لم يثبت الإسلام (١).

و أما الخبر فظاهره يدل على كون المولود على الفطره، و ذلك يقتضى أن لا يكون أحد مرتدا عن مله، و هذا الظاهر غير مراد منه. و من ثم حمل المرئضى (رحمه الله) على أن المعنى أن كل مولود يولد ليكون على الفطره (٢)، فلا دلالة للحديث حينئذ على مطلوبهم، لأن الكون إنما يتحقق بعد البلوغ.

سلمنا دلالة صدره، لكن قوله: «و إنما أبواه يهودانه إلى آخره» يقتضى أنه لا ينتقل إلى الكفر عن الفطره، إلا أن يكونا يهوديين أو نصرانيين أو مجوسيين، فولد غيرهم من أهل الملل لا يدخل فيه. إلا أن يقال: إن ذلك ثابت بالإجماع على عدم الفرق.

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

و أما أصالة الطهاره فحقتها أن تقلب، لتحقق النجاسه بمجرد الولاده، فيجب استصحابها، و هو أصل سالم عن معارضه يقين الطهاره.

و دليل الحرج ليس بصالح لتأسيس الحكم لتخلفه فى موارد أعظم حرجا و ضررا منه، مع بقاء النجاسه، كما لو استأجر المسلم ولد الذمى مده صغره، بل مطلق الكفار فى المده الطويله، و لم يقل أحد بالحكم بالطهاره حينئذ بسبب الحرج.

و أما الاقتصار بالرخصه على موضع اليقين، فهو جتيد فى موضعه، إن لم يكن هناك قائل بعدم التبعية مطلقا، فإنه حينئذ لا يجوز المصير اليه، و يتعين اتباع أحد القولين، و يكون الاقتصار على الطهاره موضع اليقين. لكن الحكم بالطهاره أيضا

ص: ٤٥

١- ١) فى «و» و «ه» ثبت الكفر. و ورد «لم يثبت الإسلام» فى هامش «ه» بعنوان نسخه بدل.

٢- ٢) أمالى السيد المرتضى ٨٣: ٢.



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

و لو فرض أن الطفل سبى مع أحدهما خاصة تبعه في الكفر، على ما صرح به الشيخ (1)، مع احتمال العدم على مذهبه، لما تقدّم من أن الحكم بكفره في الخبر معلق على شيئين، فلا يثبت بأحدهما. لكن دلالة المفهوم ضعيفه.

و لو فرض أنهما ماتا بعد سبيهما معه، فمقتضى دليل الشيخ تبعيته الآن للسّابى، لكنه وافق هنا على عدم الحكم بإسلامه، محتجا بأنه مولود من كافرين، فإذا ماتا أو مات أحدهما لم يحكم بإسلامه، كما لو كانا في دار الحرب، وبأنه كافر أصلى فلم يحكم بإسلامه بموت أبيه كالبالغ. وهذه الحجج بعينها قائمه فيما لو انفرد عنهما، والخبر على الوجه الذى ذكره يتناولهما، فالفرق غير واضح.

ثم يتفرع على القولين أمور:

الأول: لو مات في يد المسلم قبل البلوغ، فعلى قول الشيخ يجب تغسيله و تكفينه و الصلاة عليه، ان بلغ الست و يستحبّ قبلها. و على القول الآخر لا يصحّ ذلك، لأنه بحكم الكافر، كما لو مات مصاحبا لأبويه، و إن كان ملكا للمسلم، و حكم بطهارته.

الثانى: لو بلغ، استمرّ مسلما عند الشيخ، و إن لم يسمع منه الاعتراف بما يوجب الإسلام، كما فى ولد المسلم. و على القول الآخر، لا يحكم بطهارته بعد البلوغ، إلا أن يظهر الإسلام، كغيره من أولاد الكفار. فينبغى لمن ابتلى بذلك أن يعلمه ما يتحقّق معه الإسلام قبل البلوغ، و يستنطقه به عند تحقق البلوغ، ليّتصل الحكم بالطهاره.

الثالث: لو اشتبه سنّه و بلوغه، بنى على أصاله العدم، فيستصحب الطهاره على القول الثانى إلى أن يعلم. و ينبغى مراعاته عند ظهور الأمارات المفيده للظن،

ص: ٤٤

تفريع إذا أسر الزوج لم يفسخ النكاح (١). و لو استرقّ انفسخ، لتجدد الملك. و لو كان الأسير طفلاً أو امرأه، انفسخ النكاح، لتحقق الرقّ بالسببي. و كذا لو أسر الزوجان. و لو كان الزوجان مملوكين لم يفسخ، لأنه لم يحدث رقّ. و لو قيل: بتخيير الغانم في الفسخ، كان حسناً (٢).

بالاختبار لعائته، و تكرار الإقرار بالشهادتين في مختلف الأوقات.

الرابع: عدم بيعه لغير المسلم على قول الشيخ، و على القول الآخر يجوز، مع احتمال العدم، لتشبّثه بالإسلام، و اتّصافه منه ببعض الأحكام، بخلاف الكافر المحض، و من هو بحكمه. و بهذا يظهر أن القول بتبعيته في الطهاره خاصه ليس هو أحوط القولين، بل الحكم بإسلامه أحوط في الأمر الأول و الأخير.

الخامس: لو مات قريبه المسلم و له وارث مسلم فعلى قول الشيخ يشاركه إن كان في درجته، و يختص إن كان أقرب. و على القول الآخر الإرث للآخر خاصه. و لو فرض أنه بلغ قبل القسمه مع تعدّد الوارث، و أسلم شارك، أو اختص على الثانى.

و لو لم يكن لقريبه المسلم وارث سواه، اشترى من التركه، و ورث على الأوّل، و كان الميراث للإمام على الثانى. إلى غير ذلك من الأحكام.

قوله: «إذا أسر الزوج، لم يفسخ النكاح».

هذا الحكم عندنا موضع وفاق، و إنما تبه به على خلاف أبي حنيفه (١)، حيث حكم بالانفساخ، بناء على طرؤ الملك. و منعه ظاهر، فإن الملك لا يحصل فى الكبير إلا بالاسترقاق، لا بمجرد الأسر. و المراد بالزوج هنا البالغ، بدليل ما يأتى من قوله:

«و لو كان الأسير فلا أو امرأه انفسخ». و الفرق تحقّق الرقّ بمجرد الأسر فيهما دونه.

قوله: «و لو كان الزوجان مملوكين لم يفسخ - إلى قوله - كان حسناً».

ما حسنه المصنّف حسن، كما لو ملكهما بالبيع. و ألحق به فى التذكره ما لو سباهما

ص: ٤٧

و لو سببت امرأه، فصولح أهلها على إطلاق أسير في يد أهل الشرك فأطلق، لم يجب إعادته المرأه (١). و لو أعتقت بعوض جاز، ما لم يكن قد استولدها مسلم.

### و يلحق بهذا الطرف مسألتان

و يلحق بهذا الطرف مسألتان:

### الأولى: إذا أسلم الحربى في دار الحرب

الأولى: إذا أسلم الحربى في دار الحرب، حقن دمه، و عصم ماله ممّا ينقل، كالذهب [و الفضة] و الأمتعه، دون ما لا ينقل كالأرضين و العقار، فإنّها للمسلمين، و لحق به ولده الأصغر، و لو كان فيهم حمل.

و لو سببت أم الحمل، كانت رقاً دون ولدها منه. و كذا لو كانت الحربيه حاملا من مسلم بوطء مباح (٢).

واحد و ملكهما، فلا يفسخ النكاح إلا بفسخه (١). و كأنّه أراد به ما لو سباهما في حال الغيبه، ممّن يدخل في إذن الإمام عليه السلام، فإنه يملكهما دفعه، و يتخير في نكاحهما، و إلاّ- كانت هي الأولى، لأنّ مجرد السبى لا مدخل له في الحكم بالنسبه إلى الغانمين.

قوله: «و لو سببت امرأه، فصولح أهلها- إلى قوله- لم يجب إعادته المرأه».

لفساد الصلح بكون أحد عوضيه حرّاً و من ثمّ لو كان مالا جاز، و وجب إعادتها، ما لم يكن قد استولدها مسلم، كما تبه بقوله: «و لو أعتقت» أى أطلقت.

و إنّما عبر بالعتق، للحكم بملكها بالأسر، فردّها إلى الكفار إطلاق لها من التملك، فكان كالعتق.

قوله: «و كذا لو كانت الحربيه حاملا من مسلم بوطء مباح».

كما لو وطئها بشبهه، أو بنكاح متعه إن كانت كتابيه.

ص: ٤٨

و لو أعتق مسلم عبدا ذميا بالنذر(١)، فلحق بدار الحرب، فأسره المسلمون، جاز استرقاقه و قيل: لا، لتعلق ولاء المسلم به. و لو كان المعتق ذميا، استرق إجماعا.

### الثانية: إذا أسلم عبد الحربى فى دار الحرب قبل مولاه

الثانية: إذا أسلم عبد الحربى فى دار الحرب قبل مولاه(٢)، ملك نفسه، بشرط أن يخرج قبله. و لو خرج بعده كان على رقه و منهم من لم يشترط خروجه. و الأوّل أصح.

قوله: «و لو أعتق مسلم عبدا ذميا بالنذر. إلخ».

قيّد العتق بكونه بالنذر، تنبيها على عدم جواز عتق العبد الكافر تبرعا، و يصحّ بالنذر. و هو أحد الأقوال فى المسألة و للشيخ قول بجوازه مطلقا (١). و عليه يتفرّع الولاء، فإن شرطه كون العتق تبرعا. و المصنف جمع بين العتق بالنذر و بين الولاء، و هما متنافيان، كما سيأتى. و يمكن حمله على ولاء تضمن الجريه، بأن يتعاقد المولى و المعتق بعد العتق على ضمانها، فيصحّ فيثبت ولاؤها، و إن كان الحمل بعيدا. و أصحّ القولين حينئذ أنه يسترق، للعموم (٢)، و تعلق الولاء لا يمنع. فإن مات سايبه ثبت الولاء، و إلا فلا.

قوله: «إذا أسلم عبد الحربى فى دار الحرب قبل مولاه. إلخ».

اشتراط خروج العبد قبل مولاه إلى دار الإسلام فى ملك نفسه هو الأقوى، للخبر (٣)، و لأنّ إسلام العبد لا ينافى تملك الكافر له، غاية أنه يجبر على بيعه. و إنما يملك نفسه بالقهر لسيدّه، و لا يتحقق إلا بالخروج إلينا قبله. و لو أسلم بعده لم يملك نفسه، و إن خرج إلينا قبله، مع احتمال، لإطلاق الخبر. و متى ملك نفسه أمكن بعد ذلك أن يسترقّ مولاه، إذا قهره. و الأهمه فى ذلك كالعبد.

ص: ٤٩

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

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

٣- (٣) التهذيب ٦: ١٥٢ ح ٢٦٤، الوسائل ١١: ٨٩ ب «٤٤» من أبواب جهاد العدو ح ١، و سنن البيهقى ٩: ٢٢٩.

الطرف الخامس فى أحكام الغنيمه و النظر فى الأقسام، و أحكام الأرضين المفتوحه، و كيفية القسمة.

### أما الأول فى الأقسام

أما الأول: فالغنيمه هى الفائده المكتسبه، سواء اكتسبت برأس مال كأرباح التجارات، أو بغيره كما يستفاد من دار الحرب (١). و النظر هاهنا يتعلّق بالقسم الأخير. و هى أقسام ثلاثه: ما ينقل، كالذهب، و الفضة، و الأمتعه. و ما لا ينقل، كالأرض، و العقار. و ما هو سبى، كالنساء و الأطفال.

و الأول ينقسم إلى ما يصحّ تملكه للمسلم، و ذاك يدخل فى الغنيمه. و هذا القسم يختص به الغانمون بعد الخمس و الجعائل.

و لا يجوز لهم التصرف فى شىء منه إلا بعد القسمة و الاختصاص.

و قيل: يجوز لهم تناول ما لا بدّ منه، كعلف الدابه، و أكل الطعام (٢). و إلى ما قوله: «الغنيمه هى الفائده المكتسبه، سواء اكتسبت برأس مال كأرباح التجارات، أو بغيره، أو ما يستفاد من دار الحرب».

استطرد البحث عن مفهومها لغه بالمعنى العام، مع أن المقصود هنا هو القسم الثانى، للتنبيه على أنّ مفهومها العام باق عندنا على أصله. و منه يستفاد وجوب الخمس فى أرباح التجارات و نحوها، لعموم قوله تعالى: «أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ (١)»، خلافا للعامه حيث خصّوها بالمعنى الثانى، و نقلوها عن موضوعها اللغوى إلى غنائم دار الحرب خاصه، أو خصّوها به (٢).

قوله: «و قيل: يجوز لهم تناول ما لا بدّ منه، كعَلْيَق الدابه، و أكل الطعام».

حكايته قولاً يشعر بتوقّفه فيه، و الأصحّ جوازه.

ص: ٥٠

(١ - ١) الأنفال: ٤١.

(٢ - ٢) انظر التفسير الكبير للفخر الرازى ١٦٤: ١٥.

لا- يصحّ تملكه، كالخمر و الخنزير، و لا يدخل في الغنيمه، بل ينبغي إتلافه [إن أمكن] كالخنزير، أو يجوز إتلافه و إبقاؤه للتخليل كالخمر(١).

## فروع

### فروع

#### الأول: إذا باع أحد الغانمين غانما شيئاً، أو وهبه، لم يصحّ

الأول: إذا باع أحد الغانمين غانما شيئاً، أو وهبه، لم يصحّ.

و يمكن أن يقال: يصحّ (٢) في قدر حصّته، و يكون الثاني أحقّ باليد على و قد ادعى عليه العلامه (١) لإجماع منّا و من العامه، إلا من شدّ منهم. و عموم قوله تعالى فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ (٢) يتناوله. و الأخبار (٣) ناطقه به. و لا- يشترط في تناول الطعام كونه مأكولاً بالفعل، بل كلّ ما يصلح له كالغنم، فيجوز لهم ذبح ما يحتاجون إليه، لكن يجب ردّ جلودها إلى الغنيمه، لأنها ليست مأكوله، و إن احتاجوا إليها للسّقاء و الحذاء. و لو فضل من المأكول فضله و جب ردّها. و يجب الاقتصار على الأكل في دار الحرب، أو المفازة التي في الطريق أمّا عمران دار الإسلام التي يمكن فيها الشراء، فيجب الإمساك فيها. و تناول الأدوية و نحوها في حكم الطعام، دون غسل الثوب بالصابون و إن احتيج إليه.

قوله: «أو يجوز إتلافه و إبقاؤه للتخليل كالخمر».

يستفاد من التخيير أنه لا يجب إبقاؤه حتما رجاء التّخليل، لأنه ليس مالا بالفعل، فيجوز إراقته. و يعلم من ذلك أن النجاسه لا تثبت بالقرائن الحاليه ما لم يحصل العلم بها، و إلا لم يظهر خمرهم بالتخليل.

قوله: «إذا باع أحد الغانمين غانما شيئاً، أو وهبه، لم يصحّ. و يمكن أن يقال يصحّ. إلخ».

هذا الاحتمال مبنيّ على أن الغانم يملك حصّته من الغنيمه بالاستيلاء، لا

ص: ٥١

١- ١) المنتهى ٢: ٩٢٣، التذكرة ١: ٤١٩.

٢- ٢) الأنفال: ٦٩.

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

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

### الثاني: الأشياء المباحة في الأصل

الثاني: الأشياء المباحة في الأصل، كالصّيد و الأشجار، لا يختصّ بها أحد، و يجوز تملكها لكلّ مسلم. و لو كان عليه أثر ملك و هو في دار الحرب، كان غنيمه بناء على الظاهر، كالطير المقصوص و الأشجار المقطوعه.

### الثالث: لو وجد شيء في دار الحرب

الثالث: لو وجد شيء في دار الحرب يحتمل أن يكون للمسلمين و لأهل الحرب، كالخيمه و السلاح، فحكمه حكم اللقطه. و قيل: يعرف سنه (١) ثمّ يلحق بالغنيمه. و هو تحكّم.

بالقسمه. و يضعّف على تقديره - بأن حصّته مجهوله، فلا يصح بيعها. و أيضا فلا يعلم تعلق حقّه بعين المبيع، لجواز أن يخرج لغيره من الغانمين، أو يجعل في الخمس، أو الجعائل، فالملك على تقديره ضعيف لا يفيد جواز نقله.

و قول المصنف: «و يكون الثاني أحق باليد» معطوف على قوله: «لم يصحّ» لا - على الاحتمال، و المعنى أنّ البيع و نحوه و إن لم يصحّ، لكن يكون المدفوع إليه أحق بما وصل إليه من الدافع، لو كان ممّا يجوز الانتفاع به للغانم، كالطعام و العلف، فلا يجوز للدافع أخذه منه، بناء على فساد البيع، لأنّهما في الأصل متساويان فيه. و قد يرجح القابض باليد، كما يرجح الأول - حيث كان في يده - بها. و هذا القول قويّ، حتى لو كان المبيع طعاما بطعام، كان كل واحد منها أولى من الآخر بما وصل إليه، و إن كان ربويًا. و مثلهما في ذلك كالضيفين يتبادلان لقمه بلقمه عند عدم قرينه التخصيص، فإنّ ذلك يفيد إباحه التصرف فيما وصل إلى كل منهما، و لا يفيد ملكا حقيقيا، فلا يصرفانه في غير ما اذن لهما فيه شرعا.

قوله: «فحكمه حكم اللقطه، و قيل يعرف سنه. إلخ».

القول الثاني للشيخ (١) (رحمه الله). أما تعريفه سنه، فلاّنه مال ضائع، فيكون

ص: ٥٢

## الرابع: إذا كان في الغنيمه من يعتق على بعض الغانمين

الرابع: إذا كان في الغنيمه من يعتق على بعض الغانمين، قيل:

يعتق نصيبه (١)، ولا يجب أن يشتري حصص الباقيين، وقيل: لا يعتق إلا أن يجعله الإمام في حصته، أو حصه جماعه هو أحدهم ثم يرضى هو، فيلزمه شراء حصص الباقيين إن كان موسرا.

و أما ما لا- ينقل فهو للمسلمين قاطبه، وفيه الخمس. و الامام مختير بين أفراد خمس لأربابه، و بين إبقائه و إخراج الخمس من ارتفاعه و أمّا النساء و الذراري، فمن جمله الغنائم، و يختص بهم الغانمون و فيهم الخمس لمستحقّه.

بحكم اللقطه في وجوب التعريف، و أمّا جعله بعد ذلك غنيمه، فبناء على الظاهر من أنه لو كان له مالك لظهر، فيكون حينئذ بحكم أموال أهل الحرب. و هو ضعيف، لأنه لقطه حقيقه، فيكون له حكمها، و إنما وجب تعريفه سنه لذلك، فكيف يرجع غنيمه بعد التعريف الموجب لجواز التملك و غيره من أحكام اللقطه؟! فمختار المصنف أقوى.

قوله: «إذا كان في الغنيمه من يعتق على بعض الغانمين، قيل:

يعتق نصيبه. إلخ».

مبنى القولين على أن الغانم هل يملك حصته بالاستيلاء، أو يملك به أن يملك، و إنما يحصل الملك الحقيقي بالقسمه؟ قيل بالأول، لأن الاستيلاء على ما ليس بمعصوم من الأموال سبب الملك، و لزوال ملك الكفار به، فلو لم يملكها المسلمون لكان ملكا بغير مالك، و على هذا فيكون القسمه ممّيزه للحق، كالمال المشترك، و قيل: كاشفه عن سبق الملك بالاستيلاء، إذ يمكن زواله قبلها بالإعراض و التلف. و قيل بالثاني، لأن الإمام يقسم الغنيمه بين الغانمين قسمه تشه و إجبار،



الثاني: في أحكام الأرضين.

كل أرض فتحت عنوه (١) و كانت محياه، فهي للمسلمين قاطبه.

و الغانمون في الجملة (٢).

لا قسمه تراض منهم و اختيار، و لو ملكوا حقيقه لم يجز ذلك إلا برضاهم، و لأن خفّهم يزول بالإعراض و لا شيء من المملوك كذلك، و لعدم وجوب الزكاه على أحد منهم إلى أن يتحقق القسمة، فيجرى حينئذ في حولها، و لدخول المولود بعد الحيازه و المدد معهم، و هو ينافى الملك. و في هذه الأدله نظر. و الأول لا يخلو من قوه. و عليها تتفرّع هذه المسأله و نظائرها. فعلى الأول ينعق نصيبه منها و لا يسرى عليه، لأن الملك قهرى. و هو اختيار الشيخ (١) و العلامه (٢).

قوله: «كل أرض فتحت عنوه».

العنوه - بفتح العين و إسكان النون - الخضوع و الذل، يقال: عنا، يعنوا:

خضع و ذل. و منه قوله تعالى وَ عَنَتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ (٣). و المراد هنا فتحها بالقهر و الغلبه.

قوله: «و كانت محياه فهي للمسلمين قاطبه و الغانمون في الجملة».

المراد بكونها محياه كونها كذلك وقت الفتح. و يثبت كونها مفتوحه عنوه بنقل من يوثق بنقله، و اشتهاه بين المؤرخين. و قد عدّوا من ذلك مكّه المشرفه، و سواد العراق، و بلاد خراسان، و الشام. و جعل بعض الأصحاب (٤) من الأدله على ذلك ضرب الخراج من الحاكم و ان كان جائرا، و أخذ المقاسمه من ارتفاعها، عملا بأن الأصل في تصرفات المسلمين الصّحه، و كونها عامره وقت الفتح بالقرائن المفيده للظن المتأخّم للعلم، كتقادم عهد البلد، و اشتهاه تقدّمها على الفتح، و كون الأرض مما يقتضى القرائن المذكوره بكونها مستعمله في ذلك الوقت، لقربها من البلد و عدم

ص: ٥٤

١-١ (١) المبسوط ٣٢: ٢-٣٣.

١-٢ (٢) المنتهى ٩٣٤: ٢.

١-٣ (٣) طه: ١١١.

١-٤ (٤) حاشيه المحقق الثاني على الشرائع: ٣٠١ «مخطوط».

و النظر فيها إلى الامام (١).

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

قوله: «و النظر فيها إلى الإمام».

هذا مع ظهوره و بسط يده. أما مع غيبته كهذا الزمان، فكل أرض يدعى أحد ملكها بشراء و إرث و نحوهما، و لا يعلم فساد دعواه، يقتر في يده كذلك لجواز صدقه، و حملا لتصرفه على الصحة، فإن الأرض المذكوره يمكن تملكها بوجوه، منها إحيائها ميتة، و منها بيعها تبعا لأثر المتصرف فيها من بناء و غرس و نحوهما كما سيأتي.

و ما لا يد عليه لأحد يملكه، فهو للمسلمين قاطبه كما مر، إلا- أن ما يتولاه الجائر من مقاسمتها و خراجها يجوز لنا تناوله منه بالشراء و غيره من الأسباب المملّكه، بإذن أئمتنا (عليهم السلام) لنا في ذلك (١). و قد ذكر الأصحاب أنه لا يجوز لأحد جردهما، و لا منعهما، و لا التصرف فيهما إلا بإذنه، بل ادعى بعضهم الاتفاق عليه (٢). و هل يتوقف التصرف في هذا القسم منها على إذن الحاكم الشرعي إن كان متمكنا من صرفها في وجهها، بناء على كونه نائبا عن المستحق (عليه السلام) و مفوضا إليه ما هو أعظم من ذلك؟ الظاهر ذلك. و حينئذ فيجب عليه صرف حاصلها في مصالح المسلمين كما سيأتي. و مع عدم التمكن أمرها إلى الجائر.

و أما جواز التصرف فيها كيف اتفق لكل أحد من المسلمين فبعيد جدا، بل لم أقف على قائل به، لأن المسلمين بين قائل بأولويه الجائر، و توقف التصرف على إذنه، و بين مفوض للأمر إلى الامام العادل (عليه السلام)، فمع غيبته يرجع الأمر إلى نائبه، فالتصرف بدونهما لا دليل عليه، و ليس هذا من باب الأنفال التي أذنوا (عليهم السلام) لشيعتهم في التصرف فيه حال الغيبه (٣)، لأن ذلك حقه، فلم الإذن فيه مطلقا، بخلاف الأرض المفتوحه عنوه، فإنها للمسلمين قاطبه، و لم ينقل عنهم

ص: ٥٥

١-١) راجع الوسائل ١٢:١٦١ ب «٥١ و ٥٢» من أبواب ما يكتسب به.

٢-٢) حاشيه المحقق الكركي على الشرائع: ٣٠٠.

٣-٣) الوسائل ٦:٣٧٨ ب «٤» من أبواب الأنفال و ما يختص بالإمام.

و لا يملكها المتصرف على الخصوص. و لا يصح بيعها، و لا هبتها، و لا وقفها (١).

و يصرف الامام حاصلها فى المصالح (٢)، مثل سدّ الثغور، و معونه الغزاه، و بناء القناطر. و ما كانت مواتا وقت الفتح فهو للإمام خاصه (٣)، و لا يجوز إحياءه إلا بإذنه إن كان موجودا.

(عليهم السلام) الإذن فى هذا النوع. و كيف كان فظاهر الأصحاب أنّ الخراج و المقاسمه لازمه للجائر، حيث يطلبه، أو يتوقّف على إذنه.

قوله: «و لا يجوز بيعها و لا وقفها و لا هبتها».

أى لا- يصحّ شىء من ذلك فى رقبته مستقلّه. أمّا لو فعل ذلك بها تبعا لآثار المتصرّف من بناء و غرس و زرع، فجائز على الأقوى. فإذا باعها بائع مع شىء من هذه الآثار دخلت فى البيع على سبيل التبع. و كذا الوقف و غيره. و يستمر كذلك ما دام شىء من الآثار باقيا. فإذا ذهبت أجمع، انقطع حقّ المشتري و الموقوف عليه و غيرهما عنها. هكذا ذكره جمع من المتأخرين (١)، و عليه العمل.

قوله: «و يصرف الامام حاصلها فى المصالح».

المراد بالمصالح مصالح المسلمين، مثل بناء القناطر و المساجد، و ترتيب أئمّه الصلوات، و المؤذنين، و القضاء، و الجند و نحو ذلك.

قوله: «و ما كان مواتا وقت الفتح فهو للإمام خاصه. إلخ».

موات هذه الأرض تلحق بالأنفال، لا- يجوز إحياء شىء منه إلا- بإذن الإمام مع ظهوره. و فى حال الغيبه يملكه المحيى. و يعلم الموات بوجوده الآن مواتا، مع عدم سبق أثر العماره القديمه عليه، و عدم القرائن الداله على كونه عامرا قبل ذلك، كسواد العراق، فإن أكثره كان معمورا وقت الفتح، و بسببه سميت أرض السواد.

و ما يوجد منها عامرا الآن يرجع فيه إلى قرائن الأحوال، كما مرّ قبل (٢). و منها ضرب

ص: ٥٦

١- ١) راجع القواعد ١: ١٢٦، الدروس: ٦٣، و حاشيه المحقق الثانى على الشرائع: ٣٠١ و جامع المقاصد ٤: ٩٧.

٢- ٢) فى ص ٥٤.

و لو تصرّف فيها من غير إذنه، كان على المتصرّف طسقتها (١).

و يملكها المحيي عند عدمه، من غير إذن (٢).

و كلّ أرض فتحت صلحا، فهي لأربابها و عليهم ما صالحهم الإمام (٣).

و هذه تملك على الخصوص، و يصحّ بيعها، و التصرّف فيها بجميع أنواع التصرف. و لو باعها المالك من مسلم صحّ، و انتقل ما عليها إلى ذمه البائع. هذا إذا صولحوا على أن الأرض لهم. أما لو صولحوا على أن الأرض للمسلمين، و لهم السكنى، و على أعناقهم الجزية، كان حكمها حكم الأرض المفتوحة عنه، عامرها للمسلمين، و مواتها للإمام. و لو أسلم الذمي سقط ما ضرب على أرضه، و ملكها على الخصوص.

الخراج، و أخذ المقاسمه من ارتفاعه، فإن انتفى الجميع فالأصل يقتضى عدم تقدّم العماره، فيكون ملكا لمن في يده.

قوله: «و لو تصرّف فيها من غير إذنه كان على المتصرّف طسقتها».

الطسق: فارسي معرب. و أصله تسك. [١] و المراد به أجرتها.

قوله: «و يملكها المحيي عند عدمه من غير إذن».

أى فى حال غيبته. و إطلاق المحيي يشمل المؤمن و المخالف و الكافر. و قد صرح به الشهيد (رحمه الله) فى بعض ما نقل عنه (١). و يحتمل كون الحكم مختصا بشيعته، عملا بظاهر الإذن (٢).

قوله: «و كلّ أرض فتحت صلحا فهي لأربابها، و عليهم ما صالحهم الإمام».

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

ص: ٥٧

١-٢) حكاة المحقق الثانى فى حاشيته على الشرائع: ٣٠٢.

٢-٣) الوسائل ٣٧٨: ٦ ب «٤» من أبواب الأنفال و ما يختص بالإمام.

و كل أرض أسلم أهلها عليها فهي لهم على الخصوص (١)، و ليس عليهم شيء فيها، سوى الزكاه إذا حصلت شرائطها.

## خاتمه

خاتمه كل أرض ترك أهلها عمارتها (٢)، كان للإمام تقبيلها ممن يقوم بها، و عليه طسقتها لأربابها.

و كل أرض موات، سبق إليها سابق (٣) فأحيها، كان أحق بها.

الأرض، إذا لم يقع الصلح على أن الأرض للمسلمين، و إلا كانت كالمفتوحه عنوه كخيبر. و إنما يكون أرض جزية، و يلزمهم ما صولحوا عليه ما داموا على الكفر، فلو أسلموا صارت - كالأرض التي أسلم أهلها عليها طوعا - ملكا لأربابها بغير عوض.

قوله: «و كل أرض أسلم أهلها عليها فهي لهم على الخصوص».

إلخ».

هذا هو القسم الثالث من أقسام الأرض، و هي أرض من أسلم أهلها عليها طوعا. و قد عدّ من ذلك المدينة المشرفه و البحرين و أطراف اليمن. و هذه تترك في يد أربابها ملكا لهم، يتصرفون فيها كيف شاءوا، إذا قاموا بعمارتها. فلو تركوها و خربت، كانت للمسلمين قاطبه، و كان للإمام تقبيلها ممن يعمرها بما شاء.

قوله: «كل أرض ترك أهلها عمارتها. إلخ».

و ذلك كالأرض المتقدمه التي أسلم عليها أهلها، و أرض الجزية، و غيرها من المملوكات. و لا - ينحصر أجرتها فيما قبل به الامام، بل لهم الأجره، و ما زاد من مال التقبيل لبيت المال، لما تقدّم من أن حاصلها يصير للمسلمين.

قوله: «و كل أرض موات سبق إليها سابق. إلخ».

الأرض الموات لا تخلو، إنما أن تكون مواتا من أصلها بحيث لم يجر عليها يد مالك، أو لا. و الأولى للإمام (عليه السلام) لا يجوز إحيائها إلا - بإذنه في حال حضوره، و في غيبته يملكها المحيي. و إن جرى عليها يد مالك ثم خربت فلا يخلو، إنما أن يكون قد انتقلت إليه بالشراء و نحوه، أو بالإحياء. و الأولى لا يزول ملكه عنها

و إن كان لها مالك معروف فعليه طسقتها.و إذا استأجر مسلم دارا من حربى، ثم فتحت تلك الأرض، لم تبطل الإجاره و إن ملكها المسلمون.

بالخراب إجماعا، نقله العلامة (رحمه الله) فى التذكرة (1) عن جميع أهل العلم. و الثانى - و هى التى ملكت بالإحياء - لا يخلو إما أن يكون مالكةا معينا أو غير معين. و الثانى تكون للإمام (عليه السلام) من جملة الأنفال، يملكها المحيى لها فى حال الغيبه أيضا، فإن تركها حتى خربت زال ملكه عنها، و جاز لغيره تملكها و هكذا. و الاولى - و هى التى قد خربت و لها مالك معروف - فقد اختلف الأصحاب فى حكمها، فذهب الشيخ (رحمه الله) (2) إلى أنها تبقى على ملك مالكةا، لكن يجوز إحيائها لغيره، و يبقى أحق بها، لكن عليه طسقتها لمالكها، و اختاره المصنف. و ذهب آخرون إلى أنها تخرج عن ملك الأول، و يسوغ إحيائها لغيره، و يملكها المحيى. و اختاره العلامة (3) و هو أقوى. و الأخبار الصحيحه (4) داله عليه. و شرط فى الدروس (5) إذن المالك، فإن تعذر فالحاكم. فإن تعذر جاز الاحياء بغير إذن. و دليله غير واضح.

و فى المسأله قول آخر، و هو عدم جواز إحيائها مطلقا بدون إذن مالكةا، و لا يملك بالإحياء، كالمنتقله بالشراء و شبهه. و اختاره المحقق الشيخ على (6) (رحمه الله). و له شواهد من الأخبار (7)، إلا أن الأول أقوى و أصحّ سندا، و أوضح دلالة. و باقى الأقوال مخزجه.

ص: ٥٩

١- (١) التذكرة ٢:٤٠١.

٢- (٢) النهايه: ٤٢٠.

٣- (٣) التذكرة ٢:٤٠١.

٤- (٤) الوسائل ١٧:٣٢٨ ب «٣» من أبواب إحياء الموات ح ١ و ٢.

٥- (٥) الدروس: ٢٩١.

٦ - (٦) رساله الأرض المندرسه فى المجموعه الثانى من رسائل المحقق الكركى: ٢٠١-٢٠٢ و حاشيته على الشرائع: ٣٠٣ «مخطوط».

٧- (٧) التهذيب ٧:١٤٨ ح ٦٥٨، الوسائل ١٧:٣٢٩ ب «٣» من أبواب إحياء الموات ح ٣. راجع أيضا رساله الأرض المندرسه: ٢٠٣.

الثالث: في قسمه الغنيمه.

يجب أن يبدأ بما شرطه الإمام، كالجعائل و السلب (١)، إذا شرط للقاتل، و لو لم يشرط لم يختص به.

ثمّ بما يحتاج اليه من النفقه مدّه بقائها حتى تقسم، كأجره الحافظ و الراعى و الناقل، و بما يرضخه للنساء (٢) و العبيد و الكفار، إن قاتلوا بإذن الإمام، فإنّه لا سهم للثلاثه.

ثمّ يخرج الخمس، و قيل: بل يخرج الخمس مقدّما، عملا بالآيه، و الأوّل أشبه (٣). ثمّ تقسم أربعة أخماس بين المقاتله، و من حضر القتال و لو قوله: «كالجعائل و السلب».

السلب - بفتح اللام - المال المتّصل بالمقتول، كالثياب، و العمامه، و القلنسوه، و الدرع، و المغفر، و البيضه، و الجوشن، و السلاح، و الدابه المركوبه، و الجنب الذى يستعين به، و نحوها. و فى اشتراط كونه مع ذلك محتاجا إليه فى القتال نظر، و عدم الاشتراط لا يخلو من قوه، و هو اختيار الشيخ (١). و تظهر الفائده فى مثل الهميان الذى للنفقه، و المنطقه، و الطوق المتّخذ للزينه.

قوله: «و بما يرضخه للنساء».

الرضخ العطاء الذى ليس بالكثير. و المراد هنا العطاء الذى لا يبلغ سهم الفارس، إن كان المرضخ له فارسا، و لا الراجل إن كان راجلا. و الخنثى المشكل فى حكم المرأة، لعدم العلم بالذكوره التى هى شرط وجوب الجهاد. و قيل: له نصف سهم و نصف رضخ كالميراث.

قوله: «و قيل: بل يخرج الخمس مقدّما عملا بالآيه، و الأوّل أشبه».

تقديم السلب و الجعائل على الخمس متّجه، لخروجها عن اسم الغنيمه التى أوجب الله تعالى فيها الخمس بالآيه (٢). و أمّا تقديم المرضخ عليه فغير واضح، لأنّ

ص: ٦٠

١ - ١) المبسوط ٦٧: ٢.

٢ - ٢) الأنفال: ٤١.

لم يقاتل، حتى الطفل و لو ولد بعد الحيازه و قبل القسمه (١). و كذا من أتصل بالمقاتله من المدد (٢)، و لو بعد الحيازه و قبل القسمه.

ثم يعطى الراجل سهما، و الفارس سهمين، و قيل: ثلاثه، و الأول أظهر (٣).

الرضخ فى الحقيقه نوع من قسمه الغنيمه، غايته أنه ناقص عن السهام، و ذلك غير مانع، كما أن نقص سهم الراجل عن سهم الفارس غير مؤثر فى تقديم الخمس عليه.

و إطلاق اسم الغنيمه على المال المدفوع رضخا واضح، فوجوب الخمس فيه قوئ.

و فى المختلف (١) قدّم الخمس على الجميع، إن لم يشترط الإمام لأرباب الحقوق حقوقهم من غير خمس، و الأوسط أو وسط.

قوله: «حتى الطفل و لو ولد بعد الحيازه قبل القسمه».

الطفل - لغه (٢) - المولود، و هو يشمل الذكر و الأنثى. لكنّ المراد هنا الذكر بقريته المقام، لما تقدّم من أنّ الأنثى لا سهم لها. و إطلاق الفتاوى يقتضى عدم الفرق بين كونه من أولاد المقاتله و غيرهم، و بين حضور أبويه أو أحدهما و عدمه.

قوله: «و كذا من أتصل بالمقاتله من المدد».

أى لحقوا بهم ليقاتلوا معهم، لا - بمجرد المشاركة أو غيرها من الأغراض، كما لو كان تاجرا أو بيطارا. نعم لو قصدوا الجهاد و الصنعه معا استحقوا. و لو اشتبه الحال، قال الشيخ (٣): يسهم لهم، لأنهم حضروا، و السهم يستحق بالحضور إلا مع علم عدمه. و هو حسن.

قوله: «و للفارس سهمين، و قيل: ثلاثه، و الأول أظهر».

المشهور الأول، و عليه العمل، و إن كان فى المستند (٤) - من جهة النقل - ضعف.

ص: ٦١

١- ١) المختلف: ٣٢٨.

٢- ٢) الصحاح ١٧٥١: ٥.

٣- ٣) المبسوط ٧٢: ٢.

٤- ٤) انظر الوسائل ٧٨: ١١ ب «٣٨» من أبواب جهاد العدو ح ١.



و من كان له فرسان فصاعدا، أسهم لفرسين دون ما زاد. وكذا الحكم لو قاتلوا في السفن و إن استغنوا عن الخيل. و لا يسهم للإبل و البغال و الحمير، و إنما يسهم للخيل و ان لم تكن عربا. و لا يسهم من الخيل للقحم، و الرزح (١)، و الضرع، لعدم الانتفاع بها في الحرب، و قيل: يسهم مراعاة للاسم. و هو حسن.

و لا يسهم للمغضوب إذا كان صاحبه غائبا. و لو كان صاحبه حاضرا، كان لصاحبه سهمه (٢).

و يسهم للمستأجر و المستعار. و يكون السهم للمقاتل. و الاعتبار بكونه فارسا، عند حيازه الغنيمه، لا بدخوله المعركة (٣).

قوله: «و لا يسهم من الخيل القحم و الرزح. إلخ».

القحم-بفتح القاف و سكون الحاء-الكبير الهرم. و الرزح-بالراء المهملة، ثم الزاي بعد الألف، ثم الحاء المهملة-قال الجوهرى: هو الهالك هزالا (١). و المراد هنا الضعيف الذى لا يقوى بصاحبه على القتال. و الضرع-بفتح الصاد المعجمه و الزاء-هو الصغير الذى لا يركب، كذا فسره الفقهاء، و فى الصيحاء «الضرع- بالتحريك-الضعيف، و إن فلانا لضرارع الجسم، أى نحيف ضعيف» (٢). و القول بالمنع من الإسهام له لابن الجنيدي (٣)، و تردّد العلامة (٤) و جماعه (٥)، و ما اختاره المصنف لا بأس به.

قوله: «و لو كان صاحبه حاضرا كان لصاحبه سهمه».

و له مع ذلك الأجره على الغاصب.

قوله: «و الاعتبار بكونه فارسا عند حيازه الغنيمه لا بدخول المعركة».

لا إشكال فى عدم اعتباره عند دخول المعركة، و إنما الكلام فى اشتراط كونه

ص: ٦٢

١-١ (١) الصحاح ١:٣٦٥ مادة «رزح».

٢-٢ (٢) الصحاح ٣:١٢٤٩ مادة «ضرع».

٣-٣ (٣) نقله عنه العلامة فى التذكرة ١:٤٣٥.

٤-٤ (٤) المنتهى ٢:٩٥١.

٥-٥ (٥) راجع جامع المقاصد ٣:٤١٦.

و الجيش يشارك السريه في غنيمتها إذا صدرت عنه (١). و كذا لو خرج منه سريتان. أما لو خرج جيشان من البلد الى جهتين، لم يشرك أحدهما الآخر. و كذا لو خرجت السريه من جمله عسكر البلد، لم يشركها العسكر، لأنه ليس بمجاهد.

و يكره تأخير قسمه الغنيمه (٢) في دار الحرب، إلا لعذر.

على الوصف عند الحيازه، أو يعتبر كونه كذلك عند القسمه، لأنه محل اعتبار الفارس و الراجل ليدفع إليهما حقهما، فالذى اختاره المصنف و أكثر الجماعه الأول، و هو واضح على القول بأنه يملك بها، فلا يتحقق الملك إلا بذلك. و يتبته على اعتبار الثانى استحقاق المولود، و المدد اللاحق بعد الغنيمه و قبل القسمه. و اختاره المحقق الشيخ على (١)، و لا بأس به. و قد اختلفت نسخ القواعد فى هذه المسأله، ففى بعضها اعتبار الحيازه لا القسمه كما هنا، و فى بعضها اعتبارها إلى القسمه، فلا بد من وجوده فارسا فى الحال بأسرها من الحيازه إلى القسمه، و فى بعضها اعتبار الحيازه أو القسمه، و ظاهر الاكتفاء بأحدهما. و يحتمل أن يكون موضع تردد، و اختيار «أو» لينبه على القولين المتقدمين الدالين على أن وقت الملك هل هو الحيازه أو القسمه؟.

قوله: «و الجيش يشارك السريه فى غنيمتها إذا صدرت عنه».

و كذا تشاركه السريه فى غنيمته، و هو موضع وفاق، فلا وجه لتركه.

و كذا لو تعددت السرايا الصادره من جيش واحد، فإن كلاً منها يشارك الآخر. و مثله الرسول المنفذ من الجيش لمصلحه، و الدليل، و الطليع، و الجاسوس، و نحوهم.

قوله: «و يكره تأخير قسمه الغنيمه. إلخ».

لا إشكال فى جواز القسمه حيث شاء، و إنما الخلاف فى الأولويه، فالمشهور

ص: ٦٣

و كذا يكره إقامه الحدود فيها(١).

## مسائل أربع

مسائل أربع:

### الأولى: المرصد للجهاد، لا يملك رزقه من بيت المال

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

فإن حلّ وقت العطاء ثمّ مات، كان لوارثه المطالبه به، وفيه تردد(٢).

أنّ القسمة في أرض العدو هي الأولى، وأنّ التأخير مع عدم العذر-كالخوف من المشركين أو قلّه العلف و نحوهما-مكروه. وابن الجنيد عكس الحكم، فاختر أن لا يقسّم إلاّ بعد الخروج من دارهم (١). والمختار الأوّل، ومستنده فعل النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فَإِنَّهُ كَذَلِكَ كَانَ يَفْعَلُ، رواه عنه الخاصّه (٢) والعامّه (٣).

قوله: «و كذا يكره إقامه الحدود فيها».

علل (٤) ذلك بالخوف من أن يحمل المحدود غيره، فيدخل إلى دار الحرب.

و استثنا من ذلك ما لو قتل مسلما عمدا، فإنه يقتصّ منه في دار الحرب، لانتفاء المانع حينئذ. و على هذا ينبغي استثناء جميع الحدود الموجبه للقتل كالرجم.

قوله: «فإن دخل وقت العطاء ثمّ مات كان لوارثها المطالبه به، وفيه تردد».

منشأ التردّد من استحقاق المطالبه قبل الموت، فيكون لوارثه ذلك كحق الشفعه و غيره، و من أنه لا يملكه إلاّ بقبضه و هو منتف. و لا منافاه بين استحقاق المطالبه و عدم الملك، بل عدم استحقاق الوارث ذلك أيضا، كما في مستحق الزكاه و غيرها من الحقوق لو مات بعد المطالبه بها و قبل القبض. و بهذا ظهر ضعف القول

ص: ٦٤

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

٢- (٢) المبسوط ٣٥:٢.

٣- (٣) سنن البيهقي ٩:٥٦.

٤- (٤) راجع جامع المقاصد ٤٢٢:٣.

## الثانية: قيل: ليس للأعراب من الغنيمه شيء

الثانية: قيل: ليس للأعراب من الغنيمه شيء، وإن قاتلوا مع المهاجرين، بل يرضخ لهم. و نعى بهم من أظهر الإسلام و لم يصفه (١)، و صولح على إعفائه عن المهاجره، و ترك النصيب.

## الثالثه: لا يستحق أحد سلبا و لا نفلا

الثالثه: لا يستحق أحد سلبا و لا نفلا، في بدأه (٢) و لا رجعه، إلا أن يشترط له الإمام.

## الرابعه: الحربى لا يملك مال المسلم بالاستغنام

الرابعه: الحربى لا يملك مال المسلم بالاستغنام. و لو غنم المشركون أموال المسلمين و ذراريهم ثم ارتجعوها، فالأحرار لا سبيل عليهم. أما الأموال و العبيد فلأربابها قبل القسمة.

الأول.

قوله: «قيل: ليس للأعراب من الغنيمه شيء- إلى قوله- و لم يصفه».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و به روايه حسنه (١)، و أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم صالح الأعراب على أن يدعهم فى ديارهم و لا- يهاجروا، على أنه إن دهمه عدوان، يستفترهم و يقاتل بهم، و ليس لهم فى الغنيمه نصيب. و إنما أنكره ابن إدريس (٢) بناء على أصله. و حكايه المصنّف له قولا يشعر بتردده فيه. و المراد بالأعراب هنا من كان من أهل البادية، و قد أظهر الشهادتين على وجه حكم بإسلامه ظاهرا، و لا يعرف من معنى الإسلام و مقاصده و أحكامه سوى الشهادتين.

قوله: «و لا يستحق أحد سلبا و لا نفلا فى بدأه».

قد تقدم (٣) تعريف السلب بالتحريك، و أما النفل- بالفتح أيضا- فهو ما يجعله الإمام لبعض المجاهدين من الغنيمه بشرط، مثل أن يقول: من قتل فلانا المشرك، أو حمل الرايه، أو عمل كذا فله كذا، بحسب ما يراه من المصلحه. و البدأه

ص: ٦٥

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

٢- (٢) السرائر ٢: ٢١.

٣- (٣) فى ص: ٦٠.

و لو عرفت بعد القسمة، فلأربابها القيمة من بيت المال (١). و فى روايه تعاد على أربابها بالقيمه، و الوجه إعادتها على المالك، و يرجع الغانم بقيمتها على الإمام، مع تفرق الغانمين.

-بفتح الباء و سكون الدال، ثمّ الهمزه المفتوحه- السريّه الأولى، أو عند دخول الجيش إلى دار الحرب. و الرجعه، الثانيه أو عند رجوعه.

قوله: «و لو عرفت بعد القسمة فلأربابها القيمة من بيت المال.

إلخ».

ما ذكره المصنف من الوجه هو الوجه، لكن بشرط تفرق الغانمين، و إلا ارتجعت العين و نقضت القسمة. و الظاهر أنّ الحكم مع تفرقهم و انحصارهم بحيث لا- يعسر جمعهم كذلك. و لو كان الحق معهم بالسويه، كالمال الممتزج بمتساوى الأجزاء لم يحتج إلى نقضها، بل رجع على كل واحد بالنسبه. و المراد برجوعه على الإمام رجوعه بالقيمه على بيت المال يدفعه إليه الإمام، لا من خاصته.

ص: ٦٦

إشاره

الركن الثالث في أحكام أهل الذمه

و النظر في أمور

إشاره

و النظر في أمور:

الأول: من تؤخذ منه الجزية

الأول: من تؤخذ منه الجزية.

تؤخذ ممن يقرب على دينه، وهم اليهود، والنصارى، ومن لهم شبهه كتاب وهم المجوس (١). ولا يقبل من غيرهم إلا الإسلام.

و الفرق الثلاث، إذا التزموا شرائط الذمه أقروا، سواء كانوا عربا أو عجماء (٢).

قوله: «و من لهم شبهه كتاب وهم المجوس».

تبه بقوله: «شبهه كتاب» على أنّ ما بأيدي المجوس غير معلوم كونه كتابهم، لما ورد (١) من أنّهم قتلوا نبيهم، و أحرقوا كتابهم، و كان باثني عشر ألف جلد ثور، و في أيديهم صحف يزعمون أنّها من ذلك الكتاب، فأقروا على دينهم لهذه الشبهه، و قول النبي صلي الله عليه و آله و سلم: «سنوا بهم سنه أهل الكتاب» (٢). و خالف في ذلك ابن أبي عقيل فألحقهم بباقي المشركين (٣).

قوله: «سواء كانوا عربا أو عجماء».

تبه به على خلاف بعض العامه،

ص: ٦٧

١- (١) الكافي ٥: ٥٦٧ ح ٤، التهذيب ١٣: ١٠٤ ح ٣٣٢، الوسائل ١١: ٩٦ ب «٤٩» من أبواب جهاد العدو.

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

٣- (٣) استظهره من عبارته العلامه في المختلف: ٣٣٣.

و لو ادعى أهل حرب أنهم منهم، و بذلوا الجزية، لم يكلفوا البيّنه و أقروا. و لو ثبت خلافها، انتقض العهد (١).

و لا تؤخذ الجزية من الصبيان، و المجانين، و النساء.

حيث زعم أنّ الجزية لا يؤخذ من العرب (١).

و هو مردود بالإجماع منّا و من فريقه، و فعل النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم فإنّه أخذها منهم (٢). و زعم جماعة من العامه أن نصارى تغلب من العرب لا يؤخذ منهم الجزية، بل يؤخذ منهم الصدقه مضاعفه (٣). و ذهب ابن الجنيّد (٤) منّا إلى عدم أخذها منهم أيضا لا لذلك، بل لأنهم لا يقرون على دينهم، لإخلالهم بالشرط الذي شرطه عليهم رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم من أنهم لا ينصروا أولادهم. و استقره في المختلف، محتجاّ بأنهم انتقلوا إلى النصرانية بعد الفتح، فلا يكون مقبولا (٥).

قوله: «و لو ادعى أهل حرب أنهم منهم» - إلى قوله - انتقض العهد».

إنّما لم يكلفوا البيّنه، لأنّ الدين أمر قلبي، و شعاراته الظاهره ليست جزءا منه، فرّما تعدّر إقامه البيّنه، و لقبول قولهم في دينهم الذين يدينون به. و يتحقق ثبوت خلافها بإخبار شاهدين عدلين باطلاعهم عليهم بخلاف ما يدّعون، و إن كان العدلان منهم، بأن أسلما و تعدّلا، ثمّ أخيرا بذلك، لا بإقرار الواحد منهم بالنسبه إليهم، و إن قبل في حقه. و حيث يثبت خلاف مدّعاهم و ينتقض العهد، يجوز اغتيالهم، و لا يجب ردّهم إلى ما منهم. و الفرق بينهم و بين من تقدّم من أهل الحرب الذين يتوهمون الأمان، فيوجب لهم الجزية، علم هؤلاء بفساد السبب الموجب للأمان، لتعليقه على شيء يعلمون عدمه، فيكون نفى الأمان عندهم معلوما.

ص: ٦٨

١-١) نسب ذلك الى أبي يوسف. أنظر المغنى لابن قدامه ٥٦١: ١٠.

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

٣-٣) انظر خراج أبي يوسف ٢٤٧-٢٤٨ و المغنى لابن قدامه ٥٨١: ١٠.

٤-٤) راجع المختلف: ٣٣٦.

٥-٥) راجع المختلف: ٣٣٦.

و هل تسقط عن الهمم؟ قيل: نعم، و هو المروى، و قيل: لا (١). و قيل:

تسقط عن المملوك (٢).

و تؤخذ مَمَّينَ عدا هؤلاء، و لو كانوا رهبانا أو مقعدين. و تجب على الفقير، و ينظر بها حتى يوسر. و لو ضرب عليهم جزية، فاشتروطها على النساء، لم يصح الصلح. و لو قتل الرجال قبل عقد الجزية، فسأل النساء إقرارهنّ ببذل الجزية، قيل: يصح، و قيل: لا، و هو الأصح (٣).

و لو كان بعد عقد الجزية، كان الاستصحاب حسنا (٤).

قوله: «و هل تسقط عن الهمم؟ قيل: نعم و هو المروى، و قيل: لا».

الرواية بالسقوط ضعيفه (١)، و مثله الأعمى و الراهب. و فصّل بعضهم (٢) بأنّه إن كان ذا رأى و قتال أخذت منه، و إلا فلا. و الأقوى الوجوب مطلقا للعموم.

قوله: «و قيل: تسقط عن المملوك».

هذا هو الأجود، بناء على أنّه لا يقدر على شيء. و روى أنّها تؤخذ منه (٣).

قوله: «و لو قتل الرجال قبل عقد الجزية - إلى قوله - و هو الأصح».

ما اختاره المصنّف هو الأقوى، لأنّ النساء لا جزية عليهنّ. نعم لو كنّ فى حصن، و لم يمكن فتحه جاز عقد الأمان لهنّ، كما لو طلبن ذلك من دار الحرب.

و لا جزية فى الموضعين.

قوله: «و لو كان بعد عقد الجزية، كان الاستصحاب حسنا».

المراد بالاستصحاب هنا استصحاب العقد الذى وقع مع الرجال، و إثبات الجزية على النساء. و ما حثّنه المصنّف غير واضح، فإنّه كما يمتنع إقرارهنّ بالجزية ابتداء، فكذا استدامه للعقد السابق، فالمنع فى الموضعين أقوى.

ص: ٦٩

١ - ١) المحاسن: ٣٢٧ ح ٨١، الكافي ٥: ٢٨ ح ٦، علل الشرائع: ٣٧٦ ب (١٠٤) ح ١، الفقيه ٢: ٢٨ ح ١٠٢، الوسائل ١١: ٤٧ ب (١٨) من أبواب جهاد العدو ح ١.

٢ - ٢) راجع المختلف: ٣٣٥، القواعد ١: ١٠٣.

٣ - ٣) الفقيه ٢: ٢٩ ح ١٠٦، الوسائل ١١: ٩٧ ب (٤٩) من أبواب جهاد العدو ح ٦.



و لو أعتق العبد الذمى، منع من الإقامة في دار الإسلام، إلا بقبول الجزية. و المجنون المطبق، لا جزية عليه، فإن كان يفيق وقتاً، قيل: يعمل بالأغلب (١). و لو أفاق حولاً و جبت عليه و لو جنّ بعد ذلك. و كلّ من بلغ من صبيانهم يؤمر بالإسلام، أو بذل الجزية. فإن امتنع صار حربياً.

## الثانى: فى كميّه الجزية

الثانى: فى كميّه الجزية.

و لا حدّ لها، بل تقديرها الى الإمام بحسب الأصلح. و ما قرّره علىّ (عليه السلام) محمول على اقتضاء المصلحه (٢) فى تلك الحال. و قال شارح الترددات: إن معنى الاستصحاب استدأمه الأمان للنساء، من غير ضرب جزية عليهنّ، حيث قد ثبت لهنّ الأمان مع الرجال ضمناً، فيستصحب الوفاء (١). و هذا التوجيه غريب، فإنّ السياق إنّما هو فى بذل الجزية، لا فى الأمان خاصه. قوله: «فإن كان يفيق وقتاً، قيل: يعمل بالأغلب».

الأقوى أنّ المجنون لا جزية عليه مطلقاً، إلا أن تتحقّق له إفاقه سنه متواليه، لإطلاق النصّ (٢).

قوله: «و ما قرّره علىّ -عليه السلام- محمول على اقتضاء المصلحه».

هذا جواب عن حجّه بعض الأصحاب (٣)، حيث حكم بأنّها مقدّره بما قدّره علىّ عليه السلام و هو على الفقير اثنى عشر درهماً، و على المتوسط أربعة و عشرون، و على الغنى ثمانيه و أربعون فى كل سنه (٤). و تقرير الجواب أنّ ذلك محمول على اقتضاء المصلحه فى ذلك الوقت هذا التقدير، فلا يجب العمل به لو اقتضت المصلحه

ص: ٧٠

١-١) إيضاح ترددات الشرائع: ٢٥٨.

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

٣-٣) راجع المنتهى ٢: ٩٦٥.

٤-٤) المقنعه: ٢٧٢، الوسائل ١١: ١١٦ ب «٦٨» من أبواب جهاد العدو ح ٨.

و مع انتفاء ما يقتضى التقدير، يكون الأولى (١) اطراحه تحقيقا للصغار.

و يجوز وضعها على الرؤوس، أو على الأرض. و لا يجمع بينهما، و قيل بجوازه ابتداء، و هو الأشبه (٢).

خلافه. و مِمَّا يُؤَيِّدُ ذَلِكَ أَنَّ عَلِيًّا (عليه السلام) زاد فى الوضع عَمَّا قدره النبىُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ بحسب ما رآه من المصلحه، فكذا القول فى غيره. و هذا هو الأقوى و مختار الأكثر.

قوله: «و مع انتفاء ما يقتضى التقدير يكون الأولى. إلخ».

أى حيث بينا أن تقدير على عليه السلام لا يقتضى الاستمرار، و انتفى ما يقتضى التقدير، فالأولى إطراحه و عدم إعلام الذمى بقدر ما عليه، بل يؤخذ منه إلى أن ينتهى إلى القدر الذى اقتضته المصلحه، تحقيقا لمعنى الصغار المذكور فى الآية (١)، فإن المشهور فى تعريفه أنه التزام الجزية على ما يحكم به الإمام من غير أن تكون مقدّره، و التزام أحكامنا عليهم. و اقتصر بعضهم (٢) فيه على الوصف الثانى. و فسّره بعضهم (٣) بأن تؤخذ الجزية من الذمى قائما، و المسلم جالس. و قيل غير ذلك. و زاد فى التذكرة أن الذمى يخرج يده من جيبه، و يحنى ظهره، و يطأطئ رأسه، و يصب ما معه فى كفه الميزان، و يأخذ المستوفى بلحيته، و يضرب فى لهزمته. و اللّهزمتان فى اللّحين مجمع اللّحم بين الماضغ و الاذن (٤).

قوله: «و لا يجمع، و قيل بجوازه ابتداء، و هو الأشبه».

احترز بقوله: «ابتداء» عمّا لو وضعها على رأس بعض منهم، و على أرض بعض آخر، فانتقلت الأرض التى وضعت عليها إلى من وضعت على رأسه، فإنّه يجتمع عليه الأمران، لكن ذلك ليس ابتداء، بل بسبب انتقال الأرض إليه. و القول بعدم جواز الجمع هو الظاهر من صحيحه محمّد بن مسلم عن الصادق عليه

ص: ٧١

١- (١) التوبه: ٢٩.

٢- (٢) المبسوط ٣٨: ٢.

٣- (٣) نسبه الشيخ فى المبسوط ٣٨: ٢ الى بعض الناس. راجع أيضا المختلف: ٣٣٤.

٤- (٤) التذكرة ٤٤٤: ١.

و يجوز أن يشترط عليهم، مضافا إلى الجزية، ضيافه ماره العساكر، و يحتاج أن تكون الضيافه معلومه (١).

و لو اقتصر على الشرط، و يجب أن يكون زائدا عن أقل مراتب الجزية (٢).

السلام (١)، و هو الأولى.

قوله: «و يجوز أن يشترط عليهم مضافا إلى الجزية، ضيافه ماره العساكر، و يحتاج أن تكون الضيافه معلومه».

بأن يقدر القوت و الأدم و علف الدواب، و جنس كل واحد منها، و وصفه بما يرفع الجهاله، و عدد أيام الضيافه، كما فعله النبي صلى الله عليه و آله و سلم مع نصارى نجران و غيرهم (٢). كما يجوز اشتراط ضيافه ماره العساكر، يجوز اشتراط ضيافه مطلق الماره من المسلمين، بل هذا هو المشهور فى الأخبار (٣) و الفتاوى، و هو الذى شرطه النبي صلى الله عليه و آله و سلم.

قوله: «و لو اقتصر على الشرط و يجب أن يكون زائدا على أقل مراتب الجزية».

أى اقتصر على شرط الضيافه، من غير أن يصرح بكونها مضافه إلى الجزية، كما صرح به فى القسم الأول، فإن الإطلاق أيضا يقتضى المغايره. و يجب كونها زائده على أقل ما يمكن فرضه جزية، كدينار مثلا، فإنه أقل ما يوضع على الفقير، بناء على ما ورد فى بعض الأخبار (٤) من التقدير. و على القول بعدمه تكون الضيافه زائده على أقل ما تقتضى المصلحه و ضعه عليهم من الجزية. و لا يقتضى الإطلاق كون الضيافه من نفس الجزية، للتأسى بالنبي صلى الله عليه و آله و سلم فإنه شرط الضيافه زياده

ص: ٧٢

١ - ١) الظاهر ان مراده ما رواه فى الكافى ٣: ٥٦٦ ذيل ح ١، الفقيه ٢: ٢٧ ذيل حديث ٩٨، الوسائل ١١: ١١٤ ب «٤٨» من أبواب جهاد العدو ح ٢. و راجع أيضا ح ٢ فى الكافى و التهذيب ٤: ١١٨ ح ٣٣٨، و ح ٣ فى الوسائل.

٢ - ٢) سنن البيهقى ٩: ١٩٥.

٣ - ٣) سنن البيهقى ٩: ١٩٦.

٤ - ٤) سنن البيهقى ٩: ١٩٣.

و إذا أسلم قبل الحول، أو بعده قبل الأداء، سقطت الجزية على الأظهر (١).

على الدينار الذى رتبه على كل نفس، ولأنه لو شرط الضيافه من الجزية، أو كان الإطلاق يقتضيه و لم يمرّ بهم أحد، خرج الحول بغير جزية، ولأنّ مصرف الجزية مصرف الغنيمه بخلاف الضيافه فإنها لا تختص بذلك، بل يجوز اشتراطها لسائر المسلمين، فلا بدّ معها من جزية. و بهذا التفسير صرّح العلامة فى التذكرة (١) وغيره.

و ربّما احتملت العبارة و نظائرها معنى آخر، و هو أن يكون المراد أنه مع الاقتصار على شرط الضيافه عليهم من غير أن يذكر الجزية، يكون الضيافه قائمه مقام الجزية، و يجب حينئذ كونها زائده على أقل ما يجب الجزية لتتحقق الجزية فى ضمنها، و تكون فى قوه جزية و ضيافه. و على هذا الاحتمال ينبغى اختصاص ما قابل الجزية من الضيافه بأهل الفىء. و نظير هذه العبارة فى قيام الاحتمال عبارة القواعد (٢). و الحق أنّ المراد هو المعنى الأوّل. و به صرّح فى التذكرة، محتجاً عليه بفعل النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم و استلزام شرط الضيافه من الجزية سقوطها لو لم يمرّ بهم أحد.

قوله: «و لو أسلم قبل الحول أو بعده قبل الأداء سقطت الجزية على الأظهر».

الخلاف فى الثانى خاصّه، و هو ما لو أسلم بعد الحول و قبل الأداء. و وجه السقوط حينئذ أنّ الجزية لا تؤخذ من المسلم، و أنّ الإسلام يجبّ ما قبله، و أنّ أخذها مشروط بالصيّغار الممتنع على المسلم. و هو حسن. و وجه العدم أنّها دين مستحقّ قبل الإسلام، فلا يسقط بالإسلام، كالخراج و الدّين.

و الفرق على الأوّل أنّها عقوبه، فلا يتحقق مع الإسلام، بخلاف الدّين. و لا فرق بين أن يسلم ليسقط عنه الجزية أو لا، خلافاً للشيخ (٣). و يستثنى من إسلامه

ص: ٧٣

١- ١) التذكرة ١: ٤٤١، المنتهى ٢: ٩٦٧.

٢- ٢) القواعد ١: ١١٣. و فيه «و يشترط ان يكون زائدا على أقل ما يجب عليهم من الجزية لو اقتصر على الضيافه».

٣- ٣) التهذيب ٤: ١٣٥.

و لو مات بعد الحول، لم تسقط، و أخذ من تركته، كالدين.

### الثالث: في شرائط الذمه

الثالث: في شرائط الذمه، و هي ستة:

الأول: قبول الجزية.

الثاني: أن لا يفعلوا ما ينافي الأمان، مثل العزم على حرب المسلمين، أو إمداد المشركين. و يخرجون عن الذمه بمخالفه هذين الشرطين (١).

الثالث: أن لا يؤذوا المسلمين، كالزنا بنسائهم و اللواط بصبيانهم، و السرقة لأموالهم، و إيذاء عين المشركين، و التجسس لهم. فإن فعلوا شيئاً من ذلك و كان تركه مشروطاً في الهدنه، كان نقضاً. و إن لم يكن مشروطاً، قبل الحول ما لو كان قبل (١) دفع قسط ما مضى من المدّة قبل الإسلام، فإنّ الوجه حينئذ عدم ردّه عليه، كما لو دفعها بعد الحول و قبل الإسلام. و اختاره في التذكرة (٢)، مع احتمال ردّه، بناء على سقوطه، كما يسقط المتخلف. و الفرق تحقق الصغار للمسلم في الثاني دون الأول.

قوله: «و يخرجون عن الذمه بمخالفه هذين الشرطين».

لا فرق في ذلك بين أن يشترط عليهم في العقد أو لا. و في حكمهما الشرط السادس، و هو التزامهم أحكام الإسلام، لأنّ الصغار لا يتحقق بدونهم، على المختار من تفسيره، فكان ذكره هنا أولى.

و اعلم أنّ الشرط الأوّل و الأخير لا بدّ من ذكرهما في عقد الذمه لفظاً. و لا يجوز الإخلال بهما و لا بأحدهما، و لا يعتدّ بعقد الذمه من دونهما.

و أمّا الشرط الثاني فإطلاق العقد يقتضيه، و لا يجب التعرّض لذكره،

ص: ٧٤

---

١ - ١) كذا في ما لدينا من النسخ الخطيه و نسخه «ج» ناقصه. الا- ان في «ن» بدل «قبل» «قد» و لكن شطب عليه و كتب في الهامش «قبل» و الظاهر ان «قد» هو الصحيح. فتأمل.

٢ - ٢) التذكرة ٤٤٢: ١.

كانوا على عهدهم، وفعل بهم ما يقتضيه جنائيتهم من حدّ أو تعزير. ولو سبوا النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قتل السابّ (١). ولو نالوه بما دونه عَزَّروا إذا لم يكن شرط عليهم الكفّ.

الرابع: أن لا يتظاهروا بالمناكير، كشرب الخمر، والزنا، و أكل لحم الخنزير، ونكاح المحرّمات. ولو تظاهروا بذلك نقض العهد و قيل: لا ينتقض (٢)، بل يفعل معهم ما يوجبه شرع الإسلام، من حدّ أو تعزير.

الخامس: أن لا يحدثوا كنيسه، ولا يضربوا ناقوسا، ولا يطيلوا بناء، ويعزرون لو خالفوا. ولو كان تركه مشروطا في العهد انتقض.

السادس: أن يجرى عليهم أحكام المسلمين.

### وها هنا مسائل

وها هنا مسائل:

### الأولى: إذا خرّقوا الذمه في دار الإسلام

الأولى: إذا خرّقوا الذمه في دار الإسلام، كان للإمام ردّهم إلى و بمخالفته ينتقض العهد و إن لم يشترط فيه. و أمّا باقى الشرائط فإنّما ينتقض العهد بمخالفتها مع شرطها في متن العقد، و إلا فلا.

قوله: «ولو سبوا النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قتل السابّ».

و كذا القول في سبّ باقى الأنبياء و الملائكة، و مثله الإمام عندنا. و يجوز قتله لكلّ سامع مع الأمن، و لا يتوقف على إذن الإمام أو نائبه و إن أمكن، و ينتقض عهده.

قوله: «و لو تظاهروا بذلك نقض العهد، و قيل: لا ينتقض».

الأقوى أنّه لا ينتقض إلاّ مع شرطه في العقد، و الإخلال به. و للشيخ (١) قول بعدم النقض به و إن شرط عليهم، لأنّه لا ضرر فيه على المسلمين. و هو ضعيف.

و مثله القول في الشرط الخامس. و التفصيل فيها بالشرط و عدمه أقوى.

ص: ٧٥

مأمنهم، و هل له قتلهم و استرقاقهم و مفاداتهم؟ قيل: نعم، و فيه تردد (١).

### الثانية: إذا أسلم بعد خرق الذمه قبل الحكم فيه

الثانية: إذا أسلم بعد خرق الذمه قبل الحكم فيه، سقط الجميع، عدا القود و الحد، و استعاده ما أخذ. و لو أسلم بعد الاسترقاق أو المفاداه، لم يرتفع ذلك عنه.

### الثالثة: إذا مات الإمام، و قد ضرب لما قرره من الجزية أمدا معينا

الثالثة: إذا مات الإمام، و قد ضرب لما قرره من الجزية أمدا معينا، أو اشترط الدوام، و جب على القائم مقامه بعده إمضاء ذلك.

و إن أطلق الأول، كان للثاني تغييره بحسب ما يراه صلاحا.

و يكره أن يبدأ المسلم الذمي بالسلام (٢).

قوله: «و هل له قتلهم و استرقاقهم و مفاداتهم؟ قيل: نعم، و فيه تردد».

ينشأ من أنهم دخلوا دار الإسلام بأمان، فوجب ردّهم إلى مأمنهم، و من فساد الأمان من قتلهم، فلم يبق لهم أمان و لا شبهه أمان، فيتخير الإمام فيهم بين القتل و الاسترقاق، و المنّ و الفداء. و هذا هو الأقوى.

قوله: «و يكره أن يبدأ الذمي بالسلام».

هذا هو المشهور. و يظهر من التذكرة (١) التحريم. و النهي المطلق في الأخبار (٢) يدلّ عليه. و على تقدير بداهة الذمي فليقتصر من جوابه على قوله: «و عليك» للخبر (٣). و في التذكرة «يردّ بغير السلام، بأن يقول: هداك الله أو أنعم الله صباحك أو أطال الله بقاك. و لو ردّ بالسلام اقتصر على قوله: و عليك» (٤). انتهى. و لو أكمل

ص: ٧٦

١- (١) التذكرة ٤٤٦: ١.

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

٣- (٣) الوسائل ٤٥٢: ٨ ب «٤٩» من أبواب أحكام العشرة.

٤- (٤) التذكرة ٤٠٧: ١.

و يستحب أن يضطر إلى أضيق الطرق (١).

## الرابع: في حكم الأبنية

الرابع: في حكم الأبنية.

و النظر في البيع و الكنائس، و المساكن، و المساجد.

## البيع و الكنائس

البيع و الكنائس لا- يجوز استئناف البيع و الكنائس في بلاد الإسلام (٢). و لو استجدت له الجواب بالسلام فالظاهر كراهته أيضا (١) إن لم نقل بتحريم ابتدائه به. و لو اضطرَّ المسلم إليه لكونه طبيبا يحتاج إليه و نحو ذلك، لم يكره له السلام عليه و لا الدعاء له، لصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج، عن الكاظم عليه السلام و فيه: «إنه لا ينفعه دعاؤك» (٢).

و أمّا التسليم على باقى الكفار و الردّ عليهم فلم يتعرّضوا له. و الظاهر تحريمه مع عدم الضروره. و ينبغي أن يقول عند ملاقاتهم: «السلام على من اتبع الهدى» كما فعله النبي (٣) صلى الله عليه و آله و سلم بمشركى قريش.

قوله: «و يستحب أن يضطر إلى أضيق الطرق».

بمعنى منعهم من جادّه الطريق إذا اجتمعوا هم و المسلمون فيه، و اضطرارهم إلى طرفه الضيق لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا تبدؤوا اليهود و النصارى بالسلام، فإذا لقيتم أحدهم فى طريق فاضطروه إلى أضيقه» (٤).

و ليكن التضييق عليهم بحيث لا يقعون فى وهده، و لا يصدمون جدارا. و لو خلت الطريق من مرور المسلمين فلا بأس بسلوكهم حيث شاؤوا.

قوله: «لا يجوز استئناف البيع و الكنائس فى بلاد الإسلام».

ظاهر كلامهم فى هذا المقام أنّ البيع و الكنائس لليهود و النصارى، لا اشتراكهم فى المنع من إحداث المعابد. و لكن قال فى الصحاح (٥): «إنّ كلّ واحده من البيعه»

ص: ٧٧

١- ١) كذا فى (٥) و فى سائر النسخ الخطيه «خاصه» بدل «أيضا».

٢- ٢) الكافى ٢: ٦٥٠ ح ٧ و ٨، الوسائل ٨: ٤٥٦ ب (٥٣) من أبواب أحكام العشره ح ١.

٣- ٣) الكافى ٢: ٦٤٩ ح ٥، الوسائل ٨: ٤٥٣ ب (٤٩) من أبواب أحكام العشره ح ٧.



٤-٤) صحيح مسلم ٤:١٧٠٧ ح ١٣، مسند أحمد ٢:٢٦٦.

٥-٥) الصحاح ٣:٩٧٢ مادة «كنس» و ١١٨٩ مادة «بيع».

وجب إزالتها، سواء كان البلد ممّا استجدّه المسلمون (١)، أو فتح عنوه، أو صلحا على أن تكون الأرض للمسلمين. و لا بأس بما كان قبل الفتح (٢)، و بما استحدثوه فى أرض فتحت صلحا، على أن تكون الأرض لهم. و إذا انهدمت كنيسة ممّا لهم استدامتها، جاز إعادتها. و قيل: لا (٣)، إذا كانت فى بكسر الباء و الكنيسة للنصارى. فعلى هذا يكون معبد اليهود مخلا بذكره. و كان عليه التنبيه بذكر باقى المعابد، كصومعه الراهب و غيرها من أنواع البيوت المتخذة لصلاتهم و عباداتهم، لاشتراك الجميع فى الحكم، و هو المنع من إحداثه فى أرض المسلمين.

قوله: «سواء كان البلد ممّا استجدّه المسلمون».

مثل الكوفه و بغداد و البصره و سرّ من رأى و جملة بلاد الجزائر. و احترز بالاستئناف عمّا لو كان موجودا فى الأرض قبل أن يمسّرها المسلمون، فإنّه يقرّ على حاله مثل كنيسة الروم فى بغداد، فإنها كانت فى قرى لأهل الذمه فأقرت على حالها.

قوله: «أو فتح عنوه - إلى قوله - لا بأس بما كان قبل الفتح».

لا - خلاف فى المنع من إحداث ذلك بالأرض المفتوحة عنوه، لأنها صارت ملكا للمسلمين. و أمّا ما كان موجودا قبل الفتح، فإن هدمه المسلمون وقت الفتح لم يجز تجديده، لأنه بمنزلة الأحداث فى ملك المسلمين، و إن لم يهدموه فالمشهور و جوب إقراره لهم. و لم ينقل المصنف و الأكثر فى ذلك خلافا. و نقل فى التذكرة (١)، عن الشيخ (٢) (رحمه الله) أنّه لا يجوز إبقاؤه، لما تقدّم من الدليل على المنع من الإحداث.

و العمل على المشهور. و قد فتح الصحابه كثيرا من البلاد عنوه و لم يهدموا شيئا من الكنائس، و حصل الإجماع على ذلك، فإنها موجودة فى بلاد الإسلام من غير نكير.

و تردّد فى التذكرة، حيث نقل المنع عن الشيخ ساكتا عليه.

قوله: «و إذا انهدمت كنيسة ممّا لهم استدامتها جاز إعادتها و قيل: لا».

وجه الجواز أن إقرارهم على إبقائها يقتضى الإعادة، فإنها تخرب على تناول

ص: ٧٨

١ - ١) التذكرة ٤٤٥: ١.

٢ - ٢) المبسوط ٤٥: ٢ - ٤٦.

أرض المسلمين، و أما إذا كانت في أرضهم فلا بأس].

## و أما المساكن

و أما المساكن فكل ما يستجدّه الذمى، لا يجوز أن يعلو به على المسلمين من مجاوريه. و يجوز مساواته على الأشبه (١).

الأزمان، و لأنّ الإعادة مساويه للاستدامه، و لأنّ المعابد من ضرورات الأديان، فإذا أقرّوا على الدين مكّنوا من اتّخاذ المعبد خرج منه الابتداء فتبقى الإعادة. و فى هذه الوجوه نظر. و وجه المنع قوله عليه السلام: «لا كنيسه فى الإسلام» (١).

قوله: «لا يجوز أن يعلو به - إلى قوله - و يجوز مساواته على الأشبه».

المراد أن لا يعلو على بناء جيرانه، دون غيرهم من المسلمين. و المنع من العلوّ موضع وفاق بين المسلمين، و أمّا المساواه فمنعها الشيخ (٢) و جماعه (٣) لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» (٤) و لا بأس به. و لا فرق بين كون بناء الجار معتدلاً أو فى غايه الانخفاض. نعم لو كان نحو السرداب لم يكلف الذمى بمثله، لعدم صدق البناء. و هل يعتبر فى العلوّ و عدمه نفس البناء أو مجرد الهواء؟ نظر. و تظهر الفائدة فيما كان بيت الذمى على أرض مرتفعه، و دار المسلم فى منخفضه، فعلى الأول يجوز للذمى أن يرتفع عنه بحيث لا يبلغ طول حائط المسلم، و على الثانى يعتبر ارتفاع الأرض عن المسلم من جمله البناء. و قطع فى الدروس (٥) بالأول، و جوّز مع انعكاس الحكم أن يرتفع الذمى إلى أن يقارب دار المسلم، و إن أدى إلى الإفراط فى الارتفاع. و ليس بعيد. ثمّ المنع من ذلك لحقّ الدين، لا لمحض حقّ الجار، فلا يقدر فى المنع رضا الجار.

ص: ٧٩

١-١) نصب الرايه ٣:٤٥٤، كنز العمال ٣:١٦٦ ح ١٤٨٦.

٢-٢) المبسوط ٢:٤٦.

٣-٣) راجع السرائر ١:٤٧٦، التذكرة ١:٤٤٦، الدروس: ١٦١ و جامع المقاصد ٣:٤٦٣.

٤-٤) الفقيه ٤:٢٤٣ ح ٧٧٨، الوسائل ١٧:٣٧٦ ب «١» من أبواب موانع الإرث ح ١١.

٥-٥) الدروس: ١٦١.

و يقتر ما ابتاعه من مسلم على علوه كيف كان. و لو انهدم، لم يجوز أن يعلو به على المسلم، و يقتصر على المساواه (١) فما دون.

## و أمّا المساجد

و أمّا المساجد فلا يجوز أن يدخل المسجد الحرام إجماعاً، و لا غيره من المساجد عندنا.

و لو اذن لهم لم يصحّ (٢) الإذن، لا استيطاناً، و لا اجتيازاً، و لا امتياراً (٣).

و لا- يجوز لهم استيطان الحجاز على قول مشهور (٤)، و قيل: المراد به قوله: «و لو انهدم لم يجوز أن يعلو به على المسلم، و يقتصر على المساواه».

بناء على جواز المساواه ابتداءً. و الأجود المنع، فيقتصر على الأدون.

قوله: «و لا غيره من المساجد عندنا و لو اذن لهم لم يصحّ».

«اذن» على البناء للمجهول. و المراد بالآذن المسلم، أى لا يجوز دخول الذمى المسجد بإجماع الإماميه، و إن أذن له المسلم فى الدخول. و تبه به على خلاف أكثر العامه، حيث جوزوا دخوله ياذن المسلم.

قوله: «و لا امتياراً».

هو افتعال من الميره، و هو الطعام أو جلبه.

قوله: «و لا يجوز لهم استيطان الحجاز على قول مشهور».

نسبه إلى الشهره، لعدم الظفر بنص فيه من طرفنا. لكن ادعى فى التذكرة (١) عليه الإجماع، فالعمل به متعين. و القول بتحريم مطلق الحجاز أقوى، عملاً بدلاله العرف و اللغه، فيدخل فيه البلدان مع الطائف و ما بينهما، و إنّما سمى حجازاً لحجزه بين نجد و تهامه (٢) - بكسر التاء - بلد وراء مكه. و قد يطلق (٣) على مكّه تهامه (٤).

ص: ٨٠

١-١) التذكرة ٤٤٥:١.

٢-٢) راجع معجم البلدان ٦٣:٢ و ٢١٨.

٣-٣) فى «ه» و قيل يطلق.

٤-٤) راجع لسان العرب ٧٢:١٢.

مكّه و المدينة، و فى الاجتياز به و الامتياز منه، تردّد. و من أجازّه، حدّه بثلاثه أيام (١).

و لا جزيره العرب، و قيل: المراد بها مكّه و المدينة و اليمن (٢) و مخاليفها، و قيل: هى من عدن إلى ريف عبادان طولاً، و من تهامه و ما والاها إلى أطراف الشام عرضاً.

### الخامس: فى المهادنه

الخامس: فى المهادنه.

قوله: «و فى الاجتياز به و الامتياز منه تردّد. و من أجازّه، حدّه بثلاثه أيام».

منشأ التردّد من إطلاق الأمر (١) بإخراجهم منه، و من أن المتبادر منه منع السكنى. و القول بالجواز أشهر. و شرط فى التذكرة (٢) إذن الإمام. و جوزه الشيخ (٣) بإذن و غيره. أمّا الحرم فلا يجوز لهم دخوله مطلقاً.

قوله: «و لا جزيره العرب، و قيل: المراد بها مكّه و المدينة و اليمن».

إلخ».

القول الثانى هو الأشهر بين أهل اللغه، و عليه العمل. و إنّما سمّيت جزيره لأنّ بحر الهند - و هو بحر الحبشه - و بحر فارس و الفرات، أحاطت بها. و إنّما نسبت إلى العرب لأنّها منزلهم و مسكنهم و معدنهم. و عدن - بفتح الدال - بلد باليمن.

و الريف: الأرض التى فيها زرع و خصب، و الجمع أرياف. و عبادان - بفتح العين و تشديد الباء الموحده - جزيره يحيط بها شعبتان من دجله و الفرات. و المخاليف:

الكور، واحدها مخلاف.

ص: ٨١

١ - ١) سنن البيهقى ٩: ٢٠٧.

٢ - ٢) التذكرة ١: ٤٤٥.

٣ - ٣) المبسوط ٢: ٤٨.

و هي المعاقده على ترك الحرب مدّه معينه (١).

و هي جائزه إذا تضمّنت مصلحه (٢) للمسلمين، إِمَّا لِقَلَّتْهُمْ عَنْ قَوْلِهِ: «و هي المعاقده على ترك الحرب مدّه معينه».

إطلاق المعاقده على ما ذكر، يشمل كونها بعوض و غير عوض، و كلاهما جائز.

و به صرّح في التذكرة (١)، فإنّه زاد في التعريف قوله: «بعوض و غير عوض». و في القواعد (٢) جعل بدل ذلك قوله: «بغير عوض» زياده على التعريف، و أراد بذلك أنّ العوض ليس شرطاً فيها، لا أن ترك العوض فيها لازم بحيث ينافيها، بل يجوز اشتراط العوض فيها و إن لم تكن مبيته عليه، لأنّه شرط سائغ لا ينافي موضوعها.

قوله: «و هي جائزه إذا تضمّنت مصلحه».

يمكن أن يريد بالجواز هنا معناه الأعم، و هو ما عدا الحرام، ليدخل فيه الوجوب. و حينئذ فيجوز للإمام الهدنه مع المصلحه. لكن مع حاجه المسلمين إليها لضعفهم، أو رجاء تألف الكفار و دخولهم في الإسلام، تجب. و بهذا صرّح في القواعد (٣). و يمكن أن يريد به معناه الأخص، فلا يجب قبولها مطلقاً، و إن كانت جائزه مع المصلحه. و بهذا المعنى قطع في التذكرة، لقوله تعالى وَ إِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا (٤) فيتخير المسلم في فعل ذلك برخصه قوله تعالى وَ لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ (٥) و بما تقدم، و ان شاء قاتل حتى يلقي الله شهيداً، لقوله تعالى وَ قَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ (٦). قال: و كذلك فعل مولانا الحسين عليه السلام و النفر الذين وجههم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و كانوا عشره فقاتلوا حتى قتلوا (٧).

ص: ٨٢

١-١ (١) التذكرة ٤٤٧:١.

١-٢ (٢) قواعد الأحكام ١١٥:١.

١-٣ (٣) قواعد الأحكام ١١٥:١.

٤-٤ (٤) الأنفال: ٦١.

٥-٥ (٥) البقرة: ١٩٥.

٦-٦ (٦) البقرة: ١٩٠.

٧-٧ (٧) التذكرة ٤٤٧:١.

المقاومه، أو لما يحصل به الاستظهار(١)، أو لرجاء الدخول في الإسلام مع التريّص.

و متى ارتفع ذلك، و كان في المسلمين قوّه (٢) على الخصم، لم يجز.

و يجوز الهدنه أربعه أشهر. و لا يجوز أكثر من سنه، على قول مشهور(٣).

قوله: «أو لما يحصل به الاستظهار».

أى لرجاء حصول ذلك، كزياده القوه.

قوله: «و متى ارتفع ذلك و كان في المسلمين قوّه. إلخ».

أشار بقوله «ذلك» إلى المذكور سابقا، و هو اعتبار المصلحه، أى و متى ارتفعت المصلحه في الهدنه لم يجز، لوجوب قتال المشركين في كلّ عام إلى أن يسلموا، أو يدخلوا في الذّمّه إن كانوا من أهلها، و ذلك لا يسمّى هدنه. و المراد بالهدنه الممتنع ما زادت مدّتها عن أربعه أشهر، لأنّ الهدنه أربعه أشهر جائزه مع المصلحه و بدونها، لأن الله تعالى سوّغ ترك الحرب في هذه المده في آيه السياحه (١). و إنّما ترك القيد، اتكالا- على ما يذكره عن قريب. و الحاصل أنّ ترك القتال أربعه أشهر سائغ بالمهادنه و غيرها، فإذا طلبوا المهادنه ذلك القدر كان سائغا. و في جوازها أكثر من ذلك خلاف يأتي.

قوله: «و لا يجوز أكثر من سنه على قول مشهور».

تحريم المهادنه و ترك القتال مع المكنه أكثر من سنه ممّا لا خلاف فيه، و قد صرّح في التذكره (٢) بالإجماع على عدم جوازها أكثر من سنه، كما أنّ جوازها أربعه أشهر فما دون إجماعى أيضا، و إنّما الخلاف فيما بين المدّتين، فنسبه المصنّف الحكم الأوّل إلى الشهره ليس بجيّد. و كأنّ الباعث له على ذلك استضعاف دليله، مع عدم تحقّق الإجماع عنده، و إن لم يعلم بالمخالف، فإنّ ذلك لا يكون إجماعا، كما تبّه عليه

ص: ٨٣

١- (١) التوبه: ٢.

٢- (٢) التذكره ١: ٤٤٧.

و هل يجوز أكثر من أربعة أشهر؟ قيل: لا، لقوله تعالى فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ (١) وقيل: نعم، لقوله تعالى وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا (٢)، و الوجه مراعاة الأصلح (١).

و لا- تصح إلى مده مجهوله، و لا- مطلقا، إلا أن يشترط الإمام لنفسه الخيار في النقض متى شاء (٢). و لو وقعت الهدنه على ما لا يجوز فعله لم يجب الوفاء، مثل التظاهر بالمناكير، و إعادته من يهاجر من النساء.

المصنّف في أوائل المعتمر (٣). و وجه ضعف الدلالة أن الشيخ (٤) و الجماعة احتجوا على ذلك بقوله تعالى فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ (٥) فإنه أوجب القتال عند الانسلاخ، و هو متحقق في كل سنه مرّه. و فيه أن الأمر لا يقتضى التكرار.

قوله: «و هل يجوز أكثر من أربعة؟ قيل: لا- إلى قوله- و الوجه مراعاة الأصلح».

الوجه هو الوجه. و الجواب عن الآية الاولى أن الأمر لا يقتضى الفور عند المحققين.

و السّلم في الآية الثانية- بفتح السين و كسرهما- الصلح، يذكر و يؤنث، و من ثم أعاد ضمير «لها» إليه مؤنثا، فإن التأنيث فيه أفصح. و اللام يجوز أن تكون بمعنى إلى، لأن «جرح» بمعنى مال، فيكون اللام هي المعدية للفعل، و يجوز أن تكون معدية للفعل بنفسها، و أن تكون تعليلية بمعنى من أجلها.

قوله: «و لا تصح إلى مده مجهوله و لا مطلقا- إلى قوله- متى شاء».

يمكن عود الاستثناء إلى كلّ من الجملتين، أعنى المتضمنه للمده المجهوله و المتضمنه للإطلاق، لا اشتراكهما في الحكم و هو المنع. أمّا في المطلق فلاقتضائه

ص: ٨٤

١- ١) التوبه: ٥.

٢- ٢) الأنفال: ٦١.

٣- ٣) المعتمر ٣١: ١.

٤- ٤) المبسوط ٥٠: ٢- ٥١.

٥- ٥) التوبه: ٥.



فلو هاجرت و تحقق إسلامها، لم تعد. لكن يعاد على زوجها ما سلم إليها من مهر خاصه (١)، إذا كان مباحا. و لو كان محرّما لم يعد و لا قيمته.

## تفريعان

تفريعان

### الأول: إذا قدمت مسلمة فارتدت، لم تردّ

الأول: إذا قدمت مسلمة فارتدت، لم تردّ، لأنها بحكم المسلمة.

### الثاني: لو قدم زوجها، و طالب المهر فماتت بعد المطالبه، دفع إليه مهرها

الثاني: لو قدم زوجها، و طالب المهر فماتت بعد المطالبه، دفع إليه مهرها.

و لو ماتت قبل المطالبه لم يدفع إليه، و فيه تردّد (٢).

و لو قدمت فطلّقها بائنا لم يكن له المطالبه. و لو أسلم في العده التأييد، و هو غير جائز. و أمّا في مجهول المده فلاّنه عقد مشتمل على أجل، فيشترط فيه العلم كغيره، دفعا للضرر. و وجه الجواز مع شرط الخيار ارتفاع الجهاله حينئذ، فإنّ ذلك واقع بمشيئه الجميع.

قوله: «لكن يعاد على زوجها ما سلم إليها من مهر خاصه. إلخ».

احترز ب«خاصه» عن النفقه و غيرها ممّا غرمه عليها، فإنّه لا يعاد عليه. و كذا لا يعاد المهر إلّا إذا طلبه الزوج أو وكيله، من الإمام أو نائبه، فيدفعه إليه من بيت المال، و إن كانت عينه باقيه. و يستفاد من قوله: «ما سلم إليها» أنّه لو لم يكن قد سلم إليها المهر أو بعضه، لم يدفع إليه شيء. و الأمر فيه كذلك، عملا بظاهر الآيه (١). و شرط بعض الأصحاب (٢) مع ذلك كون الطلب في العده، إذ لا زوجيه بعد العده، فلا نفويت حتى يعوّض عنه بالمهر.

قوله: «و لو ماتت قبل المطالبه لم يدفع إليه و فيه تردّد».

منشؤه من أنّ الحيلولة حصلت بالموت، فلا يستحقّ مهرا، و من سبق الإسلام

١-١) الممتحنه: ١٠.

٢-٢) حاشيه المحقق الكركي على الشرائع: ١٩٥ «مخطوط».

الرجعيه، كان أحق بها. أمّا إعادة الرجال، فمن أمن عليه الفتنة بكثرة العشيره، و ما مائل ذلك من أسباب القوه، جاز إعادته، و إلاّ منعوا منه.

و لو شرط في الهدنه إعادة الرجال مطلقا، قيل: يبطل الصلح (١)، لأنّه كما يتناول من يؤمن افتتانه، يتناول من لا يؤمن. و كل من وجب ردّه لا يجب حمله، و إنّما يخلّى بينه و بينهم.

و لا- يتولّى الهدنه على العموم، و لا لأهل البلد و الصقع، و إلاّ الإمام (٢) عليه الموجب للحيلولة، فيجب. و يشكّل بأنّ الاستحقاق مشروط بالمطالبه، لا بمجرد الحيلولة، و لم يتحقّق إلاّ بعد الموت، فلم يؤثّر، إذ لم يمنع حينئذ منها، و إنّما منعه الموت. و الأقوى أنّه لا شيء له.

قوله: «و لو شرط في الهدنه إعادة الرجال مطلقا، قيل: يبطل الصلح. إلخ».

الظاهر من الإطلاق أنّه لم يقتد شرط إعادة الرجال بقيد، بل أطلق الإعادة.

و وجه البطلان تناول الإطلاق من لا يؤمن افتتانه و هو غير جائز، و من إمكان حمل المطلق على ما يصحّ. و الأقوى البطلان. و لو أريد بالإطلاق اشتراط إعادة من يؤمن افتتانه و من لا يؤمن مصرحا بذلك، كان الشرط فاسدا قطعاً، و يتبعه فساد الصلح على الأقوى. و يمكن أن يريد هذا المعنى، و يكون نسبه البطلان إلى القيل، بناء على التردّد في فساد العقد المشتمل على شرط فاسد. و سيأتي في البيع ما يشعر بتوقف المصنّف في ذلك كما هنا.

قوله: «و لا يتولّى الهدنه على العموم و لا لأهل البلد و الصقع، إلاّ الإمام أو من يقوم مقامه».

احترز بالعموم عن هدنه غيرهما لآحاد المشركين و أهل القريه الصغيره، فإنّه جائز كما مرّ (١)، لأنّ جواز أمانهم يتضمّن المهادنه على ترك الحرب. و الصقع-بضم الصاد-الناحيه.

ص: ٨٤

(١-١) راجع ص ٢٩.

أو من يقوم مقامه.

## و من لواحق هذا الطرف

### إشارة

و من لواحق هذا الطرف مسائل:

### الأولى: كلّ ذمّي انتقل عن دينه إلى دين لا يقتر أهله عليه

الأولى: كلّ ذمّي انتقل عن دينه إلى دين لا يقتر أهله عليه، لا يقبل منه، إلاّ الإسلام أو القتل. أمّا لو انتقل إلى دين يقتر أهله، كاليهودى ينقل إلى النصرانية أو المجوسية، قيل: يقبل، لأنّ الكفر مله واحده، و قيل: لا، لقوله تعالى وَ مَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ (١)، و إن عاد إلى دينه، قيل: يقبل، و قيل: لا، و هو الأشبه (٢).

و لو أصرّ فقتل، هل يملك أطفاله؟ قيل: لا، استصحابا لحالتهم الاولى. (٣) قوله: «أمّا لو انتقل إلى دين يقتر أهله، قيل: يقبل لأنّ الكفر مله واحده، و قيل: لا للآية».

عدم القبول أقوى لعموم الآية (١). و لا يلزم من كون الكفر مله واحده إقراره مع معارضة الآية. و الحقّ أنّه كالملة الواحده لا نفس الملة، للقطع بأنّها ملل متعدده متباينه.

قوله: «و إن عاد إلى دينه قيل: يقبل، و قيل: لا، و هو الأشبه».

عدم القبول أقوى لعموم الآية أيضا. و لا يلزم من جواز استدامته جواز ابتدائه، لمعارضه الآية للثانى دون الأوّل، و لأنّ الاستدامه أقوى من الابتداء، فلا يلزم من تأثير القوى فى الإقرار تأثير الضعيف فيه.

قوله: «و لو أصرّ فقتل، هل يملك أطفاله؟ قيل: لا، استصحابا لحالهم الاولى».

عدم تملكهم أقوى، لأنّه لم يقع منهم ما يوجب ذلك. و وجه التملك تبعيتهم له فى الأحكام. و العموم ممنوع.

ص: ٨٧

## الثانية: إذا فعل أهل الذمّة ما هو سائغ في شرعهم، وليس بسائغ في الإسلام

الثانية: إذا فعل أهل الذمّة ما هو سائغ في شرعهم، وليس بسائغ في الإسلام، لم يتعرّضوا. وإن تجاهروا به، عمل بهم ما تقتضيه الجنايه، بموجب شرع الإسلام. وإن فعلوا ما ليس بسائغ في شرعهم، كالزنى و اللواط، فالحكم فيه كما في المسلم.

و إن شاء الحاكم دفعه إلى أهل نحلته، ليقيموا الحدّ فيه بمقتضى شرعهم. (١)

## الثالثة: إذا اشترى الكافر مصحفا لم يصحّ البيع

الثالثة: إذا اشترى الكافر مصحفا لم يصحّ البيع، وقيل: يصح و يرفع يده، والأول أنسب بإعظام الكتاب العزيز. (٢) و مثل ذلك كتب قوله: «و إن شاء الحاكم دفعه إلى أهل نحلته ليقيموا الحدّ فيه بمقتضى شرعهم».

هذا إذا كان له -مع تحريمه عندهم- عقوبه، إذ لا يلزم من تحريمه ذلك.

و حينئذ فيجوز دفعه إليهم، سواء وافقونا في العقوبه كما و كيفا، أم لا.

و إن لم يكن له عندهم عقوبه، تعيّن حدّه لئلا يعطل. و هذا التقييد هو الظاهر من عبارته المصنّف في تعليقه.

قوله: «إذا اشترى الكافر مصحفا- إلى قوله- والأول أنسب بإعظام الكتاب العزيز».

إنّما قال: إنّه «أنسب» لعدم وقوفه على دليل صريح في بطلان العقد، و غايه ما فيه التحريم، و هو لا- يقتضى الفساد مطلقا في العقود، فيصحّ البيع و يجبر على بيعه لمسلم، لكن مناسبة التعظيم لكتاب الله تعالى تقتضيه. و ألحق الشيخ (١) به كتب

ص: ٨٨

أحاديث النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وَقِيلَ: يَجُوزُ عَلَى كِرَاهِيهِ، وَهُوَ الْأَشْبَهُ.

### الرابعة: لو أوصى الذمى ببناء كنيسة أو بيعه

الرابعة: لو أوصى الذمى ببناء كنيسة أو بيعه، لم يجز لأنها معصية (١).

و كذا لو أوصى بصرف شيء في كتابه التوراه و الإنجيل، لأنها محرّفة.

و لو أوصى للراهب و القسيس جاز، كما تجوز الصدقه عليهم (٢).

الأحاديث النبويه، و لا ريب أنه أحوط و أولى.

قوله: «لو أوصى الذمى ببناء كنيسة أو بيعه، لم يجز لأنها معصية.

إلخ».

المعروف من البيعه و الكنيسه كونهما بيتا لعبادتهم، فمن ثمّ لم تجز الوصيه، لأنّ صلاتهم معصيه. أمّا لو جعلها للمارّه منهم، أو ممّا يعمّ المسلمين جاز، لأنّ مجرد نزولهم ليس بمعصيه، إلاّ أنّ في ذلك خروجاً عن مفهوم الكنيسه و البيعه. و لو شرك في وصيته بين النزول و الصلاه، ففي بطلان الوصيه في الصلاه خاصه، فيبني بنصف الثلث لنزول الماره، أو يصح من الثلث و يمنعون من الصلاه فيها، وجهان.

و اعلم أنّ الشهيد (١) (رحمه الله) قيّد المنع بكون وصيته في موضع لا- يجوز لهم استحداثها فيه، فلو كان في أرضهم صحّت الوصيه. و الظاهر أنّ هذا التقييد ليس بشيء، بل الكلام إنّما هو مع جواز إحداثهم، لأنّ المنع هنا من جهه الوصيه حيث اشتملت على محرم، فليس لنا أن ننفذها لو ترافعوا إلينا، لأنّ المراد من صحتها ترتّب أثرها عليها و تنفيذها. و لو لم يترافعوا إلينا لم نتعرض لهم. و كذا القول في نظائره.

قوله: «و لو أوصى للراهب و القسيس، جاز كما تجوز الصدقه عليهم».

أى تجوز وصيه الذمى لهما، إذ ليست وصيه في محرم، فإنّ الصدقه عليهما و على

ص: ٨٩

## الخامسة: يكره للمسلم أجره رمّ الكنائس و البيع

الخامسة: يكره للمسلم أجره رمّ الكنائس و البيع، من بناء و نجاره و غير ذلك.

غيرهما من أهل الذمّه جائزه، و الوصيه فى معناها. و ضمير «عليهم» يمكن عوده إلى أهل الذمّه و إن لم يتقدّم لهم ذكر، لدلاله المقام و سياق الكلام.

و يمكن عوده إلى القسيس و الراهب مجازاً، أو بناء على أنّ أقل الجمع اثنان، أو إلحاقاً لهما بالمتعدد، بسبب لام الجنس و إن كان ذلك لا يخلو من تكلف، و الأوّل أجود.

ص: ٩٠

الركن الرابع فى قتال أهل البغى (١) يجب قتال من خرج على إمام عادل، إذا ندب إليه الإمام (٢) عموماً أو قوله: «فى قتال أهل البغى».

البغى - لغه (١) - يطلق على مجاوزة الحدّ، و على الظلم، و على الاستعلاء، و على الاستطالة، و على طلب الشىء، يقال: بغى الشىء إذا طلبه. و فى عرف الفقهاء الخروج عن طاعه الإمام على الوجه الآتى. و يمكن اشتقاق الباغى من كلّ واحد من المعانى السابقة، لتجاوزه للحدّ المرسوم له، و لأنه ظالم بذلك، و لاستعلائه، و استطالته على الإمام، و طلبه ذلك.

قوله: «يجب قتال من خرج على إمام عادل إذا ندب إليه الإمام».

إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق فى الخارج بين القليل و الكثير حتى الواحد، كابن ملجم (لعنه الله). و بذلك صرح العلامة فى التذكرة (٢) و المنتهى (٣) و قوّاه. و هو حسن. و اعتبر الشيخ (٤) (رحمه الله) كثرتهم و منعتهم، فلو كانوا نفراً يسيراً كالواحد

ص: ٩١

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

٢ - ٢) التذكرة ١: ٤٥٤.

٣ - ٣) المنتهى ٢: ٩٨٣.

٤ - ٤) المبسوط ٧: ٢٦٤.



خصوصاً أو من نصبه الإمام. و التأخر عنه كبيره.

و إذا قام به من فيه غناء، سقط عن الباقيين (١)، ما لم يستنهضه الإمام على التعيين.

و الفرار فى حربهم، كالفرار فى حرب المشركين، و تجب مصابرتهم حتى يفيثوا أو يقتلوا.

و من كان من أهل البغى لهم فئه يرجع إليها، جاز الإجهاز على جريحهم و اتباع مدبرهم، و قتل أسيرهم.

و من لم يكن له فئه، فالقصد بمحاربتهم تفریق كلمتهم، فلا يتبع لهم مدبر، و لا يجهز على جريحهم، و لا يقتل لهم مأسور.

## مسائل

## إشارة

مسائل:

## الاولى: لا يجوز سبى ذرارى البغاه

الاولى: لا يجوز سبى ذرارى البغاه، و لا تملك نسائهم إجماعاً.

و الاثنى عشره فليسوا أهل بغى، بل قطاع طريق. و يعتبر مع ذلك خروجهم عن قبضه الإمام منفردين عنه فى بلد أو بادية، فلو كانوا معه فليسوا بأهل بغى، و أن يكون لهم تأويل سائغ عندهم، و إلا فهم قطاع طريق حكمهم حكم المحارب.

قوله: «و إذا قام به من فيه غناء سقط عن الباقي».

الغناء - بفتح الغين المعجمه - النفع و الاجزاء. و الكلام فى هذه الأحكام كما تقدم فى حرب المشركين (١).

ص: ٩٢

## الثانية: لا يجوز تملك شيء من أموالهم التي لم يحوها العسكر

الثانية: لا- يجوز تملكك شيء من أموالهم التي لم يحوها العسكر(١)، سواء كانت ممّا ينقل كالثياب و الآلات، أو لا- ينقل كالعقارات، لتحقق الإسلام المقتضى لحقن الدم و المال.

و هل يؤخذ ما حواه العسكر ممّا ينقل و يحول؟(٢) قيل: لا- لما ذكرناه من العله، و قيل: نعم، عملاً بسيره على عليه السلام. و هو الأظهر.

## الثالثة: ما حواه العسكر للمقاتله خاصه

الثالثة: ما حواه العسكر للمقاتله خاصه، يقسم للراجل سهم و للفارس سهمان، و لذى الفرسين أو الأفراس ثلاثة.

قوله: «لا يجوز تملكك شيء من أموالهم التي لم يحوها العسكر».

هذا موضع وفاق، و قد ادّعى الإجماع على ذلك جماعه من الأصحاب (١) حتى الشهيد فى الدروس (٢). و منه يستفاد تحريم أموال سائر فرق الإسلام و إن حكم بكفرهم، لأنّ هذا الوصف ثابت فى البغاه و زياده، مضافاً إلى ما دلّ عليه من الكتاب (٣) و السنّه (٤). و كذا يحرم سبى نساءهم، و تملك ذراريهم على المشهور.

قوله: «و هل يؤخذ ما حواه العسكر ممّا ينقل و يحول؟ إلخ».

القول بالجواز للأكثر، و منهم المصنف و العلامه فى المختلف (٥). و من حججهم سيره على عليه السلام فى أهل الجمل، فإنّه قسّمه بين المقاتلين، ثمّ رده على أربابه (٦). و القول بالمنع للمرتضى (٧) و ابن إدريس (٨). و قوّاه فى الدروس (٩) محتجاً

ص: ٩٣

١- ١) منهم ابن زهره فى الغنيه «الجوامع الفقيهيه»: ٥٢٢، و ابن إدريس فى السرائر ١٦: ٢-١٩، و العلامه فى التحرير ١: ١٥٦ و المنتهى ٢: ٩٨٨.

٢- ٢) الدروس: ١٦٤.

٣- ٣) البقره: ١٨٨.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٧: ٣٠٨ ب «١» من أبواب كتاب الغصب.

٥- ٥) المختلف: ٣٣٧.

٦- ٦) الجمل للشيخ المفيد: ٢١٦-٢١٧. و ليس فيه انه عليه السلام رده عليهم.

٧- ٧) مسائل الناصريات «الجوامع الفقيهيه»: ٢٦١.

٨- ٨) السرائر ١٩: ٢.



خاتمه من منع الزكاه لا مستحلا، فليس بمرتد، ويجوز قتاله حتى يدفعها. و من سب الإمام العادل، وجب قتله (١).

و إذا قاتل الذمى مع أهل البغى، خرق الذمه. و للإمام أن يستعين بأهل الذمه فى قتال أهل البغى. و لو أتلّف الباغى على العادل مالا أو نفسا فى حال الحرب، ضمنه (٢).

و من أتى منهم بما يوجب حدّا، و اعتصم بدار الحرب، فمع الظفر يقام عليه الحد (٣).

عليه بسيره على عليه السلام أيضا فى البصره، فإنّه أمر بردّ أموالهم، فأخذت حتى القدر كفأها صاحبها لَمّا عرفها، و لم يصبر على أربابها (١). و الظاهر من الأخبار (٢) أنّ ذلك بطريق المنّ لا الاستحقاق.

قوله: «و من سب الإمام العادل، وجب قتله».

لأنّه كافر و يجب قتله على كلّ سامع مع الأمن، و قد تقدّم (٣).

قوله: «و لو أتلّف الباغى على العادل مالا أو نفسا فى حال الحرب ضمنه».

المراد بالعادل هنا من كان متابعا (٤) للإمام العادل، و ان كان ذميا (٥).

قوله: «و من أتى منهم ما يوجب حدّا و اعتصم بدار الحرب فمع الظفر يقام عليه الحد».

نبه بذلك على خلاف بعض العامه، حيث ذهب الى عدم وجوب حدّهم

ص: ٩٤

١- ١) المبسوط ٢٦٦: ٧.

٢- ٢) انظر الوسائل ٥٧: ١١ ب «٢٥» من أبواب جهاد العدو.

٣- ٣) فى ص: ٧٤.

٤- ٤) فى «ك» ميايعا.

٥- ٥) فى «ه» كافرا.

بذلك، إلحاقاً لهم بأهل الحرب (1). وهو ممنوع، لأنه متلبس بالإسلام، ومعتقد وجوب العبادات الإسلامية والحدود الشرعية، فيقام عليه كغيره من المسلمين.

ص: ٩٥

---

(١ - ١) نسبه ابن قدامه في المغنى ٩:١٤ الى ابي حنيفه.



## كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

إشاره

ص: ٩٧





## الأول: الكلام فيه

الأول: الكلام فيه المعروف: هو كل فعل حسن، اختصّ بوصف زائد على حسنه، إذا عرف فاعله ذلك، أو دلّ عليه (١).

قوله: «المعروف: هو كل فعل حسن اختصّ بوصف زائد على حسنه إذا عرف فاعله ذلك، أو دلّ عليه».

المراد بالفعل الحسن هنا الجائز بالمعنى الأعم، الشامل للواجب و المندوب و المباح و المكروه. و قد عرّفوه بأنّه ما للقادر عليه المتمكّن من العلم بحاله أن يفعله، أو ما لم يكن على صفه تؤثر في استحقاق الذمّ. و يقابله القبيح.

و خرج بقوله: «اختصّ بوصف زائد على حسنه» المباح، فإنّه لا يختصّ بوصف زائد. و لا بدّ من إخراج المكروه أيضا، لأنّه ليس بمعروف، مع دخوله في تعريفى الحسن، بل قد صرّحوا بدخوله فيه، و أنّه يقابل القبيح خاصه، و المراد به الحرام. و فى خروج المكروه بالوصف الزائد نظر، لأنّه لم يشترط فى الوصف كونه راجحا، و لا شكّ أنّ الوصف المرجوح يطلق عليه اسم الوصف الزائد على الحسن. و كأنّه لمّا أخرج المباح من المعروف اقتضى خروج المكروه بطريق أولى، لكن هذا القدر لا يكفى فى صحّه التعريف.

و قوله: «إذا عرف فاعله ذلك، أو دلّ عليه» قيد للمعروف من حيث يؤمر به، لا - له فى حدّ ذاته، لأنّ العلم به غير شرط فى كونه حسنا و معروفا. و قد يطلق الحسن على ما له مدخل فى استحقاق المدح، فيتناول الواجب و المندوب خاصه.

و كأنّ إرادته هذا المعنى هنا أولى، ليتحقق خروج المكروه. و لا يجوز أن يريد المصنّف

و المنكر: كل فعل قبيح، عرف فاعله قبحه، أو دلّ عليه (١).

و الأمر بالمعروف، و النهى عن المنكر واجبان إجماعاً، و وجوبهما على الكفاية، يسقط بقيام من فيه كفاية، و قيل: بل على الأعيان. و هو الأشبه (٢).

هذا المعنى، و إلا لاستغنى عن زياده القيود فى التعريف.

قوله: «و المنكر كل فعل قبيح عرف فاعله قبحه، أو دلّ عليه».

المراد بالقبيح الحرام كما مرّ. و تعريفه ما ليس للعالم بحاله القادر عليه أن يفعله، أو الذى على صفه يؤثر فى استحقاق الذمّ. و على هذا فالمكروه خارج من القسمين، فلا- يتحقق النهى عنه و لا- الأمر به، و كان ينبغى إدراجه فى النهى، فإنّ النهى عنه مستحب، كالأمر بالمندوب، كما صنع بعض الأصحاب (١). و الظاهر أنّ سبب إهماله عدم دخوله فى اللفظين- أعنى المعروف و المنكر- و اشتهاه استعمال العنوان بهذين اللفظين. و يمكن دخوله فى المندوب باعتبار استحباب تركه، فاذا كان تركه مندوباً تعلق الأمر به. و هذا هو الأولى.

قوله: «و وجوبهما على الكفاية، يسقط بقيام من فيه كفاية، و قيل: بل على الأعيان، و هو أشبه».

ما اختاره المصنّف (رحمه الله) من وجوبه على الأعيان مذهب الشيخ (٢) (رحمه الله) و تبعه عليه جماعه من المتأخرين (٣)، عملاً بعموم الآيات (٤) و الأحاديث (٥).

و أقوى القولين الأوّل، لقوله تعالى:

ص: ١٠٠

١- ١) كما فى الوسيله لابن حمزه: ٢٠٧، و الكافى للحلبى: ٢٦٤.

٢- ٢) النهايه: ٢٩٩.

٣- ٣) منهم ابن حمزه فى الوسيله: ٢٠٧، و العلامه فى التذكره ١: ٤٥٨، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٣: ٤٨٥.

٤- ٤) آل عمران: ١١٠، ١١٤، الأعراف: ١٩٩.

٥- ٥) الوسائل ٣٩٣: ١١ ب «١» من أبواب الأمر و النهى.

و المعروف ينقسم إلى الواجب و الندب. فالأمر بالواجب واجب، و بالمندوب مندوب. و المنكر لا ينقسم، فالنهي عنه كله واجب.

## الثانى: فى شروط النهى عن المنكر

الثانى: فى شروط النهى عن المنكر و لا يجب النهى عن المنكر، ما لم تكمل شروط أربعه (١):

الأول: أن يعلمه منكراً، ليأمن الغلط فى الإنكار.

و لَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ (١)، و لأن الغرض الشرعى وقوع المعروف و ارتفاع المنكر، و لا يظهر تعلق الغرض بمباشر معين. و العمومات غير منافيه لذلك، لأن الواجب الكفائى يخاطب به جميع المكلفين كالواجب العينى، و إنما يسقط بقيام بعضهم به عن الباقين، حتى لو لم يمكن حصوله إلا بقيام الكلّ و جب القيام على الكلّ، فقد اشتركا فى الحكم من هذه الجهة، و فى سقوط الوجوب بعد حصول المطلوب من ترك المنكر و فعل المعروف، لفقد شرط الوجوب الذى هو إصرار العاصى. و إنما تظهر فائده القولين فى وجوب قيام الكلّ به قبل حصول الغرض - و إن قام به من فيه الكفايه - على القول بالوجوب العينى، و سقوط الوجوب عمّن زاد على من فيه الكفايه من القائمين على القول الآخر، بل بظن قيام من فيه الكفايه على ما هو المشهور بينهم، و ان كان هذا القسم موضع النظر.

قوله: «و لا يجب النهى عن المنكر ما لم تكمل شروط أربعه».

لا فرق فى الاشتراط بالأمر الأربعة بين الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فتخصيصه النهى لا يظهر وجهه.

و قد يناقش فى اعتبار الشرط الأول، نظراً إلى أنّ عدم العلم بالمعروف و المنكر لا ينافى تعلق الوجوب بمن لم يعلم، و إنما ينافيه نفس الأمر و النهى، حذراً من الوقوع فى الأمر بالمنكر و النهى عن المعروف. و حينئذ فيجب على من علم بوقوع المنكر أو ترك المعروف، من شخص معيّن فى الجملة، بنحو شهاده عدلين، أن يتعلم ما يصح معه الأمر و النهى، ثمّ يأمر أو ينهى، كما يتعلّق بالمحدث و جوب الصلاة، و يجب عليه تحصيل شروطها. و حينئذ فلا منافاه بين عدم جواز أمر الجاهل و نهيّه حاله جهله،

ص: ١٠١

الثانى: أن يجوز تأثير إنكاره (١)، فلو غلب على ظنه، أو علم أنه لا يؤثر، لم يجب.

الثالث: أن يكون الفاعل له مصراً على الاستمرار (٢). فلو لاح منه أماره الامتناع، أو أقلع عنه، سقط الإنكار.

الرابع: أن لا يكون فى الإنكار مفسده. فلو ظنّ توجه الضرر اليه أو إلى ماله، أو إلى أحد من المسلمين، سقط الوجوب.

و بين وجوبهما عليه، كما يجب الصلاه على المحدث و الكافر، و لا يصحّ منهما على تلك الحاله.

قوله: «و ان يجوز تأثير إنكاره. إلخ».

المراد بالتجوز فى هذا المحل أن لا- يكون التأثير عنده ممتنعاً، بل يكون ممكناً بحسب ما يظهر له من حاله. و هذا يقتضى الوجوب ما لم يعلم عدم التأثير و ان ظنّ عدمه، لأنّ التجوز قائم مع الظن. و هذا هو الذى يقتضيه إطلاق الأوامر، لكنّ المصنّف (رحمه الله) و العلامه (١) أسقطا الوجوب بظنّ العدم، مع فرضهما فى أوّل كلامهما التجوز فى الوجوب. و فى الدروس (٢) جعل شرط الوجوب إمكان التأثير و أطلق، و هو أجود.

نعم يتمشى ذلك فى الشرط الرابع كما ذكره، لأنّ الضرر المسوغ للتحرز منه يكفى فيه ظنه، كما فى نظائره من الموارد الشرعيه، بخلاف الأوّل، لأنّ غايته أن يظهر عدم التأثير، و لا- ضرر فيه. و من ثمّ قيل هنا: إنّ الوجوب عند عدم تجوز التأثير يندفع، دون الجواز، بل الاستحباب، بخلافه مع ظنّ الضرر، فإنّ الجواز يرتفع أيضاً مع الوجوب.

قوله: «و أن يكون الفاعل له مصراً على الاستمرار. إلخ».

لا إشكال فى الوجوب مع الإصرار، و إنّما الكلام فى سقوطه بمجرد ظهور أماره

ص: ١٠٢

١- ١) التذكرة ٤٥٨: ١.

٢- ٢) الدروس: ١٦٤.

و مراتب الإنكار ثلاث: بالقلب، و هو يجب وجوبا مطلقا (١)، و باللسان، و باليد.

و يجب دفع المنكر بالقلب أولاً، كما إذا عرف أنّ فاعله ينزجر بإظهار الكراهة. و كذا إن عرف أنّ ذلك لا- يكفى، و عرف الاكتفاء بضرب من الإعراض و الهجر، و جب و اقتصر عليه.

و لو عرف أنّ ذلك لا يرفعه، انتقل إلى الإنكار باللسان، مرتباً للأيسر من القول فالأيسر.

الامتناع، فإنّ الأماره علامه ضعيفه يشكل معها سقوط الواجب المعلوم. و فى الدروس (١) أنه مع ظهور الأماره يسقط قطعاً. و يلحق بعلم الإصرار اشتباه الحال، فيجب الإنكار و إن لم يتحقق الشرط الذى هو الإصرار. و مثله القول فى الأمر بالمعروف. و ينبغى عند فقد هذا الشرط -مع سقوط الوجوب- ثبوت تحريمه أيضاً.

و كذا القول فى الشرط الرابع.

قوله: «و مراتب الإنكار ثلاث: بالقلب، و هو يجب وجوبا مطلقاً».

اعلم أنّ الإنكار القلبى يطلق فى كلامهم على معنيين:

أحدهما: إيجاد كراهة المنكر فى القلب، بأن يعتقد وجوب المتروك، و تحريم المفعول، مع كراهته للواقع.

و الثانى: الإعراض عن فاعل المنكر، و إظهار الكراهة له بسبب ارتكابه.

و المعنى الأوّل يجب على كلّ مكلف، لأنّه من مقتضى الإيمان و احكامه، سواء كان هناك منكر واقع أم لا، و سواء جوّز به التأثير أم لا- إلا- أنّ هذا المعنى لا- يكاد يدخل فى معنى الأمر بالمعروف و لا النهى عن المنكر، لاقتضائهما طلب الفعل أو الترك، و لا طلب فى هذا المعنى، فلا- يعدّ معتقده آمراً و لا- ناهياً، بخلاف المعنى الثانى، فإنّ الإنكار و الطلب يتحققان فى ضمنه. و وجوبه مشروط بالشرائط

ص: ١٠٣

و لو لم يرتفع إلا باليد، مثل الضرب و ما شابهه، جاز (١).

المذكوره، لأنه يظهر على فاعله حتما، و يجرى فيه خوف ضرر و عدمه، و تجويز التأثير و عدمه. و من هذا يعلم أنّ المعنى الأول لا يدخل فى إطلاق قوله: «و لا يجب النهى ما لم تكمل شروط أربعه».

إذا تقرّر ذلك، فقول المصنف: «و مراتب الإنكار ثلاث: بالقلب، و هو يجب و جوبا مطلقا» إن أراد به المعنى الأول - كما هو الظاهر من الإطلاق - أشكل دخوله فى مراتب الإنكار و النهى، و بأنّ هذا القسم لا يشترط بالشروط المذكوره، مع دخوله فى مطلق النهى أولا - و آخرأ - إلا - أن يقال: قيد الإطلاق هنا فى قوه الاستثناء ممّا تقدّم. و إن أراد به المعنى الثانى كما يشعر به قوله: «و يجب دفع المنكر بالقلب أولا كما إذا عرف الخ» لم يكن للتقييد بالإطلاق فائده، لأنّ إظهار الكراهه الذى جعله معنى الإنكار القلبى ثانيا مشروط بتجويز التأثير و انتفاء المفسده، كغيره من باقى المراتب بغير اشكال. فاللازم حينئذ إمّا ترك الإطلاق، أو ترك التشبيه بقوله:

«كما إذا عرف أنّ فاعله ينزجر الخ».

و يمكن أن يكون (رحمه الله) قد حاول ذكر المعنيين معا، فأشار إلى الأول بالإطلاق، و الى الثانى بالتمثيل المذكور، إلا أنّ نظم العبارة بذلك غير جيّد. و كذلك عبارته العلامه فى سائر كتبه (١)، بل فيها ما هو أزيد تهافتا، فإنه يصرّح بجعل الواجب القلبى المطلق هو إظهار الإعراض. و كأنّ الأولى فى ذلك كلّ ترك قيد الإطلاق، و إرادته المعنى الثانى، لأنه هو الذى يدخل فى حقيقه الطلب، و يمكن عدّه فى الأمر و النهى.

قوله: «و لو لم يرتفع إلا باليد مثل الضرب و ما شابهه، جاز».

و يجب فيه الاقتصار على الأسهل فالأسهل، كما فى اللسان، فلا يبرح بالضرب مع حصول الغرض بدونه. و جعل الضرب مثلا تنبيها على أنّ عمل اليد لا ينحصر

ص: ١٠٤

و لو افتقر إلى الجراح أو القتل، هل يجب؟ قيل: نعم (١)، وقيل: لا، إلا بإذن الإمام، وهو الأظهر.

## الرابع: في المقيم للحد

الرابع: في المقيم للحد و لا يجوز لأحد إقامة الحدود، إلا للإمام مع وجوده، أو من نصبه لإقامتها.

و مع عدمه، يجوز للمولى إقامة الحدّ على مملوكه (٢).

فيه، بل يمكن تأديته بنحو فك الأذن و غمز البدن. و المراد بالجواز في قوله: «جاء» معناه الأعمّ، لأنّ الانتقال إلى ذلك حين لا ينفع اللسان واجب.

قوله: «و لو افتقر الى الجرح أو القتل، هل يجب؟ قيل: نعم.

إلخ».

القول الأول للسيد المرتضى (١) (رحمه الله)، و تبعه عليه العلامه في المختلف (٢) و المنتهى (٣)، و التحرير (٤)، لعموم الأوامر (٥) و إطلاقها، و لأنّ القتل و الجرح غير مطلوبين بالذات. و هو حسن بالنسبة إلى الجرح، أمّا القتل فغير واضح، لأنّ الأدلّه لا تتناولها، لفوات معنى الأمر و النهي معه، إذ الغرض من هذه المراتب ارتكاب المأمور أو المنهى لما طلب منه. و شرطه تجويز التأثير، و هو لا يتحقق مع القتل، و كونه مؤثرا في غير المأمور و المنهى غير كاف، لأنّ المعتبر بالذات هو، و الشرط معتبر فيه خاصة. و القول الثاني أشهر، لكنّ دليله في غير القتل غير واضح. و على القول بالمنع يجوز ذلك للفقهاء الجامع لشرائط الفتوى إن سوّغنا له إقامة الحدود حاله الغيبه.

قوله: «و مع عدمه يجوز للمولى إقامة الحدّ على مملوكه».

جواز إقامة السيد الحدّ على مملوكه هو المشهور بين الأصحاب، لم يخالف فيه

ص: ١٠٥

١- ١) نقله عنه الشيخ في الاقتصاد: ١٥٠.

٢- ٢) المختلف: ٣٣٩.

٣- ٣) المنتهى ٩٩٣: ٢.

٤- ٤) التحرير ١٥٧: ١.

٥- ٥) انظر الوسائل ٤٠٣: ١١ ب (٣) من أبواب الأمر و النهي.

و هل يقيم الرجل الحدّ على ولده و زوجته؟ فيه تردّد (١).

و لو ولى وال من قبل الجائر (٢)، و كان قادرا على إقامة الحدود، هل له إقامتها؟ قيل: نعم، بعد أن يعتقد أنه يفعل ذلك بإذن الإمام الحق، إلا الشاذ [١]. و شرطه العلم بمقادير الحدود، لئلا يتجاوز حدّه، و مشاهدته الموجب، أو إقرار المملوك الكامل به. أمّا ثبوته بالبينة فيتوقف على الحاكم الشرعى. و إطلاق المولى يشمل الذكر و الأنثى. و عبّر الشيخ (١) (رحمه الله) بالإنسان الشامل لهما أيضا.

و كذلك يشمل الحرّ و العبد. و تردّد فى الدروس (٢) فى إقامة المرأة على رقيقها، و المكاتب على رقيقه، و الفاسق مطلقا. و أراد المصنّف بعدم الإمام عليه السلام عدم ظهوره و بسط يده، و هو حال الغيبة، و إن كانت العبارة غير جيّده.

قوله: «و هل يقيم الرجل الحدّ على ولده و زوجته؟ فيه تردّد».

منشأ التردّد من دعوى الشيخ (رحمه الله) و ورود الرخصة فى ذلك (٣)، و من أصله المنع، و عدم ظهور موجب الترخّص. و قد ظهر بذلك أنّ المنع أقوى. و يظهر من المختلف (٤) أنّ موضع النزاع ما لو كان الأب و الزوج بل المولى فقيها، و حينئذ فيتجه الجواز، لما سيأتى (٥) من جواز إقامة الفقيه الحدود فى حال الغيبة. و لا فرق فى الزوجه بين الدائم و المنقطع و لا فى الزوجين بين الحرّين و العبدین و المفترقين، فيجتمع على الأمه و لايه الزوج و السيد. و لا فرق فى الحدّ بين ما يوجب الجلد، أو الرجم، أو القتل. و لا يشترط الدخول.

قوله: «و لو ولى وال من قبل الجائر. إلخ».

ظاهر كلام الأصحاب و صريح بعضهم أنّ هذا المتولّى غير فقيه شرعى، و إنّما

ص: ١٠٦

١- ٢) النهاية: ٣٠١.

٢- ٣) الدروس: ١٦٥.

٣- ٤) النهاية: ٣٠١.

٤- ٥) المختلف: ٣٣٩.

٥- ٦) فى ص: ١٠٧.



وقيل: لا، وهو أحوط.

و لو اضطره السلطان إلى إقامة الحدود، جاز حينئذ إجابته، ما لم يكن قتلا ظلما، فإنه لا تقيته في الدماء (١).

وقيل: يجوز للفقهاء العارفين إقامة الحدود (٢)، في حال غيبه الإمام، كما لهم الحكم بين الناس، مع الأمن من ضرر سلطان الوقت.

و يجب على الناس مساعدتهم على ذلك.

جاز له إقامة الحدود على أهلها تقيته للجائر، كما يجوز تقيته في غير الحدود كالفتوى و العبادة. و أوجبوا عليه أن ينوى النيايه عن الإمام الحق لا- الجائر. و يقرب ذلك إن بلغ الأمر حدّ الإيجاب، أو كان فقيها، و إلا فالمنع أقرب. و لا يتحقق قصد النيايه عن الإمام عليه السلام مع عدم اتصاف النائب بصفات الفتوى، فيكون القصد غير مؤثر في التجويز. و لو أريد به الفقيه لم يكن لإفراده عن تولّى الفقهاء في حال الغيبه إقامة الحدود- كما سيأتى ان شاء الله تعالى- وجه. إلا أن يقال: إنّه باعتبار صورته النيايه عن الجائر يتوهم المنع، و ان جاز هناك. و هو ضعيف.

قوله: «ما لم يكن قتلا ظلما، فإنه لا تقيته في الدماء».

ألحق به الشيخ (١) (رحمه الله) الجرح و هو مناسب لتعليل المصنّف، فإنّ التقيته المنفيّه في الدماء نكره في سياق النفي فيعمّ. و في بعض العبارات لا تقيته في قتل النفوس، فيخرج الجرح الذي لا يفضى اليه. و لا يحضرنى مستند أرّتب عليه الحكم.

قوله: «وقيل: يجوز للفقهاء العارفين إقامة الحدود. إلخ».

هذا القول مذهب الشيخين (٢) (رحمهما الله) و جماعه من الأصحاب (٣). و به

ص: ١٠٧

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

٢- ٢) راجع المقنعه: ٨١٠ و النهايه ٣٠١.

٣- ٣) راجع المراسم: ٢٦١ و الكافي للحلي: ٤٢٣ و قواعد العلامه: ١١٩ و التنقيح الرائع ١: ٥٩٦ و جامع المقاصد ٣: ٤٩٠.

و لا- يجوز أن يتعرض لإقامه الحدود، و لا للحكم بين الناس، إلا عارف بالأحكام (١)، مطلع على مآخذها، عارف بكيفية إيقاعها على الوجوه الشرعيه.

روايه (١) عن الصادق عليه السلام في طريقها ضعف. و لكن روايه عمر بن حنظله مؤيده لذلك (٢)، فإن إقامة الحدود ضرب من الحكم، و فيه مصلحه كليه و لطف في ترك المحارم، و حسم لانتشار المفاسد. و هو قوى. و لا- يخفى أن ذلك مع الأمن من الضرر عليه و على غيره من المؤمنين.

قوله: «و لا للحكم بين الناس إلا عارف بالأحكام. إلخ».

المراد بالعارف المذكور الفقيه المجتهد، و هو العالم بالأحكام الشرعيه بالأدله التفصيليه. و جمله شرائطه مفصله في مظانها. و هذا الحكم- و هو عدم جواز الحكم لغير المذكور- موضع وفاق بين أصحابنا. و قد صرحوا فيه بكونه إجماعيا. و في حكمه الإفتاء. و الفرق بينهما أن الحكم إنشاء قول في حكم شرعي يتعلّق بواقعه شخصيه، كالحكم على زيد بثبوت دين لعمر و في ذمته. و الفتوى حكم شرعي على وجه كليّ، كالحكم بأن قول ذي اليد مقدّم على الخارج مع اليمين، أو إخبار عن حكم معيّن بحيث يمكن جعله كليًا، كقوله: «صلاه زيد باطله، لأنّه تكلم فيها عمدا» فإنه و إن كان حكما جزئيا، لكن يمكن جعله كليًا، بحيث يكون هذا الجزئي من جمله أفرادها، كقوله: «كلّ من تكلم في صلاته عمدا بطلت صلاته» بخلاف الحكم.

و إنّما يمتنع الفتوى لغير المتّصف إذا أسندها إلى نفسه، أو يطلق بحيث لا يتميّز. أمّا إذا حكاها عن مجتهد، يجوز العمل بفتواه فإنّ ذلك جائز، و يجوز التمسك

ص: ١٠٨

١ - ١) لعل المراد بها روايه أبي خديجه المرويه في التهذيب ٦: ٣٠٣ ح ٨٤٦، و الوسائل ١٨: ١٠٠ ب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ٦.

٢ - ٢) الكافي ٧: ٤١٢ ح ٥، الفقيه ٥: ٣ ح ١٨، التهذيب ٦: ٣٠١ ح ٨٤٥، الوسائل ١٨: ٩٨ ب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ١.

و مع اتّصاف المتعرّض للحكم بذلك، يجوز الترافع اليه (١)، و يجب على الخصم اجابه خصمه، إذا دعاه للتحاكم عنده.

بقوله مع عدالته، إلا أنّ مثل هذه الحكاياه لا تعدّ فتوى، بل حكاياه لها أو روايه، و لو أطلق عليه الفتوى كان مجازا.

و قد صرّح الأصحاب فى هذا الباب من كتبهم المختصره و المطوله و فى غيره، باشتراط حياه المجتهد فى جواز العمل بقوله، و أنّ الميت لا- يجوز العمل بقوله. و لم يتحقّق إلى الآن فى ذلك خلاف ممّن يعتدّ بقوله من أصحابنا، و ان كان للعلامه فى ذلك خلاف مشهور. و تحقيق المسأله فى موضع آخر.

قوله: «و مع اتّصاف المتعرض للحكم بذلك يجوز الترافع إليه.

إلخ».

المشار إليه ب«ذلك» هو كونه عارفا بالأحكام، مّطلعا على مئاخذها على الوجه المعتبر. و الأصل فى ذلك ما رواه عمر بن حنظله، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا يكون بينهما منازعه فتحاكما إلى السلطان و الى القضاء أ يحلّ ذلك؟ فقال: «من تحاكم الى الطاغوت فحكم له فإنما يأخذ سحتا، و إن كان حقّه ثابتا، لأنّه أخذه بحكم الطاغوت، و قد أمر الله تعالى أن يكفر بها». قلت: كيف يصنعان؟ قال: «انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا، و نظر فى حلالنا و حرامنا، و عرف أحكامنا، فليرضوا به حاكما، فإنّى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما بحكم الله استخفّ و علينا ردّ، و الراذ علينا راذ على الله، و هو على حدّ الشرك بالله عزّ و جلّ» (١) و نحوه أخبار آخر.

و قد استنبط الأصحاب الشرائط المعتبره فى الاجتهاد من هذا الحديث، بل من قوله: «و عرف أحكامنا» فإن معرفتها يتوقف على ما ذكر. و دلّ أيضا على أنّ كلّ من كان متصفا بذلك فهو منصوب من قبله عليه السلام على وجه كلى، و من هذا شأنه

ص: ١٠٩

١- ١) مرّ ذكر مصادره فى الصفحه المقابله هامش (٢).

و لو امتنع و آثر المضى إلى قضاء الجور، كان مرتكبا للمنكر (١).

لا ينزل بموت الإمام الناصب له، و إن كان فى موت المنصوب على الخصوص خلاف.

إذا تقرّر ذلك فيجب على من عرف الأحكام على الوجه المذكور الحكم و الإفتاء كفايه، كما يجب عليه تحصيل تلك المرتبه كذلك على المشهور. و قيل: إنّ وجوب تحصيلها عينى. و هو ضعيف، و لكن قد يصير الواجب الكفائى عينيا، كما إذا لم يكن ثمّ قائم به، فإنّه يجب على الجميع النهوض إليه إلى أن يوجد من فيه الكفايه. و لا يكفى ظن وصول الناهض الى المطلوب، فإنّ على كلّ خير مانعا. و إنّما يجب عليه الإفتاء و الحكم إذا لم يخف على نفسه أو على أحد المؤمنين، و إلاّ لم يجز التعرض إليه بحال.

قوله: «و لو امتنع و آثر المضى إلى قضاء الجور كان مرتكبا للمنكر».

الضمير المستتر يعود على الخصم الذى دعاه خصمه إلى قاضى الحق، فإنّه حينئذ باختياره المضى إلى قاضى الجور يكون مرتكبا للمنكر فاسقا، لأنّ ذلك كبيره عندنا. و كذا القول فى المدعى إذا قدم غريمه ابتداء إليهم، مع إمكان تحصيل حقه بدونه. و قد روى الشيخ فى الصحيح، عن عبد الله بن سنان، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «أئما مؤمن مؤمنا فى خصومه إلى قاض أو سلطان جائر، ففضى عليه بغير حكم الله، فقد شركه فى الإثم» (١).

و عن أبى بصير قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام قول الله عزّ و جلّ وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَذُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ (٢) فقال: «يا أبا بصير إنّ الله عزّ و جلّ قد علم أنّ فى الأئمه حكاما يجورون، أما إنّ لم يعن حكام العدل، و لكنّه عنى حكام الجور، يا با محمد إنّ لو كان لك على رجل حق، فدعوته إلى حاكم أهل

ص: ١١٠

١- ١) الكافى ٧: ٤١١ ح ١، الفقيه ٣: ٣ ح ٤، التهذيب ٦: ٢١٨ ح ٥١٥، الوسائل ٢: ١٨ ب «١» من أبواب صفات القاضى ح ١.

٢- ٢) البقره: ١٨٨.

و لو نصب الجائر قاضيا مكرها له، جاز الدخول معه دفعا لضرره، لكن عليه اعتماد الحق و العمل به ما استطاع(١).

و ان اضطرَّ إلى العمل بمذاهب أهل الخلاف جاز(٢)، إذا لم يمكن التخلُّص من ذلك، ما لم يكن قتلا لغير مستحق، و عليه تتبع الحق ما أمكن.

العدل، فأبى عليك إلا أن يرافعك الى حكام أهل الجور ليقضوا عليك، كان ممن حاكم إلى الطاغوت، و هو قول الله عزَّ و جلَّ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَ مَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ (١). و الأخبار في ذلك كثيرة. إذا تقرر ذلك فيجب -كفايه- السعى على رفع ذلك، و إن كان الحكم بالمتخاصمين أكد.

قوله: «و لو نصب الجائر قاضيا مكرها له جاز الدخول معه دفعا لضرره لكن عليه اعتماد الحق، و العمل به ما استطاع».

إنما يتوقف الجواز على الإكراه مع عدم اتصاف الحاكم بشرائط الفتوى، و تمكُّنه من إجراء الأحكام على وجهها الشرعى، و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و إلا - جاز قبول الولاية بل قد يجب. و بدون ذلك لا يجوز إلا مع الإكراه. و يتحقَّق بالخوف من المخالفة على نفسه أو ماله، أو عرضه. و يختلف ذلك بحسب اختلاف أحوال الناس في احتمال الإهانة و عدمها.

قوله: «و ان اضطرَّ الى العمل بمذاهب أهل الخلاف جاز.

إلخ».

لا فرق في ذلك بين الفقيه الشرعى و غيره. و يجب عليه حينئذ التعلُّق من

ص: ١١١

---

١-١) الكافي ٧: ٤١١ ح ٣، تفسير العياشى ١: ٨٥ ح ٢٠٥، التهذيب ٦: ٢١٩ ح ٥١٧، الوسائل ١٨: ٣ ب(١) من أبواب صفات القاضى ح ٣، و الآيه فى سورة النساء: ٦٠.

مذاهب أهل الخلاف بالأقرب إلى الحقّ فالأقرب إذا أمكنه. وقد روى عن زين العابدين علي بن الحسين عليهما السلام: «إذا كنتم في أئمة جور، فامضوا في أحكامهم، ولا تشهروا أنفسكم فتقتلوا» (١) ولو حكم بمذهب أهل الخلاف مع إمكان إنفاذه بالحقّ كان آثما ضامنا. وقد تقدّم الكلام في استثناء القتل و الجرح من الإكراه، وأنّه لا تقيّه فيه. والله الموفّق.

تمّ القسم الأول من كتاب شرائع الإسلام، وهو قسم العبادات. و به تمّ الجزء الأول من هذا التعليق على يد مصنّفه العبد الفقير إلى عفو الله تعالى و رحمته، و شفاعة نبيّه، و أئمة زين الدين بن علي بن أحمد الشامي العاملى أحسن الله تعالى معاملته، و شرف خاتمته. و فرغ منه يوم الأربعاء لثلاثه مضت من شهر رمضان سنه إحدى و خمسين و تسعمائه من الهجره الطاهره النبويه صلوات الله تعالى على من شرفت به. و نسال من الجواد الكريم بحقه عليه، و بحق ما يراه عليه حقّا أن يصلّى عليه و على آله الطاهرين، و أن يوفّق لإكمالها، و يجعله خالصا لوجهه، موجبا لرضاه و إقباله، نافعا كأصله للمستفيدين، و ذخرا ناجحا يوم الدين.

و الحمد لله ربّ العالمين و صلواته على سيّد رسله محمد و آله أجمعين.

ص: ١١٢

---

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

القسم الثاني في العقود، وفيه خمسة عشر كتابا بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة على سيدنا محمد و آله الطاهرين القسم الثاني في العقود و فيه خمسة عشر كتابا.





كتاب التجاره

اشاره

ص: ١١٥

قوله: «كتاب التجاره».

قد سبق فى كلام المصنّف فى زكاه التجاره-كغيره-ما يدلّ على أنّ المراد بالتجاره عقد المعاوضه بقصد الاكتساب عند التملك فاعتبروا فيها قصد الاكتساب.

فإن أرادوا منها هنا هذا المعنى، ففى كثير من أفرادها المذكوره فى هذا الكتاب استطراد، فإنّ هذه الأقسام المعدوده لها أعمّ من كونها بقصد الاكتساب والقوت، والادّخار. وإن أرادوا بها هنا ما هو أعمّ ممّا سبق لتطابق جميع الأفراد المذكوره، كانت التجاره فى اصطلاحهم من الألفاظ المشتركه، وهو خلاف الظاهر، بل المعروف كون التجاره مأخوذاً فى مفهومها إرادته الاسترباح والتكسب كما سبق، فالاستطراد فيما خرج عن ذلك أولى.

و بقى فى العبارة أمر آخر، وهو أنّ المصنّف (رحمه الله) قد جعلها فى صدر الكتاب شامله للبيع والصلح والإجاره وغيرها من عقود المعاوضات، كما يعلم ذلك من تضاعيف الأقسام، ثمّ عقدها بعد ذلك للبيع خاصّه إلى آخر الكتاب. ولا يخفى ما فيه من التجوّز، وكان الأنسب- كما فعل الشيخ الشهيد (1) (رحمه الله) فى الدروس - أن يعنون الفصل الأول من الكتاب بكتاب المكاسب، فإنّ الأقسام المذكوره كلّها أفراد المكاسب أعمّ من البيع وغيره، ثمّ يذكر بعد ذلك كتاب البيع الذى هو بعض ما يحصل به على بعض الوجوه، وهو ما لو قصد به التكسب، فلو قصد به القنيه أو القوت لم يكن داخلاً فى المكاسب بالمعنى المتقدّم. و حينئذّ فيبين البيع والمكاسب عموم

ص: ١١٦

---

١ - ١) الدروس: ٣٢٥. و فى «ن» و «و» و «ه» كما فعل الشيخ و الشهيد. و رجحنا حذف الواو كما فى «ك» و «م» لبعض القرائن فى العبارة. و الشيخ فى النهايه: ٣٥٦ ذكر المكاسب أولاً ثمّ عقبه بكتاب المتاجر.



إشارة

الفصل الأول فيما يكتسب به و هو ينقسم الى محرّم، و مكروه، و مباح (١)

فالمحرّم منه أنواع

إشارة

فالمحرّم منه أنواع:

الأول: الأعيان النجسه

الأول: الأعيان النجسه.

و خصوص من وجه، يجتمعان في بيع الأعيان للتكسب بها، و ينفرد البيع بقصد القنيه و نحوها، و تنفرد المكاسب بتحصيلها بالمنافع و الصلح و نحوه.

قوله: «فيما يكتسب به، و ينقسم الى محرّم و مكروه و مباح».

قد جعل المصنّف الأقسام ثلاثه كما ترى، و ذكر جماعه (١) انقسامها إلى الأحكام الخمسه بإضافه الوجوب و الندب، و عدّوا من الواجب ما يضطر اليه لمؤنته و مثونه عياله، و من المندوب ما يقصد به التوسع عليهم حيث تندفع الحاجه بغيره. و كلّ من التقسيمين حسن، و إن كان ما هنا أحسن، إذ لا خلل في الثلاثه، و لا تداخل في الخمسه، فإنّ مورد القسمه في الثلاثه ما يكتسب به، و هو العين و المنفعه، و ظاهر أنّ الوجوب و الندب لا يرد عليهما من حيث أنّهما عين خاصه و منفعه، بل بسبب أمر عارض و هو فعل المكلف. و مورد الخمسه الاكتساب الذي هو فعل المكلف، و من شأنه أن يقبل القسمه إلى الخمسه فيما يمكن فيه تساوى الطرفين باعتبار العوارض اللاحقه له.

و اعلم أنّ غرض الفقيه بالذات من بحث العقود حكمها من حيث تصحّح و تفسد، و أمّا من حيث تجب أو تندب ليرتّب عليها الثواب فهو من وظائف العباده،

ص: ١١٨

كالخمر، و الأنبذه (١)، و الفقاع و كلّ مائع نجس، عدا الأدهان لفائده الاستصباح بها تحت السماء (٢).

أو من حيث تحرم فيترتب عليها العقاب، فهو بالعبادة أشبه من حيث وجوب تركها، لكن لا محذور في ذكر ذلك هنا استطرادا باعتبار اختلاف جهه المكاسب، فإنها قد تكون عباده من جهه، و معامله من أخرى، و كذا باقى العقود كالصلح و الإجاره، و مثله النكاح.

قوله: «و الأنبذه».

جمع نبيذ، و هو الشراب المخصوص المسكر المعمول من التمر، و جمعه باعتبار تعدد أفراده، أو غلب على باقى المسكرات المعموله من الأرز و الذره و غيرهما اسم النبيذ، و إن اختصت باسم آخر. و ضابط المحرم هنا كلّ مسكر مائع بالأصالة. و فى حكمه الجامدات كالحشيشه إن لم يفرض لها نفع آخر، و قصد بيعها المنفعه المحلله.

قوله: «و كلّ مائع نجس عدا الأدهان لفائده الاستصباح بها تحت السماء».

بناء على أنّ المائعات النجسه لا تقبل التطهير بالماء، فإنّه أصحّ القولين. و لو قلنا بقبولها الطهاره جاز بيعها مع الإعلام بحالها. و لا فرق فى عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها الطهاره بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه و عدمه، و لا بين الإعلام بحالها و عدمه، على ما نصّ عليه الأصحاب و غيرهم.

و أمّا الأدهان النجسه بنجاسه عارضه، كالزيت تقع فيه الفأره، فيجوز بيعها لفائده الاستصباح بها، و إنّما أخرج هذا الفرد بالنصّ (١)، و إلا فكان ينبغى مساواتها لغيرها من المائعات النجسه التى يمكن الانتفاع بها فى بعض الوجوه.

و قد ألحق بعض الأصحاب (٢) ببيعها للاستصباح بها بيعها لتعمل صابونا، أو ليدهن بها الأجر و نحو ذلك. و يشكل بأنّه خروج عن مورد النصّ المخالف

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل ١٢:٦٦ ب «٦» من أبواب ما يكتسب به.

٢- (٢) حاشيه المحقق الكركى على الشرائع: ٣٢٨ «مخطوط». راجع أيضا جامع المقاصد ١٣:٤.

للأصل، فإن جاز لتحقق المنفعة فينبغي مثله في المائعات النجسه التي ينتفع بها، كالدبس يطعم للنحل و نحوه.

و المشهور بين الأصحاب تقييد جواز الاستصباح بها بكونه تحت السماء، بل ادعى عليه ابن إدريس الإجماع (١). و في الحكم بالتخصيص نظر. و في دعوى الإجماع منع. و الأخبار (٢) الصحيحة مطلقه. و المقيد لها بحيث يجب الجمع بينهما غير معلوم. فالقول بالجواز مطلقا متجه. و اليه ذهب الشيخ في المبسوط (٣)، و العلامة في المختلف (٤). و موضع الخلاف ما إذا كان الدهن متنجسا بالعرض، فلو كان نفسه نجاسه كآليات الميتة، و المبانه من الحي لم يصح الانتفاع به مطلقا، لإطلاق النهي (٥) عن استعمال الميتة. و نقل الشهيد (٦) (رحمه الله) عن العلامة جواز الاستصباح به تحت السماء كغيره. و هو ضعيف.

و اعلم أنه على القول باختصاص جواز الاستصباح بالدهن النجس بتحتيه السماء فهو تعبد محض، لا لنجاسه دخانه، فإن دخان الأعيان النجسه عندنا طاهر، لاستحاله كرماده. و في المختلف (٧) استبعد استحاله كله، و جوز تصاعد شيء من أجزاء الدهن قبل احاله النار له بسبب سخونه المكتسبه من النار إلى أن يلقي الظلال، فيتأثر بنجاسته، و جعله وجه المنع من الاستصباح به تحت الظلال.

ثم أفتى بالجواز مطلقا ما لم يعلم أو يظن بقاء شيء من أعيان الدهن.

و حيث جاز استعماله على بعض الوجوه، جاز بيعه للعالم بحاله. و لو باعه من

ص: ١٢٠

١-١) السرائر ٢:٢٢٢.

٢-٢) الوسائل ١٢:٦٦ ب «٦» من أبواب ما يكتسب به.

٣-٣) المبسوط ٦:٢٨٣.

٤-٤) المختلف: ٦٨٥.

٥-٥) الوسائل ١٦:٣٦٨ ب «٣٤» من أبواب الأطحه المحرمه.

٦-٦) نسبه إليه في جامع المقاصد ٤:١٣.

٧-٧) المختلف: ٦٨٦.

و الميتة (١)، و الدم و أرواث و أبوال ما لا يؤكل لحمه (٢)، و ربّما قيل: بتحريم الأبوال كلّها إلّا بول الإبل خاصة، و الأول أشبهه، و الخنزير و جميع أجزائه، دون الإعلام، قيل: صحّ البيع و فعل حراما، و تخيّر المشتري لو علم. و يشكّل الجواز بناء على تعليقه بالاستصباح، فإنّ مقتضاه الإعلام بالحال، و البيع لتلك الغايه.

قوله: «و الميتة».

أى مجموعها من حيث هو مجموع. و فى حكمه اجزاؤها التى تحلّها الحياه، و هى التى يصدق عليها الموت حقيقه، أمّا ما لا تحلّه الحياه منها فيجوز بيعه إذا كانت طاهره. و يمكن أن يريد بالميتة مسلوب الحياه ممّا تحلّه منها، فيشمل الجملة و الأجزاء و المبان من الحيّ.

قوله: «و أرواث و أبوال ما لا يؤكل لحمه. إلخ».

لا إشكال فى عدم جواز بيع بول و روث ما لا يؤكل لحمه، لنجاسته و خبثه، و ان فرض له نفع لندوره، و أمّا روث و بول ما يؤكل لحمه، فقد ذهب جماعه (١) إلى جوازه مطلقا، نظرا إلى أنّه عين طاهره ينتفع بها.

و آخرون (٢) إلى المنع من بيع العذرات و الأبوال كلّها، لاستخبائها، إلّا بول الإبل، للاستشفاء بها، و للنص (٣) عليها. و الأول أقوى خصوصا فى العذرات، للانتفاع بها فى الزرع و غيره نفعا بينا مع طهارتها. و أمّا الأبوال فكذلك إن فرض لها نفع مقصود، و إلّا فلا.

و قول المصنّف: «و الأوّل أشبهه» يريد بالأول ما دلّ عليه القول الأوّل بمفهومه، إذ منطوقه المنع من بيع أرواث و أبوال ما لا يؤكل لحمه، و هذا ممّا لا شبهه فيه، و إنّما الكلام فى اختصاص الحكم به، حتى يجوز بيع ذلك ممّا يؤكل لحمه.

و ذلك غير مذکور فى القولين معا، لكنّه مفهوم من القول الأوّل، فإنّ مفهومه الوصفى

ص: ١٢١

- 
- ١- (١) كابن إدريس فى السرائر ٢: ٢١٩، و العلامه فى المختلف: ٣٤٠، و المنتهى ٢: ١٠٠٨.
  - ٢- (٢) كالشيخ المفيد فى المقنعه: ٥٨٧، و الشيخ الطوسى فى النهايه: ٣٦٤، و سلار فى المراسم: ١٧٠.
  - ٣- (٣) الكافى ٦: ٣٣٨، باب ألبان الإبل ح ١، التهذيب ٩: ١٠٠ ح ٤٣٧، الوسائل ١٧: ٨٧ ب «٥٩» من أبواب الأطمعه المباحه.

و جلد الكلب و ما يكون منه (١).

### الثانى: ما يحرم لتحريم ما قصد به

الثانى: ما يحرم لتحريم ما قصد به، كآلات اللّهُو (٢)، مثل العود جواز بيع ذلك ممّا يؤكل لحمه، فيعود الأشبه إليه، باعتبار دلالة المفهوميه، لا باعتبار منطوقه، و هو تحريم ذلك ممّا لا يؤكل لحمه، فإنّه موضع وفاق، و غير مناف للقول الثانى.

قوله: «و جلد الكلب و ما يكون منه».

نبه بتخصيص جلد الكلب و ما يكون منه بعد تعميم الحكم فى الخنزير و جميع أجزائه، على أنّ جملة الكلب يجوز بيعها على وجه من الوجوه، بخلاف أجزائه منفردة كجلده، فإنّه لا يجوز بيعها كالخنزير. و ضمير «ما يكون منه» يمكن عوده الى الجلد، بمعنى تحريم بيع ما يتخذ من جلده من آله و غيرها، لعدم وقوع الذكاه عليه، فيستوى فى الحكم جميع الآلات، و الى الكلب بمعنى تحريم بيع ما يكون منه، أى من الكلب، بمعنى تحريم بيع جميع أجزائه من عظم و غيره، فيكون إشاره إلى المنع من بيع الأجزاء، دون الجملة، بخلاف الخنزير. و كلا المعنيين صحيح.

قوله: «ما يحرم لتحريم ما قصد به كآلات اللّهُو. إلخ».

آلات اللّهُو و نحوها إن لم يمكن الانتفاع بها فى غير الوجه المحرم، و لم يكن لمكسورها قيمه، فلا شبهه فى عدم جواز بيعها لانحصار منفعتها فى المحرم. و إن أمكن الانتفاع بها فى غير الوجه المحرم على تلك الحاله منفعه مقصوده، و اشتراها لتلك المنفعه، لم يبعد جواز بيعها، إلّا أنّ هذا الفرض نادر، فإنّ الظاهر أنّ ذلك الوضع المخصوص لا ينتفع به إلّا فى المحرّم غالباً، و النادر لا يقدر. و من ثمّ أطلقوا المنع من بيعها.

و لو كان لمكسورها قيمه، و باعها صحيحه لتكسر، و كان المشتري ممّن يوثق بديانته، ففى جواز بيعها حينئذ و جهان. و قوى فى التذكرة (١) جوازه مع زوال الصفه.

و هو حسن. و الأكثر أطلقوا المنع.

ص: ١٢٢



و الزمر، و هياكل العباده المبتدعه، كالصليب و الصنم (١)، و آلات القمار، كالنرد و الشطرنج، و ما يفضى الى مساعدته على محرم، كبيع السلاح لأعداء الدين (٢)، و هل الحكم فى أوانى الذهب و الفضة كذلك؟ يحتمله بناء على تحريم عملها، و الانتفاع بها فى الأكل و الشرب، و عدمه لجواز اقتنائها للاذخار، و تزيين المجلس، و الانتفاع بها فى غير الأكل و الشرب، و هى منافع مقصوده. و فى تحريم عملها مطلقا نظر.

قوله: «و هياكل العباده المبتدعه، كالصليب و الصنم».

الأصل فى الهيكل أنه بيت الصنم، كما نصّ عليه الجوهري (١) و غيره (٢) و أمّا إطلاقه على نفس الصنم، فلعله من باب المجاز، إطلاقا لاسم المحلّ على الحالّ.

قوله: «و ما يفضى إلى مساعدته على محرم كبيع السلاح لأعداء الدين».

لا فرق فى أعداء الدين بين كونهم مسلمين أو كفّارا، لا اشتراكهم فى الوصف، و هو الإعانه على المحرّم المنهى (٣) عنها. و منهم قطاع الطريق و نحوهم. و إنّما يحرم مع قصد مساعدته، أو فى حال الحرب، أو التهيؤ له، أمّا بدونها فلا. و لو باعهم ليستعينوا به على قتال الكفّار لم يحرم، كما دلّت عليه الروايه (٤).

و هذا كلّه فيما يعدّ سلاحا كالسيف و الرمح، أمّا ما يعدّ جنه - كالبيضه و الدرع و لباس الفرس، المسمّى بالتجفاف، بكسر التاء - فلا يحرم. و على تقدير النهى عن البيع، لو باع هل يصحّ و يملك الثمن أم يبطل؟ قولان، أظهرهما الثانى، لرجوع النهى إلى نفس المعوض.

ص: ١٢٣

١-١ (١) الصحاح ١:١٨٥١: ٥ مادة «هكل».

٢-٢ (٢) العين ٣:٣٧٧.

٣-٣ (٣) المائده: ٢.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٢:٦٩ ب «٨» من أبواب ما يكتسب به.

و إجاره المساكن و السفن للمحرمات، و كبيع العنب ليعمل خمرا(١)، و بيع الخشب ليعمل صنما. و يكره بيع ذلك لمن يعملها.

### الثالث: ما لا ينتفع به

الثالث: ما لا ينتفع به، كالمسوخ (٢) بزّيه كانت - كالفرد و الدبّ، و في الفيل تردّد، و الأشبه جواز بيعه للانتفاع بعظمه (٣) - قوله: «و إجاره السفن و المساكن للمحرمات، و بيع العنب ليعمل خمرا. إلخ».

المراد ببيعه لأجل الغايه المحرمه، سواء اشترطها في نفس العقد، أم حصل الاتفاق عليها، فلو باعه لمن يعملها بدون الشرط، فإن لم يعلم أنّه يعملها كذلك لم يحرم على الأقوى و إن كره. و إن علم أنّه يعملها ففي تحريمه وجهان، أجودهما ذلك.

و الظاهر أنّ غلبه الظن كذلك. و عليه تنزل الأخبار (١) المختلفه ظاهرا.

قوله: «ما لا ينتفع به كالمسوخ».

بناء على عدم وقوع الذكاه عليها، أمّا لو جوّزناه جاز بيعها لمن يقصد منفعتها مذكاه. و كذا لو اشتبه القصد، حملا لفعل المسلم على الصحيح. و لو علم منه قصده منفعه محرمه - كلب الدبّ و الفرد - لم يصحّ. و لو قصد منه حفظ المتاع أمكن جوازه لذلك، و عدمه لأنّه منفعه نادره و غير موثوق بها. و به قطع العلامة (٢).

قوله: «و في الفيل تردّد، و الأشبه جواز بيعه للانتفاع بعظمه».

وجه التردّد من عدم وقوع الذكاه عليه كباقي المسوخ، بناء على ذلك، و من عظم الانتفاع بعظمه، و ورود النصّ به، و أنّ الصادق عليه السلام كان له منه مشط (٣). و الأقوى جواز بيعه.

ص: ١٢٤

١- ١) الوسائل ١٢: ١٢٥ ب «٣٩ و ٤١» من أبواب ما يكتسب به.

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

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

أو بحريّه، كالجريّ (١)، والضفادع و السلاحف و الطافي (٢)، و السباع كلّها إلّا الهزّ و الجوارح طائره كانت كالبازي، أو ماشيه كالفهد. و قيل: يجوز بيع السباع كلّها تبعاً، للانتفاع بجلدها أو ريشها. و هو الأشبه (٣).

قوله: «كالجريّ».

هو- بكسر الجيم و تشديد الراء مكسوره- سمك طويل أملس، لا فلس له.

و ليس من المسوخ بحريّه غيره و غير الدعموص، فقوله: «و السلاحف و الضفادع» معطوف على المسوخ، و هو مغاير لها. و التقدير: لا يجوز بيع ما لا ينتفع به، كالمسوخ و الضفادع و السلاحف.

قوله: «و الطافي».

هو من السمك المحلّل ما مات في الماء، و وصف بذلك لأنّه إذا مات فيه طفا على وجهه.

قوله: «و السباع كلّها، و قيل: يجوز بيع السباع كلّها تبعاً للانتفاع بجلدها، أو ريشها، و هو الأشبه».

هذا القول هو الأقوى، لوقوع الذكاه عليها، و كونها طاهره منتفعا بها. و قول المصنّف: «إلّا الهزّ و الجوارح» استثناء من القول بالمنع من بيع السباع. و يفهم منه أنّها مستثناه على القولين. و ليس بجديد. بل قد قيل بعدم جواز بيع شيء من السباع البتّه. و منهم من استثنى الفهد خاصه. و منهم من استثنى الفهد و سباع الطير خاصه. فما حكاه المصنّف أوّلاً من المنع و الاستثناء هو أحد الأقوال في المسأله. و لعلّ تخصيصه من بين الأقوال لقوّته، حيث وقع النصّ (١) الصحيح على جواز بيع الفهد و سباع الطير، فاستضعف حكاية خلافه خصوصاً مع ضعف مستنده.

و أمّا الهزّ فنسب جواز بيعه في التذكرة (٢) إلى علمائنا، و هو يعطى الاتفاق عليه،

ص: ١٢٥

١- (١) الكافي ٥: ٢٢٦ ح ٤، التهذيب ٣: ٣٨٦ ح ٦، الوسائل ١١٤٨، الوسائل ١٢: ١٢٣ ب «٣٧» من أبواب ما يكتسب به ح ١.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٦٤.

الرابع: ما هو محرّم في نفسه، كعمل الصور المجسّمه (١)، والغناء (٢)، فاستثناؤه هنا: حسن. و يؤيد ذلك قول الصادق عليه السلام: «لا بأس بثمن الهرّ» (١).

قوله: «كعمل الصور المجسّمه».

إطلاق الصور يشمل ذوات الأرواح و غيرها، كصور الشجر. و التقييد بالمجسّمه يخرج الصور المنقوشه على نحو البساط و الورق. و قد صرّح جماعه (٢) من الأصحاب بتحريم التماثيل المجسّمه و غيرها. و خصّه آخرون (٣) بذوات الأرواح المجسّمه. و الذى رواه الصدوق فى كتاب عقاب الأعمال فى الصحيح، عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه قال: «ثلاثة يعذبون يوم القيامة، و عدّ منهم من صوّر صوره من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها، و ليس بنافخ فيها» (٤). و هذا يدل بإطلاقه على تحريم تصوير ذوات الأرواح مطلقاً. و لا دليل على تحريم غيرها. و هذا هو الأقوى.

قوله: «و الغناء».

الغناء- بالمد- مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، فلا- يحرم بدون الوصفين- أعنى الترجيع مع الإطراب- و إن وجد أحدهما. كذا عرّفه جماعه من الأصحاب (٥). و ردّه بعضهم (٦) إلى العرف، فما سمى فيه غناء يحرم و ان لم يطرب.

و هو حسن. و لا- فرق فى ذلك بين كونه فى شعر و قرآن و غيرهما. و استثنى منه الحداء- بالمد- و هو سوق الإبل بالغناء لها، و فعل المرأة له فى الأعراس، إذا لم تتكلّم بالباطل، و لم تعمل بالملاهى، و لم تسمع (٧) صوتها الأجانب من الرجال. و ذهب جماعه من

ص: ١٢٤

- ١- (١) التهذيب ٦: ٣٥٦ ح ١٠١٧، تفسير العياشى ١: ٣٢١ ح ١١٤، الوسائل ١٢: ٨٣ ب «١٤» من أبواب ما يكتسب به ح ٣.
- ٢- (٢) كابن البراج فى المذهب ١: ٣٤٤.
- ٣- (٣) كالسيورى فى التنقيح الرائع ٢: ١١.
- ٤- (٤) عقاب الأعمال: ٢٦٦.
- ٥- (٥) كالشهيد فى الدروس: ١٩٠.
- ٦- (٦) كالسيورى فى التنقيح الرائع ٢: ١١.
- ٧- (٧) كذا فى «ه» و «و» و فى سائر النسخ لم يسمع.

و معونه الظالمين بما يحرم (١)، و نوح النائح بالباطل (٢)، و حفظ كتب الضلال، و نسخها لغير النقض (٣)، و هجاء المؤمنين (٤)،  
الأصحاب منهم العلامة في التذكرة [١] إلى تحريم الغناء مطلقاً، استناداً الى أخبار (١) مطلقه. و وجوب الجمع بينها و بين ما دلّ على  
الجواز هنا من الأخبار الصحيحه (٢) متعين، حذراً من اطراح المقيد.

قوله: «و معونه الظالمين بما يحرم».

احترز بهم عن مساعدتهم بالأعمال المحلّله، كالخياطه و غيرها، فإنّه جائز، و إن كان أخذ الأجره منه مكروها من حيث معامله  
الظالمين.

قوله: «و نوح النائح بالباطل».

يتحقق نوحها بالباطل بوصفها للميت بما ليس فيه. و يجوز بالحق إذا لم يسمعها الأجنبي.

قوله: «و حفظ كتب الضلال و نسخها لغير النقض».

المراد حفظها من التلف، أو على ظهر القلب. و كلاهما محرّم لغير النقض و الحجّه على أهلها، لمن له أهليتها، لا مطلقاً، خوفاً على  
ضعفاء البصيره من الشبهه.

و مثله نسخها. و كذا يجوزان للتقيه. و بدونها يجب إتلافها إن لم يمكن افراد مواضع الضلال، و إلا اقتصر عليها حذراً من إتلاف  
ما يعدّ مالا من الجلد و الورق، إذا كان لمسلم أو محترم المال.

قوله: «و هجاء المؤمنين».

هو- بكسر الهاء و المدّ- ذكر المعاييب بالشعر. و خرج ب«المؤمنين» غيرهم، فيجوز هجاؤه كما يجوز لعنه. و لا فرق في المؤمن هنا  
بين الفاسق و غيره، اللهم إلا أن

ص: ١٢٧

١- ٢) الوسائل ١٢: ٢٢٥ ب «٩٩» من أبواب ما يكتسب به.

٢- ٣) الوسائل ١٢: ٨٤ ب «١٥» من أبواب ما يكتسب به.

و تعلم السحر (١)، والكهانه (٢)، والقيافه (٣)، يدخل هجاء الفاسق في مراتب النهى عن المنكر، بحيث يتوقف ردعه عليه، فيمكن جوازه حينئذ إن فرض.

قوله: «و تعلم السحر».

هو كلام، أو كتابه، أو رقيه، أو أقسام، أو عزائم و نحوها يحدث بسببها ضرر على الغير. و منه عقد الرجل عن زوجته، بحيث لا يقدر على وطئها، وإلقاء البغضاء بينهما. و منه استخدام الملائكة و الجن، و استئزال الشياطين في كشف الغائبات، و علاج المصاب، و استحضارهم و تلبسهم ببدن صبي أو امرأه، و كشف الغائب على لسانه. فتعلم ذلك و أشباهه و عمله و تعليمه كله حرام. و التكسب به سحت. و يقتل مستحلّه. و لو تعلمه ليتوقى به، أو ليدفع به المتنبى بالسحر، فالظاهر جوازه. و ربّما وجبت على الكفايه كما اختاره الشهيد (رحمه الله) في دروسه (١). و يجوز حلّه بالقرآن و الاقسام كما ورد في روايه العلاء. [١] و هل له حقيقه، أو هو تخيل؟ الأ- كثر على الثانى. و يشكل بوجودان أثره في كثير من الناس على الحقيقه. و التأثر بالوهم إنّما يتم لو سبق للقابل علم بوقوعه. و نحن نجد أثره فيمن لا- يشعر به أصلا حتى يضرب به. و لو حمل تخيله على ما يظهر من تأثيره في حركات الحيات و الطيران و نحوهما أمكن، لا في مطلق التأثير به و إحضار الجانّ و شبه ذلك، فإنّه أمر معلوم لا يتوجه دفعه.

قوله: «و الكهانه».

هى -بكسر الكاف- عمل يوجب طاعه بعض الجانّ له، و أتباعه له، بحيث يأتيه بالأخبار الغائبه. و هو قريب من السحر.

قوله: «و القيافه».

هى الاستناد الى علامات و مقادير يترتب عليها إلحاق بعض الناس ببعض

ص: ١٢٨

١- ١) الدروس: ٣٢٧.

و الشعبه (١)، و القمار (٢)، و الغش بما يخفى (٣)، كشوب اللبن بالماء، و تدليس الماشطه (٤)، و نحوه. و أنما يحرم إذا جزم به، أو رتب عليه محرما.

قوله: «و الشعبه».

عزفوها [١] بأنها الحركات السريعه التي يترتب عليها الأفعال العجيبه، بحيث يلتبس على الحس الفرق بين الشيء و شبهه، لسرعه الانتقال منه الى شبهه.

قوله: «و القمار».

هو اللعب بالآلات المعدّه له، كالترد و الشطرنج. و منه اللعب بالخاتم و الجوز و نحوهما. و ما يترتب على ذلك كله من التكسب حرام يجب ردّه على مالكه. و لو فعله الصبيان فالمكلف برده الولى. و لو جهل مالكه أصلا تصدق به عنه. و لو انحصر فى قوم معينين وجب محاللتهم و لو بالصلح.

قوله: «و الغش بما يخفى».

احترز به عمّا لا يخفى، كمزج الحنطه بالتراب، و جيدها برديتها، و نحو ذلك، فإنه لا يحرم و ان كره. ثم على تقدير الخفاء فالبيع صحيح. و حكمه حكم ما لو ظهر فى المبيع عيب من غير الجنس. و ربما احتمال البطلان بناء على أنّ المقصود بالبيع هو اللبن، و الجارى عليه العقد هو المشوب، فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حمارا.

و قد ذكروا (١) فى هذا المثال اشكالا من حيث تغليب الإشاره أو الاسم. و الفرق بينه و بين ما نحن فيه واضح.

قوله: «و تدليس الماشطه».

أى تدليسها المرأه بإظهار محاسن ليست فيها، من تحمير وجهها و وصل شعرها و نحوه. و هو محرّم إذا أريد به التدليس، كما دلّت عليه العبارة. و مثله ما لو فعلته المرأه

ص: ١٢٩

و تزيين الرجل بما يحرم عليه (١).

### الخامس: ما يجب على الإنسان فعله

الخامس: ما يجب على الإنسان فعله (٢)، كتغسيل الموتى، و تكفينهم، و تدفينهم. و قد يحرم الاكتساب بأشياء أخر، تأتي في أماكنها إن شاء الله تعالى.

بنفسها من غير ماشطه. و لو انتفى التدليس - كما لو كانت مزوجه - فلا تحريم.

و اشترط جماعه (١) في ذلك إذن الزوج.

قوله: «و تزيين الرجل بما يحرم عليه».

المحرّم عليه من الزينه هو المختصّ بالنساء، كلبس السوار و الخلخال، و الثياب المختصه بها بحسب العاده. و يختلف ذلك باختلاف الازمان و الأصقاع.

و منه تزيينه بالذهب و إن قلّ، و بالحرير زياده عمّا استثنى له. و كذا يحرم على المرأه التزيين بزينه الرجل، و التحلّي بحليته المختصّه به، كلبس المنطقه و العمامه و الثقلد بالسيف. و لا فرق في الأمرين بين مباشره الفاعل لذلك بنفسه، و تزيين غيره له، إلا أنّ المناسب للعباره هنا فعل الغير بهما ليتكسّب به، أمّا فعلهما بأنفسهما فلا يعدّ تكسّباً، إلا على تجوّز بعيد.

قوله: «ما يجب على الإنسان فعله. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و عليه الفتوى. و ذهب المرتضى (٢) إلى جواز أخذ الأجره على ذلك لغير الولي، بناء على اختصاص الوجوب به، و هو ممنوع، فإنّ الوجوب الكفائي لا يختصّ به. و إنّما فائده الولاية توقف الفعل على إذنه، فيبطل منه ما وقع بغيره ممّا يتوقّف على التيه. و خرج ب «ما يجب فعله» من ذلك ما يستحبّ، كتغسيه بالغسلات المسنونه، من تثليث الغسل، و غسل يديه و فرجه، و وضوئه - على القول بنديه - و تكفينه بالقطع المندوبه، و حفر قبره قامه مع تأدّي الفرض بدونها، و نقله الى ما يدفن فيه مع إمكان دفنه في القريب، فإنّ أخذ الأجره على ذلك كلّ

ص: ١٣٠

١-١) جامع المقاصد ٢٥:٤.

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



أخذ الأجره على الأذان حرام]

مسألة:

أخذ الأجره على الأذان حرام(١)،و لا بأس بالرزق من بيت المال.

و كذا الصلاة بالناس،و القضاء على تفصيل(٢) سيأتي جائز،للأصل،و عدم المانع،خلافًا لبعض الأصحاب[١]محتجًا بإطلاق النهي (١).

قوله:«أخذ الأجره على الأذان حرام.إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب.و عليه العمل.و ذهب المرتضى (٢)الى جواز أخذ الأجره عليه،تسويه بينها و بين الارتزاق.و هو متروك.و الفرق بينهما أنّ الأجره تفتقر الى تقدير العمل و العوض و ضبط المده و الصيغه الخاصه،و أمّا الارتزاق فممنوط بنظر الحاكم،لا يقدر بقدر.و محلّه من بيت المال ما أعدّ للمصالح،من خراج الأرض و مقاسمتها و نحوهما.و لا فرق فى تحريم أخذ الأجره بين كونها من معين و من أهل البلد و المحلّه و بيت المال.

و هل يوصف أذان آخذ الأجره بالتحريم فلا يعتدّ به،أم يكون أخذ الأجره خاصه محرّمًا؟نصّ بعض الأصحاب (٣)على الأول.و وجهه العلّامه فى المختلف (٤)بأنّ الأذان على هذا الوجه لا يكون مشروعًا،فيكون محرّمًا.و هو متجه،لكن يشكل بأنّ النيه غير معتبره فيه،و المحرّم هو أخذ المال،لا نفس الأذان،فإنّه عباده أو شعار.

و أمّا أخذ ما يعدّ للمؤذنين من أوقاف مصالح المساجد و نحوها فليس بأجره،و إن كان مقدّرًا و كان هو الباعث على الأذان.نعم لا يثاب فاعله عليه إلاّ مع تمخّض إرادته القربه الى الله تعالى به.

قوله:«و القضاء على تفصيل».

التفصيل الموعود به هو أنّه إن تعيّن عليه بتعيين الإمام،أو بعدم قيام أحد به

ص:١٣١

١-٢) قال فى الحقائق ١٨:٢١٣:«و أنت خبير باننا لم نقف على نهى فى هذا الباب».

٢-٣) حكى العلّامه فى المختلف:٩٠ عن السيد فى المصباح كراهه أخذ الأجره عليه.

٣-٤) كابن البراج فى المهذب ١:٣٤٥.

٤-٥) المختلف:٣٤٢.

و لا بأس بأخذ الأجره على عقد النكاح (١).

## و المكروهات ثلاثه

### اشاره

و المكروهات ثلاثه:

### ما يكره لأنه يفضى الى محرم أو مكروه غالبا

ما يكره لأنه يفضى الى محرم أو مكروه (٢) غالبا، كالصرف، و بيع الأكفان، و الطعام، و الرقيق، و اتخاذ الذبح و النحر صنعه.

غيره، حرم عليه أخذ الأجره عليه مطلقا، لأنه حينئذ يكون واجبا، و الواجب لا يصح أخذ الأجره عليه. و إن لم يتعين عليه، فإن كان له غنى عنه لم يجز أيضا، و إلا جاز. و قيل: يجوز مع عدم التعين مطلقا. و قيل: يجوز مع الحاجه مطلقا. و من الأصحاب (١) من جَوَّز أخذ الأجره عليه مطلقا. و الأصح المنع مطلقا، إلا من بيت المال على جهه الارتزاق، فيتقيد بنظر الإمام. و لا فرق في ذلك بين أخذ الأجره من السلطان و من أهل البلد و المتحاكمين، بل الأخير هو الرشوه التى وردت فى الخبر أنها كفر بالله و برسوله (٢).

قوله: «و لا بأس بأخذ الأجره على عقد النكاح».

أى على مباشره الصيغه من أحد الجانبين أو منهما، فإن ذلك غير واجب، أما تعليم الصيغه و إلقاؤها على المتعاقدين فهو من باب تعليم الواجب، فلا يجوز أخذ الأجره عليه. و كذا غيره من العقود. و أمّا الخطبه-بالضم-بمعنى حمد الله تعالى، و الصلاه على رسوله، و ذكر ما يناسب مقام العقد عنده، و-بالكسر-بمعنى طلب الزوجه من نفسها، أو وليها، أو أقاربها، و محاورتهم فى ذلك، فيجوز أخذ الأجره عليه أيضا، لأنه ليس بواجب.

قوله: «ما يكره لأنه يفضى الى محرم أو مكروه. إلخ».

قد علل فى الأخبار (٣) إفضاء هذه المذكورات الى المحرم أو المكروه، فعلل

ص: ١٣٢

١- ١) كالشيخ المفيد فى المقنعه: ٥٨٨ و الشيخ الطوسى فى النهايه: ٣٦٧.

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

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

و ما يكره لضعته، كالنساجه (١)، الصرّف بأنّه لا يسلم فاعله من الربا، و بيع الأكفان بتمنى الوباء، و الطعام بتمنى الغلاء. و ورد في بيع الرقيق بأنّ شرّ الناس من باع الناس، و أنّ الجزّار تسلب الرحمة من قلبه. و المستفاد من الأخبار أنّ المكروه اتخاذه هذه الأمور حرفه و صنعه، لا مجرّد فعلها، كما لو احتاج الى صرف دينار أو ذبح شاه و نحو ذلك. و التعليل يقتضيه أيضا في غير بيع الرقيق. و يظهر من العبارة أنّ كراهه ما عدا الذبح و النحر عامه لمتخذها صنعه و غيره، بقرينه تقيدهما باتخاذهما صنعه. و مقتضى الدليل عدم الفرق.

و اعلم أنّ هذه العواقب المفضى إليها، بعضها محرّم و هو الربا و محبه الوباء و تمنى الغلاء، و بعضها مكروه كعاقبه بيع الرقيق، فإنّ المراد من قوله: «شرّ الناس من باعهم» أقلهم خيرا و برکه، لا- أنّ فيه شرّا يترتب عليه محرّم. هذا هو الظاهر، و إن أريد به هذا المعنى، و أنّ بيعهم يفضى الى فعل المحرّم المستلزم للشرّ، فهو أيضا من قبيل المحرّم. و أمّا عاقبه الجزاره- و هي قسوه القلب- فالظاهر أنّها مكروهه لا غير.

و قد ورد أنّ قاسى القلب بعيد من رحمه الله تعالى (١). و فى بعض الأخبار (٢) تعليل بيع الطعام بأنّه لا يسلم من الاحتكار. و حينئذ فينبى على أنّ الاحتكار هل هو مكروه أو محرّم؟ فيلحق بأحد الوصفين. و قد ظهر بذلك معنى قول المصنّف بأنّ هذه الأمور تفضى إلى محرّم أو مكروه، و أنّ أكثرها محرّم أو كلّها. و هو السرّ فى تقديم ذكره.

قوله: «و ما يكره لضعته، كالنساجه».

أراد بالنساجه هنا ما يعم الحياكه، و كلاهما مكروه مؤكّدا فى الأخبار (٣)، حتى ورد فى بعضها عن الصادق عليه السلام: «إنّ ولد الحائك لا ينبج إلى سبعة بطون» (٤). و هل اللفظان مترادفان كما يشعر به اقتصار المصنّف على أحدهما، أو يختص النساجه ببعض الأجناس كالرقيق و الحياكه بغيره، أو يكون النساجه أعمّ من

ص: ١٣٣

١- ١) الكافى ٢: ٣٢٩ ح ١، الوسائل ١١: ٣٣٧ ب «٧٦» من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه ح ٣.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٩٧ ب «٢١» من أبواب ما يكتسب به ح ١.

٣- ٣) مستدرک الوسائل ١٣: ٩٧ ب «٢٠».

٤- ٤) لم نعثر على هذه الروايه فى كتب الحديث.

و الحجامة إذا اشترط (١)، و ضراب الفحل (٢).

### و ما يكره لتطرق الشبهه

و ما يكره لتطرق الشبهه، ككسب الصبيان (٣)، و من لا يتجنب المحارم. و قد تكره أشياء تذكر في أبوابها إن شاء الله تعالى.

و ما عدا ذلك مباح.

الحياكه مطلقاً؟ احتمالات. و في الصحاح (١): نسج الثوب و حاكه واحد.

قوله: «و الحجامة إذا اشترط».

أى اشتراط الأجره على فعله، سواء عيّن لها أم أطلق، فلا يكره لو عمل بغير شرط و ان بذلت له بعد ذلك، كما دلّت عليه الأخبار (٢). هذا في طرف الحاجم. أمّا المحجوم فعلى الضدّ، يكره له أن يستعمله من غير شرط، و لا يكره معه، فكراهه كسب الحجام مخصوصه باشتراطه.

قوله: «و ضراب الفحل».

أى يكره التكبس به، بأن يؤجره لذلك. و منع منه بعض العامه.

و النصوص (٣) مصرّحه بجوازها. و لا بدّ من ضبطه بالمره و المرات، أو بالمدّه. و لو دفع إليه صاحب الدابّه على جهه الهديه و الكرامه فلا كراهه.

قوله: «ككسب الصبيان».

أى الكسب المجهول أصله، فإنّه يكره لوليهم التصرف فيه على الوجه السائغ، و كذا يكره لغيره شراؤه من الولي، لما يدخله من الشبهه الناشئه من اجترأ الصبى على ما لا يحلّ، لجهله، أو لعلمه بارتفاع القلم عنه. و لو علم يقيناً اكتسابه له من المباح فلا كراهه، كما أنّه لو علم تحصيله، أو بعضه حيث لا يتميز، من حرام - كالقمار - و جب اجتنابه. و في حكم الصبيان من لا يتورع عن المحارم، كالإماء في بعض البلاد.

ص: ١٣٤

١ - ١) الصحاح ٤: ١٥٨٢: ماده «حوك».

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٧١ ب «٩» من أبواب ما يكتسب به ح ١، ٩.

٣ - ٣) الوسائل ١٢: ٧٧ ب «١٢» من أبواب ما يكتسب به ح ١، ٢.

مسائل:

**الاولى: لا يجوز بيع شيء من الكلاب إلا كلب الصيد**

الاولى: لا يجوز بيع شيء من الكلاب (١) إلا كلب الصيد. وفي كلب الماشية و الزرع و الحائط تردد، و الأشبه المنع. نعم، يجوز إجارتها.

قوله: «لا يجوز بيع شيء من الكلاب. إلخ».

لا خلاف في جواز بيع كلب الصيد في الجملة، لكن خصّه الشيخ (١) (رحمه الله) بالسلوقي. كما لا خلاف في عدم صحة بيع كلب الهراش، و هو ما خرج عن الكلاب الأربعة و لم يكن جروا. و الأصح جواز بيع الكلاب الثلاثة، لمشاركتها لكلب الصيد في المعنى المسوّغ لبيعه. و دليل المنع ضعيف السند قاصر الدلالة. و في حكمها الجر و القابل للتعليم. و لا يشترط في جواز اقتنائها وجود ما أضيفت إليه، فلو هلكت الماشية أو باعها، و حصد الزرع، و استغلّ الحائط لم يزل ملكه عنها. و كلب الدار ملحق بكلب الحائط.

و اعلم أنّ العلامة في النهاية (٢) استشكل جواز بيع كلب الصيد مطلقا. و في القواعد (٣) ما يؤذن بالخلاف فيه. لكن ادّعى جماعه من الأصحاب الإجماع عليه (٤)، كما بيناه. و لا نعلم خلافا لأحد منهم في غير السلوقي، فإن كان فيه خلاف فهو ضعيف جدا، بل الظاهر عدمه. و يمكن كون الإشكال و الخلاف عائدين إليه بالنظر إلى مجموع أفرادها، و ان حصل الاتفاق على بعضها. و أمّا إجارتها فلا إشكال في جوازها، لأنّ لها منافع محللة مقصوده، و هو الفارق بين البيع و الإجاره نظرا إلى نجاسه أعيانها.

ص: ١٣٥

١- (١) النهاية: ٣٦٤.

٢- (٢) نهاية الأحكام ٢: ٤٦٢.

٣- (٣) قواعد الأحكام ١: ١٢٠.

٤- (٤) راجع الغنيه «الجوامع الفقيهيه»: ٥٢٤، المهذب البارع ٢: ٣٤٧، المقتصر: ١٦٤.

و لكل واحد من هذه الأربعة ديه (١)، لو قتله غير المالك.

### الثانية: الرشا حرام

الثانية: الرشا حرام (٢)، سواء حكم لبأذله أو عليه، بحق أو باطل.

### الثالثة: إذا دفع الإنسان مالا إلى غيره ليصرفه في قبيل، و كان المدفوع إليه بصفتهم

الثالثة: إذا دفع الإنسان مالا إلى غيره (٣) ليصرفه في قبيل، و كان المدفوع إليه بصفتهم، فان عيّن له، عمل بمقتضى تعيينه. و ان أطلق، جاز أن يأخذ مثل أحدهم من غير زياده.

### الرابعة: الولايه من قبل السلطان العادل جائز هو ربّما وجبت

الرابعة: الولايه من قبل السلطان العادل جائزه. و ربّما وجبت، كما إذا عيّنه إمام الأصل، أو لم يمكن دفع المنكر أو الأمر بالمعروف إلاّ بها.

قوله: «و لكل واحد من هذه الأربعة ديه. إلخ».

ربّما فهم بعضهم (١) من ثبوت دياتها جواز بيعها، نظرا إلى أنها أموال محترمه كباقي الحيوانات. و فيه منع ظاهر، فإنّ ثبوت الديات لها ربّما دلّ على عدم جواز بيعها، التفاتا إلى أنّ ذلك في مقابله قيمه، فإنك تجد كلما له ديه لا قيمه له، كما في الحرّ. و ماله قيمه لا ديه له، كما في الحيوان المملوك غير الآدمي.

قوله: «الرشا حرام. إلخ».

الرشا-بضم أوله و كسره مقصورا-جمع رشوه-بهما-و هو أخذ الحاكم مالا لأجل الحكم. و على تحريمه إجماع المسلمين. و عن الباقر عليه السلام: «أنّه الكفر باللّه تعالى و برسوله» (٢). و كما يحرم على المرتشى يحرم على المعطى، لإعانتة على الإثم و العدوان، إلاّ أن يتوقف عليه تحصيل حقه، فيحرم على المرتشى خاصّه.

قوله: «إذا دفع الإنسان مالا إلى غيره. إلخ».

قد اختلف في هذه المسأله كلام المصنف، فجوّز هنا للوكيل الأخذ، و منعه في النافع (٣). و كذلك اختلف فيها كلام الشيخ

(٤)، ثمّ ابن إدريس (٥)، ثمّ العلامة (٦)

- ١-١) كالعلاّمه فى المآآلف: ٣٤١.
- ٢-٢) الكافى ١٢٤:٥ ح ١، التهذىب ٣٤٨:٤ ح ١٠٤٢، الوسائل ١٢:٤١-٤٢ ب «٥» من أبواب ما يكتسب به ح ١.
- ٣-٣) المآآصر النافع: ١١٨.
- ٤-٤) النهايه: ٣٤٤، المبسوط ٤٠٣:٢.
- ٥-٥) السرائر ٤٤٣:١ و ج ٢٢٣:٢.
- ٤-٤) المآآلف: ٣٤٣. التآرير ١٤٢:١.

بعد المصنف. ووجه هذا الاضطراب من أصالة الجواز، وكون الوكيل متصفا بما عيّن له من أوصاف المدفوع إليهم، لأنّه المفروض. و يدلّ على الجواز ما رواه الحسين بن عثمان عن الكاظم عليه السلام، فى رجل اعطى مالا يفترقه فيمن يحلّ له، إله أن يأخذ شيئا لنفسه و لم يسم له؟ قال: «يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره» (١).

و مثلها رواه عبد الرحمن بن الحجاج، عن الكاظم عليه السلام (٢). لكن فى طريقها محمد بن عيسى عن يونس. و فى هذا السند كلام. و هاتان الروايتان ذكرهما الشيخ فى التهذيب فى كتاب الزكاه. و قلّ من تعرّض لهما فى الاحتجاج، مع كونهما معتبرتى الاسناد.

و من روايه عبد الرحمن بن الحجاج الدالّه على المنع. و هى صحيحه السند، غير أنّها مقطوعه لم يصرح فيها باسم الإمام، فإنّه قال فيها: سألته عن رجل أعطى رجلا مالا ليقسّمه فى محاويع أو فى مساكين و هو محتاج، أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه؟ قال: «لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه» (٣).

و الظاهر أنّ المسؤول هو الصادق أو الكاظم عليهما السلام، لأنّ عبد الرحمن بن الحجاج روى عنهما، فمن ثمّ عمل بها الجماعه. و أيضا فجلاله حال هذا الراوى و ثقته توجب الظن الغالب بكون المسؤول هو الامام، لكن لتطرق الاحتمال قام الإشكال. و قلّ من ذكر من الأصحاب أنّ وجه مخالفتها كونها مقطوعه، و أنّما يعترفون بصحتها ساكتين عليها.

و اعلم أنّ العلامة قال فى تحرير الأحكام (٤) عند ذكر الروايه: إنّها صحيحه

ص: ١٣٧

- 
- ١-١) الكافى ٥٥٥:٣ ح ٢، التهذيب ١٠٤:٤ ح ٢٩٥، الوسائل ٢٠٠:٦ ب «٤٠» من أبواب المستحقين للزكاه ح ٢.  
 ٢-٢) الكافى ٥٥٥:٣ ح ٣، التهذيب ١٠٤:٤ ح ٢٩٦، الوسائل ٢٠٠:٦ ب «٤٠» من أبواب المستحقين للزكاه ح ٣.  
 ٣-٣) التهذيب ٣٥٢:٦ ح ١٠٠٠، الاستبصار ٥٤:٣ ح ١٧٦، الوسائل ٢٠٦:١٢ ب «٨٤» من أبواب ما يكتسب به ح ٣.  
 ٤-٤) تحرير الأحكام ١٦٢:١.



و تحرم من قبل الجائر إذا لم يأمن اعتماد ما يحرم. و لو أمن ذلك و قدر على الأمر بالمعروف [و النهى عن المنكر] استحبت (١).

عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام. و هو شهادته بالاتصال. و لعله (رحمه الله) اطلع على المسؤول من محل آخر غير المشهور من كتب الحديث.

و الشيخ (١) (رحمه الله) جمع بين الروايات بحمل هذه على الكراهه، و لا بأس به.

و لو دلت القرائن الحاليه أو المقاليه على تسويغ أخذه، قوى القول بالجواز.

و حينئذ يأخذ كغيره، لا أزيد. هكذا شرطه كل من سوغ له الأخذ، و صرح به فى الروايتين المجوزتين. و ظاهر هذا الشرط أنه لا يجوز له تفضيل بعضهم على بعض، لأنه من جملتهم. و يتجه ذلك إذا كان المعين للصرف محصوراً، أمّا لو كانوا غير محصورين - كالفقراء - فجواز التفاضل مع عدم قرينه خلافه أوضح، خصوصاً إذا كان المال من الحقوق الواجبه كالزكاه، فإنّ التسويه فيها ليست بلازمه. و المسأله مفروضه فيما هو أعم من الواجب و الندب.

و يجوز له ان يدفع إلى عياله و أقاربه كما يدفع إلى غيرهم على القولين، اقتصاراً فى موضع المنع على مدلول الروايه و هو نفسه.

و لا فرق على القولين بين أن يقول له الأمر اقسمه أو اصرفه أو ادفعه إليهم أو ضعه فيهم أو غيره، لا اشتراك الجميع عرفاً فى المعنى.

و منهم من فرق فجوز له الأخذ إن كانت الصيغه «ضعه فيهم» أو ما أذى معناه، و منعه إن كانت الصيغه بلفظ «ادفعه» أو «اصرفه» و نحوهما. و ليس بشيء.

قوله: «و لو أمن ذلك و قدر على الأمر بالمعروف استحبت».

هذه المسأله قد سبق شطر منها فى كتاب الأمر بالمعروف (٢)، و أنه يجوز اقامه الحدود، على الوجه الذى فصلناه. و قد أطلقوا هنا جواز التولية أو استحبابها فى الفرض المذكور، مع الأمن من اعتماد المحرم، و قدره على الأمر بالمعروف. و مقتضى هذا الشرط وجوب التولية، لأنّ القادر على الأمر بالمعروف يجب عليه و ان لم يولّه

ص: ١٣٨

١-١) الاستبصار ٥٤:٣ ذيل ح ١٧٦.

٢-٢) ص ١٠٦-١٠٧.

و لو أكره جاز له الدخول دفعا للضرر اليسير، على كراهيته. و تزول الكراهية لدفع الضرر الكثير (١)، كالنفس، أو المال، أو الخوف على بعض المؤمنين.

### الخامسة: إذا أكرهه الجائر على الولاية

الخامسة: إذا أكرهه الجائر على الولاية (٢)، جاز له الدخول و العمل بما يأمره، مع عدم قدره على التفصي، إلا في الدماء المحرمة، فإنه لا تقيه فيها.

الظالم. و لعل وجه عدم الوجوب كونه بصوره النائب عن الظالم، و عموم النهي (١) عن الدخول معهم، و تسويد الاسم في ديوانهم، فإذا لم يبلغ حدّ المنع، فلا أقل من الحكم بعدم الوجوب. و لا يخفى ما في هذا التوجيه.

قوله: «جاز له الدخول دفعا للضرر اليسير على كراهية و تزول الكراهية بدفع الضرر الكثير. إلخ».

قد تقدّم (٢) في باب الأمر بالمعروف أنّ ضابط الإكراه المسوغ للولاية، الخوف على النفس أو المال أو العرض، عليه أو على بعض المؤمنين، على وجه لا ينبغي تحمّله عادة، بحسب حال المكروه في الرفعه و الضعه، بالنسبة إلى الإهانة. و أمّا ما ذكره هنا من الضرر اليسير و الكثير في الحكم بالكراهة و عدمها، فيمكن الرجوع فيه إلى العرف، فما عدّ يسيرا منه ينبغي تحمّله، دون الكثير. و لا يخفى أنّ المراد مع عدم تمكنه من الأمر بالمعروف، و عدم أمنه من الدخول في المحرّم، و إلا لم يكره و إن لم يكره. بل يجوز الدخول مع الإكراه، و إن علم الدخول في المحرّم، كما سيأتي.

قوله: «إذا أكرهه الجائر على الولاية. إلخ».

قد ذكر المصنف (رحمه الله) في هذه المسألة شرطين: أحدهما الإكراه، و الثاني:

عدم قدره الأمور على التفصي، و هما متغايران، فإنّ الإكراه يجوز أن يجمع القدره - كما عرفت من تعريفه - فالثاني - أخصّ من الأوّل. و الظاهر أنّ مشروطهما مختلف،

ص: ١٣٩

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

٢- (٢) ص ١١١.

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

إذا تقرر ذلك فنقول: إن أخذت الولاية منفكّه عن الأمر فجواز قبولها لا يتوقف على الإكراه مطلقا كما ذكره هنا، بل قد يجوز، وقد يكره، وقد يستحب، بل قد يجب - كما تقدّم - فجعل الإكراه شرطا في قبول الولاية مطلقا غير جيد. وأما العمل بما يأمره به من الأمور المحرّمه فإنّه مشروط بالإكراه خاصه - كما سلف في باب الأمر بالمعروف - ما لم يبلغ الدماء، ولا يشترط فيه الإلجاء إليه بحيث لا يقدر على خلافه، وقد صرح الأصحاب بذلك في كتبهم (1)، فاشتراطه عدم القدره على التفصى غير واضح، إلا أن يريد به أصل الإكراه، فيكون التعبير عنه بذلك غير حسن.

فتبين أنّ كل واحد من الشرطين غير جيد لمشروطه، إن جعلنا المشروط متعدّدا و إن جعلناه متحدا مركبا من الأمرين - بمعنى جواز الولاية و العمل بما يأمره مع الإكراه و عدم القدره على التفصى - حسن قيد الإكراه، و غير ما سبق. لكن يبقى الكلام في الشرط الثاني، فإنّ الإكراه مسوّغ لامتنال الأمر و إن قدر على المخالفه مع خوف الضرر المتقدم. و يبقى أيضا مسأله ما لو أكره على الفعل و ان لم يكن متوليا لولاية فإنّه يجوز له الامتنال. و بقى في العبارة أمر آخر، و هو تعليق العمل بما يأمره مطلقا على شرط، مع ظهور أنّ أمره قد لا يكون بمحرّم، الذى هو مناط الاشتراط.

لكن الأمر هنا سهل لظهور المراد. و مقتضى استثناء الدماء أنّه لا فرق فيها بين أن

ص: ١٤٠

(١ - ١) منهم الشيخ فى النهايه: ٣٥٧ و الشهيد فى الدروس: ٣٣٠ و العلامه فى التذكره ٥٨٣: ١.

## السادسه:جوائز الجائر إن علمت حراما بعينها فهي حرام

السادسه:جوائز الجائر إن علمت حراما بعينها فهي حرام(١)،[و إلا فهي حلال].و ان قبضها أعادها على المالك.فإن جهله أو تعذر الوصول إليه تصدق بها عنه(٢).

و لا يجوز إعادتها على غير مالکها مع الإمكان(٣).

يكون بطريق القتل أو الجرح.و به صرح الشيخ(رحمه الله)في الكلام(١).و ربّما قيل بقصره على القتل.و قد تقدّم الكلام(٢)فيه.و شمل قوله«و العمل بما يأمره إلا في الدماء»كونه بطريق المباشرة للفعل مثلا أو التسبب كالإفتاء فيها و الأمر بها.و بهذا حصلت المغايره بين هذه المسأله و المتقدمه في كتاب الأمر بالمعروف،فإنّ تلك مخصوصه بالحكم لأنّه فرضها في القضاء.

قوله:«جوائز الظالم ان علمت حراما بعينها فهي حرام».

التقييد بالعين إشاره إلى جواز أخذها و إن علم أنّ في ماله مظالم،كما هو مقتضى حال الظالم،و لا يكون حكمه حكم المال المختلط بالحرام في وجوب اجتناب الجميع،للنص(٣)على ذلك.نعم يكره أخذها حينئذ.

قوله:«و ان جهله أو تعذر الوصول اليه تصدق بها عنه».

المراد بالمالك ما يعمّ المأخوذ منه و وارثه،لأنّه يصير بعد موته مالكا.و انما يجوز الصدقه عنه بها مع اليأس من معرفته و الوصول إليه.و لو ظهر بعد ذلك و لم يرض بالصدقه،ضمن له قيمه أو المثل.و يجوز له دفعها إلى الحاكم،و إبقاؤها أمانه في يده،و لا ضمان فيهما.و لو اشتبه المالك في قوم محصورين،تعين عليه التخلص منهم و لو بطريق الصلح.

قوله:«و لا يجوز اعادتها على غير مالکها مع الإمكان».

احترز به عمّا لو أخذها الظالم المذكور أو غيره منه قهرا،فإنّه لا يحرم عليه لعدم

ص:١٤١

١-١) في «م» و الحجريتين(الخلاف).و لم نعثر عليه فيما لدينا من كتب الشيخ قدس سره.

٢-٢) في ص ١٠٧.

٣-٣) الوسائل ١٥٦:١٢ ب«٥١»من أبواب ما يكتسب به.

السابعه: ما يأخذه السلطان الجائر (١) من الغلات باسم المقاسمه، والأموال باسم الخراج عن حق الأرض، و من الأنعام باسم الزكاه، يجوز ابتياعه، و قبول هبته، و لا تجب اعادته على أربابه، و ان عرف بعينه.

الاختيار. و هل يضمن حينئذ؟ قيل: نعم، لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١). و الأقوى التفصيل، و هو أنه إن كان قبضها من الظالم عالما بكونها مغصوبه، ضمن، و استمر الضمان و إن أخذت منه قهرا. و إن لم يعلم حالها حتى قبضها ثم تبين كونها مغصوبه و لم يقصر في إيصالها إلى مالكها و لا في حفظها، لم يضمن. و الفرق بين الحالتين واضح، فإنَّ يده في الأول عاديه فيستصحب حكم الضمان، كما لو تلفت بغير تفريط، و في الثاني أمانه فيستصحب كما لو تلفت بغير تفريط، و الفرض كون الأخذ قهريا. و عبارته المصنف تشمل الأمرين، و تدل بمفهومها على جواز دفعها مع عدم الإمكان. و لا كلام فيه إنما الكلام في الضمان. و صرح بعض الأصحاب (٢) بالضمان في الصورتين. و التفصيل أجود.

قوله: «ما يأخذه السلطان الجائر. إلخ».

المقاسمه حصه من حاصل الأرض تؤخذ عوضا عن زراعتها، و الخراج مقدار من المال يضرب على الأرض أو الشجر حسبما يراه الحاكم. و نبه بقوله «باسم المقاسمه و اسم الخراج» على أنَّهما لا يتحققان إلا بتعيين الإمام العادل، إلا أنَّ ما يأخذه الجائر في زمن تغلبه، قد أذن أئمتنا عليهم السلام في تناوله منه، و أطبق عليه علماؤنا لا نعلم فيه مخالفا، و ان كان ظالما في أخذه، و لاستلزام تركه و القول بتحريمه الضرر و الحرج العظيم على هذه الطائفة.

و لا يشترط رضى المالك و لا يقدر فيه تظلمه، ما لم يتحقق الظلم بالزيادة عن

ص: ١٤٢

١- (١) عوالى اللئالى ١: ٢٢٤ ح ١٠٦ و ٣٨٩ ح ٢٢، سنن البيهقى ٦: ٩٥، المستدرک على الصحيحين ٢: ٤٧، سنن ابن ماجه ٨٠٢: ٢ ح ٢٤٠٠، مسند أحمد ٥: ١٢-١٣، سنن الترمذى ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦.  
٢- (٢) راجع جامع المقاصد ٤: ٤٤.

المعتاد أخذه من عامه الناس في ذلك الزمان. و اعتبر بعض الأصحاب (١) في تحققهما اتفاق السلطان و العمال على القدر، و هو بعيد الوقوع و الوجه. و كما يجوز ابتياعه و استيهابه، يجوز سائر المعاوضات. و لا يجوز تناوله بغير إذن الجائر. و لا يشترط قبض الجائر له، و ان أفهمه قوله «ما يأخذه الجائر» فلو أحاله به، أو وكله في قبضه، أو باعه و هو في يد المالك، أو ذمته حيث يصح البيع، كفى، و وجب على المالك الدفع.

و كذا القول فيما يأخذه باسم الزكاه. و لا يختص ذلك بالأنعام- كما افادته العبارة- بل حكم زكاه الغلات و الأموال كذلك. لكن يشترط هنا ان لا يأخذ الجائر زياده عن الواجب شرعا في مذهبه، و أن يكون صرفه لها على وجهها المعتبر عندهم، بحيث لا يعدّ عندهم غاصبا، إذ يمتنع الأخذ منه عندهم أيضا. و يحتمل الجواز مطلقا، نظرا إلى إطلاق النصّ (٢) و الفتوى. و يجيء مثله في المقاسمه و الخراج، لأنّ مصرفهما بيت المال، و له أرباب مخصوصون عندهم أيضا.

و هل تبرأ ذمه المالك من إخراج الزكاه مره أخرى؟ يحتمله، كما في الخراج و المقاسمه مع أنّ حق الأرض واجب لمستحق مخصوص، و للتعليل (٣) بكون دفع ذلك حقا واجبا عليه. و عدمه، لأنّ الجائر ليس نائب المستحقين فيتعدّر النيه، و لا يصح الإخراج بدونها. و على الأول تعتبر النيه عند الدفع إليه، كما يعتبر في سائر الزكوات.

و الأقوى عدم الاجتزاء بذلك، بل غايته سقوط الزكاه عمّا يأخذه إذا لم يفرّط فيه.

و وجوب دفعه إليه أعّم من كونه على وجه الزكاه أو المضى معهم في أحكامهم، و التحرز على الضرر بمباينتهم.

و لو أقطع الجائر أرضا مما تقسم أو تخرج، أو عاوض عليها، فهو تسليط منه عليهما، فيجوز للمقطع أو المعاوض أخذهما من الزارع و المالك، كما يجوز حالته عليه.

ص: ١٤٣

١- ١) لاحظ التنقيح الرائع ١٩: ٢.

٢- ٢) الوسائل ١٦١: ١٢ ب «٥٢» من أبواب ما يكتسب به ح ٥.

٣- ٣) كذا في «ن». و في سائر النسخ و التعليل.

العقد: هو اللفظ الدالّ (١) على نقل ملك، من مالك إلى آخر، بعوض معلوم.

و الظاهر أنّ الحكم مختصّ بالجائر المخالف للحق، نظرا إلى معتقده من استحقاقه ذلك عندهم، فلو كان مؤمنا لم يحلّ أخذ ما يأخذه منهما، لاعترافه بكونه ظالما فيه. و إنّما المرجع حينئذ إلى رأى حاكمهم الشرعى، مع احتمال الجواز مطلقا، نظرا إلى إطلاق النص و الفتوى. و وجه التقييد أصاله المنع إلّا ما أخرجه الدليل، و تناوله للمخالف متحقق، و المسؤول عنه للأئمة عليهم السلام إنّما كان مخالفا للحق، فيبقى الباقي. و ان وجد مطلق فالقرائن داله على اراده المخالف منه، التفاتا الى الواقع أو الغالب.

قوله: «العقد هو اللفظ الدال. إلخ».

اختلفت عبارات الأصحاب في حقيقه البيع، فجعله جماعة -منهم المصنف في النافع (١)، و الشهيد (٢) (رحمه الله) - نفس الإيجاب و القبول الناقلين لملك الأعيان.

و احتجوا عليه بأنّ ذلك هو المتبادر عرفا من معنى البيع فيكون حقيقه فيه.

و ذهب آخرون (٣) إلى أنّه أثر العقد، و هو انتقال العين. إلخ. و ردّه الشهيد (رحمه الله) في بعض تحقيقاته إلى الأول، نظرا إلى أنّ الصيغه المخصوصه سبب في الانتقال، فأطلق اسم المسبب على السبب، و عرّف المعنى بالغايه. و فيه نظر لأنّ الإطلاق المذكور مجازى، يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفه للماهيه، إلّا مع

ص: ١٤٤

١-١) المختصر النافع: ١١٨.

٢-٢) الدروس: ٣٣٤.

٣-٣) كالشيخ في المبسوط ٢: ٧٦، و ابن إدريس في السرائر ٢: ٢٤٠، و العلامه في التحرير ١: ١٦٤.

قيام قرينه واضحه، و هو منتف. و أمّا التعريف بالغايه بهذا المعنى فغير جائز، لأنّ حملها على المعنى حمل المواطاه-أعنى حمل هو هو-و الغايه مما لا- يصح حملها عليه كذلك. و إنّما تدخل الغايه فى التعريفات على معنى أخذ لفظ يمكن حمله على المعرّف، يشير إلى الغايه و غيرها من العلل التى لا يصح حملها عليه حمل المواطاه و هو هنا منتف.

إذا تقرر ذلك فعد إلى عباره المصنف فقوله: «العقد هو اللفظ الدال. إلخ» بحسب ظاهره تعريف لعقد البيع، لا للبيع نفسه، فلا يكون أحد التعريفين، بل تعريف لمعنى آخر. و يشعر بكون البيع ليس هو العقد، فيكون اختيارا للمعنى الآخر، و هو الانتقال أو ما قاربه، فيختلف نظره فى الكتابين. كما اختلف نظر العلامة، حيث عرّفه فى كثير من كتبه بالمعنى الأول (١)، و اختار فى المختلف (٢) الثانى.

و يمكن حمل عباره المصنف على ما يوافق النافع بجعل الإضافه فى قوله «عقد البيع» ببيانيه، و اللام فى قوله «العقد» للعهد الذكري، فيكون العقد عباره عن البيع «و هو اللفظ الدال. إلخ».

ثمّ اللفظ فى التعريف بمنزله الجنس البعيد للبيع، إذ جنسه القريب-على هذا التقدير- نفس الإيجاب و القبول المقيدين بما يخرج غيره من العقود. و باقى التعريف بمنزله الخاصه المركبه، يخرج بها غيره من العقود الدال لفظها على إباحه منفعه، أو تسلّط على تصرّف، أو نقل الملك بغير عوض، كالهبة و الوديعة و العاريه و المضاربه و الوكاله و الوصيه و غيرها من العقود التى لا تجمع ما ذكر من المحترزات.

و دخل فى إطلاق الملك ما كان ملكا للعاقده و لغيره، فدخل بيع الوكيل و الولي. و خرج بقيد المعلوم، الهبه المشترط فيها مطلق الثواب، و هبه الأذنى للأعلى -

ص: ١٤٥

١- ١) تحرير الاحكام ١: ١٦٤، القواعد: ١٢٣ نهاية الاحكام ٢: ٤٤٧.

٢- ٢) المختلف: ٣٤٧.



على قول من أوجب العوض -و مطلق الهبه، على قول الشيخ فى المبسوط (١). و دخل فىه بىع المكروه، حىث يقع صحىحا، فإنه لم يعتبر التراضى كما فعل غيره.

و بقى فىه أمور:

الأول: ىرد على طرده، اللفظ الدال على ما ذكر بلفظ الإخبار، فإنه لىس بىع، لأنه من قبىل الإنشاء. و لىس فى التعرىف ما ىخرجه.

الثانى: أن الملك ىشمل الأعیان و المنافع، فىنتقض فى طرده أىضا بالإجاره، فإن عقدها أىضا لفظ دال على نقل الملك -و هو المنفعه -بعوض معلوم.

الثالث: ىنتقض أىضا بالهبه المشروط فىها عوض معین، فإن التعرىف ىشملها و لىست بىعا.

الرابع: ىدخل فىه أىضا الصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معین، فإنه لىس بىعا عند المصنّف.

الخامس: ىنتقض فى عكسه بإشاره الأخرس و نحوه المفیده للبع، فإنها لىست لفظا، مع صحه البىع إجماعا. فلا بدّ من إدخاله فى التعرىف، بأنّ ىقول: «اللفظ أو ما قام مقامه» و نحوه.

السادس: ان كان المعرف البىع الصحىح، و أرىد ذكر شرائط صحته فى التعرىف، لم ىحسن الاقتصار على معلومیه العوض، فإنّ المعوّض كذلك و غیرهما من الشروط (٢). و قد ىستغنى عن الجمیع بقوله: «اللفظ الدال على النقل» فإنّ البىع الذى لا ىجتمع شرائط صحته لا تدل صیغته على نقل الملك. و ان أرىد الأعمّ من الصحىح و الفاسد، استغنى عن التعرض لمعلومیه العوض. و التحقیق أنه ىستغنى عنها مطلقا، لأنّ شرط الشىء غیر داخل فى حقیقته، فلا ىكون له دخل فى تعرىف ماهیته.

و ىمكن أن ىقال: إنّ ذكر معلومیه العوض لىس على وجه الاشرط، بل

ص: ١٤٦

١-١) المبسوط ٣:٣١٠.

٢-٢) كذا فى النسخ و لعل الصحىح: فان المعوّض كذلك و كذلك غیرهما من الشروط.

و لا يكفى التقابض (١) من غير لفظ، و إن حصل من الامارات ما يدل على اراده البيع.

تخصيص لمورد المعرف، لثلاً- ينتقض باللفظ الدال على نقل العين بعوض مجهول، فإنه ليس بيعاً صحيحاً، و المقصود تعريف الصحيح. لكن يبقى فيه الإخلال بمعلومية العوض و كمال المتعاقدين، فإن ذكرهما يحقق مورد البيع، و يمنع من دخول غير المقصود فيه، فلا وجه لتخصيص معلومية العوض.

و يبقى الكلام فى دلاله «اللفظ الدال على النقل» على ذلك كله، فإنه بدون الأمور المعتره فى صحه البيع شرعاً لا يدل على النقل المذكور، لأن الغرض الدلاله شرعاً بحيث يتحقق معه النقل. و إلا فمجرد إفهام النقل مع عدم وقوعه شرعاً غير كاف فى تحقق المعرف.

قوله: «و لا يكفى التقابض. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً، غير أن ظاهر كلام المفيد (١) (رحمه الله) يدل على الاكتفاء فى تحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه و تقابضاً. و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين (٢) يذهب إلى ذلك أيضاً، لكن يشترط فى الدال كونه لفظاً. و إطلاق كلام المفيد أعم منه. و النصوص المطلقة من الكتاب و السنه الداله على حل البيع و انعقاده من غير تقييد بصيغه خاصه يدل على ذلك، فإننا لم نقف على دليل صريح فى اعتبار لفظ معين، غير أن الوقوف مع المشهور هو الأجود، مع اعتضاده بأصالة بقاء ملك كل واحد لعوضه إلى أن يعلم الناقل. فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع، و عرف كل منهما رضا الآخر بما يصير إليه من العوض المعين، الجامع لشرائط البيع غير اللفظ المخصوص، لم يفد اللزوم.

لكن هل يفيد إباحه تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض، نظراً إلى إذن كل منهما للآخر فى التصرف، أم يكون بيعاً فاسداً من حيث اختلال شرطه و هو الصيغه الخاصه؟ المشهور الأول. فعلى هذا يباح لكل منهما التصرف، و يجوز له

ص: ١٤٧

١- ١) المقنعه: ٥٩١.

٢- ٢) فى هامش «ن» و «ك» و «و»: «هو السيد حسن بن السيد جعفر رحمه الله».

الرجوع فى المعاوضه ما دامت العين باقيه، فإذا ذهبت لُزمت. أمّا جواز التصرف، فلما مرّ من تسليط كل منهما الآخر على ما دفعه إليه و أذن له فيه، و لا- معنى لإباحه التصرف إلاّ- ذلك. و أمّا لزومها مع التلف، فلرضاهما بكون ما أخذه كل منهما عوضا عما دفعه، فإذا تلف ما دفعه كان مضمونا عليه، إلاّ أنّه قد رضى بكون عوضه هو ما بيده، فإن كان ناقصا فقد رضى به، و ان كان زائدا فقد رضى به الدافع، فيكون بمنزله ما لو دفع المديون عوضا عمّا فى ذمته، و رضى به صاحب الدين. و فيه نظر.

و إذا تقرر ذلك فتتقيد المحل يتم بمباحث:

الأول: هل المراد بالإباحه الحاصله بالمعاطاه قبل ذهاب العين افاده ملك متزلزل كالمبيع فى زمن الخيار، و بالتصرف يتحقق لزومه، أم الإباحه المحضه التى هى بمعنى الإذن فى التصرف، و بتحقيقه يحصل الملك له و للعين الأخرى؟.

يحتمل الأول، بناء على أنّ المقصود للمتعاقدين أنّما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسده، و لم يجز التصرف فى العين، و أنّ الإباحه إذا لم تقتض الملك فما الذى أوجب حصوله بعد ذهاب العين الأخرى؟!.

و عباره العلامه فى التحرير كالصريحه فى إفاده هذا المعنى، لأنه قال: «الأقوى عندى أنّ المعاطاه غير لازمه، بل لكل منهما فسخ المعاوضه ما دامت العين باقيه» (١).

و مقتضى تجويز الفسخ ثبوت الملك فى الجمله. و كذا تسميتها معاوضه، و الحكم باللزوم بعد الذهاب.

و يحتمل الثانى، التفاتا إلى أنّ الملك لو حصل بها لكانت يباعا و مدّعاهم نفى ذلك، و احتجاجهم بأنّ الناقل للملك لا بدّ أن يكون من الأقوال الصريحه فى الإنشاء، المنصوبه من قبل الشارع. و إنّما حصلت الإباحه باستلزام إعطاء كل منهما الآخر سلخته مسلطا له عليها الإذن فى التصرف فيها بوجوه التصرفات، فإذا حصل كان الآخر عوضا عمّا قابله لتراضيهما على ذلك، و قبله يكون كل واحد من العوضين

ص: ١٤٨

باقيا على ملك مالكة، فيجوز له الرجوع فيه. و لو كانت يباعا قاصرا عن إفاده الملك المترتب عليه لوجب كونها يباعا فاسدا إذا لم يجتمع شرائط صحته. و ما جاء من قبل الشارع أنّ البيع على قسمين: فما حصل فيه الإيجاب و القبول على وجههما لازم، و ما حصل فيه التراضي بدونه جائز. و من ثمّ ذهب العلامة في النهاية (١) إلى كونها يباعا فاسدا، و أنّه لا يجوز لأحدهما التصرف فيما صار إليه أصلا.

و على الوجهين يتفرع النماء، فان قلنا بالأول كان تابعا للعين في الانتقال و عدمه، و ان قلنا بالثاني احتمل كونه مباحا لمن هو في يده كالعين و عدمه. و أمّا و طء الجارية فالظاهر أنّه كالاستخدام يدخل في الإباحة ضمنا. و أما العتق فعلى الأول يكون جائزا لأنّه مملوك، و على الثاني يتجه العدم، إذ لا عتق إلا في ملك. و هذا ممّا يؤيد الأول، لأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ أنواع التصرفات.

الثاني: لو تلفت العينان معا تحقّق الملك فيهما. و لو تلفت إحداهما خاصة فقد صرّح جماعة (٢) بالاكْتفاء به في تحقّق ملك الأخرى، نظرا إلى ما قدّمناه من جعل الباقي عوضا عن التالف، لتراضيهما على ذلك. و يحتمل هنا العدم، التفاتا إلى أصله بقاء الملك لمالكة، و عموم الناس مسيطون على أموالهم (٣). و الأول أقوى، فإنّ من بيده المال مستحق قد ظفر بمثل حقه بإذن مستحقه فيملكه، و ان كان مغايرا له في الجنس و الوصف، لتراضيهما على ذلك.

الثالث: لو تلف بعض إحداهما احتمل كونه كتلف الجميع. و به صرّح بعض الأصحاب (٤) محتجا بامتناع الترادف في الباقي إذ هو موجب لتبعض الصفقة، و بالضرر. لأنّ المطلوب هو كون إحديهما في مقابل الأخرى. و فيه نظر، فإنّ تبعض الصفقة لا يوجب بطلان أصل المعاوضة، بل غاية جواز فسخ الآخر، فيرجع إلى

ص: ١٤٩

١-١) نهاية الاحكام ٢:٤٤٩.

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

٣-٣) عوالي اللثالي ١:٤٥٧ ح ١٩٨، عنه البحار ٢:٢٧٢ ح ٧.

٤-٤) راجع جامع المقاصد ٤:٥٨.

المثل أو قيمه، كما في نظائره. و أمّا الضرر الحاصل من التبعيض المنافي لمقصودهما من جعل إحداهما في مقابله الأخرى فمستند إلى تقصيرهما في التحفظ بإيجاب البيع، كما لو تبايعا بيعا فاسدا. و يحتمل حينئذ أن يلزم من العين الأخرى في مقابله التالف (١) و يبقى الباقي على أصل الإباحه بدلاله ما قدمناه.

الرابع: لو نقل أحدهما العين عن ملكه، فان كان لازما كالبيع و الهبه بعد القبض و الوقف و العتق فكالتالف. و إن كان جائزا كالبيع في زمن الخيار فالظاهر أنه كذلك، لصدق انتقال الملك عنه، فيكون كالتلف. و عودها بالفسخ إحداث ملك آخر، بناء على أن المبيع يملك بالعقد، و إن كان هناك خيار. أما الهبه قبل القبض فالظاهر أنها غير مؤثره، لأنها جزء السبب المملك، مع احتمال لصدق التصرف، و قد أطلق جماعه كونها تملك بالتصرف.

الخامس: لو تصرف فيها تصرفا غير ناقل للملك و لا جزء سببه، فان لم تتغير العين به عن صفتها- كالاستخدام [و الانتفاع بالإناء] (٢) و لبس الثوب- فلا- أثر له في لزوم، و إن أوجب تغييرا إلى حاله أخرى- كطحن الحنطه و صبغ الثوب- احتمل كونه كذلك لأصاله بقاء الملك مع بقاءه، و لزوم المعاطاه بذلك. و به جزم بعض الأصحاب (٣)، لما تقدم من امتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدد. و عندي فيه إشكال.

السادس: لو اشتبهت بغيرها، أو امتزجت بحيث لا- يتميز، فان كان بالأ- جود فكالتلف. و إن كان بالمساوى أو الأردا احتمل كونه كذلك، لامتناع الترادّ على الوجه الأول. و اختاره جماعه [١]. و يحتمل العدم في الجميع، لأصاله البقاء.

السابع: لو رجع في العين أو بعضها و قد استعملها من هي في يده، لم يرجع عليه بالأجره. و لو كانت قد نمت، فإن كان باقيا رجع به. و ان كان تالفا فلا، لتسليطه على التصرف فيه بغير عوض.

ص: ١٥٠

١- ١) كذا في النسخ و لعل الصحيح «ما في مقابله التالف».

٢- ٢) هذه الزيادة وردت في «ك».

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

الثامن: على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكوره، فهل تصير بيعا أو معاوضه برأسها؟ يحتمل الأول، لأنّ المعاوضات محصوره و ليست أحدها. و كونها معاوضه برأسها يحتاج إلى دليل. و يحتمل الثاني، لإطباقهم على أنّها ليست بيعا حال وقوعها، فكيف تصير بيعا بعد التلف.

و تظهر الفائده في ترتب الأحكام المختصه بالبيع عليها- كخيار الحيوان- لو كان التالف الثمن أو بعضه. و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثه من حين المعاطاه أم من حين اللزوم؟ كلّ محتمل. و يشكل الأول بقولهم: «إنّها ليست بيعا» و الثاني بأنّ التصرف ليست معاوضه بنفسه. اللهم إلّا أن تجعل المعاطاه جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناء على أنّها ليست لازمه. و إنّما يتم على قول المفيد و من تبعه. أما خيار العيب و الغبن فيشتبان على التقديرين، كما أنّ خيار المجلس منتف.

التاسع: لو وقعت المعامله بقبض أحد العوضين خاصه- كما لو دفع إليه سلعه بثمان وافقه عليه، أو دفع إليه ثمننا عن عين موصوفه بصفات السلم فتلف العوض المقبوض -ففى لحوق أحكام المعاطاه، و لزوم الثمن المسمى و المثلن الموصوف، نظر، من عدم صدق اسمها، لأنّهما مفاعله تتوقف على العطاء من الجانبين و لم يحصل، و الاقتصار بما خرج عن الأصل على موضع اليقين إن كان. و من صدق التراضى على المعاوضه، و تلف العين المدعى كونه كافيا فى التقابض من الجانبين، و الظاهر أنّ الحكم واحد. و قد ذكر أولهما شيخنا الشهيد (رحمه الله) فى الدروس (1)، و ألحقه بها.

العاشر: ذكر بعض الأصحاب (2) و رود المعاطاه فى الإجاره و الهبه، بأن يأمره بعمل معين و يعين له عوضا، فيستحق الأجر بالعمل. و لو كان إجاره فاسده لم يستحق شيئا مع علمه بالفساد، بل لم يجز له العمل و التصرف فى ملك المستأجر، مع اطباقهم على جواز ذلك و استحقاق الأجر، إنّما الكلام فى تسميته معاطاه فى الإجاره.

و ذكر فى مثال الهبه، ما لو وهبه بغير عقد، فيجوز للقبض إتلافه، و يملكه به. و لو

ص: ١٥١

١-١) الدروس: ٣٣٥.

٢-٢) راجع جامع المقاصد ٤: ٥٩.

سواء كان في الحقيير أو الخطير (١)، و يقوم مقام اللفظ، الإشاره مع العذر (٢).

و لا ينعقد إلا بلفظ الماضي (٣). فلو قال: اشتر أو ابتع أو أبيعك، لم كانت هبه فاسده لم يجوز. و لا- بأس به، إلا أن في مثال الهبه نظرا، من حيث إن الهبه لا- تختص بلفظ، بل كل لفظ يدل على التمليك بغير عوض كاف فيها، كما ذكره في بابه. و جواز التصرف في المثال المذكور موقوف على وجود لفظ يدل عليها، فيكون كافيا في الإيجاب. اللهم إلا أن يعتبر القبول القولى مع ذلك، و لا يحصل في المثال، فيتجه ما قاله.

قوله: «سواء كان في الحقيير أو الخطير».

ردّ به على بعض العامه، حيث اكتفى بالمعاطاه في المحقّرات، و أقامها فيه مقام البيع. و اختلفوا في تحديدها، فقال بعضهم (١): «ما لم يبلغ نصاب السرقة» و أحالها آخرون على العرف (٢)، كرطل خبز و غيره مما يعتاد فيه المعاطاه. و هو تحكّم. و الذى اختاره متأخرو الشافعيه (٣) و جميع المالكيه (٤) انعقاد البيع بكل ما دلّ على التراضى، و عدّه الناس بيعا. و هو قريب من قول المفيد (٥) و شيخنا المتقدم (٦). و ما أحسنه و أمتن دليله، إن لم ينعقد الإجماع على خلافه.

قوله: «و يقوم مقام اللفظ الإشاره مع العذر».

كما في الأخرس، و من بلسانه آفه، فإنه يكفى في انعقاد بيعه و قبوله له الإشاره المفهمه. و في حكمها الكتابه على ورق، أو لوح، أو خشب، أو تراب، و نحوها.

و اعتبر العلامه (٧) في الكتابه انضمام قرينه تدل على رضاه.

قوله: «و لا ينعقد الا بلفظ الماضي. إلخ».

إنما اعتبر في العقد لفظ الماضي، لأنّ الغرض منه الإنشاء و هو صريح فيه،

ص: ١٥٢

١-١) راجع المجموع ٩:١٦٤.

٢-٢) راجع المجموع ٩:١٦٤، كفايه الأختيار ١:١٤٧.

٣-٣) راجع السراج الوهاج: ١٧٣، كفايه الأختيار ١:١٤٧.

٤-٤) راجع حليه العلماء ٤:١٤، رحمه الأمه: ١٢٧، المغنى لابن قدامه ٥:٤.

٥-٥) المقنعه: ٥٩١.

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

٧-٧) نهايه الاحكام ٢:٤٥١.

يصح و إن حصل القبول.

و كذا فى طرف القبول(١)، مثل أن يقول: بعنى أو تبعنى، لأن ذلك أشبه بالاستدعاء أو بالاستعلام.

و هل يشترط تقديم الإيجاب(٢) على القبول؟ فيه تردد، و الأشبه عدم الاشتراط.

لاحتمال الوعد بالمستقبل، و عدم اقتضاء الأمر إنشاء البيع من جانب الأمر و إنما أنشأ طلبه. و أما الماضى فإنه و ان احتمل الاخبار، إلا أنه أقرب إلى الإنشاء، حيث دلّ على وقوع مدلوله فى الماضى، فإذا لم يكن ذلك هو المقصود كان وقوعه الآن حاصلًا فى ضمن ذلك الخبر. و الغرض من العقود ليس هو الاخبار، و إنما هذه الصيغة منقولة شرعا من الاخبار إلى الإنشاء. و الماضى ألصق بمعناه.

قوله: «و كذا فى طرف القبول. إلخ».

تبه بذلك على خلاف ابن البراج (١)، حيث جوزه بهما. و المشهور خلافه.

قوله: «و هل يشترط تقديم الإيجاب. إلخ».

وجه العدم من أصاله الجواز، و أنه عقد فيجب الوفاء به، و لتساويهما فى كون كل منهما ينقل ملكه إلى الآخر، فإذا جاز للبائع التقدم، جاز للمشتري، و لأن الناقل للملك هو الرضا المدلول عليه بالألفاظ الصريحة و لا مدخل للترتيب فى ذلك، و لجواز تقديمه فى النكاح بغير اشكال فليكن فى غيره كذلك، فإن النكاح مبنى على الاحتياط زياده على غيره.

و ذهب جماعه (٢) من الأصحاب إلى اعتبار تقديمه، بل ادعى عليه الشيخ فى الخلاف [١] الإجماع، للشك فى ترتب الحكم مع تأخيره، مع أن الأصل خلافه،

ص: ١٥٣

١- ١) نقل العلامة فى المختلف: ٣٤٨ عن الكامل، راجع المذهب ١: ٣٥٠.

٢- ٢) منهم ابن حمزه فى الوسيله: ٢٣٧، و ابن إدريس فى السرائر ٢: ٢٤٩، و العلامة فى التذكرة ١: ٤٦٢.



و لو قبض المشتري (١) ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه، و كان مضمونا عليه.

## و أما الشروط

### اشاره

و أما الشروط

### فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين

فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين و هو البلوغ، و العقل، و الاختيار.

فإنّ القبول مبنى على الإيجاب لأنّه رضا به فلا بدّ من تأخّره. و تجويز التقديم فى النكاح لمصلحه استحياء المرأه. و الأقوى الأول.

و موضع الخلاف ما لو كان القبول بلفظ ابتعت أو شريت أو اشتريت أو تملكك منك كذا بكذا، بحيث يشتمل على ما كان يشتمل عليه الإيجاب، أمّا لو اقتصر على القبول، أو قال: قبلت، و إن أضاف إليه باقى الأركان لم يكف بغير اشكال. و حينئذ فلا فرق بين الإيجاب و القبول، و إنّما كل منهما أحد شقّى العقد. و فى الحقيقة هذه الألفاظ المتقدمه المعده قبولاً قائمه مقامه لا نفسه، و إنّما القبول على الحقيقة «قبلت» و هو ممّا لا يصح الابتداء به.

قوله: «و لو قبض المشتري. إلخ».

لا إشكال فى ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد، لأنّه أقدم على ان يكون مضمونا عليه، فيحكم عليه به، و إن تلف بغير تفريط، و لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١). و من القواعد المقرره فى هذا الباب أنّ كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

و لا فرق - مع جهله - بين كون البائع عالماً بالفساد أو جاهلاً، مع احتمال عدم الضمان لو علم، لتسليطه على إتلافه، مع علمه بكونه باقياً على ملكه. و كذا لو كانا عالمين بالفساد. و لو كان البائع جاهلاً به و المشتري عالماً فالضمان أولى. و الأقوى ثبوته فى جميع الصور، فيترادان العينين مع بقائهما، و بدلتهما مع تلفهما، و يرجع صاحب المنافع المستوفاه بها. و لو فاتت بغير استيفاء فوجهان. و لو زادت العين فللمالك، إلّا أن

ص: ١٥٤



فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه (١)، ولو أذن له الولي.

و كذا لو بلغ عشرة عاقلا، على الأظهر (٢). و كذا المجنون، و المغمى عليه، و السكران غير المميز، و المكره، و لو رضى كل منهم بما فعل بعد زوال عذره، عدا المكره للوثوق بعبارة (٣).

و لو باع المملوك أو اشترى بغير إذن سيده لم يصح. فان أذن له جاز.

تكون الزيادة بفعل الآخر جاهلا، فهي له، عينا كانت كالصبغ، أو صفه كالصنعه.

قوله: «فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه. إلخ».

لا- فرق في الصبي بين المميز وغيره، و لا- بين كون المال له أو للولي أو لغيرهما، أذن مالكة أم لا، فلا يصح لبائعه التصرف فيما صار إليه، و ان كان مالكة قد اذن، لأنه بيع فاسد، فيلزمه الحكم السابق في الرجوع على القابض. نعم، ليس له على الصبي رجوع بعوض ماله لو تلف أو أتلفه، لأنه فرط فيه بتسليطه عليه مع عدم أهليته. و لو أمره ولّيه بالدفع إليه فدفع، فان كان مال الولي برئ من ضمانه و كان هو المفرط، و إن كان مال الصبي لم يبرأ. و لو كان عوض ما ابتاعه من الصبي أو باعه فالمال للدافع و هو المضيع، فلا عبره بإذن الولي في ضمانه و لا ضمان الصبي.

قوله: «و كذا لو بلغ عشرة عاقلا على الأظهر».

هذا هو الأقوى. و قيل بجواز بيعه بالوصفين. و هو ضعيف. و المراد بالعقل هنا الرشد، فغير الرشيد لا يصح بيعه- و ان كان عاقلا- اتّفاقا.

قوله: «و لو رضى كل منهم بما فعل- إلى قوله- عدا المكره للوثوق بعبارة».

الفرق بينهم و بين المكره واضح، إذ لا- قصد لهم إلى العقد و لا- أهلية لهم، لفقد شرطه و هو العقل، بخلاف المكره، فإنه بالغ عاقل، و ليس ثمّ مانع إلاّ عدم القصد إلى العقد حين إيقاعه، و هو مجبور بلحوقه له بالإجازه، فيكون كعقد الفضولي حيث انتفى القصد إليه من مالكة الذي يعتبر قصده حين العقد، فلما لحقه القصد بالإجازه صحّ.

و حينئذ، فلا مانع من الصحة إلاّ تخيل اشتراط مقارنة القصد للعقد و لا دليل

عليه. و يتبّه على عدم اعتباره عقد الفضولى. و عموم الأمر بالوفاء (١) بالعقد يشملته.

فلا يقدر فيه اختصاص عقد الفضولى بنصّ. و بهذا يظهر ضعف ما قيل هنا من انتفاء القصد أصلا و رأسا مع عدم الرضا، و أن الظاهر من كون العقود بالقصود، القصد المقارن لها دون المتأخر.

و يمكن أن يقال: إنَّ القصد من المكره حاصل دون من سبق، لأنَّ غير العاقل لا يقصد إلى اللفظ و لا إلى مدلوله، بخلاف المكره، فإنَّه باعتبار كونه عاقلا- قاصد إلى ما يتلفظ به و يفعله بشعوره، لكنَّه بالإكراه غير قاصد إلى مدلوله، و ذلك كافى فى صلاحيته و قبوله للصحة إذا لحقه القصد إلى مدلوله بإجازته.

و مثله القول فى عقد الفضولى فإنَّه قاصد إلى اللفظ الصادر منه، لأنَّ المفروض أهليته و جمعه للشرائط المعتره فى صحة العقد إلّا الملك. و لا يتحقق منه قصد مدلوله - أعنى نقل الملك و التسليط على التصرف و غيرهما من احكام العقد- لأنَّ ذلك من وظائف المالك، فإذا أجاز المالك و قصد إلى ذلك صحّ. و يتفرع عليه ما لو عقد الفضولى فى حاله لا يكون فيها أهلا للقصد إلى اللفظ- كالنائم و السكران و الصبى و المجنون- فإنَّ الإجازة اللاحقه له من المالك لا تؤثر. و من ثمَّ حكموا بأنَّ الولى لو أجاز عقد الصبى لم يصحّ. و هذا واضح بين.

و قد تبّه الشهيد (رحمه الله) فى الدروس على ما يوافق ذلك، و ان كان فى نفسه لا- يخلو من مناقشه. فقال فى بيع الفضولى إذا لحقه الرضا: «و الأقرب أن الرضا كاف فىمن قصد إلى اللفظ دون مدلوله، فلو أكره حتى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا، كالسكران» (٢). و هو تنبيه حسن، إلّا أنَّ فى تحقق ذلك فى المكره، بحيث يتلفظ بالعقد غير قاصد إلى لفظه كالسكران نظرا، فإنَّ الإكراه على اللفظ بحيث يكون حركه اللسان من المكره غير متحقق و لا- مقدور للمكره. و إنّما يتحقق الإكراه بحمل المكره للمكره على الفعل باختياره، خوفا من المكره على نفسه أو ماله أو ما فى

ص: ١٥٦

١-١ (١) المائده: ١.

٢-٢ (٢) الدروس: ٣٣٥.

و لو أمره آمر أن يبتاع له نفسه من مولاه، قيل: لا يجوز، والجواز أشبه (١).

و أن يكون البائع مالكا، أو مَمَّن له أن يبيع عن المالك، كالأب، و الجدُّ للأب، و الوكيل، و الوصي، و الحاكم، و أمينه.

حكهما، مع حضور عقله و تمييزه، بخلاف المجنون و السكران و نحوهما. غير أن ما ادعاه (رحمه الله) إذا بلغ الإلجاء إليه و تحقق وقوعه، فالأمر فيه كما قاله.

لكن يبقى في هذا كله اشكال من وجه آخر، و هو أن الهازل قد حكموا بفساد عقده، و لم يذكروا لزومه لو لحقه الرضا به. و ظاهر حاله أنه قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، لأنه بالغ عاقل، فاللازم حينئذ إما إلحاقه بالمكره في لزوم عقده مع لحوق الرضا، أو إبداء الفرق بكونه غير قاصد للفظ. و فيه تأمل.

و اعلم أن بيع المكره إنما يتوجه إليه البطلان إذا كان بغير حق، فلو أكره بحق بأن توجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه، أو شراء مال أسلم إليه فيه، فأكرهه الحاكم عليه، صحَّ بيعه و شراؤه، فإنه إكراه بحق. و مثله تقويم العقد على معتق نصيبه منه، و تقويمه في فكّه من الرّق ليرث، و إكراهه على البيع لنفقتة و نفقه زوجته مع امتناعه، و بيع الحيوان إذا امتنع من الإنفاق عليه، و العبد إذا أسلم عند الكافر، و العبد المسلم و المصحف إذا اشتراهما الكافر و سوّغناه، فإنهما يباعان عليه قهرا، و الطعام عند المخمصة يشتره خائف التلف، و المحتكر مع عدم وجود غيره و احتياج الناس إليه.

فكل هذه الصور مستثناه من قولهم: «إنَّ بيع المكره غير صحيح». و ضابطها الإكراه بحق، كما قدّمناه.

قوله: «و لو أمره آمر أن يبتاع له نفسه من مولاه، قيل: لا يجوز و الجواز أشبه».

وجه المنع اعتبار التغير بين المتعاقدين، و عبارته العبد كعباره سيده، أو اشتراط إذن المولى في تصرف العبد، و لم يسبق له منه إذن. و يندفع الأول بأن المغايرة الاعتبارية كافيته. و من ثمَّ اجتزأنا بكون الواحد الحقيقي موجبا قابلا، فهنا أولى.

و الثاني بأن مخاطبه السيد له بالبيع في معنى التوكيل له في تولّى القبول. و به يظهر جواب ما قيل من أن قوله «من مولاه» مستدرك، لأنه لا يشتري نفسه إلا منه، فإنه

فلو باع ملك غيره، وقف على اجازته المالك أو وليه، على الأظهر (١).

ربما احترز به عن شرائه نفسه من وكيل مولاه، فإنه قد لا يصح، نظرا إلى وقوعه بغير اذن المولى، بخلاف ما لو وقع مع المولى، فإنه في معنى الاذن. والأقوى الجواز.

قوله: «فلو باع ملك غيره وقف على اجازته المالك أو وليه على الأظهر».

هذا قول الأكثر. ويدل عليه وجود المقتضى للصحة، وهو العقد الجامع للشرائط. وليس ثم مانع إلا إذن المالك، وبحصولها بعد يزول المانع ويجتمع الشرائط. واشتراط المالكيه في المبيع أعم من كونه شرطا للزوم أو للصحة. ويؤيده حديث عروه البارقي (١)، حيث أمره النبي صلى الله عليه وآله وسلم بشراء شاه بدينار، فاشتري شاتين به، ثم باع إحداهما به، وردّه مع الأخرى، فأجازته النبي صلى الله عليه وآله وسلم وبارك له في صفقه يمينه. وفي المنع أحاديث (٢). وهي من الطرفين عاميه، إلا أن ما هنا أشهر وأدل على المطلوب.

ولا فرق في ذلك بين البيع والشراء، وان كانت المسألة والروايه مفروضه في البيع. ثم على تقدير الإجازة و لزوم العقد، فهل هي ناقله لملك من بيده المال من حينها، أم كاشفه عن حصوله من حين عقد البيع؟ الأقوى الثاني. وتظهر الفائده في النماء المتخلل بينهما وفي أحكام أخر تأتي إن شاء الله تعالى.

ثم ان اتحد العقد بالحكم واضح، وإن ترتبت العقود على الثمن أو المثلن أو هما، وأجاز الجميع صح أيضا. وإن أجاز أحدهما، فإن كان هو المثلن صح في المجاز وما بعده من العقود. وإن كان هو الثمن صح وما قبله. كذا أطلقه جماعه من الأصحاب (٣).

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

ص: ١٥٨

١- ١) عوالى اللئالى ٣:٢٠٥ ح ٣٦، مستدرک الوسائل ١٣ مال الولى برئ من ضمانه و كان هو المفرط، وإن كان مال الصبى لم يبرأ. ولو كان ب «١٨» ح ١ ثاقب المناقب: ١١٢، سنن الترمذى ٣:٥٥٩ ح ١٢٥٨، سنن أبى داود ٣:٢٥٦ ح ٣٣٨٤.

٢- ٢) سنن البيهقى ٥:٣٣٩.

٣- ٣) راجع إيضاح الفوائد ١:٤١٨ و جامع المقاصد ٧١، ٧٠:٤.

المشترى، فتصحّ العقود المتأخره عنه المترتبّه على فعل المشتري، و تبطل السابقه لعدم الإجازة. و إجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز، فتبطل التصرفات المتأخره عنه فيه، حيث لم يجزها، و تصح السابقه، لأن ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحه العقود السابقه، و إلاّ- لم يمكن تملكك ذلك الثمن. مثاله: ما لو كان الفضولي قد باع مال المالك بكتاب مثلا، ثمّ باع الكتاب بسيف، ثمّ باع السيف بثوب، ثمّ باع الثوب بفرس، فأجاز المالك بيع الثوب بالفرس، فإنّ ملكه حينئذ للفرس يتوقف على تملك الثوب، و إنما يملك الثوب إذا ملك العوض الذي اشترى به و هو السيف و إنما يملك السيف إذا ملك العوض الذي اشترى به و هو الكتاب. فظهر أنّ إجازته للعقد المتأخر يستلزم إجازة العقود السابقه، و إلاّ- لم يتمّ، فيحكم بصحه ذلك كلّ، حملا لفعل المسلم على الوجه المعتدّ به شرعا.

و هذا الحكم صحيح في هذا المثال و نظائره، إلاّ أنّ مسأله ترتب العقود على الثمن أعمّ منه. فإنّ من صورته ما لو بيع الثمن- و هو الكتاب في هذا المثال- مرارا، كما لو باعه ذلك الفضولي بمائه، ثمّ باعه المشتري بمائتين، ثمّ باعه المشتري الثاني بثلاثمائه، فأجاز المالك العقد الأخير، فإنّه لا يقتضى إجازة ما سبق، بل لا يصحّ سواه، مع أنّه يصدق عليه أنّ العقود ترتبت على الثمن، و لم يتمّ الحكم بصحه ما قبل المجاز.

و أمّا مسأله سلسله العقود على المثلث، فصحه العقود اللاحقه للمجاز مبتيه على أنّ الإجازة كاشفه، ليظهر ملك كل بائع متأخر حين يبيعه و ان كان في ثاني الحال، أمّا لو جعلناها ناقله للملك من حين الإجازة، فالبائع لم يكن مالكا حين يبيعه، و أنّما ملك بعده بالإجازة، و الإجازة كانت لمالك العين و لم يحصل، و عند إجازته للعقد السابق خرج اللاحق عن ملكه فلم يمكنه الإجازة، فتبني صحه البيع المتأخر حينئذ على من باع فضوليا ثمّ انتقل إليه الملك، فإنّ في لزوم البيع حينئذ، أو توقفه على إجازته ثانيا و جهان. و قد ظهر بذلك أنّ إطلاقهم الحكم في السلسلتين يحتاج إلى تنقيح.

و لا يكفى سكوته مع العلم، و لا مع حضور العقد.

فإن لم يجز، كان له انتزاعه من المشتري (١)، و يرجع المشتري على البائع بما دفعه إليه، و ما اغترمه من نفقه، أو عوض عن أجره أو نماء، إذا لم يكن عالما أنه لغير البائع، أو ادعى البائع أن المالك أذن له.

و ان لم يكن كذلك، لم يرجع بما اغترم (٢)، و قيل: لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب (٣).

قوله: «فان لم يجز كان له انتزاعه من المشتري. إلخ».

إذا لم يجز المالك البيع يرجع فى عين ماله و نمائها-متصلا و منفصلا-و عوض منافعها المستوفاه و غيرها، و بقيمه الهالك من ذلك أو مثله. و المعتبر بالقيمه يوم التلف على الأقوى، إن كان التفاوت بسبب السوق، و بالأعلى إن كان بسبب الزيادة العينيه كالسمن، أو الوصفيه كالعلم بصنعه ثم نسيانها. ثم المشتري يرجع بذلك كله على البائع مع أحد الوصفين، و هما الجهل بكونها لغير البائع، و ادعاء البائع الإذن فى البيع. و لو رجع عليه المالك بالقيمه مع التلف رجح بها على البائع، و ان زادت على الثمن المدفوع إليه. و لا- فرق فى ذلك بين أن يكون قد حصل للمشتري نفع فى مقابله ما غرم أولا، على الأقوى، لغروره و دخوله على ان يكون ذلك له بغير عوض.

قوله: «و إن لم يكن كذلك لم يرجع بما اغترم».

لأنه حينئذ غاصب مفترط، فلا يرجع بشيء يغرمه للمالك مطلقا.

قوله: «و قيل: لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، مطلقين الحكم فيه، الشامل لكون الثمن باقيا و تالفا. و وجهه بكون المشتري قد دفعه اليه و سلطه عليه، مع علمه بعدم استحقاقه له، فيكون بمنزله الإباحه. و هذا يتم مع تلفه، أمّا مع بقائه فلا، لأنه ماله و هو متسلط عليه بمقتضى الخبر (١). و لم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، لأنه إنما دفعه عوضا عن شيء لا- يسلم له، لا مجانا. فمع تلفه يكون آذنا فيه، أمّا

ص: ١٦٠



و كذا لو باع ما يملك و ما لا يملك، مضى ببعه فيما يملك، و كان فيما لا يملك موقوفاً (١) [على الإجازة].

مع بقاءه فله أخذه لعموم النصوص الداله على ذلك. بل يحتمل الرجوع بالثمن مطلقاً— هو الذى اختاره المصنف (رحمه الله) فى بعض تحقیقاته (١) —لتحریم تصرف البائع فيه، حیث إنّه أكل مال بالباطل فىكون مضموناً علیه. لو لا ادعاء العلامه فى التذکره (٢) الإجماع على عدم الرجوع مع التلف، لكان فى غايه القوه. و حیث لا إجماع علیه مع بقاء العين، فلیکن القول به متعیناً.

فان قيل: کیف یجامع تحریم تصرف البائع فى الثمن عدم رجوع المشتري به فى حال، فإنّه حیثئذ لا محاله غاصب آكل للمال بالباطل. فاللازم إمّا جواز تصرفه، أو جواز الرجوع علیه مطلقاً.

قلنا: هذا الإلزام فى محلّه. و من ثمّ قلنا: إنّ القول بالرجوع مطلقاً متّجه، لكنّ لما أجمعوا على عدمه مع التلف كان هو الحجه. و حیثئذ نقول: إن تحقق الإجماع فالأمر واضح، وإلا فمن الجائز أن يكون عدم جواز رجوع المشتري العالم عقوبه له، حیث دفع ماله معاوضاً به على محرّم. و على هذا يكون البائع مخاطباً برده أو ردّ عوضه مع التلف، فان بذله أخذه المشتري، و ان امتنع منه بقى للمشتري فى ذمّته، و إن لم یجز له مطالبته به. و نظیر ذلك ما لو حلف المنكر على عدم استحقاق المال فى ذمّته، فإنّه لا یجوز حیثئذ للمدعى مطالبته و لا مقاصّته، و ان كان الحق مستقراً فى ذمّه المنكر فى نفس الأمر. و ذلك لا یمنع من تكلیفه برده، و عقوبته علیه لو لم یرده. و لا فرق فى هذا الحكم بین كون البائع غاصباً صرفاً مع علم المشتري به، أو فضولياً و لم یجز المالك كما هو مقتضى الفرض.

قوله: «و كان فيما لا يملك موقوفاً».

الموقوف هو البيع المضمّر فى «كان»، أى كان البيع فيما لا يملك موقوفاً على

ص: ١٤١

١- ١) لم نعرث علیه فى ما لدينا من كتب المحقق رحمه الله.

٢- ٢) لم نجدّه فى التذکره راجع المختلف: ٣٤٨.

و يقسّط الثمن بان يقوّما جميعا(1)، ثمّ يقوّم أحدهما، و يرجع على البائع بحصّته من الثمن، إذا لم يجز المالك.

اجازه المالك. و لا بعد في كون البيع الواحد لازما موقوفا باعتبارين، حيث يشتمل على شيئين مختلفين في الحكم.

قوله: «و يقسّط الثمن بان يقوّما جميعا. إلخ».

المراد أنّه يقوّم أحدهما منفردا، ثمّ ينسب إلى المجموع، و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبه، لا أنّه يسقط من الثمن بقدر ما يقوّم به، كما قد يشعر به إطلاق العبارة، لأنّ القيمة المذكوره قد تستوعب مجموع الثمن أو تزيد عليه. مثال ذلك:

أن يقوّما معا، فاذا قيل: قيمتهما عشرون، ثمّ يقوّم أحدهما: المستحق أو غيره، إذ لا- تفاوت هنا، لتحقق العلم بقيمه المردود، فاذا قيل: قيمه أحدهما عشره، فنسبتها إلى المجموع النصف، فيرجع بنصف الثمن كائنا ما كان، و هكذا. فلو فرض كون مجموع الثمن عشره كان الرجوع في المثال بخمسه، و هي نسبة أحدهما إلى المجموع.

فلو لا اعتبار النسبه لزم أخذ الثمن و المثلن الباقي بغير عوض.

و أنّما يعتبر قيمتهما مجتمعين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زياده قيمه كل واحد منفردا، كعبدین و ثوبین مثلا. أمّا لو استلزم اجتماعهما زياده القيمه - كمصراعى باب، كل واحد لمالك - فإنهما لا يقوّمان مجتمعين، إذ لا يستحق مالك كل واحد حصته إلاّ منفردا، فلا يستحق ما يزيد باجتماعهما. و طريق تقويمهما على هذا أن يقوّم كل واحد منهما منفردا، و ينسب قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين، و يؤخذ من الثمن بتلك النسبه. فإذا قوم كل منهما منفردا بعشره، يؤخذ نصف الثمن، لأنّه نسبة إحداهما إلى المجموع.

و هذا الحكم كله في مثال المصنف واضح، لأنّه فرضه في بيع ما يملكه البائع و ما لا يملكه في عقد. فلو فرض كونهما لمالك واحد، كما لو باع الفضولي المصراعين معا، فأجاز مالکهما في أحدهما دون الآخر، ففي تقديرهما مجتمعين - كالغصب - كالغاصب أو منفردين - كما لو كانا لمالكين - نظر.

و لو أراد المشتري ردّ الجميع، كان له ذلك (١).

و كذا لو باع ما يملك و ما لا يملكه المسلم (٢)، أو ما لا يملكه مالك، كالعبد مع الحرّ، و الشاه مع الخنزير، و الخل مع الخمر.

قوله: «و لو أراد المشتري ردّ الجميع كان له ذلك».

لتبعض الصفقه عليه. و هذا يتمّ مع جهله بكون أحدهما ملكا لغير البائع.

أمّا مع علمه فلا- خيار له. و كذا القول في كل موضع يثبت فيه الخيار لتبعض الصفقه، فإنّه مقيد بجهل ذي الخيار بالحال قبل البيع. فان قيل: كيف يصحّ البيع في البعض مع أنّ التراضي إنّما وقع على المجموع، و بدونه يمتنع صحه العقد؟ قلنا:

العقد في نفسه صحيح، لكنّه غير لازم. فإذا طرأ على الصحه بطلان البيع في البعض بسبب عدم الإجازة بقي الباقي محكوما بصحته، إذ لا دليل على بطلانه بعد الحكم بالصحه. غايه ما في الباب جبره بالخيار مع جهله. و لو كان عالما فلا إشكال في صحه ذلك البعض لقدمه على ذلك.

قوله: «و كذا لو باع ما يملك و ما لا يملكه المسلم. إلخ».

طريق تقويم ذلك أن يقوم الحر لو كان عبدا بالوصف الذي هو عليه من كبر و صغر، و بياض و سواد و غيرها. و أمّا الخمر و الخنزير فيرجع فيهما إلى قيمتهما عند مستحليهما، لا- بمعنى قبول قولهم في القيمة، لا- اشتراط عداله المقوم، بل يمكن فرضه في تقويم عدلين قد أسلما عن كفر يشتمل على استحلالهما، أو مطلقين على قيمتهما عندهم، لكثرة المخالطه لهم و عدم احتشامهم فيهما. و لو قيل بقبول إخبار جماعه منهم كثيره يؤمن اجتماعهم على الكذب، و يحصل بقولهم الظن الغالب المقارب للعلم، أمكن.

و بقي في المسأله إشكال من وجهين:

أحدهما: أنّ المشتري لهذين الشئيين إن كان جاهلا بما لا يملك توجه ما ذكر، لقصده إلى شرائهما، فإذا لم يتم له الأمران و زرع الثمن. أمّا إذا كان عالما بفساد البيع فيما لا يملك أشكال صحه البيع مع جهله بما يوجب التقيط، لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع، لأنّه في قوه بعثك العبد بما يخصّه من الألف إذا وزعت عليه

و الأب و الجدّ للأب يمضى تصرفهما(١)، ما دام الولد غير رشيد.

و تنقطع ولايتهما بثبوت البلوغ و الرشيد.

و يجوز لهما أن يتوليا طرفى العقد(٢)، فيجوز أن يبيع عن ولده [من غيره] و على شىء آخر، و هو باطل.

و قد نبه على ذلك العلامة فى التذكرة، و قال: إنَّ البطلان حينئذ ليس ببعيد من الصواب (١).

و الثانى: أنَّ هذا الحكم - أعنى التوزيع - إنما يتم أيضا قبل اقباض المشتري الثمن، أو بعده مع جهله بالفساد. أما مع علمه فيشكل التقييد ليرجع بقسطه، لتسليطه البائع عليه و اباحته له، فيكون كما لو دفعه إلى بائع مال غيره، كالغاصب.

و قد تقدم أنَّ الأصحاب لا يجيزون الرجوع بالثمن، إنما مطلقا أو مع تلفه، فينبغى هنا مثله. إلا أن يقال: ذلك خرج بالإجماع، و إلا فالدليل قائم على خلافه، فيقتصر فيه على مورده. و هو حسن إن تمَّ.

قوله: «و الأب و الجدّ يمضى تصرفهما. إلخ».

مفهوم صدر العبارة زوال ولايتهما عنه بثبوت الرشيد و ان لم يبلغ، لأنه جعل هذه الولاية فى زمن عدم الرشيد. و مفهوم عجزها أنَّ ولايتهما لا تنقطع ما لم يجتمع الوصفان البلوغ و الرشيد. و الثانى هو الصواب. و أما الأول فمفهومه لا يعمل به على ما حَقَّق فى الأصول. و كأنَّ الموجب لتعبيره كذلك قصد إثبات حكم الولاية لهما عليه و إن بلغ و طعن فى السن ما دام غير رشيد. و ترك الاحتراز من تحقق الرشيد قبل البلوغ، لظهور حكم الحجر على الصبى مطلقا.

و يشترط فى ثبوت ولايتهما على غير الرشيد استمرار سفهه قبل البلوغ، ليستصحب حكم الولاية لهما عليه من الصغر. فلو بلغ و رشيد ثمَّ زال رشده لم تعد ولايتهما، بل يكون للحاكم. و كذا القول فى المجنون.

قوله: «و يجوز لهما أن يتوليا طرفى العقد. إلخ».

هذا هو الأصح. و كذا يجوز تولي طرفيه فى كل موضع يثبت للمتولى الولاية

ص: ١٦٤

و عن نفسه من ولده، و عن ولده من نفسه.

و الوكيل يمضى تصرّفه على الموكل، ما دام الموكل حيًا جائز التصرف. و هل يجوز أن يتولى طرفى العقد؟ (١) قيل: نعم، و قيل: لا، و قيل: إن علم الموكل جاز، و هو الأشبه. فإن أوقع قبل إعلامه وقف على الإجازة.

و الوصى لا يمضى تصرّفه إلاّ بعد الوفاء. و التردد فى تولّيه لطرفى العقد، كالوكيل (٢). و قيل: يجوز أن يقوم على نفسه (٣)، و أن يقتضى إذا كان من الجنين، و لو بالاستنابه، فإنّ المغايره الاعتباريه كافيّه فى ذلك.

قوله: «و هل يجوز أن يتولى طرفى العقد. إلخ».

جواز تولى الوكيل طرفى العقد يقع فيه الإشكال فى موضعين:

أحدهما: مطلق مباشره الإيجاب و القبول معا. و الأصحّ جوازه كما تقدم (١).

و الثانى: بيعه ما و كلّ فيه من نفسه، فقد قيل: إنّه لا يجوز مع عدم اذن الموكل فيه صريحا، بان يقول له: بعه و لو من نفسك، أو يعلمه هو فيقول: أبيع و لو من نفسى، فيرضى الموكل بذلك. و الثانى الجواز مع الإطلاق. و هذا هو الذى نقل المصنف الخلاف فيه دون الأول. و الأصحّ الجواز مع الاعلام، و مع القرينه الداله على أنّ الموكل إنّما يريد البيع لا خصوصيه المشتري. أمّا لو تولى الطرفين بالوكالة عن المشتري أيضا فإنّه يصحّ، نظرا إلى جواز تولى الطرفين فى غيره، و إن كانت العبارة هنا وقعت مطلقه.

قوله: «و الوصى لا يمضى تصرّفه الا بعد الوفاء. و التردد فى تولّيه طرفى العقد كالوكيل».

أى توليه طرفيه لنفسه كما تقدّم. أمّا لغيره فيصحّ بغير تردد من المصنف فى المسألتين. و الأصحّ الجواز مطلقا.

قوله: «و قيل: يجوز ان يقوم على نفسه. إلخ».

هذا القول هو المشهور بين الأصحاب. و كثير منهم لم يذكر خلافا. و شرط

ص: ١٦٥

(١ - ١) فى التعليقه السابقه.

و أما الحاكم و أمينه، فلا يليان (١) إلا على المحجور عليه، لصغر، أو سفه، أو فلس، أو حكم على غائب.

و أن يكون المشتري مسلما، إذا ابتاع عبدا مسلما (٢)، بعضهم (١) -مع ملاءته- الرهن عليه، حذرا من إفلاسه و زياده ديونه، فيحفظ الرهن مال الطفل. و هو حسن. و كذا يعتبر الاشهاد، حفظا للحق. و إنما يصح له التقويم على نفسه مع كون البيع مصلحه للطفل، إذ لا يصح بيع ماله بدونها مطلقا. أما الاقتراض فشرطه عدم الإضرار بالطفل، و ان لم تكن المصلحه موجوده، و قد تقدم تعريف الملاءه فى الزكاه (٢).

قوله: «أما الحاكم و أمينه فلا يليان. إلخ».

يشترط فى الصغير عدم الأب و الجد له و ان علا، و فى السفیه ذلك أو تجدده بعد البلوغ و الرشده، فلو بلغ سفيها لم تزل عنه ولايه الأب و الجد. و كذا القول فى الجنون و الفلس.

قوله: «و أن يكون المشتري مسلما إذا ابتاع عبدا مسلما».

يمكن أن يريد بالمسلم من حكم بإسلامه ظاهرا، لأن ذلك هو المتبادر من لفظ المسلم و إجراء أحكامه عليه. فيدخل فيه فرق المسلمين المحكوم بكفرهم، كالخوارج و النواصب. و يمكن أن يريد به المسلم حقيقه نظرا إلى أنّ غيره إذا حكم بكفره دخل فى دليل المنع الدال على انتفاء السبيل للكافر على المسلم. و هذا هو الأولى، لكن لم أقف على مصرح به. و فى حكم العبد المسلم، المصحف و أبعاضه، دون كتب الحديث النبويه. و تردّد فى التذكرة (٣) فيها.

ص: ١٦٦

١- ١) ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ٨٦ و نسبه الى الشهيد فى بعض حواشيه.

٢- ٢) راجع الجزء الأول: ٣٥٦.

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٦٣.

وقيل: يجوز و لو كان كافرا، و يجبر على بيعه من مسلم، و الأول أشبه (١).

و لو ابتاع الكافر أباه المسلم، هل يصحّ فيه تردّد، و الأشبه الجواز (٢)، لانتفاء السبيل بالعتق.

### و منها ما يتعلق بالمبيع

و منها ما يتعلق بالمبيع. و قد ذكرنا بعضها فى الباب الأول، و نزيدها هنا شروطا:

### الأول: أن يكون مملوكا

الأول: أن يكون مملوكا، فلا يصحّ بيع الحرّ، و ما لا منفعه فيه كالخنافس و العقارب (٣)، و الفضلات المنفصلة عن الإنسان كشعره و ظفره قوله: «و قيل يجوز و لو كان كافرا و يجبر على بيعه و الأول أشبه».

الأشبه أشبه، فإن الجبر لا ينفى أصل السبيل.

قوله: «و لو ابتاع أباه المسلم هل يصحّ فيه تردّد، و الأشبه الجواز. إلخ».

هذا هو الأقوى. و فى حكم الأب كل من ينعق على الكافر، فلو عمّم كان أولى. و فى حكمه كل شراء. يستعقب العتق، كما لو أقر بحريه عبد غيره ثمّ اشتراه فإنّه ينعق عليه بمجرد الشراء. و مثله لو قال لغيره: «أعتق عبدك المسلم عنى و علىّ ثمنه» إن سوغناه، فإنّه شراء ضمنى.

و إنّما يمتنع دخول العبد المسلم فى ملك الكافر اختيارا، كالشراء و الاستيهاب و نحوهما. أما غيره كالإرث و إسلام عبده الكافر فلا. بل يجبر على بيعه بثمان المثل على الفور إن وجد راغب، و إلّا حيل بينهما بمسلم الى ان يوجد الراغب. و نفقته زمن المهلة عليه، و كسبه له.

و فى حكم البيع الإجاره الواقعه على عينه. أمّا على ذمّته فالأجود الصحه، كما لو استدان منه. و كذا رهنه عنده. أمّا لو وضع على يد مسلم فلا.

و فى عاريتة له قولان، أجودهما المنع. و فى إيداعه له وجهان، أجودهما الصحه. لأنّه فيها خادم لا ذو سبيل.

قوله: «كالخنافس و العقارب. إلخ».

لعدم عدّها مالا عرفا و شرعا. و لا اعتبار بما يورد فى الخواصّ من منافعها،

و رطوباته عدا اللبن (١)، و لا- ما يشترك المسلمون فيه قبل حيازته كالكلأ و الماء (٢) و السموك و الوحوش قبل اصطيادها، و الأرض المأخوذه عنوه. و قيل: يجوز بيعها، تبعاً لآثار المتصرف (٣). و فى بيع بيوت مكة تردد (٤). و المروى المنع.

فإنها مع ذلك لا تعدّ مالا.

قوله: «عدا اللبن».

لأنه ظاهر ينتفع به نفعاً ظاهراً، فيجوز بيعه، و أخذ العوض عليه فى إجاره الظئر، خلافاً لبعض العامة.

قوله: «و لا ما يشترك المسلمون فيه كالكلأ و الماء».

هذا إذا كانت فى مباح ليتوقف ملكها على الحيازه. أما لو كانت فى ملكه فالوجه أنّها له تبعاً للملك، فيصح بيعها، و يحرم على غيره أخذها منه بغير إذنه. و به صرح فى التذكرة (١). فعلى هذا، لو باع الأرض لم يدخل الكلأ و لا الماء إلا أن ينصّ عليهما أو يذكر لفظاً يعمهما.

قوله: «و الأرض المأخوذه عنوه و قيل: يجوز بيعها تبعاً لآثار المتصرف».

هذا القول قوى. و قد تقدّم البحث فيه فى الجهاد (٢).

قوله: «و فى بيع بيوت مكة تردد. إلخ».

منع الشيخ (٣) (رحمه الله) من بيع بيوت مكة و إجارتها، و منع المسلمين من سكنها إذا كانت خالية، محتجاً بالخبر (٤)، و آيه الإسرائ من المسجد الحرام (٥) مع أنّه كان فى دار أمّ هانى. و المشهور الجواز، و عليه العمل. و تسميه مكة مسجداً مجاز

ص: ١٦٨

١-١) التذكرة ١: ٤٦٥.

٢-٢) فى ص: ٥٦.

٣-٣) الخلاف ٣: ١٨٨ مسألة ٣١٦.

٤-٤) مستدرک الحاكم ٢: ٥٣، و عنه كنز العمال ١٢: ٢٠٦ ح ٣٤٦٨٣، سنن الدار قطنى ٣: ٥٧ ح ٢٢٣.

٥-٥) الإسرائ: ١.



أما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه. و ماء النهر لمن حفره (١). و مثله كل ما يظهر فى الأرض من المعادن فهى لمالكها تبعاً لها.

## الثانى: أن يكون طلقاً

الثانى: أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف (٢)، ما لم يؤدّ بقاؤه إلى للحرمة و الشرف و المجاوره. و قد أضاف الله سبحانه دورها إلى أربابها فى قوله:

لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ (١) و المفهوم منه الملك.

قوله: «أما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه، و ماء النهر لمن حفره».

فيجوز بيعه جملة و بيع بعضه كيلاً و وزناً و جزافاً، و لو على الشاطئ لأنه مال مملوك متمول.

قوله: «فلا يصح بيع الوقف. إلخ».

قد اضطربت فتوى الأصحاب فى هذه المسألة اضطراباً عظيماً، حتى من الرجل الواحد فى الكتاب الواحد، كما وقع للمصنف (رحمه الله) فإنه هنا شرط فى جواز بيعه ثلاثه شرائط: اختلاف أربابه بحيث يؤدى بقاءه إلى خرابه، و كون البيع أعود، و فى الوقف اكتفى فى الجواز بوقوع الخلف بين أربابه بحيث يخشى خرابه فاكتفى بخوف الخراب. و هنا شرط الأداء إليه، و لم يشترط مع ذلك كون البيع أعود.

و الأقوى فى هذه المسألة ما دلت عليه صحيحه على بن مهزيار (٢) من جواز البيع إذا وقع بين أرباب الوقف خلف شديد. و علله عليه السلام بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس. و الظاهر أنّ خوف أدائه إليهما أو الى أحدهما ليس بشرط، بل ظاهره أنه عرضه لذلك. و ما عدا هذه الصورة لا دليل عليه.

نعم، فى روايه (٣) جعفر بن حنّان (٤) جواز بيعه مع حاجه أربابه إليه بحيث لا يكفيهم غلته إذا اتفقوا عليه كلهم و كان البيع خيراً لهم. و عمل بها بعض

ص: ١٦٩

(١-١) الحشر: ٨.

(٢-٢) الكافى ٧: ٣٦ ح ٣٠، الفقيه ٤: ١٧٨ ح ٤٢٨، التهذيب ٩: ١٣٠ ح ٥٥٧، الاستبصار ٤: ٩٨ ح ٣٨١، الوسائل ١٣: ٣٠٤ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ح ٥.

(٣-٣) الكافى ٧: ٣٥ ح ٢٩، الفقيه ٤: ١٧٩ ح ٤٣٠، التهذيب ٩: ١٣٣ ح ٥٦٥، الاستبصار ٤: ٩٩ ح ٣٨٢، الوسائل ١٣: ٣٠٦ ب «٦» من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ح ٨.

(٤-٤) فى «ك» حيان كما فى الكافى.

خرابه، لاختلاف بين أربابه، و يكون السبع أعود، على الأظهر، و لا- بيع أم ولد، ما لم يمت ولدها، أو في ثمن رقبته مع إعسار مولاهها، و في اشتراط موت المالك تردّد (١).

الأصحاب (١). و في سندها جهاله بجعفر بن حنّان (٢). و زاد بعضهم (٣) ما لو خرب و تعطل و لم يبق فيه نفع على ذلك الوجه أصلاً. و هو حسن، لفوات مقصود الوقف حيثئذ من تحبب الأصل و تسهيل المنفعة. و ذلك كما لو خلقت حصر المسجد أو جذعه بحيث لا يصلحان للانتفاع فيه، فيجوز بيعهما للوقود و نحوه. و باقى الأقوال كلها مدخوله. و دليل المنع عام.

و حيث يجوز البيع يشترى بثمنه ما يكون وقفاً على ذلك الوجه إن أمكن. و يجب تحصيل الأقرب إلى صفه الموقوف الأوّل فالأقرب. و المتولى لذلك الناظر الخاص إن كان، أو الموقوف عليه إن كان منحصراً، و إلا فالناظر العام.

قوله: «و لا بيع أم الولد- إلى قوله- و في اشتراط موت المالك تردّد».

الأقوى عدم اشتراط موته، لإطلاق النص (٤). و المراد بإعساره أن لا يكون له من المال ما يوفى ثمنها زائداً على المستثنيات في وفاء الدين. و هذان الفردان المستثنيان مورد النص (٥). و قد ألحق بهما الأصحاب مواضع أخرى، كبيعها إذا مات قريبها لتعتق و ترث، و بيعها على من تعتق عليه، و بشرط العتق على قول، و إذا جنت على غير المولى ليدفع ثمنها أو رقبته في الجنايه، و إذا كان علوقها بعد الارتهان أو بعد الإفلاس، و إذا عجز عن نفقتها، و إذا مات مولاهها و لم يخلف سواها و عليه دين مستغرق إذ لا يتصور عتقها حيثئذ، و في كفته إذا لم يخلف سواها، و إذا أسلمت قبل مولاهها الكافر، و إذا كان ولدها غير وارث. و زاد بعضهم ما لو جنت على مولاهها أو

ص: ١٧٠

١- ١) في هامش «ن» و «و» (هو الشيخ على رحمه الله. منه) راجع جامع المقاصد ٤: ٩٧.

٢- ٢) في «ك» ضعف لجهاله جعفر.

٣- ٣) كالسيد في الانتصار: ٢٢٦، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٩٧.

٤- ٤) الكافي ٦: ١٩٢ ح ٢، التهذيب ٨: ٢٣٨ ح ٨٥٩، الاستبصار ٤: ١٢ ح ٣٥، الوسائل ١٣: ٥١ ب «٢٤» من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

٥- ٥) الوسائل الباب المذكور آنفاً.

و لا بيع الرهن إلا مع الإذن(١).و لا يمنع جنايه العبد من بيعه و لا من عتقه،عمدا كانت الجنايه أو خطأ،على تردد(٢).

قتلته خطأ.

قوله:«و لا بيع الرهن إلا مع الإذن».

يجوز كون المحكوم بعدم جواز بيعه للرهن هو الراهن و المرتهن.أمّا الراهن فظاهر أنه لا- يجوز بيعه للرهن إلا- مع إذن المرتهن،لأنّه ممنوع من التصرف فيه.و أمّا المرتهن فلا- يجوز له بيع الرهن إذا لم يكن وكيلا- فيه،بل يتوقف بيعه على إذن المالك.

فان امتنع استأذن الحاكم.فان تعذر جاز له حينئذ البيع بنفسه على الأقوى.و كيف كان فلا يجوز له بيع الرهن مطلقا بل على بعض الوجوه،أو لا- يجوز مطلقا- كما أطلقه جماعه منهم المصنف فى باب- أى لا يجوز بيعه من حيث هو مرتهن.و حينئذ فلا ينافى جواز بيعه إذا كان وكيلا،لأنّ الجواز من حيث كونه وكيلا لا غير.

قوله:«و لا يمنع- إلى قوله-عمدا كانت الجنايه أو خطأ على تردد».

التردد فى العمد،فقد أطل الشيخ (١)بيعه فيه،لتخير المجنى عليه بين استرقاقه و قتله.و هو غير مانع من صحه البيع،لعدم اقتضائه خروجه عن ملك مالكة.نعم يصير لزوم البيع مراعى برضا المجنى عليه بفدائه بالمال.فان قبل و فكّه المولى لزم البيع.و إن قتله أو استرقه بطل.

و لو كان المشتري جاهلا بالجنايه تخير بين الفسخ و الإمضاء قبل استقرار حاله،لأنّه عيب فى الجملة،و فى معرض التلف.

و لو كانت الجنايه خطأ كان التخير للمولى بين بذله و فدائه بأقل الأمرين من قيمته و أرش الجنايه،فإنّ أرش الجنايه إن كان أقلّ من قيمته فهو اللانزم بمقتضاها، و ان كانت القيمة أقلّ فالجاني لا يجنى على أكثر من نفسه،فيصح البيع و يكون التزاما بالفداء على أصحّ القولين.ثمّ إن فداه،و إلاّ جاز للمجنىّ عليه استرقاقه فيفسخ البيع،لأنّ حقه أسبق.و للمشتري الخيار أيضا إذا لم يعلم ببقاء الحق فى رقبته،فان فسخ رجوع بالثمن.و كذا إن لم يفسخ و كانت الجنايه مستوعبه لرقبته فأخذ بها،فان

ص:١٧١

الثالث: أن يكون مقدورا على تسليمه، فلا يصح بيع الآبق منفردا، و يصح منضمًا (١) إلى ما يصح بيعه. و لو لم يظفر به، لم يكن له رجوع على البائع (٢)، و كان الثمن مقابلا للضميمه.

المشترى يرجع بالثمن أيضا. و إن كانت غير مستوعبه لرقبته رجع بقدر أرشه. و لو كان عالما بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء، لأنه اشترى معييا عالما بعيبه.

ثم إن فداء السيد أو المشتري فالبيع بحاله، و إلا بطل مع الاستيعاب. و فداء المشتري له كقضاء دين غيره، يعتبر في رجوعه عليه اذنه فيه.

قوله: «فلا يصح بيع الآبق منفردا و يصح منضمًا. إلخ».

أى إلى ما يصح بيعه منفردا فتخرج ضميمته إلى آبق آخر، و ما لا ينفرد بالبيع لقلته و نحوه. و يعتبر كونها من مالك العبد ليستحق جميع الثمن، إذ لو كانت من غيره لم يستحق شيئا فيمتنع صحه بيعه. و فى صحيحه رفاعه (١) عن الكاظم عليه السلام دليل عليه. و كما يجوز بيع الواحد منضمًا فكذا الأكثر. و لو كان مع الثمن المتمول آبق آخر صح أيضا لوجود المقتضى فى الجميع. و انما يمتنع بيع الآبق مع تعذر تسليمه، فلو أمكن صح، و إن سمي آبقا. و لو أمكن للمشتري خاصه فالأقوى الجواز.

و لا يلحق به غيره مما فى معناه، كالبعير الشارد و الفرس العائر على الأقوى، اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص. فعلى هذا يبطل البيع للغرر. و يحتمل الصحة مراعاة بالتسليم.

قوله: «و لو لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع. إلخ».

بمعنى أنه لا- يوزع عليها و على الآبق و يرجع بحصته منه، بل ينزل الآبق بالنسبه إلى الثمن منزله المعدوم. و ليس المراد أن الآبق يخرج عن كونه مبيعا لينحصر الثمن فى الضميمه إذا تعذر تحصيله- كما يقتضيه ظاهر العبارة بل ظاهر عبارته الجميع- لأن الآبق جزء من المثلث، و البيع قد وقع عليهما، و قدره على تسليمه ليست شرطا فى صحه البيع، و مقتضى البيع توزيع الثمن على جميع المثلث. فلما تخيل من ذلك

ص: ١٧٢

و يصحّ بيع ما جرت العاده بعوده، كالحمام الطائر (١)، و السموك المملوكه المشاهده فى المياہ المحصوره (٢).

رجوع المشتري بشىء عند تعذر قبضه، نبهوا عليه بقولهم «إنّ الثمن فى مقابله الضميمه» و المراد أنّه مستحق بأسره بإزاء ما دفع من الضميمه. و تظهر الفائده فى دخول الآبق فى ملك المشتري و ان لم يقدر على تحصيله، فيصحّ له عتقه عن الكفاره و غيرها ممّا يترتب على الملك.

و يشترط فى الآبق ما يشترط فى سائر المبيع غير القدره على القبض. و يلحقه احكام المبيع كذلك، فيعتبر كونه معلوما عند المشتري بالمشاهده، أو الوصف الرافع للجها له، موجودا عند العقد، فلو ظهر تالفا قبله، أو مستحقا لغير البائع، أو مخالفا لوصف البائع، أو معيبا، ففى إلحاقه بتعذر فلا يؤثر فى صحه البيع و لا يستحق أرشا و لا ردّا، أو يلحق كل واحد حكمه، فيبطل فى الأولين ما قابله، و يتخير فى الأخيرين، نظر.

قوله: «و يصحّ بيع ما جرت العاده بعوده كالحمام الطائر».

تنزيلا للعاده منزله الواقع، فيكون بمنزله بيع العبد المنفذ فى الأشغال، و الدابّه المرسله فى المرعى. و تردّد العلامه فى النهايه (١) فى الصحه بسبب انتفاء القدره فى الحال على التسليم، و أنّ عوده غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث. و هو احتمال موجّه، و إن كان الأول أقوى.

قوله: «و السموك المملوكه المشاهده فى المياہ المحصوره».

المعتبر من المشاهده ما يزول به الغرر، فلا- يعتبر عدّه فى الماء، لأنّ ذلك غير شرط فى صحه بيع السمك فى الماء. صرح به العلامه فى التذكره (٢). و اشترط- مع ما ذكر- شرطا آخر، و هو إمكان صيده، فلو كان الماء فى برکه محصوره لكنها كبيره جدّا و فيها ما يمنع من صيده عاده، لم يجوز. و هو حسن.

ص: ١٧٣

١- ١) نهايه الإحكام ٢: ٤٨١.

٢- ٢) التذكره ١: ٤٦٦.

و لو باع ما يتعذر تسليمه إلا بعد مدّه، فيه تردّد. و لو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قويا(١).

#### الرابع: أن يكون الثمن معلوم القدر و الجنس و الوصف

الرابع: أن يكون الثمن معلوم القدر و الجنس و الوصف.

فلو باع بحكم أحدهما لم ينعقد. و لو تسلّمه المشتري فتلّف، كان مضمونا عليه بقيمته يوم قبضه، و قيل: بأعلى القيم(٢) من قبضه إلى يوم تلفه.

و ان نقص فله أرشه. و ان زاد بفعل المشتري، كان له قيمه الزيادة و ان لم يكن عينا(٣).

قوله: «و لو باع ما يتعذر تسليمه - إلى قوله - كان قويا».

منشأ التردّد من العجز الحالّي، و إمكان التسليم في الجملة، غايته مع نقص وصف و هو فوات المنفعة قبل الإمكان. و الأقوى الجواز. ثمّ ان كان المشتري عالما بالحال فلا خيار له، و إلاّ ثبت له الخيار.

قوله: «كان مضمونا عليه بقيمته يوم قبضه و قيل بأعلى القيم».

قد تقدم أنّ المقبوض بالبيع الفاسد مضمون على القابض، لكن لم يذكر كيفية الضمان، فلذا أعاده. و وجه ما اختاره من ضمانه بقيمه يوم القبض أنّه مضمون عليه من ذلك الوقت بسبب فساد البيع المضمون به كما يضمن بصحيحه. و وجه الثاني أنّ زيادة العين مضمونه مع بقائها فكذا مع تلفها، و لأنّه في كل وقت مخاطب بأداء العين فالانتقال إلى القيمة إنّما هو عند تعذر دفعها. فضعف القول بضمانها بالقيمة عند القبض، و ظهر أنّ الثاني أقوى، لكن بشرط أن يكون التفاوت بسبب نقص في العين أو زياده، فلو كان باختلاف السوق لم يضمن و اعتبر قيمتها يوم التلف.

و لا يخفى أنّ هذا كله في القيمي، أمّا المثلي فيضمن بمثله. فان تعذر بقيمته يوم الإعواز على الأقوى. و كما تضمن العين تضمن منافعها، سواء استوفّاها أم لا، على الأقوى.

قوله: «و ان زاد بفعل المشتري كان له قيمه الزيادة و ان لم يكن عينا».

هذا مع جهله، أمّا مع علمه فليس له إلاّ الزيادة العينيه التي يمكن فصلها،

الخامس: أن يكون المبيع معلوما، فلا يجوز بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ جزافا (١) و لو كان مشاهدا كالصبره (٢)، و لا بمكيال مجهول.

و يجوز ابتياع جزء من معلوم بالنسبه مشاعا، سواء كانت أجزاءه متساويه أو متفاوتة.

و لا يجوز ابتياع شيء مقدّر منه، إذا لم يكن متساوي الأجزاء، كالذراع من الثوب (٣)، فالوصفيه كالصنعه لا يستحق بسببها شيء. و بالجملة فحكمه مع العلم حكم الغاصب. و هذا هو أصح الأقوال في المسأله. و المصنف لم يذكر فيها خلافا استضعافا لها، مع أنه أشار إليه في مختصره (١).

قوله: «فلا يجوز بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ جزافا».

هذا هو المشهور و عليه الفتوى. و ذهب بعض الأصحاب (٢) إلى جوازه مع المشاهده. و هو ضعيف.

قوله: «و لو كان مشاهدا كالصبره».

جوز ابن الجنيد (٣) بيع الصبره مع المشاهده دون غيرها، فلذا خصّها المصنف بالذكر، و هو ضعيف.

قوله: «و لا يجوز ابتياع شيء مقدّر منه - إلى قوله - كالذراع من الثوب».

أى شيء مقدّر غير معين كذراع منه. أمّا لو عينه في جهه كما لو قال من هذا الطرف إلى حيث ينتهى، ففي صحته قولان، أجودهما الصحة، لانتفاء الغرر بذلك. و لو قصدا بالمعین الإشاعه و كان المجموع معلوم القدر كذراع من ثوب عشره

ص: ١٧٥

١-١) المختصر النافع ١: ١٢٠.

٢-٢) الظاهر ان المراد به هو ابن الجنيد كما صرح به في عبارته التاليه.

٣-٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٨٦.

أو الجريب من الأرض (١)، أو عبد من عبيد أو من عبيد، أو شاه من قطع.

و كذا لو باع قطيعا و استثنى منه شاه أو شياها غير مشار إلى عينها.

و يجوز ذلك من المتساوي الأجزاء كالقفيز من كز. و كذا يجوز لو كان من أصل مجهول، كبيع مكوك من صبره مجهوله القدر (٢).

و إذا تعذر عد ما يجب عده (٣)، جاز ان يعتبر بمكيال و يؤخذ بحسابه.

أذرع، صح أيضا و كان شريكا بالنسبه. و لو اختلفا فى القصد، قدم قول مدعى الإشاعه، ترجيحا لجانب الصحه.

قوله: «و الجريب من الأرض».

الجريب- من الأرض و الطعام- مقدار معلوم. قاله الجوهرى (١). و قيل: إن مقداره من الأرض عشره أذرع.

قوله: «و كذا يجوز لو كان من أصل مجهول كمكوك من صبره مجهوله القدر».

إذا علم اشتمالها على المبيع، و إلا- فلا. و هل ينزل على الإشاعه أو يكون المبيع مكوكا فى الجملة؟ و جهان، أقربهما الثانى. و تظهر الفائده فيما لو تلف بعضها فعلى الإشاعه يتلف من المبيع بالنسبه، و على الثانى يبقى المبيع ما بقى قدر المبتاع.

قوله: «و إذا تعذر عد ما يجب عده. إلخ».

ينبغى أن يراد بالتعذر هنا المشقه و التعسر على وجه التجوز، لا حقيقه التعذر.

و قد عبر الشهيد (رحمه الله) بالتعسر (٢)، و هو أجود. و إنما عبر المصنف و غيره بالتعذر تبعا للحديث عن الصادق عليه السلام حين سئل عن الجواز لا نستطيع أن نعدّه، فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك من المعدود؟ فقال:

«لا بأس به» (٣).

ص: ١٧٦

١- ١) الصحاح ١: ٩٨.

٢- ٢) الدروس: ٣٣٧.

٣- ٣) الكافي ٥: ١٩٣ ح ٣، الفقيه ٣: ١٤٠ ح ٦١٧، التهذيب ٧: ١٢٢ ح ٥٣٣، الوسائل ٢: ٢٥٨ ب (٧) من أبواب عقد البيع.



و يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهده (١) و ان لم يمسخا و لو مسحا كان أحوط، لتفاوت الغرض في ذلك، و تعذر إدراكه بالمشاهده.

و تكفى مشاهده المبيع (٢) عن وصفه، و لو غاب وقت الابتاع، إلا- أن و في حكمه الموزون و المكيل حيث يشقّ وزنهما و كيلهما. و قد سئل الصادق عليه السلام: الرجل اشترى مائه راويه زيتا، فاعترض راويه أو راويتين فاتزنهما، ثم أخذ سائره على قدر ذلك؟ فقال: «لا بأس» (١). و ليس في هذه الروايه تقييد بالعجز و لا- بالمشقّه، فينبغي القول بجوازه مطلقا، للروايه، و لزوال العذر بذلك و حصول العلم. و التفاوت اليسير معتفر كما في اختلاف المكايل و الموازين. و لا قائل بالفرق بين الثلاثه حتى يتوجه القول بالاجزاء في الموزون خاصه للروايه، و لأنّ المعدود أدخل في الجهاله و أقلّ ضبطا.

قوله: «و يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهده. إلخ».

نقل في التذكرة (٢) الإجماع على جواز بيعهما بالمشاهده. و الظاهر أنّه أراد به من أهل العلم كافّه، فما ذكره المصنف من الاحتياط ليس على وجه الخلاف، بل لتأكيد الوضوح. و نقل في الدروس (٣) عن ظاهر الخلاف (٤) المنع، فلعلّه أشار بالاحتياط إليه. و المراد بمشاهده الثوب الكافيه في صحه بيعه مشاهدته منشورا، فلو كان مطويا لم يكف إلا- مع تقليبه على وجه يوجب معرفته، كما لو كان غير متفاوت و لا منقوش نقشا يختلف و يخفى في مطاويه. و مثله القول في البسط و الزلالى و نحوها.

قوله: «و يكفى مشاهده المبيع. إلخ».

تبه بذلك على خلاف بعض العامه حيث اشترط مقارنة الرؤيه للبيع، فلو تقدمت بطل عنده. و إجماعنا و أكثر أهل العلم على خلافه، لكن بشرط ان لا يكون مما يتغير في تلك المده عاده، و إلا بطل البيع، لأنّه حينئذ مجهول.

ص: ١٧٧

- 
- ١-١) الكافي ٥: ١٩٤ ح ٧، الفقيه ٣: ١٤٢ ح ٦٢٥، التهذيب ٧: ١٢٢ ح ٥٣٤، الاستبصار ٣: ١٠٢ ح ٣٥٧، الوسائل ١٢: ٢٥٥ ب «٥» من أبواب عقد البيع ح ١.  
٢-٢) التذكرة ١: ٤٧٠.  
٣-٣) الدروس: ٣٣٧.  
٤-٤) لم نعر عليه فيما لدينا من كتب الشيخ (قدس سره).

يمضى مده جرت العاده بتغير المبيع فيها.و إذا احتتمل التغيير، كفى البناء على الأول.و يثبت له الخيار إن ثبت التغيير.و ان اختلفا فيه،فالقول قول المبتاع مع يمينه،على تردد(١).

فان كان المراد منه الطعم أو الريح،فلا- بدّ من اختباره بالذوق أو الشم.و يجوز شراؤه من دون ذلك بالوصف، كما يشتري الأعمى الأعيان المرئية.

و هل يصح شراؤه من غير اختبار و لا- وصف،على أنّ الأصل الصحه؟فيه تردد،و الأولى الجواز(٢).و له الخيار بين الرد و الأرش،ان خرج قوله:«و ان اختلفا فيه،فالقول قول المبتاع مع يمينه،على تردد».

وجه التردد من أنّ البائع يدعى عليه الاطلاع على المبيع على الصفه الموجوده و الرضا به،و المشتري ينكره،فيكون القول قوله لأصالة عدمه،و من تحقّق الاطلاع القديم المجوّز للبيع،و أصاله عدم التغيير،و لزوم العقد،فيكون القول قول البائع.

و الأموال أقوى لما ذكره،و لأنّ الأصل عدم وصول حقّه إليه،فيكون فى معنى المنكر، و ان كان بصوره المدّعى،فيحلف على أنّ المبيع ليس بالصفه التى اشتراه عليها.

و المعتبر من التغيير الموجب للتخيير هنا ما اختلف بسببه الثمن اختلفا لا يتسامح بمثله غالباً،أو يوجب اختلاف الرغبات.و بالجمله فالرؤية بمثابه الشرط للصفات الكائنه عند الرؤية،فكلما فات منها كان كما لو تبين الخلف بالشرط.

فرع لو اتفقا على تغييره،لكن اختلفا فى تقدّمه على البيع و تأخّره،فإن شهدت القرائن بأحدهما حكم به من غير يمين،و ان احتمل الأمران فالوجهان،من أصاله عدم وصول حق المشتري إليه،و أصاله عدم تقدّم التغيير.

قوله:«و هل يصحّ شراؤه من غير اختبار و لا وصف،على أنّ الأصل الصحه؟فيه تردد،و الأولى الجواز.إلخ».

موضع الخلاف ما لو كان المبيع مشاهدا بحيث ترتفع الجهاله عنه من جهه

معيبا. ويتعين الأرش مع إحداث حدث فيه. ويتساوى في ذلك الأعمى و المبصر (١). وكذا ما يؤدي اختباره الى فساد كالجوز و البطيخ و البيض، فإن شراءه جائز مع جهاله ما في بطونه. و يثبت للمشتري الأرش بالاختبار مع العيب دون الرد (٢).

القوام و اللون و غيرهما، و إنما تخلف عنه الطعم و الريح. و حينئذ فالأقوى صحة البيع احواله له على مقتضى طبعه. فان ظهر بخلاف المعروف منه تخير المشتري، فإن طعم العسل و الدبس و ريح المسك و نحوها أمر مضبوط عرفا، فيجوز الاعتماد على مقتضى طبعه، إذ ليس المراد بأصل شرط العلم بالمبيع أن ترتفع الجهاله عنه بكل وجه، فإن رؤيه ظاهر الصبره و نحوها كافيه مع احتمال المخالفه. و كذلك البيع بالوصف.

قوله: «و يتساوى في ذلك الأعمى و المبصر».

تبه بذلك على خلاف سائر (١)، حيث ذهب إلى تخير الأعمى بين الرد و الأرش، و ان تصرف. و حينئذ ف «ذلك» في العبارة إشارة إلى قوله «و يتعين الأرش مع احداث حدث فيه» المتصل به.

قوله: «فإن شراءه جائز - إلى قوله - دون الرد».

مقتضى إطلاق العبارة جواز شرائه مطلقا من غير اشتراط الصحة. و يكون الإطلاق منزلا عليه. و في بعض عبارات الأصحاب جاز شراؤه بشرط الصحة (٢).

و في عبارة الشيخ (٣) و جماعه (٤) بشرط الصحة و البراءة من العيوب. و عبارة المصنف أجود. ثم إن أطلق اقتضى الصحة، و رجع بأرش العيب مع ظهوره بعد الكسر، و لا رد، للتصرف. و ان شرط البائع البراءة من العيوب صح، و لا خيار لو ظهر معيبا.

كذا أطلقه الجماعة. و يشكل فيما لو ظهر كله معيبا و لم يكن لمكسوره قيمه كالبيض،

ص: ١٧٩

١-١) المراسم في الفقه الإمامي: ١٨٠.

٢-٢) جامع المقاصد ٤: ٩٥.

٣-٣) النهاية: ٤٠٤.

٤-٤) منهم ابن إدريس في السرائر ٢: ٣٣١، و ابن حمزه في الوسيله: ٢٤٦-٢٤٧.

و إن لم يكن لمكسوره قيمه، رجع بالثمن كله (١).

و لا يجوز بيع سمك الآجام (٢) و لو كان مملوكا، لجهالته، و ان ضمَّ إليه فإنَّ مقتضى الشرط سلامه الثمن كله للبائع [١]، و هو مناف لمقتضى العقد، إذ لا شيء في مقابله الثمن حينئذ، فيكون أكل مال بالباطل، فيتَّجه حينئذ بطلان الشرط. و قد تبَّه على هذا فى الدروس (١).

قوله: «و إن لم يكن لمكسوره قيمه رجع بالثمن كله».

بمعنى بطلان البيع لعدم وجود عوض فى مقابله الثمن. لكن هل يحكم ببطلان البيع من أصله نظرا إلى عدم تقوُّم المثلن فى نفس الأمر من حين العقد، أم من حين ظهور الفساد لأنَّه كان مالا- متقوِّما ظاهرا؟ وجهان. و تظهر الفائده فيما لو تبرَّأ البائع من عيبه، و فيما لو افتقر إلى مثونه لنقله و كسره.

و الذى يظهر أنَّ المؤنه على المشتري مطلقا، لعدم المقتضى لرجوعه بها، و ان كان الفعل فى ملك غيره. و قد عرفت حكم التبرى من العيب فى ذلك، فتتنفى فائده الخلاف.

قوله: «و لا يجوز بيع سمك الآجام. إلخ».

المراد به السمك الذى ليس بمشاهد و لا محصور، كما يظهر من إضافته إلى الآجام. و الآجام جمع أجمه- بالتحريك- و هى غابه القصب. و القول بالجواز مع الضميمه مذهب الشيخ (٢) و جماعه (٣) استنادا إلى أخبار (٤) ضعيفه. و الذى اختاره المتأخرون (٥) أنَّ المقصود بالبيع إن كان هو القصب و جعل السمك تابعا له صحَّ البيع، و إن انعكس أو كانا مقصودين لم يصحَّ. و هو الأقوى. و كذا القول فى كل

ص: ١٨٠

١- ٢) الدروس: ٣٣٧.

٢- ٣) النهايه: ٤٠١.

٣- ٤) منهم ابن حمزه فى الوسيله: ٢٤٦، و الفاضل الآبى فى كشف الرموز ١: ٤٤٩.

٤- ٥) الوسائل ١٢: ٢٦٤ ب «١٢» من أبواب عقد البيع.

٥- ٦) منهم العلامه فى المختلف: ٣٨٧، و الحلى فى إيضاح تردّدات الشرائع ١: ٢٧١.

القصب أو غيره، على الأصح. وكذا اللبن (١) في الضرع، ولو ضم إليه ما يحتلب منه. وكذا الجلود والأصواف والأوبار و الشعر (٢) على الأنعام، ولو ضم إليه غيره. وكذا ما في بطونها. وكذا إذا ضمهما (٣). وكذا ما يلحق الفحل.

مجهول ضم إلى معلوم، كالحمل و اللبن الذي في الضرع وغيرهما.

قوله: «و كذا اللبن. إلخ».

جوزة الشيخ (١) مع الضميمة و لو إلى ما يوجد في مده معلومه، استنادا إلى روايه ضعيفه (٢)، و الوجه المنع، إلا على التفصيل السابق. نعم لو صالح على ما في الضرع، أو على ما سيوجد مده معلومه، فالأجود الصحه.

قوله: «و كذا الجلود والأصواف والأوبار و الشعر. إلخ».

أى لا يصح بيع جميع ذلك، و لا كل واحد منها منفردا، و لا مع ضم شىء آخر إليه، لجهالته، و لأن ما عدا الجلود من المذكورات موزون فلا- يباع جزافا. و الأقوى جواز بيع ما عدا الجلد منفردا و منضمًا مع مشاهدته و ان جهل وزنه، لأنه حينئذ غير موزون كالثمره على الشجره، و ان كان موزونا لو قلع كالثمره. و فى بعض الأخبار (٣) دلالة عليه. و ينبغى مع ذلك جزه فى الحال أو شرط تأخيره إلى مده معلومه.

قوله: «و كذا ما فى بطونها و كذا إذا ضمهما».

الضمير المثنى يعود إلى النوعين السابقين، و هما ما فى بطونها و ما على ظهورها من الصوف و الشعر و الوبر. و المراد أنه لا يصح بيع كل واحد منهما منفردا، و لا- منضمًا إلى غيره، و لا- أحدهما منضمًا إلى الآخر. و حيث عرفت أن بيع ما على الظهور من المذكورات صحيح، فيجوز ضم ما فى البطن إليه إذا كان المقصود بالذات هو ما على الظهر، كما تقدم فى القاعده. و كذا يصح بيعه مع ضميمته إلى كل مقصود، كالحامل و غيرها.

ص: ١٨١

١- (١) النهايه: ٤٠٠.

٢- (٢) الوسائل ١٢: ٢٥٩ ب «٨» من أبواب عقد البيع ح ٢.

٣- (٣) الوسائل ١٢: ٢٦١ ب «١٠» من أبواب عقد البيع ح ١.

## مسألان

مسألان:

### الأولى: المسك طاهر، يجوز بيعه في فأره

الأولى: المسك طاهر، يجوز بيعه (١) في فأره، و ان لم يفتق و فتقه أحوط.

### الثانية: يجوز أن يندر للظروف ما يحتمل الزيادة و النقصه

الثانية: يجوز أن يندر للظروف (٢) ما يحتمل الزيادة و النقصه. و لا يجوز وضع ما يزيد إلا بالمرأضاه. و يجوز بيعه مع الظروف من غير وضع.

## و أما الآداب

### إشارة

و أما الآداب:

فيستحب أن يتفقه فيما يتولاه (٣)، قوله: «المسك طاهر يجوز بيعه. إلخ».

الفأر بالهمز، جمع فأره بها أيضا، كالفأره في غيره. و هى الجلده المشتمله على المسك. يجوز بيعه فيه و ان لم يفتق، بناء على أصل السلامة. فإن ظهر بعد الفتق معينا لزمه حكمه. و المراد بفتقه -على ما ذكره جماعه (١)- إدخال خيط فيه ثم إخرجه و شمّه.

قوله: «يجوز أن يندر للظروف. إلخ».

الإنذار -بالدال المهمله- الإسقاط. و المراد إسقاط قدر معين للظروف يحتمل كونها بذلك القدر أو يزيد يسيرا، أو ينقص يسيرا، فلو علم يقينا زياده المسقط على وزنها لم يصحّ إلا بتراضى المتبايعين، لأنّ فى ذلك تضييعا لمال أحدهما بخلاف ما إذا كان برضاهما. و كما لا- يجوز وضع ما يزيد كذا ما ينقص، لاشتراكهما فى المعنى. و المراد ببيعه بالظروف من غير وضع جعل مجموع الموزون من الطرف و المظروف بسعر واحد. و لا- يضر جهل وزن كل واحد، لأنّ معرفه الجملة كافيه كظائره مما يباع منضمًا.

قوله: «يستحب أن يتفقه فيما يتولاه».

المراد بالتفقه هنا العلم بالأحكام الشرعية المتعلقة بما يزاوله من المتجر و لو

ص: ١٨٢

---

١-١) منهم الشهيد في اللمعه دمشقيه: ٦٤، الدروس: ٣٣٧، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٩٦.

و أن يسوّى البائع بين المبتاعين في الإنصاف (١)، و أن يقيّل من استقاله (٢)، و أن يشهد الشهادتين، و يكبر الله سبحانه إذا اشترى (٣)، و أن يقبض لنفسه ناقصا و يعطى راجحا (٤).

بالتقليد، ليعرف صحيح العقد من فاسده، و يسلم من الربا، و يعمل بمقتضى أحكامه. و قد قال على عليه السلام: «من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم» (١). و كان عليه السلام يقول على المنبر: «يا معشر التجار الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، و الله للربا في هذه الأمة أخفى من ديب النملة على الصفا، التاجر فاجر، و الفاجر في النار، إلا من أخذ الحق، و اعطى الحق» (٢).

قوله: «و أن يسوّى البائع بين المبتاعين في الإنصاف».

بمعنى أنه لا يفاوت بينهم بسبب المماكسه و عدمها، و لا بين الصغير و الكبير و نحوهما. أما لو فافت بينهما بسبب الفضل و الدين فلا بأس.

قوله: «و أن يقيّل من استقاله».

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أئما عبد مسلم أقال مسلما في بيع، أقاله الله عشرته يوم القيامة» (٣).

قوله: «و أن يشهد الشهادتين، و يكبر الله تعالى إذا اشترى».

و ليكن التكبير ثلاثا، و ليقبل بعده: «اللهم إننى اشتريته التمس فيه من فضلك، فاجعل لى فيه فضلا، اللهم إننى اشتريته التمس فيه رزقا فاجعل لى فيه رزقا». و محله بعد الشراء.

قوله: «و أن يقبض لنفسه ناقصا و يعطى راجحا».

و لو تنازعا في تحصيل الفضيله، قدّم من بيده الميزان، أو المكيال.

ص: ١٨٣

- 
- ١- ١) الكافي ٥: ١٥٤ ح ٢٣، الفقيه ٣: ١٢٠ ح ٥١٣، التهذيب ٧: ٥ ح ١٤، الوسائل ١٢: ٢٨٣ ب «١» من أبواب آداب التجاره ح ٢.  
٢- ٢) الكافي ٥: ١٥٠ ح ١، الفقيه ٣: ١٢١ ح ٥١٩، التهذيب ٧: ٦ ح ١٦، الوسائل ١٢: ٢٨٢ ب «١» من أبواب آداب التجاره ح ١.  
٣- ٣) الكافي ٥: ١٥٣ ح ٥، الفقيه ٣: ١٢٢ ح ١٦، مصادقه الاخوان: ٧٢ ح ١، التهذيب ٧: ٨ ح ٢٦، الوسائل ١٢: ٢٨٦ ب «٣» من أبواب آداب التجاره ح ٢.



و يكره مدح البائع لما يبيعه، و ذم المشتري لما يشتريه (١)، و اليمين على البيع (٢)، و البيع في موضع يستتر فيه العيب (٣)، و الربح على المؤمن إلا مع الضروره (٤)، قوله: «و يكره مدح البائع لما يبيعه، و ذم المشتري لما يشتريه».

لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «من باع و اشترى فليحفظ خمس خصال، و إلا فلا- يشتر و لا- بيع: الربا، و الحلف، و كتمان العيب، و الحمد إذا باع، و الذم إذا اشترى» (١). و لو ذم سلعه نفسه صادقاً فلا بأس.

قوله: «و اليمين على البيع».

و كذا الشراء، قال الكاظم عليه السلام: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم، أحدهم:

رجل اتخذ الله عز و جل بضاعه لا يشتري إلا بيمين، و لا يبيع إلا بيمين» (٢).

قوله: «و البيع في موضع يستتر فيه العيوب».

كالموضع المظلم، حذرا من الغش. قال هشام بن الحكم: كنت أبيع السابري في الظلال، فمرّ بي الكاظم عليه السلام فقال: «يا هشام إن البيع في الظلال غش، و الغش لا يحل» (٣).

و مثله إظهار جيد المتاع و كتم رديّه، فقد قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم لفاعل ذلك: «ما أراك إلا قد جمعت خيانه و غشاً للمسلمين» (٤).

قوله: «و الربح على المؤمن إلا مع الضروره».

فيربح قوت يومه موزعاً على سائر المعاملين المؤمنين في ذلك اليوم. هذا إذا

ص: ١٨٤

١-١) الكافي ٥: ١٥٠ ح ٢، الفقيه ٣: ١٢٠ ح ٥١٥، التهذيب ٧: ٦ ح ١٨، الوسائل ١٢: ٢٨٤ ب «٢» من أبواب آداب التجاره ح ٢.

٢-٢) الكافي ٥: ١٦٢ ح ٣، التهذيب ٧: ١٣ ح ٥٦، الوسائل ١٢: ٣٠٩ ب «٢٥» من أبواب آداب التجاره ح ٢.

٣-٣) الكافي ٥: ١٦٠-١٦١ ح ٦، الفقيه ٣: ١٧٢ ح ٧٧٠، التهذيب ٧: ١٣ ح ٥٤، الوسائل ١٢: ٣٤٢ ب «٥٨» من أبواب آداب التجاره ح ١.

٤-٤) الكافي ٥: ١٦١ ح ٧، التهذيب ٧: ١٣ ح ٥٥، الوسائل ١٢: ٢٠٩ ب «٨٦» من أبواب ما يكتسب به ح ٨.

و على من يعده بالإحسان(١)،و السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس(٢)،و الدخول إلى السوق أوّلاً،و مبايعه الأذنين(٣).

اشترى منه للقت و كان بمائه درهم فصاعداً،أمّا لو اشترى للتجاره فلا بأس.قال الصادق عليه السلام:«ربح المؤمن على المؤمن حرام إلا أن يشتري بأكثر من مائه درهم،فاربح عليه قوت يومك،أو يشتريه للتجاره فاربحوا عليهم و ارفقوا بهم»(١).

قوله:«و على من يعده بالإحسان».

بأن يقول له:«هلم أحسن إليك»،فيجعل إحسانه الموعود به ترك الربح عليه.قال الصادق عليه السلام:«إذا قال الرجل للرجل:هلم أحسن بيعك،يحرم عليه الربح»(٢).

قوله:«و السوم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس».

أى الاشتغال بالتجاره ذلك الوقت،لأنه وقت دعاء و مسأله.و فى الحديث:

«إنّ الدعاء فيه أبلغ فى طلب الرزق من الضرب فى البلاد»(٣).و فى خبر آخر:«نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم عن السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس»(٤).

قوله:«و مبايعه الأذنين».

فسيروا بمن لا يبالي بما قال و لا ما قيل فيه،و بالذى لا يسره الإحسان و لا تسوؤه الإساءه،و بالذى يحاسب على الدون.و السفله بمعناهم.و فى الحديث(٥)

ص:١٨٥

١-١) الكافي ٥:١٥٤ ح ٢٢،التهذيب ٧:٧ ح ٢٣،الوسائل ١٢:٢٩٣ ب «١٠» من أبواب آداب التجاره ح ١.

٢-٢) الكافي ٥:١٥٢ ح ٩،الفقيه ٣:١٧٣ ح ٧٧٤ مراسلا،وفيه:«فقد حرم عليه الربح»،التهذيب ٧:٧ ح ٢١،الوسائل ١٢:٢٩٢ ب «٩» من أبواب آداب التجاره ح ١.

٣-٣) الخصال ٢:٦١٦.

٤-٤) الكافي ٥:١٥٢ ح ١٢،الفقيه ٣:١٢٢ ح ٥٢٩،التهذيب ٧:٨ ح ٢٨،الوسائل ١٢:٢٩٥ ب «١٢» من أبواب آداب التجاره ح ٢.

٥-٥) الكافي ٥:١٥٨ ح ٥ و ١٥٩ ح ٨،الفقيه ٣:١٠٠ ح ٣٨٨،التهذيب ٧:١٠ ح ٣٦ و ٣٧.

و ذوى العاهات (١) و الأكراد (٢)، و التعرض للكيل أو الوزن إذا لم يحسنه (٣)، و الاستحطاط من الثمن بعد العقد (٤)، و الزيادة فى السلعة وقت النداء (٥)، النهى عن معاملة و مخالطه من لم ينشأ فى الخير.

قوله: «و ذوى العاهات».

أى ذوى النقص فى أبدانهم. و علل فى عده أخبار بأنهم أظلم شىء (١).

قوله: «و الأكراد».

للحديث عن الصادق عليه السلام، و فيه النهى عن مخالطتهم (٢). و علل بأن الأكراد حى من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء.

قوله: «و التعرض للكيل أو الوزن إذا لم يحسنه».

حذرا من الزيادة و النقصان المؤديين إلى المحرم. و فى الأخبار النهى عنه (٣).

و حرّمه بعض الأصحاب (٤).

قوله: «و الاستحطاط من الثمن بعد العقد».

لنهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عنه (٥)، و عن الصادق عليه السلام:

«الوضيعة بعد الصفقة حرام» (٦). و المراد تأكيد الكراهة.

قوله: «و الزيادة فى السلعة وقت النداء».

بل يصبر حتى يسكت، ثم يزيد إن أراد. قال الصادق عليه السلام: «كان

ص: ١٨٦

١- (١) الوسائل ١٢:٣٠٧ ب «٢٢» من أبواب آداب التجاره.

٢- (٢) الكافى ٥:١٥٨ ح ٢، علل الشرائع ٢:٥٢٧ ح ١ و ٢، الفقيه ٣:١٠٠ ح ٣٩٠ مرسلا، التهذيب ٧:١١ ح ٤٢، الوسائل ١٢:٣٠٧ ب «٢٣» من أبواب آداب التجاره ح ١.

٣- (٣) الكافى ٥:١٥٩-١٦٠ ح ٤، الفقيه ٣:١٢٣ ح ٥٣٣ بإسناده عن ميسر بن حفص، التهذيب ٧:١٢ ح ٤٧، الوسائل ١٢:٢٩٢ ب «٨» من أبواب آداب التجاره ح ١.

٤- (٤) لم نعثر عليه و فى مفتاح الكرامه ٤:١٣٧ ٤ أنه لم يجد القائل به.

٥- (٥) الكافى ٥:٢٨٦ ح ١، الفقيه ٣:١٤٥ ح ٦٤١ و فى سنده «إبراهيم بن زياد»، التهذيب ٧:٨٠ ح ٣٤٥ و ٢٣٣ ح ١٠١٧، الوسائل ١٢:٣٣٣ ب «٤٤» من أبواب آداب التجاره ح ١.

٦-٦) الكافي ٥:٢٨٦ ح ٢ وفيه «بعد الضمّه»، الفقيه ٣:١٤٧ ح ٦٤٦، التهذيب ٧:٨٠ ح ٣٤٦، الوسائل ١٢:٣٣٤ ب «٤٤» من أبواب آداب التجاره ح ٦. وفي هذه الثلاث «بعد الضمنه».

و دخول المؤمن في سوم أخيه، على الأظهر (١)، و أن يتوكل حاضر لباد (٢)، و قيل:

يحرم، و الأول أشبه.

أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «إذا نادى المنادى فليس لك أن تزيد، و أنما يحرم الزيادة النداء، و يحلها السكوت» (١).

قوله: «و دخول المؤمن في سوم أخيه على الأظهر».

المراد بالدخول في سومه أن يطلب المتاع الذي يريد أن يشتريه، بأن يزيد في الثمن ليقدمه، أو يبذل للمشتري متاعا غير ما اتفق عليه هو و البائع. و قد نهى عنه في الأخبار، قال صلى الله عليه و آله و سلم: «لا يسوم الرجل على سوم أخيه» (٢). و هو خبر معناه النهي، و الأصل في النهي التحريم. فمن ثم ذهب الشيخ (٣) و جماعه (٤) إلى تحريمه، و استظهر المصنف الكراهة للأصل، و الجهل بسند الحديث. و لو صحّ تعين القول بالتحريم. و أنما يحرم أو يكره بعد تراضيهما أو قربه، فلو ظهر منه ما يدل على عدم الرضا و طلب الزيادة أو جهل حاله، لم يحرم و لم يكره اتفاقا. و لو طلب الداخل من الطالب الترك له لم يحرم، و في كراهته وجه. و لا كراهه في ترك الملتمس منه قطعاً، بل ربّما استحَبَّ إجابته إذا كان مؤمناً.

قوله: «و أن يتوكل حاضر لباد. إلخ».

المراد بالبادى الغريب الجالب للبلد، أعم من كونه من البادية أو قرويا.

و معناه أن يحمل البدوى أو القروى متاعه إلى بلد فيأتيه البلدى و يقول: أنا أبيع لك بأغلى مما تبعه به. قيل: أو يعرفه السعر و يقول: أنا أبيع لك و أكون سمسارا. و قد ورد النهي عنه أيضا، قال صلى الله عليه و آله و سلم: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا

ص: ١٨٧

١- ١) الكافي ٣٠٥: ٥- ٣٠٦ ح ٨، الفقيه ١٧٢: ٣ ح ٧٦٩، التهذيب ٢٢٧: ٧ ح ٩٩٤، الوسائل ١٢: ٣٣٧ ب «٤٩» من أبواب آداب التجاره

ح ١.

٢- ٢) الوسائل ٣٣٨: ١٢ ب «٤٩» من أبواب آداب التجاره ح ٣، دعائم الإسلام ٢: ٣٤ ح ٧٤، و عنه المستدرک ٢٨٥: ١٣ ح ١.

٣- ٣) المبسوط ١٦٠: ٢.

٤- ٤) منهم الراوندى فى فقه القرآن ٢: ٤٥، و ابن إدريس فى السرائر ٢: ٢٣٥.

و يلحق بذلك مسألتان:

**الأولى: تلقى الركبان مكروه**

الأولى: تلقى الركبان مكروه، و حدّه أربعة فراسخ إذا قصدته، و لا يكره إن اتفق (١). و لا- يثبت للبائع الخيار، إلا أن يثبت الغبن الفاحش.

و الخيار فيه على الفور مع قدره. و قيل: لا يسقط إلا بالإسقاط، و هو الأشبه.

الناس يرزق الله بعضهم من بعض» (١). و الكلام في دلالة على التحريم و في سنده كما تقدم. و قد شرطوا في تحريمه أو كراهيته شروطا خمسة:

الأول: أن يكون الحاضر عالما بورود النهي. و هو شرط يعم جميع المناهي.

الثاني: أن يظهر من ذلك المتاع سعة (٢) في البلد، فلو لم يظهر إمّا لكبر البلد أو لعموم وجوده و رخص السعر، فلا- تحريم و لا كراهه، لأنّ المقتضى للنهي تفويت الربح و فقد الرفق (٣) على الناس و لم يوجد هنا.

الثالث: أن يكون المتاع المجلوب مما يعمّ الحاجة إليه، فما لا يحتاج إليه إلا نادرا لا يدخل تحت النهي.

الرابع: أن يعرض الحضري ذلك على البدوي و يدعوه إليه، فإن التمس الغريب ذلك لم يكن به بأس.

الخامس: أن يكون الغريب جاهلا بسعر البلد، فلو علم به لم يكره، بل يكون مساعدته محض الخير.

و في اشتراط ما عدا الأخير نظر، لإطلاق النص، و عدم منافاه التعليل له. أمّا الأخير فالتعليل يشعر به. و على القول بالتحريم لو أوقع البيع صحّ و ان أثم. و لا بأس بشراء البلدي له، للأصل، و عدم تناول النهي له.

قوله: «تلقى الركبان- إلى قوله- ان اتفق».

أطلق المصنف القول بالكراهه هنا. و الخلاف فيه و الكلام كما سبق، فقد

٢-٢) في «٥» شعر، و في هامش «و» نقلا عن حفيد الشارح أن في نسخه الأصل ما يحتمل التاء و الراء.  
٣-٣) في «ك» فقد الرزق.

ذهب جماعه إلى تحريمه (١)، عملاً بظاهر النهى الوارد فى الاخبار. روى منهل القصاب عن الصادق عليه السلام أنه قال: «لا تتلقَّ ولا تشتر ما يتلقى ولا تأكل منه» (٢). والأصل فيه التحريم، فحمله على الكراهه ليس بجيد. نعم يمكن ردّه بجهاله بعض سنده. و منه يظهر وجه ما اختاره المصنف و جماعه (٣) من الكراهه عملاً بالأصل، و يكفى فى إثبات الكراهه أمثال ذلك.

و المراد بالتلقى الخروج أربعة فراسخ فما دون إلى الركب القاصد إلى بلد، للبيع عليهم أو الشراء منهم فهنا قيود:

الأول: كون الخروج بقصد ذلك، فلو خرج لا له فاتفق الركب لم يكره و لم يحرم.

الثانى: تحقق مسمى الخروج من البلد، فلو تلقى الركب فى أول وصوله إلى البلد لم يثبت الحكم، و إن لم يكن قد عرف السعر. و لو دخل بعض الركب فتلقى البعض الخارج، قيل: يسقط النهى أيضاً. و يشكل بصدق التلقى للخارج منه، إلا أن يقال: لا يصدق على بعضه اسم الركب.

الثالث: أن لا يتجاوز أربعة فراسخ، فلو زاد كان سفراً للتجاره لا بأس به.

الرابع: جهل الركب بسعر البلد فيما يبيعه و يشتريه، فلو علم بهما أو بأحدهما لم يثبت الحكم فيه، كما يشعر به التعليل فى قوله: «لا يتلقَّ أحدكم تجاره خارجاً من المصر، و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» (٤). و الظاهر أنّ الاعتبار بعلم من

ص: ١٨٩

- 
- ١- ١) منهم الشيخ فى المبسوط ٢: ١٦٠ و الخلاف ٣: ١٧٢ مسألة ٢٨٢ و ابن إدريس فى السرائر ٢: ٢٣٧.  
 ٢- ٢) الكافى ٥: ١٦٨ ح ٢، الفقيه ٣: ١٧٤ ح ٧٧٩، التهذيب ٧: ١٥٨ ح ٦٩٦، الوسائل ١٢: ٣٢٦ ب «٣٦» من أبواب آداب التجاره ح ٢.  
 ٣- ٣) منهم الشيخ فى النهايه: ٣٧٥، و أبو الصلاح الحلبي فى الكافى: ٣٦٠، و ابن حمزه فى الوسيله: ٢٦٠.  
 ٤- ٤) الكافى ٥: ١٦٨ ح ١، التهذيب ٧: ١٥٨ ح ٦٩٧، الفقيه ٣: ١٧٤ ح ٧٧٨، الوسائل ١٢: ٣٢٦ ب «٣٦» من أبواب آداب التجاره ح ٥.



و كذا حكم النجش (١)، و هو أن يزيد لزياده من واطأه البائع.

يعامل خاصه.

الخامس: أن يكون التلقى للبيع عليه أو للشراء منه، فلو خرج لغيرهما من المقاصد و لو فى بعض المعاملات كالإجاره لم يثبت الحكم. و فى إلحاق الصلح و نحوه من عقود المعاوضات (١)، يحتمله للعله، و عدمه اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن.

و لعل إلحاق الصلح هنا أقوى. و يحتمل قصر الحكم على الشراء منهم خاصه، نظرا إلى ظاهر قوله عليه السلام: «لا يتلق أحدكم تجاره». و لو قلنا بالتعميم فينبغى قصر البيع على ما فيه خطر و غبن، فلو خرج لأن يبيع عليهم المأكول و نحوه فلا بأس.

إذا تقرر ذلك فنقول: لو خرج و اشترى منهم، أو باع عليهم، انعقد البيع، و إن قلنا بالتحريم، لأنّ النهى عن أمر خارج عن حقيقه البيع، خلافا لابن الجنيّد (٢). ثمّ إن ظهر فيه غبن تخير الركب بين فسخ البيع و إمضائه. و الأقوى أنّه على الفور، اقتصارا فى مخالفه عموم لزوم البيع و الوفاء بالعقد على موضع اليقين.

و وجه التراخي أنّ ثبوت أصل الخيار إجماعى فيستصحب إلى أن يثبت المزيل.

و اختاره المصنف هنا، و هو وجهه.

قوله: «و كذا حكم النجش. إلخ».

يحتمل كون المشبه به المشار إليه ب«ذا» مجموع الحكم السابق، و هو الكراهه مع صحه البيع، و ثبوت الخيار، و كونه على التراخي على الخلاف. و هذه الجملة أحد الأقوال فى المسأله. و يمكن كونه الأخير، و هو كون الخيار فيه على التراخي. و هو يستلزم صحه البيع، و لا يكون متعرضا لحكمه من حيث التحريم أو الكراهه.

و الأقوى تحريمه، لأنّه غش و خديعه، و ثبوت باقى الأحكام السابقه. و ما عرفه به المصنف غير جيد، لأنّ الزيادة لزياده من واطأه البائع يكون من المشتري المخدوع، و هو لا- يتعلق به تحريم و لا- كراهه إجماعا، و إنّما المحرم نفس تلك الزيادة من الخارج التى أوجبت انخداع المشتري. فالأجود فى تعريفه أنّه الزيادة فى السلعه ممن لا يريد

ص: ١٩٠

١- ١) كذا فى «ه». و فى «ب، ن، و، ك» المغابنات.

٢- ٢) نقله عنه العلامه فى المختلف: ٣٤٦.

الثانية: الاحتكار مكروه (١)، وقيل: حرام، والأول أشبه.

شراءها ليحضّ غيره عليه، وإن لم يكن بمواطاه البائع. فإذا اتفق ذلك فالبيع صحيح، ويتخير المشتري مع ظهور الغبن كما تقدم. وقيل: لا خيار هنا. وقيل بثبوته مع مؤاطاه البائع لا غير. والأول أقوى.

وفي حكمه ما لو قال البائع: أعطيت في هذه السلعة كذا، وصدّقه المشتري، فإنّه يتخير لو ظهر الغبن، وإن كان البائع صادقاً. ولو كان كاذباً فكالنجش في التحريم، ويزيد عنه بالكذب. ولا يلحق به ترك الزيادة في السلعة ليشتريها بالثمن القليل، للأصل. قوله: «الاحتكار مكروه. إلخ».

الاحتكار افتعال من الحكره - بالضم - وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء. والأقوى تحريمه، لصحيحه إسماعيل بن زياد [١] عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يحتكر الطعام إلا خاطئ» (١).

والمراد به فاعل الذنب. وقال صلى الله عليه وآله وسلم: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» (٢).

والقول بالكراهه للشيخ في المبسوط (٣)، وجماعه (٤)، لقول الصادق عليه السلام: «يكره أن يحتكر الطعام» (٥). وجوابه القول بالموجب، فإنّ المكروه أحد

ص: ١٩١

١- (٢) الفقيه ٣: ١٦٩ ح ٧٤٩، التهذيب ٧: ١٥٩ ح ٧٠١، الاستبصار ٣: ١١٤ ح ٤٠٣، الوسائل ١٢: ٣١٤ ب «٢٧» من أبواب آداب التجاره ح ٨ و ١٢.

٢- (٣) الكافي ٥: ١٦٥ ح ٥٦، الفقيه ٣: ١٦٩ ح ٧٥١، توحيد الصدوق: ٣٩٠ ذيل ح ٣٦، التهذيب ٧: ١٥٩ ح ٧٠٢، الاستبصار ٣: ١١٤ ح ٤٠٤، الوسائل ١٢: ٣١٣ ب «٢٧» من أبواب آداب التجاره ح ٣.

٣- (٤) المبسوط ٢: ١٩٥.

٤- (٥) منهم المفيد في المقنعه: ٦١٦، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٦٠.

٥- (٦) الكافي ٥: ١٦٥ ح ٥٦، التهذيب ٧: ١٦٠ ح ٧٠٨، الاستبصار ٣: ١١٥ ح ٤١١، الوسائل ١٢: ٣١٣ ب «٢٧» من أبواب آداب التجاره ح ٢.

و أنما يكون في الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن، و قيل: و في الملح (١)، بشرط أن يستبقئها للزياده في الثمن، و لا يوجد بائع و لا باذل (٢).

و شرط آخرون أن يستبقئها (٣) في الغلاء ثلاثه أيام، و في الرخص معانى الحرام، فإذا دلت تلك الاخبار على التحريم، تعين حمل المكروه عليه.

قوله: «و أنما يكون في الحنطه و الشعير- إلى قوله- و قيل: و في الملح».

هذا القول قوى. و في روايه إضافه الزيت (١)، و هو حسن.

قوله: «بشرط أن يستبقئها للزياده في الثمن و أن لا يوجد بائع و لا باذل».

إطلاق كلامه مع شرطيه يقتضى عدم الفرق بين كون هذه الأشياء من غلته أو شرائها لذلك. و قد صرح العلامة (٢) بأن الاحتكار لا يتحقق إلا بشرائها و حبسها.

و في حسنه الحلبي (٣) دلالة عليه. و الأقوى عموم التحريم مع استغنائه عنه، و حاجه الناس إليها، فمع حاجته إليها و لو في المآل، لمؤنته و وفاء دينه و نحوهما، أو وجود باذل غيره لا- يحرم، نعم يستحب مساواه الناس حاله الغلاء، و لو بيع ما يزيد عن حاجته، و ما عنده من الجيد إذا لم يكن عند الناس إلا الردى و استعمال ما يأكلون، كما روى من فعل الصادق عليه السلام (٤).

قوله: «و شرط آخرون أن يستبقئها».

أى شرطوا ذلك مضافا إلى ما تقدم. و الأقوى تقييده بالحاجه لا بالمده.

ص: ١٩٢

١- ١) الكافي ٥: ١٦٥ ذيل ح ٣، الفقيه ٣: ١٦٨ ح ٣، التهذيب ٧: ١٦٠ ح ٧٠٦، الوسائل ١٢: ٣١٥ ب «٢٨» من أبواب آداب التجاره ح ٢.

٢- ٢) المنتهى ٢: ١٠٠٧، نهايه الأحكام ٢: ٥١٣ و يلاحظ ان كلمه يشتري طبع خطأ في المنتهى «يشترط».

٣- ٣) الكافي ٥: ١٦٤ ح ٣، الفقيه ٣: ١٦٨ ح ٣، التهذيب ٧: ١٦٠ ح ٧٠٦، الوسائل ١٢: ٣١٥ ب «٢٨» من أبواب آداب التجاره ح ١.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٣٢١ ب «٣٢» من أبواب آداب التجاره ح ١ و ٢.

أربعين. و يجبر المحتكر على البيع و لا يسعّر عليه، و قيل: يسعّر، و الأول أظهر (١).

قوله: «و لا يسعّر عليه، و قيل: يسعّر، و الأول أظهر».

الأظهر أظهر إلا مع الإجحاف، و إلا لانتفت فائده الإجماع، إذ يجوز أن يطلب في ماله ما لا يقدر على بذله، أو يضّر بحال الناس، و الغرض دفع الضرر.

ص: ١٩٣

### إشاره

الفصل الثالث في الخيار و النظر في أقسامه، و أحكامه.

### أما أقسامه

### إشاره

أما أقسامه فخمسه:

### الأول: خيار المجلس

الأول: خيار المجلس (١).

فاذا حصل الإيجاب و القبول، انعقد البيع، و لكل من المتبايعين خيار الفسخ (٢) ما دام في المجلس.

قوله: «خيار المجلس».

اضافه هذا الخيار إلى المجلس اضافه إلى بعض أمكنته، فإنّ المجلس موضع الجلوس، و ليس بمعتبر في تحقق هذا الخيار، بل المعتبر فيه مكان العقد مطلقاً، أو ما في معناه. و الأصل فيه قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» (١). و هو أوضح دلالة من عبارته الفقهاء، إلاّ أنّه قد صار بمنزلة الحقيقه العرفيه، و إن كان للتسميه فيه خصوص لغه. و نظيره في التجوز ما تقدم في شرائط القصر أن لا يكون سفره أكثر من حضره. و قد حررناه في محلّه.

قوله: «و لكل من المتبايعين خيار الفسخ. إلخ».

إطلاق المتبايعين يشمل المالكيين و الوكيلين و المتفرقين، لأنّ المتبايعين من فعلا- البيع، و هو إن كان عبارته عن الإيجاب و القبول، فظاهر إطلاقه على من أوقع الصيغه، سواء كان مالكا أم وكيلا، و ان كان عبارته عن نفس «انتقال الأعيان.

إلخ». ففاعل الانتقال و محدثه هو المتعاقدان أيضا.

لكن الحكم في المالكيين واضح، و أما الوكيلان، فان لم ينصّ لهما الموكل على

١-١) الكافي ٥:١٧٠ ح ٤ و ٥، التهذيب ٧:٢٤ ح ١٠٠، الوسائل ١٢:٣٤٥ ب «١» من أبواب الخيار ح ١ و ٢ وفي المصادر: «حتى يفترقا» انظر مسند أحمد ٢:٩ و ٧٣، و صحيح البخاري ٣:٧٦-١٧٧.

و لو ضرب بينهما حائل (١) لم يبطل الخيار. وكذا لو أكرها (٢) على التفرق و لم يتمكننا من التخاير.

الخيار لم يكن لهما الفسخ، فينتفى الحكم عنهما. وان وكلهما فيه، فان كان قبل العقد بنى على التوكيل فيما لا يملكه الموكل، هل يصح بوجه أم لا؟ و سيأتي في باب إن شاء الله تعالى. فان لم نجوزه لم يكن لهما ذلك أيضا، وإن جوزه أو كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار ما لم يتفرقا، عملا بإطلاق الخبر.

و هل يثبت مع ذلك للموكلين إذا حضرا المجلس؟ قيل: نعم، لأن الخيار لهما بالأصل، ولأنهما يبعان عرفا إذ يصدق على البائع أنه باع متاعه إذا كان قد وكل في بيعه و باعه الوكيل. وكذا المشتري. و يحتمل العدم، لأنهما ليسا بائعين بمعنى موقعي الصيغه، و لا ناقلين للملك، و انما أوقعها و نقله الوكيلان. و يحتمل أن لا يكون الخيار الا لهما، لأنهما المالكان حقيقه المستحقان للخيار، إذ الأصل في الوكيلين أن لا يستحقا خيارا، فلا يتناولهما الخبر.

ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع أو للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيلين أم المالكين أم الجميع؟ كل محتمل. و يشكل تشبيه (١) ضمير يفترقا في بعض الموارد. و من ثم قيل بأن المراد بهما المالكان، و الضمير لهما، و دخول الوكيلين في الحكم بأمر خارج.

و الوجه ثبوته لكل واحد منهما، و اعتبار تفرق كل واحد منهما في خيار نفسه، لا في خيار الآخر. و المسألة من المشكلات.

قوله: «و لو ضرب بينهما حائل. إلخ».

لا- فرق في الحائل بين الرقيق كالمستر، و الغليظ كالحائط، و المانع من الاجتماع كالنهر العظيم و غيرها، لعدم صدق الافتراق بذلك، فإن المفهوم منه تباعدهما عن الحد الذي كانا عليه. و تبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث أبطله به.

قوله: «و كذا لو أكرها. إلخ».

المراد بالتخاير اختيار العقد و البقاء عليه، بان يقولوا: تخايرنا، أو اخترنا إمضاء

ص: ١٩٥

١- ١) كذا في «ك» و في «ن» بسبب، و في سائر النسخ التي عندنا «بتشتت».

و يسقط باشتراط سقوطه فى العقد(١)،و بمفارقة كل واحد منهما صاحبه و لو بخطوه،و بإيجابهما إياه أو أحدهما و رضا الآخر.و لو التزم أحدهما سقط خياره دون صاحبه.

العقد،أو أمضيانه،أو التزما به،و ما أدى هذا المعنى.و يتحقق ذلك بمنعها من الكلام بأن يسدّ فوهما،أو هدّدا على التكلم،فإنّه حينئذ لا- يسقط خيارهما بالتفرق، بل لهما الفسخ عند زوال المانع.لكن هل يعتبر حينئذ مجلس الزوال،أو يكون الخيار على الفور؟و جهان.و لو أخرج أحدهما كرها،و منع،فالحكم فيه ما ذكر.

و اعلم أنّ قيد التخايير هنا كناية عن الفسخ،لأنّ التزام العقد و اختياره لا- يتوقف على الكلام،بل لو تفرقا ساكتين لزم،و إنّما يتوقف عليه الفسخ،فيكون المنع معتبرا فيه،لا فى التخايير.

قوله:«و يسقط باشتراط سقوطه فى العقد.إلخ».

مسقطات هذا الخيار أربعة،ذكر المصنف منها ثلاثة:

الأول:اشتراط سقوطه فى متن العقد،فإنّه يسقط كغيره،لأنّه شرط سائغ، يتعلق به غرض صحيح فيصح،لقوله صلى الله عليه و آله و سلّم:«المؤمنون عند شروطهم» (١).و لو شرط أحدهما خاصة سقوطه،سقط بالنسبة إليه دون صاحبه.

الثانى:مفارقة كل منهما صاحبه.و يتحقق بانتقال أحدهما من مكانه بحيث يبعد عن صاحبه و إن قلّ.فلو انتقلا أو أحدهما لا كذلك،بأن تماشيا مصطحبين، أو تقرب كل واحد إلى صاحبه لم يضرّ.

الثالث:إيجابهما العقد و اختيارهما له،بان يقولوا:اخترنا العقد،أو التزمناه، أو أسقطنا الخيار.و لو أوجه أحدهما خاصة سقط خياره و بقى خيار الآخر.و لو رضى بما اختاره صاحبه فهو فى حكم الاختيار،إذ لا يختص بلفظ،بل كل ما دلّ على الرضا به كاف.

ص:١٩٦

١- (١) الاستبصار ٢٣٢:٣ ح ٨٣٥، التهذيب ٣٧١:٧ ح ١٥٠٣، الوسائل ١٥:٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.



و لو خيّرهُ فسكت (١)، فخيّر السّاكت باق، و كذا الآخر، و قيل: فيه يسقط، و الأول أشبه.

و لو كان العاقد واحدا عن اثنين (٢) كالأب و الجدّ، كان الخيار ثابتا، ما لم يشترط سقوطه، أو يلتزم به عنهما بعد العقد، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه، على قول.

الرابع: التصرّف. فإن كان من المشتري كان التزاما بالبيع و بطل خياره، و بقي خيار البائع. و إن كان من البائع كان فسخا للبيع، و بطل خيارهما. و لا فرق بين التصرّف الناقل للملك و غيره، لكن لو وقع الناقل من المشتري مع بقاء خيار البائع، ففي صحته اشكال.

قوله: «و لو خيّرهُ فسكت. إلخ».

أمّا بقاء خيار السّاكت فظاهر. و أمّا القائل، فالأقوى أنّه كذلك، لعدم حصول أحد الأمور المسقطه، فإنّ تخييره صاحبه لا يدل على اختياره الإمساك بإحدى الدلالات. و حديث «ما لم يفترقا» متناول له. و القول بسقوط خياره للشيخ (١) (رحمه الله)، استنادا إلى ما روى عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم بعد قوله «ما لم يفترقا»: «أو يقل أحدهما لصاحبه: اختر» (٢). و في هذه الزيادة نظر (٣).

قوله: «و لو كان الواحد عاقدا عن اثنين. إلخ».

عقد الواحد عن اثنين يشمل ما لو كانا خارجين عنه كالوكيل عن المتبايعين، و ما لو كان أحدهما، كالأب يعقد للصبي على ماله أو بالعكس، و كما لو كان أحد المتبايعين و كيلا عن الآخر، فإنّه يصدق أيضا أنّ الواحد عاقد عن اثنين و قائم مقامهما، و إن كان هو أحدهما. و الخيار المحكوم بثبوته أعم من كونه لذلك العاقد و لو

ص: ١٩٧

١ - ١) نسبه إليه في جامع المقاصد ٢: ٢٨٥. و لكن صريح عبارته في المبسوط ٢: ٨٢ و الخلاف ٣: ٢١ خلاف ذلك. قال العلامة في المختلف: ٣٥٠ بعد نقل قول الشيخ عن الخلاف و المبسوط: «و قيل يسقط خيار الآخر».

٢ - ٢) مسند أحمد ٢: ٧٣.

٣ - ٣) ورد في هامش «ك» هذه الزيادة (مجهوله السند. بخطه).

بالولاية- كما لو كان أبا أو جدا يبيع من نفسه، فإنَّ الخيار له و للطفل، و له مراعاة الجانبين، لكن في الطفل يراعى مصلحته- و كونه كغيره، كما لو كان و كيلا في العقد خاصه، فإنَّ الخيار للمتبايعين لا له، ان قلنا به. و قوله «ما لم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما» إنما يتم في من له الاشتراط و الالتزام، كالأب و الجد الذى مثل بهما.

فلو كان و كيلا- في إيقاع الصيغه لم يكن له ذلك. و لو أريد العموم كان المراد ما لم يشترط أو يلتزم حيث يكون له ذلك. و أيضا فالالتزام عنهما لا يدخل فيه ما لو كان هو أحدهما إلا بتكلف. ففي العبارة قصور عن تأديه الحكم المطلوب من المسألة.

إذا تقرر ذلك ففي حكم خيار المجلس هنا ثلاثة احتمالات:

الأول: ما حكاه المصنف من ثبوته ما لم يحصل أحد الأمرين أو يفارق العاقد المجلس الذى عقد فيه. و وجهه أنَّ المعبر في سقوط خيار المتعاقدين مفارقه أحدهما مجلس العقد، و لما كان ذلك متعذرا هنا لأنَّ الواحد لا يفارق نفسه اعتبر فيه الممكن، و هو مفارقه مجلس العقد، لأنه مشبه لمفارقه أحد المتعاقدين. و هذا القول نقله الشيخ في المبسوط (1) و لم يذكر قائله. و يضعف بأنَّ الواقع في الحديث هو الافتراق لا مفارقه مجلس العقد، فلو خرجا منه مصطحبين لم يبطل خيارهما، و ان بقيا مدة طويله. فلا يتم ما وجهه.

الثانى: ثبوته دائما ما لم يلتزمه أو يشترط سقوطه. و وجهه قد علم من السابق، فإنَّ المسقط هو المفارقه و لم تتحقق. و المفهوم من قوله صلى الله عليه و آله و سلم «ما لم يفترقا» إرادته السلب، لا- عدم الملكة أى عدم الافتراق عما من شأنه الافتراق، أو محتمل لهما، فيثبت الخيار بمقتضى صدر الحديث، و يحصل الشك في المسقط، فيستصحب إلى ان يثبت المزيل. و هذا الاحتمال قطع به العلامة في التذكرة [1]، و هو

ص: ١٩٨

الثاني: خيار الحيوان.

و الشرط فيه كَله ثلاثة أيام (١) للمشتري خاصة، دون البائع على الأظهر (٢).

ظاهر اختيار الدروس (١)، فإنه حكم بثبوت الخيار، و أبطله بما يبطل به خيار المتعاقدين، و من جملته التفرق، و لم يتحقق هنا. مع احتمال -على بعد- القول الأول.

الثالث: عدم ثبوته أصلاً، عملاً بظاهر الحديث من اعتبار المغايره بين المتعاقدين، الموجب لترتب التفرق عليهما. و هذا الاحتمال لم يذكره في التذكرة، و لا أشار إليه في الدروس، بل جزم بثبوت الخيار. و كذلك عبارته الكتاب ليس فيها اشعار به، فإنّ قوله «على قول» يشير به إلى ما جرت عادتهم به من نقل القول الذي ذكره في المبسوط، و هو سقوط الخيار بمفارقة العاقد المجلس، فيرجع إلى قوله «أو يفارق المجلس». مع أنّ ظاهر الحديث أدلّ عليه من الآخرين. و المسألة لا تخلو من إشكال، و ان كان القول الأوسط أوسط.

قوله: «و الشرط فيه كَله ثلاثة أيام».

أراد بالشرط هنا الخيار في الثلاثه مجازاً. و أخذ ذلك من لفظ الحديث الصحيح عن الصادق عليه السلام: «الشرط في الحيوان كَله ثلاثة أيام للمشتري» (٢). و نبه بقوله «كله» على خلاف أبي الصلاح، حيث ذهب إلى أنّ الخيار في الأمه مدته الاستبراء (٣). و الحديث حجه عليه.

قوله: «للمشتري خاصة دون البائع على الأظهر».

نبه بالأظهر على خلاف المرتضى (رضى الله عنه) حيث ذهب إلى أنّ الخيار

ص: ١٩٩

١- ١) الدروس: ٣٥٩.

٢- ٢) الكافي ٥: ١٦٩ ح ٢، التهذيب ٧: ٢٤ ح ١٠٢، الوسائل ١٢: ٣٥٠-٣٥١ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١.

٣- ٣) الكافي في الفقه: ٣٥٣.

و يسقط باسقاط سقوطه فى العقد، و بالتزامه بعده، و بإحداثه فى حدثا كوطء الأمه و قطع الثوب، و بتصرفه فيه (١)، سواء كان تصرفا لازما كالبيع، أو لم يكن كالهبة قبل القبض و الوصيه.

لهما (١). و صحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «البائع بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان» (٢) صريحه الدلاله على ما يدعيه. و ما تقدم فى صحيحه الحلبي من إثبات خياره للمشتري غير مناف لثبوته للبائع، إلا من حيث المفهوم المخالف، و هو ضعيف. فالقول به فى غايه القوه إن لم يثبت الإجماع على خلافه. و حملت الروايه على ما لو باع حيوانا بحيوان، و هو تخصيص بغير مخصص. و على أن الخيار للمشتري و على البائع، فهو بالنسبه إليهما مده ثلاثه أيام. و يضعف بأن مقتضى الخبر كونه لهما، كما فى قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «البائع بالخيار ما لم يفتقا» (٣). و على أن إثبات الخيار للمجموع من حيث هو مجموع، فلا يدل على ثبوتة للأفراد. و فيه ما مرّ. و فى الدروس (٤) الشهره بل الإجماع على خلافه، و هو يؤذن بدعوى الإجماع فإن ثبت فهو الحججه، و إلا فلا.

و يبقى الكلام فيما لو باع حيوانا بحيوان، فقد قيل بثبوتة لهما كما مرّ، نظرا إلى تحقق الحكمه من الجانبين، فإن اختصاص الحيوان بالخيار لاشتماله على أمور باطنه لا. يطلع عليها غالبا إلا بالتروى و الاختبار مده. و فيه جمع بين الاخبار المختلفه ظاهرا. و قيل بعدمه و أن الخيار للمشتري مطلقا، التفاتا إلى الحديث السابق (٥)، و الشهره أو الإجماع. و الأول أقوى. و لو كان الثمن خاصيه حيوانا ثبت الخيار للبائع خاصه على الأقوى.

قوله: «و بتصرفه فيه. إلخ».

لا خلاف فى سقوطه بالتصرف، و لأنه دليل على الرضا، و لقول الصادق عليه

ص: ٢٠٠

١-١) الانتصار: ٢٠٧.

٢-٢) التهذيب ٢٣: ٧-٢٤ ح ٩٩ و فيه: «المتبايعان»، الوسائل ٣٤٩: ١٢ ب «٣» من أبواب الخيار ح ٣.

٣-٣) راجع ص ١٩٤.

٤-٤) الدروس: ٣٦١.

٥-٥) فى ص ١٩٩.

الثالث: خيار الشرط.

وهو بحسب ما يشترطه أو أحدهما، لكن يجب أن يكون مده مضبوطة (١). ولا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج.

السلام: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط له» قيل: «ما الحدث؟ قال: «إن لامس، أو قبّل، أو نظر منها إلى ما يحرم عليه قبل الشراء» (١). وإطلاق التصرف و الحدث يشمل الناقل وغيره، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة و تحميلها، أو حلب ما يحلب، و لبس الثوب و صبغه و قصارته، و سكنى الدار و نحو ذلك. و لو قصد به الاستخبار ففي منعه من الردّ قول لا بأس به، فإن استثناه (٢) اعتبر منه ما يعلم به الحال بان يركب الدابة قدرا يظهر به فراحتها و عدمه، و يحلب الشاه بحيث يعلم حالها و نحو ذلك، فلو زاد عنه منع. و لو ساق الدابة إلى منزله، فإن كان قريبا بحيث لا يعدّ تصرفا عرفا فلا أثر له، و إن كان بعيدا كثيرا احتمل قويا منعه. و بالجمله فكل ما يعدّ تصرفا و حدثا يمنع، و إلا فلا.

قوله: «لكن يجب ان يكون مده مضبوطة».

لا فرق في المدّة المشترطه بين كونها متصله بالعقد و منفصله عنه مع ضبطها، فلو شرطها متأخره صار العقد لازما بعد المجلس و جائزا فيها. و في جواز جعلها متفرقه كذلك و جهان، أجودهما ذلك. و خرج بقوله «مدّة مضبوطة» ما لو جعلها محتمله للزيادة و النقصان، فإنّه لا يصح قولاً واحداً، و ما لو أطلق، فإنّه لا يصح على الأقوى، خلافا للشيخ (٣) (رحمه الله) حيث جعله مع الإطلاق ثلاثة أيام، مدّعا فيه النص و الإجماع. و هما ممنوعان. أمّا الإجماع فواضح، و أمّا النص فلم نقف عليه

ص: ٢٠١

- ١- ١) الكافي ٥: ١٦٩ ح ٢، التهذيب ٧: ٢٤ ح ١٠٢، الوسائل ١٢: ٣٥٠-٣٥١ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١.
- ٢- ٢) كذا في أكثر النسخ و في «م» و هامش «٥» بعنوان نسخه بدل و هامش «و» بعنوان ظاهرا «استثنيها». و لكل وجه.
- ٣- ٣) الخلاف ٣: ٢٠ مسألة ٢٥.

و لو شرط كذلك بطل البيع (١).

و لكل منهما أن يشترط الخيار لنفسه، و الأجنبي، و له مع الأجنبي.

و يجوز اشتراط المؤامره (٢)، و اشتراط مده يردّ البائع (٣) فيها الثمن إذا شاء، و يرتجع المبيع.

كذلك إلا في خيار الحيوان.

قوله: «و لو شرط كذلك بطل البيع».

بناء على بطلانه بالشرط الفاسد، و هو الأقوى. و قيل: مع فساد الشرط يصح العقد مجردا عنه. و هو ضعيف.

قوله: «و يجوز اشتراط المؤامره».

هي مفاعله من الأمر بمعنى اشتراط البائع أو المشتري أو هما استيمار من سميّاه في العقد، و الرجوع إلى أمره. و لا بدّ من تعيين مده مضبوطة لذلك، فيلزم العقد من جهتهما و يتوقف على أمره. فليس للشارط أن يفسخ حتى يستأمره و يأمره بالرد، لأنّه جعل الخيار له دونه، خلافاً للتحريم (١) و الفرق بين المؤامره و جعل الخيار للأجنبي أنّ الغرض من المؤامره الانتهاء إلى أمره، لا جعل الخيار له، فلو اختار المؤامر الفسخ أو الإمضاء لم يؤثر، بخلاف من جعل له الخيار.

قوله: «و اشتراط مده يردّ البائع. إلخ».

هذا راجع إلى اشتراط الخيار للبائع مده مضبوطة، لكن مع قيد زائد و هو ردّ الثمن. و الأصل في جوازه - قبل الإجماع - الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام (٢).

و حينئذ إذا ردّ البائع الثمن، أو مثله مع الإطلاق، فسخ البيع. و لا يكفي مجرد الردّ.

و لو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن، أو الخيار في البعض، ففي صحته نظر، من مخالفه النصوص، و عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٣). و هو أوجه. و لو شرط المشتري

ص: ٢٠٢

١- (١) التحرير ١٦٦: ١.

٢- (٢) انظر الوسائل ١٢: ٣٥٤ ب «٧» من أبواب الخيار.

٣- (٣) الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

الرابع: خيار الغبن.

من اشترى شيئاً، ولم يكن من أهل الخبرة (١)، وظهر فيه غبن لم تجر العاده بالتغابن به، ارتجاع الثمن إذا رد المبيع صحّ، ويكون الفسخ مشروطاً برده. ولا يتعدى إلى مثله، بخلاف الثمن.

قوله: «من اشترى شيئاً ولم يكن من أهل الخبرة. إلخ».

المشهور بين الأصحاب - خصوصاً المتأخرين منهم - ثبوت خيار الغبن، وكثير من المتقدمين لم يذكره. ونقل عن المصنف في الدرر [١] القول بعدمه. والأخبار بخصوصه خالية منه، نعم ورد في تلقى الركبان تخيرهم إذا غبنوا (١). واستدلوا عليه أيضاً بخبر الضرار (٢). ويظهر من التذكرة (٣) عدم الخلاف بين علمائنا فيه. وكيف كان فالأجود ثبوته.

إذا تقرر ذلك فثبوته مشروط بأمرين ذكرهما المصنف:

أحدهما: جهالة المغبون بالقيمة. والمراد بها وقت العقد، فلو عرف القيمة ثم زاد أو نقص مع علمه، أو تجددت الزيادة أو النقص بعدة، فلا غبن ولا خيار له إجماعاً. ولا فرق في الجاهل بها بين من يمكنه معرفتها ولو بالتوقيف، وغيره.

وثانيهما: الزيادة أو النقص الفاحشه التي لا يتسامح الناس بمثلها عادة، بأن يبيعه ما يساوي مائة بخمسين ونحوها، فلو تبين التفاوت اليسير الذي يتسامح به في العاده، كالدرهم في المائة بل الخمسة دراهم فيها، فلا غبن. وبالجملة فلا تقدير لذلك شرعاً، وما هذا شأنه يرجع فيه إلى العاده.

ص: ٢٠٣

١-٢) راجع مستدرک الوسائل ١٣:٢٨١ ب «٢٩» من أبواب آداب التجاره ح ٣ و ٤. و راجع أيضاً مسند أحمد ٢:٢٨٤ و ٤٠٣. و لفظ الحديث على اختلافه ان صاحب السلعه بالخيار إذا دخل السوق.

٢-٣) الوسائل ١٢:٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار ح ٣ و ٤ و ٥.

٣-٤) التذكرة ١:٥٢٢.

كان له فسخ العقد إذا شاء (١).

و لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف (٢)، إذا لم يخرج عن الملك، أو يمنع مانع من رده كالاتيلاذ فى الأمه، و العتق، و طريق معرفه الثانى ظاهر، لأنه يمكن إقامه البينه على القيمه، فيناط بها. و أمّا الأول فإن أمكن إقامه البينه عليه فواضح، و لكن هل يقبل قول مدّعيه فى الجهاله حيث تمكن فى حقه؟ الظاهر ذلك، لأصالة عدم العلم، و لأنّ 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 يشكّل بأنّه ربما تعذر إقامه البينه، و لم يمكن معرفه الخصم بالحال، فلا- يمكنه الحلف على عدمه، فيسقط الدعوى بغير بينه و لا- يمين. نعم لو علم ممارسته لذلك النوع فى ذلك الزمان و المكان بحيث لا تخفى عليه قيمته لم يلتفت إلى قوله.

قوله: «كان له فسخ العقد إذا شاء».

قد يستفاد من إطلاق المشيئة أنّ الخيار فيه على التراخى، كما هو أحد القولين فى المسألة، و وجهه ثبوت أصل الخيار، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، لانتفاء الدليل على خصوص الفوريه. و الأقوى أنّه على الفور، لما تقدم فى نظيره من عموم الأمر بالوفاء بالعقد (١)، و أنّ الأصل بناء العقود على اللزوم، فيقتصر فيما خالفه على موضع اليقين، و هو القدر الذى يمكن حصوله فيه، و لإفضاء التراخى إلى الإضرار بالمردود عليه حيث يختلف الزمان و يؤدى الى تغير المبيع، نعم لو جهل أصل الخيار أو الفوريه عدّ إلى حين العلم بها.

قوله: «و لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف. إلخ».

إطلاق العبارة يشمل ما لو كان المتصرف الغابن فيما وصل إليه من العوض، و المغبون فى العين المغبون فيها. و مقتضى قوله: «إذا لم يخرج عن الملك» أنّه مع

ص: ٢٠٤



الخروج يسقط الخيار، و هو يتم إذا كان التصرف المخرج من ذى الخيار، فإنه لا يمكنه رد العين المنتقلة عنه. و أما الآخر فيمكنه الفسخ حينئذ و الرجوع بالمثل أو القيمة على من نقل العين. و بهذا صرح جمع من الأصحاب (١).

و تحرير أقسام المسألة أنّ التصرف إمّا أن يكون فى المبيع خاصه، أو فى الثمن خاصه، أو فيهما. و على التقادير الثلاثة، فالمغبون إمّا البائع أو المشتري أو هما. و على التقادير التسعة فالتصرف إمّا أن يخرج عن الملك، أو ما فى حكمه و هو المانع من الرد، أو لا. ثمّ المخرج و ما فى حكمه إمّا ان يزول بحيث يعود الملك إلى الناقل بغير مانع، أو يستمر. ثمّ التصرف المانع من الرد إمّا أن يرد على العين، أو المنفعة كالإجاره.

و زوال المانع من الرد إمّا أن يكون قبل العلم بالغبن، أو بعده. فأقسام المسألة خمس و أربعون قسما.

و تحقيق الحكم فيها جملة، أنّ المغبون إن كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرف المشتري، سواء أخرج المبيع عن ملكه أم لا، لأصالة بقاء الخيار، و عدم الدليل الدال على سقوطه، فإنّ ضرر البائع لا يسقط اعتباره بتصرف من لا ضرر عليه، فإن فسخ و وجد العين باقيه على ملك المشتري و لم يتغير بفعله تغيرا يوجب زياده القيمة و لا مانع من ردّها، أخذها. و إن وجدها متغيره بأن وجد الثوب مقصورا، أو مصبوغا، أو الحنطه مطحونه، أو البستان محروثا و نحو ذلك، فإن كان العمل صفه محضه أخذ العين. و فى استحقاق المشتري أجره عمله وجه قوى. و إن كان عينا كالصّبغ كان شريكا بنسبته.

و لو وجد العين ناقصه فإن لم يكن النقص بفعل المشتري أخذها إن شاء، و لا شىء له. و إن كان بفعله، فالظاهر أنّه كذلك، لأنّه تصرف فى ملكه تصرفا مأذونا فيه، فلا يتعقّبه ضمان.

ص: ٢٠٥

و لو وجدها ممتزجه بغيرها فإن كان بمساو أو أردأ صار شريكا. و لو كان بأجود ففي سقوط خياره، أو كونه شريكا بالنسبه، أو الرجوع إلى الصلح و نحوه، احتمالات. و الثالث لا يخلو من قوه، لبقاء ماله، و أصاله بقاء خياره. و لو مزجها بغير الجنس بحيث لا تتميز فكال معدومه.

و إن وجدها منتقله عنه بعقد لازم كالبيع، أو ما فى حكمه كالعق، رجع إلى المثل أو القيمه. و كذا لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردّها، كما لو وجد الأمه أمّ ولد.

و لو زال المانع من الرّد قبل الحكم بالعوض بأن رجع إلى ملكه، أو مات الولد احتمل أخذ العين، و العدم لبطلان حقه بالخروج فلا- يعود. و يحتمل الفرق بين انتقالها بالبيع و نحوه و مانع الاستيلاء، فيبطل فى الأوّل دون الثانى، لزوال الملك فى الأوّل المبطل للرجوع فى العين، بخلاف الثانى، فإنّ الملك باق و إنّما منع من الرّد مانع و قد زال. و هذا الوجه لا يخلو من قوه.

و لو كان العود بعد الحكم بالعوض، سواء قبضه أم لا، لم يرجع إلى العين، مع احتمال له لو كان قبل أخذ العوض.

و لو كان العقد الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار للمشتري، و الهبه قبل القبض، احتمل قويا إزماله بالفسخ. فإن امتنع فسخ الحاكم، فإن تعذر قيل:

يفسخ المغبون. بل قيل: إنّ له الفسخ مطلقا. و هو بعيد.

و إن وجد المانع من الرّد نقل المنافع على وجه اللزوم كالإجاره و التحبيس جاز له الفسخ، و انتظار انقضاء المدّه و تصير ملكه من حينه. و تظهر الفائده فى ملك ما لا يدخل فى تلك المنفعه المنقوله من حمل، و ثمره، و استخدام، و عتق و نحوها. و هل يردّ العوض عاجلا؟ يحتمله، لعود الملك إليه بالفسخ و دخوله على تحمّل الصبر، و عدمه نظرا إلى المانع من الانتفاع التام. و الأوّل أقوى. و مثله يأتى فى الشفيع إذا أخذ بها و وجد العين مشغوله بنظائر ذلك.

و لا يثبت به أرش (١).

و لو لم يكن النقل لازما كالإعارة، فللمغيبون الفسخ و إعاده العين.

هذا كله إذا لم يكن قد تصرف في الثمن تصرفا يمنع من رده، فلو تصرف كذلك احتمل قويا سقوط خياره، كما لو تصرف المشتري المغيبون في العين. و إطلاق جماعه من الأصحاب (١) الحكم ببطلان رجوع المغيبون مع تصرفه المانع و تعليههم يشمله.

و إن كان المغيبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع في الثمن مطلقا، فيرجع إلى العين أو المثل أو القيمة. و ما تقدم من التفصيل آت هنا. و أمّا تصرفه فيما غيب فيه قبل علمه بالغيب، فإن كان ناقلا- للملك لازما أو مانعا من الرد كالاستيلاء سقط خياره. اللهم إلا- ان يعود إلى ملكه بحيث لا- ينافى الفوريه، أو يموت الولد كذلك و لم يحصل تغير في العين، أو تنقضى مدته الإجاره كذلك، فيحتمل قويا جواز الرد. و ما تقدم من الاحتمالات آت هنا. و لو كان غير لازم فسخ العقد و ردها. و لو نقصت العين أو تغيرت قبل العلم بالغيب أو قبل الفوريه، ففي منعه من الرد احتمال. و ممّا ذكرناه يعلم حكم ما لو كانا مغيبين، و ما لو تصرفا معا بوجه التصرفات.

و اعلم أنّ هذه المسأله من المهمّات، و فروعها متكثره و الأصحاب لم يحزروها على وجهها. و في كثير من فروعها اشكال ناش من عدم النص و الفتوى.

قوله: «و لا يثبت به أرش».

بمعنى أنّ اللازم من الغيب الخيار، لا التفاوت بين الثمن و القيمة الموجب للغيب، سواء بذله الغابن أم لا.

و قد استشكل في التذكرة (٢) في ثبوت الخيار للمغيبون، لو بذل الغابن التفاوت، مع دعواه الإجماع على عدم ثبوت الأرش به. و وجه التردد من انتفاء موجب

ص: ٢٠٧

١-١) راجع التذكرة ٥٢٣:١، المهذب البارع ٣٧٦:٢.

٢-٢) التذكرة ٥٢٣:١.

الخامس: خيار التأخير.

من باع و لم يقبض الثمن (١)، و لا سلم المبيع، و لا اشترط تأخير الثمن، فالبيع لازم ثلاثه أيام. فإن جاء المشتري بالثمن، و إلا كان البائع أولى بالمبيع.

الغن و هو النقص مع بذله، و من ثبوت الخيار فلا يزول إلا بدليل، و لم يثبت أن زوال الضرر يقتضى زواله. و الأصح بقاء الخيار. نعم لو تراضيا على كون التفاوت فى مقابله الفسخ صح، و كان معاوضه أخرى.

قوله: «من باع و لم يقبض الثمن. إلخ».

هذا النوع من الخيار مما أطبق الجمهور على عدمه كما أطبق أصحابنا على ثبوته. و أخبارهم (١) به متضافره. و خبر الضرار (٢) يرشد إليه. و هو مشروط بثلاثة شروط:

الأول: عدم قبض الثمن.

الثانى: عدم تقييذ المبيع.

الثالث: عدم اشتراط التأجيل فى الثمن و المثلن، و بعض كل واحد منهما و لو ساعه، اقتصارا فيما خالف الأصل على مورده. و قبض بعض كل واحد منهما كلا- قبض مجتمعا و منفردا، لصدق عدم قبض الثمن و إقباض المثلن، فيتناوله النص. و لو قبض الجميع أو أقبض الجميع فلا خيار، و إن عاد بعد ذلك إليه. و شرط القبض المانع من الخيار كونه بإذن مالكة، فلو وقع بدونه فلا أثر له. و كذا لو ظهر مستحقا لغير المشتري أو بعضه.

و لا يسقط هذا الخيار بمطالبه البائع بالثلن بعد الثلاثه، و إن كان قرينه الرضا بالعقد، عملا بالاستصحاب. و لو بذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ احتمال سقوط الخيار. و هو الذى قطع به العلامة فى كتبه (٣)، محتجا بزوال المقتضى لثبوته،

ص: ٢٠٨

١- (١) الوسائل ١٢:٣٥٦ ب «٩» من أبواب الخيار.

٢- (٢) الوسائل ١٢:٣٦٤ ب «١٧» من أبواب الخيار ح ٥، ٤، ٣.

٣- (٣) قواعد الأحكام ١:١٤٣، التذكرة ٥٢٣: ١.

و لو تلف، كان من مال البائع (١) في الثلاثة و بعدها، على الأُشبه.

و إن اشترى ما يفسد من يومه، فإن جاء بالثمن قبل الليل، و إلا فلا بيع له (٢).

و هو الضرر بالتأخير. و يحتمل بقاؤه عملاً بالاستصحاب، و زوال مقتضيه بعد ثبوته لم يؤثر في نظائره.

و اعلم أن للشيخ (١) (رحمه الله) قولاً بجواز الفسخ متى تعذر الثمن، و قواه الشهيد (رحمه الله) في الدروس (٢). و كأن مستنده خبر الضرر، إذ لا نص فيه بخصوصه. و ليس ببعيد، إلا أن التمسك بلزوم العقد و وجوب الوفاء به أقوى.

و أخذه مقاصه يرفع الضرر إن تمكّن من أخذ العين، و إلا فلا يرفع بالفسخ.

قوله: «و لو تلف كان من مال البائع. إلخ».

الخلافاً في تلفه قبل الثلاثة، فقد قال المفيد (٣) (رحمه الله) و من تبعه: إنّه من المشتري، لأنّ المبيع انتقل إليه و التأخير لمصلحته. و ذهب الأكثر إلى أنّه من ضمان البائع، لعموم الدليل الدال على أنّ كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه.

و هو الأقوى.

قوله: «و لو اشترى ما يفسد من يومه، فإن جاء بالثمن قبل الليل، و إلا فلا بيع له».

مستند ذلك ما روى عن الصادق و الكاظم عليهما السلام، فيمن اشترى ما يفسد من يومه و تركه حتى يأتيه بالثمن، قال: «إن جاء فيما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع له» (٤). و عبارته المصنف أجود عبارات الأصحاب قبل الشهيد (رحمه الله) و أنسب

ص: ٢٠٩

١-١) حكاها عنه الشهيد في الدروس: ٣٦٢.

٢-٢) الدروس: ٣٦٢.

٣-٣) المقنعه: ٥٩٢.

٤-٤) الكافي ١٧٢: ٥ ح ١٥، التهذيب ٧: ٢٥ ح ١٠٨، الاستبصار ٣: ٧٨ ح ٢٦٢، الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١١» من أبواب الخيار ح ١. و في نسخه «ك» أو الكاظم عليه السلام.

و خيار العيب يأتي في بابه (١) إن شاء الله تعالى.

بمدلول الروايه، و أكثرهم عبّر عن ذلك بعباره رديّه لا تؤدّي المطلوب بل ضدّه، فقال: «و الخيار فيما يفسد ليومه إلى الليل». و الغرض كما علم من الروايه أنّ البيع لازم إلى الليل، ثمّ يثبت للبائع الخيار.

و يبقى في المسأله إشكال عام، و هو أنّ الغرض من إثبات هذا الخيار تلافى ضرر البائع قبل تلف المبيع، بأن يفسخ البيع و يبيعه لغيره قبل تلفه. و هذا المعنى يقتضى أنّ الفسخ يكون قبل التلف. و إذا كان مبدء الخيار دخول الليل فليس المبيع مما يفسد ليومه الذى هو بياض نهار البيع، فإنّه بمضيه يثبت الخيار، و الحال أنّ المسأله مفروضه فيما يفسد ليومه. و الروايه أيضا داله عليه. و حينئذ فثبوت الخيار بعد فساده لا وجه له، و إنّما ينبغى ثبوته إذا خيف فساده بحيث يتلافى أمره قبله.

و أجد ما اتّفق هنا بعباره الدروس (١) فإنّه فرض المسأله فيما يفسده المبيت، و أثبت الخيار عند انقضاء النهار. ثمّ استقرب تعديته إلى كلّ ما يتسارع إليه الفساد عند خوف ذلك، و أنّه (٢) لا يتقيّد بالليل. و اكتفى فى الفساد بنقص الوصف و فوت الرغبه، كما فى الخضراوات و اللحم و العنب و كثير من الفواكه. و استشكل فيما لو استلزم التأخير فوات السوق. و هذا التفريع كلّه حسن، إلاّ أنّ فيه خروجا عن موضع النص. نعم، يمكن استفادته من إيمائه، و من خبر الضرار المنفى (٣) مع أنّ المستند مرسل، لكنه لا رادّ له. و على هذا لو كان مما يفسد فى يومين تأخّر الخيار عن الليل إلى حين خوف الفساد. و احتمال فى التذكرة (٤) ثبوته من الليل، و هو بعيد.

قوله: «و خيار العيب يأتي في بابه».

إنّما أفرده فى باب عن باقى أنواع الخيار لكثرة مباحثه، و تشعب مسأله،

ص: ٢١٠

١- (١) الدروس: ٣٦٢.

٢- (٢) فى «ك» فإنّه.

٣- (٣) المتقدم فى ص ٢٠٨ هامش رقم ٢.

٤- (٤) التذكرة ٥٢٣: ١.

## إشارة

وَأَمَّا أَحْكَامُهُ فَتَشْتَمِلُ عَلَى

## مسائل

مسائل:

### الأولى: خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع

الأولى: خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع (١).

و خيار الشرط يثبت في كل عقد (٢) عدا النكاح و الوقف، و كذا الإبراء و الطلاق و العتق، إلا على روايه شاذّه (١).

فحسن جعله فصلا برأسه، بخلاف غيره، فإنّ مباحثه متقاربه.

قوله: «خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع».

هذا ممّا لا خلاف فيه بين علمائنا. و يدلّ عليه قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم في الحديث السابق: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٢). و الأصل في غيره اللزوم، و وجوب الوفاء بالعقد.

و تبّه بذلك على خلاف الشافعي (٣) حيث أثبتّه فيما شابه البيع من عقود المعاوضات، كصلح المعاوضه، و الإجاره، و المزارعه، و المساقاه على خلاف في ذلك عندهم.

و أمّا الشيخ (٤) (رحمه الله) فأثبتّه في المبسوط في عقود جائزّه مثل الوكاله، و المضاربه، و الوديعه. و هو غير جيّد، لأنّ العقود الجائزّه يصحّ فسخها في المجلس و بعده، فلا معنى لإثبات خيار المجلس فيها.

قوله: «و خيار الشرط يثبت في كل عقد. إلخ».

أمّا جواز الشرط في العقود، فلعموم الأخبار (٥) الداله على جواز الاشتراط.

و تبّه بذلك على خلاف الشافعي (٦)، حيث نفاه في كثير من العقود. و يستثنى من

- ١- ١) الظاهر ان المراد بها خصوص ما ورد فى العتق. راجع الكافى ١٧٩: ٦ ح ٣، و التهذيب ٨: ٢٢٢ ح ٧٩٥، و الوسائل ١٥: ١٦ ب «١٢» من أبواب العتق ح ٢.
- ٢- ٢) راجع الوسائل ٣٤٥: ١٢ ب «١» من أبواب الخيار و كذا سنن ابن ماجه ٧٣٦: ٢ باب البيعان بالخيار ما لم يفترقا و سنن أبى داود ٢٧٢: ٣ باب خيار المتبايعين.
- ٣- ٣) الام ٤: ٣، مختصر المزنى: ٧٥.
- ٤- ٤) المبسوط ٨٢: ٢.
- ٥- ٥) الوسائل ٣٥٢: ١٢ ب «٦» من أبواب الخيار.
- ٦- ٦) السراج الوهاج: ١٨٥، المجموع ١٩٢: ٩.



## الثانية: التصرف يسقط خيار الشرط، كما يسقط خيار الثلاثة

الثانية: التصرف يسقط خيار الشرط (١)، كما يسقط خيار الثلاثة.

البيع ما يتعقبه العتق، كسواء القريب، فإنه لا يثبت فيه خيار الشرط ولا المجلس.

و كذا شراء العبد نفسه - إن جوزناه - لأنه مناف لمقتضاه.

و أمّا استثناء ما ذكر، فلأنّ النكاح لا يقصد فيه المعاوضه، و الوقف إزاله ملك على وجه القربه. و مثله العتق. و قريب منه الإبراء. و هذه المواضع محلّ وفاق، و هو الحجه، و أمّا التعليل فلا يصلح لتخصيص النصّ العام. و كذا القول في الطلاق، و فى معناه الخلع و المبارات. و فى معنى العتق التدبير، و إن كان جائزا فى حال الحياه، و المكاتبه المطلقه، أمّا المشروطه فجوز جماعه فيها خيار الشرط للمولى (١)، و للعبد عند الشيخ (٢).

و استثنى الشيخ (رحمه الله) أيضا من العقود الصرف، مدّعيًا الإجماع (٣).

و أطبق المتأخرون على ثبوته فيه، و منع الإجماع. و هو حسن، لعموم الخبر.

و اعلم أنّ استثناء المصنّف الطلاق و العتق من العقود، إمّا منقطع لأنهما من باب الإيقاع، أو محمول على إطلاق العقد على ما يعمّ الإيقاع تجوزا. و كذا القول فى الإبراء، إن لم يشترط فيه القبول.

قوله: «التصرف يسقط خيار الشرط. إلخ».

قد تقدّم (٤) الكلام فى التصرف. و ضابطه ما يعدّ تصرفا عرفا، كلبس الثوب للانتفاع، و ركوب الدابّه له، و استخدام العبد، و حلب الشاه، و نقله عن الملك، و إن لم يكن لازما.

و قد استثنى من ذلك ركوبها لدفع الجموح إذا عسر قودها و سوقها فى طريق

ص: ٢١٢

١- ١) راجع الخلاف ٣: ١٨ مسألة ٢١، السرائر ٢: ٢٤٦، المهذب ١: ٣٥٧، التحرير ١: ١٦٦، جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.

٢- ٢) الخلاف ٣: ١٨ مسألة ٢١، المبسوط ٢: ٨٢.

٣- ٣) المبسوط ٢: ٧٩.

٤- ٤) فى ص ٢٠١.

و لو كان الخيار لهما و تصرف أحدهما سقط خياره (١). و لو أذن أحدهما و تصرف الآخر، سقط خيارهما (٢).

الردّ، و علف الدابّة و سقيها فيه، و قبل التمكن من الردّ، و استعمال المبيع للاختبار قدرا يظهر به حاله، فلو زاد و لو خطوه منع. و لو وضع على الدابّة سرجا و نحوه و ركبها للاختبار بادر بعد تحصيل الغرض إلى نزعها فإن أبقاه منع، لأنّه انتفاع و استعمال.

و يعذر في ترك العذار و اللجام لخفتهم، و للحاجه إليهما في وقودها. و كذا نعلها مع حاجتها إليه بحيث يضرّها المشى إلى المالك بغير نعل، و إلا كان تصرفا. و لو وقع التصرف نسيانا ففي منعه من الردّ نظر، من صدقه، و عدم قصده.

قوله: «و لو كان الخيار لهما و تصرف أحدهما سقط خياره».

هذا في طرف المشتري واضح، فإنّ تصرفه يوجب البيع له، و يسقط خياره [في المبيع] (١). و أمّا في طرف البائع فهو فسخ للبيع، فإنّ الضابط أنّ ما كان إجازة من المشتري كان فسخا من البائع. و إطلاق سقوط الخيار حينئذ تكلف. نعم يمكن ثبوت الحكم في طرف البائع إذا تصرف في الثمن، فإنّه يسقط خياره في المبيع، و معه يصحّ الحكم.

قوله: «و لو أذن أحدهما و تصرف الآخر سقط خيارهما».

أمّا خيار المتصرف فواضح، و أمّا الأذن فوجه سقوط خياره دلالة الإذن على الرضا بالتصرف، فيكون التزاما من البائع بالبيع. و أمّا من المشتري، فلأنّ تصرف البائع يبطل البيع، فلا يبقى لخيار المشتري أثر. و لو لم يتصرف المأذون لم يبطل خياره. و في بطلان خيار الأذن نظر، من دلالة على الرضا المزيل لحقه، و من عدم استلزام الرضا بالتصرف زوال الخيار، لأنّ غايته قبل وقوعه أن تكون الإزالة بيده و لا يقتضى الزوال بالفعل. و أطلق جماعه كونه مبطلا، و عدم البطلان أوضح. و لو كان التصرف غير ناقل للملك، ففي إبطاله لخيار الأذن أيضا نظر، لعين ما ذكر.

ص: ٢١٣

١ - ١) من «ك».

الثالثه: إذا مات من له الخيار (١)، انتقل إلى الوارث من أى أنواع الخيار كان.

قوله: «إذا مات من له الخيار. إلخ».

لا شبهه فى كون الخيار -مطلقا- موروثا، لأنه حق من الحقوق كالشفعه و القصاص. ثم إن كان الخيار خيار شرط ثبت للوارث فى بقيه المدّه المضروبه، فلو كان غائبا أو حاضرا و لم يبلغه الخبر حتى انقضت المدّه، سقط خياره بانقضائها كالمورث. و إن كان خيار غبن اعتبرت الفوريه فيه حين بلوغه الخبر و علمه بالفوريه، و إن طالت المدّه.

و إن كان خيار مجلس و كان الوارث حاضرا فى مجلس البيع، قام مقامه فى الخيار. و هل يقوم فى اعتبار التفريق أو يبقى الحكم معلّقا بمفارقة الميّت أو الآخر؟ وجهان، أجمدهما الثانى، عملا بظاهر النص (١)، فإنّ ضمير «يتفرقا» عائد إلى المتبايعين، و التفريق يصدق هنا بانتقال الحيّ، و بنقل الميّت مع عدم المصاحبه، و معها يبقى إلى أن يتفرقا. و ربّما احتمل هنا سقوط الخيار بالموت، لأن مفارقة الدنيا أبعد من مفارقة المجلس. و فى الأولويه منع، فإنّ المتبادر من التفريق التباعد بالمكان كما سبق، و إنّما هو ظاهر فى الجسم لا فى الرّوح. مع أنّ الرّوح لا يعلم مفارقتها للمجلس، فيستصحب الحكم.

و لو كان الوارث غائبا عن المجلس ففى ثبوته له حين بلوغه الخبر فوريا، أو امتداده بامتداد مجلس الخبر، أو سقوط الخيار بالنسبه إلى الميّت أوجه. و لو قيل بثبوت الخيار للوارث إذا بلغه الخبر، و امتداده إلى أن يتفرق الميّت و مبايعه كان وجها.

هذا كله مع اتحاد الوارث، فلو تعدّد فكذلك، إلا أنّ ثبوت الخيار لكل واحد فى مجلسه إذا كان غائبا بعيد. و لو اختلفا فى الفسخ و الإجازة قدّم الفاسخ. و فى انفساخ الجميع أو فى حصّيته خاصه، ثمّ يتخير الآخر لتبعض الصفقه، و جهان، أجمدهما الأوّل. و لو اعتبرنا تفرق الوارث و الآخر ففارق أحد الورثه لم يؤثر، لعدم

و لو جنّ، قام وليّه مقامه (١). و لو زال العذر، لم ينقض تصرّف الولى. و لو كان الميت مملوكا مأذونا، ثبت الخيار لمولاه.

### الرابعه: المبيع يملك بالعقد

الرابعه: المبيع يملك بالعقد (٢). و قيل: به، و بانقضاء الخيار. و الأوّل أظهر. فلو تجدد له نماء كان للمشتري. و لو فسخ العقد، رجع على البائع بالثمن، و لم يرجع البائع بالنماء.

صدق الافتراق بين المتبايعين، نظرا إلى قيام الجميع مقام المورث. و فى هذه الفروع كلها إشكال.

قوله: «و لو جنّ قام وليه مقامه. إلخ».

الكلام هنا كالموت بالنظر إلى حضور الولىّ و غيبته، لو كان (١) خيار المجلس.

و مثله ما لو خرس، و لم يمكنه الإشاره المفهمه، و إلا اعتبرت إشارته كاللفظ.

قوله: «المبيع يملك بالعقد. إلخ».

ما اختاره المصنّف هو مذهب الأكثر، و عليه العمل. و المشهور أنّ القول المحكى للشيخ (٢) (رحمه الله)، إلا أنّه صرح بأنّ ذلك مع كون الخيار للبائع أولهما، فلو كان للمشتري ملك من حين العقد. و حينئذ فلا يصلح نسبه إطلاق القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار إليه. و يظهر من ابن الجنيّد (٣) إطلاق القول بذلك، فلعّل القول المحكى إشاره إليه.

ثمّ على القول به مطلقا أو مقيّدا، فهل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفا عن ملك المشتري من حين العقد، أم ناقلا له؟ كلّ محتمل. و يظهر من الشيخ اختيار الأوّل. و تظهر الفائده فى النماء المنفصل كاللبن، و الحمل، و الثمره المتجدّده زمن الخيار، فعلى المشهور للمشتري، و كذا على الكشف إذا لم يفسخ، و على الآخر للبائع، و فى الأخذ بالشفعه زمنه، و فى جريانه فى حول الزكاه لو كان زكويًا، و فيما لو

ص: ٢١٥

١- ١) فى «ه» و لو كان.

٢- ٢) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة ٢٩.

٣- ٣) نقله عنه الشهيد فى الدروس: ٣٦٠، و ابن فهد فى المقتصر من شرح المختصر: ١٧٠.

## الخامسة: إذا تلف المبيع قبل قبضه، فهو من مال بائعه

الخامسة: إذا تلف المبيع قبل قبضه (١)، فهو من مال بائعه، وإن تلف بعد قبضه، وبعد انقضاء الخيار، فهو من مال المشتري.

اشترى زوجته، فإنه يبطل النكاح على القول بالانتقال، وعلى الآخر لا يبطل حتى ينقضى الخيار.

ثم إن كان الخيار له جاز له وطؤها و بطل خياره، وكان النكاح الذي تحقق به التصرف واقعا بالزوجه على الثاني، وبالملك على الآخرين (١). وتظهر الفائدة فيما لو رتب على أحدهما حكما من الأحكام.

ولو كان الخيار لهما أو للبائع، ففي جواز وطئه وجهان. وعلى الوجهين يترتب عليه أثره من حكم الاستيلاد وغيره. ولو طلقها في زمن الخيار قبل الوطء وقع على القول بعدم الملك و كون انقضاء الخيار ناقلا له من حينه. وعلى القولين الآخرين لا يقع، لعدم مصادفته الزوجية.

قوله: «إذا تلف المبيع قبل قبضه، إلخ».

المراد أنه يفسخ العقد بتلفه من حينه، ويرجع الثمن إلى ملك المشتري. فلو كان قد تجدد له نماء بعد العقد و قبل التلف فهو للمشتري. وليس للمشتري مطالبه البائع بالمثل أو القيمة، وإن كان الحكم بكونه من مال البائع يوجب ذلك. وإنما عبروا بذلك تبعاً للنص (٢)، والمراد منه ما ذكرناه. و حينئذ فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً، و يكون التلف كاشفاً عنه. و مثله دخول الدية في ملك الميت، و العبد المأمور بعقده في ملك المعتق عنه.

و حكى في التذكرة (٣) وجهاً بأن الفسخ هنا يكون من أصله، و عليه فلا يحتاج إلى التقدير. و هذا كله إذا كان تلفه من الله تعالى، أما لو كان من أجنبي أو من البائع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن و بين مطالبه المتلف بالمثل أو القيمة. و لو كان التلف

ص: ٢١٦

١- ١) في «ب» بالزوجه على الثاني و على الكشف في الثاني و بالملك على الآخر.

٢- ٢) الكافي ٥: ١٧١ ح ١٢، التهذيب ٧: ٢١ ح ٨٩ و ٢٣٠ ح ١٠٠٣، الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١٠» من أبواب الخيار ح ١.

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٧٤.

و إن كان فى زمن الخيار من غير تفريط، و كان الخيار للبائع فالتلف من المشتري. و إن كان الخيار للمشتري فالتلف من البائع (١).

## فرعان

فرعان

### الأول: خيار الشرط يثبت من حين التفريق

الأول: خيار الشرط يثبت من حين التفريق (٢)، و قيل: من حين العقد، و هو الأشبه.

من المشتري و لو بتفريطه فهو بمنزلة القبض، فيكون التلف منه.

قوله: «و إن كان فى زمن الخيار- إلى قوله- فالتلف من البائع».

إذا تلف المبيع بعد القبض فى زمن الخيار، سواء كان خيار الحيوان، أم المجلس، أم الشرط، فلا- يخلو إمّا أن يكون التلف من المشتري، أو من البائع، أو من أجنبي. و على التقادير الثلاثة، إمّا أن يكون الخيار للبائع خاصه، أو للمشتري خاصه، أو للأجنبي، أو للثلاثة، أو للمتبايعين، أو للبائع و الأجنبي، أو للمشتري و الأجنبي. فجملة أقسام المسألة أحد و عشرون.

و ضابط حكمها أنّ التلف إن كان من المشتري فلا ضمان على البائع مطلقا، لكن ان كان له خيار أو لأجنبي 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 ان 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.

قوله: «خيار الشرط يثبت من حين التفريق. إلخ».

القول الأول للشيخ (١) (رحمه الله) و من تبعه (٢)، نظرا إلى أنّ اجتماع الخيارين

ص: ٢١٧

(١-١) المبسوط ٨٥: ٢.

(٢-٢) راجع السرائر ٢٤٧: ٢، إيضاح ترددات الشرائع ٢٧٤: ١، التنقيح الرائع ٤٥: ٢.

## الثانى: إذا اشترى شيئين، و شرط الخيار فى أحدهما على التعيين

الثانى: إذا اشترى شيئين، و شرط الخيار فى أحدهما على التعيين، صحّ (١). و إن أبهم بطل.

يوجب تأكيد الحكم و الحكمه التى هى مناط الخيار و هى الارتفاق، و التأسيس خير منه، و اجتماع المثليين، و أنّ الخيار بعد ثبوت العقد، و لا يثبت إلا بعد التفريق.

و الأقوى الثانى، لأنه قضيه اللفظ، و لعدم العلم بغايه المجلس، فيحصل الشك فى مبدأ خيار الشرط و احتمالاه الزيادة و النقصان، و هو يوجب الغرر.

و أجيب عن حجة الشيخ بأنّ الخيار أمر واحد غايته فى المجلس أن يكون له جهتان، و لا- بعد فيه، كما أنه قد يجتمع خيار المجلس و العيب عند الشيخ (١) أيضا.

و مثله القول فى مبدأ خيار الحيوان. و لو كان الشرط للمشتري فى حيوان فلازم دليلهم أنّ مبدأ خيار الشرط انقضاء الثلاثه بعد التفريق، و لكن لم يصرحوا به. و الأقوى أنّ مبدأ الجميع العقد، فقد يجتمع للخيار جهات كثيره حسب (٢) تعدد الخيار. فعلى ما اخترناه لو شرط كونه من حين التفريق لم يصح الشرط، لأنه مجهول، و يبطل معه العقد، و لو شرطاه بعد الثلاثه فى الحيوان صحّ، لأنه معلوم. و على قول الشيخ لو شرطاه من حين العقد صحّ، لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (٣) و هو شرط مضبوط.

و يحتمل البطلان، نظرا إلى ما ذكره فى بعض أدلته من اجتماع المثليين، و توقّفه على ثبوت العقد.

قوله: «و شرط الخيار فى أحدهما على التعيين صحّ».

فيثبت الخيار فيه دون الآخر، فإن فسخ البيع فيه لم يكن للآخر الفسخ لتبعض الصفقه، لأنه قدم على ذلك، و خياره مشروط بالجهاله.

ص: ٢١٨

١- ١) لم نجد التصريح به فى ما لدينا من كتب الشيخ (قدس سره).

٢- ٢) فى «٥» حيث تعدد الخيار.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

[خيار الرؤية]

و يلحق بذلك خيار الرؤية و هو بيع الأعيان من غير مشاهدته، فيفتقر ذلك إلى ذكر الجنس.

و نريد به هنا اللفظ الدال (١) على القدر الذى يشترك فيه أفراد الحقيقة، كالحنطة مثلا، أو الأرز، أو الإبريسم.

و إلى ذكر الوصف، و هو اللفظ الفارق بين أفراد ذلك الجنس، كالصرا به فى الحنطة (٢)، أو الحداره، أو الدقه (٣).

و يجب أن يذكر كل وصف يثبت الجهالة فى ذلك المبيع عند ارتفاعه (٤). و يبطل العقد مع الإخلال بدينك الشرطين أو أحدهما، و يصح قوله: «و نريد به هنا اللفظ الدال. إلخ».

تبيّه بقوله «هنا» على أنّ الجنس المصطلح عليه عند الفقهاء ليس هو الجنس المنطقى، بل اللفظ الدال على الحقيقة النوعية، و بالوصف اللفظ الدال على أصناف ذلك النوع، و لا مشاّحه فى الاصطلاح.

قوله: «كالصرا به فى الحنطة».

الصرا به فيها خلوّها من الخليط المعتبر كالشعير. و إنّما يعتبر وصفه إذا كان النوعان موجودين متعارفين بين المتبايعين، فلو لم يتعارف بينهما غير الصرب كما يتفق فى بعض البلاد، لم يفتقر إلى ذكره.

قوله: «و الحداره أو الدقه».

الحداره تقابل الدقه. و إنّما يعبر بها و غيرها لمن علم بمعناها، فلو جهلاه أو أحدهما لم يكف، بل لو وقع فى نفس العقد، أبطله للجهالة.

قوله: «و يجب أن يذكر كل وصف يثبت الجهالة فى ذلك المبيع عند ارتفاعه».

المراد جهاله توجب اختلاف أثمان تلك الأصناف المشتركة، بحيث لا يتسامح عادة بذلك التفاوت، لا مطلق الجهاله. و الضابط فى ذلك الأوصاف المعتبره فى



مع ذكرهما، سواء كان البائع رآه دون المشتري، أو بالعكس، أو لم يرياه جميعاً، بأن وصفه لهما ثالث. فإن كان المبيع على ما ذكره، فالبيع لازم، وإلا كان المشتري بالخيار (١) بين فسخ البيع و بين التزامه. وإن كان المشتري رآه دون البائع، كان الخيار للبائع. وإن لم يكونا رأياه (٢)، كان الخيار لكل واحد منهما.

و لو اشترى ضيعه، رأى بعضها و وصف له سائرها (٣)، السّلم، و ستأتى مفصّله إن شاء الله تعالى.

قوله: «و إلا كان المشتري بالخيار».

أى إذا ظهر ناقصاً عن تلك الأوصاف، و إلا لم يكن له خيار. و كذا القول فى البائع لو ظهر المبيع زائداً.

قوله: «و لو لم يكونا رأياه. إلخ».

إذا ظهر زائداً من وجه و ناقصاً من آخر- كما لو وصف لهما الثوب بأنّ طوله عشرون ذراعاً. و عرضه ذراع، فظهر خمسة عشر طولاً فى عرض ذراع و نصف مثلاً، أو وصف لهما العبد بأنّه كاتب خاصه، فظهر خياطاً خاصه- فيتخيران. أمّا لو ظهر زائداً خاصه أو ناقصاً كذلك، تخير البائع أو المشتري خاصه. و إنّما ترك المصنف التقييد بالزيادة و النقصان فى الأقسام الثلاثة اتكالا على ظهورها.

قوله: «و لو اشترى ضيعه رأى بعضها و وصف له سائرها».

أراد بسائرها باقيها، و هو الذى لم يكن رآه. و إطلاق لفظ سائر على الباقي هو الموافق للوضع اللغوى (١)، و أمّا إطلاقه على الجميع فقد نسبه فى درّه الغواص (٢) إلى أوهام الخواص. و منه قول النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم لغيلان حين أسلم، و عنده

ص: ٢٢٠

---

١- ١) راجع الفائق فى غريب الحديث ١: ٤١ فى مادّه (أزر) و النهايه فى غريب الحديث و الأثر ٢: ٣٢٧ فى باب السين مع الهمزه.

٢- ٢) دره الغواص: ٤، رقم ١.

ثبت له الخيار فيها أجمع، إذا لم تكن على الوصف (١).

عشر نسوه: «اختر أربعة منهنّ، و فارق سائرهن» (١) أى من بقى بعد الأربع التى يختارهنّ. و من شواهد كتاب سيويه:

ترى الثور فيها يدخل الظل رأسه و سائرته باد الى الشمس أجمع

(٢) و على تقدير إطلاقه على الجميع أيضا- كما ادّعاه بعضهم- فالمراد هنا الأول.

و الضيعة العقار «بالفتح». قاله الجوهري (٣).

قوله: «ثبت له الخيار فيها أجمع إذا لم تكن على الوصف».

أى الذى رآه و الذى وصف له. و ليس له الفسخ فيما ظهر مخالفا خاصه، و هو الذى لم يره، لأنه مبيع واحد. و هذا الخيار- أعنى خيار الرؤية- على الفور فى أجود القولين: و ثبوته لدفع الغرر، فلو شرطا إسقاطه، لم يصحّ.

ص: ٢٢١

١- ١) السنن الكبرى ٧: ١٨١.

٢- ٢) راجع كتاب سيويه ١: ١٨١.

٣- ٣) الصحاح ٣: ١٢٥٢.

الفصل الرابع فى أحكام العقود و النظر فى أمور سته:

**الأول: فى النقد و النسيئه**

الأول: فى النقد و النسيئه (١).

قوله: «فى النقد و النسيئه».

النقد مأخوذ من قولك: «نقدته الدراهم و نقدت له» أى أعطيته فانتقدتها، أى قبضها. و المراد به البيع بضمن حال، فكأنه مقبوض بالفعل أو القوه.

و النسيئه مأخوذه من النسء، و هو تأخير الشىء. قال الهروى: سمعت الأزهرى يقول: أنسأت الشىء إنساء نساء، اسم وضع موضع المصدر الحقيقى [١].

و المراد بها البيع مع تأجيل الثمن و تأخيره.

و اعلم أن البيع بالنسبه إلى تعجيل الثمن و المثمن و تأخيرهما و التفريق أربعة أقسام: فالأول بيع النقد. و الثانى بيع الكالى بالكالى. و مع حلول المثمن و تأجيل الثمن هو النسيئه. و بالعكس السلف. و كلها صحيحه عدا الثانى. فقد ورد النهى عنه فى الأخبار (١). و هو - بالهمز - بيع النسيئه بالنسيئه على ما فسّره جماعه من أهل اللغه (٢)، اسم فاعل من مراقبه، كأنّ كل واحد من المتبايعين يكلاً صاحبه، أى يراقبه لأجل ماله الذى فى ذمته. و فيه حينئذ إضمار، أى بيع مال الكالى بمال الكالى، أو اسم مفعول كالدافق، فلا إضمار.

ص: ٢٢٢

١ - ٢) دعائم الإسلام ٢: ٣٣ ح ٧٠ و عنه المستدرک ١٣: ٤٠٥ ح ١. راجع سنن البيهقى ٥: ٢٩٠. و للاستزاده من المصادر راجع أيضاً جواهر الكلام ٢٣: ٩٨ و الحدائق ١١٨: ١٩-١١٩.

٢ - ٣) انظر كتاب العين ٥: ٤٠٧ و تهذيب اللغه ١٠: ٣٦٠ و النهايه ٤: ١٩٤.

و من ابتاع متاعا مطلقا، أو اشترط التعجيل، كان الثمن حالا (١).

و ان اشترط تأجيل الثمن، صحّ. و لا بد من أن تكون مدّة الأجل معيّنه (٢)، لا يتطرّق إليها احتمال الزيادة و النقصان.

و لو اشترط تأجيل الثمن، و لم يعيّن أجلا، أو عيّن أجلا مجهولا كقدوم الحاج، كان البيع باطلا.

و لو باع بثمان حالا و بأزيد منه إلى أجل، قيل: يبطل، و المروى أنّه يكون للبائع أقلّ الثمنين في أبعد الأجلين (٣). و لو باع كذلك إلى وقتين قوله: «من ابتاع مطلقا أو اشترط التعجيل كان الثمن حالا».

اشترط التعجيل مطلقا يفيد تأكيده، لحصوله بدونّه. نعم لو عيّن زمانه و أخلّ به المشتري و لم يمكن إجباره عليه، أفاد تسلّط البائع على الفسخ، وفاقا للدروس (١).

و يحتمل قويا جوازه مع الإطلاق كغيره من الشروط.

و اعلم أنّ اشترط التعجيل في الثمن من المشتري - كما تقتضيه العبارة - خال عن النكته في الأغلب، فكان نسبته إلى البائع أو الإطلاق أولى.

قوله: «و إن اشترط تأجيل الثمن، صحّ. و لا بدّ من أن تكون مدّة الأجل معيّنه. إلخ».

لا فرق في المدّة المعيّنه، بين الطويله و القصيره، فلو شرطها ألف سنه و نحوها صحّ، و إن علم أنّهما لا يعيشان إليها عادة، للعموم (٢)، و لأنّ الوارث يقوم مقامهما، لكن يحلّ بموت المشتري. و في ثبوت الخيار لو ارثه - نظرا إلى أنّ للأجل قسطا من الثمن. و قد فات - نظر. و لا فرق في ذلك بين تسليم البائع المبيع في المدّة و عدمه، فلو منعه منه ظلما حتى انقضت المدّة، جاز له أخذ الثمن حينئذ، و انقطع الأجل.

قوله: «و لو باع بثمان حالا - إلى قوله - و المروى انه يكون للبائع أقلّ الثمنين في أبعد الأجلين».

الروايه المذكوره

ص: ٢٢٣

(١ - ١) الدروس: ٣٣٨.

(٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٣٥٢ ب «٦» من أبواب الخيار.

متأخرين كان باطلا.

و إذا اشترط تأخير الثمن إلى أجل، ثم ابتاعه البائع قبل حلول الأجل، جاز، بزياده كان أو بنقصان، حالاً أو مؤجلاً، إذا لم يكن شرط ذلك في حال بيعه (١). و إن حلَّ الأجل فابتاعه بمثل ثمنه من غير زياده جاز.

و كذا ان ابتاعه بغير جنس ثمنه، بزياده أو نقيصه، حالاً أو مؤجلاً.

عن علي عليه السلام (١). و في سندها جهاله أو ضعف. و قد عمل بها جماعة من الأصحاب (٢)، و عدّوها إلى ما لو باع إلى وقتين متأخرين. و الأقوى البطلان.

و قول المصنف «في أبعاد الأجلين» تبع فيه الروايه، و سمى الحال أجلاً باعتبار ضمّه إلى الأجل في التشبيه، و هو قاعده مطّرده، و منه الأبوان و القمران.

و تشيتهما بالأجلين، لأنه أخف كالحسين و العمرين (٣). و المراد بأبعدهما الأجل. و فيه تجوّز آخر من حيث ثبوت أفعال التفضيل مع عدم الاشتراك في المصدر، لأنّ الحال لا بعد فيه.

قوله: «إذا لم يكن شرط ذلك في حال بيعه».

لا- فرق في البطلان مع الاشتراط بين المؤجّل و غيره. و المراد بشرطه في حال البيع شرطه في متن العقد، فلو كان في أنفسهما ذلك و لم يشترطه لم يضر. و لو شرطه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان بأنّ الشرط المتقدم لا حكم له، فلا أثر له، و إلاّ اتّجه بطلان العقد، كما لو ذكره في متنه، لأنّهما لم يقدموا إلاّ على الشرط، و لم يتمّ لهما فيبطل العقد.

و اختلف كلامهم في تعليل البطلان مع الشرط المذكور. فعلّله في التذكرة (٤).

ص: ٢٢٤

١- ١) الكافي ٥: ٢٠٦، الفقيه ٣: ١٧٩ ح ٨١٢، التهذيب ٧: ٤٧ ح ٢٠١ و ٥٣ ح ٢٣٠، الوسائل ١٢ ٣٦٧ ب «٢» من أبواب أحكام العقود ح ١، ٢.

٢- ٢) منهم المفيد في المقنعه: ٥٩٥، و الشيخ في النهاية: ٣٨٨.

٣- ٣) في «ه» و «ك» و القمرين.

٤- ٤) التذكرة ١: ٥٤٦.

و ان ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة أو نقيصه، فيه روايتان، أشهرهما الجواز (١) (١).

و لا يجب على من اشترى مؤجلاً، أن يدفع الثمن قبل الأجل و إن طولب. و لو دفعه تبرّعا، لم يجب على البائع أخذه.

فإن حلّ فمكّنه منه، و جب على البائع أخذه. فإن امتنع من أخذه، ثمّ هلك من غير تفريط و لا تصرف من المشتري، كان من مال البائع، على الأظهر (٢). و كذا في طرف البائع إذا باع سلماً. و كذا كلّ من كان له حقّ حالّ أو مؤجّل فحلّ، ثمّ دفعه و امتنع صاحبه من أخذه، فإنّ تلفه من صاحبه الذي يجب عليه قبضه على الوجه المذكور.

باستلزامه الدور، لأنّ بيعه له يتوقف على ملكه له المتوقف على بيعه. و ردّ بأنّ الموقوف على حصول الشرط هو اللزوم لا الانتقال، و يمنع توقّف تملكك المشتري على تملكك البائع، بل تملكه موقوف على العقد المتأخّر عن ملكك المشتري، و لأنّه وارد في باقى الشروط، كشرط العتق و البيع للغير، مع صحّته إجماعاً.

و علل أيضاً بعدم حصول القصد إلى نقله عن البائع. و يضعف بأنّ الغرض حصوله، و إرادته شرائه بعد ذلك لا ينافى حصول قصد النقل، و إلاّ لم يصحّ إذا قصداً ذلك و إن لم يشترطاه، و قد صرّحوا بصحّته.

قوله: «و إن ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة أو نقيصه فيه روايتان أشبههما الجواز».

الجواز مطلقاً قوياً، و الرواية (٢) المستدل بها على المنع قاصره عن الدلالة، لو سلّم سندها.

قوله: «فإن حلّ فمكّنه منه و جب على البائع أخذه» - إلى قوله - «على الأظهر».

هذا هو الأقوى، لكن بشرط تعدّد الوصول إلى الحاكم، و إلاّ رفع أمره إليه،

ص: ٢٢٥

١- ١) الوسائل ١٣: ٧٤ ب «١٢» من أبواب السلف ح ٤.

٢- ٢) الوسائل ١٣: ٧٤ ب «١٢» من أبواب السلف ح ٣.

و يجوز بيع المتاع حالاً- و مؤجلاً- بزيادة عن ثمنه، إذا كان المشتري عارفاً بقيمته (١). و لا- يجوز تأخير ثمن المبيع، و لا شىء من الحقوق الماليه بزياده فيها. و يجوز تعجيلها بنقصان منها (٢).

و من ابتاع شيئاً بثمن مؤجل و أراد بيعه مرابحه، فليذكر الأجل (٣).

فإن باع و لم يذكره، كان المشتري بالخيار بين ردّه و إمساكه بما وقع عليه فان أخلّ به لم يبرئ من ضمانه. قيل: و يجوز للمشتري التصرف فيه بعد تعيينه فيرجع إلى ذمّته، و لو تجدد له نماء فهو له. و مقتضى ذلك أنّه لا يخرج عن ملكه، و إنّما يكون تلفه من البائع عقوبه له. و فيه نظر.

قوله: «و يجوز شراء المتاع حالاً و مؤجلاً- إلى قوله- عارفاً بقيمته».

مقتضى الشرط أنّه لو لم يكن عارفاً بالقيمه لا يصحّ البيع. و ليس بجيد، بل يجوز شراؤه مطلقاً، و إن ثبت له خيار الغبن. و يمكن أن يريد بالجواز اللزوم مجازاً، و مع الجهل لا يلزم حيث يثبت الغبن. و لا بدّ من تقييد الصحه مع الزيادة بعدم استلزامه السيفه بأن يتعلّق بالزيادة غرض صحيح عند العقلاء، إمّا لقلّتها أو لترتب غرض آخر يقابل الزيادة، كالصبر عليه بدين حال و نحو ذلك.

قوله: «و يجوز تعجيلها بنقصان منها».

بإبراء أو صلح- و هو المسمّى بصلح الحطيظه- و نحوهما، و بدون ذلك لا يلزم الوفاء.

قوله: «و أراد بيعه مرابحه فليذكر الأجل».

و كذا لو أراد بيعه توليه أو مواضعه، لأنّ للأجل قسطاً من الثمن. و إنّما خصّ المرابحه لأنّها مورد النص (١)، و للخلاف الآتى.

ص: ٢٢٤

العقد. و المروى أنه يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع (١).

## النظر الثاني: فيما يدخل في المبيع

### إشاره

النظر الثاني: فيما يدخل في المبيع.

و الضابط الاقتصار على ما يتناوله اللفظ، لغيره أو عرفاً (٢). فمن باع بستانا دخل الشجر و الأبنيه فيه (٣). و كذا من باع داراً، دخل فيها الأرض و الأبنيه، و الأعلى و الأسفل، إلا أن يكون الأعلى مستقلاً، بما تشهد العاده قوله: «و المروى أنه يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع».

روى ذلك هشام بن الحكم فى الحسن عن الصادق عليه السلام (١)، و فى معناها روايات آخر (٢)، و عمل بها جماعه من الأصحاب (٣). و الأقوى ما اختاره المصنف من تخييره بين أخذه حالاً بالثمن - لأنه الذى وقع عليه العقد - و بين الفسخ، للتدليس.

قوله: «و الضابط الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغيره أو عرفاً».

ينبغى أن يراد بالعرف ما يعمّ الخاص و العام. و يمكن أن يدخل فيه عرف الشرع، فإنه من أفراد العرف الخاص، فإن لم يدخل فلا بدّ من إدخاله أيضاً بلفظ يدلّ عليه، بل هو مقدّم على العرف، كما أنّ العرف مقدّم على اللغه، و إن كان فى عبارته مؤخراً. و قد حقّق العلامة قطب الدين الرازى (رحمه الله) بأنّ المراد تناول اللفظ بالدلاله المطابقه و التضمنيه لا الالتزاميه، فلا يدخل الحائظ لو باع السقف (٤). و هو حسن.

قوله: «فمن باع بستانا دخل الشجر و الأبنيه فيه».

لا إشكال فى دخول الشجر فيه، لأنه داخل فى مفهومه لغه و شرعاً. و كذا

ص: ٢٢٧

١- (١) الكافي ٥: ٢٠٨ ح ٣، التهذيب ٧: ٤٧ ح ٢٠٣، الوسائل ١٢: ٤٠٠ ب «٢٥» من أبواب أحكام العقود ح ٢.

٢- (٢) انظر الباب المتقدم من الوسائل.

٣- (٣) منهم الشيخ فى النهايه: ٣٨٩، و ابن حمزه فى الوسيله: ٢٤٣.

٤- (٤) راجع جامع المقاصد ٤: ٣٦٦.



بخروجه، مثل أن يكون مساكن منفردة.

و تدخل الأبواب و الأغلاق المنصوبه(١)، فى بيع الدار و إن لم يسمّها.

و كذا الأخشاب المستدخله فى البناء و الأوتاد المثبتة فيه، و السلم المثبت فى الأرض. أما البناء فإن كان حائطا له دخل أيضا، لما ذكر. و إن كان غيره ففى دخوله وجهان، من أنه من توابعه، و إطلاق البستان عليه ظاهرا إذا قيل: باع فلان بستانه و فيه بناء، و من عدم دخوله فى مسماه لغه، و لهذا يسمّى بستانا و إن لم يكن فيه بناء، بخلاف ما لو لم يكن فيه شجر فتنتفى دلالة المطابقه و التضمّن، و أما انتفاء دلالة الالتزام فلعدم كونه لازما له بحيث يلزم من تصوّره تصوّره. و الأقوى فى ذلك الرجوع إلى العرف، فإن عدّ فيه جزءا منه أو تابعا له دخل و إلا فلا، و يختلف ذلك باختلاف البقاع و الأزمان و أوضاع البناء.

و اعلم أنّ البستان أعمّ من الكرم فى اللغه و العرف العام، فلو باعه الكرم بلفظ البستان دخل فيه الشجر و الأرض كما ذكر، و البناء على التفصيل، و العريش الذى يوضع عليه القصبان و نحوها إذا كانت مثبتة دائما أو أكثريا، و لو كانت ممّا تنقل فى أكثر الأحيان إلى غيره رجع فيه إلى العرف. و كذا يدخل الطريق و الشرب، لدلاله العرف على ذلك كلّ و إن لم يدخل فى مفهومه.

و إن باعه بلفظ الكرم دخل شجر العنب قطعاً لدلاله الكرم عليه لغه مطابقه.

و أمّا الأرض و العريش و الطريق و الشرب و البناء فيرجع فيها إلى العرف، فإن أفاد دخولها فى مسماه دخل، و إلا فلا. و لو أفاد دخول بعضها خاصه اختص به. و كذا القول فى باقى الأشجار النابتة معه. و مع الشك فى تناول العرف لها لا يدخل.

قوله: «و تدخل الأبواب و الاغلاق المنصوبه. إلخ».

الوجه فى دخول جميع هذه اقتضاء العرف كونها من أجزاء الدار و توابعها و مرافقها. و لو كان فى الدار حَمَام معدّ لها أو حوض أو بئر دخل أيضا. و فى حكمها الخوايى المثبتة فى الأرض أو الحيطان، بحيث تصير من أجزائها و توابعها عرفا.

الأبنيه على حذو الدرج. و في دخول المفاتيح تردّد، و دخولها أشبه (١). و لا تدخل الرحي المنصوبه (٢) إلا مع الشرط.

و قد قيل في كثير من ذلك بعدم الدخول. ففي التذكرة (١) نفى دخول السلالم المستقره (٢) و الرفوف و الأوتاد المثبتة، لخروجها عن اسم الدار. و الأوّل أقوى لقضاء العرف به. و في أكثر كتبه (٣) نفى دخول الخوابى مطلقا. و هو يتم في المنقوله دون المثبتة المدلول على دخولها بالعرف. و لو كان السلم غير مثبت لم يدخل قطعاً.

قوله: «و في دخول المفاتيح تردد و دخولها أشبه».

وجه التردّد 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 و نحوها، كما لا يدخل القفل نفسه. و مثلها في الإشكال ألواح الدكاكين المجمعوله أبوابا منقوله للارتفاق، و لسعه الباب (٤). و الأقوى دخولها أيضا.

قوله: «و لا تدخل الرحي المنصوبه».

أى التى ثبت حجرها الأسفل. و إنما لم تدخل لأنها لا تعدّ من الدار لغيره و لا عرفا، و إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع و تتحرك عند الاستعمال. و للشيخ قول (٥) بدخول الرحي المثبتة لصيرورتها من أجزاء الدار و توابعها بالثبيت، و الأعلى تابع للأسفل.

ص: ٢٢٩

١-١) التذكرة ٥٧٢: ١.

٢-٢) في «ك» و «ب» المسّمرة.

٣-٣) لم نجد النفي المطلق إلا في القواعد ١: ١٤٨. راجع المختلف: ٣٩٢ و التحرير ١: ١٧٤.

٤-٤) في «ك» و «ه» للارتفاق بسعه الباب.

٥-٥) الخلاف ٣: ٨٢ مسأله ١٣٣.

و لو كان فى الدار نخل أو شجر، لم يدخل فى المبيع. فإن قال:

«بحقوقها» قيل: يدخل، و لا أرى هذا شيئاً (١). بل لو قال: «و ما دار عليها حائطها» أو ما شاكلة، لزم دخوله. و لو استثنى نخله (٢) فله الممر إليها، و المخرج منها، و مدى جرائدها من الأرض.

و لو باع أرضاً و فيها نخل أو شجر، كان الحكم كذلك (٣). و كذا لو كان قوله: «و لو كان فى الدار نخل» - إلى قوله - قيل: يدخل، و لا أرى هذا شيئاً.

القول للشيخ (١) (رحمه الله) بل يفهم منه أنها تدخل، و إن لم يقل: «بحقوقها» محتجاً بأنها من حقوقها. و المنع متوجه إلى الأمرين معاً. و الأقوى عدم الدخول مطلقاً إلا مع دلالة اللفظ أو القرائن عليه، كقوله «و ما اشتملت عليه»، أو «ما أغلق عليه بابها»، أو لمساومته على الشجر أيضاً، أو بذل ثمنه لا يصلح إلا لهما و نحو ذلك. و لو كثر الشجر بحيث يطلق عليه اسم البستان و نحوه، فأولى بعدم الدخول مع الإطلاق.

قوله: «و إن استثنى نخله. إلخ».

إذا استثنى شجره من البستان و نحوه، أو اشتراها من مالكها خاصه، لم تدخل الأرض فى البيع، لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف عليه الانتفاع بالشجره و ثمرتها، من الدخول إليها، و سقيها، و حرثها، و جمع ثمرها، و وضعه فى المكان المعتاد له.

و يستحق أيضاً مدى جرائدها فى الهواء، و عروقها فى الأرض، فليس لمالك الأرض عطف شىء منها، و لا قطعه، و لا العمل فى الأرض بما يضرّ بالعروق، و لا الانتفاع بما استحقته زمن بقائها بالزرع و نحوه إن أضرّ بها، و لو لم يضرّ بها ففى جوازه احتمال وجيه، لأنه مالك للأرض، و إنما استحق مالك الشجره ما يحتاج إليه بطريق الاستتباع لتوقف الانتفاع عليه لا الملك، فيقتصر فيه على موضع اليقين. و كذا لا يجوز لمالك الشجره الانتفاع بما يخرج عن متعلقاتها من الزرع تحتها، و الإقامة عندها زياده على المعتاد فى أمثالها، مع احتمالها أيضاً.

قوله: «و لو باع أرضاً و فيها نخل أو شجر فالحكم كذلك».

أى لا يدخل فى بيع الأرض مع الإطلاق، كما لا يدخل فى بيع الدار، و إن

ص: ٢٣٠

فيها زرع، سواء كانت له أصول تستخلف أو لم يكن، لكن تجب تبقيته في الأرض حتى يحصد.

و لو باع نخلا قد أُبرّ ثمرها فهو للبائع (١)، لأنّ اسم النخلة لا يتناوله، و لقوله عليه السلام: «من باع نخلا مؤبّراً، فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المشتري» (١). و يجب على المشتري تبقيته نظراً إلى العرف (٢). و كذا لو اشترى قال: «بحقوقها» إلا على قول الشيخ (٢) (رحمه الله). و لو قال: «و ما دار عليه حائطها»، أو «ما اشتملت عليه» أو «ما أغلق عليه بابها» و نحوه دخلت.

و الظاهر أنّه لا يعتبر هنا كون الأرض ذات حائط أو باب، بل هذه الألفاظ داله على دخول ما اشتملت عليه بطريق الحقيقه إن كان لها ذلك، و إلاً فبطريق الكنايه. و قد ذكر ذلك جماعه من الأصحاب (٣)، و لا بأس به.

قوله: «و لو باع نخلا قد أُبرّ ثمرها فهو للبائع».

التأبير تشقيق طلع الإناث و ذرّ طلع الذكور فيه ليحيى رطبها أجود مما لم يؤبّر.

و العاده الاكتفاء بتأبير البعض و الباقي يتشقق بنفسه و تهب (٤) ريح الذكور إليه. و قد لا- يؤبّر شيء و يتشقق الكل و يتأبّر بالرياح، خصوصاً إذا كانت الذكور في ناحيه الصّبا، فهبّ الصّبا وقت التأبير. و مستند الحكم النص عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم و الأئمه عليهم السلام (٥) و إجماع المسلمين عليه، إلا من شدّد من العامه.

قوله: «و يجب على المشتري تبقيته نظراً إلى العرف».

ظاهر العبارة أنّ النظر إلى العرف دليل وجوب التبقيه على المشتري. و ليس ببعيد، فإنّ الثمره المقطوعه قبل أوانها لا قيمه لها في الأغلب، خصوصاً ثمره النخل،

ص: ٢٣١

١- ١) انظر الوسائل ١٢: ٤٠٧ ب «٣٢» من أحكام العقود و كذا صحيح البخارى ٣: ١٠٢ و صحيح مسلم ٣: ١١٧٢، و سنن النسائي ٧: ٢٩٧.

٢- ٢) الذي مرّ ذكره في الصفحه المقابله. و في خصوص هذه المسأله راجع الخلاف ٣: ٨١ مسأله ١٣٢.

٣- ٣) راجع القواعد ١: ١٤٨ و التنقيح الرائع ٢: ٦٢. و جامع المقاصد ٤: ٣٦٨.

٤- ٤) في «ه» و «ن» ينبث.

٥- ٥) مر ذكر مصادره في الهامش رقم (١).

ثمره كان للمشتري تبقيتها على الأَصُول، نظرا إلى العاده. و إن باع النخل، و لم يكن مؤبّرًا، فهو للمشتري على ما أفتى به الأصحاب (١).

فالعهده تقتضى إبقاءه للبائع إذا باع الشجره و يمكن أن يريد به و جوب تبقيته بما دلّ العرف عليه بحسب تلك الشجره فى ذلك المحلّ. فما كانت عادته أن يؤخذ بسرا يبقى إلى أن تتاهى حلاوته، و ما يؤخذ رطبا إذا تناهى ترطيبه، و ما يؤخذ تمرا إذا انتهى نشافه. و هذا المعنى هو المقصود فى أكثر العبارات، إلّا- أنّ تفصيله يأتى فى عبارته المصنف عن قريب، فهو إمّا تفصيل بعد الإجمال، أو تأسيس لمعنى آخر، إذا أريد الأول.

قوله: «فلو باع النخل- إلى قوله- على ما أفتى به الأصحاب».

إنّما نسب القول إلى فتوى الأصحاب لقصور المستند النقلى عن إفاده الحكم المذكور، فإنّه إنّما دلّ على أنّ النخل المؤبّر ثمرته للبائع لا على أنّ ما لا يؤبّر ثمرته للمشتري، إلّا من حيث المفهوم الضعيف. و الأصل يقتضى بقاء الملك لبائعه، و عدم انتقاله إلى المشتري، إذ العقد إنّما وقع على الأَصُول و هى مغايره للثمره.

و النص الوارد فى ذلك من طريق العامه قول النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم:

«من باع نخلا قد أُبّرّت، فثمرتها للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع» (١).

و من طريق الخاصّه قول الصادق عليه السلام: «من باع نخلا قد لّقح فالثمره للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع. قضى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بذلك» (٢).

و عنه عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من باع نخلا قد أُبّرّه، فثمرته للذى باع، إلّا أن يشترط المبتاع» (٣).

و عنه عليه السلام قال: «قضى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أنّ ثمره

ص: ٢٣٢

١- ١) صحيح مسلم ١١٧٢: ٣ ح ١٥٤٣.

٢- ٢) الكافي ١٧٧: ٥ ح ١٢، التهذيب ٨٧: ٧ ح ٣٦٩ و الوسائل ٤٠٧: ١٢ ب «٣٢» من أحكام العقود ح ٢.

٣- ٣) الكافي ١٧٧: ٥ ح ١٤، التهذيب ٨٧: ٧ ح ٣٧٠ و الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

و لو انتقل النخل بغير البيع، فالثمره للناقل (١)، سواء كانت مؤيره أو لم تكن، و سواء انتقلت بعقد معاوضه كالإجاره و النكاح، أو بغير عوض كالهبه و شبهها.

و الأبار يحصل و لو تشققت من نفسها فأبترتها اللواقح، و هو معتبر فى الإناث. و لا يعتبر فى فحول النخل (٢)، النخل للذى أبترها، إلا أن يشترط المبتاع» (١).

و هذه الأحاديث كلها كما ترى إنما تدل على أن الثمره قبل التأبير للمشتري من حيث المفهوم، و دلالاته ضعيفه. فمن ثم أسنده المصنّف إلى فتوى الأصحاب، و هو يؤذن بدعوى الإجماع عليه.

و فى المختلف، قال بعد اعترافه بضعف دلاله الأخبار: «لكن الإجماع يعضدها» (٢) مع أنه نقل عن ابن حمزه (٣) أن الاعتبار فى دخول الثمره و عدمه بيدّ الصلاح و عدمه، فمتى باعها بعده فالثمره للبائع، و قبله للمشتري إلاّ مع الشرط، فكأنهما لم يعتبرا خلافه.

قوله: «و لو انتقل النخل بغير البيع فالثمره للناقل».

لا خلاف فى ذلك عندنا، و لأنّ هذا الحكم - و هو كون الثمره بعد ظهورها للمشتري - على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع النص، و هو البيع.

و تبّه به على خلاف الشافعى (٤) حيث ألحق بالبيع ما شابهه من عقود المعاوضات قياسا عليه.

قوله: «و لا يعتبر فى فحول النخل».

لما تقدم من أنّ الحكم معلق على التأبير، و لا يتحقق فى الذكور، لأنه على ما

ص: ٢٣٣.

١- ١) الكافى ١٧٨: ٥ ح ١٧، التهذيب ٧: ٨٧ ح ٣٧١ و الوسائل الباب المتقدم ح ١.

٢- ٢) المختلف: ٣٧٧.

٣- ٣) راجع الوسيله: ٢٥٠.

٤- ٤) المجموع ٣٤٥: ١١.

و لا فى غير النخل من أنواع الشجر، اقتصارا على موضع الوفاق، فلو باع شجرا فالثمره للبائع على كل حال.

و فى جميع ذلك، له تبقية الثمره حتى تبلغ أوان أخذها، و ليس للمشتري إزالتها إذا كانت قد ظهرت (١)، سواء كانت ثمرتها فى كمام كالقطن و الجوز، أو لم تكن، إلا- أن يشترطها المشتري. و كذا إن كان المقصود من الشجر ورده، فهو للبائع تفتّح أو لم يتفتّح.

## فروع

## فروع

## الأول: إذا باع المؤبّر و غيره

الأول: إذا باع المؤبّر و غيره، كان المؤبّر للبائع و الآخر للمشتري (٢).

و كذا لو باع المؤبّر لواحد، و غير المؤبّر لآخر.

عرفت ذرّ طلع الفحل فى كمام الأثنى بعد شقّه. و العكس و إن كان ممكنا، إلا- أنّ الغالب خلافه، و الإطلاق محمول على الغالب، بل منزّل عليه. فعلى هذا متى ظهرت أكمه الفحول فهى للبائع و إن لم تشق.

قوله: «و لا فى غير النخل من أنواع الشجر- إلى قوله- إذا كانت قد ظهرت».

هذا شرط لكونها للبائع. و المراد أنّ ثمره غير النخل متى ظهرت- أى وجدت- عند العقد، سواء كانت بارزه كالتين، أم مستتره فى كمام كالجوز، أم فى ورد كالتفاح قبل تناثر نوره، فإنّ جميع ذلك لا يدخل فى بيع الأصل متى كانت الثمره موجوده.

و كذا القول فيما يكون المقصود منه الورد أو الورق، و لو كان وجوده على التعاقب فالموجود منه حال البيع للبائع، و المتجدد للمشتري. و مع الامتراج يرجع إلى الصلح.

قوله: «إذا باع المؤبّر و غيره كان المؤبّر للبائع و الآخر للمشتري».

إطلاق الحكم يشمل ما لو كان المؤبّر بعض البستان كشجرات معينه و غير المؤبّر

## الثانى: تبقية الثمره على الأصول (١)، يرجع فيها إلى العاده فى تلك الثمره

الثانى: تبقية الثمره على الأصول (١)، يرجع فيها إلى العاده فى تلك الثمره، فما كان يخترف بسرا يقتصر على بلوغه، وما كان لا يخترف فى العاده إلا رطبا فكذلك.

الباقى، وما لو كان التبعض فى الشجره الواحده بأن يؤبّر بعض النخله و يترك الباقى، فيكون المؤبّر فيهما للبائع و الآخر للمشتري، عملا- بظاهر النص (١)، فإنّ تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعليه، فيكون التأبير هو العله، فمتى وجد ترتب عليه حكمه، و يتخلف عن الباقى. و بهذا الإطلاق أفتى الشهيد (رحمه الله) فى الدروس (٢).

و فرق فى التذكرة (٣) بين تأبير بعض النخله و تأبير بعض النخلات، فحكم فى الأول بكون الجميع للبائع، محتجا عليه بأنه يصدق عليه أنه قد باع نخلا قد أبر، فيدخل تحت نص أنه للبائع، و بما فى افتراقهما فى الحكم من العسر و عدم الضبط.

و فى الثانى بتفريق الحكم كما ذكر هنا.

و يحتمل هنا ثالث و هو دخول الجميع فى البيع، لصدق عدم التأبير فى المجموع الذى هو مورد النص. و الأقوى الأول.

قوله: «تبقية الثمره على الأصول. إلخ».

الاختلاف اجتناء الثمره، و منه سمى فصل الخريف، لأنّ الثمر يخترف فيه.

و هذا الحكم مع اتفاق العاده واضح. فلو اضطرت عمل بالأغلب. و مع التساوى يحتمل الحمل على الأقل، اقتصارا فيما خالف الأصل عليه، فإنّ الأصل تسلط المشتري على ملكه و منع غيره من الانتفاع به، و الأكثر لثبوت أصل الحق، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، و وجوب التعيين للاختلاف المؤدى إلى الجهاله، فيبطل العقد بدونه.

ص: ٢٣٥

١-١) راجع ص ٢٣١ هامش رقم (١).

٢-٢) الدروس: ٣٤٠.

٣-٣) التذكرة ٥٧٣: ١.



## الثالث: يجوز سقى الثمره و الأصول

الثالث: يجوز سقى الثمره و الأصول، فإن امتنع أحدهما أجبر الممتنع. فإن كان السقى يضر أحدهما، رجحنا مصلحه المبتاع (١)، لكن لا يزيد عن قدر الحاجة. فإن اختلفا، رجع فيه إلى أهل الخبره.

## الرابع: الأحجار المخلوقه فى الأرض و المعادن (٢)، تدخل فى بيع الأرض

الرابع: الأحجار المخلوقه فى الأرض و المعادن (٢)، تدخل فى بيع الأرض، لأنها من أجزائها، و فيه تردد.

قوله: «يجوز سقى الثمره و الأصول - إلى قوله - رجحنا مصلحه المبتاع».

إنما رجحت مصلحته، لأنّ البائع هو الذى أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل و تسليط المشتري عليه.

و احتمال فى الدروس (١) تقديم البائع. و وجهه أنّ حقّه أسبق و كان يقتضى الاستمرار كيف شاء. فإذا باع الأصل و كان بقاء الثمره مستثنى، لم يخرج ما كان له من الحق.

و ذهب بعض الأصحاب (٢) إلى جواز فسخ العقد بينهما مع التشاّخ. و الأشهر الأول. لكن يشكل فيما لو كان نقص الأصول يحيط بقيمة الثمره و زياده، فإنّه حينئذ ينبغى تقديم مصلحته مع ضمانه لقيمه الثمره، جمعا بين الحقيقتين.

قوله: «الأحجار المخلوقه فى الأرض و المعادن. إلخ».

وجه التردد فى الحجاره من كونها من أجزاء الأرض لغيره، و من عدم صدق اسمها عليها عرفا. و فى المعادن من كونها كالحجاره و خروجها عن حقيقه الأرض، و عدم دلالتها عليها بإحدى الدلالات. و الأقوى دخول الحجاره دون المعادن.

و الفرق أنّ الحجاره من أجزاء الأرض، بخلاف المعادن لخروجها عن حقيقتها و طبيعتها.

ص: ٢٣٦

١- (١) الدروس: ٣٥٠.

٢- (٢) راجع المبسوط ١٠٣: ٢.

النظر الثالث: في التسليم.

إطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع و الثمن (١)، فإن امتنعا أجبرا، و إن امتنع أحدهما أجبر الممتنع، و قيل: يجبر البائع أولا. و الأول أشبه (٢)، سواء كان الثمن عينا أو دينا. و لو اشترط البائع تأخير التسليم إلى مدّة معيّنه جاز، كما لو اشترط المشتري تأخير الثمن. و كذا لو اشترط البائع سكنى الدار، أو ركوب الدابّة مدّة معيّنه، كان أيضا جائزا.

ثمّ إن كانت الحجارة مضرّة بالزرع أو الغرس و لم يعلم بها المشتري تخير، و إلاّ فلا. و لو اشتملت على منفعة زائده على وضعها، كما لو ظهرت مصنعا أو معصره للزيت أو العنب و نحوهما، فإن علم بها البائع، و إلاّ تخير أيضا.

و احترز بالمخلوقه عن الموضوعه فيها و المدفونه فإنها لا تدخل، بل هي كالمتاع فيها يجب على البائع تفرّغها منه قبل التسليم، و تسويه الحفر إن كانت.

ثمّ إن علم المشتري بها فلا خيار له، و إلاّ فإن استلزم التفرّغ فوات شيء من المنافع معتدّ به تخير. و لا يجب على المشتري قبول تملكها لو بذلت له (١)، بل على المالك المبادره إلى النقل، و لا أجره للمشتري عن زمانه.

قوله: «إطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع و الثمن».

احترز بالإطلاق عما لو شرط تأجيل أحدهما، أو تسليمه قبل الآخر، فإنّه حينئذ يختص وجوب التسليم بالحال و ما شرط تقديمه أولا. و لو شرط تأجيلهما و كانا عينين صحّ أيضا، و كان خارجا من الإطلاق. و لو كانا في الذمه بطل، لأنّه بيع الكالى بالكالى كما مرّ (٢).

قوله: «و قيل: يجبر البائع أولا. و الأول أشبه».

القول للشيخ (رحمه الله) محتجا بأنّ الثمن تابع للمبيع (٣). و فيه منع، لاستواء

ص: ٢٣٧

١- ١) في «ك» و لو بذلت له.

٢- ٢) قد مرّ في ص ٢٢٢.

٣- ٣) المبسوط ١٤٨: ٢.

و القبض هو التخليه، سواء كان المبيع مَمَّا لا ينقل كالعقار، أو مَمَّا ينقل و يحوّل كالثوب و الجواهر و السدابّه. و قيل: فيما ينقل، القبض باليد، أو الكيل فيما يكال، أو الانتقال به في الحيوان. و الأول أشبه (١).

العقد في إفاده الملك لكل منهما، فيجبرهما الحاكم معا مع إمكانه، كما يجبر الممتنع منهما من قبض ماله، فإن تعذّر فالظاهر أنّه كالدين إذا بذله المديون فامتنع من قبوله.

قوله: «و القبض هو التخليه- إلى قوله- و الأول أشبه».

اعلم أنّ القبض من المعاني المعتره شرعا المترتب عليها أحكام. فمن أحكامها في البيع انتقال ضمان المبيع إلى المشتري بعده إن لم يكن له خيار، و كونه على البائع قبله، و جواز بيع ما اشتراه بعد القبض مطلقا، و تحريمه أو كراهته قبله على بعض الوجوه، و امتناع فسخ البائع بتأخير الثمن كما مرّ (١). و لم يرد له تعريف من قبل الشارع شامل لجميع أفراد المبيع.

نعم، روى معاوية بن وهب في الصحيح، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه؟ فقال: «ما لم يكن كيل، أو وزن، فلا تبعه حتى تكيله، أو تزنه، إلا أن توليه» (٢). فجعل قبض المكيل و الموزون كيله أو وزنه بالنسبه إلى جواز بيعه.

و روى عقبه بن خالد، عنه عليه السلام في رجل اشترى متاعا من آخر، و واجبه، غير أنّه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، فسرق المتاع. من مال من يكون؟ قال:

«من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه» (٣). فجعل عليه السلام النقل هو القبض بالنسبه إلى نقل الضمان.

ص: ٢٣٨

١-١) مرّ في ص ٢٠٨.

٢-٢) التهذيب ٧:٣٥ ح ١٤٦، الوسائل ١٢:٣٨٩ ب «١٦» من أبواب أحكام العقود ح ١١.

٣-٣) الكافي ٥:١٧١ ح ١٢، التهذيب ٧:٢١ ح ٨٩ و ٢٣٠ ح ١٠٠٣، الوسائل ١٢:٣٥٨ ب «١٠» من أبواب الخيار ح ١.

و هذان الخبران حجّجه على من اكتفى فيه بالتخليه مطلقا.و الثانى حججه على من اكتفى بها فى نقل الضمان،لا فى زوال التحريم أو الكراهه قبل القبض،كالشهيد فى الدروس حيث نفى عنه البأس (1)،فإنّ الخبر مصرّح بأنّه لا- يخرج من ضمان البائع حتى ينقل،نعم يمكن ردّه نظرا إلى سنده.فيبقى الكلام فى تسميتها قبضا.

و الأ-جود الرجوع فى معناه إلى العرف فى غير المنصوص،و هو المكيل و الموزون، لأنّ القاعده ردّ مثل ذلك إليه حيث لم يرد له تحديد شرعى.و العرف يدل على أنّ إقباض غير المنقول يتحقّق بالتخليه مع رفع يد البائع عنه،و عدم مانع للمشتري من قبضه.و أمّا فى المنقول فلا يتحقّق إلاّ باستقلال يد المشتري به،سواء نقله أم لا.

و كذا فى طرف البائع بالنسبه إلى الثمن.و هذا مطرد فى المكيل و الموزون و غيرهما،إلاّ أنّهما خرجا عنه بالنص الصحيح،فيبقى الباقي.و هذا هو الأقوى.

و تنقيح ذلك يتم بمباحث الأول: المراد بالتخليه-حيث يعتبر رفع المانع للمشتري من قبض المبيع إن كان،و الإذن له فيه.و لا يختص ذلك بلفظ،بل كل ما دلّ عليه كاف فيه.و قد لا يكتفى فيها باللفظ الصريح مع وجود المانع منها.

الثانى: لو كان المبيع بيد المشتري قبل الاتباع،فإن كان بغير إذن البائع فلا بدّ من تجديد الإذن فى تحقّقه بالنسبه إلى رفع التحريم أو الكراهه.و أمّا بالنسبه إلى نقل الضمان فيحتمل قويا تحقّقه بدونه،كما لو قبضه بعده بغير إذن البائع.و يحتمل توقف الأمرين على تجديده لفساد الأول شرعا،فلا يترتب عليه أثر.و لو كان بإذنه- كالوديعة و العاربه-لم يفتقر إلى تجديد إذن و لا تخليه.

الثالث: ما يكتفى فيه بالتخليه إن كان عقارا،فقبضه رفع يد البائع عنه مع

ص: ٢٣٩

تمكّن (١) المشتري كما مرّ. ولا يشترط مع ذلك مضيّ زمان يمكن فيه وصول المشتري إليه أو وكيله، لأنّ ذلك لا مدخل له في القبض عرفاً. نعم لو كان بعيداً جدّاً بحيث يدلّ العرف على عدم قبضه بالتخليه - كما لو كان ببلاد أخرى - أتجه اعتبار مضيّ الزمان. والحاصل أنّ مرجع الأمر إلى العرف حيث لم يضبطه الشرع.

وإن كان منقولاً - كالحياوان فعلى ما اخترناه من اشتراط نقله أو وضع اليد عليه، الحكم واضح. وعلى الاكتفاء بالتخليه، يحتمل كونه كالعقار لما مرّ، واعتبار مضيّ الزمان يتمكّن من قبضه ونقله لإمكان ذلك فيه، بخلاف العقار.

الرابع: لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع، فإن كان منقولاً كالصندوق المشتمل على أمتعه البائع واعتبرنا نقله، فنقله المشتري بالأمتعه، كفى في نقل الضمان مطلقاً. ويحتمل توقّفه على إذن البائع في نقل الأمتعه. وإن كان عقاراً كالدار، ففي الاكتفاء بالتخليه قبل نقل المتاع وجهان، أجودهما ذلك. وهو خيره التذكرة (٢).

الخامس: لو كان مشتركاً بين البائع وغيره، فعلى ما اخترناه، إن كان منقولاً فلا بدّ من إذن الشريك في تحقّق القبض، لتوقّفه على إثبات اليد والتصرّف في حصه الشريك. وإن كان غير منقول ففي توقّفه عليه قولان، أجودهما العدم، لأنّ حقيقه قبض ما هذا شأنه رفع يد المالك عنه، وتخليه المشتري بينه وبينه، وهذا لا يقتضى التصرّف في مال الشريك. ووجه الاشتراط أنّ وضع اليد والتسلط على التصرّف لا يمكن بدون التصرّف في حصه الشريك. وعلى تقدير التوقّف على إذنه بوجه، فإنّ إذن الشريك فيه وإلا - نصب الحاكم من يقبضه أجمع، بعضه أمانه وبعضه لأجل البيع. واختار العلامة في المختلف (٣) الاكتفاء حينئذ بالتخليه، لأنّ المانع الشرعي من النقل كالمانع العقلي في العقار. ذكر ذلك في باب الهبه، والحكم واحد بل فيها

ص: ٢٤٠

١ - ١) في «ك» تمكين.

٢ - ٢) التذكرة ٥٦٣: ١.

٣ - ٣) المختلف: ٤٨٨.

السادس: لو كان المبيع فى مكان لا يختص بالبائع، كفى فى المنقول نقله من حيز إلى آخر. وإن كان فى موضع يختص به، فإن نقله فيه من مكان إلى آخر بإذنه كفى أيضا. وإن كان بغير إذنه كفى فى نقل الضمان خاصة، كما مرّ. ولو اشترى المحل معه كفت التخليه فى البقعه. وفيه وجهان، أصحهما الافتقار إلى النقل، كما لو انفرد بالبيع. ولو أحضره البائع فقال له المشتري: ضعه، ففعل، تمّ القبض، لأنّ البائع حينئذ كالوكيل فيه. وإن لم يقل شيئا، أو قال: لا أريده، ففى وقوعه بذلك وجهان. وينبغى الاكتفاء به فى نقل الضمان، كما لو وضع المغصوب بين يدي المالك دون غيره.

السابع: لو كان المبيع مكيلا- أو موزونا، فلا يخلو إمّا أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن، أو لا، بأن أخبر البائع المشتري بكيله أو وزنه، أو باعه قدرا منه معينا من صبره مشتمله عليه. فإن كان الأخير فلا بدّ فى تحقق قبضه من كيله أو وزنه للنصّ المتقدم (1). وإن كان الأول ففى الافتقار إلى اعتباره ثانيا لأجل القبض، أو الاكتفاء بالاعتبار السابق، وجهان من إطلاق توقّف الحكم على الكيل أو الوزن وقد حصل، وقوله عليه السلام: «لا تبعه حتى تكيله أو تزنه» لا يدلّ على أزيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع، ومن كون الظاهر أنّ ذلك لأجل القبض لا لأجل صحّ البيع، فلا بدّ له من اعتبار جديد بعد العقد. وبه صرح العلامة (2) والشهيد (3) (رحمه الله) وجماعه وهو الأقوى. ويدلّ عليه قوله عليه السلام فى الخبر السابق «إلا أن تولّيه» (4) فإنّ الكيل السابق شرط لصحّ البيع أو ما قام مقامه، فلا بدّ منه فى التوليه وغيرها. ومقتضى قوله عليه السلام: «إلا أن تولّيه» أنّه معها لا يتوقف على كيل أو

١- ١) فى ص ٢٣٨ هامش رقم (٢).

٢- ٢) القواعد ١٥٠: ١.

٣- ٣) الدروس: ٣٤٢.

٤- ٤) فى ص ٢٣٨ هامش رقم (٢).

وزن، فدل ذلك على أنهما لأجل القبض، لا لأجل صحته البيع.

و أما الثاني فإن اكتفينا بالاعتبار الأول في الأول (١) كفى الإخبار فيه. و اختارهما في التذكرة (٢) وإن لم يكتف بالسابق في الأول لم يكتف بالإخبار في الثاني بطريق أولى.

و قد روى محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاما، فزعم صاحبه أنه كاله، فصدقناه، و أخذناه بكيله؟ فقال: «لا بأس».

فقلت: أ يجوز أن أبيع كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله» (٣).

الثامن: ألحق في الدروس (٤) المعدود بالمكيل و الموزون فاعتبر في قبضه عدّه بعد البيع و لم يكتف بعدّه السابق. و فيه نظر، لعدم النص و تحقق القبض فيه عرفا مع نقل المشتري له كغيره من المنقولات. و إلحاقه بهما نظرا إلى اشتراط اعتباره في صحته يبعه لا يوجب ذلك عندنا. و اكتفى فيه أيضا عن اعتبار المكيل و الموزون و المعدود بنقله.

و الخبر الصحيح حجّه عليه.

و قريب منه مختار العلامة في المختلف (٥)، فإنه اكتفى فيهما بأحد أمور ثلاثة:

النقل، و القبض باليد، و الاعتبار بالكيل أو الوزن. و في النقل ما مرّ، و في القبض باليد ما دلّ عليه خبر عقبه بن خالد (٦) من اعتبار النقل.

و ما في الدروس (٧) أيضا إلى أنّ التخليه كافيّه مطلقا في نقل الضمان لا في زوال التحريم أو الكراهه عن البيع قبل القبض. و خبر عقبه حجّه عليه ان اعتبره.

ص: ٢٤٢

١-١) في «ب» الأولين.

٢-٢) التذكرة ٥٦١:١.

٣-٣) التهذيب ٣٧:٧ ح ١٥٧، الوسائل ٢٥٦:١٢ ب «٥» من أبواب عقد البيع و شروطه ح ٤.

٤-٤) الدروس: ٣٤٢.

٥-٥) المختلف: ٣٩٣.

٦-٦) الكافي ١٧١:٥ ح ١٢، التهذيب ٢١:٧ ح ٨٩ و ٢٣٠ ح ١٠٠٣، الوسائل ٣٥٨:١٢ ب «١٠» من أبواب الخيار.

٧-٧) الدروس: ٣٤٢.

و إذا تلف المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، كان من مال البائع. وكذا إن نقصت قيمته بحدث فيه، كان للمشتري رده، وفي الأرش تردّد (١).

### و يتعلّق بهذا الباب مسائل

و يتعلّق بهذا الباب مسائل

### الأولى: إذا حصل للمبيع نماء

الأولى: إذا حصل للمبيع نماء، كالنتاج أو ثمره النخل أو اللقطة، كان ذلك للمشتري (٢). فإن تلف الأصل، سقط الثمن عن المشتري، و له النماء. و لو تلف النماء من غير تفريط، لم يلزم البائع دركه.

قبل القبض لا ينافى ذلك، لأنّ الاعتبار بهما قبض و زياده. و حينئذ فلو قيل بالاكْتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل، عملاً بمقتضى العرف و الخبر الآخرو. بتوقف البيع ثانياً على الكيل أو الوزن أمكن، إن لم يكن إحداث قول [ثالث] (١). و هذه المسألة من المهمّات، و مما تعمّ به البلوى في كثير من أبواب الفقه، كالرهن و الهبة و الوصية و غيرها، فلذلك خرجنا فيها عن موضع التعليق. و بقي فيها مباحث آخر مهمّة.

قوله: «و كذا ان نقصت قيمته-إلى قوله-و في الأرش تردّد».

موضع التردد ما لو كان التعيب من قبل الله تعالى. و منشؤه من تعيبه على ملك المشتري لا من قبل أحد، و من أنّه مضمون على البائع بأجمعه، فضمان أجزائه أولى.

و الأقوى أنّ له الأرش إن لم يفسخ. و لو كان التعيب من أجنبي أو من البائع تخير المشتري بين الرجوع على المتلف بالأرش، و بين فسخ العقد. فإن فسخ الرجوع البائع على الأجنبي بالأرش.

قوله: «إذا حصل للمبيع نماء كالنتاج أو ثمره النخل أو اللقطة كان ذلك للمشتري».

لأنّ التلف إنّما يبطل البيع من حينه، فيكون النماء السابق و ما في حكمه كلقطه العبد التي يمكن تملكها و لو بعد التعريف للمشتري. و يكون هذا النماء في يد البائع أمانه، اقتصاراً فيما خالف الأصل -و هو ضمان مال الغير مع عدم العدوان- على ما و التحقيق هنا أنّ الخبر الصحيح دلّ على النهي عن بيع المكمل و الموزون قبل

ص: ٢٤٣



## الثانية: إذا اختلط المبيع بغيره في يد البائع اختلاطا لا يتميز

الثانية: إذا اختلط المبيع بغيره في يد البائع اختلاطا لا يتميز، فإن دفع الجميع إلى المشتري جاز. وإن امتنع البائع، قيل: يفسخ البيع، لتعذر التسليم. وعندى أن المشتري بالخيار (١)، إن شاء فسخ، وإن شاء كان شريكا للبائع، كما إذا اختلط بعد القبض.

## الثالثة: لو باع جملة فتلف بعضها

الثالثة: لو باع جملة فتلف بعضها (٢)، فإن كان للتالف قسط من الثمن، كان للمشتري فسخ العقد، وله الرضا بحصه الموجود من الثمن، كبيع عشرين، أو نخله فيها ثمره لم تؤثّر. وإن لم يكن له قسط من الثمن، كان للمشتري الرد، أو أخذه بجملة الثمن، كما إذا قطعت يد العبد.

اعتباره بهما، لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما. وكون السؤال فيه وقع عن البيع دلّ عليه الدليل.

قوله: «إذا اختلط المبيع بغيره - إلى قوله - وعندى أن المشتري بالخيار».

ما اختاره المصنف هو الأقوى، لأنّ التسليم ممكن كما في بيع الجزء المشاع.

و ثبوت الخيار يجبر عيب الشركة. ولا فرق بين أن يختلط بمثله و أجود و أدون، باختيار البائع و بغير اختياره. و ينبغي فيما لو مزج بالأجود بغير اختياره ثبوت الخيار له أيضا، لتضرّره بذلك مع اختيار المشتري الشركة. و حيث يفتقر القسمة إلى مئونه فهي على البائع لأنّ هذا العيب مضمون عليه، و التخليص واجب عليه، لوجوب تسليم المبيع إلى المشتري بعينه. و لا يسقط الخيار ببذل البائع له ما امتزج به.

قوله: «لو باع جملة فتلف بعضها. إلخ».

ضابط الأول ما يمكن إفراده بالبيع كأحد العبدین و القفيزین، و الثاني ما لا يمكن إفراده به كيد العبد. و الفرق بينهما الموجب لاختلاف الحكم أنّ الأول لا يبقى مع فواته أصل المبيع بل بعضه، و الأمرش جزء من الثمن، و الثمن موزّع على أجزاء المبيع. و الثاني يبقى معه أصل المبيع. و الجزء التالف بمنزله الوصف، كيد العبد و نحوها من أعضائه التي فواتها لا يخلّ ببقاء العبد، فإذا فات لم يكن له قسط من

الرابعة: يجب تسليم المبيع مفرّغا (١)، فلو كان فيه متاع وجب نقله، أو زرع قد أحصد وجب إزالته. ولو كان للزرع عروق تضرّ (٢)، كالقطن و الذره، أو كان فى الأرض حجاره مدفونه أو غير ذلك، وجب على البائع إزالته و تسويه الأرض. و كذا لو كان له فيها دابّه أو شىء لا يخرج إلّا بتغير شىء من الأبنية، وجب إخراجه و إصلاح ما يستهدم.

الثلث، و لا أرش له، لأنّ الأرش هو مقدار حصته من الثمن. هذا وجه ما اختاره المصنّف.

و الأقوى ثبوت الأرش فيه كالأول، لأنّ القيمة تزيد بوجوده و تنقص بعدمه، ففواته من أظهر العيوب، و لأنّ المبيع هو المجموع و قد فات بعضه، فيتخيّر المشتري بين الرّد-لتبعض الصفقه فى الموضعين- و الأرش.

و هذا كلّه إذا كان الفئات جزءا من المبيع. أمّا لو كان وصفا محضاً، كما لو كان العبد كاتباً فنسى الكتابه قبل القبض، فللمشتري الرّد خاصة، أو الإمساك بجميع الثمن، لأنّ الفئات ليس جزءاً من المبيع. و من ثمّ لو شرط كونه كاتباً فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرّد.

قوله: «يجب تسليم المبيع مفرّغا. إلخ».

المراد وجوب كل واحد من التسليم و التفريغ، و لكن لا- يتوقف صحه التسليم عليه، فلو سلّمه مشغولاً فتسلّمه، حصل القبض عندنا، و يجب التفريغ مع ذلك.

و احترز بقوله: «قد أحصد» عما لو لم يكن قد بلغ ذلك، فإنّه يجب الصبر عليه إلى أوان حصاده إن اختار البائع إبقاءه. ثمّ إن كان المشتري عالماً بالحال، و إلّا تخير بين الفسخ و الصبر إن احتاج إلى مضىّ زمان يفوت فيه شىء من النفع معتد به.

قوله: «و لو كان للزرع عروق تضر. إلخ».

لا ريب فى وجوب الإخراج و التفريغ لتوقّف التسليم عليه. ثمّ إن استلزم نقصاً فى المبيع كان على البائع أرشه، لأنّه إتلاف لبعض المبيع بحق وجب عليه.

و مع جهل المشتري بالحال فله الفسخ.

## الخامسة: لو باع شيئاً، فغصب من يد البائع

الخامسة: لو باع شيئاً، فغصب (١) من يد البائع، فإن أمكن استعادته فى الزمان اليسير، لم يكن للمشتري الفسخ، وإلا كان له ذلك. ولا يلزم البائع أجره المدّ، على الأظهر (٢). فأما لو منعه البائع عن التسليم (٣)، ثمّ سلّم بعد مدّه، كان له الأجره.

### و يلحق بهذا بيع ما لم يقبض فيه مسائل

و يلحق بهذا بيع ما لم يقبض. وفيه مسائل:

قوله: «لو باع شيئاً فغصب. إلخ».

المراد هنا باليسير ما لا يشتمل على منفعه مقصوده، بحيث يستلزم فواتها نقصاً معتبراً، وفوات غرض مقصود عرفاً على المشتري. والكثير يقابله. و يجب على البائع استعادته مع الإمكان مطلقاً، لأنّ التسليم واجب عليه، ولا يتم إلاّ بها. ويشمل قوله: «و إلاّ كان له ذلك» ما لو تعذر استعادته أصلاً، وما لو أمكن لكن بعد مضيّ زمان كثير، فإنّ المشتري يتخير حينئذ بين الفسخ و الرجوع إلى الثمن، و بين الرضا بالمبيع و ارتقاب حصوله، و له حينئذ الانتفاع بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد و نحوه. ثمّ إن تلف فى يد الغاصب فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع و إن رضى بالصبر، مع احتمال كون الرضا به قبضاً. و كذا لو رضى بكونه فى يد البائع.

قوله: «و لا يلزم البائع أجره المدّ على الأظهر».

إنّما لا يضمن الأجره مع كون العين مضمونه عليه لأنّها بمنزلة النماء، و قد تقدم أنّه غير مضمون. و وجه اللزوم أن ذلك نقص دخل على المبيع قبل القبض، فيكون فى ضمان البائع، و لأنّ المنفعة كالنماء المتّصل، و قد قيل: إنّه مضمون، كما لو سمن فى يد المشتري ثمّ هزل. و الأول الأقوى. و حينئذ يختص ضمانها بالغاصب.

قوله: «أما لو منعه البائع عن التسليم. إلخ».

ينبغى تقييده بما إذا كان الحبس بغير حق، فلو حبسه ليقبض الثمن أو ليتقبضاً معاً و نحو ذلك فلا أجره عليه، لإذن الشارع له فيه فلا يتعقّب الضمان.

و حيث يكون الحبس سائغاً فالنفقه على المشتري، لأنّه ملكه، فإن امتنع منها رفع البائع أمره إلى الحاكم، فإن تعذّر أنفق بتيه الرجوع و رجع بها عليه، كما فى نظائره.

الأولى: من ابتاع متاعا و لم يقبضه ثم أراد بيعه، كره ذلك إن كان ممّا يكال أو يوزن، وقيل: إذا كان طعاما لم يجز، والأول أشبه (١).

قوله: «من ابتاع متاعا و لم يقبضه -إلى قوله- والأول أشبه».

إنّما كان أشبه، لأنّ فيه جمعا بين الأخبار المختلفه التي دلّ بعضها على الجواز كروايه جميل (١)، و ابن الحجاج الكرخي (٢)، عن الصادق عليه السلام، و بعضها على المنع مطلقا كصحيحه الحلبي (٣)، و منصور بن حازم (٤)، عنه عليه السلام، و بعضها على المنع إلّا توليه كصحيحه معاويه بن وهب (٥)، عنه عليه السلام، بحمل النهي على الكراهه لثلا تسقط أخبار الجواز.

و هذا الجمع إنّما يتم لو كانت الأخبار متكافئه في وجوب العمل بها، لكنّ الأمر هنا ليس كذلك، لأنّ أخبار المنع صحيحه متظافره، و خبر التسويغ في طريق أولهما على بن حديد و هو ضعيف، و الآخر مجهول، فالقول بالمنع أوضح. و هو خيره العلامه في التذكرة (٦) و الإرشاد (٧)، و الشيخ في المبسوط (٨) -بل ادّعى عليه الإجماع- و جماعه من الأصحاب (٩). نعم تبقى الأخبار الداله على النهي مطلقا مقيده بغير التوليه، جمعا بينها و بين ما قيد به مع صحّه الجميع.

ثمّ على القول بالمنع مطلقا كما اختاره جماعه، أو على بعض الوجوه و هو في غير

ص: ٢٤٧

- ١- (١) الكافي ٥: ١٧٩ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٦ ح ١٥١، الوسائل ١٢: ٣٨٨ ب «١٦» من أحكام العقود ح ٦.
- ٢- (٢) الفقيه ٣: ١٣١ ح ٥٦٩، التهذيب ٧: ٣٩ ح ١٦٤ و الوسائل الباب المتقدم ح ١٩.
- ٣- (٣) الكافي ٥: ١٧٨ ح ٢ و الوسائل المتقدم ح ٥.
- ٤- (٤) الفقيه ٣: ١٢٩ ح ٥٦٠، التهذيب ٧: ٣٥ ح ١٤٧ و الوسائل الباب المتقدم ح ١.
- ٥- (٥) التهذيب ٧: ٣٥ ح ١٤٦ و الوسائل ١٢: ٣٨٩ ب «١٦» من أبواب أحكام العقود ح ١١.
- ٦- (٦) التذكرة ١: ٤٧٤.
- ٧- (٧) إرشاد الأذهان ١: ٣٨٢.
- ٨- (٨) المبسوط ٢: ١١٩.
- ٩- (٩) كابن حمزه في الوسيله: ٢٥٢ و ابن البراج في المهذب ١: ٣٨٥ و الشهيد في غايه المراد: ١٠٣.

التولية أو ما الحق بها، لو باع هل يقع باطلا أو يَأْتَمُ خاصه؟ صرّح ابن أبي عقيل (١) بالأول، فإنه قال: وبالبطالان وردت السنه عن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم.

و يؤيده أنّ النهى هنا راجع إلى نفس المبيع فيبطل، كبيع المجهول و نحوه، و لتعلّق النهى فيه بمصلحه لا تتم إلاّ بإبطاله.

و بالثاني قطع العلّامه فى المختلف قال فيه: و لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع (٢). و لم يذكر دليله. و كأنه نظر إلى أنّ النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد.

و يشكل بما مرّ.

و اعلم أنّ أكثر الأصحاب جعلوا موضع الخلاف هو الطعام، و أكثر الأخبار المانعه مصرّحه به. و أطلق فى صحيحه منصور بن حازم، و معاويه بن وهب النهى عن بيع المكيل أو الموزون إلاّ توليه. و به صرّح ابن أبي عقيل (٣). و هو الظاهر، لعدم التنافى بين المطلق و المقيد (٤) حتى يجمع بينهما بالحمل على المقيد (٥)، كما فى حمل ما أطلق فيه النهى على غير التولية لتحقق المنافاه.

ثمّ على القول باختصاص النهى بالطعام، فهل يعمّ كل ما أعدّ للأكل - كما هو موضوعه لغه (٦) - أو يختص بالحنظه و الشعير، لأنّه معناه شرعا، كما تبّه عليه فى موارد منها فى حلّ طعام أهل الكتاب فى الآيه الشريفه (٧)؟ كلّ محتمل. و بالثاني صرّح الفاضل فخر المحققين فى بعض فوائده (٨). و لعلّه الأجود، اقتصارا فى الحكم بما

ص: ٢٤٨

١- ١) راجع المختلف: ٣٩٣.

٢- ٢) راجع المختلف: ٣٩٣.

٣- ٣) راجع المختلف: ٣٩٣.

٤- ٤) فى «ك» و «ب» العام و الخاص. و فى «ه» جمع بين النسختين.

٥- ٥) فى «ك» و «ب» الخاص. و فى «ه» جمع بينهما أيضا.

٦- ٦) راجع مجمل اللغه ٥٨٢: ٢، الصحاح ١٩٧٤: ٥ و النهايه ١٢٦: ٣.

٧- ٧) المائده: ٥. راجع الوسائل ٣٨٠: ١٦ ب «٥١» من أبواب الأطعمه المحرّمه.

٨- ٨) حكاه المحقق الكركى عن بعض الفوائد المنسوبه إليه. راجع جامع المقاصد ٣٩٨: ٤.

و فى روايه يختص التحريم بمن يبيعه بربح، فأما التوليه فلا(١). و لو ملك ما يريد بيعه بغير بيع (٢)، كالميراث و الصداق للمرأة و الخلع، جاز و إن لم يقبضه.

خالف الأصل على المتيقن.

قوله: «و فى روايه يختص التحريم بمن يبيعه بربح، أما التوليه فلا».

هى روايه على بن جعفر، عن أخيه موسى عليهما السلام قال: سألته عن الرجل يشتري الطعام، أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: «إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و إن كان توليه، فلا بأس» (١). و هذه الروايه ذكرها فى التهذيب (٢) بغير إسناد. لكن فى معناها أخبار (٣) كثيره [صحيحه فىنبغى أن نقول بها] (٤) إلا أنها مصرّحه بالمنع مما عدا التوليه، و هذه جعل محلّ المنع فيها المرابحه، و بينهما واسطه.

قوله: «و لو ملك ما يريد بيعه بغير بيع. إلخ».

المنع على القول به -مشروط بأمرين: انتقاله بالبيع، و نقله به. فلو انتقل بغيره أو نقله بغيره لم يحرم. أما الأول فلا نعلم فيه خلافا، و أما الثانى فهو المشهور، غير أن الشيخ (٥) (رحمه الله) ألحق به الإجاره، محتجاً بأنها ضرب من البيوع. و هو ممنوع. و كذلك منع من الكتابه، بناء على أنها بيع العبد من نفسه. و هو مع تسليمه لا يستلزم المنع، لأنّ العبد ليس مما يكال أو يوزن، و غايه المنع عندنا أن يكون المبيع مقدّرا بهما.

و قد استثنى بعض المانعين من الميراث ما لو كان الموروث مبيعا للمورث قبل قبضه له، فإنّه لا يجوز للوارث بيعه حينئذ. و فيه نظر، لأنّ انتقاله إلى الوارث بالإرث

ص: ٢٤٩

١- ١) مسائل على بن جعفر: ١٢٤ ح ٨٤، قرب الاسناد: ١١٤ بتفاوت، الوسائل ١٢: ٣٨٩ ب «١٦» من أبواب أحكام العقود ح ٩.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٦ ح ١٥٣.

٣- ٣) راجع الباب المذكور من الوسائل.

٤- ٤) فى «ك» فقط.

٥- ٥) المبسوط ١٢٠: ٢.

## الثانية: لو كان له على غيره طعام من سلم

الثانية: لو كان له على غيره طعام من سلم (١)، وعليه مثل ذلك، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر، فعلى ما قلناه يكره، وعلى ما قالوه يحرم، لأنه قبضه عوضاً عما له قبل أن يقبضه صاحبه.

واسطه بين البيعين. وكذا القول في الصداق إذا كان المصدق قد اشتراه ولم يقبضه ثم أصدقه وأرادت المرأة أن تبيعه قبل القبض. ومثله عوض الخلع من جانب المرأة المشتريه له قبل القبض إذا أراد الزوج بيعه. والاستثناء في الجميع غير واضح لثبوت الواسطه.

قوله: «لو كان له على غيره طعام من سلم. إلخ».

قد عرفت أن المنع أو الكراهه مشروط بشرطين: انتقاله بالبيع، ونقله به. وما ذكر في هذا الفرض وإن كان بيعاً حيث إن السلم فرد من أفراد، إلا أن الواقع من المسلم إما حواله لغريمه في القبض، أو وكاله له فيه، وكلاهما ليس ببيع، إلا أن الشيخ (رحمه الله) ذكر هذا الحكم في المبسوط (١) والخلاف (٢)، وقطع بعدم صحته، وتبعه عليه جماعه (٣).

ويظهر من المصنف وجماعه (٤) اختيار صحته، تحريماً على القول به، أو كراهه على القول الآخر. وفيه نظر واضح. والجواب بأن الواقع حواله، وأن الحواله ملحقه بالبيع، في حيز المنع.

وأجاب الشهيد (رحمه الله) في بعض تحقیقاته عن الإشكال، بأن مورد السلم لما كان ماهية كليته ثابتة في الذمه منطبقه على أفراد لا- نهايه لها، فأى فرد عينه المسلم إليه تشخص ذلك الفرد وانصب العقد عليه، فكأنه لما قال الغريم: «اكتل من غريمي فلان» قد جعل عقد المسلم معه وارداً على ما في ذمه غريمه المستلف منه ولما يقبضه بعد، ولا ريب أنه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مورد السلم الذي هو بيع يكون

ص: ٢٥٠

١-١) المبسوط ١٢٢:٢.

٢-٢) الخلاف ٣:٩٩ مسألة ١٦٢.

٣-٣) راجع المهذب ١:٣٨٧.

٤-٤) راجع قواعد الاحكام ١:١٥١ وإيضاح الفوائد ١:٥٠٨ وجامع المقاصد ٤:٣٩٩.

و كذا لو دفع إليه مالا، و قال: اشتر به طعاما. فإن قال: قبضه لي ثم قبضه لنفسك، صحَّ الشراء دون القبض، لأنه لا يجوز أن يتولى طرفي القبض، و فيه تردد (١). و لو قال: اشتر لنفسك (٢)، لم يصحَّ الشراء و لا يتعيَّن له بالقبض.

بيعا للطعام قبل قبضه، فيتحقق الشرطان، و يلتحق بالباب. قال: و هذا من لطائف الفقه.

و هذا التحقيق غايه ما يقال في توجيه كلام الشيخ و من تبعه، إلا أنه مع ذلك لا يخلو من نظر، لأنَّ مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة في الذمَّة لما كان أمرا كلياً، كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي. و ما يتعيَّن لذلك من الأعيان الشخصية بالحواله و غيرها ليس هو نفس المبيع، و إن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصه فإنها ليست عينه، و من ثمَّ لو ظهر المدفوع مستحقاً أو معيباً رجع الحقُّ إلى الذمَّة، و المبيع المعين ليس كذلك. و نظير ذلك ما حَقَّقه الأصوليون من أنَّ الأمر بالكلي ليس أمرا بشيء من جزئياته الخاصه، و إن كان لا يتحقق إلا بها. و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض، و كونه حينئذ يبيعا غير واضح. فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجه. نعم لا بأس حينئذ بالكراهه، خروجاً من خلاف الشيخ و الجماعة، و تحرّزا مما هو مظنه التحريم.

قوله: «و كذا لو دفع اليه مالا- إلى قوله- و فيه تردد».

منشأ التردد من منع الشيخ (١) تولى الواحد طرفي القبض، محتجاً عليه بأنه لا يجوز أن يكون وكيلا لغيره في قبض حق نفسه من نفسه، و تبعه عليه ابن البراج (٢)، و من أصاله الجواز، و لأنه و كله في الإقباض، و المغايره الاعتباريه في القابض و المقبوض منه كافيه. و مثله تولى طرفي العقد. و هو الأقوى.

قوله: «و لو قال: اشتر لنفسك. إلخ».

لأنَّ مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه ما دام على ملك الغير. و هذا هو

ص: ٢٥١

١- ١) المبسوط ١: ١٢١.

٢- ٢) المهذب ١: ٣٨٧.



## الثالثة: لو كان المالان قرضا، أو المال المحال به قرضا

الثالثة: لو كان المالان قرضا، أو المال المحال به قرضا (١)، صحّ ذلك قطعا.

## الرابعة: إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه

الرابعة: إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه، فإن لم يحضر كيله ولا وزنه، فالقول قوله فيما وصل إليه مع يمينه، إذا لم يكن للبائع بينه. وإن كان حضر، فالقول قول البائع مع يمينه، والبيّنه على المشتري (٢).

الفارق بين هذه والسابقة.

و استقرب في المختلف جواز ذلك (١)، وجعله قبضا للطعام بجنس الدراهم، أو قرضا للدراهم. والأقوى ما هنا، لعدم وجود ما يدلّ على مدّعه. نعم لو علم من المدافع إرادته أحد الأمرين، وقبل القابض ذلك، صحّ. وكذا لو علم منه إرادته معنى غيرهما يصح، كما لو كان التعبير بكون الشراء له لكونه آثلا إلى ذلك، والقصد استيفاءه بعد الشراء وقبضه له، ونحو ذلك.

قوله: «لو كان المالان قرضا، أو المال المحال به قرضا صحّ ذلك قطعا».

لاتنفاء الشرطين معا في الأول والثاني في الثاني. ولا وجه لتخصيص القرض بالمحال به، بل متى كان أحدهما قرضا صحّ، لعين ما ذكر.

قوله: «إذا قبض المشتري المبيع - إلى قوله - فالقول قول البائع مع يمينه، والبيّنه على المشتري».

إنما كان القول قول البائع في الثاني، مع أنّ الأصل عدم وصول حق المشتري إليه في الصورتين، عملا - بالظاهر من أنّ صاحب الحق إذا حضر استيفاء حقه يحتاط لنفسه ويعتبر مقدار حقه، فيكون هذا الظاهر مرجحا لقول البائع، ومقويا لجانبه، ومعارضيا للأصل، فيقدّم قوله بيمينه. وهذه مما رجح فيها الظاهر على الأصل، وهو

ص: ٢٥٢

الخامسة: إذا أسلفه في طعام بالعراق (١)، ثمّ طالبه بالمدينه، لم يجب عليه دفعه. و لو طالبه بقيمته، قيل: لم يجز، لأنّه بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه. و على ما قلناه يكره.

قليل.

و يمكن توجيهه بوجه لا- يحصل به التعارض، بأن يقال: إنّه عند قبضه للحق و قبل دعواه الاختبار المؤدّى إلى النقصان كان يعترف بوصول حقّه إليه و قبضه له كملا، فإذا ادّعى بعد ذلك النقصان كان مدّعيا لما يخالف الأصل، إذا الأصل براءة ذمّه البائع من حقّه بعد قبضه، و يخالف الظاهر أيضا كما قلناه، فيبقى الأصل و الظاهر على خلاف دعواه.

فإن قيل: هذا يستلزم قبول قول البائع مطلقا لعين ما ذكرتم من التعليل.

قلنا: إذا لم يحضر المشتري الاعتبار لا يكون معترفا بوصول حقّه إليه، لعدم اطلاعه عليه، حتى لو فرض حصول ما يقتضى الاعتراف يكون مبنيا على ظاهر الحال، و معتمدا على قول غيره الذي يمكن تطرق الخلل إليه كثيرا، بخلاف ما لو حضر.

و أيضا فإنّ البناء على ظاهر الحال لا يقتضى الإقرار بوصول حقّه إليه بوجه، حتى لو صرح بأنّ الذي وصل إلّى تسلّمته على أنّه مجموع المبيع بناء على الظاهر و ركونا إلى قول الغير، لم يكن إقرارا بوصول جميع حقّه إليه. بخلاف ما لو أقرّ بقبض الجميع بناء على حضوره الاعتبار، فإنّه يكون إقرارا صحيحا، فتحقق الفرق. و لو أنّه مع فرض حضوره ادّعى عدم قبض جميع حقّه محوّلا لها عن دعوى الغلط، قبل قوله أيضا لأصالة عدم قبض الجميع. و ما ذكر من الأصل الآخر و الظاهر منتف هنا، إذ لا يلزم من حضور المشتري الاعتبار قبضه لجميع حقّه. و هو واضح. و هذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي، فإنّه مبنّى على القواعد الظاهره المنضبطه.

قوله: «إذا أسلفه في طعام بالعراق. إلخ».

إنّما لم يكن عليه دفعه في غير بلده، لأنّ مال السلم يتعيّن دفعه في بلده عند الإطلاق، و في موضع التعيين إن فرض، على ما يأتي من التفصيل. و على كل حال فدفعه في غير بلد يتعيّن دفعه فيه غير واجب، سواء كانت قيمته في بلد المطالبه مخالفه

لقيمته فى بلده أو مساويه. وهذا لا شبهه فيه. إنما الكلام فيما لو طالبه بقيمته فى البلد التى يجب [١] عليه دفعه فيها، فإنّ البحث فيها حينئذ فى موضعين:

أحدهما: أن يرضى المسلم إليه بدفعها، و فى جوازه قولان:

أحدهما العدم، نظرا إلى أنّ القيمه عوض عن مال السلم قبل قبضه و بيعه له، و هو غير جائز، لأنّ المفروض كونه طعاما. و الثانى - و هو الأقوى - الجواز، لمنع كون ذلك بيعا، بل استيفاء للحق، غايته بغير جنسه. و مثل هذا لا يسمّى بيعا، فلا يحرم. نعم، ربّما قيل بكرأته خروجا من خلاف الشيخ، و تخلّصا من عرضه التحريم.

و الثانى: أن يطلب القيمه، و لا يرضى المسلم إليه بدفعها، فهل يجبر عليه، بناء على الجواز فى الأول؟ الأكثر على العدم، لأنّ الواجب فى ذمّته هو الطعام لا القيمه، و ما فى ذمّته لا يجب دفعه فى البلد المذكور، فأولى أن لا يجب دفع ما لم يجر عليه المعاضه و لم يقتضه عقد السلم.

و ذهب بعض الأصحاب و منهم العلامه فى التذكرة (١) إلى وجوب دفع القيمه حينئذ، محتجا بأنّ الطعام الذى يلزمه دفعه معدوم فكان كما لو عدم الطعام فى بلد يلزمه التسليم فيه. و فيه منع ظاهر إذ ليس ثمّ طعام يلزم دفعه حتى ينتقل إلى القيمه.

و علّل أيضا بأنّ منع المالك من المطالبه بحق حالّ و جعله متوقفا على الوصول إلى بلد السلم ضرر ظاهر، فإنّّه ربما لم يكن له عزم العود إلى تلك البلد أصلا، أو أنّ الوصول إليه يحتاج إلى أضعاف المسلم فيه من المؤن، أو أنّ المسلم إليه قد لا يظفر به بعد ذلك فيفوت حقّه بالكلية، و ما يقتضيه العقد من ارتفاع المسلم إليه بالتسليم

ص: ٢٥٤

فى البلد المعين قد يحمله (١) المسلم إليه، فلو لا الانتقال إلى القيمة لضاع حقه، إذ ليس له المطالبة بالعين، فلو لم يجعل له المطالبة بالقيمة على الوجه الذى ينتفى به ضرر المسلم لأدى إلى ضياع حقه رأساً.

و أنت خير بأن هذه العلل لا- توجب الانتقال إلى القيمة متى طلبها المسلم بل مع خوف ضياع حقه بدونه، للعلم بأنه يتخلف الضرر فى موارد كثيره غير ما ذكر، كما لو كان المسلم إليه مصاحباً له فى الطريق إلى البلد المعين للتسليم، أو وَّكل فى تسليمه فيه، و نحو ذلك، فإن ذلك هو الذى اقتضاه الأمر الشرعى، فالعدول عنه إلى القيمة مطلقاً غير جيد.

نعم، لو فرض الضرر فى بعض موارد، كما لو علم بالقرائن أن المديون لا- يرجع إلى تلك البلد، و لم يوكل فى الإيفاء توكيلاً يوجب تحصيل الحق و أن الحق يفوت بالتأخير أتجه حينئذ رفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على أحد الأمرين: دفع العين أو القيمة فى بلد التسليم، أو دفع العين فيها بوجه يمكن.

و ربما قيل بجواز المطالبة بالعين إن كانت القيمة فى تلك البلد مثل قيمته فى بلد التسليم أو أدون، و بالقيمة فى بلد التسليم إن كانت أكثر. أما الأول فلأن المفروض كون الحق حالاً و الاستحقاق له ثابت. و تعين بلد التسليم إنما كان للارتفاق، و مع تساوى القيمة فى البلدين أو نقصانها فى بلد المطالبة لا يزول الارتفاق، بل يزيد فى بعض صورته، فلا وجه لتأخيره. و أما الثانى فلوجوب التسليم لما ذكر مع تعذر المثل شرعاً بسبب الزيادة.

و هذا القول ليس بعيداً من الصواب، إلا- أن فيه منع حصول الارتفاق فيما ذكر مطلقاً، لجواز أن يكون المديون قادراً على عين الحق فى بلد التسليم عاجزاً عنها فى الآخر و إن كان أنقص قيمه، فيحصل الضرر عليه بذلك، مع مخالفته ما شرط له من الارتفاق، أو دلّ عليه الإطلاق، «و المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى

و إن كان قرضاً، جاز أخذ العوض بسعر العراق (١). و إن كان غصباً، لم يجب دفع المثل، و جاز دفع قيمه بسعر العراق. و الأشبه جواز مطالبه الغاصب بالمثل حيث كان، و بالقيمة الحاضرة عند الإعواز (٢).

اللّٰه» (١). فالقول بالمنع من المطالبة عينا و قيمه أوجه. و هو الأشهر.

قوله: «و لو كان قرضاً جاز أخذ العوض بسعر العراق».

لا شبهه في جواز أخذ عوض القرض إذا تراضيا عليه، لانتفاء المانع منه و هو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه. و إنّما الكلام في وجوب دفع العوض في غير بلد القرض، لأنّ إطلاقه منزّل على قبضه في بلده فليس للمقرض المطالبة به في غيره، كما أنّه لو بذله له المقرض لم يجب عليه قبضه أيضاً، لما في نقله إلى ما عيّنه الشارع موضعاً للقبض من المؤنه. و إذا لم يجب عليه دفع عين الحق فكذا قيمته، لعدم وقوع المعاوضه عليها. و قد تقدّم تحرير المقام فيما سبق (٢). و الحكم واحد.

و اختار في المختلف وجوب دفع المثل وقت المطالبة، فإن تعذر فالقيمة ببلد القرض (٣). و فيهما معا نظر.

قوله: «فإن كان غصباً لم يجب دفع المثل - إلى قوله - عند الإعواز».

القول الأول للشيخ (٤) (رحمه الله). و ساوى بينه و بين القرض في الحكم.

و ما اختاره المصنف هو الأقوى، لأنّه حق ثبت عليه بعدوانه فيعمّ كل مكان، و هو مؤاخذ بأسوأ (٥) الأحوال. و وجه وجوب القيمة عند الإعواز أنّه وقت الانتقال من المثل إلى القيمة في المثلى.

و استقرب في المختلف (٦) في القيمة قول الشيخ، و هو قيمة بلد القرض، لأنّه

ص: ٢٥٦

١- ١) الوسائل ٣٠: ١٥ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤. و ليس فيه «إلا من عصى الله».

٢- ٢) في ص ٢٥٤.

٣- ٣) المختلف: ٣٩٥.

٤- ٤) المبسوط ١٢٣: ٢.

٥- ٥) في «ك» بأشوق.

٦- ٦) المختلف: ٣٩٥.

## السادسه: لو اشترى عينا بعين، و قبض أحدهما ثمّ باع ما قبضه

السادسه: لو اشترى عينا بعين (١)، و قبض أحدهما ثمّ باع ما قبضه، و تلفت العين الأخرى فى يد بائعها، بطل البيع الأول، و لا سبيل إلى إعاده ما بيع ثانياً، بل يلزم البائع قيمته لصاحبه.

### النظر الرابع: فى اختلاف المتبايعين

#### إشاره

النظر الرابع: فى اختلاف المتبايعين.

إذا عين المتبايعان نقداً و جب، و إن أطلقا انصرف إلى نقد البلد، إن كان فيه نقد غالب، و إلا كان البيع باطلاً (٢). و كذا الوزن. غصبه هناك، فإذا تعدّر المثل و جب عليه قيمته فيه، و نقل ما اختاره المصنف هنا عن والده. و يشكل بما قلناه. و يحتمل و جوب أعلى القيم من حين الغصب إلى حين الدفع. قوله: «لو اشترى عينا بعين. إلخ».

إنّما لم يفسخ البيع الثانى لأنّ العين المبيعه كانت ملكاً خالصاً للبائع، و إنّما طرأ البطلان على العقد بعد انتقال العين فلا يؤثر فيما سبق من التصرفات، بل يلزم البائع الثانى دفع المثل إن كانت العين مثليه و قيمه إن كانت قيميه، كما لو تلفت العين.

و هل المعتبر قيمته يوم البيع، أو يوم تلف العين الأخرى؟ يحتمل الأول، لأنّه وقت تعدّر المثل، و الثانى لأنّ القيمه حينئذ لم تكن لازمه للبائع، و إنّما لزمّت بتلف العين الأخرى الموجب لبطلان البيع. و هو الأجود.

و يستفاد من ذلك أنّ تلف المبيع قبل قبضه إنّما يبطل العقد من حينه لا من أصله و إلا لا ستردّ العين. و تظهر الفائدة فى ذلك، و فى النماء.

قوله: «فإن كان فيه نقد غالب و الا كان البيع باطلاً».

إذا تعدد النقد فى البلد كان بمنزله المشترك لا يحمل على أحد معانيه إلاّ بقريته، فإن غلب أحد النقود حمل عليه، لأنّ الأغلبه تكون قرينه أحد أفراد المشترك، و إن تساوت و لم يعيّن بطل العقد، لعدم الترجيح و اختلاف الغرض.

ثمّ الغلبه قد تكون فى الاستعمال، و قد تكون فى الإطلاق، بمعنى أنّ الاسم يغلب على أحدهما و إن كان غيره أكثر استعمالاً، كما يتفق ذلك فى زماننا فى بعض

**الأولى: إذا اختلفا في قدر الثمن**

الأولى: إذا اختلفا في قدر الثمن (١)، فالقول قول البائع مع يمينه، إن كان المبيع باقيا موجودا، وقول المشتري مع يمينه إن كان تالفا.

أسماء النقود. فإن اتفقت الغلبة فيهما فلا إشكال في الحمل عليه، وإن اختلفت بأن كان أحدهما أغلب استعمالا، والآخر أغلب وصفا، ففي ترجيح أحدهما أو يكون بمنزلة المتساوي نظرا إلى تعارض المرجحين نظر، وإن كان ترجيح أغلبيه المتعارف أوجه. وكذا القول في الكيل والوزن.

قوله: «إذا اختلفا في قدر الثمن. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب. بل ادعى عليه الشيخ الإجماع (١). و به روايه مرسله عن الصادق عليه السلام، في الرجل يبيع الشيء، فيقول المشتري: هو بكذا وكذا بأقل مما قال البائع؟ قال: «القول قول البائع إذا كان الشيء قائما بعينه مع يمينه» (٢).

وهذه الرواية تدلّ بمنطوقها على الأول، وهو تقديم قول البائع مع قيام عين المبيع. واستفيد الثاني من مفهومها، ولأنه موافق للأصل، ولأنه لا قائل فيه بخلافه مع القول في الشق الآخر بما دلت عليه. ومرسلها أحمد بن أبي نصر، وقد استثناه بعض الأصحاب (٣) من المنع من المراسيل مع من استثنى. وعلى تقدير عدمه فهو منجبر بالشهره بين الأصحاب و عملهم بمضمونها.

و احتجوا له أيضا بأن المشتري مع قيام السلعه يدعى تملكها وانتقالها إليه بما ادّعاه من العوض و البائع ينكره، فيقدم قوله لأنه منكر. وأما مع تلفها فإنّ البائع يدعى قدرا زائدا في ذمه المشتري و هو ينكره فيكون القول قوله.

١- (١) الخلاف ٣: ١٤٧ مسألة ٢٣٦.

٢- (٢) الكافي ٥: ١٧٤ ح ١، الفقيه ٣: ١٧١ ح ٧: ٢٦، التهذيب ٧: ٢٦ ح ١٠٩ و ٢٢٩ ح ١٠٠١ و الوسائل ١٢: ٣٨٣ ح ١١) من أبواب أحكام العقود ح ١.

٣- (٣) راجع عدّه الأصول ١: ٣٨٦. ذكرى الشيعة: ٤.

و فيه نظر، لا تفاقهما على انتقال العين إلى المشتري و ملكه لها، وإنما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمه المشتري، فلا وجه لتقديم قول البائع، بل المشتري هو المنكر في الموضوعين. فالمعتبر حينئذ هو النص.

و في المسألة أقوال آخر:

منها: أن القول قول من هي في يده، إلا أن يحدث المشتري فيه حدثا، فيكون القول قوله مطلقا. و هو خيرُه ابن الجنيْد (١). و نفى عنه البأس في التذكرة (٢). و وجه الأول أن من ليس في يده يدعى انتزاعه بما يقربه من الثمن و ذو اليد ينكر ذلك، فيكون القول قوله ترجيحا لذى اليد، فإن الخارج هو المدعى. و أما حدث المشتري فهو دليل اليد.

و فيه ما مر.

و منها: أن القول قول المشتري مع قيام السلعه أو تلفها في يده، أو في يد البائع بعد الإقباض، و الثمن معيّن، و الأقل لا يغير أجزاء الأ-كثرو. لو كان مغايرا تحالفا و فسخ البيع. اختاره في المختلف (٣). و احتج على الأول بأن المشتري منكر، و على الثاني بأن التخالف في عين الثمن، و كل منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيتخالفان.

و هذا القول يرجع الى تقديم قول المشتري مطلقا حيث يكون الاختلاف في كميته الثمن - و سيأتي - و تغايره مع عدم تعيين الثمن خاصة، و ظاهر (٤) أن مدخلته ضعيفه.

و منها: أنهما يتحالفا مطلقا لأن كلا منهما مدّع و منكر، و ذلك لأن العقد الذي

ص: ٢٥٩

١-١) راجع المختلف: ٣٩٥.

٢-٢) التذكرة ٥٧٥: ١.

٣-٣) راجع المختلف: ٣٩٥.

٤-٤) في «٥» فظاهر.



تضمّن الأقل و تشخص به ينكره البائع، و العقد الذى تضمّن الثمن الأكثر و تشخص به ينكره المشتري، فيكون هذا النزاع فى قوه ادعاء كل منهما عقدا ينكره الآخر، فيتحالفان و يبطل البيع.

و فيه منع المغايره الموجه لما ذكر، لاتفاقهما على عقد واحد، و على انتقال المبيع إلى المشتري به، و ثبوت الثمن الأقل فى ذمته، و إنّما يختلفان فى الزائد و أحدهما يدّعيه و الآخر ينكره، فلا وجه للتحالف. و هذا القول احتمله العلامة فى كثير من كتبه (١)، و صحّحه ولده فى الإيضاح (٢)، و نسبه فى الدروس (٣) إلى الندور مع أنّه اختاره فى قواعد (٤).

و منها: أنّ القول قول المشتري مطلقا، لاتفاقهما على وقوع البيع و انتقال المبيع إلى المشتري. و إنّما الخلاف بينهما فيما يستحق فى ذمته، فيكون القول قوله فى نفي الزائد مطلقا، لأنّه منكر. و هذا القول لم يذكره أحد من أصحابنا فى كتب الخلاف.

و ذكره العلامة فى القواعد (٥) احتمالا. و نقله فى التذكرة (٦) عن بعض العامة، و قواه.

و الذى يظهر أنّه أقوى الأقوال، إن لم يتعين العمل بالأول، نظرا إلى الخبر أو الإجماع غير أنّ فيهما ما قد عرفت.

و تنقيح المسأله يتم بأمر:

الأول: هذا البحث كلّ إذا وقع النزاع بعد قبض المشتري، أو قبله مع بقاء عين المبيع. أمّا لو وقع بعد تلفه فى يد البائع، فإنّ العقد يفسخ، و لا يظهر للنزاع

ص: ٢٦٠

١-١) المختلف: ٣٩٥-٣٩٦، القواعد ١: ١٥٤.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٥٢٠: ١.

٣-٣) الدروس: ٣٥٢.

٤-٤) القواعد و الفوائد ١: ٣٠٥ قاعده ١٠٣.

٥-٥) القواعد ١: ١٥٤.

٦-٦) التذكرة ٥٧٥: ١.

أثر، إن لم يكن البائع قد قبض الثمن. و لو كان قبضه كان كالدين في ذمته أو الأمانة عنده، فيقدم قوله في قدره. و مثله ما لو اختلفا في قدر الثمن بعد قبض البائع له و الإقاله أو الفسخ بأحد وجوهه.

الثانى: موضع الخلاف أيضا ما لو كان الثمن في الذمه، ليمكن جريان الأقوال، فلو كان معيناً، كما لو قال البائع: بعتك بهذا العبد أو الدينار، فقال: بل بهذه الأمه أو الدراهم، فإنه يتعين التحالف قطعاً، لأن كلا منهما مدع و منكر، و هو ضابط التحالف. و هذا لا يطلق عليه اختلاف في القدر، نعم قد يتفق مع التعيين الاختلاف في القدر، كما لو قال: بعتك بهذين الدينارين، أو الثوبين مثلاً، فقال:

بل بأحدهما معيناً، فإن الحكم فيه كالذمه، و الأقوال جاريه فيه. و بهذين الأمرين يظهر أن ما فصّله العلامة في المختلف (١) يرجع إلى تقديم قول المشتري مطلقاً، فيكون موافقاً لما قواه في التذكرة (٢).

الثالث: على القول المشهور الفارق بين قيام العين و تلفها، لو كانت العين باقيه لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالاً لازماً كالبيع و العتق و الوقف و الهبه اللازمه، فهل ينزل منزله التلف أم لا؟ قيل بالأول لما تقدم من التعليل. و قد عرفت ما فيه.

و لمساواته للتلف في الخروج عن حد الانتفاع بالنسبه إلى المشتري، فيكون تلفاً حكماً. و يشكل بمنع ذلك و كونه عله الحكم، فإن من الجائر كون التلف الحقيقي عله لقبول قول المشتري في الأول، نظراً إلى امتناع الرجوع إليها في اعتبار ما يدعيه، و صيرورته منكرًا بكل وجه، مع أن الحكم إنما تعلق في تقديم قول البائع على قيام العين من غير اعتبار بالعله، و هو متحقق مع انتقالها عن ملكه بأي وجه فرض. و لو انتقلت انتقالاً غير لازم - كالبيع في زمن الخيار للبائع، و الهبه قبل القبض، أو بعده حيث يجوز له الفسخ - ففي قيامه مقام التلف احتمالاً، و أولى بالعدم.

ص: ٢٤١

١-١) المختلف: ٣٩٥.

٢-٢) التذكرة ٥٧٥: ١.

الرابع: لو تلف بعض المبيع خاصه أو انتقل عن ملكه، ففي تنزيله منزله تلف الجميع، أو بقاء الجميع، أو إلحاق كل جزء بأصله احتمالات. وإن كان الأول أوجه، نظرا إلى عدم صدق قيام عين المبيع الذي هو مناط تقديم قول البائع، كما صرح به في الخبر (١)، ولأنّ هذا الحكم على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين و هو قيام جميع العين، و يبقى فيما عداه على الأصل من قبول قول المنكر و هو المشتري.

و لا ترد المعارضه بأنّ تقديم قوله مخصوص بتلف المبيع و هو غير متحقق، لأنّنا قد بينا أنّ هذا الحكم إنّما أخذ من مفهوم الخبر لا من منطوقه. و التحقيق أنّه أخص من المفهوم. و موضع النزاع داخل فيه، فإنّ ضابطه على ما اقتضاه المنطوق أنّه متى لم تكن عين الشىء قائمه لا- يكون القول قول البائع، و هو مفهوم الشرط المعبر عند المحققين، فيدخل فيه ما لو تلف البعض، مضافا إلى ما حققناه من موافقته للأصل.

الخامس: لو امتزج المبيع بغيره، فإن بقي التميّز فعينه قائمه، وإن لم يتميّز احتمل بقاؤه كذلك، لأنّه موجود في نفسه و إنّما عرض له عدم التميّز من غيره.

و المفهوم من قيام عينه وجوده، خصوصا عند من جعل التلف في مقابلته، فإنّه ليس بتالف قطعا. و يحتمل عدمه نظرا إلى ثبوت الوساطه و عدم ظهور عينه في الحس، و يمنع إرادته الوجود من قيام العين.

و هذا كلّ مع مزجه بجنسه كالزيت يخلط بمثله، و النوع الواحد من الحنطه كالصفراء تخلط بمثلها، أمّا لو خلط بغير جنسه بحيث صارا حقيقه أخرى كالزيت يعمل صابونا، فإنّه حينئذ بمنزله التالف. و أمّا تغيّر أو صافه بزياده و نقصان، فلا يقدر في قيام عينه بوجه.

السادس: حيث حكمنا بالتحالف إمّا مطلقا، أو مع الاختلاف في عين الثمن، حلف كل منهما يمينا واحده على نفى ما يدّعيه الآخر، لا على إثبات ما

ص: ٢٤٢

يدّعيه، ولا- جامعه بين الأ-مرين، فإذا حلفا انفسخ العقد و رجع كل منهما الى عين ماله إن كانت موجوده، و مثلها أو قيمتها إن كانت تالفه.

و البادى باليمين منهما من ادّعى عليه أو لا- على سبيل الاستحقاق، فإن حلف الأول و نكل الثانى عن اليمين فان قضينا بالنكول ثبت ما يدّعيه الحالف، و إلا- حلف يميننا ثانيه على إثبات ما يدّعيه. و إنّما لم يكتف باليمين الجامعه مع تحقق فائدتها فى مثل ذلك، لأنّ يمين الإثبات بعد النكول فلا يتقدم عليه.

السابع: إذا وقع الفسخ بالتحالف فهل يبطل العقد من أصله و ينزّل البيع منزله المعدوم، أم من حين التحالف أو الفسخ؟ وجهان:

اختار أولهما العلّامه فى التذكرة (١) محتجا عليه بأنّ اليمين قد أسقطت الدعوى من رأس فكأنّه لم يبيع، كما لو ادّعى على الغير بيع شىء أو شراءه فأنكر و حلف، فإنّ الدعوى تسقط، و يكون الملك باقيا على حاله، و لم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه.

و يشكل باتفاقهما على وقوع عقد ناقل للملك، أمّا فى الثمن الموصوف فظاهر، و أمّا فى المعيّن الذى أوجب التحالف لاختلافه، فالمبيع أيضا متفق على انتقاله من البائع إلى المشتري، و إنّما الاختلاف فى انتقال الثمن المعيّن. فيمكن أن يتوجه ذلك فى هذا الثمن دون المثلثين فى الموضوعين. و اختار ثانيهما فى القواعد [١]، و تبعه فى الدروس (٢).

و التحقيق ما أشرنا إليه من أنّ البيع لا- يبطل إلاّ من حينه، و أمّا الثمن فيبقى على حكم الملك بالحلف كما مثل به فى التذكرة (٣). فالإطلاق فى الموضوعين غير جيد.

ص: ٢٤٣

١- (١) التذكرة ٥٧٨: ١.

٢- (٣) الدروس: ٣٥٣.

٣- (٤) التذكرة ٥٧٥: ١.

و تظهر فائده القولين فيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين من المشتري بعقد لازم كالبيع و شبهه، أو خرجت عن ملكه بعق و وقف و نحوهما. فعلى الأول تبطل العقود و غيرها، و ترجع العين إلى البائع. و به قطع فى التذكرة (١) تفريعا على أصله.

و على الثانى يرجع إلى قيمه يوم الانتقال. و به قطع فى القواعد (٢) تفريعا على أصله.

و لو تلف رجع بقيمته على القولين.

الثامن: لو تلف البعض أو انتقل عن ملك المشتري انتقالا- لازما رجع البائع فى الموجود قطعاً، و بقيمه التالف، و فى المنتقل الوجهان. و هذا بخلاف ما تقدم فى البحث الرابع. و الفرق أنّ الحكم هناك معلق فى النص على قيام العين و هو غير متحقق مع تلف البعض، و هنا يرجع بالتحالف إلى ماله فى أخذ منه الموجود كيف كان و قيمه الذاهب.

و لو امتزج صار شريكا بالنسبه. و لو تعيب رجع بأرش العيب. و لو وجد العين مستأجره أو مرهونه، انتظر انقضاء المده، أو الفك. و فى تخييره بينه و بين قيمه معجله وجه.

التاسع: لو اختلفا فى قيمه التالف فالذى تقتضيه أصول المذهب قبول قول منكر الزائد مع يمينه، كما فى نظائره حتى الغصب. و فيه قول آخر بتقديم قول المالك. و قد أغرب العلامة هنا، فحكم بالرجوع إلى قيمه مثله موصوفا بصفاته (٣).

و هو بأصول العامه أليق، نظرا إلى أنّ الوصف يفيد أهل الخبره ظنّ القيمه فيكون مناسبا لرفع النزاع.

العاشر: الظاهر أنّ العقد يبطل بمجرد التحالف و إن لم يفسخه فاسخ. و به قطع فى التذكرة (٤) محتجا بما أسلفناه عنه من أنّ يمين كلّ منهما تسقط دعوى الآخر،

ص: ٢٦٤

١- (١) التذكرة ٥٧٩:١.

٢- (٢) القواعد ١٥٤:١.

٣- (٣) القواعد ١٥٥:١.

٤- (٤) التذكرة ٥٧٨:١.

## الثانية: إذا اختلفا في تأخير الثمن و تعجيله

الثانية: إذا اختلفا في تأخير الثمن و تعجيله (١)، أو في قدر الأجل، أو في اشتراط رهن من البائع على الدرك، أو ضممين عنه، فالقول قول البائع مع يمينه.

فيكون الملك باقيا على حاله، و لم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه. و هذا على القول ببطلانه من أصله. و أما على القول ببطلانه من حينه، فالظاهر أنه كذلك لانتفاء دعوى كل منهما بيمين صاحبه فينفسخ حينئذ، و لأنَّ إمضائه على وفق اليمينين متعذر، و على وفق أحدهما تحكّم. و هو ظاهر فتوى القواعد (١).

و حكى في التذكرة (٢) عن الشافعي القائل بالتحالف وجهين في انفساخه به، أو توقّفه على الفسخ.

و توقّف في الدروس (٣) في الوجهين، فعلى الثاني يفسخه المتعاقدان أو أحدهما، أو يرضى أحدهما بدعوى الآخر، أو يفسخه الحاكم إذا يئس من توافقهما و امتنعا من فسخه لئلاّ يطول النزاع. ثمّ إن توافقا على الفسخ، أو فسخه الحاكم، انفسخ ظاهرا و باطنا. و إن بدر أحدهما فإن كان المحق فكذلك، و إلاّ انفسخ ظاهرا.

قوله: «إذا اختلفا في تأخير الثمن و تعجيله. إلخ».

لأنه في هذه المواضع كلّها منكر. و ذلك لأنهما اتفقا على صدور العقد و حصول الملك و الثمن المعين، و إنّما اختلفا في قدر زائد، و البائع ينكره فيقدم قوله في نفيه.

و ربما قيل بالتحالف هنا بناء على القول في المسألة السابقة لاشتراكهما في الوجه الذي اقتضاه، و هو دعوى امتناع العمل بالمتفق عليه، إذ ليس هناك متفق عليه، لأنّ أحدهما يسند الملك الى سبب مخصوص، و الآخر ينفيه و يسنده إلى سبب آخر، ففي الحقيقة الملك بقول أحدهما غير الملك بقول الآخر، و كلّ منهما مدّع و مدعى عليه فيتحالفا.

ص: ٢٤٥

١-١) القواعد ١٥٤: ١.

٢-٢) التذكرة ٥٧٨: ١.

٣-٣) الدروس: ٣٥٢-٣٥٣.

الثالثه: إذا اختلفا فى المبيع (١)، فقال البائع: بعثك ثوبا، فقال: بل ثوبين، فالقول قول البائع أيضا. فلو قال: بعثك هذا الثوب (٢)، فقال: بل هذا الثوب، فهاننا دعويان، فيتحالفان و تبطل دعواهما.

و ليس بواضح، لأنَّ السبب الناقل للملك -و هو العقد- لا- نزاع بينهما فيه و لا- تعدد، و إنما الخلاف فيما صاحبه من الأمور المذكوره، و هو أمر خارج عن السبب.

نعم، هو مقيد بما يذكر فيه منها، فما ثبت منها كان قيدها، و لا يلزم من ذلك اختلافه، فتنازعهما يرجع إلى وجود تلك القيود و عدمه، فيقدم المنكر. و هذا بعينه آت فى المسأله السابقه.

قوله: «لو اختلفا فى المبيع. إلخ».

هذا النزاع نظير النزاع فى قدر الثمن، و وجه تقديم قول البائع فيه من حيث إنه منكر لبيع الزائد مع اتفاقهما على أمر مشترك، و هو بيع الثوب الواحد. و احتمال التحالف آت هنا بتوجيهه السابق و جوابه.

و لا- يخفى أن ذلك كله حيث لا- يكون المتنازع معيناً، كهذا الثوب فيقول المشتري بل هذان لغير المذكور، فإنه حينئذ يتعين القول بالتحالف. و لو كان الأول أحدهما فالقول قول البائع كأول. و حيث لا يكون ذلك مستلزماً للاختلاف فى الثمن، كبعثك ثوباً بألف، فقال المشتري: بل ثوبين بألفين، فإنه يقوى التحالف أيضاً، إذ لا مشترك هنا يمكن الأخذ به.

قوله: «فلو قال بعثك هذا الثوب. إلخ».

الحكم هنا واضح بعد الإحاطه بما سلف، فإذا حلف البائع على نفى ما يدعيه المشتري بقى على ملكه، فإن كان الثوب المذكور 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، لأنه معترف بأنه للمشتري، و له ثمنه فى ذمته. فإن كان البائع قد قبض الثمن رده على المشتري، و يأخذ الثوب قصاصاً. و إن لم يكن قبضه أخذ الثوب قصاصاً أيضاً بذلك الثمن.

و لو اختلف ورثه البائع (١) و ورثه المشتري كان القول قول ورثه البائع فى المبيع، و ورثه المشتري فى الثمن.

### الرابعه: إذا قال: بعتك بعبد فقال: بل بحرّ

الرابعه: إذا قال: بعتك بعبد (٢) فقال: بل بحرّ، أو بخلّ فقال: بل و لو زاد فهو مال لا يدّعيه أحد. كذا فضّل فى التذكرة (١). و على ما تقدم (٢) من التفصيل فى الفسخ ظاهراً و باطناً-على بعض الوجوه-ينتفى ذلك.

و اعلم أنّ ضابط التحالف المقطوع به ادّعاء كلّ منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر، بحيث لا يتفقان على أمر كما هنا. و مثله ما لو اختلفا فى الثمن المعين، أو فيهما معا. و مثله ما لو ادّعى أحدهما البيع و الآخر الصلح.

و لو اتفقا على أمر، و اختلفا فى وصف زائد أو قدر، بحيث كانت الدعوى من طرف واحد، حلف المنكر. و يتعدّى ذلك الى غير البيع من العقود اللازمة، كالصلح و الإجاره.

قوله: «و لو اختلف ورثه البائع. إلخ».

أى لو اختلفا فى قدر الثمن أو المثلن فالقول قول ورثه البائع فى قدر المبيع، كما أنّ القول فيه قول مورثهم و قول ورثه المشتري فى الثمن، و ان لم نقل به فى مورثهم، لأنهم منكرون، و اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورده. و ذهب جماعه من الأصحاب (٣) إلى أنّ حكمهم حكم المورث فى جميع الأحكام، و هو حسن. و لو قلنا بالتحالف بين المورثين ثبت بين الورثه قطعا. و لو اختلف الورثه فى عين المبيع أو عين الثمن-حيث يثبت التحالف-فالحكم فيهم كذلك. فإطلاق المصنّف تقديم قول ورثه البائع فى المبيع و ورثه المشتري فى الثمن منزّل على ما ذكرناه.

قوله: «إذا قال: بعتك بعبد. إلخ».

نبه بقوله: «فالقول قول مدّعى صحه العقد» على علّه الحكم، و هو

ص: ٢٦٧

١- (١) التذكرة ٥٧٧: ١.

٢- (٢) فى ص ٢٦٥.

٣- (٣) راجع القواعد ١: ١٥٥، الدروس: ٣٥٢ و التنقيح الرائع ٢: ٣٤.



بخمر، أو قال: فسخت قبل التفريق و أنكره الآخر، فالقول قول من يدعى صحه العقد مع يمينه، و على الآخر البيئه.

## النظر الخامس: في الشروط

### اشاره

النظر الخامس: في الشروط و ضابطه ما لم يكن مؤديا إلى جهاله المبيع (١) أو الثمن، و لا مخالفا للكتاب و السنه.

أصالة الصحه في العقود، فإنّ الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحه، فيكون قول مدعى الصحه موافقا للأصل. و هذا يتم في المسأله الاولى. و أمّا الثانيه فمدعى الفسخ لا ينكر صحه العقد بل يعترف به و يدعى أمرا آخر، لكن لما كان الأصل عدم طرؤ المبطل الموجب لاستمرار الصحه أطلق عليه الصحه مجازا و أراد به بقائها.

و ربّما استشكل الحكم في الأوّل مع التعيين، ك«بعتك بهذا العبد» فيقول:

«بل بهذا الحرّ» فإنّ منكر نقل العبد إن كان هو المشتري فهو ينفى ثبوت الثمن في ذمته، و إن كان هو البائع فهو ينفى انتقال عبده عنه، فالأصل معهما في الموضوعين، و لأنّه يرجع الى إنكار البيع، فيقدّم قول منكره. نعم، لو لم يعيّن في الصورتين توجه ما ذكر.

قوله: «و ضابطه ما لم يكن مؤديا إلى جهاله المبيع. إلخ».

ضمير «ضابطه» يعود إلى الشرط المدلول عليه بالشروط تضمنا. و المراد منه ما هو أخصّ من ذلك، و هو الشرط السائغ. و حيثنذ فالعبارة لا تخلو من تكلف، فإنّ الشروط المعقود لها الباب أعمّ من الصحيحه و الباطله، و الضابط مختصّ بالصحيح.

و المراد أنّ ضابط ما يصحّ اشتراطه ما لم يكن مؤديا إلى جهاله المبيع أو الثمن. و ذلك كاشتراط تأجيل أحدهما مدّه مجهوله، فإنّ للأجل قسطا من الثمن، و هو مجهول فيتجهّل العوضان.

و قوله: «و لا- مخالفا للكتاب و السنّه» كان مغنيا عن ذكر المؤدى إلى جهاله العوضين، لاستلزامه الغرر المنهى عنه في السنّه المطهره. و مثال ما خالف الكتاب

و يجوز أن يشترط ما هو سائغ (١) داخل تحت قدرته، كقصاره الثوب و خياطته.

و لا يجوز اشتراط ما لا يدخل فى مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله سنبلًا (٢)، أو الرطب على أن يجعله تمرا.

و السنّه-مع ما ذكر-اشتراط أن لا يبيعه، أو لا يعتقه، أو لا يطاء، أو لا يهب.

و ضابطه ما ينافى مقتضى العقد، بأن يقتضى عدم ترتب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو بحيث يقتضيه و رتبّه عليه. كذا حقه جماعه (١).

و يشكل باشتراط عدم الانتفاع زمانا معينًا، فإن مقتضى العقد إطلاق التصرف فى كل وقت، و باشتراط إسقاط خيار المجلس و الحيوان و ما شاكل ذلك ممّا أجمع على صحه اشتراطه. و عباره المصنّف لا تنافى ذلك، لأنّ كل ما صحّ اشتراطه فليس منافيا للكتاب و السنّه.

قوله: «و يجوز أن يشترط ما هو سائغ. إلخ».

أى يشترط ذلك على البائع، فإن إطلاق العقد و إن لم يقتضيه إلاّ أنّه شرط سائغ مقدور غير مناف لمقتضى العقد، فيدخل تحت عموم الأمر بالوفاء بالشرط (٢).

و مثله ما لو شرط البائع على المشتري قصاره ثوب معين، أو خياطته.

و المراد من شرطه المذكور تحصيل تلك المنفعه بنفسه أو بغيره، ليصحّ إطلاق كونه مقدورا، فلو شرط فعله بنفسه اعتبر فى صحته قدرته عليه، بأن يكون عالما بالصنعه قادرا عليها. فإن عيّن زمانا لا يمكن فيه تحصيل الشرط فهو باطل، لأنّه غير مقدور.

قوله: «و لا يجوز اشتراط ما لا يدخل فى مقدوره-إلى قوله-على أن يجعله سنبلًا».

فإنّ ذلك غير مقدور للبائع، بل لله تعالى. و لا فرق فى البطلان بين أن يشترط

ص: ٢٦٩

(١-١) راجع جامع المقاصد ٤:٤١٤. و فى مفتاح الكرامه ٤:٧٣٠ نسب ذلك إلى جماعه و لم يذكرهم.

(٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٣٥٢ ب ٦ من أبواب الخيار حديث ١، ٢، ٥، و ١٥:٣٠ ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

و لا- بأس باشتراط تبقيته (١). و يجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه (٢)، عليه أن يجعله هو أو الله تعالى، لا اشتراكهما في عدم المقدوريّة. و في بعض حواشي الشهيد (١)- رحمه الله- أنّ المراد به اشتراط أن يجعل الله الزرع سنبلًا، لا اشتراط أن يجعله البائع سنبلًا، فإنّ ذلك و إن كان باطلا أيضا إلاّ أنّه غير مراد هنا، لأنّهم إنّما تعرّضوا لما (٢) يجوز أن يتوهّمه عاقل لا ما يمنعه. و هذا حسن إذا أرادوه، و إن اشترك الأمران في البطلان.

قوله: «و لا بأس باشتراط تبقيته».

لأنّ ذلك مقدور له. و هل يشترط تعيين المدّة، أم يحال على المتعارف من البلوغ لأنّه مضبوط عرفًا؟ الظاهر الاكتفاء بالثاني. و إطلاقهم يدلّ عليه.

قوله: «و يجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه».

إطلاق الحكم يشمل ما لو شرط عتقه عن المشتري، و أطلقه، و شرطه عن البائع، و عن (٣) كفّاره، و تبرعا، و بعوض. و الحكم في الأوّلين إجماعيّ. و أمّا الثالث فقال في التذكرة: إنّّه يجوز أيضا عندنا، لأنّه شرط لا ينافي الكتاب و السنّه (٤). و في القواعد (٥) يجوز اشتراطه مطلقا، أو عن المشتري. و مفهومه عدم الجواز عن البائع، و به قطع في الدروس (٦). و يؤيّد قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا عتق إلاّ في ملك» (٧)، و البائع ليس مالكا.

ص: ٢٧٠

١- ١) حكاه عنه المحقق الكركي، راجع جامع المقاصد ٤:٤١٦.

٢- ٢) كذا في «ك» و في غيرها يفرضوا.

٣- ٣) في «ن» عن كفّاره. و لعله أولى.

٤- ٤) التذكرة ١:٤٩٢.

٥- ٥) قواعد الأحكام ١:١٥٣.

٦- ٦) الدروس: ٣٤٣.

٧- ٧) الكافي ٦:١٧٩ ح ٢، الفقيه ٣:٦٩ ح ٣، التهذيب ٨:٢١٧ ح ٧٧٤، الاستبصار ٤:٥ ح ١٥، الوسائل ٧:١٦ ب «٥» من كتاب العتق ح ٢ و فيه: «لا عتق إلاّ بعد ملك».

و أما عتقه عن الكفّاره، فإن كانت على المشتري و شرط البائع عتقه عنها صحّ.

و فائده الشرط التخصيص لهذا العبد بالإعتاق. و إن لم يشترط (1) بنى على أنّ العتق هل هو حقّ لله تعالى أو للبائع أو للعبد أو للجميع، فإنّه من حيث إنّ فيه معنى القربه و العباده يرجّح الأوّل، و من حيث الاشتراط من البائع و تعلّق غرضه به و أن الشرط من جملة العوضين يدلّ على الثانى، و من استلزامه زوال الحجر عن العبد و تحريره يكون حقّا له. و التحقيق أنّه لا منافاه بين هذه الحقوق، فيجوز اجتماعها فيه.

و يتفرّع على ذلك المطالبه بالعتق، فمن كان له الحقّ فله المطالبه به.

و أمّا عتقه عن الكفّاره [1] فإن قلنا الحقّ فيه لله تعالى لم يجز، كالمندور. و إن قلنا إنّ للبائع فكذلك إن لم يسقط حقّه. و إن أسقطه جاز، لسقوط وجوب العتق حينئذ.

و كذا إن قلنا إنّ للعبد. و على ما اخترناه لا يصحّ مطلقا. و شرط العتق مستثنى من الشروط القابله لإسقاط مستحقّها. و أولى بالمنع لو كانت على البائع أو غيره.

و أما عتقه تبرّعا فلا شبهه فى جوازه بشرط أن يكون بسبب مباح، فلو نكّل به فاعتق لم يأت بالشرط، و يكون بمنزله التالف.

و ظاهر الشرط يقتضى إيقاعه مباشره اختيارا مجانا، فلو شرط عليه عوضا من خدمه و غيرها لم يأت به.

و حيث يفوت الشرط يتخیر البائع بين فسخ البيع و الإمضاء كباقي الشروط، لكن لو فسخ هنا رجع إلى قيمه كالتالف أيضا، لبناء العتق على التغليب، مع احتمال فساده، لوقوعه على خلاف ما وجب. و يحتمل ضعيفا سقوط الشرط هنا و نفوذ العتق.

و هل يشترط وقوعه من المشتري مباشره، أم يكفي وقوعه مطلقا؟ و جهان.

و تظهر الفائده فيما لو باعه بشرط العتق، فعلى الأوّل يحتمل بطلان البيع، لأنّ شرط

أو يدبره (١)، أو يكتبه (٢). و لو شرط أن لا خساره (٣)، أو شرط ألا يعتقها، أو لا يطأها، قيل: يصح البيع و يبطل الشرط.

العتق مستحق عليه، فلا يجوز نقله إلى غيره، و صحته مع تخير البائع. ثم إن أعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ و قدر كالتالف، و إلا أخذه. و على الثاني يصح، كما لو أعتقه بوكيله. و الذي يدل عليه الإطلاق و الحكم في باقي الشروط أنه لا يقتضى مباشرتها بنفسه إلا مع التعيين، و هذا الشرط لا يزيد على غيره.

قوله: «أو يدبره».

فإن شرط تدبيراً مطلقاً أو معيناً تعين، و إن أطلق تخير بين المطلق و المقيّد. فإن اختار الثاني، كتعليقه بوفاته في هذه السنه و لم يتفق الشرط، و جب عليه التدبير ثانياً، لأن الغرض ترتب العتق و لم يحصل، مع احتمال العدم، لقيامه بالشرط المطلق. و هل يجوز للمشتري الرجوع في هذا التدبير؟ يحتمله نظراً إلى أصله، و عدمه التفاتاً إلى وجوب الوفاء بالشرط، و عدم حصول غرض البائع، و الرجوع به إبطال له، و هو ينافي صحه الشرط. و لو أخل المشتري بالتدبير تخير البائع بين فسخ البيع و الإمضاء، فيرجع بالتفاوت، كما سيأتي في شرط العتق (١).

قوله: «أو يكتبه».

فيتخير المشتري مع الإطلاق بين الكتابه المطلقه و المشروطه، و مع التعيين يتعين ما شرط. و كذا القول في الأجل و القدر. و لو تشاخ المشتري و العبد فيه رجع إلى قيمه السوقيه، فلا- يجب على المشتري النقصان عنها. و لو طلب الزيادة أجبر على قيمه إن أمكن، و إلا- تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء. و في جواز رجوعه في المشروط عند عجزه و جهان، نظراً إلى الأصل، و الوفاء بالشرط، مع احتمال براءه المشتري من الشرط لو فائه به، و الفسخ طار سائغ له شرعاً.

قوله: «و لو شرط أن لا خساره. إلخ».

أى شرط ألا خساره على المشتري لو باع المبيع فخر، بل يكون على البائع،

ص: ٢٧٢

١- ١) يأتي اشتراط العتق في ص ٢٧٤.

و لو شرط فى البيع أن يضمّن إنسان بعض الثمن أو كلّه صحّ البيع و الشرط (١).

### تفريع إذا اشترط العتق فى بيع المملوك

تفريع إذا اشترط العتق فى بيع المملوك (٢) فإن أعتقه فقد لزم البيع، و إن امتنع كان للبائع خيار الفسخ.

فإنّ هذا الشرط باطل، لمنافاته لمقتضى العقد و ثبوت الملك. و كذا القول فى شرط البائع عدم عتق المشتري و وطئه.

و هل يبطل البيع أيضا أم يختص البطلان بالشرط؟ قولان أجودهما الأول، لأنّ التراضى لم يقع إلا على المجموع من حيث هو مجموع، فإذا بطل بعضه و امتنع نفوذه شرعا انتفى متعلق التراضى، فيكون الباقي تجاره لا عن تراض. و وجه صحّحه البيع أنّ التراضى قد تعلّق بكليهما، فإذا امتنع أحدهما بقى الآخر. و هو مذهب الشيخ (١) (رحمه الله). و القولان آتيان فى كل بيع تضمّن شرطا فاسدا. و مثله ما شابّه من العقود اللازمة.

قوله: «و لو شرط فى البيع أن يضمّن إنسان بعض الثمن أو كلّه صحّ البيع و الشرط».

لأنّ ذلك و إن لم يقتضه العقد لكنّه شرط يعود على المتعاقدين فيه مصلحه كالأجل، فيصحّ اشتراطه، للعموم. و مثله اشتراط ضمّين للبائع على بعض المبيع أو كلّه لو كان سلما، بل غير حاضر مطلقا.

و يشترط تعيين الضامن بالمشاهده أو الوصف، كرجل موسر ثقه، و نحو ذلك، أو يميّزه بنسبه، فلو أطلق بطل على الأقوى. و يحتمل الجواز، و يحمل على ما دلّ عليه الوصف. و مثله ما لو شرط رهنا على أحدهما. و لو هلك المعين منهما أو مات، فإن كان بعد الرهن أو الضمان لم يؤثّر، و لو كان قبله ثبت الفسخ لمن شرط له، لفوات الشرط.

قوله: «إذا شرط العتق فى بيع المملوك. إلخ».

ظاهره ثبوت الخيار بمجرد امتناع المشروط عليه و إن قدر المشروط له على

ص: ٢٧٣

إجباره على الوفاء. وهو أحد القولين في المسألة. ووجهه أصالة عدم وجوب الوفاء و للمشروط له وسيله إلى التخلّص بالفسخ. ففائده الشرط حينئذ جعل البيع اللازم عرضه للزوال عند فقد الشرط، و لزومه عند الإتيان به. و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، و عدم تسلّط المشروط له إلّا مع تعذّر تحصيله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد (١)، و «المؤمنون عند شروطهم إلّا من عصى الله» (٢). و هذا هو الأجود. فعلى هذا لو امتنع من الوفاء و لم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليجبره، إن كان مذهبه ذلك، فإن تعذّر فسخ.

و لشيخنا الشهيد (رحمه الله) في بعض تحقيقاته تفصيل ثالث (٣)، و هو أن الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافيا في تحقّقه و لا يحتاج بعده إلى صيغته، فهو لازم لا يجوز الإخلال به، كشرط الوكالة في عقد الرهن و نحوه. و إن لم يكن كافيا في تحقّقه بل يحتاج إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد فليس بلازم، بل يقرب العقد اللازم المشروط فيه جائزا، كشرط رهن شيء على الثمن، فإنّه لا يصير رهنا بمجرد الشرط، بل لو جعله رهنا لم يصحّ، لعدم لزوم الثمن لذمّه المشتري حينئذ الذي هو شرط صحه الرهن، بل لا بدّ له من صيغته أخرى بعد البيع. و جعل السرّ فيه أن اشتراط ما العقد كاف في تحقّقه كجزء من الإيجاب و القبول، فهو تابع لهما في الجواز و اللزوم، و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد و قد علّق عليه العقد، و المعلّق على الممكن ممكن. و بذلك يندفع التعجب من أن اشتراط الجائز في اللازم يجعل

ص: ٢٧٤

١-١) المائدة: ١.

٢-٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥ و الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤. و ليس فيها (الا من عصى الله).

٣-٣) لم نعثر عليه.

و إن مات العبد قبل عتقه كان البائع بالخيار أيضا(١).

الجائز لازما، و اشتراط اللازم فى اللازم يجعل اللازم جائزا. و هذا التفصيل حسن، و هو أجود من القول بجوازه مطلقا، لكن القول باللزوم مطلقا أجود، لما أسلفناه.

و اعلم أنّ الخيار المذكور حيث يثبت فهل هو على الفور أو التراخى؟ وجهان، تقدّم مثلهما و وجههما (١). و أصله عدم الفوريه بعد ثبوت أصل الخيار يرجح الثانى.

قوله: «و إن مات العبد قبل عتقه كان البائع بالخيار أيضا».

لا- إشكال فى ثبوت الخيار مع موته، فإن اختار الفسخ رجع بجميع قيمه، و ردّ الثمن إن كان قبضه. إنّما الكلام فيما لو اختار الإمضاء، هل يرجع على المشتري بما يقتضيه شرط العتق من قيمه، فإنّه يقتضى نقصانا من الثمن، أم يلزم مع الإجازة ما عتق من الثمن خاصة؟ ذهب العلامة (٢) و جماعه (٣) إلى الأوّل، لاقتضاء الشرط نقصانا و لم يحصل. و يظهر من الدروس (٤) الثانى، محتجا عليه بأنّ الشروط لا يوزّع عليها الثمن. و ردّ بأن الثمن لم يوزّع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا له، و إنّما الشرط محسوب مع الثمن، و قد حصل باعتباره نقصان فى قيمه. و طريق تداركه ما ذكر.

و طريق معرفه ما يقتضيه الشرط أن يقوم العبد بدون الشرط، و يقوم معه، و ينظر التفاوت بين القيمتين، و ينسب إلى قيمه التى هى مع شرط العتق، و يؤخذ من المشتري-مضافا إلى الثمن-بمقدار تلك النسبه من الثمن. فلو كانت قيمته بدون الشرط مائه، و معه ثمانين، فالتفاوت بعشرين نسبتها إلى الثمانين الربع، فيؤخذ

ص: ٢٧٥

١-١) راجع ص: ٢٠٤.

٢-٢) قواعد الأحكام ١: ١٥٣.

٣-٣) راجع المهذب البارع ٢: ٤٠٣ و حاشيه المحقق الكركى على الشرائع: ٣٣٥-٣٣٦ «مخطوط».

٤-٤) الدروس: ٣٤٣.



## النظر السادس: في لواحق من أحكام العقود

النظر السادس: في لواحق من أحكام العقود.

الصُّبره لا يصح بيعها إلا مع المعرفه بكيلاها أو وزنها. فلو باعها أو جزءا منها مشاعا مع الجهاله بقدرها لم يجز. وكذا لو قال: بعتك كل قفيز منها بدرهم (١)، أو بعتكها كل قفيز بدرهم.

و لو قال: بعتك قفيزا منها أو قفيزين مثلا صح.

من المشتري مقدار ربع الثمن مضافا إليه، وذلك هو الذى تسامح به البائع فى مقابله شرط العتق.

وان اختار الفسخ و الرجوع بالقيمه فى اعتبار وقتها أو جهه، أجودها يوم التلف، لأنه وقت الانتقال إلى القيمه، إذ قبله كان الحكم متعلقا بالعين، ولأن ضمان العين لا يقتضى ضمان القيمه مع وجودها، فلا ينتقل إلى القيمه إلا وقت القيمه.

و ثانيها يوم القبض، لأنه أول دخوله فى ضمان المشتري. و ثالثها أعلى القيم من حين القبض إلى التلف، لأنه فى جميع ذلك مضمون عليه. و قد ظهر من وجه الأول جواب الآخرين.

قوله: «و كذا لو قال: بعتك كل قفيز منها بدرهم أو بعتكها كل قفيز بدرهم».

وجه البطلان فى الأول واضح، لعدم العلم بقدر المبيع مطلقا، لأن مرجع هذا العقد إلى تخير المشتري فى أخذ ما شاء منها، بحيث يكون ضابط سعر ما يأخذه أن كل قفيز منه بدرهم، فإن أخذ قفيزا لزمه درهم، وان أخذ قفيزين لزمه درهما، و هكذا. و لا فرق فى البطلان بهذا الوجه بين كون الصبره معلومه أو مجهوله.

و أما الثانى فوجه بطلانه مع الجهاله بقدر الصبره أنه لا يعلم قدر ما يشتمل عليه من المقادير المذكوره، فيكون غررا حال البيع و إن علم بعد ذلك. و للشيوخ (١) - رحمه الله - قول بجواز البيع حينئذ، لأن التقدير المذكور يزيل الغرر، و المشهور

ص: ٢٧٦

و بيع ما يكفى فيه المشاهده جائز(١)، كأن يقول:بعتك هذه الأرض، أو هذه الساحة، أو جزءا منها مشاعا.

و لو قال بعتكها(٢) كلّ ذراع بدرهم لم يصح، إلا مع العلم بذرعانها.

و لو قال:بعتك عشره أذرع منها و عتین الموضع جاز، و لو أبهمه لم يجوز،(٣) خلافة. نعم، لو باعه عددا معينا من المكيل كعشره أقفزه منها مع علمهما باشمالها عليها صحّ. و لا فرق حينئذ بين المعلومه القدر و المجهوله. و لو كانت معلومه القدر و باعها كل قفيز بدرهم صحّ أيضا.

و الحاصل أنّ المعلومه يصحّ بيعها جمله، و جزءا منها مشاعا و معينا، و بيعها كل قفيز بكذا، و المجهوله لا يصحّ بيع شىء ممّا ذكر، سوى الجزء المعين الذى علم اشمالها عليه، و أنّ بيع كلّ قفيز من الصبره بكذا باطل مطلقا.

قوله: «و بيع ما يكفى فيه المشاهده جائز. إلخ».

تبه بالمثل على أنّ الأرض يكفى فيها المشاهده و إن لم تمسح، و هو أشهر القولين و أقربهما، و مثلها الثوب. و يظهر من الخلاف (١) المنع فيهما. و نقل بعض تلامذه المصنف -رحمه الله- أنّ السّاجه فى العبارة بالجيم، قال. و لا يجوز بالحاء المهمله.

قوله: «و لو قال بعتكها. إلخ».

لَمَّا اكتفى فى الأرض بالمشاهده أمكن كونها مجهوله الأذرع حال البيع، فإذا باعها كلّ ذراع بدرهم و لا يعلم قدر ذرعانها لم يصحّ من حيث الجهل بكميّة الثمن، و إن كانت هى معلومه على وجه يصحّ البيع. و هذا هو الفارق بينها و بين الصبره المعلومه حيث صحّ بيعها كلّ قفيز بدرهم، لأنّ معلوميتها إنّما تكون من جهه الكيل فيستلزم العلم بقدر الثمن. و لو اكتفينا بالمشاهده فيها - كما ذهب إليه ابن الجنيد (٢) - اشترط فى بيعها كلّ قفيز بدرهم معرفه ما يشتمل عليه منه.

قوله: «و لو قال بعتك عشره أذرع منها و عتین الموضع جاز، و لو أبهمه لم يجوز».

يمكن أن يريد بتعيين الموضع تعيين المبدأ و المنتهى، و الجواز حينئذ موضع

ص: ٢٧٧

١- ١) ظاهر الخلاف ٣: ١٩٨ مسألة «٤» من باب السلم.

٢- ٢) حكاه عنه الشهيد فى الدروس: ٣٣٦.

لجهاله المبيع، و حصول التفاوت فى أجزاءها، بخلاف الصبره.

و لو باعه أرضا على أنها جربان معينه فكانت أقل فالمشترى بالخيار بين فسخ البيع و بين أخذها بحصتها من الثمن، و قيل: بل بكل الثمن، و الأول أشبه (١).

وفاق. و يمكن أن يريد به تعيين مبدأ المبيع، سواء أضاف إليه تعيين المنتهى أم لا، لارتفاع الجهاله فى الجملة بسبب التعيين المذكور و ضبط الأذرع. و فى صحته حينئذ خلاف، و الأجود الصحه. و مثله القول فى الثوب، و قد تقدم. و يجب تقييد الصحه بتساوى الأرض أو تقاربها، و إلا فالبطلان أجود.

قوله: «و لو باعه أرضا على أنها جربان معينه- إلى قوله- و الأول أشبه».

القول الأول مذهب الأ-كثر، و وجهه أن المبيع مقدر بقدر معين و لم يحصل ذلك القدر، فيقسط الثمن عليه و على الفائت إن اختار المشترى الإمضاء. و له الفسخ لفوات بعض المبيع، و هو لا- يقصر عن فوات وصف. و يشكل التقسيط بأن الفائت لا يعلم قسطه من الثمن، لأن المبيع مختلف الأجزاء، فلا تمكن قسمته على عدد الجربان. و وجه الثانى أن المبيع الذى تناولته الإشاره هو الأرض المعينه لا غير، فإن رضى بها أخذها بما وقع عليه عقدها من الثمن، لأن العقد وقع عليه.

و على الأول لو لم يعلم البائع بالنقصان هل يثبت له الخيار أيضا؟ يحتمله، لأنه لم يرض إلا ببيعها بالثمن أجمع و لم يسلم له. و على تقدير الثبوت هل يسقط ببذل المشترى جميع الثمن؟ يحتمله، لحصول ما رضى به- و به قطع فى المختلف (١)- و عدمه، لثبوت الخيار فلا يزول بذلك، كالغبن لو بذل الغابن التفاوت.

و للشيخ (٢) قول ثالث بأنّ البائع إن كان له أرض تفى بالناقص بجنب الأرض

ص: ٢٧٨

١- (١) المختلف: ٣٩٠.

٢- (٢) النهايه: ٤٢٠.

و لو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ و الإجازة بكل الثمن (١)، و كذا كل ما لا يتساوى أجزاءه.

و لو نقص ما يتساوى أجزاءه (٢)، ثبت الخيار للمشتري بين الرد، و أخذه بحصته من الثمن.

المبيعه فعليه الإكمال منها، و إلا أخذه المشتري بجميع الثمن أو فسخ. و استند في ذلك إلى روايه (١) لا تنهض حجه في ذلك.

قوله: «و لو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ و الإجازة بكل الثمن».

وجهه أن المبيع هو العين الشخصيه الموصوفه بكونها مقداراً مخصوصاً بالثمن المعين، و فوات الوصف لا يخرج الجميع (٢) عن كونه مبيعاً.

نعم، يتخير البائع لفوات الوصف. و يحتمل كون الزيادة للبائع، فيتخير المشتري بين الفسخ و الرضا في الباقي بجميع الثمن.

و استتقرب في المختلف (٣) تخير البائع بين تسليم المبيع زائداً و بين تسليم القدر المشروط، فإن رضى بالجميع فلا خيار للمشتري، لأنه زاده خيراً، و إن اختار الثاني تخير المشتري بين الفسخ و الأخذ بجميع الثمن المسمى، فإن رضى بالأخذ فالبائع شريك له. ثم احتمل حينئذ تخيره لتضرره بالشركه، و عدمه لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن، فإذا وصل إليه الثمن في البعض كان أولى، و لأن الضرر حصل بتقريره.

و يحتمل بطلان البيع من رأس، لأن البائع لم يقصد بيع الزائد، و المشتري لم يقصد شراء البعض، و هذه آتية في متساوى الأجزاء كالحنطه.

قوله: «و لو نقص ما يتساوى أجزاءه. إلخ».

وجه ذلك قد علم مما سبق في مختلف الأجزاء. و يزيد هنا أن التقسيط ممكن

ص: ٢٧٩

١-١) الفقيه ٣: ١٥١ ح ٦٦٣، التهذيب ٧: ١٥٣ ح ٦٧٥، الوسائل ١٢: ٣٦١ ب ١٤ من أبواب الخيار.

٢-٢) في «ك» المبيع.

٣-٣) المختلف: ٣٩١.

و لو جمع بين شيئين مختلفين (١) في عقد واحد بثمان واحد، كبيع و سلف، أو إجاره و بيع، أو نكاح و إجاره، صح، و يقسّط العوض على قيمه المبيع و اجره المثل و مهر المثل.

بسبب تساوى الأجزاء. و يشكل بما مرّ أيضا من أنّ مجموع المثلن المقابل لمجموع الثمن هو ذلك الموجود، غاية ما فى الباب أنّه لم يعلم النقصان. و اختار العلامة فى القواعد (١) تساوى المسألتين فى طرفى الزيادة و النقصان فى الحكم بتخيّر البائع أو المشتري بين الفسخ و الإمضاء بالجمع. و هو متّجه.

قوله: «و لو جمع بين شيئين مختلفين. إلخ».

لا خلاف عندنا فى صحّه ذلك كلّ، لأنّ الجميع بمنزله عقد واحد، و العوض فيه معلوم بالإضافه إلى الجملة، و هو كاف فى انتفاء الغرر و الجهالة، و إن كان عوض كلّ منهما بخصوصه غير معلوم حال العقد. و كون كلّ واحد بخصوصه بيعا فى المعنى (٢)، أو بعضه [١] إجاره أو غيرها، الموجب لعوض معلوم، لا يقدر لأنّ لهذا العقد جهتين، فبحسب الصورة هو عقد واحد، فى كفى العلم بالنسبه إليه.

ثمّ إن احتيج إلى التقسيط قسّط على ما ذكر، لأنّ العوض المبذول فى مقابله المتعدّد إنّما بذل فى مقابله كلّ واحد، كما لو باع أمتعه متعدده فى عقد واحد بثمان واحد.

و اعتبار ثمن المثل و أجرته موضع وفاق، أمّا مهر المثل فرّيبا استشكل بما سيأتى - إن شاء الله تعالى - من أنّ المفوضه ترجع إلى مهر السنّه لو زاد مهر المثل عنه، و هنا لما لم يتعيّن لها مهر مقدّر ابتداء أشبهت المفوضه، فى احتمال كونها كذلك، و لا يتمّ إطلاق مهر المثل. و الأصحّ اعتباره مطلقا، لأنّها ليست مفوضه بل مسماه المهر، غايته

ص: ٢٨٠

١- ١) قواعد الأحكام ١٥٣: ١.

٢- ٢) فى «ن» المعين.

و كذا يجوز بيع السمن بظروفه (١). و لو قال: بعثك هذا السمن بظروفه كل رطل بدرهم كان جائزا.

عدم العلم بقدر ما يخصه ابتداء. و على تقدير التفويض فالرجوع إلى مهر السنه - على تقدير زياده مهر المثل - فى موضع المنع.

قوله: «و كذا يجوز بيع السمن بظروفه. إلخ».

لا- بدّ فى المسألتين من معرفه وزن الظرف و المظروف جملة، و أنّما يمتازان بأنّ تقسيط (١) الثمن عليهما فى الأولى على ثمن مثلهما، و فى الثانية عليهما باعتبار الوزن.

و تظهر الفائدة لو كان كل واحد منهما لواحد، أو ظهر أحدهما مستحقا، و أريد معرفه ما يخص كل واحد منهما. فعلى الأول يقسّم الثمن على ثمن مثلهما، بأن يقال: قيمه الظرف مثلا درهم، و قيمه السمن تسعه، فيخصّ الظرف عشر الثمن كائنا ما كان.

و على الثانى يوزن الظرف منفردا و ينسب إلى الجملة، و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبه.

ص: ٢٨١

(١-١) كذا فى «و» و فى سائر النسخ يقسّم.

الفصل الخامس فى أحكام العيوب من اشترى مطلقا أو بشرط الصحه اقتضى سلامه المبيع من العيوب(١)،فإن ظهر فيه عيب سابق على العقد فالمشترى خاصه بالخيار بين فسخ العقد أو أخذ الأرش.و يسقط الرد بالتبرى من العيوب(٢).

قوله:«من اشترى شيئاً مطلقاً أو بشرط الصحه اقتضى سلامه المبيع من العيوب».

اشتراط الصحه يفيد مجرد التأكيد،لأن الإطلاق يقتضى السلامه،لأنها الأصل فى الأعيان،فإذا ظهر عيب تخير كما سيأتى.و ربّما قيل:إنّ فائده اشتراط الصحه جواز الفسخ و ان تصرف لو ظهر عيب،فيفيد فائده زائده على الإطلاق، كاشتراط الحلول.

قوله:«و يسقط الرد بالتبرى من العيوب».

لا- فرق فى ذلك بين علم البائع و المشتري بالعيوب،و جهلهما،و التفريق،و لا بين الحيوان و غيره،و لا بين العيوب الباطنه و غيرها عندنا،و لا بين الموجوده حاله العقد و المتجدده التى توجب ردًا أو أرشا.و لا يقدر فى الثانى كون البراءه ممّا لم يجب بعد، لأنّ التبرى أنّما هو من الخيار الثابت بسببها (١)بمقتضى العقد لا بالعيوب.

و هل يدخل المتجدد بعد العقد و قبل القبض،أو فى زمن خيار المشتري،فى البراءه السابقه المطلقه؟ وجهان،من العموم،و من أنّ مفهومه التبرى من الموجود حال العقد.

و بالعلم بالعيب قبل العقد(١)،و بإسقاطه بعد العقد(٢) و كذا الأرش(٣).

و يسقط الرد بإحداثه فيه حدثا كالعق و قطع الثوب،سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده(٤) قوله:«و بالعلم بالعيب قبل العقد».

أى علم المشتري به قبله،فإنّ قدومه عليه حينئذ رضا بالعيب.

قوله:«و بإسقاطه بعد العقد».

أى إسقاط المشتري خيار العيب.و لا- يختص بلفظ،بل كلّ ما دلّ عليه من الألفاظ كاف فيه.و به يسقط الردّ و الأرش،لأنهما متعلق الخيار و لازمه،فاذا أسقط الملزوم تبعه اللازم.و لو قيد الإسقاط بأحدهما اختصّ به.

قوله:«و كذا الأرش».

عطف على قوله«و يسقط الرد»الشامل للمواضع الثلاثة.و الحكم فى الأولين مطلق،أما الأخير فإنّما ينتفیان مع الإطلاق أو التصريح بالتعميم،أما لو خصّ أحدهما اختصّ بالحكم،كما قلناه.

قوله:«و يسقط الرد بإحداثه فيه حدثا كالعق و قطع الثوب سواء كان قبل العلم أو بعده».

تبه بالمثاليين على أنّه لا فرق فى الحدث بين الناقل عن الملك و غيره.و قد تقدّم تفصيله فى باب الخيار (١).و منه ركوب الدابه و لو فى طريق الردّ،و حلبها،و نقلها الى بلده البعيد (٢)،دون سقيها و علفها.و لو توقّف ردّها على ركوبها لجماعها بحيث يعسر قودها و سوقها،لم يقدر ركوبها.

و تبه بقوله:«سواء كان قبل العلم أو بعده» على خلاف ابن حمزه (٣)حيث جعل التصرف بعد العلم مانعا من الأرش كما يمنع من الردّ.و هو ضعيف،إذ لا

ص: ٢٨٣

١-١) فى ص ٢٠٠-٢٠١ و ٢١٢-٢١٣.

٢-٢) كذا فى «ك» و فى «ه» البلد البعيدة.و فى «ب» و «ن» بلده البعيدة و فى «و» بلدها البعيدة.و يحتمل ان يكون الصحيح بلده بعيدة.

٣-٣) الوسيله: ٢٥٧.



و بحدوث عيب بعد القبض (١). و يثبت الأرش (٢).

و لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد (٣).

دلالة للتصرف على إسقاطه. و الأصل يقتضى بقاءه. نعم، يدل على الالتزام بالعقد فيسقط الرد.

قوله: «و بحدوث عيب بعد القبض».

فإنه مانع من الرد بالعيب السابق، دون الأرش. و لا فرق فى العيب الحادث بين كونه من جهة المشتري أو غير جهته. و يستثنى منه ما لو كان المبيع حيوانا و حدث فيه العيب فى الثلاثة من غير جهة المشتري، فإنه حينئذ لا يمنع من الرد و لا الأرش، لأنه حينئذ مضمون على البائع. و الظاهر أن كل خيار مختص بالمشتري كذلك.

قوله: «و يثبت الأرش».

فى صورتين. و يثبت أيضا فى صورتين أخريين، إحداهما: إذا اشترى من ينعق عليه، فإنه ينعق بنفس الملك، و يتعين الأرش لو ظهر معيبا. و فى رده الى صورته التصرف تكلف. و الثانية: ما تقدم من إسقاطه الرد دون الأرش.

و قد ينعكس الحكم فى بعض الموارد، فيثبت الرد دون الأرش، كما لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح، أو بقيت قيمه، كما لو ظهر العبد خصيا، فإن المشتري يتخير بين الرد و الإمساك مجانا.

و لو حصل مانع من الرد، كحدوث عيب و تصرف، سقط الأمران معا.

و يشكل حينئذ الصبر على العيب و الرد، فإنهما إضرار. و يمكن ترجيح البقاء اعتبارا بالماليه، و هى باقية. و كما لو اشترى ربويا بجنسه و ظهر عيب من الجنس، فله الرد دون الأرش، حذرا من الربا. و مع التصرف يسقطان - كما مر - على الإشكال.

قوله: «و لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد».

فيتخير بينه و بين الأرش على المشهور، لأن ضمان البائع للجمله قبل القبض يقتضى ضمان الأجزاء. و شرط الشيخ (١) - رحمه الله - فى رجوع المشتري حينئذ بالأرش

ص: ٢٨٤

و إذا أراد بيع المعيب فالأولى إعلام المشتري بالعيب، أو التبري من العيوب مفضله (١). و لو أجمل جاز (٢).

رضا البائع به، مدعيا فيه الإجماع، و هما ممنوعان و حمل على أنه أراد به إجماع العامه.

و هو حمل بعيد.

قوله: «و إذا أراد بيع المعيب فالأولى إعلام المشتري بالعيب أو التبري من العيوب مفضله».

الأصل في «الأولى» أن يكون على وجه الاستحباب. و هو يتم في العيب الظاهر، و هو الذي يمكن للمشتري أن يطلع عليه. أما الخفي كشوب اللبن بالماء فالأقوى وجوب الإعلام به. و قد تقدم تحريمه.

و مقتضى جعله التبري قسيما للإعلام أنه لو تبري من العيب الخفي مجملا أو مفضلا سقط وجوب الإعلام أيضا و تبري به - و به صرح في الدروس (١) - و إن كان قد فعل محرما.

و يشكل في مزج اللبن بالماء، فإن الماء ليس من جنس اللبن، و قد باعه على أنه لبن، فينبغي بطلان البيع فضلا عن البراءه، لأن المبيع المقصود غير معلوم القدر للمشتري. و لو قيل بالصحة نظرا إلى أن الجملة معلومه القدر، كما لو باع ماله و مال غيره، فينبغي عدم سقوط الخيار.

قوله: «و لو أجمل جاز».

المراد بالإجمال ذكرها مطلقه أو عامه، كبرئت من عيبه، أو من جميع العيوب، أو من العيوب، فإنه يتناول كل عيب نظرا إلى العموم. و خالف فيه بعض الأصحاب (٢) فحكم بأنه لا يبرأ بإجمال العيوب، لأنه بيع مجهول. و هو ضعيف، إذ لا جهل مع المشاهده و اعتبار ما يجب اعتباره في صحه البيع، و العيب الحاصل فيه غير مانع من صحه البيع.

ص: ٢٨٥

١ - (١) الدروس: ٣٦٤.

٢ - (٢) راجع المذهب ٣٩٢: ١.

و إذا ابتاع شيئين صفقة و علم بعيب في أحدهما لم يجر ردّ المعيب منفردا، و له ردّهما أو أخذ الأرش (١). و كذا لو اشترى اثنان شيئا كان لهما ردّه أو إمساكه مع الأرش، و ليس لأحدهما ردّ نصيبه دون صاحبه (٢).

قوله: «و إذا ابتاع شيئين صفقة- إلى قوله- و له ردهما و أخذ الأرش».

لما يتضمن ردّ أحدهما خاصه من ضرر تبعض الصفقه على البائع، فلا- يندفع إلا- بردهما معا، إن لم يتصرف فيهما و لا في أحدهما، أو بأخذ أرش المعيب. و متى تصرف في أحدهما-و إن كان الصحيح-سقط ردّ المعيب، لأنهما بمنزله مبيع واحد.

قوله: «و كذا لو اشترى اثنان شيئا- إلى قوله-دون صاحبه».

هذا هو المشهور بين الأصحاب. و وجهه ما تقدّم من التعيب بالتشقيص، مع أنّه عقد واحد. و ذهب الشيخ (١) و جماعه (٢) إلى جواز التفريق هنا، للعموم، و لجريانه مجرى عقدين بسبب تعدّد المشتري، فإنّ التعدّد في البيع يتحقق بتعدّد البائع، و بتعدّد المشتري، و بتعدّد العقد، و لأنّ التعيب جاء من قبله حيث باع من اثنين.

و هذا إنّما يتمّ مع علمه بالتعدّد. و لو قيل بجواز التفريق مع علمه بالتعدّد دون جهله كان وجهها- و اختاره العلامة في التحرير (٣)- و ان كان القول بالجواز مطلقا متوجّها.

و ينبغي على القول به أن يثبت للبائع الخيار في الباقي، لتبعض الصفقه، مع جهله بالتعدّد. و لا فرق على القولين بين تعدّد العين و اتّحادها، و لا بين أن يقتسما قبل التفريق و عدمه. و لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحده معيّنه، و علم البائع بالحال و باعهما في عقد واحد، فجواز التفريق هنا أوضح، و إن أمكن تمشّي الخلاف فيه، نظرا إلى اتّحاد العقد.

هذا كلّّه إذا ظهر العيب في المبيع. أمّا لو ظهر العيب في الثمن، فإن كان في جميعه فلا إشكال في التخيير، و إن كان في بعضه ففي جواز ردّه خاصه- نظرا إلى ما

ص: ٢٨٤

١- (١) المبسوط ٣:٣٥١، الخلاف ٣:٣٣٣ مسألة ١٠ كتاب الشركه.

٢- (٢) راجع السرائر ٢:٣٤٥، إيضاح الفوائد ١:٤٩٤، جامع المقاصد ٤:٣٣٤.

٣- (٣) التحرير ١:٢٧٤.

و إذا وطئ الأُمه ثم علم بعيبها لم يكن له ردها. فان كان العيب حبالا جاز له ردها، و يرد معها نصف عشر قيمتها لمكان الوطاء. و لا ترد مع الوطاء لغير عيب الحبل (١).

ادعى من أن العقد في قوة المتعدد بسبب تعدد المشتري-وجه. و ربما اختاره بعض الأصحاب.

و يضعف بأن التعدد بالنسبه إليه غير واضح. و الفرق بين المبيع و الثمن أن المشتري الذي يرد إنما يرد تمام حصته، فيكون كأنه رد تمام المبيع، نظرا إلى تعدده بالنسبه إليه. و هذا لا يأتي في الثمن، لأن البائع إذا رده إنما يردّه عليهما معا، إذ الفرض كونه مشتركا بينهما، فإذا ردّ المعيب فقد ردّ على مستحقّه بعض حقه و بقي البعض الآخر عنده، و هو ممتنع. نعم، لو دفع كلّ من المشترين جزءا من الثمن متميزا، و اشترى بالمجموع شيئا مشتركا، فظهر بأحدهما عيب، و كان المعيب مساويا لحصّه صاحبه، أتجه جواز رده خاصه لمالكه، لتحقق التعدد.

و اعلم أن هذا الحكم كلّ فيما لو تعدد المشتري، أمّا لو تعدد المستحق للمبيع مع اتحاد المشتري ابتداء، كما لو تعدد وارث المشتري الواحد، فإنه ليس لهم التفرق، لاتحاد الصفقه، و التعدد طار، مع احتمالها.

قوله: «و إذا وطئ الأُمه ثم علم بعيبها-إلى قوله-لغير عيب الحبل».

تحرير هذه المسأله يتوقف على مقدمات:

الاولى: إن تصرف المشتري في المبيع المعيب يمنع من رده و إن جاز له أخذ الأرش.

الثانيه: إن الحمل في الأُمه عيب، سواء شرط خلوها من الحمل أم لا، لأن ولادتها تشتمل على الخطر، و هو نقص محض، إن قلنا إن الحمل لا يدخل في بيع الأُمه كما هو المشهور، و إلا كان نقصا من وجه و زياده من وجه. و هو كاف في ثبوت الخيار أيضا.

الثالثه: إن الوطئ تصرف، بل هو من أقوى أنواع التصرف، فالأصل فيه أن

يكون مانعا من الرد.

الرابعه: إن وطى المالك حال الوطى لا يستعقب عليه ضمانا للبضع، لأنه تصرف فى ماله، وإن فسخ فى المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه المجوزة له.

الخامسه: إن المولى لو وطى أمته جاز له بيعها مع عدم تبين الحمل. ثم إن ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع، لكونها أم ولد. وهذه المقدمات كلها إجماعيه.

السادسه: أن وطى أمه الغير جهلا- بتحريمه يوجب على الواطى عشر قيمتها إن كانت بكرا، و نصف العشر إن كانت ثيبا، لدلاله النصوص (١) على هذا التقدير.

السابعه: إن الفسخ بالعيب يبطل العقد من حينه لا من أصله، لتحقق الملك بالعقد، و جواز الاستمرار عليه، فلا معنى لرفع ما قد ثبت.

إذا تقررت هذه المقدمات فنقول: إذا اشترى أمه و تصرف فيها ثم علم فيها بعيب سابق لم يجز له ردها، بل يتعين الأرش. لكن وردت النصوص (٢) هنا باستثناء مسأله، وهى: ما لو كان العيب جبلا، و كان التصرف بالوطى، فإنه حينئذ يردّها و يردّ معها نصف العشر، لمكان الوطى. وهذا الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدمات من حيث جواز الردّ مع التصرف و فى وجوب شىء على المشتري، مع أنه وطى أمته، و فى إطلاق وجوب نصف العشر، مع أن ذلك عقر الثيب، و المسأله مفروضه فيما هو أعم منها.

و لأجل هذه المخالفات التجأ بعض الأصحاب (٣) إلى حملها على كون الحمل من المولى البائع، فإنها تكون حينئذ أم ولد و يكون البيع باطلا، و الوطى فى ملك الغير جهلا فيلزم فيه العقر. و إطلاق نصف العشر مبنى على الأغلب من كون الحمل مستلزما للثيبه، فلو فرض -على بعد- كونها حاملا بكرا كان اللازم العشر.

ص: ٢٨٨

١-١) الوسائل ١٢:٤١٦ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح ٤.

٢-٢) الوسائل ١٢:٤١٦ ب «٥» من أبواب أحكام العيوب ح ٩، ٨، ١.

٣-٣) راجع المختلف: ٣٧٣.

و فى هذا الحمل دفع لهذه الإشكالات، إلا أنه مدافع لإطلاق النصوص بالحمل، و بنصف العشر، من غير تقييد بكونه من المولى و كونها ثيبا. و فيه أيضا أنه لا وجه لتقييد التصرف بكونه بالوطى، بل اللازم حينئذ الرد على كل حال، لبطلان البيع. و ليس تقييد الحمل المطلق فى النصوص الصحيحة و فتوى أكثر الأصحاب، و كون المردود نصف العشر خاصه، أولى من استثناء هذا النوع من التصرف من بين سائر التصرفات.

و كون المنفعة مضمونه على المشتري، إنا بناء على أن الفسخ يبطل العقد من أصله، نظرا إلى أن العيب يقتضى تزلزل العقد، فمع اختيار الرد يكشف لنا عن عدم الملك، و أن العقد موقوف على اختيار الرضا بالعيب، أو أن ضمان المنفعة قد وجد فى المصرّاه المردوده، على ما سيأتى (١). و يكفى فى التخصيص بكون المردود نصف العشر موافقته للغالب الأكثر من كون الحامل لا تكون بكرا.

و بالجملة فالعدول عن ظواهر هذه النصوص الكثيره- مع عمل أكثر الأصحاب بها- لمناسبه الأصول غير واضح. و على هذا فيكون الرد على وجه الجواز لا اللزوم إن لم يكن الحمل من المولى، و يختص بالوطى.

و هل تلحق به مقلداته من اللمس و القبلة و النظر بشهوه؟ و جهان، من الأولويّه، و استلزامه لها غالبا، و من الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النصّ.

و توقّف فى الدروس (٢). و له وجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها و بين الوطى. و لو اختصّ التصرف بها فالإلحاق به من باب مفهوم موافقه أوجه، و إن كان استثنائها مطلقا متوجّها، للملازمه.

و هل يختص الحكم بالوطى المتعارف فى القبل أم يعمّ الدبر؟ و جهان،

ص: ٢٨٩

١- ١) فى ص ٢٩٢.

٢- ٢) الدروس: ٣٦٤.

القول في أقسام العيوب و الضابط أن كل ما كان في أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب(١).

فالزياده كالإصبع الزائده، والنقصان كفوات عضو، ونقصان الصفات كخروج المزاج عن مجراه الطبيعي، مستمرا كان كالممرض،.

أجودهما للإلحاق، لأنه وطى في الجملة، فيتناوله النص (١). و هل الواجب معه العشر أو نصفه؟ وجهان أيضا، من صدق وطى البكر الموجب للعشر، و من أن الظاهر المتبادر إلى الفهم تعليه بإزاله البكاره، و هو الفارق بينها و بين الثيب. و الأ-جود الثاني، عملا بإطلاق الأمر بالنصف في النص معلقا على الوطى، فيتناول صورته النزاع.

و لو كان العيب غير الحبل فلا ردّ مع الوطى، اقتصارا على موضع اليقين، كما أنه لو تصرف بغيره فلا ردّ و إن كان العيب الحمل.

قوله: «و الضابط أن كل ما كان في أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب».

المراد بأصل الخلقه الموجود في خلقه أكثر النوع الذى يعتبر فيه ذلك بالنظر إلى الذات و الصفات. و لا يعتبر مع ذلك كون الزائد أو الناقص موجبا لنقصان المائيه، لإطلاق النص (٢)، و الاتفاق على أن الخصاء عيب مع إيجابه زياده المائيه، و كذا عدم الشعر على الركب، و هو واقعه ابن أبى ليلى مع محمد بن مسلم (٣). و زاد العلامة (٤) على الضابط قيد كونه موجبا له، مع موافقته على ما ذكرناه ممّا لا يوجبه. فعدم القيد أجود.

ص: ٢٩٠

١-١) المتقدم فى ص ٢٨٨.

٢-٢) الوسائل ١٢:٤١٠ ب «١» من أبواب أحكام العيوب.

٣-٣) الكافى ٥:٢١٥ ح ١٢، التهذيب ٧:٦٥ ح ٢٨٢، الوسائل ١٢:٤١٠ ب ١ من أبواب أحكام العيوب.

٤-٤) التحرير ١:١٨٢.

أو عارضا و لو كحمى يوم(١).و كل ما يشترطه المشتري على البائع ممّا يسوغ فأخلّ به يثبت به الخيار،و إن لم يكن فواته عيبا،كاشتراط الجعوده فى الشعر و التأشير فى الأسنان(٢)،و الزجج فى الحواجب.

## و ها هنا مسائل

و ها هنا مسائل:

## الأولى:التصريه تدليس

الأولى:التصريه تدليس(٣) يثبت به الخيار بين الرد و الإمساك.

قوله:«أو عارضا و لو كحمى يوم».

المعروف من حمى يوم أنّها التى تأتى فى يوم من الأيام و تذهب فيه ثمّ لا تعود، فلو عادت كل يوم لم تسمّ حمى يوم بل حمى الورد،أو يوما بعد يوم فحمى الغبّ الى آخر الأسبوع.و حينئذ فثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بأن يشتريه فيجده محموما، أو يحمّ قبل القبض،فإنّه يجوز له الفسخ و إن ذهب عنه الحمى فى ذلك اليوم.و ليس المراد بها ما ينوب يوما معيننا من الأسبوع، كما فسره بعضهم،فإنّ تلك لا تسمى حمى يوم،و لا ما تأتى كلّ يوم، كما مرّ.

قوله:«و التأشير فى الأسنان».

فى الصحاح:تأشير الأسنان تحزيرها و تحديد أطرافها (١).و الزجج دقّه فى الحاجبين و طول،و زججت المرأة حاجبها:دققتة و طولته (٢).و إطلاق اشتراط ذلك يقتضى كونه خلقيا لا متكلّفا.نعم لو شرط ما يشمل التكلّفى صحّ،و ثبت له الخيار لو وجدته على الخلاف.

قوله:«التصريه تدليس».

التصريه مصدر قولك:صرّيت،إذا جمعت،من الصرى و هو الجمع،تقول صرى الماء فى الحوض و نحوه إذا جمعه (٣)،و صرّيت الشاه تصريه إذا لم تحلبها أيّاما

ص:٢٩١

١- (١) الصحاح ٥٧٩:٢ ماده «أشر».

٢- (٢) الصحاح ٣١٩:١ مادّه «زجج».

٣- (٣) معجم مقاييس اللغه ٣٤٦:٣.



و يردّ (١) معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذر، وقيل: يرد ثلاثة أمداد من طعام.

حتى يجتمع اللبن في ضرعها، والشاه مصرّاه (١). وتسمّى المصرّاه محفّله (٢) أيضا وهو من الحفل وهو الجمع، ومنه قيل للجمع محفل. والمراد هنا أن تربط أخلاف (٣) الشاه ونحوها ولا تحلب يومين أو أكثر فيجتمع اللبن بضرعها، ويظن الجاهل بحالها كثره ما تحلبه كلّ يوم، فيرغب في شرائها بزياده.

و الأصل في تحريمه - مع الإجماع - النص عن النبي صلّى الله عليه وآله، وهو من طرق العامه (٤)، وليس في أخبارنا تصريح به، لكنّه في الجملة موضع وفاق.

و التدليس تفعيل من الدلس - محرّكا - وهو الظلمه، كأنّ المدلّس بمخادعته آت في الظلمه. [و المراد به إخفاء عيب السلعه] (٥).  
قوله: «و يردّ إلخ».

«مع التعذر» قيد في المردود بقسميه وهو المثل والقيمه، أى يردّ مثل اللبن مع تعذّره لأنّه مثلى، فإن تعذّر فقيمه وقت الدفع و مكانه، فإنّه وقت الانتقال إلى القيمه فى المثلى.

و المراد باللبن الموجود حال البيع، لأنّه جزء من المبيع، فإذا فسخ البيع ردّه كما يردّ المصرّاه. أمّا المتجدّد بعد العقد ففى وجوب ردّه وجهان، من إطلاق الردّ فى الأخبار، و من أنه نماء المبيع العذى هو ملكه، و العقد إنما يفسخ من حينه، و هو الأقوى. فعلى هذا لو امتزج الموجود حاله بالمتجدّد صار شريكا و رجعا إلى الصلح.

ص: ٢٩٢

١ - ١) راجع الصحاح ٢٤٠٠: ٦ مادة «صرى» و معجم مقاييس اللغه ٣٤٦: ٣.

٢ - ٢) الصحاح ١٦٧١: ٤ مادة «حفل».

٣ - ٣) وردت فى نسخه «ن» و «و» و «ك» هذه العبارة فى الحاشيه: «الأخلاف جمع خلفه - بكسر المعجمه و سكون اللام و بالفاء - حلمه الضرع» منه رحمه الله فى «ن» و «و» فى «و»: بخطه قدس سره.

٤ - ٤) سنن أبى داود ٣: ٢٧٠ ح ٣٤٤٤، سنن ابن ماجه ٢: ٧٥٣ ح ٢٢٣٩، و السنن الكبرى ٣: ٣١٨ - ٥: ٣١٩. راجع أيضا معانى الأخبار ص ٢٨٢. الوسائل ١٣: ٣٦٠ ب «١٣» من أبواب الخيار.

٥ - ٥) فى نسخه «ك» و «و».

و تختبر بثلاثه أيام(١).

و المراد بتعدّر ردّ اللبن عدمه أصلاً، أما لو تغيّر في ذاته أو صفته، بأن عمله جنباً أو حمض و نحو ذلك، ففي الانتقال إلى بدله، أو ردّه مع الأرش إن أوجب نقصاً، وجهان، أجودهما الثاني. و لو عمل فيه عملاً قبل العلم بالعيب صار شريكاً بنسبته.

و القول بردّ المثل أو القيمه مع التعدّر هو مقتضى ضمان الأموال حيث لا دليل على ما يخالفه. و القول بردّ ثلاثه أمداد من طعام للشيخ (١) - رحمه الله - استناداً إلى روايه (٢). و له قول آخر بردّ صاع من تمر أو صاع من برّ (٣)، لأن ذلك هو المنصوص عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم في حكم المصراه (٤)، إلا أنه ليس من طرقنا، فالرجوع إلى الأصول المتفق عليها أولى.

قوله: «و تختبر بثلاثه أيام».

يريد أنه إذا لم يعلم كونها مصراه تختبر بثلاثه أيام، فإن اتفقت فيها الحلبات اتفاقاً تقريبياً لا يخرج عن العاده بحسب حالها في نفسها و مكانها فليست مصراه. و إن اختلفت الحلبات في الثلاثه، بأن كانت ما عدا الأولى أقل، فهي مصراه. و كذا لو كان بعضها ناقصاً و الأخر زائداً عن الأولى أو مساوياً.

هذا كله إذا لم يثبت كونها مصراه بغير الاختبار، فلو ثبت بإقرار البائع أو اليينه جاز الفسخ قبل الثلاثه لكن بشرط النقصان، فلو تساوت أو زادت هبه من الله تعالى فالأشهر زوال الخيار لزوال الموجب له، مع احتمال بقائه. و مثله ما لو لم يعلم بالعيب حتى زال، أو لم تعلم الأمه بالعتق حتى مات الزوج، أو طلق.

و حيث ثبتت التصريه بالاختبار فالخيار بعد الثلاثه بلا فصل على الفور،

ص: ٢٩٣

١- ١) لم نجده فيما لدينا من كتب الشيخ (ره) راجع التنقيح الرائع ٢:٨٠ و مفتاح الكرامه ٤:٦٤٧.

٢- ٢) الكافي ٥:١٧٣ ح ١، التهذيب ٧:٢٥ ح ١٠٧، الوسائل ١٢:٣٦٠ ب «١٣» من أبواب الخيار ح ١.

٣- ٣) المبسوط ٢:١٢٥.

٤- ٤) البخارى ٣:٩٢.

و تثبت التصريه (١) فى الشاه قطعاً، و فى الناقه و البقره على تردّد.

و لو صرّى أمه لم يثبت الخيار، مع إطلاق العقد (٢).

و كذا لو صرّى البائع أتاناً (٣).

و بالإقرار أو البيئه يمتدّ بامتداد الثلاثه، بشرط عدم التصرّف بغير الاختبار. و فى كلام الأصحاب فى هذا المقام اختلاف كثير، و المحصّل ما ذكرناه.

قوله: «و تثبت التصريه. إلخ».

وجه التردّد من عدم النصّ عندنا ظاهراً على هذا الحكم، لكن الشاه محلّ وفاق، فيحتمل إلحاق الناقه و البقره بها لمساواتهما لها فى العلمه الموجهه للخيار، و هى كون اللبّن مقصوداً مع التدليس. و ادّعى الشيخ (١) الإجماع على إلحاقهما بها، فإن ثبت فهو الحجه، و إلاّ ففى إثبات الحكم المخالف للأصل بغير نصّ و لا إجماع إشكال.

و طرّد ابن الجنيّد (٢) الحكم فى سائر الحيوانات حتى الآدمى. و فى بعض الأخبار من طرق العامه (٣) ما يدل عليه. و هو مناسب لمقابله (٤) المدلّس. و فى الدروس أنه ليس بذلك البعيد (٥).

قوله: «و لو صرّى أمه لم يثبت الخيار مع إطلاق العقد».

لعدم النصّ، و كون التصرّف مانعاً منه. نعم، مع الشرط يثبت الخيار إن لم يتصرّف و لو بالحلب، و إلاّ فالأرّش. و يفهم من العبارة ثبوته و إن تصرّف به، كما فى المصرّاه.

قوله: «و كذا لو صرّى البائع أتاناً».

هى -بفتح الهمزه- الحماره، و لا يقال فيها أتانه. و الحكم فيها كالأمه من حيث

ص: ٢٩٤

١-١) الخلاف ٣:١٠٥ مسأله ١٧٠.

٢-٢) حكاه عنه فى المختلف: ٣٧٢.

٣-٣) راجع سنن النسائى ٧:٢٥٤، و سنن أبى داود ٣:٢٧١ ح ٣٤٤٦.

٤-٤) فى «و» المعامله.

٥-٥) الدروس: ٣٦٣.

و لو زالت تصرّيه (١) الشاه و صار ذلك عاده قبل انقضاء ثلاثه أيام سقط الخيار. و لو زال بعد ذلك لم يسقط.

## الثانيه: الثيوبه ليست عيبا

الثانيه: الثيوبه ليست عيبا (٢).

عدم النص، و كون زياده اللبن غير مقصود غالبا، إلا مع الشرط فيلزم حكمه.

قوله: «و لو زالت تصرّيه إلخ».

هذا يتوجّه إذا كان ثبوت تصرّيه بغير الاختبار، أما به فقد تقدّم أنّها لا تعلم إلا بمضىّ الثلاثه. و أما زوال تصرّيه بعد الثلاثه فيمكن فيه فرضها بالاختبار أيضا، بأن ينقص اللبن في الثلاثه ثمّ يزيد بعدها على الحدّ الذي كان أوّلا، فإنّه لا يسقط الخيار السابق لسبق استقراره. و قد تقدّم أنّ الخيار حينئذ يكون بعد الثلاثه بلا فصل على الفور، فيجب أن يحمل بقاؤه في هذه الصوره على وجه لا ينافى الفوريه، بأن يصحّ الفسخ الفورى بعدها و إن تحقق الزوال بعد ذلك، بمعنى ان الزياده المتجدده لا تكون كاشفه عن بطلان الاختبار و لا مبطله له. و يمكن مصاحبته لزمانها في جاهل الفوريه و الخيار.

قوله: «الثيوبه ليست عيبا».

هكذا أطلق الأصحاب و الأكثر من غيرهم، نظرا إلى أن أكثر الإماء لا يوجدن إلا ثيبات، فكانت الثيوبه بمنزله الخلقه الأصليه و إن كانت عارضه. و يشكل ذلك في الصغيره التي ليست محلّ الوطى، فإنّ أصل الخلقه و الغالب في مثلها البكاره، فينبغي أن تكون الثيوبه عيبا. و نقل مثل ذلك في التذكرة عن بعض الشافعيه، و نفى عنه البأس (١)، و هو كذلك. بل يمكن القول بكونها عيبا مطلقا، نظرا إلى الأصل.

و هو ظاهر ابن البراج (٢).

ص: ٢٩٥

١- (١) التذكرة ٥٣٩: ١.

٢- (٢) راجع المهذب ٣٩٥: ١، و المنقول من كامله في المختلف: ٣٧٢. و لكن مورد كلامه الاشتراط.

نعم لو شرط البكاره فكانت ثيبا(١) كان له الردّ إن ثبت أنّها كانت ثيبا.

و إن جهل ذلك لم يكن له الردّ، لأنّ ذلك قد يذهب بالخطوه.

### الثالثه: الإباق الحادث عند المشتري، لا يردّ به العبد

الثالثه: الإباق الحادث عند المشتري، لا يردّ به العبد(٢). أما لو أبق عند البائع كان للمشتري ردّه.

قوله: «نعم لو شرط البكاره فكانت ثيبا. إلخ».

لا- ريب أنّ البكاره وصف مقصود للعقلاء فيصح اشتراطه. و يثبت بمخالفته التخيير بين الردّ و الإمساك لفوات الشرط، إن ثبت أنّها كانت ثيبا حال البيع بالبيئه أو إقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار من زمان البيع بحيث لا يمكن تجدد الثيبه فيه. و هل يثبت له الأرش مع اختيار الإمساك؟ الأقوى ذلك، لأنّ فواته ممّا يؤثّر في نقصان قيمه تأثيرا بينا. و يحتمل العدم، لأنّ الأرش جزء من الثمن، و هو لا يوزّع على الشروط. و ذهب بعض الأصحاب (١) إلى عدم التخيير بفوات البكاره مطلقا، و المشهور الأوّل.

و لو انعكس الفرض بأن شرط الثيبه فظهرت بكارا، فالأقوى تخيره أيضا بين الردّ و الإمساك لكن بغير أرش، لجواز تعلّق غرضه بذلك، كعجزه عن البكر. و قيل لا ردّ هنا لزياده قيمه البكر.

قوله: «الإباق الحادث عند المشتري لا يردّ به العبد. إلخ».

ظاهر العبارة الاكتفاء في عيب الإباق بوقوعه مرّه عند البائع، و به صرّح في التذكرة (٢). و شرط بعض الأصحاب اعتياده ذلك (٣)، و هو أقوى. و أقلّ ما يتحقّق بمرتين. و لا- يشترط في جواز الردّ به إباقه عند المشتري بل متى تحقّق ذلك عند البائع جاز الردّ. و لو تجدد الإباق عند المشتري في الثلاثه من غير تصرّف فهو كما لو وقع عند البائع.

ص: ٢٩٦

١- ١) منهم الشيخ في النهايه: ٣٩٤، و ابن البراج في المهذب ٣٩٥: ١.

٢- ٢) التذكرة ٥٣٨: ١.

٣- ٣) في مفتاح الكرامه ٤: ٦١٥ بعد نقل هذا القول: «و لم أجد هذا القائل».

## الرابعة: إذا اشترى أمه لا تحيض (١) في سته أشهر و مثلها تحيض كان

ذلك عيباً]

الرابعة: إذا اشترى أمه لا تحيض (١) في سته أشهر و مثلها تحيض كان ذلك عيباً، لأنه لا يكون إلا لعارض غير طبيعي.

## الخامسة: من اشترى زيتا أو بزرا فوجد فيه ثفلا

الخامسة: من اشترى زيتا أو بزرا (٢) فوجد فيه ثفلا، فإن كان ممّا جرت العادة بمثله. لم يكن له ردّ و لا أورش، و كذا إن كان كثيرا و علم به.

قوله: «إذا اشترى أمه لا تحيض. إلخ».

الحكم بكون ذلك عيباً مذهب الأكثر، و هو موافق للأصل من كون ذلك وصفاً مطلوباً يترتب عليه قبول الحمل و صحّه المزاج.

و استدلوا عليه بصحيحه داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدرّكه، فلم تحض عنده حتى مضى لها سته أشهر، و ليس بها حمل. قال: إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ به» (١).

و في دلالة على اعتبار سته أشهر نظراً، فإنه عليه السلام إنّما علّق الحكم على حيض مثلها و أراد به نفى الصغر و اليأس، و إن كان ذلك مستفاداً من إثبات الإدراك و نفى كونه عن كبر، فإنّ من المعلوم أنّ مثلها تحيض في تلك المدّة و أقلّ منها، و السؤال وقع عن تأخر الحيض سته أشهر، و الجواب لم يتقيد به، و حينئذ فلو قبل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد كان حسناً. و يظهر من ابن إدريس نفى الحكم رأساً (٢). و الحقّ خلافه.

قوله: «من اشترى زيتا أو بزرا. إلخ».

الجزر- بكسر الباء و فتحها- زيت الكتان، و أصله محذوف المضاف أي دهن البزر و الثفل- بالضم- و الثافل ما استقرّ تحت الشئ [من كدره] (٣). و الحكم باستثناء

ص: ٢٩٧

١- (١) الكافي ٥: ٢١٣ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٥ ح ١٣٥٧، التهذيب ٧: ٦٥ ح ٢٨١ و الوسائل ١٢: ٤١٣ ب «٣» من أحكام العيوب.

٢- (٢) السرائر ٢: ٣٠٤-٣٠٥.

٣- (٣) في «٥».

السادسه: تحمير الوجه و وصل الشعر(١) و ما شابهه تدليس يثبت به الخيار دون الأرش. و قيل: لا يثبت به الخيار، و الأول أشبه.

### القول فى لواحق هذا الفصل

#### اشاره

القول فى لواحق هذا الفصل و فيه مسائل:

#### الأولى: إذا قال البائع: «بعت بالبراءه» و أنكر المبتاع

الأولى: إذا قال البائع: «بعت بالبراءه» و أنكر المبتاع فالقول قوله مع يمينه(٢)، إذا لم يكن للبائع بينه.

ما جرت العاده به لا شبهه فيه، لأنّ مثل ذلك ليس عيبا، لاقتضاء طبيعه الذّهن كون ذلك فيه غالبا.

و ربّما أشكل الحكم فيما لو كان كثيرا و علم به، باعتبار الجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر، و المشاهده فى مثل ذلك غير كافيه. و ربّما اندفع بأنّ معرفه مقدار الجميع كافيه، كما فى معرفه مقدار السمن بظروفه جمله من دون العلم بالتفصيل.

قوله: «تحمير الوجه و وصل الشعر. إلخ».

القول بعدم الخيار فى ذلك و شبهه للشيخ-رحمه الله-فى الخلاف (١)، محتجا عليه بوجوب الوفاء بالعقد، فيحتاج الخيار إلى دليل، و لم يثبت كون هذه الأشياء عيوباً. و الأكثر على ثبوت الخيار بذلك، لأنّه تدليس، و لأنّ الأغراض تختلف فى ذلك، فربما رغب المشتري فيما شاهده أوّلا. و لم يسلم له، و هو الأ-جود. نعم، لو شرط أحد هذه فظهر بالخلاف تخير بين الردّ و الإمسك إجماعاً. و كيف كان فلا أرش له، لأنّه ليس عيباً.

قوله: «إذا قال البائع: بعتك بالبراءه-إلى قوله-فالقول قوله مع يمينه».

لأصالة عدم التبرّي. و مثله ما لو ادعى عليه العلم بالعيب. و زاد فى

## الثانيه: إذا قال المشتري: «هذا العيب كان عند البائع فلي رده» و أنكر البائع

الثانيه: إذا قال المشتري: «هذا العيب كان عند البائع فلي رده» و أنكر البائع فالحقول قوله مع يمينه (١)، إذا لم يكن للمشتري بينه و لا شاهد حال يشهد له.

## الثالثه: يقوم المبيع صحيحا و معيبا، و ينظر في نسبة النقيصه من

[القيمه]

الثالثه: يقوم المبيع صحيحا و معيبا، و ينظر في نسبة النقيصه من القيمه، فيؤخذ من الثمن بنسبتها (٢).

التذكرة (١) دعواه عليه التقصير في الرد، و هو يتم في خيار فوري لا في خيار العيب.

قوله: «إذا قال المشتري هذا العيب كان عند البائع فلي رده و أنكر البائع فالحقول قوله مع يمينه. إلخ».

أى قول البائع، لأصالة عدم التقدّم. و المراد بشاهد الحال نحو زياده الإصبع، و اندمال الجرح، مع قصر زمان البيع بحيث لا يحتمل تأخره عادة. و يعتبر كونه مفيدا للقطع، فيقدّم قول المشتري بغير يمين. و لو شهد الحال للبائع كذلك، كطراوه الجرح مع تطاول زمان البيع، فلا يمين عليه أيضا.

و حيث يفتقر البائع إلى اليمين يحلف على القطع بعدم العيب، لا على عدم العلم، إن كان اختبر المبيع قبل البيع، و أطلع على خفايا أمره، كما يشهد بالقطع على الإعسار، و بالعدالة و غيرهما ممّا يكتفى فيه بالاختبار الظاهر. و لو لم يكن اختبره ففي جواز حلفه على القطع، عملا بأصالة عدم، و اعتمادا على ظاهر السلامه، نظر.

و استقرب في التذكرة (٢) هنا الاكتفاء بالحلف على نفي العلم. و هو حسن، لاعتضاده بأصالة عدم التقدّم، فيحتاج المشتري إلى إثباته.

قوله: «يقوم المبيع - إلى قوله - فيؤخذ من الثمن بنسبتها».

أشار بذلك إلى كيفيته معرفه قدر الأرش حيث يثبت. و هو تاره يكون للمشتري بأن يجده معيبا، و تاره يكون للبائع بأن يفسخ بخياره بعد تعييه في يد المشتري عيبا

ص: ٢٩٩

١- (١) التذكرة ٥٤١: ١.

٢- (٢) التذكرة ٥٤١: ١.



فإن اختلف أهل الخبره فى التقويم عمل على الأوسط (١).

مضمونا. و قوله: «و يؤخذ من الثمن بنسبتها» يتم فى الأول دون الثانى، لأن البائع لا يأخذ من الثمن، بل يأخذ تفاوت ما بين القيمتين.

و فى قوله: «و ينظر فى نسبه النقيصه» و قوله: «بنسبتها» حذف تقديره إلى قيمته صحيحا، و إلى قيمه الصحيح، فإن النسبه ممكنه إلى القيمتين معا. و المعبر هو قيمه الصحيح.

و إنما احتيج إلى هذه النسبه لجواز اختلاف الثمن و قيمه، فلو أخذ تفاوت ما بين القيمتين لأمكن أخذ الثمن و المثلن، كما إذا كان الثمن خمسين، و قوم المبيع صحيحا بمائه، و معيا بخمسين، فعلى اعتبار النسبه يؤخذ نصف الثمن و هو خمسه و عشرون، و لو أخذ التفاوت كان مجموع الثمن. و ما أطلقه المتقدمون من أخذ تفاوت ما بين المعيب و الصحيح مبنى على الغالب من بيع الشئ بقيمه. و الأمر الضابط ما ذكر من اعتبار النسبه.

و المعبر فى قيمته صحيحا حاله العقد، لأنه حين الانتقال إلى ملك المشتري، و وقت استحقاق الأرش. و يحتمل حين القبض، لأنه حين استقرار الملك، و انتقال الضمان، إذ المبيع قبله معرض للانفاسخ لو حصل التلف. و يضعف بأن ذلك لا دخل له فى اعتبار القيمه، مع كون استحقاق الأرش قبله. و قوى الشيخ (١) اعتبار أقل الأمرين من قيمته يوم العقد و القبض، أخذنا من العلتين. و هو ضعيف.

قوله: «فإن اختلف أهل الخبره فى التقويم عمل على الأوسط».

المراد بالأوسط قيمه منترعه من مجموع القيم، نسبتها إليه كنسبه الواحد إلى عدد تلك القيم. فمن القيمتين نصف مجموعهما، و من الثلاث ثلثه، و هكذا. و إنما اعتبر ذلك لانتفاء الترجيح لقيمه على اخرى، و لانتفاء الوسط فى نحو القيمتين و الأربع، فلم يبق إلا أن يراد بالوسط معنى آخر، و هو انتزاع قيمه من المجموع بحيث لا يكون القيمه المنترعه أقرب إلى واحده منها. و طريقه أن تجمع القيم

ص: ٣٠٠

الصحيحه على حده، و المبيعه كذلك، و تنسب إحداها إلى الأخرى، و تأخذ بتلك النسبه. و لا فرق في ذلك بين اختلاف المقومين في القيمه الصحيحه و المعيبه معا و في إحداها. و توضيح ذلك يتم بصور:

الاولى: أن يختلف المقومون فيهما معا، بأن قالت إحدى البيئتين: إن قيمته اثنا عشر صحيحا و عشره معيبا. و الأخرى: ثمانية صحيحا و خمسه معيبا. فالتفاوت بين مجموع القيمتين الصحيحتين و مجموع المعيبتين الربع، فيرجع برقع الثمن، فلو كان الثمن اثني عشر فالأرش ثلاثه. و يحتمل أن ينسب معيب كل قيمه إلى صحيحها، و يجمع قدر النسبه، و يؤخذ من المجتمع بنسبه القيم. ففي المثال تفاوت ما بين المعيبه و الصحيحه على قول الاولى السدس، و على قول الثانيه ثلاثه أثمان، و مجموع ذلك من الاثنى عشر سته و نصف، يؤخذ نصفها ثلاثه و ربع.

و لو كانت البيئات ثلاثا فقالت إحداها كالأولى، و الثانيه قيمته عشره صحيحا و ثمانية معيبا، و الثالثه ثمانية صحيحا و سته معيبا، فالقيم الصحيحه ثلاثون، و المعيبه أربعه و عشرون، و التفاوت بينهما سته هي خمس الصحيحه، فيرجع بخمس الثمن.

و على الاحتمال يجمع سدس الثمن و خمسه و ربعه، و يؤخذ ثلث المجموع، و هو يزيد عن الأول في المثال بثلث خمس.

الثانيه: أن تتفق البيئات على القيمه الصحيحه، و تختلف في المعيبه، كأن اتفقت على أن قيمته اثنا عشر صحيحا، ثم قالت إحداها (1): عشره معيبا، و قالت الأخرى: سته. فطريق أخذ التفاوت إما بتنصيف المعيبتين و نسبه النصف إلى الصحيحه فيظهر الثلث، أو بجمع القيمتين و تكرير الصحيحه مرتين و نسبه المجموع الى المجموع. و على الاحتمال بنسبه العشره إلى الاثنى عشر و أخذ السدس، ثم السته إلى الاثنى عشر و أخذ النصف، و يؤخذ نصف المجتمع و هو الثلث. و هنا يتحد الوجهان.

ص: ٣٠١

## الرابعة: إذا علم بالعيب و لم يردّ لم يبطل خياره

الرابعة: إذا علم بالعيب و لم يردّ لم يبطل خياره و لو تطاول (١)، إلا أن يصرح بإسقاطه. و له فسخ العقد بالعيب، و لو كانت البيّنات ثلاثا و اتّفت على الاثني عشر صحيحا، و قالت الثالثه: إنّ قيمته ثمانية معييا، كزرت الصحيحه ثلاثا و ضممت الثمانية إلى الأخرين، أو ضممت نسبه «الثمانية إلى الاثني عشر» إلى مجموع النسبتين، و أخذت ثلث المجموع، و هو الثلث على الوجهين أيضا، و على هذا القياس.

الثالثه: أن تتفق البيّنات على المعيبه دون الصحيحه، كأن اتّفت على أن قيمته ستّه معييا، و قالت إحدى البيّنتين: قيمته ثمانية صحيحا، و اخرى (١): عشره.

فإن شئت جمعت الصحيحتين ثمانية عشر، و المعيبتين اثني عشر، و التفاوت بينهما الثلث، و هو الأرش. و إن شئت أخذت نصف الصحيحتين، و نسبته إلى المعيبه، و هو الثلث أيضا. و على الاحتمال تجمع التفاوت و هو ربع و خمسان و تأخذ نصفه، و يحصل الاختلاف بين الأمرين.

و لو كانت البيّنات ثلاثا بأن قالت ثالثه: إنّ قيمته إثنا عشر صحيحا. فإن شئت جمعت الصحيحه ثلاثين، و أخذت ثلثها و جعلته القيمه الصحيحه، و نسبته إلى المعيبه، و أخذت من الثمن بنسبه التفاوت، و هو خمسان. و إن شئت ضاعفت المعيبه إلى ثمانية عشر، و نسبته إلى الثلاثين. و على الاحتمال تجمع تفاوت ما بين الثمانية و الستّه و هو الربع، و بينها و بين العشره و هو الخمسان، و بينها و بين الاثني عشر و هو النصف، و تأخذ ثلث الجميع، و يظهر بين الأمرين تفاوت أيضا. و قس على هذا ما شئت.

قوله: «إذا علم بالعيب و لم يردّ لم يبطل خياره و لو تطاول».

هذا هو المعروف في المذهب لا نعلم فيه خلافا. نعم، جعله في التذكرة (٢)

ص: ٣٠٢

(١-١) كذا في النسخ و الظاهر (الأخرى).

(٢-٢) التذكرة ٥٢٩: ١.

سواء كان غريمه حاضرا أو غائبا(١).

### الخامسة: إذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض

الخامسة: إذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض كان للمشتري رده، و في الأرش تردد(٢). و لو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض(٣).

أقرب، و هو يشعر بالخلاف لكن لا نعلم قائله، و إنما خالف فيه الشافعي (١) فجعله على الفور، و هو محتمل إن لم يثبت الإجماع بتقريب الدليل السابق في نظائره.

قوله: «سواء كان غريمه حاضرا أو غائبا».

تبه بذلك على خلاف أبي حنيفة (٢) حيث شرط حضور الغريم في جواز الفسخ.

قوله: «إذا حدث العيب- إلى قوله- و في الأرش تردد».

منشؤه من أن ضمان الجملة يقتضى ضمان الأجزاء و الأول ثابت في التلف قبل القبض فيكون الثاني كذلك، و من أصاله اللزوم و براءة البائع خرج منه التلف فيبقى الباقي. و هو خيره الشيخ (٣) و ابن إدريس (٤). و الأول أصح، و قد تقدم مثله.

قوله: «و لو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض».

بمعنى أنه لو تعيب يتخير المشتري بين أخذ أرشه و ردّ الجميع، و ليس له الاقتصار على ردّ المعيب خاصه، و إن كان ظاهر العبارة قد يدلّ عليه، و هذا هو أصحّ القولين.

و ربما قيل بجواز الاقتصار على ردّ المعيب، نظرا إلى أن سبب الردّ هو العيب الحادث في البعض، و قد حدث حين كان ذلك البعض مضمونا وحده، فيتعلّق به

ص: ٣٠٣

١- (١) المغنى لابن قدامه ٢٥٨:٤.

٢- (٢) حليه الفقهاء ٢٣٧:٤.

٣- (٣) المبسوط ١٢٧:٢ و الخلاف ١٠٩:٣ مسألة ١٧٨.

٤- (٤) السرائر ٣٠٥:٢.

و ما يحدث فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد فى الثلاثه (١).

### السادسه:ردّ المملوك من أحداث السنه

السادسه:روى أبو همام عن الرضا عليه الصلاه و السلام قال:

«يردّ المملوك من أحداث السنه:من الجنون،و الجذام،و البرص» (١).و فى روايه على بن أسباط عنه عليه السلام«أحداث السنه:الجنون و الجذام و البرص،و القرن،يردّ الى تمام السنه(٢) من يوم اشتراه» (٢).و فى معناه روايه محمد بن على عنه عليه السلام (٣).

جواز الردّ دون المقبوض.و استلزام تبعض الصفقه يرده.

قوله:«و ما يحدث فى الحيوان-إلى قوله-لا يمنع الردّ فى الثلاثه».

المفهوم من قوله:«لا-يمنع الردّ»و جعل الثلاثه ظرفا له أن الردّ بخيار الثلاثه،لا بهذا العيب الحادث.و وجه عدم منعه من ذلك ظاهر،لأنّ العيب الحادث فى الثلاثه من غير جهه المشتري مضمون على البائع كالسابق،فلا يكون مؤثرا فى رفع الخيار.و هذا هو المنقول من مذهب المصنف فى المسأله (٤).

و نقل عن شيخه ابن نما ثبوت الخيار فى المسأله المفروضه (٥)بالعيب الحادث، بناء على ما ذكر من التعليل،فإنّ العيب الحادث فى الثلاثه لما كان مضمونا على البائع كالسابق لزمه التخيير بين الردّ به و أخذ أرشه.

و تظهر فائده الخلاف فى ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثه و عدمه،فعلى الأوّل يرتفع دون الثّانى،إذ لا-يتقيّد خيار العيب بالثلاثه،غايته حصول الخيار فيها بعلتين و هو غير قادح،إذ ليست عللا حقيقيه حتى يمتنع اجتماعها و إنّما هى معرّفات،كما فى خيار المجلس و الحيوان و الشرط و الغبن و العيب،فإنّه يمكن اجتماعها على عين واحده.و تظهر الفائده فيما لو شرط إسقاط بعضها.و قول ابن نما هنا أوجه.

قوله:«روى أبو همام عن الرضا عليه الصلاه و السلام-إلى قوله-يردّ إلى تمام السنه».

المراد أنّ هذه الأمراض إذا حدثت ما بين البيع و تمام السنه يرده بها المملوك،

ص:٣٠٤

١- (١) الكافى ٥:٢١٧ ح ١٧، التهذيب ٧:٦٣ ح ٢٧٣، الوسائل ١٢:٤١١ ب «٢» من أحكام العيوب ح ٢.

٢- (٢) الكافى ٥:٢١٦ ح ١٦، التهذيب ٧:٦٣ ح ٢٧٤، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٣- (٣) التهذيب ٧:٦٤ ح ٢٧٥، الوسائل الباب المتقدم ذيل ح ٢.

٤-٤) راجع الدروس: ٣٦٧.

٥-٥) راجع الدروس: ٣٦٧.

فرع هذا الحكم يثبت مع الأحداث. فلو أحدث ما يغيّر عينه أو صفته ثبت الأرش (١) و سقط الردّ.

و إن لم يكن الردّ في السنه، لأنّ خيار العيب ليس على الفور. و العبارة قد تدلّ على خلاف ذلك.

و المشهور ثبوت الحكم للأربعة. و لكن يبقى في حكم الجذام إشكال، فإنّه يوجب العتق على المالك قهراً، كما سيأتي. و حينئذ فإن كان حدوثه في السنه دليلاً على تقدّمه على البيع، لما قيل في تعليل الردّ بهذه الأحداث: إنّ وجودها في السنه دليل على حدوثها قبل البيع، لأنّها تكمن في البدن سنه ثمّ تخرج، فيكون عتقه على البائع، فيكشف ظهوره عن بطلان البيع، فلا يتّجه الخيار. و إن عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجبا لعتقه قبل أن يختار الفسخ، إذ ليس له اختيار حتى يتحقّقه، و متى تحقّقه حكم بعتقه شرعاً قبل الفسخ، فيشكل جوازه بعد العتق. و قد تقدّم نظيره.

و يمكن حلّه بأنّ الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل، كما هو ظاهر النص، و لا يكتفى بوجوده في نفس الأمر، فلا يعتق على البائع قبل بيعه لعدم ظهوره، و لا بعده قبل الفسخ لعدم ملكه، و عتقه على المشتري موقوف أيضاً على ظهوره و هو متأخّر عن سبب الخيار، فيكون السابق مقدّماً فيتخیر، فإن فسخ عتق على البائع بعده، و إن اختار الإمضاء عتق على المشتري بعده، فينبغي تأمل ذلك.

قوله: «فلو أحدث ما يغيّر - إلى قوله - ثبت الأرش».

الأجود أنّ مطلق التصرف مانع من الردّ كغيرها من العيوب و ان لم يوجب تغيراً.

اشاره

الفصل السادس فى المربحه و المواضعه و التوليه (١)

القول فى المربحه

اشاره

القول فى المربحه و الكلام فى العبارة، و الحكم.

أما العبارة

أمّا العبارة فإن يخبر برأس ماله فيقول: بعثك - و ما جرى مجراه - بربح كذا. و لا بد أن يكون رأس ماله معلوماً و قدر الربح معلوماً (٢).

قوله: «الفصل السادس فى المربحه و المواضعه و التوليه».

المربحه مفاعله من الربح، و هى تقتضى فعلاً من الجانبين. و وجهه هنا أن العقد لما توقّف على الرضا و الصيغه من الجانبين كان كلّ منهما فاعلاً للربح و إن اختصّ بملك أحدهما. و مثله القول فى المواضعه.

و اعلم أنّ العقد باعتبار الإخبار برأس المال و عدمه أربعة أقسام، لأنّه إمّا أن يخبر به أولاً، و الثانى المساومه، و هى أفضل أقسامه، و الأولى إمّا أن يبيع معه برأس المال، أو زياده عليه، أو نقصان عنه، و الأولى التوليه، و الثانى المربحه، و الثالث المواضعه.

و قد يجتمع فى عقد واحد الأقسام الأربعة، بأن تكون العين ملكاً لأربعة، اشترى أحدهم ربعها بعشرين، و الآخر بخمسه عشر، و الثالث بعشره، و أخبروا بذلك، و الرابع لم يبين الحال، و باعوها بستين، فإنّ الثمن يقسّم على أجزائها لا على ثمنها، فالبيع بالنسبه إلى الأولى مواضعه، و إلى الثانى توليه، و إلى الثالث مربحه، و إلى الرابع مساومه.

قوله: «و لا بد أن يكون رأس ماله معلوماً و قدر الربح معلوماً».

أى معلوماً للمتعاقدين معاً حاله البيع. و لا يكفى علم أحدهما، و لا تجدد



و لا بد من ذكر الصّرف و الوزن (١) إن اختلفا. و إذا كان البائع لم يحدث فيه حدثا، و لا غيره، فالعباره عن الثمن أن يقول: اشترت بكذا، أو رأس ماله كذا، أو تقوّم عليّ، أو هو عليّ. و إن كان عمل فيه ما يقتضى الزيادة قال: رأس ماله كذا، و عملت فيه بكذا. و ان كان عمل فيه غيره بأجره، صحّ أن يقول: تقوّم عليّ، أو هو عليّ.

و لو اشترى بثمر و رجع بأرّش عيبه أسقط قدر الأرّش، و أخبر بالباقي (٢)، بأن يقول: رأس مالى فيه كذا. و لو جنى العبد ففداه السيد لم يجز له أن يضمّ الفديه إلى ثمنه. و لو جنى عليه فأخذ أرّش الجنايه لم يضعها من الثمن (٣). و كذا لو حصل منه فائده، كنتاج الدابّه و ثمره الشجره.

علمهما بعد العقد، و إن اقتضاه الحساب المنضبط، كما لو علما بالثمن و جعلّا ربح كلّ عشره درهما و لا يعلمان ما يتحصل من المجموع حاله العقد.

قوله: «و لا بدّ من ذكر الصّرف و الوزن».

هذا إذا تعدّدت النقود و اختلف صرفها و وزنها، بأن كان صرف بعض الدنانير عشره دراهم و بعضها أكثر، و كذا الوزن. أمّا لو اتّحد النّقد لم يفتقر إلى أحدهما.

قوله: «و لو اشترى بثمر - إلى قوله - و أخبر بالباقي».

لأنّ الأرّش جزء من الثمن، فلا بدّ من بيانه، و إن كان قوله: اشترته بكذا - و هو المن الأصلي - حقا، لطر و النقصان الذى هو بمنزله الجزء.

قوله: «و لو جنى عليه فأخذ أرّش الجنايه لم يضعها من الثمن».

الفرق بين الجنايه و العيب أنّ أرّش العيب ثابت بأصل العقد، و كأنّه مستثنى من الثمن، بخلاف أرّش الجنايه الطاريه فإنّها حق آخر، كنتاج الدابّه. و لا يرد مثله فى العيب الحادث بعد العقد، و قبل القبض، أو بعده فى زمن الخيار، لأنّ ذلك كله مستحقّ بأصل العقد و مقتضاه فكان كالموجود حاله. نعم، لو نقص بالجنايه و جب عليه الإخبار بالنقص.

و يكره نسبه الربح إلى المال (١).

## و أما الحكم ففيه مسائل

و أما الحكم ففيه مسائل:

### الاولى: من باع غيره متاعا جاز أن يشتريه منه بزيادة و نقيصه

الاولى: من باع غيره متاعا جاز أن يشتريه منه بزيادة و نقيصه، حالاً و مؤجلاً، بعد قبضه. و يكره قبل قبضه إذا كان ممّا يكال أو يوزن على الأظهر (٢). و لو كان شرط في حال البيع أن يبيعه لم يجز (٣).

و ان كان ذلك من قصدهما و لم يشترطاه لفظاً كره (٤).

قوله: «و يكره نسبه الربح إلى المال».

لأنه يصير بصورة الرّبا. و لا يحرم، للأصل، خلافاً للشيخ (١) في أحد قوليه، استناداً إلى روايه (٢) لا دلالة لها عليه، مع إمكان حملها على الكراهه.

قوله: «و يكره قبل قبضه إذا كان ممّا يكال أو يوزن على الأظهر».

قد تقدّم (٣) أنّ المنع أقوى.

قوله: «و لو كان شرط في حال البيع أن يبيعه لم يجز».

قد تقدّم (٤) الكلام في ذلك و في علله، و أنّها كلّها مدخوله. و ضمير «لم يجز» ينبغى عوده إلى البيع ليقع باطلا كما هو الواقع، لا إلى الشرط، فإنّ عدم جوازه قد لا يبطل العقد. و إنّما يبطل لو كان الشرط أن يبيعه بعد العقد بلا فصل، فلو شرط بيعه بعد مده أو إقالته فيه بعدها صحّ.

قوله: «و ان كان ذلك من قصدهما و لم يشترطاه لفظاً كره».

اي لم يشترط في نفس العقد، فلا عبره بشرطه قبله. نعم لو توهم لزوم ذلك، أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله أتجه الفساد، كما لو شرطه فيه.

قيل عليه: إنّ مخالفه القصد للفظ تقتضى بطلان العقد، لأن العقود تتبع

١-١) النهايه: ٣٨٩.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٣٨٥ ب «١٤» من أبواب أحكام العقود.

٣-٣) تقدّم في ص ٢٤٧.

٤-٤) تقدّم في ص ٢٤٧-٢٤٨.

إذا عرفت هذا، فلو باع غلامه سلعه ثم اشتراه منه بزيادة جاز أن يخبر بالثمن الثاني (١)، إن لم يكن شرط إعادته، ولو شرط لم يجز، لأنه خيانه.

القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفه اللفظ للقصد؟! و أوجب بأن القصد و إن كان معتبرا في الصحه فلا- يعتبر في البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ و القصد، و كذلك الصحه، و لم يوجد في الفرض (١).

و فيه منع ظاهر، فإن اعتبارهما معا في الصحه يقتضى كون تخلف أحدهما كافيا في البطلان، و يرشد إليه عباره الساهى و الغالط و المكره و غيرها، فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصه، و إلا فاللفظ موجود.

و الذى ينبغى فهمه أنه لا- بد من قصدهما إلى البيع المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا- يلزمه رده، و إنما يفترق (٢) قصدهما لرده بعد ذلك بطريق الاختيار، نظرا إلى وثوق البائع بالمشتري أنه لا يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره و مروته.

قوله: «فلو باع غلامه سلعه ثم اشتراه منه بزيادة جاز أن يخبر بالثمن الثاني».

المراد بغلامه الحر، ليتصور صحه بيعه. و مع ذلك يشكل الجواز مع قصد زيادة الثمن بذلك ليربح فيه، من حيث إنه تدليس و غرور منهى عنه. و استقرب الشهيد (٣)- رحمه الله- التحريم. و هو حسن.

و قوله: «و لو شرط لم يجز لأنه خيانه». يقتضى التحريم مع عدم الشرط أيضا إذا كان قصدهما ذلك لتحقق الخيانه. و مجرد عدم لزوم الإعاده على تقدير عدم شرطها لا يرفع الخيانه، مع اتفاقهما عليها. بل ينبغى فرض التحريم فى صوره عدم

ص: ٣٠٩

---

١ - ١) فى «ك» بدل قوله و لم يوجد فى الفرض «فكما يتوقف الصحه عليها كذلك يتوقف البطلان عليها الى ان يوجد فى الفرض». و لعل الصحيح «عليهما» فى الموردين.

٢ - ٢) فى «ك» يقتضى.

٣ - ٣) الدروس: ٣٤٤ و اللمعه الدمشقيه: ٧١.

## الثانية: لو باع مرابحه فبان رأس ماله أقلّ كان المشتري بالخيار

الثانية: لو باع مرابحه فبان رأس ماله أقلّ كان المشتري بالخيار بين ردّه و أخذه بالثمن. وقيل: يأخذه بإسقاط الزيادة (١).

و لو قال: اشتريته بأكثر لم يقبل منه، و لو أقام بينه. و لا يتوجّه على المبتاع يمين، إلا أن يدعى عليه العلم (٢).

شرط الإعادة، لأنّ التحريم لا- يتحقّق إلا مع صحّ البيع ليتمكن فرض الزيادة، و مع شرط الإعادة يقع البيع باطلا، كما سلف عن قريب (١)، فلا- تتحقّق الخيانة و لا التحريم. و يمكن أن يقال بالتحريم و إن قلنا بفساد العقد، نظرا إلى قصد الغرور و السّعي على تحصيل المحرّم، كما يقال في [التّجش و] (٢) الرّبا إنّه حرام و يفسد البيع.

و ضابط التحريم قصد الحيله بذلك على الزّيادة، فلو اشتراه منه ابتداء من غير مواطاه جاز. و حيث يتحقّق التّهي و باع بالإخبار تخيّر المشتري بين ردّه و أخذه بالثمن، كما سيأتى. و لا فرق في تحريم الحيله بين كون غريمه غلامه و ولده و أجنبي.

قوله: «لو باع مرابحه- إلى قوله- وقيل: يأخذ بإسقاط الزيادة».

ما اختاره المصنّف هو الأقوى، لأنّه الثمن الذي وقع عليه العقد فلا يثبت غيره. و ثبوت الكذب في الإخبار ينجبر بلحوق الخيار.

و الأقوى أنّ بقاءه على ملك المشتري غير شرط في الخيار، فله الفسخ مع تلفه أو خروجه عن ملكه مع ردّ مثله أو قيمته، لأصالة بقاء الخيار. و على القول بإسقاط الزيادة يسقط ربحها أيضا و لا خيار له، لأنّه قد رضى بالأكثر فأولى أن يرضى بالأقلّ. و يحتمل ثبوت الخيار أيضا لغروره و كذبه. و قد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ، لإبرار قسم، أو إنفاذ وصيه.

قوله: «و لو قال اشتريته بأزيد- إلى قوله- إلا أن يدعى عليه العلم».

إنّما لم يقبل منه لأنّ قوله الثاني مناف للأوّل فيلغى، و لا تقبل بينته على ذلك،

ص: ٣١٠

١- ١) في ص ٣٠٨.

٢- ٢) في «ب» و «و» و «ك».

## الثالثة: إذا حطَّ البائع بعض الثمن

الثالثة: إذا حطَّ البائع بعض الثمن جاز للمشتري أن يخبر بالأصل. وقيل: إن كان قبل لزوم العقد صحَّت (١)، و الحق بالثمن، و أخبر بما بقى. و ان كان بعد لزومه كان هبه مجدّده، و جاز له الإخبار بأصل الثمن.

## الرابعة: من اشترى أمتعه صفقة (٢) لم يجز بيع بعضها مرابحه

الرابعة: من اشترى أمتعه صفقة (٢) لم يجز بيع بعضها مرابحه، تماثلت أو اختلفت، سواء قوّمها أو بسط الثمن عليها بالسويه أو باع خيارها، إلا بعد أن يخبر بذلك.

لأنه كذبها بإقراره الأوّل. و يشكل بجواز الغلط، و الاستناد إلى أمر كإخبار الوكيل ثمّ يظهر خلافه، فيتّجه القبول إن أظهر لإنكاره تأويلا محتملا، بمعنى سماع بينته عليه، لا توجه اليمين عليه بمجرد الدعوى و ثبوت مقتضاها. و لو ادّعى على المشتري العلم بكون الثمن زائدا توجّهت عليه اليمين بنفيه، سواء ادّعى الغلط أم لا، و هو مقتضى إطلاق العبارة. و ربما قيل بسماع دعواه مطلقا، نظرا إلى إمكان الغلط. و لا بأس به.

قوله: «لو حطَّ البائع - إلى قوله - وقيل إن كان قبل لزوم العقد صحّت».

القائل بذلك الشيخ (١) نظرا إلى أنّ الملك لما كان عنده لا يحصل إلا بانقضاء الخيار فاللاحق به قبله بحكمه. و يضعف بمنع اللزوم، فإنّ الثمن ما وقع عليه العقد، و لا أثر لوقت انتقاله في ذلك.

قوله: «من اشترى أمتعه صفقة. إلخ».

المستند مع النص (٢) أنّ المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الأفراد، و إن تقوّم بها و قسط الثمن عليها في بعض الموارد، كما لو تلف بعضها أو ظهر مستحقّا. و هذا

ص: ٣١١

١-١) المبسوط ١٤٤: ٢.

٢-٢) راجع الوسائل ٣٩٦: ١٢ ب «٢١» من أحكام العقود.

و كذا لو اشترى دابّه حاملا فولدت و أراد بيعها منفردة عن الولد(١).

### الخامسة: إذا قوّم على الدّلال متاعا، و ربح عليه أو لم يربح، و لم

يواجه البيع]

الخامسة: إذا قوّم على الدّلال متاعا، و ربح عليه أو لم يربح، و لم يواجه البيع، لم يجز للدّلال بيعه مرابحه إلاّ بعد الإخبار بالصّوره(٢). و لا يجب على التّاجر الوفاء، بل الربح له، و للدّلال أجره المثل، سواء كان التاجر دعاه أو الدّلال ابتداءه(٣).

التعليل شامل للمتماثلة و المختلفه.

و ردّ بالتسويه على ابن الجنيّد (١) حيث جوّزه في المتماثلة كقفيزى حنطه. و هو ضعيف. و مقتضى الاستثناء أنّه لو أخبر بالحال جاز بيعه مرابحه. و ليس كذلك. و لعلّ المسامحه لكونه حينئذ بصوره المرابحه فاستثناه مجازا.

قوله: «و كذا لو اشترى حاملا فولدت و أراد بيعها منفردة عن الولد».

لأنّ الثمن مع وجود الحمل حاله البيع يقابل المجموع، و ليس للأبغاض ثمن، بخلاف ما لو تجدد الحمل، فإنه حينئذ يكون الثمن في مقابله الأمّ خاصّه، كالثمره المتجدده.

قوله: «إذا قوّم على الدّلال متاعا- إلى قوله- إلا بعد الأخبار بالصوره».

الكلام في هذا الاستثناء كما مرّ، فإنّ مفهومه جواز البيع مرابحه مع الإخبار.

و ليس كذلك، لعدم تحقّق البيع بالتقويم، بل هو بصوره المرابحه، و من ثمّ لا يجب على التاجر الوفاء.

قوله: «بل الربح له- إلى قوله- أو الدّلال ابتداءه».

إنّما كان له الأجره في الموضوعين، لانتفاء البيع فيهما، مع كونه مأمورا بعمل له أجره في العاده، فإذا فات المشترط رجع إلى أجره المثل.

و تبّه بالتسويه بين الأمرين على خلاف الشيخ (٢)- رحمه الله- حيث فرّق بينهما،

ص: ٣١٢

١- ١) راجع المختلف: ٣٦٨ و التنقيح الرائع ٥٩: ٢.

٢- ٢) النهايه: ٣٨٩.

وَأَمَّا التَّوْلِيهِ فَهِيَ أَنْ يُعْطِيَ الْمَتَاعَ بِرَأْسِ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ، فَيَقُولُ:

وَلَيْتَكَ، أَوْ بَعْتَكَ، أَوْ مَا شَاكَلَهُ (١) مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى النُّقْلِ.

فَحُكْمُ بَكُونِ الزَّائِدِ لِلدَّلَالِ إِنْ كَانَ التَّاجِرُ ابْتَدَأَهُ بِذَلِكَ، وَأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَزِدْ شَيْئًا فَلَا شَيْءَ لَهُ. وَإِنْ كَانَ الدَّلَالُ ابْتَدَأَ التَّاجِرَ بِذَلِكَ فَالزِّيَادَةُ لِلتَّاجِرِ، وَلَا شَيْءَ لِلدَّلَالِ، اسْتِنَادًا إِلَى أَخْبَارِ صَحِيحِهِ (١).

وَيُمْكِنُ تَنْزِيلُهَا عَلَى كَوْنِ الْوَاقِعِ مِنَ التَّاجِرِ - عَلَى تَقْدِيرِ ابْتِدَائِهِ - جَعَالَهُ فَيَلْزِمُ مَا عَيْنُهُ، وَلا يُقَدِّحُ فِيهَا الْجَهَالَهَ كَمَا اعْتَرَضَهُ ابْنُ إِدْرِيسَ (٢)، لِأَنَّ الْجَهَالَهَ فِي مَالِ الْجَعَالِ - إِذَا لَمْ تُوَدَّ إِلَى التَّنَازُعِ - غَيْرُ قَادِحٍ، كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَصَحِيحُهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ (٣) وَزَرَّارُهُ (٤) تُوَدُّنَانِ بِهِ. وَمِثْلُهُ مَا لَوْ قَالَ: مِنْ رَدِّ عَبْدِي فَلَهُ ثِيَابُهُ. وَلَوْ لَمْ يَحْصُلْ زِيَادَةٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ، كَمَا لَوْ يَوْجَدُ عَلَى الْعَبْدِ ثِيَابٌ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمُبْتَدِئُ هُوَ الدَّلَالُ، فَيَحْمَلُ عَدَمَ وَجُوبِ شَيْءٍ عَلَيْهِ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِطْ لَهُ شَيْئًا، وَإِلَّا فَلَوْ عَقَّبَ كَلَامَ الدَّلَالِ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِمَا عَيْنُهُ كَانَ كَمَا لَوْ ابْتَدَأَهُ، كَمَا لَوْ قَالَ لِمَنْ ذَهَبَ عَبْدُهُ: «أَرَدْتُ عَبْدَكَ عَلَى أَنْ لِي نِصْفُهُ أَوْ ثِيَابُهُ» ابْتِدَاءً مِنْهُ، فَقَالَ مَوْلَى الْعَبْدِ: «نَعَمْ لَكَ ذَلِكَ» فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ مَا عَيْنُ لَهُ. فَعَلَى هَذَا يَتِمُّ كَلَامُ الشَّيْخِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَالرُّوَايَاتُ، مِنْ غَيْرِ مَنْفَاهِ لِكَلَامِ الْأَصْحَابِ. نَعَمْ، يَبْقَى فِيهِ الْبَحْثُ عَنْ كَوْنِ جَهَالَهِ عَوْضَ الْجَعَالِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ هَلْ هُوَ قَادِحٌ أَمْ لَا؟ ثُمَّ عَلَى تَقْدِيرِ قَدْحِهِ يَجِبُ أَجْرُهُ الْمِثْلُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ.

قَوْلُهُ: «فَيَقُولُ: وَلَيْتَكَ، أَوْ بَعْتَكَ أَوْ مَا شَاكَلَهُ».

إِنْ وَقَعَ بِلَفْظِ بَعْتَكَ وَنَحْوِهِ مِنَ الْأَلْفَاظِ الْمَعْتَبَرَةِ فِي مَطْلُوقِ الْبَيْعِ أَكْمَلَهُ بِذِكْرِ الثَّمَنِ، أَوْ ب «مَا قَامَ عَلَيَّ»، وَنَحْوِهِ. وَإِنْ وَقَعَ بِلَفْظِ وَلَيْتَكَ جَعَلَ مَفْعُولَهُ الْعَقْدَ وَاقْتَصَرَ

ص: ٣١٣

١- (١) الوَسَائِلُ ١٢: ٣٨١ ب «١٠» مِنْ أَبْوَابِ أَحْكَامِ الْعُقُودِ ح ١، ٢، ٣، ٤.

٢- (٢) السَّرَائِرُ ٢: ٢٩٤.

٣- (٣) الْكَافِي ٥: ١٩٥ ح ٢، التَّهْذِيبُ ٧: ٥٣ ح ٢٣١ وَالْوَسَائِلُ: الْمَتَقَدِّمُ ح ١.

٤- (٤) التَّهْذِيبُ ٧: ٥٤ ح ٢٣٢ وَالْوَسَائِلُ الْمَتَقَدِّمُ ح ٢.



و أمّا المواضع فإنّها مفاعله من الوضع. فإذا قال: «بعتك بمائه و وضعه درهم من كل عشره» فالثمن تسعون (١). و كذا لو قال: «مواضعه العشره» (٢). و لو قال: «من كل أحد عشر» كان الثمن أحداً و تسعين إلاّ جزءاً من أحد عشر جزء من درهم.

عليه. و لو قال وليتكت السلعه احتمل الإجزاء.

قوله: «فإذا قال بعتك بمائه - إلى قوله - فالثمن تسعون».

لأنّ الوضع من نفس العشره يقتضى ذلك، حملاً ل(من) على الظاهر من التبويض. و ذكر جماعه من الأصحاب (١) احتمال كون الثمن أحداً و تسعين إلاّ جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، حملاً ل(من) على ابتداء الغايه، و يكون التقدير من كلّ عشره تسلم لى. و مثله ما لو قال لكلّ عشره درهم، لأنّ الوضع للعشره غير العشره، فهو بمنزله ما لو قال: «من كل أحد عشر».

قوله: «و كذا لو قال: «مواضعه العشره».

حملاً للإضافه على معنى (من) أى من كلّ عشره. و يحتمل كونها بمعنى اللّام، أى لكلّ عشره، فيكون الثمن أحداً و تسعين إلاّ جزءاً من أحد عشر كما مرّ.

و ربّما قيل ببطلان العقد، لتكافؤ الاحتمالين الموجب لجهاله الثمن.

و ربّما رجّح الأوّل بأنّ وضعه العشره لا تكون إلاّ من نفس العشره دون ما عداها، لأنّ الموضوع من جنس الموضوع منه، فتكون الإضافه بمعنى (من). و الثّانى بأنّ المواضعه على حدّ المربحه للتقابل بينهما، فكما اقتضت المربحه المعنى الثّانى فكذا المواضعه.

و يضعّف الأوّل بأنّ اللفظ لا بدّ فيه من تقدير، و كلا التقديرين محتمل. و الثّانى بمنع الملازمه و قيام الاحتمال، إن لم تدلّ القرينه على أحدهما.

هذا غايه ما قرّره فى المسأله. و فيه بحث، لأنّ المراد من الجنس الّذى تكون الإضافه المعنويّه فيه بمعنى (من) أن يكون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف إليه،

ص: ٣١٤

بحيث يصح إطلاقه على المضاف و على غيره أيضا و الإخبار به عنه، كخاتم فضه، و باب ساج، لا جزءا من كل، حيث لا يصح إطلاقه عليه، كبعض القوم، و يد زيد، فإنك تريد بالقوم الكل و الكل لا يطلق على بعضه. و كذا القول في يد زيد.

و الحاصل أن «من» التي تتضمنها الإضافة هي التبييئة لا التبعية، كما في خاتم فضه، و أربعة دراهم. و شرط (من) التبييئة أن يصح إطلاق المجرور بها على المبين، كما في قوله تعالى فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ (١). و قد صرح بهذا التحقيق الشيخ الرضى (٢) و ابن هشام (٣)، و ناهيك بهما. و حينئذ فينتفى القول بحمل الإضافة في المسألة على معنى (من) رأسا، لأن الموضوع المضاف بعض العشرة، و لا يصح الإخبار به عنه، فيتعين كونها بمعنى اللام. نعم، يمكن مع ذلك كون الوضعية من نفس العشرة كما يستفاد ذلك من إضافته إلى الثمن. و كذا نظائره من المراجعة و غيرها.

و اعلم أن التعبير بالوضعية هنا أولى من المواضعه، لأنها مفاعله لا تدخل في الباب، و إنما الغرض وضع الدرهم من العشرة، أو لها، و الوضعية تؤدي هذا المعنى بحمل الفعيل على المفعول.

ص: ٣١٥

١- (١) الحج: ٣٠.

٢- (٢) شرح الرضى على الكافية ٢: ٢٠٧ في الإضافة المعنوية.

٣- (٣) شرح شذور الذهب: ٣٣٠.

الفصل السابع فى الربا (١) و هو يثبت فى البيع (٢) مع وصفين: الجنس، و الكيل أو الوزن. و فى القرض مع اشتراط النفع.

أما الثانى فسيأتى. و أما الأول فيقف بيانه على أمور:

قوله: الفصل السابع فى الربا .

الربا- لغه (١)- الزيادة. قال الله تعالى فلا- يَزُبُوا عِنْدَ اللَّهِ (٢). و- شرعا- بيع أحد المتماثلين- المقدرين بالكيل أو الوزن فى عهد صاحب الشرع صلى الله عليه و آله أو فى العاده- بالآخر، مع زياده فى أحدهما حقيقه أو حكما، أو اقتراض أحدهما مع الزيادة و إن لم يكونا مقدرين بهما، إذا لم يكن باذل الزيادة حربيا، و لم يكن المتعاقدان والدا مع ولده، و لا زوجا مع زوجته. و على القول بثبوتة فى كل معاوضه يبدل البيع بالمعاوضه على أحد المتماثلين، إلى آخره. و قد يعرّف بأنه زياده أحد العوضين المتماثلين، إلى آخره، نظرا إلى مناسبه المنقول عنه.

و تحريمه ثابت بالنصّ و الإجماع، و هو من أعظم الكبائر الموبقات، حتى إنّ الدرهم منه أعظم من سبعين زنيه كلّها بذات محرّم، رواه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام (٣).

قوله: «و هو يثبت فى البيع».

ظاهره اختصاص الربا بالبيع. و هو أحد القولين فى المسأله، إلا أنّ المصنّف

ص: ٣١٦

١- (١) انظر الصحاح ٢: ٢٣٤٩، معجم مقاييس اللغة ٢: ٤٨٣.

٢- (٢) الروم: ٣٩.

٣- (٣) الكافي ٥: ١٤٤ ح ١، الفقيه ٣: ١٧٤ ح ٧٨٢، التهذيب ٧: ١٤ ح ٦١، الوسائل ١٢: ٤٢٢ ب «١» من أبواب الربا ح ١.

الأول: في بيان الجنس. و ضابطه: كل شيئين يتناولهما لفظ خاص (١)، كالحنطة بمثلها، والأرز بمثله. و يجوز بيع المتجانس وزنا بوزن نقدا (٢)، و لا يجوز مع زياده. و لا يجوز إسلاف أحدهما في الآخر على الأظهر (٣).

رحمه الله - قد صرح في باب الغصب بثبوته في كل معاوضه. و هو ظاهر اختياره في الصلح أيضا. و هو الأقوى، عملا بإطلاق قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرَّبَا (١).

قوله: «الجنس و ضابطه كل شيئين يتناولهما لفظ خاص».

المراد باللفظ الخاص ما يكون مفهومه نوعا بالإضافة إلى ما تحته، فالجنس في هذا الباب هو المعبر عنه في المنطق بالنوع، و أهل اللغة يسمونه جنسا أيضا، و لا- مشاخه في الاصطلاح. و المراد بالشيئين اللذين يتناولهما اللفظ أفراد ذلك النوع، كالصيف فراء و الحمراء في الحنطة، و يستثنى من ذلك الشعير، فإنه هنا من أفراد الحنطة، مع عدم تناول لفظها له، و خروجه بالنص (٢). و أما العلس و السلت - على القول بأنهما من أفراد الحنطة و الشعير - فدخلهما فيهما ظاهر، و إن اختصا باسم آخر، و إلا فمقتضى الاسم عدم اللحاق.

قوله: «و يجوز بيع المتجانسين وزنا بوزن نقدا».

هذا إذا كان أصلهما الوزن، أما لو كان أصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزنا خاصه نظر، من كون الوزن أضبط، حتى قيل إنه أصل للكيل، و من ورود الشرع و العرف بالكيل، فلا- يعتبر بغيره. و ظاهر كلام المصنف اختيار الأول، و هو متجه، بل نقل بعضهم (٣) الإجماع على جواز بيع الحنطة و الشعير وزنا، مع الإجماع على كونهما مكيلين في عهده صلى الله عليه و آله.

قوله: «و لا يجوز إسلاف أحدهما في الآخر على الأظهر».

هذا هو المشهور لا نعلم فيه خلافا، إلا ما يظهر من الشيخ في الخلاف (٤).

ص: ٣١٧

١- ١) البقره: ٢٧٥.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٤٣٨ ب «٨» من أبواب الربا حديث ١، ٢، ٣، ٤.

٣- ٣) راجع جامع المقاصد ٢٧٢: ٤.

٤- ٤) الخلاف ٣: ٤٦ ذيل المسأله ٦٥.

و لا يشترط التقابض قبل التفرّق إلاّ في الصرف. و لو اختلف الجنسان جاز التماثل و التفاضل نقدا. و في النسيئه تردّد، و الأحوط المنع (١).

و الحنطه و الشعير جنس واحد في الرّبا على الأظهر، لتناول اسم الطعام لهما (٢). و ثمره النخل جنس واحد و إن اختلفت أنواعه، و كذا ثمره الكرم.

و المبسوط (١)، فإنّه يشعر بکراهه السلف، و لا- نعلم مأخذه. و ربّما حمل على إرادته التحريم، فإنّه بعض معانى المكروه و قد استعمله الشيخ في ذلك في غير موضع.

قوله: «و في النسيئه تردّد، و الأحوط المنع».

الجواز أقوى، للأخبار الصحيحه [١]. و القول بالمنع للشيخ- رحمه الله- في أحد قوليّه (٢)، استنادا إلى خبر (٣) ظاهر في الكراهه، و نحن نقول بها.

قوله: «و الحنطه و الشعير جنس واحد- إلى قوله- لتناول اسم الطعام لهما».

تبه بقوله «في الرّبا» على أنّهما في غيره- كالزّكاه- جنسان إجماعا، لاختلاف مفهومهما لغه و عرفا. و أمّا في الرّبا فالأظهر أنّهما جنس واحد، لصحيحه الحلبي (٤)، و ابى بصير (٥)، و هشام بن سالم (٦)، و عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٧) عن الصادق عليه

ص: ٣١٨

١- ١) المبسوط ٨٩: ٢.

٢- ٣) المبسوط ٨٩: ٢.

٣- ٤) ما يظهر منه الكراهه عدّه اخبار. راجع الأبواب المذكوره من الوسائل.

٤- ٥) الكافي ١٨٧: ٥ ح ٣، التهذيب ٩٤: ٧ ح ٣٩٩، الوسائل ٤٣٨: ١٢ ب «٨» من أبواب الرّبا ح ٤.

٥- ٦) الكافي ١٨٧: ٥ ح ٢، الفقيه ١٧٨: ٣ ح ٨٠٣، التهذيب ٩٥: ٧ ح ٤٠٢ و الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٦- ٧) الكافي ١٨٧: ٥ ح ١، التهذيب ٩٦: ٧ ح ٤٠٩ و الوسائل الباب المتقدم ح ١.

٧- ٨) الكافي ١٨٨: ٥ ح ٥، التهذيب ٩٦: ٧ ح ٤١٠ و الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

و كل ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه (١)، كالحنطه بدقيقها، والشعير بسويقه، و الدبس المعمول من التمر بالتمر، و كذا ما يعمل من العنب بالعنب.

و ما يعمل من جنسين يجوز بيعه بهما (٢)، و بكل واحد منهما، بشرط أن يكون في الثمن زياده عن مجانسه.

السلام، بل ادعى الشيخ في الخلاف (١) عليه الإجماع، و هو الحجه على من خالف، نظرا إلى اختلافهما صوره و شكلا و لونا و طعما و إدراكا و حسيًا و اسما، فإن ذلك كله غير مسموع في مقابله النصوص الصحيحه. و في احتجاج المصنف -رحمه الله- بتناول اسم الطعام لهما على الاتحاد نظر، فإنه لا يلزم منه اتحادهما مع تحقق الاختلاف المذكور، وإنما الموجب للاتحاد النص و الإجماع.

قوله: «و كل ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه. إلخ».

فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا إذا كانا مكيلين أو موزونين. و لو كان أحدهما مكيلا و الآخر موزونا، كالحنطه و دقيقها، و السمسم و الشيرج، ففي اعتبار تساويهما بالوزن أو بالكيل و جهان يأتيان.

قوله: «و ما يعمل من جنسين يجوز بيعه بهما. إلخ».

لا- يشترط في جواز بيعه بهما مساواه جملة الثمن له قدرا، لأن كل جنس ينصرف إلى ما يخالفه. و لا يعتبر معرفه كل واحد من الجنسين، بل يكفي معرفه المجموع.

و أما إذا بيع بأحدهما فإنه يشترط زيادته على مجانسه زياده متموله، بحيث يمكن فرض كونها عوضا في البيع منفرده. و قد يفرض هنا أيضا الجهل بقدر المجانس للثمن مع العلم بزيادته عليه، بأن يعلم أن المجانس لا يبلغ النصف، فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلا.

و في حكم المعمول من جنسين ضم أحدهما إلى الآخر و بيعهما في عقد واحد و إن تميّزا، لتساوى الفرضين في العله المسوغه للبيع عندنا.

ص: ٣١٩

و اللحم مختلفه بحسب اختلاف أسماء الحيوان، فلحم البقر و الجواميس جنس واحد، لدخولها تحت نظر لفظ البقر (١). و لحم الضأن و المعز جنس واحد. لدخولهما تحت لفظ الغنم. و الإبل عرابها و بخاتيها (٢) جنس واحد.

و الحمام جنس واحد (٣). و يقوى عندي أنّ كلّ ما يختصّ منه باسم فهو جنس واحد كالفخاتي و الورشان.

قوله: «اللحم مختلفه-إلى قوله-لدخولهما تحت لفظ البقر».

هذا الحكم محلّ وفاق. و المراد أنّهما داخلا تحت البقر لغيره، و إلاّ فالعرف يأبى ذلك مع أنّه مقدّم على اللغه. و قد تقدّم أنّ مناط الاتّحاد تناول اللفظ الخاص لهما، فلو لا الإجماع على الحكم لكان فيه نظر. و يتّبه عليه ما قواه المصنّف في أفراد الحمام المختصّ باسم، كما سيأتي.

قوله: «عرابها و بخاتيها».

هو-بفتح الباء و تشديد الياء المثناه من تحت-جمع بختي-بضم الباء و تشديد الياء أيضا-الإبل الخراسانية.

قوله: «الحمام جنس واحد. إلخ».

قد تقدّم في الحجج (١) تعريف الحمام على اختلاف فيه، و أنّ الفخاتي و الورشان من أفرادها. و وجه الخلاف هنا الشكّ في أن مقوليه الحمام على ما تحته مقوليه النوع على الأصناف، أو الجنس على الأنواع. على الأوّل يحرم بيع بعضها ببعض مطلقا، و على الثاني يختصّ كلّ نوع بحكمه. و لما كان الوقوف على ذاتيات الحقائق عزيزا جدّا، و لم يكن من جهة الشرع قاطع بشيء، حصل الخلاف. و بهذا يحصل الفرق بين أفراد الحمام و أفراد البقر بالنسبه إلى الجاموس، فإنّه قد ثبت شرعا أنّهما نوع واحد، و من ثمّ ضمّ أحدهما إلى الآخر في الزكاه. و عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢)

ص: ٣٢٠

١-١ (١) ج ٤٢٩: ٢.

١-٢ (٢) المائدة: ١.

و كذا السموك (١).

و الوحشى من كلّ جنس مخالف لأهليته. و الألبان تتبع اللحمان فى التجانس و الاختلاف. و لا يجوز التفاضل بين ما يستخرج من اللبن و بينه، كزبد البقر مثلا- بحليبه و مخيضه و أقطه (٢). و الأدهان تتبع ما تستخرج منه، فدهن السمسم جنس، و كذا ما يضاف إليه، كدهن البنفسج (٣) و النيلوفر. و دهن البزر جنس آخر.

يقتضى جواز بيع بعضها ببعض كيف كان إلى أن يتحقّق المنع. و يؤيّد به أنّ العرف أيضا لا- يسمّى هذين الفردين حماما. و لا شك أنّ الحكم باتّحاد النوع أولى.

و اعلم أنّ الطير- من حمام و غيره- إنّما يتصوّر الرّبا فيه إذا بيع لحمه وزنا، أمّا لو بيع جزافا فلا. و لو بيع عددا- كما هو الغالب- ففى ثبوت الرّبا فيه خلاف يأتى (١).

و الأقوى عدمه.

قوله: «و كذا السموك».

الحكم المشبه به المشار إليه ب (ذا) هو ما سبق فى الطير، أى هو جنس واحد.

و يقوى أنّ ما يختص باسم منه فهو جنس على انفراده. و يحتمل كون المشار اليه هو كونه جنسا واحدا. و الحاصل أن فى اتّحاد جنس السمك أو تعدّده بتعدّد أسمائه خلافا، نظرا إلى الشكّ فى مقولتيه، كما تقدّم فى الحمام.

قوله: «و لا يجوز التفاضل بين ما يستخرج- إلى قوله- و مخيضه و أقطه».

هذا الحكم محلّ وفاق نقله فى التذكرة عن علمائنا أجمع (٢)، و لو لا ذلك لا نقدح فيه الإشكال السابق، نظرا إلى اختلاف الاسم و الطبيعه.

قوله: «فدهن السمسم جنس و كذا ما يضاف اليه كدهن البنفسج».

إضافته إليه لا تخرجه عن أفراد نوع الدهن، فإنّه ليس مرّكبا منه و ممّا يضاف

ص: ٣٢١

١- (١) يأتى فى ص ٣٢٢.

٢- (٢) التذكرة ٤٧٩: ١.



و الخلول تتبع ما تعمل منه، فخلّ العنب مخالف لخلّ الدبس (١).

و يجوز التفاضل بينهما نقداً، و في النسيئه تردّد (٢).

## الثاني: اعتبار الكيل و الوزن

### إشارة

الثاني: اعتبار الكيل و الوزن.

فلا- ربا إلا- في مكيل أو موزون. و بالمساواه فيهما يزول تحريم الرّبويات. فلو باع ما لا كيل فيه و لا وزن متفاضلا جاز و لو كان معدودا - كالثوب بالثوبين و الثياب، و البيضه بالبيضتين و البيض - نقداً، و في النسيئه تردّد (٣)، و المنع أحوط.

إليه، بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه به مدّه خاصيته ثمّ ينزع منه.

قوله: «فخلّ العنب مخالف لخلّ الدبس».

أى خلّ دبس التمر. و قد يطلق الدبس على ما يعمّ دبس العنب، و يختص خلّ العنب بخلّ الخمر.

قوله: «و في النسيئه تردّد».

هذا هو الخلاف المتقدم (١) في بيع أحد الربويين بالآخر المخالف متفاضلا نسيئه. و الأقوى جوازه.

قوله: «و لو كان معدودا كالثوب بالثوبين - الى قوله - نقداً و في النسيئه تردّد».

ظاهره أنّ الخلاف مختصّ بالنسيئه، و ليس كذلك، بل قد ذهب جماعه (٢) إلى ثبوته في المعدود مطلقاً، استناداً إلى إطلاق روايه

(٣) ظاهره في الكراهه. و الأقوى

ص: ٣٢٢

١- ١) تقدّم في ص ٣١٨.

٢- ٢) راجع المقنعه: ٦٠٥ و المراسم: ١٧٩.

٣- ٣) التهذيب ٧: ١٢٠ ح ٥٢١، الاستبصار ٣: ١٠١ ح ٣٥٢، الوسائل ١٢: ٤٤٩ ب «١٦» من أبواب الرباح ٧.

و لا ربا فى الماء، لعدم اشتراط الكيل و الوزن فى بيعه (١).

و يثبت فى الطين الموزون كالأرمنى على الأشبه (٢). و الاعتبار بعاده الشرع، فما ثبت أنه مكيل أو موزون فى عصر النبى صلى الله عليه و آله و سلم بنى عليه. و ما جهل الحال فيه رجع الى عاده البلد (٣).

اختصاصه بالمكيل و الموزون مطلقا، للأخبار الصحيحة (١) الدالّة على الحصر فيهما.

قوله: «و لا ربا فى الماء لعدم اشتراط الكيل و الوزن فى بيعه».

لا- فرق فى ذلك بين بيعه جزافا و مكيلا و موزونا، لانتفاء اعتبارهما فيه. و فى حكمه التراب و الحجارة و الحطب. و لا عبره ببيعه موزونا فى بعض البلاد.

قوله: «و يثبت فى الطين الأرمنى على الأشبه».

الأقوى اتباع العاده فيه، فإن استقرت على كيله أو وزنه- كما هو الواقع- ثبت فيه الربا، و إلا- فلا- و كذا القول فى غيره من التراب، كالطين الخراسانى.

قوله: «و الاعتبار بعاده الشرع- إلى قوله- رجع إلى عاده البلد».

قد ثبت أنّ أربعه كانت مكيله فى عهده صلى الله عليه و آله، و هى الحنطه، و الشعير، و التمر، و الملح، فلا يباع بعضها ببعض إلا كيلا، و إن اختلفت فى الوزن.

و استثنى فى التذكرة (٢) ما يتجافى منه فى المكيال كالقطع الكبار من الملح فيباع وزنا لذلك.

و ما عداها إن ثبت له فى عهده صلى الله عليه و آله أحد الأمرين و إلا رجع فيه إلى عاده البلد. و لو عرف أنه كان مقدرا فى عهده صلى الله عليه و آله، و جهل اعتباره بأحدهما، احتمل التخيير، و تعين الوزن لأنه أضبط، و اختاره فى التذكرة [١]، و هو حسن. و لا فرق بين بلده صلى الله عليه و آله و ما أقر أهله عليه فى غيره.

ص: ٣٢٣

١- ١) انظر الوسائل ١٢: ٤٣٤ ب «٦» من أبواب الربا.

٢- ٢) التذكرة ١: ٤٨٣.

و لو اختلف البلدان فيه (١) كان لكل بلد حكم نفسه. وقيل: يغلب جانب التقدير و يثبت التحريم عموماً.

و المراعى فى المساواه وقت الابتىاع. فلو باع لحماً ثانياً بمقدد متساوياً جاز. و كذا لو باع بسراً برطب. و كذا لو باع حنطه مبلوله بياسه لتحقق المماثله. و قيل بالمنع، نظراً إلى تحقق النقصان (٢) عند الجفاف، أو إلى انضياف أجزاء مائه مجهوله. و فى بيع الرطب بالتمر تردّد (٣)، و الأظهر اختصاصه بالمنع، اعتماداً على أشهر الروايتين.

قوله: «و لو اختلف البلدان فيه. إلخ».

ما اختاره المصنّف هو الأقوى، لأنّ المعتبر هو العرف عند عدم الشرع، و كما أنّ عرف تلك التقدير فيلزمه حكمه، فعرف الأخرى الجزاف فيلزمه حكمه، صرفاً للخطاب إلى المتعارف من الجانبين. و وجه عموم التحريم صدق اسم المكييل و الموزون على ذلك النوع فى الجملة.

قوله: «و المراعى فى المساواه وقت الابتىاع- إلى قوله- و قيل بالمنع نظراً إلى تحقق النقصان».

هذه المسأله من جمله أفراد منصوص العله. و قد اختلف الأصحاب فى تعديته إلى غيره ممّا شاركه فيها، و الأخبار الصحیحه (١) ظاهره فى التعدیه. و هو الأقوى.

قوله: «و فى بيع الرطب بالتمر تردّد. إلخ».

هذا هو مورد النصّ من منصوص العله لئلا سئل النبى صلّى الله عليه و آله عن بيع الرطب بالتمر، فقال: «أ ينقص إذا جفّ؟ فقالوا نعم، فقال: لا إذن» (٢). و عن الباقر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: و يكره أن يباع التمر بالرطب

ص: ٣٢٤

١- (١) الوسائل ١٢: ٤٤٥ ب «١٤» من أبواب الرّياح ح ١، ٢، ٦.

٢- (٢) سنن أبى داود ٣: ٢٥١ ح ٣٣٥٩، سنن ابن ماجه ٢: ٧٦١ ح ٢٢٦٤، سنن النسائى ٧: ٢٦٨.

## الأول: إذا كانا في حكم الجنس الواحد

الأول: إذا كانا في حكم الجنس الواحد، وأحدهما مكييل و الآخر موزون، كالحنطة و الدقيق، فيبيع أحدهما بالآخر وزنا جائز. و في الكيل تردّد (١)، و الأحوط تعديلهما بالوزن.

عاجلا- بمثل كيله، من أجل أنّ التمر يبيس فينقص من كيله» (١). و عن الصادق عليه السلام: «لا يصلح التمر بالرطب، لأنّ الرطب رطب و التمر يابس، فاذا يبيس الرطب نقص» (٢). فأشاروا عليهم السلام إلى أنّ عله المنع النقصان بالجفاف. فمن الأصحاب (٣) من عدّاه إلى المنع من بيع كل رطب بياسه، كالعنب بالزبيب.

و منهم (٤) من اقتصر على المنصوص. و بالغ ابن إدريس (٥) فجوّز الجميع. و إلى قوله أشار المصنّف بقوله: «و في بيع الرطب بالتمر تردّد» حيث جعله موضع التردّد، ثمّ حكم بتحريمه و عدم تعديته.

و أشار المصنّف في دليله ب«أشهر الروايتين» إلى روايه سماعه قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب، فقال: «لا يصلح إلّا- مثلا بمثل، و التمر بالرطب مثلا بمثل» (٦). و جوابه القدح في سند الروايه. و الأقوى التّحريم و التعدييه إلى كلّ ما فيه العله المذكوره. و محلّ تحقيق المسأله الأصول.

قوله: «إذا كانا في حكم الجنس الواحد- إلى قوله- و في الكيل تردّد».

منشأ التردّد من أنّ الكيل أصل للحنطه فيستصحب في فروعها، و من أنّ

ص: ٣٢٥

١- (١) الفقيه ٣: ١٧٨ ح ٨٠٥، التهذيب ٧: ٩٥ ح ٤٠٨، الوسائل ١٢: ٤٤٥ ب (١٤) من أبواب الرباح ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٩٠ ح ٣٨٤، الاستبصار ٣: ٩٣ ح ٣١٥، الوسائل ١٢: ٤٤٦ ب (١٤) من أبواب الرباح ح ٦.

٣- (٣) الوسيله: ٢٥٣، المختلف: ٣٥٦.

٤- (٤) المبسوط ٢: ٩٠، و الخلاف ٣: ٦٤ مسأله ١٠٥.

٥- (٥) السرائر ٢: ٢٥٨-٢٥٩.

٦- (٦) الكافي ٥: ١٩٠ ح ١٦، التهذيب ٧: ٩٧ ح ٤١٧ و الوسائل ١٢: ٤٤٥ ب (١٤) من أبواب الرباح ح ٣.

الثانى: بيع العنب بالزبيب جائز. (١) وقيل: لا، طردا لعلّ الرطب بالتّمّر، والأوّل أشبهه. وكذا البحث فى كل رطب مع يابسه.

الثالث: يجوز بيع الأدقّه بعضها ببعض، مثلا بمثل

الثالث: يجوز بيع الأدقّه بعضها ببعض، مثلا بمثل. وكذا الأخبار، والخلول وإن جهل مقدار ما فى كل واحد من الرطوبه (٢)، اعتمادا على ما تناوله الاسم.

الوزن أضبط، وإنه أصل للكيل، ولأنّ من أفراد هذه القاعده ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالحنطه بالخبز، والسّمسم بالشيرج. واختار الفاضل (١) اعتبار الكيل فيما هو أصله وأطلق. وهو حسن. لكن يشكّل بنحو ما ذكرناه، فإنّ اعتباره بالوزن حينئذ أحسن.

قوله: «بيع العنب بالزبيب جائز».

المنع أقوى، وقد تقدّم (٢).

قوله: «وكذا الأخبار والخلول وإن جهل مقدار ما فى كل واحد من الرطوبه».

لا بدّ فى الجواز من اشتراكهما فى أصل الرطوبه، فلو كان أحد الخبزين رطبا والآخر يابسا لم يصح، بناء على ما سلف من القاعده. وفى العبارة إشاره إليه، حيث أثبت لكل واحد رطوبه جهل مقدارها.

ولو علم أنّ رطوبه أحدهما أكثر من رطوبه الآخر مع اشتراكهما فى الأصل ففى الجواز نظر، من صدق الاسم فى المثليين، ومن العلم بزياده حقيقه أحدهما على الآخر. ولعلّ الأقرب الجواز، لأنّ الرطوبه غير مقصوده، والحقيقه مطلقه عليهما.

وكذا لو علمت الرطوبه فى أحدهما وانتفت من الآخر، كخلّ الزبيب، وخلّ العنب الخالص.

ص: ٣٢٦

١- (١) المختلف: ٣٥٦.

٢- (٢) فى ص ٣٢٥.

تممه فيها مسائل ست:

**الاولى: لا ربا بين الوالد وولده**

الاولى: لا ربا بين الوالد وولده (١)، ويجوز لكل منهما أخذ الفضل من صاحبه. ولا بين المولى ومملوكه. ولا بين الرجل و زوجته.

قوله: «لا ربا بين الوالد وولده. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل الإجماع عليه، فإن المرتضى - رحمه الله - وإن خالف في بعض كتبه (١)، وحكم بثبوت الرّبا بينهم، حملا - للخبر المنفي (٢) على النهى، كقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج (٣) وعملا - بعموم القرآن (٤) الوارد بتحريم الرّبا، إلا أنه رجع عنه (٥) محتجا بوجود الإجماع على خلافه.

وتبه بقوله: (و يجوز لكل واحد منهما أخذ الفضل) على خلاف ابن الجنيّد (٦) حيث نفى الرّبا بين الوالد وولده، بشرط أن يأخذ الوالد الفضل، وأن لا يكون للولد وارث ولا عليه دين. وإطلاق النصّ (٧) حجه عليه.

والحكم مختص بالولد النسبي بالنسبه إلى الأب، فلا يتعدى الحكم إلى الأم، ولا إلى الجدّ مع ولد الولد، ولا إلى ولد الرّضاع، على إشكال فيهما، اقتصارا بالرّخصه على مورد اليقين. ووجه العدم إطلاق اسم الولد عليهما، من ثمّ حرمت امرأته على الأب والجد من آيه حلائل الأبناء (٨).

ولا فرق في الرّوجه بين الدائم والمنقطع على الظاهر لإطلاق النصّ (٩)، خلافا

ص: ٣٢٧

١-١) جوابات المسائل الموصليات، ضمن رسائل السيد المرتضى ١: ١٨٢.

٢-٢) الوسائل ١٢: ٤٣٦ ب «٧» من أبواب الرّباح ١.

٣-٣) البقره: ١٩٧.

٤-٤) البقره: ٢٧٥.

٥-٥) الانتصار: ٢١٣.

٦-٦) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٣٥٣.

٧-٧) الوسائل ١٢: ٤٣٦ ب «٧» من أبواب الرّباح.

٨-٨) النساء: ٢٣.

٩-٩) انظر الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

ولا بين المسلم وأهل الحرب (١). ويثبت بين المسلم والذمي على الأشهر (٢).

للتذكرة (١) حيث خصّ بها بالدائم، معللاً بأن التفويض في مال الرجل إنما يثبت في حق العقد الدائم، فإنّ للزوجه أن تأخذ من مال الرجل المأدوم. وفي معارضه مثل ذلك للنصّ منع ظاهر.

والحكم بنفي الربا بين السيد ومملوكه إما لعدم صحّح البيع، بناء على أنه لا يملك، فيصدق عدم الربا، وإما بناء على أنه يملك. وكان الأولى بالقائل بعدم ملكه ترك ذكره، لكن لمّا ورد النصّ (٢) به تعرّضوا له. ويشترط مع القول بملكه أن لا يكون مشتركاً، فلو كان كذلك ثبت بينه وبين كلّ من الشركاء. والمدبر وأمّ الولد في حكم القنّ. أمّا المكاتب بقسميه فلا. على الظاهر، مع احتمالهما.

قوله: «ولا بين المسلم وأهل الحرب».

هذا إذا أخذ المسلم الفضل، وإلا - حرم. ولا فرق بين الحربى المعاهد وغيره، ولا بين كونه في دار الحرب والإسلام. وأطلق جماعه (٣) نفى الربا هنا من غير فرق بين أخذ المسلم الزيادة والحربى. والتفصيل أقوى.

قوله: «ويثبت بين المسلم والذمي على الأشهر».

هذا هو المشهور (٤)، لعموم الأدلّة. وذهب السيد المرتضى (٥) وابن بابويه (٦) وجماعه [١] إلى عدم ثبوته، للرواية المخصّصة (٧) له كما خصّصت غيره ممّن سبق.

والأول أولى. فإن قلنا بعدم ثبوته لزم تقييده بما مرّ من أخذ المسلم الزيادة.

ص: ٣٢٨

١- (١) التذكرة ٤٨٥: ١.

٢- (٢) راجع الوسائل الباب المتقدم حديث ٣، ١.

٣- (٣) راجع النهاية: ٣٧٦، الوسيلة: ٢٥٤.

٤- (٤) في «ب»: الأشهر.

٥- (٥) الانتصار ٢١٢-٢١٣.

٦- (٦) المقنع: ١٢٦ و حكاها العلامة في المختلف: ٣٥٣ عنهما.

٧- (٧) الفقيه ١٧٦: ٣ ح ٧٩٢ و الوسائل ٤٣٧: ١٢ ب «٧» من أبواب الربا ح ٥.



## الثانية: لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه

الثانية: لا- يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه، كلحم الغنم بالشاه، و يجوز بغير جنسه (١)، كلحم البقر بالشاه، لكن بشرط أن يكون اللحم حاضرا.

## الثالثة: يجوز بيع دجاجة فيها بيضه بدجاجة خاليه

الثالثة: يجوز بيع دجاجة فيها بيضه بدجاجة خاليه، و بيع شاه في ضرعها لبن (٢) بشاه في ضرعها لبن أو خاليه، أو بلبن و لو كان من لبن جنسها (٣).

## الرابعة: القسمة تمييز أحد الحقين و ليست بيعا

الرابعة: القسمة تمييز أحد الحقين و ليست بيعا، فتصح فيما فيه الربا، و لو أخذ أحدهما الفضل (٤). و تجوز القسمة كيلا و خرصا. و لو كانت قوله: «لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم الغنم بالشاه و يجوز بغير جنسه».

هذا هو المشهور بين الأصحاب. و خالف فيه ابن إدريس (١) فحكم بالجواز، لأن الحيوان غير مقدر بأحد الأمرين. و هو قوي مع كونه حيا، و إلا فالمنع أقوى.

و الظاهر أنه موضع النزاع.

قوله: «يجوز بيع دجاجة فيها بيضه بدجاجة خاليه و بيع شاه في ضرعها لبن».

الوجه في ذلك أن الدجاجة و الشاه ليستا مقدرتين بالوزن حال حياتهما، و ما في بطنهما غير مقدر أيضا ما دام كذلك كالثمره على الشجره، و لأنه تابع. و تبه بذلك على خلاف الشافعي (٢) حيث منع منه محتجا بأن له قسطا من الثمن، و هو ممنوع.

قوله: «أو بلبن و إن كان من لبن جنسها».

لا فرق بين كون الثمن زائدا عما فيها من اللبن و ناقصا، لما تقدم من التعليل، و إن كان الفرض بعيدا. و مثله بيع نخله فيها تمر بتمر مثله.

قوله: «القسمة ليست بيعا فتصح فيما فيه الربا و لو أخذ أحدهما الفضل».

هذا موضع وفاق.

١-١) السرائر ٢٥٨:٢.

٢-٢) الأم ٢٧٨١:٣، مختصر المزني: ٧٧.

الشركة في رطب و تمر متساويين فأخذ أحدهما الرطب جاز.

### الخامسة: يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك و في أحدهما عقد

[التبن و دقائقه]

الخامسة: يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك و في أحدهما عقد التبن و دقائقه، و كذا لو كان في أحدهما زؤان أو يسير من تراب، لأنه ممّا جرت العادة (١) بكونه فيه.

السادسة: يجوز بيع درهم و دينار بدينارين (٢) و درهمن، و يصرف كل واحد منهما إلى غير جنسه. و كذا لو جعل بدل الدينار أو الدرهم شيء من المتاع. و كذا مدّ من تمر و درهم بمدّين أو أمداد، و درهمن أو دراهم.

و تبه به على خلاف الشافعي (١) في أحد قوليّه، حيث جعلها يباع فيه الرّبا كالبيع.

قوله: «يجوز بيع مكوك من الحنطة- إلى قوله- لأنه ممّا جرت العادة».

أشار بذلك إلى اشتراط قلّته بحيث تجرى العادة بتبعيته، فلو زاد عن ذلك لم يجز. و مثله الدرديّ في الخلّ و الدبس، و الثفل في البزر، و نحو ذلك.

قوله: «يجوز بيع درهم و دينار بدينارين. إلخ».

هذا الحكم موضع وفاق بين أصحابنا، و خالف فيه الشافعي (٢) محتجا بحصول التفاوت عند المقابلة على بعض الوجوه، كما لو بيع مدّ و درهم بمدّين، و الدرهم ثمن لمدّ و نصف بحسب قيمه الحاضر. و جوابه أنّ الزيادة حينئذ بمقتضى التقسيط لا بالبيع، فإنّه إنّما وقع على المجموع بالمجموع.

و يشكل الحكم لو احتيج إلى التقسيط شرعا، كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض، أو ظهر مستحقا مطلقا، و كان في مقابلة ما يوجب الزيادة المفضيه إلى الربا، فإنّه حينئذ يحتمل بطلان البيع من رأس، للزوم التفاوت في الجنس الواحد، كما لو باع مدّا و درهما بمدّين و درهمن مثلا، فإنّ الدرهم التالف إذا كان نصف المبيع، بأن

ص: ٣٣٠

١- (١) الأم ٣: ٢٨، مختصر المزني: ٧٧.

٢- (٢) الام ٣: ٢١، مختصر المزني: ٧٧.

كانت قيمه المدّ درهما، يبطل البيع في نصف الثمن، فيبقى النصف الآخر، وحيث كان منزّلا على الإشاعه كان النصف في كلّ من الجنسين، فيكون نصف المدّين و نصف الدرهمين في مقابل المدّ، فيلزم الزيادة الموجه للبطلان.

و يحتمل البطلان في مخالف التالف خاصه، و الصّححه في مخالف الباقي، لأنّ كلّ من الجنسين في المبيع قبول به مخالفه في الثمن، فإذا بطل أحد الجزئين بطل فيما قبول به، لأنّ صحّحه المبيع منزّله على ذلك، فكذا بطلانه. و المرجح لذلك نصّ الأصحاب على أنّ كلّ جنس في مقابل ما يخالفه.

و يحتمل الصّححه فيما بقى من الثمن و ما قابله كائنا ما كان، فيقسّط الثمن على التالف من المبيع و الباقي، ففي المثال السابق يصحّ البيع في نصف المبيع بنصف الثمن، و لا ينظر إلى الزيادة، لأنها إنّما صارت بسبب التقسيط، و ليس التقسيط بيعا، و في حال البيع لم تكن زياده.

و يشكل بأنّه و إن لم يكن بيعا فهو معاوضه، و قد تقدّم أنّ الزبا يعمّ كلّ معاوضه. و يندفع بأنّه لا معاوضه إلاّ بالبيع السابق، و قد كان في وقته جامعا للشرائط، فيستصحب حكم الصّححه.

و ربّما نزل بعضهم (1) التقسيط على وجه لا يلزم منه الزبا، كما إذا كانت قيمه المدّ مثلا- درهمين فإنّ الثمن يكون أثلاثا من الفضه و التمر، و كذلك المثلث، فيكون ثلث الدرهم بإزاء ثلث درهم، و ثلثا مدّ التمر بإزاء ثلثي مدّ تمر، و يبقى ثلث مدّ تمر بإزاء درهم و ثلثين، و ثلثا درهم بإزاء مدّ و ثلث تمر، فإذا تلف المدّ أو الدرهم سقط ما ذكر بإزائه.

و وجه التقسيط- على هذا الوجه- أنّ أجزاء المبيع لما قبولت بأجزاء الثمن على طريق الشيوخ لم يجب أن يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور، صيانه للعقد عن الفساد ما أمكن السبيل إليه.

و قد يتخلص من الربا بأن يبيع (١) أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها، ثم يشتري الأخرى بالثمن، و يسقط اعتبار المساواه. و كذا لو وهبه سلعته ثم وهبه الآخر، أو أقرضه صاحبه ثم أقرضه هو و تبارعا.

و كذا لو تبايعا و وهبه الزيادة، و كل ذلك من غير شرط.

### الثالث: الصرف

#### إشارة

الثالث: الصرف و هو بيع الأثمان بالأثمان (٢).

و يشكل بأن مقتضى التقسيط مقابله كل من الجنسين بمقابله على النسبه، فالعدول عنه بمجرد العناية تحكّم. و الذى يوافق أصول الأصحاب هو الاحتمال الوسط، فإنه هو المصحح لأصل البيع، و إلا كان مقتضى المقابله لزوم الربا من رأس. قوله: «و قد يتخلص من الربا بأن يبيع الخ».

و لا يقدح فى ذلك كون هذه الأمور غير مقصوده بالذات، و العقود تابعه للقصد، لأن قصد التخلص من الربا إنما يتم مع القصد إلى بيع صحيح، أو قرض، أو غيرهما من الأنواع المذكوره، و ذلك كاف فى القصد، إذ لا يشترط فى القصد إلى عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه، بل يكفى قصد غايه صحيحه من غاياته، فإن من أراد شراء دار مثلا ليؤاجرها و يكتسب بها فإن ذلك كاف فى الصحه، و إن كان لشراء الدار غايات أخر أقوى من هذه و أظهر فى نظر العقلاء. و كذا القول فى غير ذلك من أفراد العقود. و قد ورد فى أخبار كثيره (١) ما يدل على جواز الحيله على نحو ذلك.

قوله: «الصرف و هو بيع الأثمان بالأثمان».

و الصرف -لغه (٢)- الصوت، و -شرعا- بيع الأثمان -و هى الذهب و الفضة- بالأثمان، كأنه سمي بذلك لما يشتمل عليه من الصوت عند تقليبها فى البيع و الشراء.

ص: ٣٣٢

١- (١) انظر الوسائل ١٢:٤٥٥ ب ٢٠ من أبواب الربا.

٢- (٢) النهايه لابن الأثير ٣:٢٥.

و يشترط في صحه بيعها-زائدا على الربويّات-التقايض في المجلس.فلو افترقا قبل التقايض بطل الصرف،على الأشهر(١).

و إنّما سمّى الجنسان ثمنا لأنهما يقعان عوضا عن الأشياء،و يقترنان بباء العوض غالبا.

بل نقل العلامة قطب الدّين الرازى (١)عن الفاضل أنّهما ثمن و ان اقترنت الباء بغيرهما،حتى لو باعه دينارا بحيوان ثبت للبائع الخيار،مدعيا على ذلك الاتفاق.

قوله:«و يشترط في صحه بيعها-إلى قوله-بطل الصرف على الأشهر».

زياده أحكامها على الربويّات باعتبار مجموع أفراد بيع الربويّات لا جميع أفرادها،فإن من جملتها بيع الذهب بالفصّه،و هذا لا يتعلّق به ربا،بل حكم الصرف خاصّه.و الحاصل أنّ بين حكم الرّبا و الصرف عموما و خصوصا من وجه،يجتمعان في بيع أحد النقدين بجنسه،و يختصّ الربا بغير الأثمان،و يختصّ الصرف ببيع أحد الأثمان بالآخر.

و المراد بالمجلس محلّ الاجتماع و إن تعدّد،كما مرّ في خيار المجلس (٢)،حتى لو فارقا مجلس العقد مصطحبين لم يبطل.و لو قال:«التقايض قبل التفريق»كان أولى.

و تبّه بالأشهر على خلاف الصدوق ابن بابويه (٣)حيث لم يعتبر المجلس،استنادا إلى روايات ضعيفه. (٤)و الأصحاب كلّهم على خلافه،فربّما كان الشرط إجماعيا.

و اعلم أنّه على تقدير الحكم بالبطلان مع التفريق،هل يجب تحصيل هذا الشرط بحيث يأثمان لو أخلا به اختيارا؟ليس في اعتبار شرطيته ما يدلّ عليه،بل غايته الحكم بالبطلان مع الإخلال به.و في التذكرة (٥)قطع بوجوب الوفاء به و التأثيم

ص:٣٣٣

١-١) راجع جامع المقاصد ٤:١٨١.و لكن لم ينقله فيه عن الفاضل.

٢-٢) في ص ١٩٤.

٣-٣) حكاه عنه في كشف الرموز ١:٤٩٧ و إيضاح تردّدات الشرائع ١:٢٨٢.راجع الفقيه ٣:١٨٣ ح ١.

٤-٤) راجع الوسائل ١٢:٤٦٠ ب ٢ من أبواب الصرف ح ١٠ إلى ١٥.

٥-٥) التذكرة ١:٥١٠-٥١١.

و لو قبض البعض صحّ فيما قبض حسب (١). و لو فارقا المجلس مصطحين لم يبطل.

و لو وكلّ أحدهما في القبض عنه (٢)، فقبض الوكيل قبل تفرّقهما، صحّ. و لو قبض بعد التفرّق، بطل.

و لو اشترى منه دراهم ثمّ ابتاع بها دنانير قبل قبض الدراهم لم يصحّ الثاني. و لو افترقا بطل العقدان (٣).

بتركه اختياراً، و جعله بمنزله الرّب، حتى أوجب عليهما التفاسخ قبل التفرّق لو تعدّر عليهما التقابض، و جعل تفرّقهما قبله بمنزله بيع الربوى نسيئته، فإنّ بطلانه لا يغني عن الإثم به. و هو ظاهر عباره الدروس (١)، حيث حكم بوجوب التقابض قبل التفرّق، و إن كان الوجوب في هذا الباب قد يعبّر به عن الشرط مجازاً. و في الأخبار (٢) ما يتّبه على التحريم، لكن لم يتعرّض له الأكثر.

قوله: «و لو قبض البعض صحّ فيما قبض حسب».

و يتخيّر كلّ منهما في فسخ الباقي و إمضائه لتبعض الصفقه، إن لم يكن حصل منهما تفريط في تأخير القبض، و إلا فلا. و لو اختصّ أحدهما بعدم التفريط اختصّ بالخيار.

قوله: «و لو وكلّ أحدهما في القبض عنه. إلخ».

الضابط في ذلك أنّ المعتبر حصول التقابض قبل تفرّق المتعاقدين. فمتى كان الوكيل في القبض غير المتعاقدين اعتبر قبضه قبل تفرّق المتعاقدين، و لا اعتبار بتفرّق الوكيلين. و متى كان المتعاقدان وكيلين اعتبر تقابضهما في المجلس، أو تقابض المالكين قبل تفرّق الوكيلين.

قوله: «و لو اشترى منه دراهم - إلى قوله - و لو افترقا بطل العقدان».

إنّما لم يصحّ الثاني لأنّ ملك العوض في الصرف موقوف على التقابض و لم

ص: ٣٣٤

١-١) الدروس: ٣٦٩.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢: ٤٥٨ ب ٢ من أبواب الصرف ح ١، ٩.

و لو كان له عليه دراهم فاشترى بها دنانير صحّ و إن لم يتقابضا.

و كذا لو كان له دنانير فاشترى بها دراهم، لأنّ النقدين من واحد(١).

يحصل، فيكون قد باع ثانيا ما لم يصر ملكا له. و يجيء على القول بالمنع من بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه وجه آخر لعدم الصحّ هنا. و بذلك يظهر بطلان العقدين لو افترقا قبله. هذا قول الأكثر. و فضل ابن إدريس هنا فقال: إن كان النقد المبتاع أولا معينا صحّ العقد الثاني إذا تقابضا في المجلس. و إن كان في الذمه بطل الثاني، لأنه دين بدين (١).

و ينبغي القول بالصحّ مطلقا إذا تقابضا قبل التفرّق. و غايه ما يحصل في البيع الثاني أن يكون فضوليا، فإذا لحقه القبض صحّ. و سيأتي أن بيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع.

قوله: «و لو كان له عليه دراهم-إلى قوله-لأنّ النقدين من واحد».

هذا التقدير مصحّ لهذه المسألة، لأنّ ما في الذمه بمنزله المقبوض، و هو وارد في المسألة السابقة أيضا، إلا أنّ هذه انفصلت عن تلك بأنّ ما في الذمه أولا كان ثابتا مستقرا بخلاف السابقة، فإنّ الدراهم المشتراه أولا لم تستقرّ في الذمه بسبب توقّفه على القبض، فلم يكن حصول النقدين من واحد كافيا.

و اعلم أنّ المصنّف فرض المسألة في من اشترى دنانير ممّن عليه الدراهم، فيبقى موضع الإشكال فيها اشتراط التقابض أو الاكتفاء بالعقد. و جماعه من الأصحاب (٢) فرضوها-تبعاً للرواية (٣)-في من قال لمن في ذمته الدراهم: حوّلها إلى دنانير، و حكموا بالتحوّل و إن لم يتقابضا، لعلّه أنّ النقدين من واحد. و أنكر ذلك ابن إدريس (٤) من حيث عدم التقابض، و من أنّ مجرد هذا الأمر لا يقتضى التحوّل.

ص: ٣٣٥

١-١) السرائر ٢:٢٦٧.

٢-٢) كالشيخ في النهاية: ٣٨٠ و يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٢٥٥.

٣-٣) الوسائل ١٢:٤٦٣ ب ٤ من أبواب الصرف ح ١ و ٢.

٤-٤) السرائر ٢:٢٦٥.



و لا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد و لو تقابضا. و يجوز فى الجنسين.

و يستوى فى وجوب التماثل المصوغ و المكسور، و جيد الجوهر و رديئه.

و إذا كان فى الفضة غش مجهول لم تبع إلا بالذهب أو بجنس غير الفضة. و كذا الذهب (١). و لو علم جاز يبعه بمثل جنسه، مع زياده تقابل الغش (٢).

و ربّما بنوا حكمهم على مقدّمات يلزم من صحّتها صحّ الحكم هنا:

الاولى: أنّ الأمر بالتحويل توكيل فى تولّى طرفى العقد، فإنّ التوكيل لا ينحصر فى لفظ.

الثانية: أنّه يصحّ تولّى طرفى العقد من الواحد.

الثالثة: أنّه يصحّ أيضا تولّيه طرفى القبض.

الرابعة: أنّ ما فى الذمّه مقبوض.

الخامسة: أنّ بيع ما فى الذمّه للغير من الدّين الحالّ بثمن فى ذمّته ليس بيع دين بدين.

السادسة: أنّ الوكيل فى البيع إذا توقّفت صحّته على القبض يكون وكيلا فيه، و إلاّ فإنّ مطلق التوكيل فى البيع لا يقتضى التوكيل فى القبض. فإذا سلّمت هذه المقدّمات صحّت المسأله.

قوله: «إذا كان فى الفضة غش مجهول-إلى قوله-و كذا الذهب».

هذا مبنى على الغالب من أنّ المغشوش لا-يباع بوزنه خالصا، لأنّ البيع مبنى على المكايسه و المغالبه، فلا يدفع المشتري بوزن المغشوش صافيا، و إلاّ فلو فرض وقوع ذلك صحّ بيعه بجنسه أيضا، بل متى علم زياده الخالص عن مجانسه المغشوش صحّ و إن لم يبلغ قدر المجموع من النقد و الغش.

قوله: «و لو علم جاز يبعه بمثل جنسه مع زياده تقابل الغش».

و كذا لو جهل كما بيناه، بأن جهل قدره و لكن علم أنّه لا يزيد عن النصف،

و لا يباع تراب معدن الفضة بالفضة احتياطا، و يباع بالذهب (١). و كذا تراب معدن الذهب.

و لو جمعا في صفقه واحده جاز بيعهما بالذهب و الفضة معا (٢). و يجوز بيع جوهر الرصاص (٣) و الصفر بالذهب و الفضة معا، و إن كان فيه يسير فضة أو ذهب، لأنّ الغالب غيرهما.

فيجوز بيعه بزيادة يسيره عن النصف من جنسه، و يصرف الزائد إلى مقابله الغش.

و معنى قوله «تقابل الغش» أن تكون الزيادة على النقد يصلح عوضا في مقابله الغش بحيث يتمّول، و إن لم تقابله قيمه.

قوله: «و لا يباع تراب معدن الفضة بالفضة احتياطا و يباع بالذهب».

أى للاحتياط في التحرز من الربا إذا بيع بجنسه، لجواز زياده أحدهما على الآخر، إذا الفرض كون النقد مجهولا. و لو بيع التراب هنا بمساويه نقدا لم يصحّ كما في المغشوش، لأنّ التراب لا قيمه له، فيبقى الزائد في الثمن بغير عوض. و كما يجوز بيعه بالنقد الآخر يجوز بمخالفهما بطريق أولى، لأنّه أبعد عن الربا. و كان عليه أن يذكره أيضا.

قوله: «و لو جمعا في صفقه واحده جاز بيعهما بالذهب و الفضة معا».

الظاهر من المعية كون الذهب و الفضة مجعولين معا ثمنا واحدا. و جواز بيعهما بهما حينئذ واضح على أصولنا، لأنصراف كلّ واحد إلى ما يخالفه. و كذا يجوز بيعهما بأحدهما مع زياده الثمن على مجانسه، بحيث يقابل تراب معدن الآخر. و لو بيعا بغيرهما صحّ أيضا بطريق أولى، كما مرّ.

قوله: «و يجوز بيع جوهر الرصاص. إلخ».

في قوله: «و إن كان فيه لفّ و نشر مرتب، أى و إن كان في جوهر الرصاص يسير فضة، و في جوهر الصفر يسير ذهب. و لا يشترط العلم بزيادة الثمن عن ذلك

و يجوز إخراج الدراهم المغشوشه (١) مع جهاله الغش، إذا كانت معلومه الصرف بين الناس. و إن كانت مجهوله الصرف لم يجز إنفاقها إلا بعد إبانه حالها.

## مسائل عشر

مسائل عشر:

اليسير، لأنه مضمحلّ و تابع غير مقصود بالبيع، فأشبهه الحليه على سقوف الجدران، و لحسنه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (١) عليه السلام.

و ما ذكرناه من التعليل أجود من تعليل المصنف بأنّ الغالب غيرهما، فإنّ مجرد الأغلبه غير كاف في جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق، حتى لو كان الخليط عشرا يمكن تمييزه لم يجز بيعه بجنسه إلا مع زياده الثمن عليه بحيث تقابل الآخر، كما مرّ.

و كأنّه أراد الغلبه المستوليه على النقد بحيث اضمحلّ معه مجازا، كما تجوزوا في قولهم في باب الأحداث: النوم الغالب على الحاستين. و الرصاص بفتح أوله، و الصفر بضمه.

قوله: «و يجوز إخراج الدراهم المغشوشه. إلخ».

المراد بكونها معلومه الصرف كونها متداوله بين الناس مع علمهم بحالها، فإنّه يجوز حينئذ إخراجها و إن لم يعلم بقدر ما فيها من الغشّ. فلو كانت مجهوله الصرف، بحيث لو علموا بحالها ما قبلوها، و جب على مخرجها إبانه حالها، بأن يقول إنّها مغشوشه و إن لم يبين قدر غشّها. و لو أخرجها من دون الإعلام على الجاهل بحالها جاز له ردّها إذا علم. و لو لم يردها بقي في ذمّه المخرج لها قدر التفاوت بينها و بين النقد المطلوب.

و لا يخفى أنّ المراد هنا الغشّ المعبر دون ما يستهلك لقلته. تبه عليه في التذكرة. (٢)

ص: ٣٣٨

١-١) الكافي ٥: ٢٤٨ ح ١٥، التهذيب ٧: ١١١ ح ٤٨١، الوسائل ١٢: ٤٨٥ ب ١٧ من أبواب الصرف ح ١، ٢.

١-٢) التذكرة ٥: ٥١٢.

الأولى: الدراهم و الدنانير يتعينان (١)، فلو اشترى شيئاً بدراهم أو دنانير، لم يجز دفع غيرهما و لو تساوت الأوصاف.

الثانية: إذا اشترى دراهم بمثلها معينه

الثانية: إذا اشترى دراهم بمثلها معينه (٢) فوجد ما صار إليه من غير جنس الدراهم، كان البيع باطلاً (٣) و كذا لو باعه ثوباً كتنا فبان صوفاً.

قوله: «الدراهم و الدنانير يتعينان».

هذا موضع وفاق بين أصحابنا و أكثر من خالفنا، لعموم الأمر بالإيفاء بالعقود (١)، فإذا اشتملت على التعيين لم يتم الوفاء بها إلا بجميع مشخصاتها، و لأنّ المقتضى لتعيين العروض هو العقد، و هو حاصل في الثمن، فيتعين كالعرض. فعلى هذا يجب دفع العين، و لا يجوز إبدالها. و لو تلفت قبل القبض انفسخ البيع، و لم يكن له دفع عوضها و إن ساواه مطلقاً، و لا للبائع طلبه. و إن وجد البائع بها عيباً لم يستبدلها، بل إمّا أن يرضى بها أو يفسخ العقد. و تبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة (٢) حيث ذهب إلى أنّها لا تتعين بالعقد، بل بالقبض، و أثبت [به] (٣) نقيض هذه الأحكام.

قوله: «إذا اشترى دراهم بمثلها معينه».

الثمن و المثمن إمّا أن يكونا معينين أو مطلقين أو مختلفين، فالأقسام أربعة.

ثمّ إمّا أن يظهر العيب فيهما أو في أحدهما، بحيث يكون جميعه معيباً أو بعضه. ثمّ إمّا أن يكون العيب من الجنس أو من غيره. ثمّ إمّا أن يكون الظهور قبل التفريق أو بعده. فالصور ستّ و تسعون صوراً. و هذه المسألة قد اشتملت على حكم المعين منها، و هي ثمان و أربعون، و التي بعدها اشتملت على حكم غير المعين. و منهما يعلم حكم ما لو تفرّق فيه. و كل هذه الأحكام متفرّعة على تعيينها بالتعيين.

قوله: «فوجد ما صار إليه من غير جنس الدراهم كان البيع باطلاً».

كما لو ظهرت الدراهم رصاصاً أو نحاساً. و وجه بطلان البيع ظاهر، لأنّ ما

ص: ٣٣٩

١- (١) المائدة ١.

٢- (٢) حليه العلماء ٤: ١٥٦، تحفه الفقهاء ٢: ٣٨، المغنى لابن قدامة ٤: ١٨٤.

٣- (٣) في «ك» فقط.

و لو كان البعض من غير الجنس بطل فيه حسب، و له ردّ الكلّ لتبعض الصفقه، و له أخذ الجيّد بحصّته من الثمن (١)، و ليس له بدله، لعدم تناول العقد له.

و لو كان الجنس واحداً (٢)، و به عيب كخشونه الجوهر أو اضطراب السكه، كان له ردّ الجميع أو إمساكه، و ليس له ردّ المعيب وحده و لا إبداله، لأنّ العقد لم يتناوله.

و وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء فيقع العقد باطلاً لتخلف القصد عمّا وقع عليه العقد. و لا فرق في ذلك بين الصرف و غيره، كما أشار إليه المصنّف بقوله: «و كذا لو باعه ثوبا كتّانا فبان صوفاً». و مثله ما لو باعه بغله فظهرت فرسا و نحو ذلك. فيجب هنا ردّ الثمن، و ليس له الإبدال لوقوع العقد على عين شخصيّه فلا يتناول غيرها، و لا الأرش لعدم وقوع الصحيح و المعيب على هذه العين.

قوله: «و لو كان البعض من غير الجنس - إلى قوله - و له أخذ الجيّد بحصّته من الثمن».

هذا الحكم واضح بنحو ما قلناه سابقاً. و حيث يأخذ المشتري الجيّد بحصّته من الثمن يتخيّر البائع أيضاً مع جهله بالعيب لتبعض الصفقه، كما يتخيّر المشتري.

و إنّما فرض خيار التبعض للمشتري بناء على الظاهر من أنّ المشتري يجهل بالعيب دون البائع، لثبوته في ملكه، و اطلاعه على أحواله، فلو فرض خلاف ذلك بأن اشتراه و كيله و باعه بسرعه من غير تأمل، أو كان العيب ممّا يخفى على مثله، ثبت له الخيار، كما أنّ المشتري لو اطّلع عليه فلا خيار له.

قوله: «و لو كان الجنس واحداً. إلخ».

إذا كان العيب من الجنس كما مثله المصنّف، و منه ظهور السكه مخالفه لسكه السلطان حيث تكون هي الغالب في المعامله و المقصوده بها و نحو ذلك، فإن كان العيب شاملاً للجميع تخيّر المشتري بين ردّه أجمع و إمساكه، و ليس له ردّ البعض

## الثالثه: إذا اشترى دراهم في الذمه بمثلها، ووجد ما صار إليه غير فضّه قبل التفزق

الثالثه: إذا اشترى دراهم في الذمه بمثلها، ووجد ما صار إليه غير فضّه قبل التفزق، كان له المطالبه بالبدل. وإن كان بعد التفزق بطل الصرف (١).

و لو كان البعض، بطل فيه و صحّ في الباقي (٢).

لتبعض الصفقه على صاحبه، و لا الإبدال للتعين.

و إن كان مختصا البعض تخير أيضا بين ردّ الجميع و إمساكه. و هل له ردّ المعيب وحده؟ قيل: لا، لإفضائه إلى تبعض الصفقه على الآخر، فيمنع منها كما لو كان بأجمعه معييا، فإنّ كلّ جزء منه موجب للخيار. و به قطع المصنّف و جماعه (١). و قيل:

له الاقتصار على ردّ المعيب، لانتقال الصحيح بالبيع. و ثبوت الخيار في الباقي لعارض العيب لا يوجب فسخ البيع فيه. و رجّحه في التذكرة (٢).

و أمّا الأرش فهو منفى في جميع هذه الصور، لأنّها مفروضه في بيع الفضّه بالفضّه، و هما متجانسان متساويان في القدر، فلو أخذ أرش المعيب لزم زياده قدر المعيب عن الصحيح، و لا- يجبره عيبه الجنسي، لما عرفت من أنّ جيّد الجوهر و رديّه جنس واحد. نعم، لو كانا مختلفين كالدرهم بالدينار جاز له اختيار الأرش أيضا ما دام في المجلس، فإنّ فراقه لم يجز أن يأخذ من الأثمان لثلا يعدّ صرفا بعد التفزق، و يجوز من غيرها.

قوله: «إذا اشترى دراهم في الذمه- إلى قوله- بطل الصرف».

إنّما كان له البدل هنا لأنّ العوض في الذمه و هو أمر كلّى، و المدفوع لما لم يكن من الجنس امتنع كونه احد العوضين، فيطالب بحقه، لانتفاء المانع حيث لم يحصل التفزق قبل القبض. و وجه البطلان مع التفزق فوات شرط صحّه الصرف، و هو التقابض قبله.

قوله: «و لو كان البعض بطل فيه و صحّ في الباقي».

أى ظهر كون البعض من غير الجنس و كان تبينه بعد التفزق، فإنّّه يبطل فيه،

ص: ٣٤١

١ - ١) كالشيخ في الخلاف ٣: ٦٨ مسألة ١١٢ و الصيّمرى في تلخيص الخلاف ٢: ٣١ مسألة ٩٥، و العلامه في تحرير الأحكام ١: ١٧٢.

٢ - ٢) التذكرة ١: ٥١٣.

و إن لم يخرج بالعيب من الجنسيه (١) كان مختيرا بين الردّ و الإمسالك بالثمن من غير أرش، و له المطالبه بالبدل قبل التفريق قطعاً. و فيما بعد التفريق تردّد.

لما مرّ (١). و لو كان قبله طالب بالبدل، و هو غير داخل في العبارة. و لو قال: «و لو كان البعض اختصّ بالحكم» لكان أشمل و أخصر.

قوله: «و إن لم يخرج بالعيب من الجنسيه. إلخ».

أمّا التخيير فللعيب، و أمّا عدم الأرش فلاستلزامه الربا. و حيث كان ما في الذمه أمراً كلياً محمولاً على الصحيح كان له إبداله قبل التفريق قطعاً، لأنّ المقبوض لا يقصر عن عدمه. و أمّا بعده ففيه تردّد من حيث إنّ الإبدال يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفريق، فإنّ (٢) الأمر الكليّ الثابت في الذمه قد وجد في ضمن البدل الحاصل بعد التفريق، فيؤدّي إلى فساد الصرف، فلا يصحّ البدل، و من تحقّق التقابض في العوضين قبل التفريق، لأنّ المقبوض و إن كان معيباً فقد كان محسوباً عوضاً، لأنّ العيب من الجنس، فلا يخرج عن حقيقه العوض المعين، غايته كونه بالعيب الجنسي موقتاً لبعض الأوصاف، و استدراكه ممكن بالخيار، و من ثمّ لو رضى به استقرّ ملكه عليه، و نماؤه له على التقديرين، فإذا فسخ رجع الحقّ إلى الذمه، فيتعيّن حينئذ عوضاً صحيحاً.

و قد ظهر بذلك أنّ التفريق قبل قبض العوض الصحيح لا يقدر في المعاوضه، و كذا لا يقدر الفسخ الطارئ. و هذا هو الأقوى. لكن هل يجب قبض البدل في مجلس الردّ، بناء على أنّ الفسخ رفع العوض، و صيرّ الفسخ عوض الصّرف غير مقبوض، فإذا لم يقدر في صحّه السابقه يتعيّن القبض حينئذ ليتحقّق التقابض. أو يسقط اعتباره، من حيث صدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحّه،

ص: ٣٤٢

١-١) في ص ٣٤٠.

٢-٢) كذا في «ك» و في غيرها (و إنّ).

الرابعة: إذا اشترى ديناراً بدينار (١) و دفعه، فزاد زياده لا تكون إلا غلطاً أو تعمّداً، كانت الزيادة في يد البائع أمانه، و كانت للمشتري في الدينار مشاعه.

و الأصل براءة الذمّه من وجوب قبض آخر، و لأنّ الصرف قد حكم بصحّته بالقبض السابق، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل؟ وجهان، أجودهما الثاني. و قد ظهر ممّا قلناه وجه الترجيح.

قوله: «إذا اشترى ديناراً بدينار. إلخ».

المراد أنّه اشترى ديناراً في الذمّه بدينار كذلك—و إن كان قوله: «و دفعه» قد يوهم التعيّن—إذ لو كانا معيّنين لبطل الصرف، من حيث اشتغال أحد العوضين على زياده عيّنّه. و كذا لو كان الزائد معيّناً، و المطلق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعيّن بحسب نوعه.

و الحكم بكون الزائد أمانه هو أجود القولين، لأصالة البراءة من الضمان، و لأنه لم يقبضها بسبب مضمون، من سوم و لا غضب و لا بيع فاسد، و إنّما قبضها بإذن مالِكها، فيكون كالودعي.

و القول الآخر أنّها تكون مضمونه، لأنّه قبضه على أنّه أحد العوضين اللذين جرى عليهما عقد المعاوضه فيكون مضموناً، نظراً إلى مقتضى العقد، و لأنه أقرب إلى الضمان من المقبوض بالسوم، و لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (١).

و فيه: أنّ قبضه على نيه العوض غير قادح مع ظهور عدمه، و مقتضى العقد لم يدلّ على ضمان غير العوضين، و كونه أقرب من المقبوض بالسوم إنّما يجري لو سلّم كون المقبوض بالسوم مضموناً، و هو محلّ النزاع. و عموم الخبر بحيث يشمل محلّ النزاع في حيز المنع، فإنّ الثابت على الآخذ بمقتضى الخبر غير مبين، فجاز كون الواجب على اليد الحفظ أو نحوه إلى أن تؤدّي. و يرشد إليه الأمانات المقبوضه باليد مع عدم الحكم بضمانها، و إنّما القدر المتفق عليه وجوب حفظها.

ص: ٣٤٣



الخامسة: روى جواز ابتياع درهم بدرهم (١)، مع اشتراط صياغه خاتم. و هل يتعدى الحكم؟ الأ شبه لا.

و تبه بقوله: (لا تكون إلا غلطا أو تعمدا) على التسويه بين الأمرين فى الأمانه.

و هو فى صوره التعمد محلّ وفاق، و لآئه و كيل له و نائب فى الحفظ.

ثمّ الأمانه فى الصورتين -على تقديرها- مختلفه، فعلى تقدير التعمد هى أمانه مالكيه لا يجب ردها إلاّ مع طلب مالكيها، و إن وجب حفظها. و على تقدير الغلط هى شرعيه، و إن كانت مدفوعه من المالك، لعدم علمه بها، فيكون كما لو أعاره صندوقا فوجد فيه متاعا، فإنه يكون أمانه شرعيه، مع استناد دفعه إلى المالك نظرا إلى جهله به. و يحتمل كونها مالكيه، نظرا إلى استناد دفعها إليه و تعريفها المشهور بينهم صادق على محلّ النزاع، لأنّهم جعلوا مناطها كونها مستنده إلى المالك أو من هو فى حكمه. و تظهر الفائده فى وجوب ردها على الفور أو إعلام المالك بها، فإنّ ذلك من أحكام الأمانه الشرعيه.

ثمّ على تقدير الغلط إمّا أن يتبين الحال قبل التفريق أو بعده، فإن كان قبله فلكلّ منهما استرداد الزائد و إبداله، و ليس للآخر الامتناع تحرّزا من الشركه. و إن كان بعد التفريق، فإنّ جوازنا الإبدال للمعيب من الجنس -كما مرّ- (١) فكذلك، و إلاّ ثبت الخيار لكلّ واحد منهما، لعيب الشركه. و لو كانت الزيادة يسيره بسبب اختلاف الموازين فهى للقابض.

قوله: «روى جواز ابتياع درهم بدرهم. إلخ».

هذه الروايه رواها أبو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يقول للصائغ: صنع لى هذا الخاتم و أبدل لك درهما طازجيا بدرهم غلّه، قال: «لا بأس». (٢)

و قد اختلفوا فى تنزيل هذه الروايه و العمل بمضمونها. فالشيخ -رحمه الله-

ص: ٣٤٤

١- ١) فى ص ٣٤٠.

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٤٩ ح ٢٠، التهذيب ٧: ١١٠ ح ٤٧١، الوسائل ١٢: ٤٨٠ ب (١٣) من أبواب الصرف.

عمل بها فى البيع المذكور فى الكتاب (١)، و عداها إلى اشتراط غير صياغه الخاتم، نظرا إلى تضمّن الروايه جواز الصياغه مع البيع، و عدم الفرق بينها و بين غيرها من الشروط. و كذلك ابن إدريس (٢)، إلا أنه نظر من جهه أخرى، و هى أنّ الصياغه ليست زياده عيئيه، و الممتنع فى الربا هى خاصه دون الحكيميه. و المصنّف (رحمه الله) و جماعه (٣) نقلوها بلفظ «روى» مترددين فيها.

و الحقّ أنّها لا دلالة لها على مدّعاهم من جواز بيع درهم مطلقا بدرهم مع شرط الصياغه، بل إنّما تضمّنت جعل إبدال الدرهم المذكور فيها بالدرهم شرطا فى الصياغه، لا البيع بشرط الصياغه. اللهمّ إلا أن يقال: إنّ الإبدال يرجع إلى الصرف، و أنّه لا فرق بين الزيادة إذا جعلت شرطا فى الربوى، و بين جعل الربوى شرطا فيها، مع حصولها فى الحالين.

و أجد ما تنزّل عليه الروايه أنّها تضمّنت إبدال درهم طازج بدرهم غلّه، مع شرط الصياغه من جانب الغلّه، و مع ذلك لا تتحقّق الزيادة، لأنّ الطازج -على ما ذكره بعض أهل اللغه (٤)، و نقله جماعه من الفقهاء (٥)- الدرهم الخالص، و الغلّه غيره و هو المغشوش. و قد تطلق الغلّه، على المكسّر. و لكن هنا يتمّ مع التفسير الأوّل، لأنّ الزيادة الحكيميه مشروطه مع المغشوش، و هى تقابل بما زاد فى الخالص عن جنسه فى المغشوش. و هذا الوجه لا مانع منه فى البيع و غيره، و فى شرط صياغه خاتم و غيره من الصنائع و الأعيان. فعلى هذا يصحّ الحكم و يتعدّى. و أمّا ما أطلقوه فالمنع إليه متوجّه، سواء فيه شرط الصياغه و غيرها، للإجماع على المنع من الزيادة العيئيه. و كذا الحكيميه على المذهب الحقّ. و لا دليل يعارض ذلك على ما عرفت من الروايه.

ص: ٣٤٥

١- ١) النهايه: ٣٨١.

٢- ٢) السرائر ٢: ٢٦٧.

٣- ٣) كالعلاّمه فى القواعد ١: ١٣٣ و إرشاد الأذهان ١: ٣٦٨.

٤- ٤) راجع النهايه ٣: ١٢٣ و لسان العرب ٢: ٣١٧، ماده (طزج).

٥- ٥) راجع غايه المراد: ٩٢، و جامع المقاصد ٤: ٢٠٢.

السادسه:الأواني المصوغه من الذهب و الفضة(١) إن كان كل واحد منهما معلوما جاز بيعه بجنسه من غير زياده،و بغير الجنس و إن زاد.و إن لم يعلم و أمكن تخليصهما لم تبع بالذهب و لا- بالفضة،و بيعت بهما أو بغيرهما.و إن لم يمكن و كان أحدهما أغلب بيعت بالأقل.و إن تساويا تغلبا بيعت بهما.

قوله:«الأواني المصوغه من الذهب و الفضة.إلخ».

قد عرفت من القواعد السالفه أنّ المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسهما مطلقا،و بهما معا،سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا إذا عرف قدر الجملة، و سواء أمكن تخليصهما أم لا،و بكل واحد منهما إذا علم زيادته عن جنسه بحيث يصلح ثمنا للآخر و إن قل،سواء أمكن التخليص أم لا،و سواء علم قدر كل واحد أم لا.و هذه المسألة جزئي من جزئيات القاعده.و ما ذكره فيها من الحكم كلام الشيخ (١)(رحمه الله)،و تبعه عليه جماعه (٢).و هو محتاج إلى التنقيح في جميع أقسامه كما لا يخفى. و لننبه منه على أمور:

الأول:قوله:(إن كان أحدهما معلوما جاز بيعه بجنسه من غير زياده،و بغير الجنس و إن زاد) إن أراد من بيعه ذلك الجنس خاصه فهذا لا وجه له،لأن المبيع إنّما هو المركب منهما لا الجزء،فلا معنى لافراده بالبيع.و إن كان المراد به المجموع اشترط في بيعه بجنس أحدهما زياده الثمن على جنسه لتقابل الآخر.و إن أراد بيع المجموع بجنسه،أى بالجنسين معا،فلا وجه لاشتراط عدم زيادته أيضا،لانصراف كل جنس إلى مخالفه،فيجوز زيادته و نقصانه.و لا فرق في هذين القسمين بين أن يعلم قدر كل واحد منهما أو يجهل كما مرّ،فلا وجه للتقييد بالعلم بهما.

الثاني:قوله(و إن لم يعلم و أمكن تخليصهما لم تبع بالذهب و لا بالفضة، و بيعت بهما أو بغيرهما) فيه:أن بيعه بوزنه ذهباً أو فضة جائز مطلقا.و كذا مع زياده

ص:٣٤٦

١- (١) النهايه:٣٨٣.

٢- (٢) راجع السرائر ٢٧١:٢.

السابعة: المراكب المحلّاه إن علم ما فيها بيعت بجنس الحليه، بشرط أن يزيد الثمن عمّا فيها، أو توهب الزيادة من غير شرط، و بغير جنسها مطلقاً (١).

الثمن على قدر المركّب. و يمكن جوازه مع نقصانه إذا علم زيادة الثمن على جنسه بما يتموّل، فمنعه من بيعه بأحدهما على تقدير إمكان التخليص لا وجه له، بل يجوز حينئذ بيعه بهما و بأحدهما و بغيرهما (و بالأقل) [١]، سواء أمكن التخليص أم لا.

الثالث: قوله (و إن لم يمكن و كان أحدهما أغلب بيعت بالأقل) فيه: أنّه يجوز بيعه بهما، و بغيرهما، و بالأقلّ و الأكثر، إذا علم زيادة الثمن على جنسه، كما مرّ.

فالتقييد بالأقلّ عار عن النكته.

و اعتذر الشهيد (رحمه الله) لهم عن ذلك بأن ذكر الأقلّ محافظه على طلب الزيادة (٢). و لا يخفى أنّ الزيادة المعتبره في الثمن عن جنسه يمكن تحقّقها مع الأقلّ و الأ-كثر، و مع ذلك فالإرشاد إلى الزيادة غير كاف في التخصيص الموجب لتوهم المنع من غيره.

الرابع: قوله (و إن تساويا تغلبا بيعت بهما) فيه: أنّه مع تساويهما يجوز بيعه بهما، و بأحدهما مع الزيادة، و بغيرهما، فلا-وجه للتخصيص بهما. و لا فرق في ذلك أيضا بين إمكان التخليص و عدمه، و لا بين العلم بقدر كلّ واحد منهما و عدمه، بل المعتبر العلم بالجملة. و يمكن فرض العلم بتساويهما مع جهاله قدر كلّ واحد منهما، بأن يكون معهما ثالث من نحاس و غيره، بحيث يوجب الجهل بقدرهما مع العلم بتساويهما قدرا. و في قوله (و إن تساويا تغلبا) تجوّز، فإنّ التغليب لا يكون إلاّ مع زيادة أحدهما لا مع تساويهما.

قوله: «المراكب المحلّاه إن علم ما فيها- إلى قوله- و بغير جنسها مطلقاً».

الكلام في هذه المسأله نحو ما تقدّم، فإنّه مع العلم بقدر الحليه يجوز بيعها

ص: ٣٤٧

١- (١) وردت في (٥).

٢- (٢) الدروس: ٣٧٠.

و إن جهل، و لم يمكن نزعها (١) إلا مع الضرر، يبعث بغير جنس حليتها. و إن يبعث بجنس الحليه، قيل: يجعل معها شيء من المتاع، و تباع بزياده عمّا فيها تقريباً، دفعا لضرر النزاع.

بغير جنسها مطلقاً، و بجنسها مع الزيادة. و كذا يجوز ذلك مع الجهل بقدرها إذا علم زياده الثمن عن الحليه، فإنّه يمكن تصوّر العلم بالزيادة و إن جهل القدر. و لا فرق في ذلك بين إمكان نزعها و عدمه.

و قوله: (من غير شرط) أي من غير شرط الاتهاب في عقد البيع، لاستلزامه الزيادة في أحد الجنسين، لأنّ الشرط زياده حكميّه، كما عرفت في اشتراط صياغه الخاتم. و إنّما يصحّ مع شرط هبه الزيادة إذا وقع البيع بالثمن على الحليه خاصّه، إذا فرضت قدره، أو زائده على قدره، كما لا يخفى. و لو وهبه الزائد قبل البيع صحّ أيضاً، و يجب تجريدّه عن شرط بيع الباقي بمثله، كما لو تأخّرت الهبه.

قوله: «و إن جهل و لم يمكن نزعها. إلخ».

قد عرفت ممّا سلف أنّه مع الجهل بقدرها يجوز بيعها بغير جنس حليتها مطلقاً، و بجنسها مع العلم بزياده الثمن عليها فإنّه قد يفرض، سواء جعل معها شيء أم لا، و مع عدم العلم بزيادته عليها إذا ضمّ إليه شيء، ليصرف الثمن إلى غير الحليه و الضميمه إليها.

و أمّا قوله: (قيل يجعل معها شيء) فأشار به إلى قول الشيخ - رحمه الله - (١)، فإنّه ذكر ذلك و جعل الضمير مؤنّثاً كما هنا، و ظاهره أنّ الضميمه تكون مع الحليه.

و حينئذ يظهر ضعف القول، فمن ثمّ ذكره بصيغه «قيل»، لأنّ ضميمه شيء إلى المركّب توجب الضرر (٢)، حيث يحتاج إلى مقابله الثمن بها مع الباقي، و إنّما المحتاج

ص: ٣٤٨

١ - ١) النهايه: ٣٨٤.

٢ - ٢) في «ب» الغرر.

الثامنة: لو باع ثوبا بعشرين درهما (١)، من صرف العشرين بالدينار، لم يصح لجهالته.

إلى الضميمة الثمن. و الشيخ تبع في ذلك روايه [١]وردت بهذه الصيغه و نسبت الى و هم الراوى، و أنّ الصواب «معه».

و اعتذر له الشهيد (رحمه الله) بأنه أراد أن يبيعها منفردة لا- يجوز، فيضم إليها المحلى أو شيئاً آخر، أو يضم إليها و إلى المحلى، تكثيراً للثمن من الجنس (١). و قد عرفت أنّ ذلك كله مستغنى عنه، فإنّ يبيعها منفردة- و إن كانت مجهولة- بالجنس يمكن مع العلم بزيادة الثمن عليها، سواء ضمنا إليها شيئاً أم لا.

و كان الأولى عود الضمير إلى الثمن و لو بضرب من التجوّز، فإنّه المحتاج إلى الضميمة إذا لم يعلم زيادته عن الحليه. لكن على تقدير اراده الثمن- بتأويل الأثمان و نحوه- لا يلتزم مع قوله بعد ذلك: «و تباع بزياده عمّا فيها تقريباً» لأنّه مع الضميمة إلى الثمن- و الحال أنّ المحلى منضم إلى الحليه- يستغنى عن زياده الثمن، لانصراف كلّ من جزءى العوضين إلى المخالفه.

قوله: «لو باع ثوبا بعشرين درهما. إلخ».

تعليله المنع بالجهاله يقتضى إثباتها و إن وجد فى المعامله منها نوع صرفه ذلك و علم به. و بهذا التعميم صرح فى التذكرة، حتى قال: «لو كان نقد البلد صرف عشرين بدينار لم يصح أيضاً، لأنّ السعر مختلف، و لا يختص ذلك بنقد البلد» (٢).

و يشكل بأنّ المانع من الصحه إنّما هو مجهوليه الدراهم، و هى على هذا التقدير معلومه، و الإطلاق منزل على نقد البلد، أو الغالب إن تعدد، فمتى كان نقد البلد معيّناً لذلك الصرف أو الغالب، أو عيّناً نوعاً لذلك صح، و إلا فلا.

ص: ٣٤٩

١-٢) الدروس: ٣٧٠.

٢-٣) التذكرة ٥١٥: ١.

## التاسعة: لو باع مائه درهم بدينار إلا درهما، لم يصح لجهالته

التاسعة: لو باع مائه درهم بدينار إلا درهما، لم يصح لجهالته. (١) و كذا لو كان ذلك ثمنا لما لا ربا فيه (٢). و لو قدر قيمه الدرهم من الدينار، جاز لارتفاع الجهاله.

قوله: «لو باع مائه درهم بدينار الا درهما لم يصح لجهالته».

هكذا أطلق الشيخ (١) و جماعه (٢). و يجب تقييده بجهاله نسبه الدرهم من الدينار، بأن جعله ممّا يتجدد من النقد حالاً و مؤجلاً، أو من الحاضر مع عدم علمهما بالنسبه، فلو علماها صحّ. و إلى القيد أشار المصنّف بقوله: (للجهاله)، و بقوله:

(و لو قدر قيمه الدرهم من الدينار جاز لارتفاع الجهاله). و أراد بالتقدير العلم بالنسبه و إن لم يصرح بها، فإنّه مناط الصحه، و إن كان التصريح بالتقدير أولى بالصحه.

و فى روايه السكونى عن الصادق عن على عليهما السلام فى الرجل يشتري السلعه بدينار غير درهم إلى أجل قال: «فاسد، فلعلّ الدينار يصير بدرهم» (٣) إشاره إلى أنّ العله هى الجهاله. و لا فرق [حينئذ] (٤) بين استثناء الدرهم من الدينار، و غيره منه، و غيره من غيره، فإنّ ضابط الصحه فى الجميع علم النسبه، و البطلان عدمه.

قوله: «و كذا لو كان ثمنا لما لا ربا فيه».

بأن باعه ثوبا بدينار غير درهم، فإنّ الحكم واحد فى الصحه مع علم النسبه، و البطلان لا معه. و قد روى حماد عن الصادق عن أبيه عليهما السلام «أنّه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنّه لا يدرى كم الدينار من الدرهم» (٥). و هو محمول على جهاله النسبه كما يقتضيه التعليل، فلو علم بها صحّ.

ص: ٣٥٠

١-١) راجع المبسوط ٢:٩٨، النهايه: ٣٨٤.

٢-٢) منه ابن البراج فى المهذب ١:٣٧٠-٣٧١، و ابن إدريس فى السرائر ٢:٢٧٢.

٣-٣) التهذيب ٧:١١٦ ح ٥٠٢ و الوسائل ١٢:٣٩٩ ب (٢٣) من أبواب أحكام العقود ح ٢.

٤-٤) وردت فى «ب».

٥-٥) التهذيب ٧:١١٦ ح ٥٠٤ و الوسائل الباب المتقدم ح ١ و ٤.

العاشره: لو باع خمسه دراهم بنصف دينار، قيل: كان له شقّ دينار، ولا يلزم المشتري صحيح، إلا أن يريد بذلك نصف المثقال عرفاً (١).

و كذا الحكم في غير الصرف.

و تراب الصياغه يباع بالذهب و الفضة معا (٢)، أو بعرض (١) غيرهما، ثم يتصدق به، لأنّ أربابه لا يتميّزون.

قوله: «لو باع خمسه دراهم بنصف دينار-إلى قوله-إلا أن يريد بذلك نصف المثقال عرفاً».

القول للشيخ-رحمه الله- (٢) و هو حقّ، لأنّه حقيقه فيه لغه، إلا أن يدلّ العرف على غيره، فيحمل عليه. و أولى منه لو صرح بإرادته الصحيح. و قول المصنّف: «إلا أن يريد بذلك نصف المثقال عرفاً» أي نصفه صحيحاً، وإن كان اللفظ أعمّ منه. و كذا القول في نصف الدرهم و غيره من الاجزاء.

و حيث كان الإطلاق منزّلاً-على الإشاعه إلا- مع دلالة العرف على خلافه، فلو اختلف العرف في أحدهما حمل الإطلاق على الشقّ، إذ لا معارض للغه، بسبب عدم انضباط العرف، خلافاً للتذكرة (٣)، حيث حكم بالبطلان هنا مع عدم التعيين، للجها له.

و لو باعه شيئاً آخر بنصف دينار آخر، فإن حملناه على الشقّ تخير بين أن يعطيه شقّي دينارين، و يصير شريكاً فيهما، و بين أن يعطيه ديناراً كاملاً. و إن حمل على الصحيح لم يجب قبول الدينار الكامل.

قوله: «و تراب الصياغه يباع بالذهب و الفضة معا. إلخ».

إنّما وجب بيعه بهما حذراً من الربا لو بيع بأحدهما، لجواز زياده ما فيه من جنس الثمن عنه، أو مساواته له. و على هذا لو علم زياده الثمن عن جنسه صحّ بيعه بأحدهما خاصّه. و العرض-بفتح العين و سكون الراء-غير الدراهم و الدنانير من

ص: ٣٥١

١-١) في بعض النسخ «بعوض».

٢-٢) المبسوط ٩٨: ٢.

٣-٣) التذكرة ٥١٥: ١.



الأمتعه و العقار، فالوصف بكونه غيرهما موضح، إذ العرض لا يكون إلا غيرهما.

وقوله: «ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهِ» معللاً بأن أربابه لا يتميزون، محمول على ذلك، فلو تميزوا بأن كانوا منحصرين رده إليهم. ولو كان بعضهم معلوما فلا بد من محالته و لو بالصلح، لأن الصدقه بمال الغير مشروط باليأس من معرفته. و على هذا فيجب التخلّص من كلّ غريم يعلمه. و ذلك يتحقّق عند الفراغ من عمل كلّ واحد، فلو أخر حتى صار مجهولاً أثم بالتأخير، و لزمه ما ذكر من الحكم.

و لا يتعيّن بيعه قبل الصدقه - كما يشعر به ظاهر العبارة - بل يتخيّر بين الصدقه بعينه و ثمنه. و إنّما ذكر البيع ليتّبه على تعيين الطريق إلى بيعه، سواء أراد الصدقه أم لا.

و مصرفه مصرف الصدقات الواجبه، و قيل: المندوبه، و إن كانوا عياله، لا - نفسه و إن كان بالوصف، مع احتمالها. و لو ظهر بعد الصدقه بعض المستحقّين و لم يرض بالصدقه ضمن حصّته، مع احتمال العدم.

و لو دلّت القرائن على إعراض مالكه عنه جاز للصائغ تملكه كغيره من الأموال المعرض عنها. و الأصل في ذلك روايه على بن ميمون الصائغ (1) عن الصادق عليه السلام. و يلحق به أرباب باقي الحرف، كالحدّاد و الخياط و الطحّان و الخبّاز.

ص: ٣٥٢

١-١) الكافي ٥: ٢٥٠ ح ٢٤، التهذيب ٧: ١١١ ح ٤٧٩، الوسائل ١٢: ٤٨٤ ب (١٤) من أبواب الصرف ح ١.

## أما النخل

أمّا النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاما. و في جواز بيعها كذلك عامين فصاعدا تردّد، و المروى الجواز (١). و يجوز بعد ظهورها، و بدوّ صلاحها، عاما و عامين، بشرط القطع و بغيره، منفردة و منضمّة.

قوله: «و أما النخل فلا يجوز بيع ثمرته -إلى قوله- و المروى الجواز».

لا خلاف في المنع من بيع الثمره قبل ظهورها عاما واحدا من غير ضميمه.

و المشهور المنع مع الضميمه أيضا حيث لا تكون الضميمه هي المقصوده بالبيع، لأنّه غرر. و أمّا بيعها أكثر من عام فالمشهور عدم جوازه أيضا، بل ادّعى عليه ابن إدريس (١) الإجماع، للغرر المنهى عنه، و لروايه أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن النخل و الثمره يبتاعها الرجل عاما واحدا قبل أن يثمر؟ قال:

«لا- حتى تثمر و تأمن ثمرتها من الآفه، فإذا أثمرت فابتعها أربعه أعوام إن شئت مع ذلك العام، أو أكثر من ذلك، أو أقل» (٢). و مفهوم الشرط يدلّ على المنع من بيعها قبل ظهور الثمره، و هو حجّه عند المحقّقين. و قريب منها روايه أبي الربيع الشامي عنه عليه السلام (٣). لكن في الروايه الأولى ضعف، و الثانيه من الحسن.

و أشار المصنّف (رحمه الله) بقوله: (المروى الجواز) إلى صحاحه يعقوب بن

ص: ٣٥٣

١- (١) السرائر ٣٥٩: ٢.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٩١ ح ٣٨٧، الاستبصار ٣: ٨٨ ح ٣٠٣، الوسائل ٥: ١٣ ب (١) من أبواب بيع الثمار ح ١٢. و في الاستبصار (يبتاعهما).

٣- (٣) الفقيه ٣: ١٥٧ ح ٦٩٠، التهذيب ٧: ٨٧ ح ٣٧٢، الاستبصار ٣: ٨٦ ح ٢٩٣، الوسائل ١٣: ٤ ب (١) من أبواب بيع الثمار ح ٧.

و لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاما، إلا أن يضم إليها ما يجوز بيعه، أو بشرط القطع، أو عامين فصاعدا(١).

شعيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل فقال: «كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمره، ولكن السنتين و الثلاث، كان يقول: إن لم تحمل في هذه السنه حمل في السنه الأخرى». و سألته عن الرجل يبتاع النخل و الفاكهه قبل أن تطلع، فيشتري سنتين أو ثلاث سنين أو أربعا، فقال: «لا بأس، إنما يكره شراء سنه واحده قبل أن تطلع مخافه الآفه حتى تستبين» (١).

و عمل بمضمون هذه الروايه الصدوق (رحمه الله) (٢). و يظهر من المصنّف الميل إليه. و هو قوى- إن لم يثبت الإجماع على خلافه- لصحّحه روايته، و ترجيحها على ما يخالفها من الروايات، مع إمكان حمل روايات المنع على الكراهه جمعا.

و المراد بظهور الثمره خروجها إلى الوجود، و إن كانت في طلوعها. و في حديث سماعه قال: سألته عن بيع الثمره هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلوعها؟ فقال:

«لا- إلا- أن يشتري معها غيرها رطبه أو بقل- و إن لم تخرج الثمره كان رأس مال المشتري في الرطبه و البقل» (٣) تنبيه على أنّ المراد بالظهور ما يشمل خروجه في الطلع. و فيه دليل على جواز بيعه عاما مع الضميمه، إلا أنّه مقطوع، و حال سماعه مشهور. و المراد بالعام هنا ثمره العام، و إن وجدت في شهر واحد أو أقل.

قوله: «و لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاما- إلى قوله- أو عامين فصاعدا».

من الضميمه بيعها مع الأصل. و ألحق العلامه (٤) بالثلاثه بيعها على مالك

ص: ٣٥٤

١- ١) التهذيب ٧: ٨٧ ح ٣٧٣، الاستبصار ٣: ٨٦ ح ٢٩٢، الوسائل ١٣: ٤ ب (١) من أبواب بيع الثمار ح ٨، في المصادر «قبل أن تطلع ثمره السنه. و في الاستبصار «كان يجوز و يقول».

٢- ٢) المقنع: ١٢٣.

٣- ٣) الكافي ٥: ١٧٦ ح ٧، الفقيه ٣: ١٣٣ ح ٥٧٨، التهذيب ٧: ٨٤ ح ٣٦٠، الاستبصار ٣: ٨٦ ح ٢٩٥، الوسائل ١٣: ٩ ب ٣ من أبواب بيع الثمار ح ١.

٤- ٤) التذكرة ١: ٥٠٣.

و لو بيعت عاما من دون الشروط الثلاثة، قيل: لا يصح، و قيل:

يكره، و قيل: يراعى السلامه، و الأول أظهر (١).

و لو بيعت مع أصولها جاز مطلقا (٢).

الأصل، و بيع الأصل مع استثناء الثمره. و فى الأخير نظر، إذ ليس هناك بيع و لا نقل للثمره بوجه. و دليل الأول غير واضح، و التبعية للأصل إنما يجدى (١) لو بيعا معا. و تبه بقوله (ما يجوز بيعه) على اشتراط كون الضميمة ممّا يمكن إفراده بالبيع بأن يكون متمولا جامعا لباقي شرائط البيع.

و اعلم أنّ فى عبارته المصنّف تسامحا، فإنّه جعل متعلّق المنع بيعها عاما، و استثنى منه الثلاثة التى منها بيعها عامين فصاعدا، و فساده ظاهر، و كان الأولى ترك قوله (عاما) ليكون المنع عاما فى غير الثلاثة. و مثله قوله (و لو بيعت عاما من دون الشروط الثلاثة)، و اللازم ترك لفظه عاما هنا أيضا.

قوله: «و لو بيعت عاما من دون الشروط الثلاثة» - إلى قوله - «و الأول أظهر».

القول بالمنع للأكثر، و به روايات (٢) معارضه بما هو أصحّ منها. و طريق الجمع حملها على الكراهه، و هو القول الثانى. و القول بمراعاة السلامه لسائر (رحمه الله) (٣) فى ظاهر كلامه. و الأوسط أوسط.

قوله: «و لو بيعت مع أصولها جاز مطلقا».

سواء بدا صلاحها، أو شرط القطع، أو ضمّ إليها شيئا، أم لا. و هذا فى الحقيقة راجع إلى الضميمة، كما مرّ فليس فى أفرادها نكته.

ص: ٣٥٥

١- ١) كذا فى «ن» و «و» و فى «ه» تجرى، و فى «ك» و «م» يجرى.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٣: ٢ ب (١٠) من أبواب بيع الثمار ح ١٣، ٤، ٥، ٣.

٣- ٣) المراسم: ١٧٧. و فيه: «و متى خاست الثمره المبتاعه قبل بدوّ صلاحها فللبائع ما غلب دون ما انعقد عليه البيع من الثمن».

و بدو الصلاح أن تصفر، أو تحمر، أو تبلغ مبلغا يؤمن عليها العاهه (١).

و إذا أدرك بعض ثمره البستان جاز بيع ثمرته أجمع، و لو أدركت ثمره بستان لم يجز بيع ثمره البستان الآخر، و لو ضم إليه. و فيه تردّد (٢).

قوله: «و بدو الصلاح أن تصفر أو تحمر أو تبلغ مبلغا تؤمن عليها العاهه».

بدو صلاح ثمره النخل المجوّز لبيعها-على القول بالمنع من بيعها قبله على الوجه السابق-أحد الأمرين المذكورين، عملاً بما دلّت عليه الروايات، فإنّ كثيراً منها دلّت على الأوّل، و فى روايه أبى بصير السابقيه (١) ما يدل على الثانى.

و اقتصر جماعه من الأصحاب (٢) على العلامه الأولى لصحّه دليلها. و قيل بالثانى خاصّه. و ربّما نزل كلام المصنّف فى الجمع بين العلامتين على القولين، لا على الجمع بينهما. و الأقوى اعتبار العلامه الأولى خاصّه، لما ذكرناه.

و المرجع فى الأيمن من العاهه-على القول بها-إلى أهل الخبره. و نقل فى التذكره (٣) عن بعض العلماء أنّ حدّه طلوع الثريا، محتجّاً عليه بروايه (٤) عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم. و لم يثبت النقل.

قوله: «و إذا أدرك بعض ثمره البستان-إلى قوله-و فيه تردّد».

أمّا الأولى فموضع وفاق، و لأنّ بيع ما لا يدرك جائز مع الضميمه، كما مرّ (٥)، و ما أدرك ضميمه لما لم يدرك. و أمّا الثانى فالأقوى أنّها كذلك، لتحقّق الضميمه

ص: ٣٥٤

١- (١) الوسائل ٥: ١٣ ب (١٠) من أبواب بيع الثمار ح ١٢.

٢- (٢) راجع النهايه: ٤١٤ و السرائر ٣٦١: ٢ و القواعد ١٣٠: ١.

٣- (٣) التذكره ٥٠٣: ١.

٤- (٤) سنن البيهقى ٣٠٢: ٥.

٥- (٥) فى ص ٣٥٤.

وَأَمَّا الْأَشْجَارُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا حَتَّى يَبْدُو صِلَاحُهَا. وَحَدَّثَهُ أَنْ يَنْعَقِدَ الْحَبُّ، وَلَا يَشْتَرُطُ زِيَادَهُ عَنْ ذَلِكَ، عَلَى الْأَشْبَهَةِ (١).

المسوّغ للبيع، وَيؤَيِّدُهُ رَوَايَةُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (١).

وَوَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّ لِكُلِّ بَسْتَانٍ حَكْمَ نَفْسِهِ، لِتَعَدُّدِهِ، وَرَوَايَةُ عَمَّارٍ (٢) عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ الدَّالَّةُ عَلَى اعْتِبَارِ إِدْرَاكِ كُلِّ نَوْعٍ مِنَ الْأَنْوَاعِ الْمَتَّفِرِّقَةِ. وَهُوَ قَوْلُ الشَّيْخِ (٣). وَضَعْفُ مُسْتَنَدِهِ وَاضِحٌ. هَذَا كُلُّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمَنْعِ مِنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَبْدُ صِلَاحُهُ، وَعَلَى مَا اخْتَرَنَاهُ فَلَا إِشْكَالَ.

قَوْلُهُ: «وَحَدَّثَهُ أَنْ يَنْعَقِدَ الْحَبُّ وَلَا يَشْتَرُطُ زِيَادَهُ عَنْ ذَلِكَ عَلَى الْأَشْبَهَةِ».

عَنِ الْزِيَادَةِ الْمَنْفِيَّةِ قَوْلُ الشَّيْخِ فِي النِّهَايَةِ (٤) وَجَمَاعِهِ (٥) «إِنَّ حَدَّهَ مَعَ انْعِقَادِ الْحَبِّ تَنَاثُرُ الْوَرْدِ» وَقَوْلُهُ فِي الْمَبْسُوطِ (٦) «إِنَّهُ التَّلَوْنُ فِيمَا يَتَلَوَّنُ، وَصَفَاءُ اللَّوْنِ، وَأَنْ يَتَمَوَّهُ، وَهُوَ أَنْ يَنْمُو فِيهِ الْمَاءُ الْحَلُوقُ فِيمَا يَبْيَضُّ، وَالْحَلَاوَةُ وَطَيْبُ الْأَكْلِ فِي مِثْلِ التَّفَاحِ، وَالنُّضْجُ فِي مِثْلِ الْبَطِيخِ، وَفِيمَا لَا يَتَلَوَّنُ وَلَا يَتَغَيَّرُ طَعْمُهُ بَلْ يُؤْكَلُ صَغِيرًا وَكَبِيرًا كَالْقَثَاءِ وَالْخِيَارِ تَنَاهَى عَظْمَ بَعْضِهِ». وَهَذَا الْبَحْثُ فَائِدَتُهُ عِنْدَ مَنْ يَمْنَعُ الْبَيْعَ قَبْلَ بَدْوِ الصِّلَاحِ.

وَعَلَى مَا اخْتَارَهُ الْمَصْنُفُ مِنْ تَفْسِيرِهِ يَتَّحِدُ وَقْتُ الظُّهُورِ الْمَجْزُوعِ لِلْبَيْعِ عِنْدَنَا وَبَدْوِ الصِّلَاحِ الْمَجْزُوعِ عِنْدَ الْبَاقِينَ، إِذْ لَيْسَ بَيْنَهُمَا وَاسِطَةٌ، وَإِنَّمَا تَظْهَرُ الْفَائِدَةُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ الْمَنْفِيَّيْنِ. وَعَلَى تَقْدِيرِ اعْتِبَارِهِ فَمَا اخْتَارَهُ الْمَصْنُفُ أَجُودٌ. وَمُسْتَنَدُ الْقَوْلَيْنِ أَخْبَارٌ (٧) لَا تَبْلُغُ

ص: ٣٥٧

١-١ (١) الكافي ٥: ١٧٥ ح ٦، التهذيب ٧: ٨٤ ح ٣٦١، الاستبصار ٣: ٨٧ ح ٢٩٦، الوسائل ١٣: ٨ ب (٢) من أبواب بيع الثمار ح ٢.

١-٢ (٢) الاستبصار ٣: ٨٩ ح ٣٠٤، التهذيب ٧: ٩٢ ح ٣٩١، الوسائل ١٣: ٨ ب (٢) من أبواب بيع الثمار ح ٥.

١-٣ (٣) الخلاف ٣: ٨٨ مسألة ١٤٤، المبسوط ٢: ١١٤.

١-٤ (٤) النهاية: ٤١٤.

١-٥ (٥) راجع السرائر ٢: ٣٦١ و غايه المراد: ٨٧ و التنقيح ٢: ١٠٧.

١-٦ (٦) المبسوط ٢: ١١٤.

١-٧ (٧) الوسائل ١٣: ٢ ب (١) من أبواب بيع الثمار ح ١٣، ٥.

و هل يجوز بيعها سنتين فصاعدا قبل ظهورها؟ قيل: نعم، والأولى المنع (١)، لتحقق الجهالة.

و كذا لو ضمَّ إليها شيئا قبل انعقادها (٢). و إذا انعقد جاز بيعه مع أصوله و منفردا، سواء كان بارزا، كالتفاح و المشمش و العنب، أو في قشر يحتاج إليه لادخاره، كالجوز في القشر الأسفل، و كذا اللوز، أو في قشر لا يحتاج إليه، كالقشر الأعلى للجوز و الباقلاء الأخضر و الهرطمان و العدس.

و كذا السنبل، سواء كان بارزا كالشعير، أو مستترا كالحنطة، منفردا أو مع أصوله، قائما و حصيدا.

حدّ الصّحّه.

قوله: «و هل يجوز بيعها سنتين فصاعدا قبل ظهورها؟ قيل: نعم، و الأولى المنع».

الخلافا هنا و المختار ما مرّ في النخل. و يظهر من فتوى المصنّف في الموضوعين الميل إلى الجواز، لأنّه جعله في الأوّل مرويا و لم يتّبه على خلافه، و في الثاني جعل الأولى المنع، و هو لا يبلغ حدّ المنع. و قد تقدّم (١) ما يدل عليه.

قوله: «و كذا لو ضمَّ إليها شيئا قبل انعقادها».

يمكن كون المشبه به الحكم بأولويّه المنع، فيكون ميلا- إلى الجواز، لكن لم يذكره فيما سبق. و يمكن أن يريد ثبوت أصل الخلاف فيه من غير تعرّض للفتوى.

و الأوّل أولى. و كيف كان فالأ- جود المنع. و موضعه ما لو كانت الضميمة غير مقصوده بالبيع، بحيث تكون تابعة، أو هما مقصودان. أمّا لو كانت الضميمة مقصوده و الثمره تابعة صحّ، كما مرّ.

ص: ٣٥٨

وَأَمَّا الْخَضِرُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا قَبْلَ ظَهْرِهَا.

وَيَجُوزُ بَعْدَ انْعِقَادِهَا لِقَطْعِهِ وَاحِدَةً وَ لِقَطْعَاتٍ (١). وَ كَذَا مَا يَقْتَضِي انْعِقَادَ الْخَضِرِ كَالرُّطْبَةِ (٢) وَ الْبَقُولِ جُزْءَهُ وَ جِزَّاتِهِ، وَ كَذَا مَا يَخْرُطُ كَالْحِنَاءِ وَ التُّوتِ (٣).

وَيَجُوزُ بَيْعُهَا مِنْفَرَدَةً وَ مَعَ أَصُولِهَا.

وَ لَوْ بَاعَ الْأَصُولَ بَعْدَ انْعِقَادِ الثَّمَرِ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ (٤) إِلَّا بِالشَّرْطِ، قَوْلُهُ: «وَ يَجُوزُ بَعْدَ انْعِقَادِهَا لِقَطْعِهِ وَ لِقَطْعَاتِهَا».

مَقْتَضِي اشْتِرَاطِ الْانْعِقَادِ كَوْنِ جَمِيعِ اللَّقَطَاتِ مَوْجُودَةً حَالَةَ الْبَيْعِ. وَ الْأَقْوَى الْاِكْتِفَاءُ بِوَجُودِ الْأَوَّلِيِّ، وَ تَكُونُ الْبَاقِيَةُ بِمَنْزِلَةِ الْمَنْضَمِ. فَلَوْ بَاعَ الثَّانِيَةَ خَاصَّةً، أَوْ مَا بَعْدَهَا مِمَّا لَمْ يَوْجَدْ، لَمْ يَصَحَّ، لِلْجَهَالَةِ. وَ يَرْجَعُ فِي تَعْيِينِ اللَّقَطَةِ وَ مَا يَصْلِحُ لِلْقَطْعِ إِلَى الْعَرَفِ. وَ كَذَا الْقَوْلُ فِي الْخُرْطَةِ وَ الْجُزِّهِ.

قَوْلُهُ: «كَالرُّطْبَةِ».

هِيَ -بِفَتْحِ الرَّاءِ وَ سَكُونِ الطَّاءِ- الْفِصَّةُ (١)، وَ هِيَ أَيْضًا الْقَضْبُ (٢). وَ إِنَّمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا ظَهَرَ وَرَقُهُ، لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ بِالْبَيْعِ، فَلَوْ لَمْ تَكُنْ مَوْجُودَةً كَانَ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا.

قَوْلُهُ: «وَ التُّوتِ».

هِيَ بِالْتَّاءِ الْيَمِينِ الْمَثْنَاتِينَ مِنْ فَوْقِ. قَالَ فِي الصَّحَاحِ: وَ لَا - يُقَالُ: التُّوتُ بِالْتَّاءِ الْمَثْلَثَةِ (٣). وَ الْمُرَادُ بِالْخُرْطِ أَخْذُ الْوَرَقِ وَ تَرْكُ الْأَغْصَانِ، تَقُولُ: خُرْطْتَ الْوَرَقَ أَخْرَطَهُ، وَ هُوَ أَنْ تَقْبِضَ عَلَى أَعْلَاهُ ثُمَّ تَمْرُ يَدَكَ عَلَيْهِ إِلَى أَسْفَلِهِ. وَ فِي الْمَثَلِ «دُونَهُ خُرْطَ الْفِتَادِ» وَ هُوَ شَجَرٌ لَهُ شُوكٌ لَا يَتَيْسَّرُ خُرْطُهُ لِذَلِكَ.

قَوْلُهُ: «وَ لَوْ بَاعَ الْأَصُولَ بَعْدَ انْعِقَادِ الثَّمَرِ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ».

أَمَّا قَبْلَهُ فَتَدْخُلُ وَ إِنْ كَانَ وَرْدًا، خِلَافًا لِلشَّيْخِ. (٤)

ص: ٣٥٩

١- ١) كَذَا فِي النُّسخِ. وَ الصَّحِيحُ: الْفِصْفِصَةُ. وَ فِي الْمَنْجَدِ انْعِقَادُهَا تَسْمِيهَا فِصَّةً.

٢- ٢) الصَّحَاحُ ١: ١٣٦: «رَطْبٌ»، وَ ٢٠٣: «قَضْبٌ».

٣- ٣) الصَّحَاحُ ١: ٢٤٥.

٤- ٤) الْمَبْسُوطُ ١: ١٠٢.



و وجب على المشتري إبقاؤها إلى أوان بلوغها (١). و ما يحدث بعد الابتاع للمشتري.

## و أما اللواحق فمسائل

### إشارة

و أما اللواحق فمسائل:

### الأولى: يجوز أن يستثنى ثمره شجرات أو نخلات بعينها

الأولى: يجوز أن يستثنى ثمره شجرات أو نخلات بعينها، و أن يستثنى حصّه مشاعه، أو أرطالا معلومه (٢).

قوله: «و وجب على المشتري إبقاؤها إلى أوان بلوغها».

و يرجع في ذلك إلى المتعارف في تلك الشجره من أخذ ثمرها بسرا أو رطبا أو تمرا، عنبا أو زيببا [أو دبسا] (١)، و غير ذلك. و لو اضطرب العرف فالأغلب، و مع التساوى يجب التعيين، فإن أطلق احتمال البطلان، و التنزيل على أقلّ المراتب لأنه المتيقن، و على أعلاها صيانه لمال البائع. (٢) و ليس هذا الإبقاء كالأجل حتى يتطرق إليه احتمال الفساد للجهل بقدره، بل هو حكم شرعى مترتب على عقد البيع، و ثبوته من مقتضيات المعاوضه، فيرجع في تقديره إلى العرف حيث لا- مقدر له شرعا. و كذا القول لو استثنى البائع الثمره حيث يدخل.

و يجوز لكلّ منهما التردّد إلى ملكه و سقيه ما لم يتضرّر الآخر فيمنع، إلا أن يتقابل الضرران، فترجّح مصلحة المشتري، لأنّ حقّه على البائع حيث قدم على البيع المقتضى لوجوب الإبقاء و السقى.

قوله: «يجوز أن يستثنى ثمره شجرات أو نخلات- إلى قوله- أو أرطالا معلومه».

ذكر النخلات بعد الشجرات من باب عطف الأخصّ على الأعم، و لقد كان ذكر الشجرات مغنيا عنها. و كذا يجوز استثناء جز معين من الشجره، كعذق معين منها. و جواز استثناء ذلك كلّه موضع وفاق، إلا الأبطال المعلومه، فقد منعه أبو

ص: ٣٦٠

١- (١) لم ترد هذه في «ك» و لعله الصحيح.

٢- (٢) في «ه» و «و» و «ب» المشتري.

و لو خاست الثمره سقط من الثنيا بحسابه(١).

### الثانيه: إذا باع ما بدا صلاحه، فأصيب قبل قبضه، كان من مال بائعه

الثانيه: إذا باع ما بدا صلاحه، فأصيب قبل قبضه، كان من مال بائعه. وكذا لو أتلّفه البائع (٢). وإن أصيب البعض، أخذ السليم بحصّته من الثمن. ولو أتلّفه أجنبيّ، كان المشتري بالخيار، بين فسخ البيع و بين مطالبه المتلف.

و لو كان بعد القبض -و هو التخليه هنا- لم يرجع على البائع بشيء على الأشبه (٣).

الصلاح (١)، للجهل بقدر المبيع حيث لا يعلم قدره جملة. والأصحاب على خلافه.

قوله: «و لو خاست الثمره سقط من الثنيا بحسابه».

هذا في الحصّه المشاعه و الأرتال، دون الشجرات، لامتياز المبيع عنها.

و طريق توزيع النقص على الحصّه المشاعه ظاهر، و أما في الأرتال المعلومه فيعتبر الجملة بالخرص و التخمين، فإذا قيل: ذهب ثلث الثمره أو نصفها، سقط من الثنيا بتلك النسبه.

قوله: «و كذا لو أتلّفه البائع».

أى يكون إتلافه فسخا للبيع، كما لو تلف بآفه، نظرا إلى صدق التلف، و أنّ الواقع منه كذلك من مال البائع، بمعنى انفساخ العقد به. و الأقوى تخيير المشتري بين الفسخ و إلزام البائع بالمثل. أمّا الفسخ فلائذ المبيع مضمون على البائع قبل القبض. و أمّا إلزامه بالعوض فلائذ أتلّف ماله، لأنّ المبيع قد انتقل إلى المشتري و إن كان مضمونا على البائع، كما لو أتلّفه الأجنبيّ، تمسكا بأصالة بقاء العقد، و اقتصارا بالانفساخ على موضع الوفاق. و هذا إذا لم يكن للبائع خيار، و إلاّ كان إتلافه فيه فسخا، فإن كلّ ما يعدّ إجازة من المشتري يكون فسخا من البائع.

قوله: «و لو كان بعد القبض و هو التخليه -إلى قوله- على الأشبه».

نبه بالأشبه على خلاف بعض الأصحاب (٢) حيث ذهب إلى أنّ الثمره على

ص: ٣٦١

١- ١) نسبه إليه العلامه فى المختلف: ٣٧٧. و لكن صرح أبو الصلاح فى الكافى: ٣٥٦ بجواز ذلك.

٢- ٢) قال فى الجواهر ٨٨: ٢٤. «لم نعرف القائل بذلك منا».

و لو أتلّفه المشتري، و هو في يد البائع، استقرّ العقد، و كان الإتلاف كالقبض (١).

و كذا لو اشترى جاريه و أعتقها قبل القبض (٢).

الشجره مضمونه على البائع و إن أقبضها بالتخليه، نظرا إلى أنّ بيعها بعد بدوّ صلاحها بغير كيل و لا وزن على خلاف الأصل، لأن شأنها بعده النقل و الاعتبار بالوزن أو الكيل بالقوّه القريبه من الفعل، و إنّما أجزى بيعها كذلك للضروره، فإراعى فيها السلامه. حينئذ ف«على الأشبه» متعلّق بقوله «لم يرجع».

و ربّما يحتمل كونه تنبيها على ما اختاره من كيفيّة القبض، و هو التخليه، فقد تقدّم (١) فيها خلاف، و مختار المصنّف أنّه التخليه مطلقا، كما مرّ. و القول الآخر أنّه الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن. و هذه الثمره بعد بدوّ صلاحها قد صارت صالحه للاعتبار بهما، كما قلناه. و الخلاف في هذه المسأله بخصوصها غير موجود في عبارات المتأخرين، و لا في كتب الخلاف، فلذلك أشكل المراد منه هنا. و إنّما يكون التلف بعد التخليه من المشتري إذا لم يكن الخيار مختصّا به، و إلاّ فمن البائع.

قوله: «و لو أتلّفه المشتري» - إلى قوله - «و كان الإتلاف كالقبض».

إتلاف المشتري للمبيع في يد البائع أعمّ من كونه بإذن البائع و عدمه، فإن كان بإذنه فهو قبض يترتب عليه أحكام القبض مطلقا، و إن كان بغير إذنه - كما هو الظاهر - فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشتري، و إن تخلف عنه باقى الأحكام.

و الغرض هنا هو انتقال الضمان. و إنّما شبّه الإتلاف بالقبض، و لم يجعله قبضا، لأنّ الإتلاف قد يكون بمباشره المتلف فيكون قبضا حقيقه، و قد يكون بالتسبب فيكون في حكم القبض خاصّه.

قوله: «و كذا لو اشترى جاريه و أعتقها قبل القبض».

أى يكون العتق قبضا و يقع صحيحا، لأنّ الملك حاصل قبله، و العتق بمنزله الإتلاف.

ص: ٣٤٢

١ - ١) في ص ٣٤١.

## الثالثة: يجوز بيع الثمره فى أصولها بالأثمان و العروض

الثالثة: يجوز بيع الثمره فى أصولها بالأثمان و العروض. و لا يجوز بيعها بثمره منها و هى المزابنه. و قيل: بل هى بيع الثمره فى النخل بتمر، و لو كان موضوعا على الأرض. و هو الأظهر (١).

و هل يجوز ذلك فى غير ثمره النخل من شجر الفواكه؟ قيل: لا، لأنه لا يؤمن من الربا (٢).

قوله: «و لا يجوز بيعها بثمره - إلى قوله - و هو الأظهر».

المزابنه مفاعله من الزبن، و هو الدفع (١)، و منه الزبانيه، لأنهم يدفعون الناس إلى النار. و سُميت بذلك لأنها مبيتة على التخمين، و الغبن فيها يكثر، و كلّ منهما يريد دفعه عن نفسه إلى الآخر، فيتدافعان.

و تحريمها فى الجملة إجماعى منصوص عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمه عليهم السلام (٢). و إنما الخلاف فى معناها. و أصحّ القولين الثانى، و هو أنها بيع ثمر النخل الموجود بتمر و لو من غيرها، لصحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن المحاقله و المزابنه» قلت: و ما هو؟ قال: «أن يشتري حمل النخل بالتمر و الزرع بالحنطه». (٣) و علل مع ذلك بأنهما ربويان فيتطرق احتمال زياده إلى كل واحد، و المساواه المحتمله نادره، و على تقدير اتفاقها فشرط الصحه العلم بالتساوى. و فيه:

منع كون الثمره على الشجره ربويّه و إن كانت من جنسه، لأنها ليست مكيله و لا موزونه، و إنما تباع جزافا.

قوله: «و هل يجوز ذلك فى غير ثمره النخل - إلى قوله - لا يؤمن من الربا».

ما ورد من تعريف المزابنه فى الأخبار و كلام الفقهاء - ممّا ذكر هنا و غيره - يقتضى

ص: ٣٦٣

١- ١) الصحاح ٢١٣٠: ٥.

٢- ٢) انظر الوسائل ١٣: ٢٣ ب (١٣) من أبواب بيع الثمار ح ١، ٢، ٥.

٣- ٣) الكافي ٥: ٢٧٥ ح ٥، التهذيب ٧: ١٤٣ ح ٦٣٣، الاستبصار ٣: ٩١ ح ٣٠٨، الوسائل ١٣: ٢٣ ب (١٣) من أبواب بيع الثمار ح ١.

و كذا لا يجوز بيع السنبل بحبّ منه إجماعاً، و هي المحاقلة. و قيل:

بل هي بيع السنبل بحبّ من جنسه كيف كان، و لو كان موضوعاً على الأرض. و هو الأظهر (١).

اختصاص الحكم بالنخل، و يبقى غيره على أصل الجواز. و تعليل التعدّي بالربا عرفت أنّه غير تام، لأنّ الثمره على الشجره ليست ربويّه. نعم، يمكن تعليله بالعلّه المنصوصه فى المنع من بيع الرطب بالتمر، و هي نقصانه عند الجفاف، فإنّها قائمه هنا، و قد تقدّم ترجيح التعديه، فيثبت الحكم هنا. و هو الأقوى.

و يمكن استفاده التعليل بالربا منها أيضاً، فإنّه جعل علّه المنع النقصان عند الجفاف، فيؤدّي إلى زياده الثمن عن المثلن المؤدى إلى الربا، إذ لا يضرّ الاختلاف فى غير الربوى. و يؤيّده كونه من جنس الربوى و إن لم يكن الآن عينه. إلاّ أنّه يبقى فى اختصاص الحكم بالمكيل و الموزون - حتى دخل فى تعريف الربوى - منع، إلاّ أن يريد به ما يعمّ القوّه و الفعل. و معه ينتقض من وجه آخر.

قوله: «و كذا لا يجوز بيع السنبل بحبّ منه - إلى قوله - و هو الأظهر».

المحاقلة مفاعله من الحقل، و هي الساحة التى تزرع. سمّيت بذلك لتعلّقها بزرع فى حقل. و أطلق اسم الحقل على الزرع مجازاً، من إطلاق اسم المحلّ على الحال، أو المجاور على مجاوره، فكأنّه باع حقلاً بحقل. و تحريمها فى الجملة إجماعى منصوص. و قد تقدّم ما يدلّ عليه فى صحيحه عبد الرحمن (١)، و أن القول الثانى أقوى.

و قد اختلفت عبارات النصوص و الفقهاء فى اسم المبيع فيها، فبعضهم عبّر عنه بالزرع (٢)، و منه الروايه السابقه، و منهم من عبّر عنه بالسنبل، كعباره (٣) المصنّف.

ص: ٣٦٤

١ - ١) المتقدم فى ص ٣٦٣.

٢ - ٢) منهم المفيد فى المقنعه: ٦٠٣، و سلار فى المراسم: ١٧٨، و العلامه فى القواعد ١: ١٣١.

٣ - ٣) منهم الشيخ فى المبسوط ١١٧: ٢، و ابن حمزه فى الوسيله: ٢٥٠، و الشهيد فى اللمعه الدمشقيه: ٦٩.

الرابعة: يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا، والعريه هي النخلة تكون في دار الإنسان. و قال أهل اللغة: أو في بستانه، و هو حسن (١).

و يظهر من كلامهم الاتفاق على أنّ المراد به السنبل و إن عتبروا بالأعمّ. قال في التذكرة: «لو باع الزرع قبل ظهور الحبّ بالحبّ فلا بأس، لأنّه حشيش، و هو غير مطعوم و لا مكيل، سواء تساويا جنسا أو اختلفا. و لا يشترط التقابض في الحال». (١)

ثمّ السنبل لا يختصّ بالحنطه، بل يعمّ الشعير و الدخن و الأرز و غيرها، و مقتضى التعريف دخولها في المحاقله. و في التذكرة: أنّ أكثر تفاسير المحاقله أنّها بيع الحنطه في السنبل بحنطه إمّا منها أو من غيرها، فيختصّ بالحنطه، و يدخل فيه الشعير إن جعلناه من جنس الحنطه، أو عللنا المنع بالربا، و إلّا. فلا. قال: و في بعض ألفاظ علمائنا هي بيع الزرع بالحبّ من جنسه، فيكون ذلك كلّه محاقله. انتهى. (٢) و في صحيحه عبد الرحمن السابقه (٣) ما يرشد إلى الأوّل. و يبقى الكلام في إلحاق الباقي بالحنطه، كما مرّ، فإن عللنا بالربا- كما يظهر من المصنّف و جماعه (٤)- لحق، و إلّا فلا.

قوله: «يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا- إلى قوله- و هو حسن».

العرايا جمع عريه. و العريه ما ذكره المصنّف متّفقا عليه، و منقولاً- عن أهل اللغة، لأنّ أهل اللغة يرجع إليهم في مثل ذلك، و لمسيس الحاجه إليها، كالتى في الدار. و العريه مستثناه من المزابنه عند أهل العلم أجمع خلا أبا حنيفه (٥). و قد صحّ عن النبي صلى الله عليه و آله و سلّم (٦) الإذن فيها. و جمله ما يشترط في بيعها أمور:

الأوّل: الوحده، فلا يجوز في دار أو بستان أزيد من واحده، فلو كان لمالك

ص: ٣٦٥

١-١) التذكرة ٥٠٩: ١.

١-٢) التذكرة ٥٠٩: ١.

٣-٣) تقدمت في ص ٣٦٣.

٤-٤) منهم الشيخ في المبسوط ١١٧: ٢-١١٨، و ابن البراج في المهذب ٣٨٣: ١، و العلامه في التذكرة ٥٠٩: ١.

٥-٥) المغنى لابن قدامه ١٩٧: ٤.

٦-٦) انظر الوسائل ٢٥: ١٣ ب (١٤) من أبواب بيع الثمار ح ١ و ٢.

و هل يجوز بيعها بخرصها من تمرها؟ الأظهر لا(١). و لا يجوز بيع ما زاد على الواحد. نعم، لو كان له في كل دار واحده جاز.

و لا يشترط في بيعها بالتمر التقابض قبل التفريق، بل يشترط التعجيل(٢)، حتى لا يجوز إسلاف أحدهما في الآخر.

واحد اثنتان لم يجر بيع ثمرتها و لا ثمره إحداهما، لانتفاء العريه فيهما. نعم، لو تعدد البستان أو الدار جاز تعددها من الواحد.

الثاني: كون الثمن من غيرها، لثلا يتحد الثمن و المثل، على أصح القولين.

الثالث: كونه حالاً.

الرابع: عدم المفاضله حين العقد. و أمّا كونه معلوم القدر مشاهداً أو موصوفاً فالأمر فيه كغيرها. و الرخصه مقصوره على النخله، فلا يتعدى إلى غيرها من الشجر، اقتصاراً بالرخصه على موردها.

و قد أشار المصنّف إلى الشرط الأوّل بقوله: «و لا - يجوز بيع ما زاد على الواحد». و إلى الثاني بقوله: «الأظهر لا». و إلى الثالث بقوله: «و لا يشترط».

إلخ». و في قوله: «و لا يجب أن يماثل إلخ» إشاره إلى الرابع. و قول المصنّف:

«تكون في دار الإنسان أو بستانه» يشمل مالك ذلك، و مستأجره، و مشتري الثمره، و المستعير على الأقوى، لصدق الإضافه في ذلك كله، و لاشتراك الجميع في العله، و هي مشقه دخول الغير عليهم.

قوله: «و هل يجوز بيعها بخرصها من تمرها؟ الأظهر لا».

وجه الجواز إطلاق الاذن في النصوص (١) ببيعها بخرصها تمرًا، و هو متناول لموضع النزاع، و لوجود المقتضى، و هو الرخصه. و الأقوى المنع، لوجوب مغايره الثمن للمثل، و هو المعروف في المذهب.

قوله: «و لا يشترط في بيعها بالتمر التقابض قبل التفريق، بل يشترط التعجيل».

نبه بذلك على خلاف الشيخ (٢) -رحمه الله- حيث اشترط التقابض قبله، تخلّصاً من الربا. و الأقوى العدم، للأصل.

ص: ٣٦٦

١- (١) انظر الوسائل ١٣:٢٥ ب(١٤) من أبواب بيع الثمار ح ١.

٢- (٢) المبسوط ١:١١٨.

و لا يجب أن يتماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف و ثمنها، عملاً بظاهر الخبر (١).

و لا عريّه في غير النخل (٢).

قوله: «و لا يجب أن يماثل في الخرص -إلى قوله- عملاً بظاهر الخبر».

أى لا يجب مطابقه ثمرتها جافه لثمنها، بل المعتبر في الجواز بيعها بما يقتضيه ظنّ الخارص لها تمرا بقدره، بمعنى أنّها تقدّر رطباً أو بسراً أو نحوهما كم يبلغ تمرا إذا جفّت، فيباع تمرها بهذا المقدار تمرا. ثمّ لا يجب مطابقه هذا التقدير للثمن عند الجفاف، فلو زادت عند الجفاف عمّا خرصها به أو نقصت لم يكن ذلك قادحاً في الصحّه، عملاً بإطلاق النصّ.

و قيل: يعتبر المطابقه، فلو اختلفا تبين بطلان البيع. و هو ضعيف. بل لا يجب جعل ثمرتها تمرا، و لا اعتباره بعد ذلك بوجه، لأصالة عدم الاشتراط. هذا هو المشهور من معنى عدم وجوب المماثله بين ثمرتها و ثمنها.

و في التذكرة (١) أنّ المعتبر المماثله بين ما عليها رطباً و بين الثمن تمرا، فيكون بيع رطب بتمر متساوياً، و جعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساوياً. و لم نجد هذا التفسير للمصنّف في غير هذا الكتاب، و لا لغيره صريحاً، و إن كان أكثر عبارات العلّامه لا تنافيه. و المختار الأوّل.

قوله: «و لا عريّه في غير النخل».

هذا موضع وفاق. و إنّما تظهر الفائده لو منعنا من بيع ثمر باقى الشجر بجنسه جافاً، كما هو المختار. و أمّا على ما ذهب إليه المصنّف من الجواز فمعنى نفى العريّه أنّه لا خصوصيّة لها حتى تتقيد بقيودها، بل يجوز بيع الثمره -تحد الشجر أم تعدّد،

ص: ٣٤٧



فرع لو قال: «بعتك هذه الصبره من التمر أو الغله بهذه الصبره» (١) من جنسها سواء بسواء» لم يصحّ و لو تساويا عند الاعتبار، إلا أن يكونا عارفين بقدرهما وقت الابتياح. وقيل: يجوز و إن لم يعلما. فإن تساويا عند الاعتبار صحّ، وإلا بطل. و لو كانتا من جنسين جاز إن تساويا، أو تفاوتتا و لم يتمانعا، بأن بذل صاحب الزيادة، أو قنع صاحب النقيصه، وإلا فسخ البيع.

و الأشبه أنه لا يصحّ على تقدير الجهاله وقت الابتياح.

### الخامسه: يجوز بيع الزرع قصيلا

الخامسه: يجوز بيع الزرع قصيلا، فإن لم يقطعه فلبائع قطعه، و له تركه و المطالبه بأجره أرضه (٢).

في الدار و غيرها- بجنس ثمرها متماثلا.

قوله: «لو قال بعتك هذه الصبره بهذه الصبره. إلخ».

ما اختاره المصنّف هو الأقوى. و لا خصوصيّة في هذه المسأله بهذا الباب، و إنّما محلّها شرائط المبيع في أوّل الكتاب. و المخالف في ذلك الشيخ (١) و ابن الجنيد [١]، إلا- أنّ الشيخ شرط في الصحّ التطابق عند الاعتبار مع تساوى الجنس، و عدم المانع مع اختلافه، بأن يبذل صاحب الزيادة، أو يقبل صاحب النقيصه.

قوله: «يجوز بيع الزرع قصيلا- إلى قوله- و المطالبه بأجره أرضه».

إذا شرط قطعه قصيلا و عيّن للقطع مدّه تعيّن قطعه فيها، و إن أطلق قطع في أوّل أوقات قطعه عادة، فإن اشتره قبل أو ان قطعه و جب الصبر إليه مجاناً، كما لو باع الثمره. و إنّما يجوز للبائع قطعه ياذن المشتري إن أمكن، و إلا رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذّر جاز له حينئذ مباشرة القطع، دفعا للضرر المنفى. و له المطالبه بأجره

ص: ٣٤٨

و كذا لو اشترى نخلا بشرط القطع (١).

### السادسه: يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمره (٢) بزيادة عما ابتاعه أو نقصان

السادسه: يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمره (٢) بزيادة عما ابتاعه أو نقصان، قبل قبضه و بعده.

### السابعه: إذا كان بين اثنين نخل أو شجر

السابعه: إذا كان بين اثنين نخل (٣) أو شجر، فتقبل أحدهما بحصّه صاحبه بشيء معلوم، كان جائزا.

الأرض عن الزمان الذى تأخر فيه القطع عن وقته، سواء طالب بالقطع أم لا، و سواء رضى ببقائه أم لا. و كذا له أرش الأرض إن نقصت بسببه، إذا كان التأخير بغير رضاه.

قوله: «و كذا لو اشترى نخلا بشرط القطع».

و كذا غيره من الثمر. و لا فرق فى ذلك بين أن يكون للمقطوع قيمه كالحصرم و اللوز، أو لا كالجوز و الكمثرى و بعض أنواع النخل.

قوله: «يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمره. إلخ».

هذه المسأله محلّ وفاق، و هى منصوصه فى صحيحه الحلبي (١) و محمد بن مسلم (٢) عن الصادق عليه السلام. و فيه تنبيه على أنّ الثمره حينئذ ليست مكيله و لا موزونه، فلا يحرم بيعها قبل القبض - لو قلنا بتحريمه قبله - فيما يعتبر بأحدهما.

قوله: «إذا كان بين اثنين نخل. إلخ».

هذه القباله معاوضه مخصوصه مستثناه من المزابنه و المحاقله معا. و الأصل فيها ما رواه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه: اختر: إمّا أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمّى، و تعطيني نصف هذا الكيل، زاد أو نقص، و إمّا أن آخذه أنا بذلك

ص: ٣٦٩

١- (١) الفقيه ١: ٣٢٢ ح ٥٧٦، التهذيب ٧: ٨٨ ح ٣٧٦، الوسائل ١٣: ١٣ ب (٧) من أبواب بيع الثمار ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٨٩ ح ٣٧٧، الوسائل ١٣: ١٣ ب (٧) من أبواب بيع الثمار ح ٣.

و أردّ عليك، قال: «لا بأس بذلك» (١). وكذا روى (٢) أنّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قبَّل أهل خيبر نخلهم و خيرهم كذلك.

و ظاهر الأصحاب أنّ الصيغه تكون بلفظ القبالة، و أنّ لها حكما خاصا زائدا على البيع و الصلح، لكون الثمن و المثلن واحدا، و عدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص، و وقوعه بلفظ التقبيل، و هو خارج عن صيغتي العقدين. و في الدروس أنّه نوع من الصلح (٣). و لا دليل عليه، كما لا دليل على إيقاعه بلفظ التقبيل، أو اختصاصه به.

و إنّما المعلوم من الروايه أنّه معامله على الثمره، و أنّه لازم بحيث يملك المتقبّل الزائد، و يلزمه لو نقص. و يلزم ذلك أن يكون مضمونا في يده، و لعموم «على اليد ما أخذت (٤) حتى تودّي»، و لأنّه لم يدفعه مجّانا بل بعوض، و لو قلنا: إنّ المقبوض بالسوم مضمون، فهنا أولى.

و في الدروس أنّ قراره مشروط بالسلامه (٥)، حتى لو هلك الثمره بأجمعها فلا شيء على المتقبّل، و دليله غير واضح. و ربّما وجّه بأنّ العوض إذا كان من المعوّض، و رضى به المتقبّل، فقد رضى بكون حقه في العين لا- في الذمه، فإذا تلف بغير تفريط احتاج ثبوت بدله في الذمه إلى دليل. و فيه نظر. نعم، لو كان النقص بغير آفه بل لنقصان الخرص فلا نقصان، كما أنّه مع الزيادة يملك الزائد، و لو كان العوض غير مشروط منها.

و تردّد في التذكرة (٦) في سقوط شيء من المال لو تلفت الثمره بآفه سماويّه،

ص: ٣٧٠

١-١) الكافي ٥: ١٩٣ ح ٢، الفقيه ٣: ١٤٢ ح ٦٢٣، التهذيب ٧: ١٢٥ ح ٥٤٦، الوسائل ١٣: ١٨ ب (١٠) من أبواب بيع الثمار ح ١.

٢-٢) الكافي ٥: ٢٦٦ ح ١، التهذيب ٧: ١٩٣ ح ٨٥٥، الوسائل ١٣: ١٨ ب (١٠) من أبواب بيع الثمار ح ٢.

٣-٣) الدروس: ٣٥١.

٤-٤) سنن الترمذى ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦، مسند أحمد ٥: ١٢.

٥-٥) الدروس: ٣٥١.

٦-٦) التذكرة ١: ٥١٠.

## الثامنة: إذا مرّ الإنسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع اتّفاقا

الثامنة: إذا مرّ الإنسان بشيء من النخل (١) أو شجر الفواكه أو الزرع اتّفاقا، جاز أن يأكل من غير إفساد، ولا يجوز أن يأخذ معه شيئا.

و كذلك تردّد في لزوم العقد، وفي لزوم الناقص له على تقديره، وفي جواز العقد بلفظ البيع. و موجب هذا الاشتباه أنّ النصوص الدالّة على أصل القبالة لا تعرّض لها إلى هذه الأحكام، وإنّما مدلولها أصل الجواز. و إثبات هذه الأحكام بمجرد الاحتمال لا يخلو من مجازفه.

و أورد ابن إدريس (١) على أصل الحكم بأنّ هذا التقييل إن كان بيعا لم يصحّ لكونه مزابنه، وإن كان صلحا لم يصحّ كون العوض مشروطا من نفس الثمره للغرر، و إن كان في الذمه فهو لازم، سواء بقيت الثمره أم تلفت.

و أوجب بالتزام كونه صلحا، و الغرر محتمل للنصّ، و حينئذ إذا تلف منه شيء يلزم تلف بعض العوض المشروط، فإذا لم يتحقّق ضمانه لم يجب العوض.

و أوجب أيضا بالتزام أنّه ليس بصلح و لا بيع، بل هو معامله خاصّه ورد بها النصّ، فلا يسمع ما يرد على طرفي الاحتمال لخروجها عنهما.

و المصنّف (رحمه الله) اقتصر في هذا الكتاب على أصل الجواز، و في النافع (٢) على الصحّ، نظرا إلى أنّ النصّ لا يستفاد منه أزيد من ذلك. و هذا هو الأولى.

قوله: «إذا مرّ الإنسان بشيء من النخل. إلخ».

الأصل في هذه المسألة ما رواه ابن أبي عمير في الصحيح عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: 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» (٣). و روى محمد بن مروان قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أمرّ بالثمره فأكل منها، قال: «كل و لا تحمل» قلت: جعلت فداك إنّ التجار قد اشتروها و نقدوا

ص: ٣٧١

١- ١) هكذا نقله عنه في التنقيح الرائع ٢: ١١٣. و عبارته في السرائر ٢: ٣٧٢ لا تطابقه.

٢- ٢) المختصر النافع ١: ١٣١.

٣- ٣) الاستبصار ٣: ٩٠ ح ٣٠٦، التهذيب ٧: ٩٣ ح ٣٩٣، الوسائل ١٣: ١٤ ب (٨) من أبواب بيع الثمار ح ٣.

أموالهم، قال: «اشترؤا ما ليس لهم» (١). و بذلك عمل أكثر الأصحاب، و نقل فى الخلاف (٢) فى الإجماع.

و لكن قد ورد ما يخالف ذلك، و هو صحيحه الحسن بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمرّ بالثمره من الزرع و النخل و الكرم و الشجر و المباطخ و غير ذلك من الثمر يحلّ له أن يتناول منه شيئاً و يأكل بغير إذن صاحبه؟ و كيف حاله إن نهاه صاحب الثمره أو أمره القيم؟ و كم الحدّ الذى يسعه أن يتناول منه؟ قال: «لا يحلّ له أن يأخذ منه شيئاً» (٣). و به أخذ جماعه من المتأخرين، و المرتضى فى المسائل الصيدائيه، لاعضادها بالقرآن الكريم المتضمن للنهى عن أكل المال بغير تراض (٤)، و لقبح التصرف فى مال الغير، و باشمالها على الحظر و هو مقدّم على ما تضمن الإباحه عند التعارض، لأنّ دفع الضرر أولى من جلب النفع.

و حمل العلامة (٥) الأخبار السابقه و ما شاكلها على ما إذا علم بشاهد الحال الإباحه. و هو بعيد: و الشيخ (رحمه الله) حمل خبر النهى على الكراهه، أو على النهى (٦) عن الحمل، جمعا بين الأخبار. و هو جمع حسن. و المصنّف - رحمه الله - قطع بالجواز من غير نقل خلاف، لندور المخالف قبل زمانه، حتى إنّ ابن إدريس (٧) - مع إطراحه لأخبار الآحاد رأساً - حكم بالإباحه، إمّا استناداً إلى الإجماع، أو إلى تواتر الأخبار، نظراً إلى طريقتة فى الاستدلال.

ص: ٣٧٢

- 
- ١- ١) التهذيب ٧: ٨٩ ح ٣٨٠، الاستبصار ٣: ٩٠ ح ٣٠٥، الوسائل ١٣: ١٤، ١٥ ب (٨) من أبواب بيع الثمار ح ٤.  
 ٢- ٢) الخلاف ط - كوشانيور ٢: ٥٤٦ مسألة ٢٨ كتاب الأئعمه.  
 ٣- ٣) التهذيب ٧: ٩٢ ح ٣٩٢، الاستبصار ٣: ٩٠ ح ٣٠٧، بتفاوت يسير، الوسائل ١٣: ١٥ ب (٨) من أبواب بيع الثمار ح ٧.  
 ٤- ٤) النساء: ٢٩.  
 ٥- ٥) المختلف: ٣٤٣.  
 ٦- ٦) الاستبصار ٣: ٩٠ ذيل ح ٣٠٧.  
 ٧- ٧) السرائر ٢: ٣٧١.

و قد شرط المصنّف للجواز ثلاثه شروط:

أحدها: كون المرور اتفاقاً، فلو قصدتها ابتداء لم يصحّ، اقتصاراً في الرخصه المخالفه للأصل على موضع اليقين، و دلالة ظواهر النصوص (١) على ذلك.

و المراد بالمرور بها أن يكون الطريق قريبه منها، بحيث لا يستلزم قصدتها البعد الخارج عن المعتاد، بحيث يصدق عرفاً أنه قد مرّ بها، لا أن يكون طريقه على نفس الشجره، أو ملاصقه لحائط البستان.

و ثانيها: أن لا يفسد. و المراد أن يأكل منها شيئاً كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً و يصدق معه الإفساد عرفاً، و يختلف ذلك بحسب كثره الثمره و قلتها، و كثره المارّه و قلتهم، أو يهدم حائطاً، أو يكسر غصنا يتوقّف الأكل عليه، لا إن وقع ذلك خطأ، فإنّه لا يحرم الأكل و إن ضمنه، مع احتمالاه. و مستند هذا الشرط روايه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: «لا بأس أن يمرّ على الثمره و يأكل منها و لا يفسد». (٢)

و ثالثها: أن لا يحمل معه شيئاً، بل يأكل في موضعه. و قد دل على هذا الشرط خير محمد بن مروان السابق صريحاً، و صحيحه ابن يقطين حملاً.

و زاد بعضهم رابعاً: و هو عدم علم الكراهه. و خامساً: و هو عدم ظنّها. و هو حسن، و إن كانت الأخبار مطلقه، بل فيها ما يشعر بعدم اعتبارهما. و سادساً: و هو كون الثمره على الشجره، فلو كانت محرزّه و لو في الجرين [١] حرم. و لا بأس به.

ص: ٣٧٣

١- ١) انظر الوسائل ١٤: ١٣ ب (٨) باب جواز أكل المار من الثمار.

٢- ٢) المحاسن: ٥٢٨ ح ٧٦٦، الكافي ٣: ٥٦٩ ح ١، الوسائل ١٣٩: ٦ ب (١٧) من أبواب زكاه الغلات ح ١.

أما الأول فىمن يصح تملكه

أما الأول فالكفر الأصلي سبب لجواز استرقاق المحارب (١) و ذراريه، ثم يسرى الرق فى أعقابه و إن زال الكفر، ما لم تعرض الأسباب المحرّره.

و يملك اللقيط من دار الحرب. (٢) و لا يملك من دار الإسلام.

فلو بلغ و أقر بالرق، قيل: لا يقبل، و قيل: يقبل، و هو الأشبه. (٣) قوله: «يجوز استرقاق المحارب. إلخ».

المراد بالمحارب الكافر الأصلي من غير فرق المسلمين الذى لم يلتزم بشرائط الذمه و أطلق عليه وصف الحرب بسبب خروجه عن طاعه الله تعالى و رسوله و ثبوته على الكفر، و إن لم يقع منه الحرب بمعنى القتال. و إلى هذا المعنى أشار تعالى بقوله:

إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ (١) الْإِيه.

قوله: «و يملك اللقيط من دار الحرب».

إذا لم يكن فيها مسلم يمكن انتسابه إليه و لو كان أسيراً، و إلا حكم بحريته، لإطلاق الحكم بحريته اللقيط فى النصوص، خرج منه ما علم انتفاؤه عن المسلم، فىبقى الباقي.

قوله: «و لو بلغ فأقر بالرق قيل: لا يقبل، و قيل: يقبل، و هو الأشبه».

أى أقر من حكم بحريته ظاهراً، لكونه ملقوفاً من دار الإسلام مطلقاً، أو من دار الكفر إذا أمكن انتسابه إلى المسلم، بعد بلوغه، فى قبول إقراره قولان، أحدهما عدم، لسبق الحكم بحريته شرعاً، فلا يتعقبها الرق. و الآخر - هو الأقوى -

ص: ٣٧٤

و يصح أن يملك الرجل كلَّ أحد عدا أحد عشر (١)، وهم: الآباء، و الأمهات، و الأجداد، و الجدّات و إن علوا، و الأولاد، و أولادهم ذكورا و إناثا و إن سفلوا، و الأخوات، و العمّات، و الخالات، و بنات الأخ، و بنات الأخت.

القبول، لإمكانه، و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». (١)

و لا يخفى أنّ ذلك في غير معروف النسب، و إلّا لم يقبل قطعا. و كذا القول في كلِّ من أقر على نفسه بالرقية مع بلوغه و جهل نسبه، سواء كان مسلما أم كافرا، و سواء كان المقر له مسلما أم كافرا، و إن بيع عليه قهرا.

و هل يعتبر مع ذلك رشده؟ يظهر من المصنّف عدمه، لعدم اشتراطه.

و اختلف كلام غيره، فمنهم من اشتراطه، و منهم من لم يشترطه من غير تعرّض لعدمه.

و في التذكرة (٢) في هذا الباب اشتراطه، و في باب اللقطة اكتفى بالبلوغ (٣) و العقل.

و وجه اشتراطه واضح، لأنّ غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال، و هو نفسه مال.

و وجه العدم أنّ إقراره بالرقية ليس إقرارا بنفس المال و إن ترتّب 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 للمقرّ له، إلّا أن يقال بثبوته تبعا لثبوت الرقية، لأنّه إقرار بالمال. و الأقوى اعتبار الرشيد.

قوله: «و يصح أن يملك الرجل كل أحد عدا أحد عشر».

أى ملكا مستقرّا، و إلّا فملكك من استثناه صحيح أيضا، غاية أنه يعتق عليه بالشرء، فلا يستقرّ ملكه عليه.

ص: ٣٧٥

١-١) يراجع عوالي اللئالي ١:٢٢٣ ح ١٠٤.

٢-٢) التذكرة ١:٤٩٧.

٣-٣) التذكرة ٢:٢٨٣.



و هل يملك هؤلاء من الرضاع؟ قيل: نعم، وقيل: لا، وهو الأشهر. (١) و يكره ان يملك من عدا هؤلاء من ذوى قرابته، كالأخ، و العم، و الخال، و أولادهم.

و تملك المرأة كل واحد، عدا الآباء و إن علوا، و الأولاد و إن نزلوا نسبا. و فى الرضاع تردد، و المنع أشهر. (٢) و إذا ملك أحد الزوجين صاحبه استقرّ الملك و لم تستقرّ الزوجية. (٣) قوله: «و هل يملك هؤلاء من الرضاع؟ قيل: نعم، وقيل: لا، و هو الأشهر».

أى ملكا مستقرّا، كما مرّ. و القول بالعدم هو الأقوى، لصحيحه ابن سنان عن الصادق عليه السلام، معلّلا فيها بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (١) و لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «الرضاع لحمه كلحمه النسب» (٢).

قوله: «و فى الرضاع تردد و المنع أشبه».

الخلافاً فيه و الفتوى كما سبق.

قوله: «و إذا ملك أحد الزوجين صاحبه استقرّ الملك و لم تستقرّ الزوجية».

هذا موضع وفاق، و لمنافاه الملك العقد، لأنّ المالك إن كان هو الزوج حرم عليها و طء مملوكها، و إن كان الزوج استباحها بالملك، و لأنّ التفصيل يقطع الشركة. و علل مع ذلك بأنّ بقاءه يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصى.

ص: ٣٧٦

---

١ - ١) الكافي ٥: ٤٤٦ ذيل ح ١٦، التهذيب ٧: ٣٢٦ ذيل ح ١٣٤٢، الوسائل ١٤: ٣٠٧ ب (١٧) من أبواب ما يحرم بالرضاع ذيل ح ١.

٢ - ٢) لم نعثر عليه.

و لو أسلم الكافر فى ملك مثله أجبر على بيعه من مسلم، و لمولاه ثمنه. (١) و يحكم برق من أقر على نفسه بالعبودية، إذا كان مكلفاً غير مشهور بالحرية.

و لا يلتفت إلى رجوعه، (٢) و لو كان المقر له كافراً. و كذا لو اشترى عبداً فادعى الحرية، لكن هذا يقبل دعواه مع البينة. (٣) و هو ضعيف، لأنّ علل الشرع معارف. و بأنّ اختلاف الأسباب يقتضى اختلاف المسببات. و يندفع بجواز ذلك فى أسباب الشرع، و بعدم تماميتها فى جانب الزوجه.

و ملك البعض كملك الكل، للمنافاه، و استحاله تبعض البضع، و قطع الشركه بالتفصيل.

قوله: «و لو أسلم الكافر فى ملك مثله أجبر على بيعه من مسلم، و لمولاه ثمنه».

لانتفاء السبيل للكافر على المسلم. و فى حكم إسلام العبد إسلام أحد أبويه صغيراً أو أحد أجداده على الأقوى، لثبوت حكم الإسلام له، فينتفى سبيل الكافر عليه.

قوله: «و لا يلتفت إلى رجوعه».

لاشتماله على تكذيب إقراره، و رفع ما ثبت عليه، حتى لو أقام بينه لم تسمع، لأنه بإقراره أولاً قد كذبها. كذا قطع فى التذكرة (١). و يشكل ذلك فيما لو أظهر لإنكاره تأويلاً محتملاً، كأن قال: إئتى تولدت بعد إعتاق أحد الأبوين، و ما كنت أعلم بذلك حين أقررت، فإنه ينبغى القبول. و سيأتى له نظائر. و أولى بالقبول ما لو أقر بالرقية لمعّين فأنكر المقر له. و سيأتى مثله فى الإقرار، كما لو أقر لأحد بمال فأنكر المقر له، فادّعه المقر حين إنكاره. و على هذا فينبغى سماع بينته بطريق أولى.

و قوله: «و كذا لو اشترى عبداً فادعى الحرية، لكن هذا يقبل دعواه مع البينة».

أى اشترى عبداً ثابت العبودية بأن وجده يباع فى الأسواق، فإنّ ظاهر اليد

ص: ٣٧٧

الثاني: في أحكام الاتياع.

إذا حدث في الحيوان عيب بعد العقد و قبل القبض كان المشتري بالخيار بين رده و إمساكه، و في الأرش تردد. (١) و لو قبضه ثم تلف، أو حدث فيه حدث في الثلاثه، 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. (٢) و لو حدث العيب بعد الثلاثه منع الرد بالعيب السابق. (٣) و التصرف يقتضى الملك، و لصحيحة حمران عن الصادق عليه السلام (١). و مثله الجاربه، بل هي مورد النص، فكان التعميم أولى. أما لو وجدته في يده و ادعى رقيته، و لم يعلم شراؤه و لا بيعه، فان كان كبيرا و صدقه فكذلك، و إن كذبه لم تقبل دعواه إلاّ بالبينه، عملا- بأصالة الحرّيه، و إن سكت أو كان صغيرا فوجهان.

و استقرب في التذكرة (٢) العمل بأصالة الحرّيه، و في التحرير (٣) بظاهر اليد، و هو أجود.

قوله: «إذا حدث في الحيوان عيب- إلى قوله- و في الأرش تردد».

قد تقدّمت (٤) هذه المسأله في مطلق البيع، و تقدّم أنّ الأقوى ثبوت الأرش.

قوله: «و هل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد، و الظاهر لا».

قد تقدّم (٥) الكلام في هذه المسأله أيضا، و أنّ الأجود ثبوت الأرش.

قوله: «و لو حدث العيب بعد الثلاثه منع الرد بالعيب السابق».

و لا يمنع الأرش.

ص: ٣٧٨

١- ١) الكافي ٥: ٢١١ ح ١٣، الفقيه ٣: ١٤٠ ح ٦١٣، التهذيب ٧: ٧٤ ح ٣١٨، الوسائل ١٣: ٣١ ب (٥) من أبواب بيع الحيوان ح ٢. و

الراوى حمزه بن حمران.

٢- ٢) التذكرة ١: ٤٩٧.

٣- ٣) لم نجده في التحرير، راجع ١: ١٩١.

٤- ٤) في ص ١٧٩.

٥- ٥) في ص ٢٨٤.

و إذا باع الحامل فالولد للبائع على الأظهر، إلا أن يشترطه المشتري. (١) و لو اشتراها فسقط الولد قبل القبض رجوع المشتري بحصّه الولد من الثمن.

و طريق ذلك أن تقوّم الأمه حاملا و حائلا، و يرجع بنسبه التفاوت (٢) من الثمن.

قوله: «و إذا باع الحامل فالولد للبائع على الأظهر، إلا أن يشترطه المشتري».

هذا هو المشهور و عليه الفتوى. و خالف فيه الشيخ (١) (رحمه الله) و تبعه جماعه (٢)، محتجّا بأنّه جزء من الحامل فيدخل و لا يصح استثناءه - كما سيأتي - حتى حكم بفساد البيع لو استثناه البائع، كما لو استثنى جزءا معيّنا. و حيث يشترطه المشتري يدخل و إن كان مجهولا، لأنّه تابع للمعلوم. و لا فرق حينئذ بين أن يقول البائع: «بعتكها و حملها» أو «و شرطت لك حملها» و نحوه. و لو لم يكن الحمل معلوما و أراد إدخاله فالعبارة الثانية لا - غير. و إن لم يشترط و كان متحقق الوجود عند البيع فهو للبائع. و إن احتمل الأمرين، بأن ولدته في وقت يحتمل كونه عند البيع كان موجودا و عدمه، فهو للمشتري، لأصالة عدم وجوده سابقا. فلو اختلفا في وقت البيع لذلك قدم قول البائع مع اليمين و عدم البينه. و ليس بيض البائض كالحمل، بل هو للمشتري مطلقا، لأنّه تابع كسائر أجزائه.

قوله: «و طريق ذلك أن تقوّم الأمه حاملا و حائلا و يرجع بنسبه التفاوت».

بل تقوّم الأمه حاملا - و مجهضا، لأنّه المطابق للواقع بخلاف الحائل، و لتحقق التفاوت بينهما، إذ الإجهاض في الأمه عيب ربّما نقص القيمة.

ص: ٣٧٩

١ - ١) المبسوط ١٥٦: ٢.

٢ - ٢) منهم ابن البراج في جواهر الفقه: ٦٠ مسأله ٢٢١، و ابن حمزه في الوسيله: ٢٤٨.

و يجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعا، كالنصف و الربع.

و لو باع و استثنى الرأس و الجلد صحّ، و يكون شريكا بقدر قيمه ثنياه على روايه السكونى. (١) و كذا لو اشترك اثنان أو جماعه، و شرط أحدهما لنفسه الرأس و الجلد، كان شريكا بنسبه رأس ماله.

و لو قال: اشتر حيوانا بشركتى صحّ، و يثبت البيع لهما، و على كلّ واحد نصف الثمن.

و لو أذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه صحّ، و لو تلف كان بينهما، و له الرجوع على الأمر بما نقد عنه. (٢) و لو قال له: الربح لنا، و لا خسران عليك، فيه تردّد، و المروى الجواز. (٣) قوله: «و لو باع و استثنى الرأس و الجلد- إلى قوله- على روايه السكونى».

لم يفرّق بين المذبوح و ما يراد ذبحه و غيره، و هو أحد الأقوال فى المسأله، لإطلاق الروايه (١)، إلا أنّ المستند ضعيف، و الجهاله متحقّقه، و الشركه المشاعه غير مقصوده، فالقول بالبطلان متّجه، إلا أن يكون مذبوحا أو يراد ذبحه، فتقوى صحه الشرط. و كذا القول فيما لو اشترك فيه جماعه و شرط أحدهم ذلك.

قوله: «و لو أذن أحدهما لصاحبه- إلى قوله- بما نقد عنه».

لا- شبهه فى صحّه الإنقاذ، إنّما الكلام فى رجوعه عليه. و الحقّ أنّه يرجع عليه بمجرد الاذن فيه و إن كان ذلك أعمّ منه، لدلاله القرائن عليه، و عدم حصول ما يقتضى التبرّع، و كأنّه اكتفى بما يأتى من الحكم بالرجوع بعد التلف. و يحصل الإذن صريحا كقوله: ادفع عنى الثمن، و فحوى بأن يوكله فى شرائه من مكان بعيد لا يسلم فيه البائع بدون قبض الثمن عاده، و نحو ذلك.

قوله: «و لو قال له: الربح لنا و لا خسران عليك فيه تردد و المروى الجواز».

وجه التردد من الروايه

ص: ٣٨٠

---

١- (١) الكافى ٥: ٣٠٤ ح ١، التهذيب ٧: ٨١ ح ٣٥٠، الوسائل ١٣: ٤٩ ب (٢٢) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

و يجوز النظر إلى وجه المملوكه و محاسنها إذا أراد شراءها. (١) و يستحب لمن اشترى مملوكا أن يغير اسمه، و أن يطعمه شيئا من الحلاوه، و أن يتصدق عنه بشيء. (٢) و يكره و طء من ولدت من الزنا بالملك أو العقد، على الأظهر. (٣) الداله على الجواز (١)، و عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٢) و من كونه مخالفا لمقتضى الشركه بل مقتضى المذهب، فإنّ الربح و الخسران تابعان لرأس المال. و هو الأقوى. و الروايه- مع كونها وارده فى مبيع خاصّ - يمكن تأويلها بما يوافق الأصل.

قوله: «و يجوز النظر إلى وجه المملوكه و محاسنها إن أراد شراءها».

المراد بمحاسنها مواضع الحسن و الزينه، كالكفين و الرجلين و الشعر. و لا- يشترط فى ذلك إذن المولى. و لا يجوز الزيادة على ذلك إلا بإذنه، فيكون تحليلا يتبع منه ما دلّ عليه اللفظ حتى العوره. و كذا يجوز له مسّ ما يجوز له النظر إليه مع الحاجه. و جوّز فى التذكرة (٣) النظر إلى ما عدا العوره بدون الإذن للمشتري.

قوله: «و يستحبّ لمن اشترى مملوكا أن يغير اسمه، و أن يطعمه شيئا من الحلاوه، و أن يتصدق عنه بشيء».

للنصّ (٤) فى ذلك كله. و قدّرت الصدقه فيه بأربعه دراهم.

قوله: «و يكره و طء من ولدت من الزنا بالملك و العقد على الأظهر».

هذا هو الأجود، حملا للنهى (٥) على الكراهه، و عللّ بأنّ ولد الزنا لا يفلح،

ص: ٣٨١

١- (١) الكافي ٥: ٢١٢ ح ١٦، التهذيب ٧: ٧١ ح ٣٠٤، الوسائل ١٣: ٤٢ ب (١٤) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

٣- (٣) التذكرة ١: ٥٠١.

٤- (٤) الكافي ٥: ٢١٢ ح ١٤، التهذيب ٧: ٧٠ ح ٣٠٢، الوسائل ١٣: ٣١ ب (٦) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

٥- (٥) راجع الوسائل ١٢: ٢٢٢ ب (٩٦) من أبواب ما يكتسب به و ١٤: ٣٣٧ ب (١٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهره.

و أن يرى المملوك ثمنه في الميزان (١).

### الثالث: في لواحق هذا الباب

#### إشارة

الثالث: في لواحق هذا الباب. وهي مسائل:

#### الأولى: العبد لا يملك

الأولى: العبد لا يملك، (٢) وقيل: يملك فاضل الضريبه، وهو المروى، و أرش الجنايه على قول. و لو قيل: يملك مطلقا، لكنّه محجور عليه بالرقّ حتى يأذن له المولى، كان حسنا.

#### الثانية: من اشترى عبدا له مال كان ماله لمولاه

الثانية: من اشترى عبدا له مال (٣) كان ماله لمولاه، إلا أن يشترطه و بالعار. و حرّمه ابن إدريس (١) بناء على أنّ ولد الزنا كافر، و أنّ و طء الكافر محرّم.

و المقدمتان ممنوعتان.

قوله: «و أن يرى المملوك ثمنه في الميزان».

علّل في النصّ بأنّه إذا رآه لا يفلح (٢). و ظاهر النصّ أنّ الكراهه معلقه على رؤيته فيه، فلا يكره في غيره. و ربّما قيل بأنّه جرى على المتعارف من وضع الثمن فيه، فلو رآه في غيره كره أيضا. و فيه نظر.

قوله: «العبد لا يملك. إلخ».

القول بالملك في الجملة للأكثر. و مستنده الأخبار (٣). و ذهب جماعه إلى عدم ملكه مطلقا، و استدّلوا عليه بأدله كلّها مدخوله. و المسألة موضع إشكال. و لعلّ القول بعدم الملك مطلقا متوجّه. و يمكن حمل الأخبار على إباحه تصرّفه فيما ذكر، لا بمعنى ملك رقبه المال، فيكون وجهها للجمع.

قوله: «من اشترى عبدا له مال. إلخ».

ما اختاره المصنّف واضح بناء على أنّه لا يملك شيئا، فإذا باعه لم يدخل ماله

- ١-١) السرائر ٢:٣٥٣.
- ٢-٢) الكافي ٥:٢١٢ ح ١٥، التهذيب ٧:٧١ ح ٣٠٣، الوسائل ١٣:٣٢ ب(٦) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.
- ٣-٣) انظر الوسائل ١٣:٣٤ ب(٩) من أبواب بيع الحيوان.



المشترى. وقيل: إن لم يعلم به البائع فهو له، وإن علم فهو للمشترى، والأول أشهر.

إلا مع الشرط، لأن الجميع مال المولى فى الحقيقة، وإنما نسب إليه بسبب الملاسه.

و يؤيده أيضا صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «المال للبائع، إنما باع نفسه، إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من مال أو متاع فهو له» (١).

و القول بالتفصيل بالعلم و عدمه لابن البراج (٢)، محتجا عليه بحسنه زواره (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام. و يضعف بأن الملك لا ينتقل إلى المشتري بمجرد العلم من دون صيغه تدل عليه. و يمكن حمل الروايه على اشتراط البائع للمشتري ذلك.

و بقى فى المسأله أمور:

الأول: أن هذه المسأله ذكرها من قال بملك العبد و من أحاله. و نسبه المال إلى العبد على الأول واضحه، و على الثانى يراد به ما سلطه عليه المولى و أباحه له و نسبه إليه من كسوه و فراش و غيرهما، فإن الإضافه تصدق بأدنى ملاسه.

الثانى: أن الخلاف فى دخول المال المذكور على القول بأنه لا يملك يتجه فرضه، لأنه ملك للبائع، فيمكن دخوله فى البيع و نقله له، و إذا حكم بكونه له يكون استصحابا للملك السابق. أمّا إذا قلنا بملكه العبد فيشكل الحكم بكونه للبائع - بمجرد البيع - أو للمشتري، فإن ملك مالك لا ينتقل عنه إلا برضاه، و الحال أن العبد لا مدخل له فى هذا النقل. و قد ذكر هذه المسأله من ملكه و من أحاله. و لا يندفع الإشكال إلا إذا قلنا بأن المراد بملكه العبد تسلطه على الانتفاع بما قيل بملكه له لا ملك الرقبه، كما نقله فى الدروس (٤) عن بعض القائلين بالملك، فيكون الملك

ص: ٣٨٣

١- (١) الكافى ٥: ٢١٣ ح ٥، التهذيب ٧: ٧١ ح ٧، الوسائل ٣٠٦، الوسائل ١٣: ٣٢ ب (٧) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

٢- (٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٣٨٠، و المهذب ١: ٤٠٢.

٣- (٣) الكافى ٥: ٢١٣ ح ٥، الفقيه ٣: ١٣٨ ح ١، التهذيب ٧: ٧١ ح ٧، الوسائل ٣٠٧، الوسائل ١٣: ٣٢ - ٣٣ ب (٧) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

٤- (٤) الدروس: ٣٤٧.

و لو قال للمشتري: اشترني و لك عليّ كذا، (١) لم يلزمه و إن اشتراه.

و قيل: إن كان له مال حين قال له، لزم، و إلا فلا. و هو المروى.

على هذا الوجه غير مناف لمملك البائع لرقبته على وجه يتوجه به نقله إلى المشتري أو بقاءه على ملكه.

الثالث: أن المصنف (رحمه الله) حكم هنا بأن العبد يملك و إن كان محجورا عليه، ثم حكم بأن ماله - إذا بيع - لمولاه. و الحكم فيه أقوى إشكالا، لأن مقتضى الملك على هذا الوجه ملك الرقبه بطريق الحقيقه، و إن حجر عليه في الانتفاع به، فلا يناسب ما نقله في الدروس، و لا - يتم الحكم بكون ماله للبائع أو المشتري بمجرد بيعه. اللهم إلا - أن يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم، فيرد حينئذ بأنه دال على عدم ملك العبد، لئلا يناقض الحكم المتفق عليه من عدم ملكيه شخص مال غيره إلا برضاه. و المناسب للقول بملكه لرقبه المال أن يتبع العبد أين كان، و لا يكون للبائع و لا للمشتري.

و الأقوى - تفريعا على القول بأنه لا يملك - أن ما له المنسوب إليه للبائع مطلقا، إلا أن يشترطه للمشتري، فيكون له بشرط علمهما بقدره أو كونه تابعا، و سلامته من الربا بأن يكون الثمن مخالفا لجنسه الربوي، أو زائدا عليه مع قبض مقابل الربوي في المجلس.

قوله: «و لو قال للمشتري: اشترني و لك عليّ كذا. إلخ».

ما اختاره المصنف هو الأقوى، بناء على أنه لا يملك، و على القول بملكه فهو محجور عليه يتوقف جعله على إجازة المولى. و القول المذكور للشيخ (١) (رحمه الله). و استند فيه إلى روايه الفضيل (٢) عن الصادق عليه السلام. و مدلولها أنه جعل ذلك لمولاه لبيعه. و لا دلالة فيها على ما ادّعاها الشيخ، للفرق بين الأجنبي و المولى،

ص: ٣٨٤

١ - ١) النهاية: ٤١٢.

٢ - ٢) الكافي ٥: ٢١٩ ح ١ و ٢، التهذيب ٧: ٧٤ ح ٣١٥ و ٣١٦، الوسائل ١٣: ٤٧ ب (١٩) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

الثالثه: إذا ابتاعه و ماله (١)، فإن كان الثمن من غير جنسه جاز مطلقاً، وكذا يجوز بجنسه إذا لم يكن ربويًا. ولو كان ربويًا و بيع بجنسه، فلا بدّ من زياده عن ماله تقابل المملوك.

#### الرابعه: يجب أن يستبرئ الأمه قبل بيعها إذا وطئها المالك بحيضه

الرابعه: يجب أن يستبرئ الأمه قبل بيعها إذا وطئها المالك (٢) بحيضه، أو خمسه و أربعين يوما إن كان مثلها تحيض و لم تحض.

فإن حكم الأجنبي ما ذكرناه، و أمّا المولى فإن قلنا: إنَّ العبد لا يملك فماله لمولاه، و إلاّ فحجره زائل برضا المولى، فيمكن العمل بالروايه من دون القول. و لا يلزم ما ردّه ابن إدريس من أنّ الروايه لا يجوز العمل بها، و أنّ الشيخ أوردتها إيراداً لا اعتقاداً (١).

قوله: «إذا ابتاعه و ماله. إلخ».

هذا إذا قلنا إنّه لا يملك، أو قلنا به بمعنى جواز تصرفه خاصّه، أمّا لو قلنا بملكه حقيقه لم يشترط في الثمن ما ذكر، لأنّ ما له حينئذ ليس جزء من المبيع، فلا يقابل بالثمن.

قوله: «يجب أن يستبرئ الأمه قبل بيعها إذا وطئها المالك».

الاستبراء استفعال من البراءه. و المراد هنا طلب براءه من الرحم من الحمل، فإنّه إذا صبر عليها هذه المدّه تبين حملها أو خلوها منه، لئلاّ تختلط الأنساب. و هذا هو الحكمه في وجوب الاستبراء، و من ثمّ انتفى الحكم عمّن لا يأتي، لانتفاء الحكمه.

و في حكم البيع غيره من الوجوه الناقله للملك. و كذا القول في الشراء، فيجب بكلّ ملك زائل و حادث، خلافاً لابن إدريس (٢) حيث خصّه بالبيع.

و لو لم يستبرئ الناقل أثم، و صحّ البيع و غيره من العقود و إن أثم، لرجوع النهي إلى أمر خارج. و يتعيّن حينئذ تسليمها إلى المشتري و من في حكمه إذا طلبها، لأنّها قد صارت ملكاً و حقاً له، مع احتمال بقاء وجوب الاستبراء قبله، و لو بالوضع على يد عدل، لوجوبه قبل البيع، فيستصحب. و أمّا إبقاؤها عند البائع فلا يجب

و كذا يجب على المشتري إذا جهل حالها. (١) و يسقط استبرؤها إذا أخبر الثقة أنه استبرأها. (٢) قطعاً، لأنها صارت أجنبيته منه.

قوله: «و كذا يجب على المشتري إذا جهل حالها».

إنما يجب على البائع و من فى حكمه الاستبراء إذا كان قد وطئها، سواء عزل أم لا. و أمّا المشتري و من فى حكمه فإنما يجب عليه الاستبراء إذا علم بوطء السابق، أو جهل الحال، فلو علم الانتفاء، لم يجب، لانتفاء الفائدة، و للنص (١) عليه. و إنما خصّ المصنّف الحكم بجهله الحال لدخول القسم الآخر فيه بطريق أولى. و لو قال: «و إن جهل حالها» لشمل القسمين بأبلغ نظم، لإفادته الحكم فى المسكوت عنه بذلك.

و المعتبر من الاستبراء ترك الوطء فى القبل و الدبر دون باقى الاستمتاع، لصحيحه محمد بن بزيع (٢)، خلافاً للمبسوط (٣) حيث حرّم الجميع. و لو وطئ فى زمن الاستبراء أثم و عزّر مع العلم بالتحريم، و يلحق به الولد لأنّه فراش. و هل يسقط الاستبراء حينئذٍ؟ نظر، من انتفاء فائدته و حكمته، حيث قد اختلط الماءان، و لحق به الولد الذى يمكن تجدّده، و من إطلاق الأمر بالاجتناب فى المدّة، و هى باقية.

قوله: «و يسقط استبرؤها إذا أخبر الثقة أنه استبرأها».

إنما عبّر بالثقة لوروده فى النصوص المذكورة (٤) فى هذا الباب، و هى وارده فى إخبار البائع أنّه لم يطأها. و فى حكمه إخباره بأنّه استبرأها، و هو الذى فرضه المصنّف.

ص: ٣٨٤

١- ١) الوسائل ١٤:٥٠٣ ب(٦) من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢) التهذيب ٨:١٧٣ ح ٦٠٥، الاستبصار ٣:٣٦٠ ح ١٢٩١، الوسائل ١٤:٥٠٤ ب(٦) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٥.

٣- ٣) المبسوط ٢:١٤٠.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٤:٥٠٣ ب(٦) من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

و كذا لو كانت لامرأه،(١)أو فى سنّ من لا تحيض لصغر أو كبير،أو حاملا،أو حائضا إلا بقدر زمان حيضها.

و الظاهر أنّ المراد بالثقة العدل،لأنّ الثقة شرعا،و به صرّح فى النافع (١)،مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس إليه و يثق بخبره.و فى صحيحه أبى بصير:«إن أمنتها فمستها»(٢).و أوجب ابن إدريس (٣)استبراءها و إن أخبر الثقة بها.و تبعه الإمام فخر الدين فى الشرح (٤).

قوله:«و كذا لو كانت لامرأه».

هذا هو المشهور بين الأصحاب،و خالف فيه ابن إدريس -كما مرّ-و تبعه فخر المحقّقين.و حجّتنا-مع الشهره-الأخبار المتظافره (٥).و هل يلحق بها أمه العينين و المجبوب و الصغير الذى لا يمكن فى حقّه الوطء؟نظر،من المشاركة فيما ظنّ أنّه عله الحكم و هو الأمن من الوطء،و من أنّه قياس.و المناسب للأصول الشرعيّه عدم اللحاق.

و ليس من مواضع الإشكال ما لو باعتها المرأه لرجل فى المجلس فباعها حينئذ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعا،للعلم بعدم وطء البائع.و قد يحتال لإسقاط الاستبراء ببيعها لامرأه ثمّ اشتراؤها منها،لاندراجها حينئذ فى أمه المرأه،نظرا إلى إطلاق النصّ من غير تعليل.و كذا لو باعها لرجل ثمّ اشتراها منه قبل وطئه لها حيث يجوز ذلك.

ص:٣٨٧

١-١) المختصر النافع ١:١٣٢.

٢-٢) الاستبصار ٣:٣٦٠ ح ١٢٩٠، التهذيب ٨:١٧٣ ح ٦٠٤، الوسائل ١٤:٥٠٤ ب(٦) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٤.

٣-٣) السرائر ٢:٣٤٦.

٤-٤) إيضاح الفوائد ٣:١٦٥.

٥-٥) انظر الوسائل ١٤:٥٠٤ ب(٧) من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

نعم، لا يجوز وطء الحامل قبلا قبل أن يمضى لها (١) أربعة أشهر و عشرة أيام. و يكره بعده (١). و لو وطئها عزل عنها استحبابا.

قوله: «نعم لا يجوز وطء الحامل قبلا قبل ان يمضى لحملها أربعة أشهر و عشرة أيام و يكره بعدها».

قد اختلف كلام الأصحاب فى تحريم وطء الأمه الحامل أو كراهته بسبب اختلاف الأخبار فى ذلك، فإنّ فى بعضها إطلاق النهى (٢) عن وطئها، و فى بعضها حتى تضع ولدها (٣)، و فى بعضها إذا جاز حملها أربعة أشهر و عشرة أيام فلا بأس بنكاحها (٤). فمن الأصحاب من جمع بينها بحمل النهى المغنى بالوضع على الحامل من حلّ أو شبهه أو مجهولا، و المغنى بالأربعة أشهر و عشرة على الحامل من زنا. و منهم من ألحق المجهول بالزنا فى هذه الغايه. و منهم من أسقط اعتبار الزنا، و جعل التحريم بالغائتين لغيره. و المصنّف (رحمه الله) أطلق الحكم بالتحريم قبل الأربعة و العشره، و الكراهه بعدها، و هو أوضح و جوه الجمع. أمّا الإطلاق بحيث يشمل الجميع فلا إطلاق النصّ الشامل لها. و أمّا الحكم بالتحريم قبل المدّه المذكوره فلا تفاق الأخبار أجمع عليه، و الأصل فى النهى التحريم، و أمّا بعدها فقد تعارضت الأخبار، فيجب الجمع بينها، و حمل النهى حينئذ على الكراهه -لتصريح بعضها بنفى البأس - طريق واضح فى ذلك و نظائره، فالقول به أقوى.

نعم، يبقى فى الحمل من الزنا أنّ المعهود من الشارع إلغاء اعتباره من العده و الاستبراء فى غير محلّ النزاع، فلو قيل بالجواز فيه مطلقا كان حسنا.

و تخصيص المصنّف الوطاء بالقبل هو الظاهر من النصوص، فإنّ النهى فيها

ص: ٣٨٨

١-١) فى متن الجواهر و المسالك الحجريه: (لحملها).

٢-٢) التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦١٩ و ٦٢٠، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٣٠١ و ١٣٠٢، الوسائل ١٤: ٥٠٢ ب (٥) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٥ و ص ٥٠٦ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٦.

٣-٣) الكافي ٥: ٤٧٥ ح ٣، التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦١٧، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٢٩٩، الوسائل ١٤: ٥٠٥ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

٤-٤) التهذيب ٨: ١٧٧ ح ٦٢٢، الاستبصار ٣: ٣٦٤ ح ١٣٠٥، الوسائل ١٤: ٥٠٥ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٣.

و لو لم يعزل كره له بيع ولدها، واستحب له أن يعزل له من ميراثه قسطا. (١)

### الخامسة: التفرقة بين الأطفال و أمهاتهم (٢) قبل استغنائهم عنهن محرّمه

الخامسة: التفرقة بين الأطفال و أمهاتهم (٢) قبل استغنائهم عنهن محرّمه، وقيل: مكروهه، وهو الأظهر.

معلق على الفرج، والظاهر منه إرادته القبل. و في روايه أبي بصير (١) عن الباقر عليه السلام: «له منها ما دون الفرج». و ربّما قيل بإلحاق الدبر به، بدعوى صدق اسم الفرج عليهما، وأنّ في بعض الأخبار «لا يقربها حتى تضع» الشامل (٢) للدبر، وغيرهما خارج بدليل آخر. وهو أولى.

قوله: «و لو لم يعزل كره له بيع ولدها و استحَبَّ له أن يعزل له من ميراثه قسطا».

كذا ورد في الأخبار، وفيها التعليل بتغذيه الولد بنطفه الواطئ، و أنّه شارك في إتمام الولد. و ليس في الأخبار تقدير القسط بقدر. و في روايه إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام: «أنّه يعتقه و يجعل له شيئا يعيش به، لأنّه غداه بنطفته» (٣).

قوله: «التفرقة بين الأطفال و أمهاتهم. إلخ».

القول بالمنع أجد، نظائر الأخبار بالنهي عنه، فمنها قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في حديث سبي اليمن لما سمع بكاء الأمه: «يبعوهما جميعا أو أمسكوهما جميعا» ثمّ بعث بثمان ابنتها فأتى بها (٤). و الأمر للوجوب المقتضى للنهي عن التفريق.

و روى أبو أيوب عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «من فرّق بين والده و ولدها

ص: ٣٨٩

١- ١) الكافي ٥: ٤٧٥ ح ٤، التهذيب ٨: ١٧٦ ح ٦١٨، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٣٠٠، الوسائل ١٤: ٥٠٢ ب (٥) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٣.

٢- ٢) انظر الوسائل ١٤: ٥٠٥ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٨٧ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٤ ح ١٣٥١، التهذيب ٨: ١٧٨ ح ٦٢٤، الوسائل ١٤: ٥٠٧ ب (٩) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٤- ٤) الكافي ٥: ٢١٨ ح ١، الفقيه ٣: ١٣٧ ح ٥٩٩، التهذيب ٧: ٧٣ ح ٣١٤، الوسائل ١٣: ٤١ ب (١٣) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ» (١). و في صحيحه ابن سنان [١] عن الصادق عليه السلام:

«في الرجل يشتري الجارية أو الغلام، و له أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من الأمصار، فقال: لا يخرج من مصر إلى مصر آخر إن كان صغيراً، و لا يشتريه، و إن كانت له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت» (٢). و هذه هي العمدة في ذلك، و غيرها شاهد.

و مقتضى إطلاق الحكم بالتفريق في كلام المصنّف عدم الفرق بين رضاهما و عدمه. و في خبر ابن سنان ما يدلّ على اختصاص النهي بعدم رضاهما. و هو أجود.

و الظاهر عدم الفرق بين البيع و غيره، و إن كان في بعض الأخبار ذكر البيع، لإيمائها إلى العلة الموجودة في غيره، فيتعدى إلى كلّ ناقل للعين حتى القسمه و الإجاره الموجه للفرقة.

و حيث كانت علة المنع للفرقة، فلو لم يستلزمها العقد، كما لو باع أحدهما و شرط استخدامه مدّة المنع، أو على من لا يحصل منه التفريق بينهما، لم يحرم، مع احتمالها في الثاني إذا لم يكن الاجتماع لازماً له شرعاً.

و حيث حكم بالتحريم فهل يقع البيع و نحوه صحيحاً، نظراً إلى أنّ النهي في غير العباد لا يقتضى الفساد، و لرجوعه إلى وصف خارج عن ذات المبيع كالبيع وقت النداء، أم باطلا، التفاتاً إلى الأحاديث الدالّة على الرّد من غير اعتبار رضا المتبايعين،

ص: ٣٩٠

١-١) عوالمى اللئالى ٢:٢٤٩ ح ٢٠، و عنه المستدرک ١٣:٣٧٥ ح ٤.

٢-٣) الكافى ٥:٢١٩ ح ٥، الفقيه ٣:١٤٠ ح ٦١٦، التهذيب ٧:٦٨ ذيل ح ٢٩٠، الوسائل ١٣:٤١ ب (١٣) من أبواب بيع الحيوان ح ١.



و الاستغناء يحصل ببلوغ سبع،(١) وقيل: يكفى استغناؤه عن الرضاع، و الأول أظهر.

و لأنّ تحريم التفريق أخرجهما عن صلاحية المعاوضة؟ قولان، أجودهما الثانى.

و هل يختصّ نهى التفريق بالولد مع الأم، أم يعمّ غيرها من الأرحام المشارك لها فى الاستيناس و الشفقة؟ استقرب فى التذكرة (١)الأول. و صحيحه ابن سنان دالّه على الثانى، و هو أجود.

و موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبأ، أما قبله فلا يجوز قطعاً، لما فيه من التسبب إلى إهلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونه. صرح به جماعه.

و لا يتعدى الحكم إلى البهيمه، اقتصاراً بالمنع على موضع النصّ، فيجوز التفرقه بينها و بين ولدها بعد استغنائه عن اللبن و قبله، إن كان ممّا يقع عليه الذكاه، أو كان له ما يمونه من غير لبن امّه.

قوله: «و الاستغناء يحصل ببلوغ سبع. إلخ».

هذا الخلاف لم نقف له على مستند بخصوصه، و لا- ادّعاء مدّع من الأصحاب، و إنّما نقلوا الخلاف هنا مقتصرين عليه. و ذكر جماعه من المتأخرين (٢)أنّه مترتب على الخلاف فى الحضانه الآتى فى باب النكاح. و هو الظاهر. و قد اختلفت الروايات ثمّ فى تقدير المدّه، ففى بعضها (٣)سبع مطلقاً، و فى بعضها (٤)مدّه الرضاع، و بكلّ منهما قائل.

و جمع جماعه (٥)بين الروايات بحمل السبع على الأنثى و الحولين على الذكر، لمناسبه الحكمة فى احتياج الأنثى إلى تربيته الأم زياده على الذكر، و لأنّه أولى من

ص: ٣٩١

١-١) التذكرة ٥٠٠:١.

٢-٢) منهم ابن فهد الحلّى فى المهذب البارع ٤٥٨:٢، و المحقق الكركى فى جامع المقاصد ١٥٨:٤.

٣-٣) الفقيه ٢٧٥:٣ ح ١٣٠٥، الوسائل ١٩٢:١٥ ب(٨١) من أبواب أحكام الأولاد ح ٦.

٤-٤) الكافى ١٠٣:٦ ح ٣، تفسير العياشى ١:١٢١ ح ٣٨٥، الوسائل ١٩٢:١٥ ب(٨١) من أبواب أحكام الأولاد ح ٥.

٥-٥) منهم الشيخ فى النهاية: ٥٠٣ و ٥٠٤، و ابن حمزه فى الوسيله: ٢٨٨.

## السادسه: من أولد جاريه ثم ظهر أنها مستحقه انتزعا المالك

السادسه: من أولد جاريه ثم ظهر أنها مستحقه انتزعا المالك، و على الواطئ عشر قيمتها إن كانت بكرا، و نصف العشر إن كانت ثيبا.

و قيل: يجب مهر أمثالها، و الأول مروى. (١) و الولد حرّ، و على أبيه قيمته يوم ولد حيا، و يرجع على البائع بما اغترمه من قيمه الولد. و هل يرجع بما اغترمه من مهر و اجره؟ (٢) قيل: نعم، لأنّ البائع أباحه بغير عوض، و قيل: لا، لحصول عوض فى مقابلته.

## السابعه: ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام يجوز تملكه فى حال الغيبه، و وطء الأمه

السابعه: ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام يجوز تملكه فى حال الغيبه، و وطء الأمه. و يستوى فى ذلك ما يسببه المسلم و غيره، و إن كان فيها حقّ للإمام، أو كانت للإمام. (٣) إطراح بعضها إذا عمل ببعض، و هذا هو الأجود. و حيث كان ذلك حكم الحرّه فليكن فى الأمه كذلك، لأنّ حقّها لا- يزيد على الحرّه، و لأنّ ذلك هو الحقّ المقرّر للأمّ فى كون الولد معها فى نظر الشارع.

قوله: «من أولد جاريه ثم ظهر أنها مستحقه-إلى قوله-و الأول مروى».

المراد أنّه أولدها جاهلا بكونها مستحقه، كما يتبّه عليه قوله: «ثم ظهر أنها مستحقه». و القول بوجوب العشر أو نصفه هو الأقوى و المشهور. و لو كان عالما بالاستحقاق فالولد رقّ للمالك، و الواطئ زان، فيلزمه العقر. و لا يرجع به و لا بغيره ممّا يغترمه.

قوله: «و هل يرجع بما اغترمه من مهر أو أجره. إلخ».

الأقوى رجوعه بالجميع. و قد تقدّم.

قوله: «ما يؤخذ من دار الحرب-إلى قوله-و ان كان فيها حق الإمام أو كانت للإمام».

الترديد بين القسمين للتنبيه على الفرق بين المأخوذ، فإنّه إن كان سرقة و غيله

## الثامنة: إذا دفع إلى مأذون مالا ليشتري به نسمة و يعتقها و يحج عنه بالباقي

الثامنة: إذا دفع إلى مأذون مالا (١) ليشتري به نسمة و يعتقها و يحج عنه بالباقي، فاشترى أباه، و دفع إليه بقیة المال فحج به، و اختلف مولاه و ورثه الأمر و مولی الأب، فكلّ يقول: اشترى بمالی. قيل: يرد إلى مولاه رقاً، ثمّ يحكم به لمن أقام البینه، على روايه ابن أشيم. و هو ضعيف.

و قيل: يرد على مولی المأذون، ما لم يكن هناك بینه. و هو أشبه.

و نحوهما ممّا لا- قتال فيه فهو لآخذه و عليه الخمس، و إن كان بقتال فهو بأجمعه للإمام عليه السلام، لروايه البنظلي (١). و على التقديرين يباح تملكه حال الغيبه، و لا- يجب إخراج حصّه الموجودين من الهاشميين منه، لإباحه الأئمة عليهم السلام ذلك لشيعتهم، لتطيب مواليدهم. و كذا يجوز شراؤه من السابى و الآخذ، و إن كان مخالفاً.

و يمكن أن يكون الترديد بسبب الخلاف فى أنّ المغنوم بغير إذن الإمام هل هو له عليه السلام- كما هو المشهور و وردت به الروايه (٢)- أم لآخذه و عليه الخمس، نظراً إلى كون الروايه مقطوعه، كما ذكره المصنّف فى النافع (٣) متوقفاً فى الحكم بسبب ذلك؟ إلا أنّ المعروف من المذهب هو العمل بمضمونها لا نعلم فيه مخالفاً. و حينئذ فلا يضرّ القطع، فيكون التفسير الأوّل أولى. و به صرح فى الدروس (٤)، و تبعه عليه جماعه من المتأخرين (٥).

قوله: «إذا دفع إلى مأذون مالا. إلخ».

هذه المسأله بمعنى ما حكاه المصنّف أولاً رواها على بن أشيم عن الباقر عليه

ص: ٣٩٣

- 
- ١- (١) الوسائل ١١٩: ١١ ب (٧٢) من أبواب جهاد العدو ح ١ و ٢.
  - ٢- (٢) التهذيب ٤: ١٣٥ ح ٣٧٨، الوسائل ٦: ٣٦٩ ب (١) من أبواب الأنفال ح ١٦.
  - ٣- (٣) المختصر النافع: ٦٤.
  - ٤- (٤) الدروس: ٣٤٧.
  - ٥- (٥) منهم السيورى فى التنقيح ٢: ١٢٧ و ابن فهد فى المهذب البارع ٢: ٤٦٠، و المحقق الكركى فى جامع المقاصد ٤: ١٢٩.

السلام، وفيها: «أَنَّ الْحَجَّه مَضَتْ بِمَا فِيهَا» (١). و عمل بمضمونها الشيخ (٢) (رحمه الله). و رَدَّهَا الْمُتَأَخَّرُونَ بِضَعْفِ ابْنِ أَشِيمٍ فَإِنَّهُ غَالٍ، وَ بِمُخَالَفَتِهَا لِأَصُولِ الْمَذْهَبِ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ بِرَدِّ الْعَبْدِ إِلَى مَوَالِيهِ، مَعَ اعْتِرَافِهِ بِبَيْعِهِ وَ دَعْوَاهِ فَسَادِ الْبَيْعِ، وَ مَدَّعَى الصَّحَّةِ - وَ هُوَ الْآخِرَانِ - مُقَدِّمٌ، وَ بِحُكْمِهِ بِمَضَى الْحَجَّه مَعَ أَنَّ ظَاهِرَ الْأَمْرِ حُجُّهُ بِنَفْسِهِ وَ قَدْ اسْتَنْابَ فِيهَا، وَ مَجَامِعُهُ صَحَّةُ الْحَجِّ لِعُودِهِ رِقَاً وَ كَوْنِهِ قَدْ حَجَّ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ.

وَ اعْتَذَرَ الْعَلَامَةُ (٣) لِلأَوَّلِ بِحَمْلِهَا عَلَى إِنْكَارِ مَوْلَى الْأَبِ الْبَيْعِ، لِإِفْسَادِهِ.

وَ يَرُدُّهُ مَنَافَاتُهُ لِمَنْطُوقِهَا الدَّالُّ عَلَى كَوْنِهِ اشْتَرَى بِمَالِهِ، فَلَا تَسْمَعُ.

وَ نَزَّلَهَا فِي الدَّرُوسِ عَلَى أَنَّ الْمَأْذُونَ بِيَدِهِ مَالٌ لِمَوْلَى الْأَبِ وَ غَيْرِهِ، وَ بِتَصَادُمِ الدَّعَاوِي الْمُتَكَافِئَةِ يَرْجَعُ إِلَى أَصَالِهِ بَقَاءِ الْمَلِكِ عَلَى مَالِكِهِ، وَ لَا - يَعَارِضُهُ فَتَوَاهِمُ بِتَقْدِيمِ دَعْوَى الصَّحَّةِ عَلَى الْفُسَادِ، لِأَنَّ دَعْوَى الصَّحَّةِ هُنَا مُشْتَرِكَةٌ بَيْنَ مُتَقَابِلِينَ مُتَكَافِئِينَ فَيَسَاقُطَانِ. قَالَ: وَ هَذَا وَاضِحٌ لَا غَبَارَ عَلَيْهِ (٤).

وَ فِيهِ نَظَرٌ وَاضِحٌ، بَلِ الْغَبَارُ عَلَيْهِ لَائِحٌ، لِمَنْعِ تَكَافُؤِ الدَّعَاوِي أَوْ لَا عَلَى تَقْدِيرِ تَسْلِيمِ أَنْ يَكُونَ بِيَدِهِ مَالٌ لِلْجَمِيعِ، لِأَنَّ مِنْ عَدَا مَوْلَاهُ خَارِجٌ وَ الدَّخَلُ مُقَدِّمٌ، فَسَقَطَ مَوْلَى الْأَبِ وَ وَرَثَتُهُ الْأَمْرَ، فَلَمْ يَتِمَّ الرَّجُوعُ إِلَى أَصْلِ بَقَاءِ الْمَلِكِ عَلَى مَالِكِهِ. وَ بِذَلِكَ يَظْهَرُ فَسَادُ دَعْوَى كَوْنِ دَعْوَى الصَّحَّةِ مُشْتَرِكَةً بَيْنَ مُتَقَابِلِينَ مُتَكَافِئِينَ، فَإِنَّ الْخَارِجَةَ لَا - تَكَافِئُ الدَّخَلَةَ، فَإِذَا قَدِّمْتَ لَمْ يَبْقَ لِرَدِّ الدَّعْوَى الْمَشْتَمَلَةِ عَلَى فَسَادِ الْبَيْعِ مَانِعٌ، إِذْ لَمْ يَنْقَدِحْ تَوَجُّهَهَا إِلَّا بِسَبَبِ تَسَاقُطِ تَيْنِكَ الدَّعْوِيَيْنِ، وَ لَمْ يَتِمَّ.

ثُمَّ لَوْ سَلَّمَ أَنْ يَكُونَ بِيَدِ الْمَأْذُونَ أَمْوَالٌ لَغَيْرِ مَوْلَاهُ، فَإِنَّ إِقْرَارَهُ بِهَا لِغَيْرِهِ غَيْرُ

ص: ٣٩٤

- 
- ١ - ١) الكافي ٧: ٦٢ ح ٢٠، التهذيب ٧: ٢٣٤ ح ١٠٢٣ و ٨: ٢٤٩ ح ٩٠٣، و ٩: ٢٤٣ ح ٩٤٥، الوسائل ١٣: ٥٣ ب (٢٥) من أبواب بيع الحيوان ح ١.  
 ٢ - ٢) النهاية: ٤١٤.  
 ٣ - ٣) التذكرة ١: ٤٩٩.  
 ٤ - ٤) الدروس: ٣٤٩.

## التاسعة: إذا اشترى عبدا في الذمه، و دفع البائع إليه عبدين

التاسعة: إذا اشترى عبدا في الذمه، (١) و دفع البائع إليه عبدين، و قال: اختر أحدهما، فأبقى واحدا. قيل: يكون التالف بينهما، و يرجع بنصف الثمن. فإن وجدته اختاره، و إلا كان الموجود لهما. و هو بناء على انحصار حقه فيهما. و لو قيل: التالف مضمون بقيمته، و له المطالبة بالعبد الثابت في الذمه، كان حسنا.

مقبول مع تكذيب المولى و إن كان مأذونا، لأن المأذون إنما يقبل إقراره بما يتعلق بالتجاره لا مطلقا، كما سيأتي.

و حينئذ فلا بد من إطراح الروايه لهذه المنايات لقبولها، و الرجوع إلى أصل المذهب. و المذنب يناسبه إطراح دعوى مولى الأب، لاشتمالها على الفساد. و يبقى المعارضه بين مولى العبد و ورثه الأمر، لاشتراكهما في دعوى الصحه، فيقدم قول المولى لأنه ذو اليد.

و قال المصنّف في النافع: الذى يناسب الأصل إمضاء ما فعله المأذون (١). و فيه ما مرّ، إلا أن يقال: إن العبد المأذون يصير كالوكيل، يقبل إقراره على ما فى يده، و يمضى تصرّفه كالوكيل. و ليس ببعيد مع تناول الإذن لذلك، كما هو المفروض. و مختار المصنّف هنا أقوى.

هذا كله مع عدم البينه، و معها إن كانت لواحد حكم بها، و إن كانت لاثنتين أو للجميع، فإن قدمنا بينه الداخلة عند التعارض فكالأول، و إن قدمنا الخارج أو لم يكن للداخل بينه، ففي تقديم بينه ورثه الأمر نظرا إلى الصحه، أو بينه مولى الأب، لأنه خارج بالإضافة إلى ورثه الأمر، لادّعائه ما ينافى الأصل، و جهان أجودهما الأول، لأنهما خارجان بالنسبه إلى مولى المأذون و مدّعيان، و يبقى مع ورثه الأمر مرجح الصحه.

قوله: «إذا اشترى عبدا في الذمه. إلخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ (٢) (رحمه الله)، و تبعه عليه بعض الأصحاب (٣).

ص: ٣٩٥

١-١) المختصر النافع: ١٣٣.

٢-٢) النهايه: ٤١١.

٣-٣) منهم ابن البراج نقله عنه فى المختلف: ٣٨٢، و الشهيد فى اللمعه: ٤٨.

و مستنده روايه محمد بن مسلم (١) عن الباقر عليه السلام. و فى طريقها ضعف يمنع من العمل بها، مع ما فيها من مخالفه الأصول 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 لو وجد الآبق.

و نزلها الأصحاب على تساويهما قيمه، و مطابقتهما للمبيع الكلى و صفا، و انحصار حقه فيهما حيث دفعهما إليه و عينهما للتخيير، كما لو حصر الحق فى واحد.

و عدم ضمان الآبق إما بناء على عدم ضمان المقبوض بالسوم، أو تنزيل هذا التخيير منزله الخيار الذى لا يضمن التالف فى وقته.

و يشكل الحكم بانحصار الحق فيهما على هذه التقادير أيضا، لأن المبيع أمر كلى لا يتشخص إلا بتشخيص البائع، و دفعه الاثنين ليتخير أحدهما ليس تشخيصا، و إن حصر الأمر فيهما، لأصالة بقاء الحق فى الذمه إلى أن يثبت المزيل، و لم يثبت شرعا كون ذلك كافيا، كما لو حصره فى عشره فصاعدا.

و نزلها فى المختلف (٢) على تساوى العبدین من كل وجه ليلحق بمتساوى الأجزاء، حتى استوجه جواز بيع عبد منهما، كما يجوز بيع قفيز من الصبره، و ينزل على الإشاعه، فيكون التالف منهما و الباقي لهما.

و يشكل بمنع تساوى العبدین على وجه يلحقان بالمثل، و منع تنزيل بيع القفيز من الصبره على الإشاعه، و قد تقدم. و مع ذلك فاللازم عدم ارتجاع نصف الثمن.

و الأولى الإعراض عن الروايه لما ذكر، و الرجوع إلى أصل المذهب. فينظر

ص: ٣٩٤

١-١) الكافي ٥: ٢١٧ ح ١، الفقيه ٣: ٨٨ ح ٣٣٠، التهذيب ٧: ٧٢ ح ٣٠٨، الوسائل ١٣: ٤٤ ب (١٦) من أبواب بيع الحيوان ح ١.  
٢-٢) المختلف: ٣٨٢.

و أما لو اشترى عبدا من عبدين لم يصح العقد، وفيه قول موهوم. (١) حينئذ في العبدین إن كانا بوصف المبيع و تخير الآبق ردّ الباقي و لا- شيء له. و إن اختار الباقي بنى ضمان الآبق على أنّ المقبوض بالسوم هل هو مضمون أم لا؟ فإن قلنا به - كما هو المشهور- ضمنه، و إلا فلا. و أما بناؤه على التالف في زمن الخيار فليس بشيء، إذ لا خيار هنا. و إن كان أحدهما بالوصف خاصه فله اختياره، و حكم الآخر ما مرّ. و إن لم يكونا بالوصف طالب بحقه و ردّ الباقي. و في ضمان الذاهب ما مرّ.

و على هذا لا فرق بين العبدین و العبيد و غيرهما من الأمتعه و غيرها. و على الروايه لا يتعدى الى غير العبيد، اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص، لبطلان القياس. و به قطع الشيخ (١) رحمه الله.

و لو تعددت العبيد ففي انسحاب الحكم وجهان، من صدق العبدین في الجملة، و الخروج عن نفس المنصوص. فإن قلنا به و كانوا ثلاثه فأبق واحد فأتى المبيع و ارتجع ثلث الثمن، مع احتمال بقاء التخيير لبقاء محله و عدم فوات شيء. و لو كانا اثنين، أو عبدا و أمه، ففيه الوجهان. و قطع في الدروس (٢) بانسحاب الحكم هنا. و لو هلك أحد العبدین ففي انسحاب الحكم الوجهان. و الأولى العدم في ذلك كله لو قلنا به، لما ذكرناه.

قوله: «أما لو اشترى عبدا من عبدين لم يصح العقد، وفيه قول موهوم».

أشار بالقول إلى ما ذكره الشيخ (رحمه الله) في الخلاف (٣) من الجواز أخذنا من ظاهر الروايه السابقه. و دلالتها على ذلك ممنوعه، لما قد عرفته، فلذلك نسبه المصنّف (رحمه الله) إلى الوهم. و حمله العلامة في المختلف على تساوى العبدین من كلّ وجه،

ص: ٣٩٧

١- (١) الخلاف ٢: ٣١٧ كتاب السلم مسأله ٣٨.

٢- (٢) الدروس: ٣٤٨.

٣- (٣) الخلاف ٣: ٣٨ كتاب البيوع مسأله ٥٤.

## العاشرة: إذا وطئ أحد الشريكين مملوكه بينهما سقط الحد مع الشبهه

العاشرة: إذا وطئ أحد الشريكين مملوكه بينهما سقط الحد مع الشبهه، ويثبت مع انتفائها. لكن يسقط منه بقدر نصيب الواطئ. (١) و لا- تقوّم عليه بنفس الوطاء، على الأصح. (٢) و لو حملت قوّم عليه حصص الشركاء، وانعقد الولد حرًا، و على أبيه قيمه حصصهم يوم ولد (٣) حيا.

و نفى استبعاد بيع أحدهما لا بعينه حينئذ، كما لو باعه من متساوي الأجزاء بعضه (٤).

و يشكل بما مرّ (٥). و الأقوى المنع مطلقا.

قوله: «إذا وطئ أحد الشريكين- إلى قوله- بقدر نصيب الواطئ».

ظاهر النصوص (٦) و الفتاوى أنّ الواجب هنا من الحدّ الجلد خاصّه، و إن كان محصنا، لأنّه الحدّ الذي يقبل التبويض. و كأنّ الوجه فيه أنّه ليس زنا محضا، بسبب ملكه لبعضها، و من هنا توجه الحكم أيضا بلحوق الولد به، و إن كان عالما بالتحريم، مع أنّ الزانى العالم لا يلحق به الولد. و لا يخفى أنّه يستثنى من الحدّ بسبب نصيب الشريك ما لو كان ولد الواطئ، فإنّه لا حدّ على الأب بسبب نصيبه، كما لا حدّ عليه لو كانت بأجمعها للولد، كما سيأتى.

قوله: «و لا تقوّم عليه بنفس الوطاء على الأصح».

أوجب الشيخ (٧) تقويمها بنفس الوطاء استنادا إلى ظاهر روايه عبد الله بن سنان (٨). و الأقوى ما اختاره المصنّف، لأنّ الإحبال تصير به أمّ ولده فتقوّم عليه معه، لا بدونه.

قوله: «و لو حملت قوّم عليه حصص الشركاء، و انعقد الولد حرًا، و على أبيه قيمه حصصهم يوم ولد».

إذا حملت الأمه المذكوره تعلق بها حكم أمّهات الأولاد، فتقوّم عليه، لأنّ

ص: ٣٩٨

١- (١) المختلف: ٣٨٢.

٢- (٢) فى ص ٣٩٦.

٣- (٣) انظر الوسائل ١٣:٤٥ ب(١٧) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

٤- (٤) النهايه: ٤١٢.

٥- (٥) الكافي ٥:٢١٧ ح ٥، التهذيب ٧:٧٢ ح ٣٠٩، الوسائل ١٣:٤٥ ب(١٧) بيع الحيوان ح ١.



## الحاديه عشره: المملوكان المأذون لهما (١) إذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه

الحاديه عشره: المملوكان المأذون لهما (١) إذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه، حكم بعقد السابق. فإن اتفقا في وقت واحد بطل العقدان، وفي روايه يقرع بينهما، وفي أخرى يذرع الطريق و يحكم للأقرب، والأول أظهر.

الاستيلاء بمنزله الإتلاف، لتحريم بيعها، وانعاقها بموت سيدها، فكان عليه غرامه الحصص. و هل المعتبر قيمتها عند الوطاء، أو التقويم، أو الأكثر؟ الأنسب الأخير. ولا تدخل في ملكه بمجرد الحمل، بل بالتقويم و دفع قيمه، أو الضمان مع رضا الشريك، فكسبها قبل ذلك للجميع، وكذا حق الاستخدام. و لو سقط الولد قبل التقويم استقر ملك الشركاء. وإنما يلزم أباه قيمه حصصهم يوم ولد إذا لم تكن قومت عليه حاملا، وإلا دخلت قيمته معها.

و تبه المصنف بقوله: «انعقد الولد حرًا» على أن فكّه بالقيمه ليس على حدّ فكّ الوارث الرّق، بل هو محكوم بحرّيته من حين الانعقاد و إن لم يبذل قيمته. و تظهر الفائده فيما لو أوصى له حملا، فإنّ الوصيّه صحيحه. و لو قيل بانعقاده رقًا و توقّف تحريره على دفع قيمته أو ما قام مقامها لم يصحّ. و فيما لو سقط بجنايه جان، فإنّه يلزمه ديه جنين حرّ للأب عشر ديته، و عليه للشركاء ديه جنين الأمه عشر قيمتها إلا قدر نصيبه. و يجب على الأب مضافا إلى ذلك العقر بسبب الوطاء، سواء كانت بكرا أم ثيبا، و هو العشر أو نصفه، مضافا إلى ذلك أرش البكاره مستثنى منه قدر نصيبه، على أصحّ القولين.

قوله: «المملوكان المأذون لهما. إلخ».

ما اختاره المصنّف هو الأقوى. و وجه تقديم السابق واضح، لأنّ عقده صدر من أهله في محله، بخلاف المتأخر، لبطلان اذنه بانتقاله عن ملك مالكه، فلا يمضى عقده.

ثمَّ إن كان شراء كلِّ منهما لنفسه، وقلنا بملكه، فبطلان الثاني واضح، لامتناع ان يملك العبد سيِّده. و إن أحلنا الملك، أو كان شراؤه لسيِّده، صحَّ السابق، و كان الثاني فضولياً لبطلان إذنه، فيقف على إجازته من اشترى له. و لو كان وكيلاً له، و قلنا بأنَّ وكاله العبد لا- تبطل ببيع مولاه له، صحَّ الثاني أيضاً، وإلا فكالأذن. و الفرق بين الاذن و الوكاله أنَّ الاذن ما جعلت تابعه للملك، و الوكاله ما أباحت التصرّف المعين مطلقاً. و المرجع فيهما إلى ما دلَّ عليه كلام المولى.

و لو اقترن العقدان بطلا، أى لم يمضيا، بل يكونان موقوفين على الإجازة، لاستحاله الترجيح إذا لم يكونا وكيلين، كما مرَّ. و يتحقّق الاقتران بالاتفاق فى القبول بأن يكمله معاً، لأنَّ به يتمّ السبب و يحصل الانتقال عن الملك الموجب لبطلان إذن المتأخر، لا بالشروع فى العقد، لعدم دلالة قصد إخراج العبد عن الملك على القصد إلى منعه من التصرّف بإحدى الدلالات، حتى لو شرع فى العقد فحصل مانع من إتمامه بقيت الإذن، و إنّما المزيل لها خروجه عن ملكه، عملاً بالاستصحاب و تمسّكاً ببقاء المقتضى.

و الروايه (١) بالقرعه ذكرها الشيخ (٢) (رحمه الله)، و فرضها فى صورته تساوى المسافه و اشتباه الحال، و هو لا يستلزم الاقتران و ان احتمله. و القول بها حينئذ ليس بعيداً من الصواب، لاشتباه الحال فى السبق و الاقتران. و قد روى أنّ القرعه لكلّ أمر مشكل [١]. و اختارها العلامة فى التذكرة (٣) و المختلف (٤) مع الاشتباه - كما قلناه -

ص: ٤٠٠

١- (١) الكافي ٥: ٢١٨ ذيل ح ٣، الوسائل ١٣: ٤٦ ب (١٨) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٧٣ ح ٣١١، الاستبصار ٣: ٨٢ ذيل ح ٢٧٩.

٣- (٣) التذكرة ١: ٥٠٠.

٤- (٤) المختلف: ٣٨٣.

## الثانيه عشره:من اشترى جاريه سرقت من أرض الصلح

الثانيه عشره:من اشترى جاريه(١) سرقت من أرض الصلح كان له ردّها على البائع و استعاده الثمن.و لو مات أخذ من وارثه.و لو لم يخلف لا مع علم الاقتران.

و يشكل بأنّه مع احتمال الاقتران و السابق كما يحتمل السابق الخارج بالقرعه يحتمل الاقتران المبطل للعقد،و ليس فى القرعه ما يخرجها،فإنّ ظاهر المؤدى منها إخراجها على السابق منهما،و حينئذ فلا يتوجّه إلّا مع اشتباه السابق.

نعم،لو قيل-مع اشتباه السابق و الاقتران كما هو ظاهر فرض المسأله-:إنّه يكتب ثلاث رقاع فى أحدها الاقتران ليحكم بالبطلان ان ظهر،كان حسناً،إلّا أنّهم لم ينبّهوا عليه،و لا هو ظاهر ما نقل من الروايه.و الروايه المشتمله على ذرع الطريق رواها الشيخ-رحمه الله-عن أبى خديجه (١)عن الصادق عليه السلام.و فيها أنّ ذلك مع اشتباه الحال،فلو علم السابق قدام و إن كان أبعد طريقاً.و ظاهرها أنّ كلّاً منهما اشترى الآخر لنفسه،بناء على أنّ العبد يملك.و المختار ما قدّمناه.

بقى فى العبارة شىء،و هو أنّه بعد حكمه بتقديم السابق،و البطلان مع الاقتران روى القرعه و مسح الطريق ثمّ رجح الأوّل،و هو يشعر بكونهما فى مقابله مختاره،و الحال أنّهما وردتا فى صورته الاشتباه،و المصنّف لم يذكر حكم هذا الفرض، فلا يكونان فى مقابله حكمه،بل فى الثانيه تصريح بتقديم السابق،و لا تعرّض لهما لحاله تيقن الاقتران.و الظاهر أنّ المصنّف جعلهما فى مقابله الاقتران تبعاً للشيخ- رحمه الله-فإنه صرّح فى النهايه (٢)بالقرعه عند الاقتران محتجّاً بالروايه،و هى لا تدلّ على مطلوبه،لأنّه فرضها فى كتابى الحديث فيما إذا كانت المسافه متساويه و اشتبه الحال،لا فيما إذا علم الاقتران.و الله أعلم.

قوله:«من اشترى جاريه.إلخ».

القول الأوّل للشيخ (٣)-رحمه الله-،و أتباعه (٤).و مستنده روايه مسكين

ص:٤٠١

١-١) التهذيب ٧:٧٢ ح ٣١٠،الاستبصار ٣:٨٢ ح ٢٧٩ الوسائل ١٣:٤٦ ب(١٨)من أبواب بيع الحيوان ح ١.و رواه فى الكافى ٥:٢١٨ ح ٣ عن أبى سلمه و الظاهر اتحاده مع أبى خديجه.

٢-٢) النهايه:٤١٢.

٣-٣) النهايه:٤١٤.

٤-٤) منهم ابن البراج نقله عنه العلامه فى المختلف:٣٨٤.

وارثا استسعت في ثمنها. وقيل: تكون بمنزله اللقطه. و لو قيل: تسلّم إلى الحاكم و لا تستسعى كان أشبه.

السّمَان (١)، عن الصادق عليه السلام. و القول الثاني لابن إدريس (٢)، نظرا إلى ردّ الروايه بناء على أصله، و لمخالفتها لأصول المذهب من جهه ردّها على بائعها و ليس مالكا و لا وكيلا له، و استسعاتها في ثمنها مع أنّ كسبها لمولاهها، و الثمن لم يصل إليه فكيف يؤخذ من غير آخذه؟! هذا مع جهاله مسكين الموجب لترك العمل بروايته و إن وافقت الأصول.

و في الدروس (٣) استقرب العمل بالروايه، و اعتذر عن الإشكاليين بأنّ ردّها على البائع تكليف له بردّها إلى أهلها، إمّا لأنّه سارق، أو لأنّه ترتبت يده عليه. و زاد في شرح الإرشاد (٤) بأنّ يده أقدم، و مخاطبته بالردّ ألزم، خصوصا مع بعد دار الكفر.

و أنّ في استسعاتها جمعا بين حقّ المشتري و حقّ صاحبها. و الأصل فيه أنّ مال الحربى فيء في الحقيقة، و بالصلح صار محترما احتراماً عرضياً، فلا يعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة.

و هذا التنزيل تقريب للنصّ و توجيه له حيث يكون النصّ هو الحجّه، و إلّا فلا - يخفى أنّ مجرد ما ذكره لا يصلح للدلاله، لأنّ تكليف البائع بالردّ لا يقتضى جواز الدفع إليه كما في كلّ غاصب، و قدم يده لا أثر له في هذا الحكم أيضا، و إلّا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الردّ على الغاصب، و هو باطل إجماعاً، و لأنّ البائع إن كان سارقاً لم يكن أهلاً للأمانه لخيانته، و إن لم يكن سارقاً فليس وكيلاً للمالك

ص: ٤٠٢

١-١) التهذيب ٧: ٨٣ ح ٣٥٥، الوسائل ١٣: ٥٠ ب (٢٣) من أبواب بيع الحيوان ح ١.

٢-٢) السرائر ٢: ٣٥٦.

٣-٣) الدروس: ٣٤٩.

٤-٤) غايه المراد: ٩٢.

و لا- وليا له، فلا يجوز الدفع إليه، كما فى كل مبيع يظهر استحقاقه. و أمّا الفرق بين احترام المال بالعرض و الأصل فلا مدخل له شرعا فى الحكم، بل لا- تفاوت فى نظر الشارع بينهما، بل كل منهما مضمون على المتلف. مع أنّ المتلف للمال المحترم حقيقه ليس هو مولى الجاربه، بل البائع الذى غرّه إن كان عالما، أو من غرّه، فلا يرجع على غيره « و لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى (١) ». و لو تمّ ذلك لزم منه جواز أخذ ما ذهب من الأموال المحترمه بالأصل من مال المحترم بالعرض كأهل الذمه، و هو واضح البطلان.

و الوجه ما قلناه من أنّ ذلك تنزيل للنصّ و تقريب له الى العقل، لا تعليل بعلمه معتمده. و إنّما الاعتماد على الروايه، لصحه طريقها فى غير مسكين، و عمل الشيخ و جماعه [١] من الأعيان بها.

و الأقوى وجوب التوضيل إلى مالكها أو وكيله أو وارثه كذلك، و مع التعذر تدفع إلى الحاكم. و هذا هو مراد المصنّف ممّا اختاره أخيرا، و إنّما ترك ذكر المالك لتعذر الوصول إليه غالبا. و أمّا الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقا، و مع تلفه إن كان المشتري جاهلا بسرقتها. و كذا القول فى الوارث. و لا تستسعى الجاربه مطلقا و إن ضاع الثمن.

ص: ٤٠٣

و النظر فيه يستدعى مقاصد:

الأول: السلم

الأول: السلم هو ابتياع مال مضمون (١) إلى أجل معلوم بمال حاضر، أو في حكمه.

و ينعقد بلفظ أسلمت، و أسلفت، (٢) و ما أدى معنى ذلك، و بلفظ قوله: «السلم هو ابتياع مال مضمون. إلخ».

أراد بالحاضر المعين ثمن المقبوض في المجلس، و بما في حكمه المقبوض في المجلس مع كونه موصوفاً غير معين، و إن كان المقبوض حاضراً عندهما، لأن الثمن - إذا كان موصوفاً غير منحصر في المقبوض، بل هو أمر كلي، و الكلي لا حضور له، لكن بتعيينه في المجلس و قبضه يصير في حكم الحاضر. و يتبّه على أنّ المراد بالحاضر المعين ثمن اقترانه بالباء، فإنّ الحاضر عندهما إذا قبض في المجلس و لم يكن معيناً في العقد ليس هو متعلق الباء، و إن كان بعض أفرادها، لأنّ الأمر الكلي مغاير لأفرادها، و إن لم يوجد بدونها.

قوله: «و ينعقد بلفظ أسلمت و أسلفت».

السلم و السلف بمعنى، أشار إليهما المصنّف بجعل العنوان في السلف ثمّ عرّف السلم. و يقال: أسلفت و سلّفت، يتعدى بالهمزة و التضعيف، و أسلمت بالهمزة. قال في التذكرة: و يجئ سلّمت إلا أنّ الفقهاء لم يستعملوه (١). و ينبغى القول بجوازه، لدلالته صريحاً على المقصود و ورده لغة فيه. هذا إذا كان الإيجاب من المسلم. و لو كان من المسلم إليه - الذي هو البائع في الحقيقة - صحّ بلفظ البيع

ص: ٤٠٤

البيع و الشراء. و هل ينعقد البيع بلفظ السلم، كأن يقول: أسلمت إليك (١) هذا الدينار في هذا الكتاب؟ الأشبه نعم، اعتبارا بقصد المتعاقدين.

و التملك على قول، و ب (استلمت منك كذا) أو استلفت، أو تسلفت، أو تسلمت، على ما مرّ، إلى آخر الصيغ. و القبول هنا من المسلم: قبلت و شبهه. و هذا الحكم من خواصّ السلم بالنسبة إلى أنواع البيع. و مثله في صحّحه الإيجاب من كلّ من المتعاقدين الصلح.

قوله: «و هل ينعقد البيع بلفظ السلم كأن يقول: أسلمت إليك.

إلخ».

أى قال ذلك المشتري، فيكون ذلك على نهج السلم من كون المسلم هو الثمن و المسلم فيه هو المبيع. و مثله ما لو قال البائع أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار، كما فرضه في القواعد (١).

و وجه الأشبه:

أنّ البيع يصحّ بكلّ ما أدى ذلك المعنى المخصوص، و السلم نوع من البيع اعتبره الشارع في نقل الملك، فجاز استعماله في الجنس مجازا تابعا للقصد.

و لأنّه إذا جاز استعماله لما في الدّمه المحتمل للغرر كان مع المشاهده أدخل، لأنّه أبعد من الغرر، إذ مع المشاهده يحصل العلم أكثر من الوصف، و الحلول يتيقّن معه إمكان التسليم و الانتفاع بخلاف الأجل، فكان أولى بالصحّح.

و لأنّ البيع ينعقد ب (ملكك كذا بكذا) على ما ذكره بعض الأصحاب (٢)، و لا- ريب أن السلم أقرب إلى حقيقه البيع من التملك المستعمل شرعا- استعمالا شائعا- في الهبه، فإذا انعقد بالأبعد لتأديته المعنى المراد، فالأقرب إذا أذاه أولى.

و هذا هو اختيار الأكثر.

و وجه العدم:

أنّ لفظ السلم موضوع حقيقه للنوع الخاصّ من البيع، فاستعماله في غير ذلك

ص: ٤٠٥

١- ١) قواعد الأحكام ١: ١٣٤.

٢- ٢) منهم العلامه في قواعد الأحكام ١: ١٢٣، و الشهيد في الدروس: ٣٣٤.

و يجوز إسلاف الأعراض فى الأعراض (١) إذا اختلفت، و فى الأثمان.

و إسلاف الأثمان فى الأعراض. و لا يجوز إسلاف الأثمان فى الأثمان و لو اختلفا.

## الثانى: فى شرائطه

الثانى: فى شرائطه، و هى ستة:

## الأول و الثانى: ذكر الجنس و الوصف

الأول و الثانى: ذكر الجنس و الوصف.

النوع مجاز، و العقود اللازمه لا تثبت بالمجازات.

و لأنّ الملك إنّما ينتقل بما وضعه الشارع ناقلا، و لم يثبت جعل الشارع هذا ناقلا فى موضع النزاع.

و الحقّ أنا إن قلنا باختصاص البيع بما يثبت شرعا من الألفاظ لم يصحّ هنا، و إن جوّزناه بكلّ لفظ دلّ صريحا على المراد صحّ، لأنّ هذا اللفظ مع قصد البيع صريح فى المطلوب. و كلام الأصحاب فى تحقيق ألفاظ البيع مختلف. و القول بعدم انعقاد البيع بلفظ السلم لا يخلو من قوه.

و على القول بالصحة فيما ذكره المصنّف لو جعل متعلّق البيع عينا موصوفه بصفات السلم حالا كان أولى بالصحة، لأنّه أقرب إلى السلم و إنّما يخالفه بالأجل.

و على المنع يحتمل الصحة هنا. و الأقوى الصحة فى الموضوعين.

قوله: «و يجوز إسلاف الأعراض فى الأعراض. إلخ».

تبه بالأول على خلاف ابن الجنيّد (١) حيث منع من إسلاف عرض فى عرض، إذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين، كالسمن فى الزيت. و بالثانى على خلاف ابن أبى عقيل (٢) حيث منع من إسلاف غير النقدين. و هما نادران.

و أمّا الثالث و هو إسلاف الأثمان فى الأعراض فموضع وفاق، كما أنّ المنع من الرابع موضع وفاق بين من أوجب قبض عوض الصرف فى المجلس، لأنّ السلم يقتضى تأجيل المسلم فيه، و هو ينافى قبضه فى المجلس. و فيه مع تماثل العوضين مانع آخر، و هو الزيادة الحكميّة فى الثمن المؤجل باعتبار الأجل، فإنّ له حظا من الثمن فيوجب



١-١) راجع المختلف: ٣٦٥.

٢-٢) راجع المختلف: ٣٦٤.

و الضابط أنّ كل ما يختلف لأجله الثمن، فذكره لازم. (١) و لا- يطلب في الوصف الغايه، بل يقتصر على ما يتناوله الاسم، (٢) و يجوز اشتراط الجيد و الردى.

الربا.

و يشكل على القول بجوازه حالاً كما سيأتى، و بإمكان الجمع بين الأجل و القبض فى المجلس على تقدير اشتراطه، فإنّ الأجل لا يتقدّر فى جانب النقصان، اللهمّ إلاّ أن يقال: إنّه مع الحلول يكون بيعا بلفظ السلم لا سلماً، و سيأتى تحقيقه.

و أجيب عن الثانى بأنّ الجمع بين الأجل و التقابض و إن كان ممكناً إلاّ أنّ الأجل مانع من التقابض مدّته، فيكون العقد معرضاً للبطلان فى كلّ وقت من أوقات الأجل. و عدم حصول التفرق قبل التقابض لا يدفع كونه معرضاً لذلك.

و يشكل بأنّ الشرط و هو التقابض فى المجلس- إذا حصل- تمّ العقد، و المعرضيه (١) المذكوره لم يثبت شرعاً كونها قادحه فى الصّحّه بوجه.

قوله: «و الضابط أنّ كلّ ما يختلف لأجله الثمن فذكره لازم».

المراد اختلاف الثمن بسببه اختلافا لا يتغابن به، فلا يقدح الاختلاف اليسير التسامح بمثله عرفاً. و المرجع فى هذه الأوصاف إلى العرف، و ربّما كان العامّى أعرف بها من الفقيه، و حظّ الفقيه منها البيان الإجمالى.

قوله: «و لا يطلب فى الوصف الغايه بل يقتصر على ما يتناوله الاسم».

أى لا- يجب الاستقصاء فى الوصف، بل يجوز الاقتصار منه على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذى يزيل اختلاف أثمان الأفراد الداخلة فى المعين. فإن استقصى كذلك و وجد الموصوف صحّ السلم، و إن عزّ وجوده بطل. فعلى هذا، النهى و الأمر الواقعان فى العبارة قد يكونان على وجه المنع و اللزوم، كما إذا استلزم الاستقصاء عزّه الوجود، و قد يكونان على وجه نفي اللزوم و الجواز، كما إذا لم يستلزم

ص: ٤٠٧

١- (١) أثبتناه بناء على ما فى نسخه «ه» و ان كان بعض الكلمه غير مقروء. و فى سائر النسخ (و العرضه).

و لو شرط الأُجود، لم يصحّ لتعذّره. وكذا لو شرط الأُردأ. و لو قيل في هذا بالجواز، كان حسناً، لإمكان التخلّص. (١) و لا بدّ أن تكون العبارة الدالّة على الوصف، معلومه بين المتعاقدين ظاهره في اللغه، حتى يمكن استعلامها عند اختلافهما. (٢) ذلك. و هي عبارة صحيحة. و قد تجوّز في القواعد فجمع بين الفردين المختلفين في الصّحّه و عدمها، حيث قال: «و لا يجب في الأوصاف الاستقصاء، لعسر الوجود» (١) فإنّ التعليل بعسر الوجود لعدم الجواز لا لعدم الوجوب، كما قد عرفته.

قوله: «و لو شرط الأُجود- إلى قوله- لإمكان التخلّص».

أمّا عدم صحّ الضبط بالأُجود فظاهر، لأنّه ما من فرد جيّد إلّا و يمكن أن يكون فوقه ما هو أُجود منه، فلا يتحقّق كون المدفوع من أفراد الحقّ. و أمّا شرط الأُردأ فالمشهور المنع منه، لما ذكرناه في الأُجود.

و أشار المصنّف بقوله: (إمكان التخلّص) إلى الجواب عن ذلك بأنّ الأُردأ و إن لم يمكن الوقوف عليه لكن يمكن التخلّص من الحقّ بدونّه، و طريقه أن يدفع فرداً من الأفراد، فإن كان هو الأُردأ فهو الحقّ، و إن لم يكنه كان قد دفع الجيّد عن الرديء، و هو جائز، فيحصل التخلّص، بخلاف ما لو شرط الأُجود.

و يشكّل بأنّ إمكان التخلّص بهذا الوجه لا يكفي في صحّ العقد، بل يجب مع ذلك تعيين المسلم فيه بالضبط، بحيث يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، و يمكن تسليمه و لو بالقهر، بأن يدفعه الحاكم من مال المسلم إليه عند تعذّر تسليمه. و ظاهر أنّ هذين الأمرين منتفیان عن الأُردأ، لأنّه غير متعيّن، و لا يمكن الحاكم تسليمه.

و الجيّد غير مستحقّ عليه، فلا يجوز لغيره دفعه، و لا يجب عليه مع المماكسه، فيتعذّر التخلّص. و حينئذ فالأقوى عدم الصحه.

قوله: «و لا بدّ أن تكون العبارة- إلى قوله- حتى يمكن استعلامها عند اختلافهما».

المراد بظهورها في اللغه كونها على وجه يمكن الرجوع إليها عند اختلافهما،

ص: ٤٠٨

و إذا كان الشيء مميّلا - ينضبط بالوصف لم يصحّ السلم فيه، كاللحم تبيّه و مشويّه، و الخبز، و فى الجلود تردّد. و قيل: يجوز مع المشاهده، و هو خروج عن السلم. (١) و لا- يجوز فى النبل المعمول، و يجوز فى عيدانه قبل نحتها، (٢) كما قيده به. و إنما يتم ذلك إذا كان مستفاضاً، أو يشهد به عدلان. و فى حكم اللغه العرف، فمتى كان المعنى متعارفاً جازت الحواله عليه كذلك. و لا بدّ مع ذلك من علم المتعاقدين بالمعنى المراد، كما تبّه عليه فى العبارة باشتراط الأمرين معا: علمهما و ظهور المراد فى اللغه، فلو جهلاه أو أحدهما بطل العقد، و إن كان معناه معروفاً لغه و عرفاً.

قوله: «و فى الجلود تردّد. و قيل: يجوز مع المشاهده، و هو خروج عن السلم».

المشهور المنع من السلم فى الجلود، للجهاله، و اختلاف الخلقه، و تعدّد الضبط حتى بالوزن، لأنّ القيمه لا ترتبط به.

و القول بالجواز مع المشاهده للشيخ (١) (رحمه الله)، لارتفاع الجهاله بها. و ردّه المصنّف بأنّه مع المشاهده يخرج عن وضع السلم. و يمكن الجواب بأنّه إنّما يخرج مع تعيين المبيع، و كلام الشيخ أعمّ منه، فيمكن حمله على مشاهده جمله كثيره يكون السلم فيه داخلاً فى ضمنها. و هذا القدر لا يخرج عن السلم، كما لو شرط الثمره من بلد معيّن، أو الغله من قريه معيّنه لا تخيس عاده. و الأجود (٢) المنع مطلقاً، للاختلاف، و عدم الانضباط.

قوله: «و يجوز فى عيدانه قبل نحتها».

لإمكان ضبطها حينئذ بالعدد و بالوزن، و ما يبقى فيه من الاختلاف لا

ص: ٤٠٩

١- ١) النهايه: ٣٩٧.

٢- ٢) فى «٥» و الأحوط.

و لا فى الجواهر و اللثالى، لتعذر ضبطها، و تفاوت الأثمان مع اختلاف أوصافها، (١) و لا فى العقار و الأرضين.

و يجوز السلم فى الخضّر و الفواكه، و كذا كلّ ما تنبتة الأرض، و فى البيض و الجواز و اللوز، (٢) و فى الحيوان كلّه و الأناسى، و الألبان و السمون و الشحوم، و الأطياب و الملابس، و الأشربة و الأدوية، بسيطها و مركبها، ما لم يشتهبه مقدار عقايرها، (٣) و فى جنسين مختلفين صفقه واحده.

يقدر، لعدم اختلاف الثمن بسببه، بخلاف المعمول.

قوله: «و لا فى الجواهر و اللثالى، لتعذر ضبطها، و تفاوت الأثمان مع اختلاف أوصافها».

لم يفرق بين اللثالى الصغيره و الكبيره، لاشتراكهما فى علّه المنع، و هو تعذر الضبط الموجب لرفع اختلاف الثمن. و فرّق جماعه بينهما فجوّزه فى الصغار، لأنها تباع وزناً، و لا يعتبر فيها صفات كثيره تتفاوت قيمه بها تفاوت بينا بخلاف الكبار، و هو أجود. و لا فرق بين المتخذ للتداوى و غيره.

قوله: «و فى البيض و الجوز و اللوز».

شرط الشيخ (١) فى جواز السلف فى البيض و الجوز ضبطه بالوزن لاختلافه.

و الأقوى الاكتفاء بالعدد مع ذكر النوع الذى يقلّ الاختلاف فيه بحيث يختلف بسببه الثمن، لأنّ الغرض العلم بالقدر، و هو حاصل بذلك، حيث لم يرد من الشارع تعيين الاعتبار، و العرف يدلّ عليه.

قوله: «و الأدوية بسيطها و مركبها ما لم يشتهبه مقدار عقايرها».

بأن لا يكون لها ضابط معيّن فى مقدار كلّ واحد من اجزائها، فلو أمكن ضبطها بالقدر صحّ، و إن لم يكن ذلك لازماً فيها. و عقاير الدواء أجزاءه التى يتركّب منها. و يعلم من اشتراط العلم بمقدار عقايرها العلم بها نفسها بطريق أولى، لترتفع

ص: ٤١٠

و يجوز إسلاف في شاه لبون، و لا- يلزم تسليم ما فيه لبن، بل شاه من شأنها ذلك. (١) و يجوز في شاه معها ولدها، و قيل: لا يجوز، لأن ذلك ممّا لا يوجد إلا نادرا. و كذا التردّد في جاريه حامل، لجهاله الحمل. (٢) و في جواز الإسلاف في جوز القزّ تردد. (٣) الجهاله. و في اعتبار ذلك في المشاهد نظر، من توقف العلم عليه، و من مشاهدته الجملة. و هو أجد.

قوله: «و يجوز الإسلاف- إلى قوله- بل شاه من شأنها ذلك».

تبه بذلك على خلاف الشافعي، حيث منع في أحد قوليه من السلف في شاه لبون، محتجّا بمجهوليه اللبن المعين (١). و ليس بجديد، لأنّ الواجب ما من شأنها أن يكون لها لبن و إن لم يكن موجودا بالفعل حال البيع، بل لو كان لها لبن حينئذ لم يجب تسليمه، بل له أن يحلبها و يسلمها. و لو سلم وجود اللبن بالفعل فهو تابع لا يضرّ جهالته، كما مرّ. و ضابط اللبن ما يمكن أن تحلب في زمان يقارب زمان التسليم، فلا يكفي الحامل و إن قرب إبان ولادتها.

قوله: «و يجوز في شاه معها ولدها- إلى قوله- لجهاله الحمل».

القول بالمنع للشيخ (٢) (رحمه الله)، محتجّا على الأوّل بعزه الوجود، و على الثاني بجهاله الحمل، و عدم إمكان وصفه. و المشهور و الأجود الأوّل، لإمكان وصف الأوّل بالصفات المعتره في السلم من غير أداء إلى العسر، و اغتفار الجهاله في الحمل، لأنّه تابع. و وافقه العلامة (٣) في الجاريه الحسناء مع ولدها، لعزّه وجودها كذلك، و في الفرق نظر. و ضابط المنع و عدمه عزّه الوجود و عدمه.

قوله: «و في الإسلاف في جواز القزّ تردد».

منع الشيخ (رحمه الله) (٤) من الإسلاف في جوز القزّ، محتجّا بأنّ في جوفه دودا

ص: ٤١١

١- ١) الأمّ ١٢٠: ٣.

٢- ٢) المبسوط ١٧٧: ٢.

٣- ٣) التذكرة ٥٥٠: ١.

٤- ٤) المبسوط ١٨٢: ٢.

## الشرط الثالث: قبض رأس المال قبل التفرّق شرط في صحّه العقد

الشرط الثالث: قبض رأس المال قبل التفرّق شرط في صحّه العقد. (١) و لو افترقا قبله بطل. و لو قبض بعض الثمن صحّ في المقبوض و بطل في الباقي. (٢) و لو شرط أن يكون الثمن من دين عليه، قيل: يبطل، لأنّه بيع دين بمثله، و قيل: يكره، و هو أشبه. (٣) ليس مقصودا و لا فيه مصلحة، فإنّه إذا ترك فيه أفسده، لأنّه يقرضه و يخرج منه، و إن مات فيه لم يجز من حيث إنّه ميتة. و الأصحّ الجواز، لأنّ المقصود بالبيع خال من هذه الموانع، و الدود ليس بمقصود، و هو في حكم النوى الذي لا فائده فيه. و منشأ تردّد المصنّف ممّا ذكرناه في الوجهين.

قوله: «قبض رأس المال قبل التفرّق شرط في صحه العقد».

هذا هو المشهور بل إجماع. و ظاهر ابن الجنيّد (١) جواز تأخير القبض ثلاثة أيام. و هو متروك.

قوله: «و لو قبض البعض صحّ في المقبوض و بطل في الباقي».

ثمّ إن كان عدم الإقباض بتفريط المسلم إليه فلا خيار له، و إلّا تخير، لتبعّص الصّفقه.

قوله: «و لو شرط كون الثمن من دين عليه - إلى قوله - و هو أشبه».

القول بالبطلان للشيخ (٢) و الأكثر (٣)، لما ذكر، إذ لا شكّ في إطلاق اسم الدين عليه. و وجه الكراهه أنّ ما في الذّمه بمنزله المقبوض.

و بقى في المسأله قسم آخر، و هو ما لو لم يعينه من الدين ثمّ تقاضيا في المجلس مع اتّفاق الجنس و الوصف، أو تحاسبا مع الاختلاف، فإنّ الأجود هنا الصحّه، لأنّ

ص: ٤١٢

١ - ١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٦٧.

٢ - ٢) المبسوط ١٨٩: ٢.

٣ - ٣) منهم العلامة في المختلف: ٣٦٨، و الشهيد في الدروس: ٣٥٧، و المحقق الكركي في جامع المقاصد ٢٢٩: ٤.

## الشرط الرابع: تقدير السلم بالكيل أو الوزن العامين

الشرط الرابع: تقدير السلم (١) بالكيل أو الوزن العامين. (١) و لو عوّلا- على صخره مجهوله، أو مكيال مجهول، لم يصحّ و لو كان معينا. و يجوز الإسلاف في الثوب أذراعا. (٢) و كذا كلّ مذروع.

و هل يجوز الإسلاف في المعدود عددا؟ الوجه، لا. (٣) ذلك استيفاء محض قبل التفرق، مع عدم ورود العقد على ما في الذمه. و قيل بالبطلان هنا أيضا، لأنّ الثمن قد تشخص بما في الذمه، فيكون بيع دين بدين، أو لأنّ هذه معاوضه على ثمن السلم قبل قبضه، فتكون فاسده. و هما ضعيفان، لأنّ الثمن هنا أمر كلي، و تعيينه في شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذي جرى عليه العقد. و مثل هذا التقاصّ و التحاسب استيفاء لا- معاوضه. و حيث يكون الجنس و الوصف واحدا فالتقاصّ قهري، و إلا- توقّف على التراضي.

قوله: «تقدير السلم بالكيل أو الوزن العامين».

لا فرق في ذلك بين ما يعتاد كيله و وزنه، و ما يعتاد بيعه جزافا، لأنّ المشاهده تدفع الغرر، بخلاف السلم المعوّل فيه على غائب أو معدوم. و سيأتي في حكم السلم في الحطب و القصب ما يتّبه عليه.

قوله: «و يجوز السلم في الثوب أذراعا».

هذا الحكم ثابت أيضا، و إن قلنا بجواز بيعه مع المشاهده بدون الذرع، لانتفاء الغرر، كما مرّ.

قوله: «و هل يجوز الإسلاف في المعدود عددا؟ الوجه لا».

وجه الوجه عدم انضباط المعدود، فلا يحصل العلم بقدره بدون الوزن. و هذا يتمّ في بعض المعدودات كالرمان، أمّا النوع الخاصّ من البيض و الجواز فالأجود جوازه بالعدد و الوزن. و في اللوز نظر، من عدم انضباط نوعه الخاصّ غالبا. و الأولى اعتباره بالكيل أو الوزن. و الضابط للصحة الانضباط الرافع لاختلاف الثمن.

ص: ٤١٣



ولا يجوز الإسلاف في القصب أطنانا، ولا في الحطب حزما، ولا في المجزوز جزًا، ولا في الماء قريبا. (١) وكذا لا بد أن يكون رأس المال، مقدرا بالكيل العام، أو الوزن.

ولا يجوز الاقتصار على مشاهدته، (٢) ولا يكفي دفعه مجهولا، كقبضه من دراهم، أو قبه من طعام.

### الشرط الخامس: تعيين الأجل

الشرط الخامس: تعيين الأجل، فلو ذكر أجلا مجهولا كأن يقول:

متى أردت، أو أجلا يحتمل الزيادة و النقصان، كقدوم الحاج كان باطلا.

قوله: «ولا يجوز الإسلاف في القصب أطنانا-إلى قوله- ولا في الماء قريبا».

الوجه في ذلك كله اختلاف مقدار المذكورات الموجب للغرر في عقد السلف، بخلاف ما لو بيع مشاهدا، فإن المشاهدة ترفع الغرر عنه.

قوله: «ولا يجوز الاقتصار على مشاهدته».

هذا إذا كان مّا يكال أو يوزن أو يعدّ. فلو كان مّا يباع جزافا جاز الاقتصار على مشاهدته، كما لو بيع.

ولو كان مذروعا، كالثوب، ففي الاكتفاء بمشاهدته عن ذرعه نظر، من جوازه لو بيع - كما مرّ - فكذا إذا كان ثمنا، و من الجهاله. و قطع الشيخ (١) باشتراط ذرعه.

و توقّف الفاضل في المختلف (٢). و الأولى بناؤه على جواز بيعه كذلك، فإن قلنا به ثمّ أجزناه هنا. و خالف المرتضى (٣) في ذلك كله، فاكتفى بالمشاهدة في الثمن مطلقا.

و العمل على المشهور.

ص: ٤١٤

١- (١) الخلاف ٣: ١٩٨ مسألة ٤ من كتاب السلم.

٢- (٢) المختلف: ٣٦٤.

٣- (٣) نقله عنه في التنقيح الرائع ٢: ١٤٤.

و لو اشتراه حالاً، (١) قيل: يبطل، و قيل: يصح، و هو المروى، لكن بشرط أن يكون عام الوجود فى وقت العقد.

### الشرط السادس: أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله

الشرط السادس: أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله (٢)، و لو كان معدوماً وقت العقد.

قوله: «و لو اشتراه حالاً. إلخ».

موضع الخلاف ما إذا قصد الحلول، سواء أصرح به أم لم يصرح، فإنه حينئذ يكون بيعاً بلفظ السلم، لأنه بعض جزئياته. و قد تقدم (١) جوازه فى العين الحاضرة، فى الكليته أولى.

و وجه المنع حينئذ أن وضع السلم على التأجيل، حتى ادعى الشيخ (٢) عليه الإجماع، و عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «من أسلف فليسلف فى كيل أو وزن معلوم و أجل معلوم» (٣).

و أجاب فى المختلف (٤) بالقول بموجب هذه الأدلة، فإنه مع قصد السلم يجب ذكر الأجل، و ليس صورته النزاع، بل البحث فيما لو تبايعاً حالاً. بلفظ السلم، و مقتضى ذلك أن موضع الخلاف ما إذا لم يقصد السلم. و ظاهر هذه العبارة أن الخلاف فى السلم أيضاً، لأن ضمير «اشتراه» ناسب كونه المسلم فيه. و هو ظاهر الدروس (٥) أيضاً. و هذا هو الأجود.

قوله: «أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله».

أى يكون الأغلب وجوده عند الأجل عادة، فلا يكفى وجوده فيه نادراً. و فى القواعد (٦) جعل الشرط إمكان وجوده، فيدخل فيه النادر إلا على تكلف بعيد. و ما

ص: ٤١٥

١- ١) فى ص ٤٠٦.

٢- ٢) الخلاف ١٩٦: ٣ مسألة ٣ من كتاب السلم.

٣- ٣) مسند أحمد ٢٨٢: ١، الترمذى ٦٠٢: ٣ ح ١٣١١، البيهقى ١٨: ٦ و ٢٤.

٤- ٤) المختلف: ٣٦٤.

٥- ٥) الدروس: ٣٥٦.

٦- ٦) قواعد الأحكام ١: ١٣٧.

و لا بدّ أن يكون الأجل معلوما للمتعاقدين. (١) و إذا قال: إلى جمادى، حمل على أقربهما، (٢) و كذا إلى ربيع، و كذا إلى الخميس و الجمعة.

هنا أجود.

و الحاصل أنّ الشرط تحقّق وجوده عادة عند الأجل، بحيث يقدر على تسليمه.

و بقيد «العادة» يندفع تخيّل كون ما هو معدوم الآن مستصحب العدم، فلا يحصل بوجوده فى ثانى الحال إلاّ الظنّ، فإنّ هذا الظنّ الغالب المستند إلى قرائن الأحوال المستمرّة يفيد العلم العادى، و إن لم يفد العلم الحقيقى. و من هنا أطلق فى الدروس (١) أنّ الشرط هو القدره على التسليم عند الأجل.

و اعلم أنّ وجوده عند الأجل -بأى معنى اعتبر- أعمّ من كونه متجدّدا فيه مع كونه الآن معدوما، و من كونه موجودا من الآن إلى ذلك الوقت، فما عبّر به فى الدروس أجود و أدلّ على المقصود.

قوله: «و لا بدّ أن يكون الأجل معلوما للمتعاقدين».

هذا و ما بعده من فروع الأجل المعين، فكان ذكره فى بابه أجود. و كأنّه أضرب عن الشرط السادس، و هو آخر الشروط، و شرع فى تكميل مباحث الشروط السابقة.

و المراد أنّه لا بدّ -مع كون الأجل مضبوطا فى نفسه بما لا يحتمل الزيادة و النقصان- من كونه معلوما لهما على ذلك الوجه، فلا يكفى تعيينه فى نفسه، بحيث يرجعان فى معرفته إلى غيرهما، كالنيروز و المهرجان و الفصح، و نحو ذلك من الأوقات المضبوطة التى لا يعرفها كثير من الناس، لأنّ الأجل كجزء من العوضين، و تجهيله حاله العقد -و إن تجدد العلم به- كتجهيل أحدهما حالته، و إن تجدد العلم به. و مثله ما لو قال العارف للعامى فى الأجل: إلى سلخ الشهر الفلانى، أو غرّته، و نحو ذلك، إذا لم يكونا عارفين بمعناه.

قوله: «و إذا قال: إلى جمادى، حمل على أقربهما».

إنّما حمل على أوّلهما مع كونه مشتركا، لتعليقه الأجل على الاسم المعين، و هو

ص: ٤١٦

يصدق بالأوّل. و يعتبر علمهما بذلك قبل العقد ليتوجّه قصدهما إلى أجل مضبوط، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعا مع جهلهما أو أحدهما به، كما مرّ. و مثله التأجيل إلى يوم معيّن من أيام الأسبوع، كالخميس و الجمعة، مع احتمال البطلان في الجميع مع عدم التعيين، للاشتراك، و الشكّ في حمله على الأوّل.

و فرق في التذكرة (1) بين الأوّل و الثاني، فحكم في الثاني -و هو اليوم- بحمله على الأوّل، لدلاله العرف عليه، و تردّد في الأوّل. و المعتمد التسويه بينهما في الحمل على الأوّل.

فإن قلت: قد شرطت في الصحّه علمهما بذلك، و قصدهما إليه، و مع ذلك كيف يتّجه احتمال البطلان؟! لأنهما إذا قصدا إلى الأوّل أو الثاني و اتّفقا عليه صحّ قطعاً، لعدم الاشتباه و الاختلاف، و مع عدم القصد إلى معيّن لا مجال للصحّه، فكيف يتوجّه الوجهان على نحو واحد؟!.

قلت منشأ الاحتمالين من الشكّ في دلاله اللفظ المشترك على معنى (2) من معانيه أم لا. فمن حمله على الأوّل زعم أنّ إطلاق اللفظ دالّ عليه، إمّا عرفاً، أو مطلقاً، نظراً إلى تعليقه على اسم فمتى دخل الأوّل صدق الاسم، فلا يعتبر غيره، و إذا كان الإطلاق دالّاً على الأوّل حمل عليه اللفظ، لأنّه مدلوله. و من حكم بالبطلان نظر إلى اشتراك اللفظ و احتمال له للأمرين على السواء، فلا يمكن حمل الإطلاق على أحدهما.

و إذا تقرّر ذلك و كان اعتقاد المتعاقدين و فهمهما انصرافه إلى الأوّل كان إطلاقهما في قوّه إرادته الأوّل، و إن لم يكن لهما اعتقاد ذلك، سواء اعتقد نقيضه أم لا،

ص: ٤١٧

(١ - ١) التذكرة ٥٤٨: ١.

(٢ - ٢) وردت في «ه» و «م»: «معنى»، و في «ن» و «و»: «معين»، و في «ب» و «ك»: «معينين». و لعلّ الصحيح معنى معيّن.

و يحمل الشهر عند الإطلاق على عدّه بين هلالين، أو ثلاثين يوماً. (١) و لو قال: إلى شهر كذا حلّ بأوّل جزء من ليله الهلال، (٢) نظراً إلى العرف.

كان ما جعلاه من الأجل محتملاً للزيادة و النقصان، فلا يصحّ العقد، و إن كان له محمل شرعى عند الفقيه، فإنّ ذلك غير كاف في صحّحه العقد من دون أن يعلمه المتعاقدان. هذا هو الذى تقتضيه القواعد المتقدّمة، و يقتضيه الدليل.

و يحتمل ضعيفا الاكتفاء فى الصحه و عدمها بما يقتضيه الشرع فى ذلك، قصدها أم لم يقصدها، نظراً إلى كون الأجل الذى عيّناه مضبوطاً فى نفسه شرعاً، و إطلاق اللفظ منزل على الحقائق الشرعية. و قد ظهر ممّا سبق ضعفه.

قوله: «و يحمل الشهر عند الإطلاق على عدّه بين هلالين أو ثلاثين يوماً».

أى يحمل الشهر على شهر هلالى إن اتّفق الأجل فى أوّله، سواء كان ثلاثين يوماً أم أقل، أو على ثلاثين يوماً إن كان العقد وقع فى أثناء شهر، فالترديد باعتبار التفصيل، لا ترديد إشكال فى اعتبار أيّهما.

و يعتبر فى أوّليه الشهر و أثناؤه العرف لا الحقيقة، لانّ ثنائها غالباً أو دائماً، إذ لا تتّفق المقارنه المحضه لغروب ليله الهلال. فعلى هذا لا يقدر فيه نحو اللحظه، و يقدر فيه نصف الليل و نحوه. و حيث كان المرجع إلى العرف فهو المعيار. و الظاهر أنّ الساعه فيه غير قادحه.

قوله: «و لو قال: إلى شهر كذا حلّ بأوّل جزء من ليله الهلال».

إنّما أسنده إلى العرف لأنّ الشهر معيّن وقع غايه للأجل، و الغايه -لغه- قد تدخل فى المعنى، كما فى قولك: قرأت القرآن إلى آخره، و بعث الثوب إلى طرفه، و قد لا تدخل، ك: أتّموا الصّيام إلى اللّيل (١)، و قد تحتملها، كما يه غسل اليدين إلى المرافق (٢)، لكن هنا دلّ العرف على خروج الغايه، و هو الشهر المعين، فيحكم به،

ص: ٤١٨

١- (١) البقره: ١٨٧.

٢- (٢) المائده: ٦.

و لو قال: إلى شهرين، و كان في أوّل الشهر، عدّ شهرين أهله. و إن أوقع العقد في أثناء الشهر، أتمّ من الثالث بقدر الفائت من شهر العقد.

و قيل: يتّمه ثلاثين يوما. و هو أشبهه. (١) لأنه المرجع حيث لا يكون للفظ حقيقة شرعيّة. و هذا بخلاف ما لو كان الشهر مطلقا، كما لو جعل الأجل إلى شهر، فإنّه يتمّ بآخره، لدلاله العرف عليه أيضا، و بقرينه أنّه لو لا ذلك لخلا السلم من الأجل، و قد صرّح به.

و فرّق الشهيد (رحمه الله) بينهما في بعض تحقیقاته، مع اشتراكهما في انتهاء الغايه، بأنّ المعنى في المبهم مسمّى المدّه، و هو لا يصدق إلّا بالمجموع، و المعنى في المعين مسمى المعين، و هو يصدق بأوّل جزء منه، ضروره صدق الشهر - كصفر مثلا - بأوّل جزء منه.

و فيه نظر، لأنّ المطلق لما حمل على الشهر المتّصل، و هو الهاللي إن اتّفق و إلّا - فتلاثون يوما، كان مسمّى المدّه المبهمه هو المجموع المرکّب من الأيام المخصوصه المتّصل بالعقد، فإن صدقت الغايه بأولها ثبت الحكم فيهما. و إنّما الفارق العرف الدالّ على خروج الأوّل و دخول الثاني، كما دلّ على خروج بعض الغايات و دخول بعض في نظائره.

و يشكل الحكم في المعين لو كان العقد في أوّله، و جعله الغايه، فإنّ الحكم بخروجه يوجب خلوّ العقد من الأجل، و قد ذكرناه. و الحكم بدخوله أجمع يخالف القاعده الحاكمه بخروج المعين.

و يمكن السلامه من المحذور الأوّل - ان لم يعتبر الأجل في صحّه العقد - بأنّ ذكر الأجل على هذا الوجه بمنزله التصريح بالحلول، لأنّه لازمه، و إن كان بصوره الأجل، فيصحّ حالا، كما لو صرّح به. أمّا مع اعتبار ذكر الأجل فيمكن ترجيح آخره تحصيلًا للصحّه و إن خالف الظاهر، و البطلان لفقد شرط الصحّه. و مخالفه الظاهر لتحصيل حكم شرعي غير لازم، لأنّ البطلان حكم شرعي أيضا. و هذا هو الأجود، بناء على اعتبار الأجل.

قوله: «و لو قال إلى شهرين و كان في أوّل الشهر - إلى قوله - و هو أشبهه».

الأصل في الشهر عند الإطلاق، الهاللي، و إنّما يعدل عنه إلى العددي عند

تعدّر حملته على الهلالي. فمتى كان الأجل شهرا واحدا، و كان العقد فى أوله، اعتبر الهلالي، و إن كان فى أثنائه فالعددى. و لو كان الأجل شهرين فصاعدا و وقع فى أثنائه، ففى اعتبار الشهر بأيهما ثلاثة أقوال، أشار المصنّف إلى اثنين منها:

أحدها: اعتبار الشهرين بالهلالي. أمّا الثانى فظاهر، لوقوعه بأجمعه هلاليا.

و أمّا الأوّل فلصدق مضى القدر الحاصل منه عرفا، كنصفه و ثلثه مثلا، فيتّم من الثالث قدر ما فات منه، حتى لو كان ناقصا كفى إكمال ما يتّم تسعه و عشرين يوما، لأنّ النقص جاء فى آخره، و هو من جملة الأجل، و الفاتت من الأوّل لا يختلف بالزيادة و النقصان. و هذا هو الذى حكاه المصنّف أولا.

و ثانيها: اعتبار ما عدا الأوّل هلاليا، و يتّم الأوّل ثلاثين. أمّا الأوّل فلصدق الشهر الهلالي عليه. و أمّا الثانى، و هو الأوّل المنكسر، فلاّنه بإهلال الثانى لا يصدق عليه أنه شهر هلالى، فيكون عدديا. و لا يمكن اعتبار الجميع بالهلالي، لثلا يلزم إطراح المنكسر، و تأخر الأجل عن العقد مع الإطلاع. و حينئذ فيكمل الأوّل ثلاثين بعد انقضاء المقصود من الهلالي من شهر أو أكثر. و هذا هو قول الأكثر.

و ثالثها: انكسار الجميع بكسر الأوّل، فيعتبر الكل بالعدد. و وجهه أنّ الشهر الثانى لا يعقل دخوله إلاّ بعد انقضاء الأوّل، فالأيام الباقية إمّا أن لا تحسب من أحدهما، أو من الثانى، و كلاهما محال، أو من الأوّل فلا يعقل دخول الثانى حتى يتّم الأوّل بعدد ما فات منه من الثانى، فينكسر الثانى، و هكذا. و إلى هذا القول ذهب الشيخ [١] فى أحد قوليّه.

و الأوسط أو سط، لما مرّ، و لأنّ الأشهر الباقية يمكن إجراؤها على حكم

و لو قال إلى يوم الخميس حلّ بأوّل جزء منه. (١) و لا- يشترط ذكر موضع التسليم على الأشبه، و إن كان في حمله مئونه. (٢) الأصل، و هو اعتبارها بالهلال، فيتعيّن. و لا يلزم إكمال الشهر الأوّل من الذى يليه، لأنّ الإكمال صادق سواء أكمل من الذى يليه أم من غيره، إذ لا- يلزم محذور لو أكمل من غيره، بخلاف ما لو أكمل من الذى يليه، فإنّه يلزم اختلال الشهر الهلالى مع إمكان اعتباره بالهلالى، و لأنّ الأجل إذا كان ثلاثه أشهر مثلا، فبعد مضى شهرين هلاليين و ثلاثين يوما ملفقه من الأوّل و الرابع يصدق أنّه قد مضى ثلاثه أشهر عرفا، فيحلّ الأجل، و إلّا كان أزيد من المشترك، و لأنّه إذا وقع العقد فى نصف الشهر مثلا، و مضى بعده شهران هلاليان، يصدق أنّه مضى من الأجل شهران و نصف، و إن كانت الثلاثه ناقصه. و هذا أمر ثابت فى العرف حقيقه، فيكفى إكمالها خمسه عشر يوما لصدق الثلاثه معها.

و اعلم أنّ المعتمد فى الأوّليه و الأثناء العرف- كما مرّ- (١) لا اللغه، فلا يقدر فيه اللحظه و الساعه، مع احتمالها.

قوله: «و لو قال إلى يوم الخميس حلّ بأوّل جزء منه».

الوجه فيه ما تقدّم من الغايه المعينه، فإنّه و إن كان مطلقا إلّا أنّه قد تعيّن شرعا و عرفا بأوّل خميس، فصار كالمعتمد ابتداء، فيصار فى الاكتفاء بدخوله إلى العرف.

و يشكل بما إذا كان العقد فى أوّله، فإن ما تقدّم من الاحتمال و البحث آت فيه.

قوله: «و لا يشترط ذكر موضع التسليم على الأشبه و إن كان فى حمله مئونه».

اختلف الأصحاب فى اشتراط ذكر موضع التسليم فى العقد، مع اعترافهم بأنّه لا نصّ فيه على الخصوص، على أقوال:

أحدها: عدمه مطلقا، كما اختاره المصنّف، و الشيخ فى النهايه (٢)، و العلّامه

ص: ٤٢١

١- ١) فى ص ٤١٨.

٢- ٢) النهايه: ٣٩٥.



فى التحرير (١) و الإرشاد (٢)، و جماعه (٣)، لأصاله البراءه من اشتراطه، و إطلاق الأوامر بالوفاء بالعقود (٤)، و حلّ البيع، و للإجماع على عدم اشتراطه فى باقى أنواع البيع و إن كان مؤجّلا. بل ادّعى ابن إدريس (٥) الإجماع عليه هنا أيضا. و هى دعوى فى محلّ النزاع.

و ثانيها: اشتراطه مطلقا. اختاره الشيخ فى الخلاف (٦)، و تبعه عليه جماعه (٧)، و استقر به الشهد (٨) (رحمه الله). و وجهه أنّ مكان التسليم ممّا تختلف فيه الأغراض، و يختلف باعتبارها الثمن و الرغبات، فإنّه 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 لأنّ المطالبه بالمبيع فرع ثبوته فى الذمه و استحقاق المطالبه به، و ذلك فى السلم المؤجل غير معلوم، لأنّه إنّما يكون عند الحلول، و لا يعلم فى أى مكان تحقّق الحلول على البائع. و بهذا يفرّق بينه و بين القرض، حيث انصرف إلى مكان العقد. و كذا البيع. و لا يلزم مثله فى بيع النسيئه، لخروجه بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محلّه، و إلاّ لكان الدليل قائما فيه، فلا يلحق به المختلف فيه.

و ثالثها: التفصيل، فإن كان فى حمله مئونه و جب تعيين محلّه، و إلاّ فلا. اختاره الشيخ فى المبسوط (٩). و وجهه يعلم ممّا تقدّم، فإنّ الأغراض إنّما تختلف فى محلّ يفتقر

ص: ٤٢٢

١-١) تحرير الأحكام ١:١٩٦.

٢-٢) إرشاد الأذهان ١:٣٧٢.

٣-٣) منهم ابن أبى عقيل نقله عنه فى المختلف: ٣٦٧، و ابن إدريس فى السرائر ٢:٣١٧، و الصيمرى فى تلخيص الخلاف ٢:٨٥.

٤-٤) المائده: ١.

٥-٥) السرائر ٢:٣١٧-٣١٨.

٦-٦) الخلاف ٣:٢٠٢ مسألة ٩ كتاب السلم.

٧-٧) منهم العلامة فى المختلف: ٣٦٧، و المحقق الكركى فى جامع المقاصد ٤:٢٣٨.

٨-٨) الدروس: ٣٥٨.

٩-٩) المبسوط ٢:١٧٣.

إلى المؤنه، أمّا غيره فلا.

ورابعها: أنّهما إن كانا في بزيّه أو بلد غربه قصدهما مفارقتة اشترط تعيينه، وإلاّ فلا. وهو اختيار العلامة في القواعد (١) والمختلف (٢). ووجهه أنّه متى كان البلد كذلك لم يمكن التسليم في مكان العقد، وليس أحد الأمكنه في غيره أولى من الآخر فيفضى إلى التنازع لجهالته، بخلاف ما إذا كانا في بلد يجتمعان فيه، فإنّ إطلاق العقد يقتضى التسليم في بلده.

و خامسها: إن كان لحمله مؤنه، أو لم يكن المحلّ صالحاً كالغربه، اشترط تعيينه، وإلاّ فلا. وهو خيره العلامة في التذكرة (٣). ووجهه مرّكّب من القولين السابقين.

ولكلّ من الأقوال وجه، إلاّ أنّ الأخير يضعّف السابقين عليه. ويبقى الإشكال في ترجيح أحد الثلاثة، فأصالة البراءة و حمل الإطلاق في نظائره على موضع العقد يرجح الأول. واختلاف الأغراض و عدم الدليل الدالّ على تعيين موضع العقد في المتنازع يؤيد الثاني. و وجه الأخير ظاهر. ولا ريب أنّ التعيين مطلقاً أولى. و أنا في ترجيح أحدها من المتردّدين.

بقي هنا أمور:

الأوّل: موضع الخلاف ما لو كان السلم مؤجلاً، فلو كان حالاً لم يعتبر تعيين المحلّ قطعاً، بل كان كغيره من البيوع يستحق المطالبه به في محلّ العقد، أو في محلّ المطالبه إن فارقاه.

الثاني: على القول بعدم اشتراط تعيينه مطلقاً، أو على بعض الوجوه، فمكانه موضع العقد أيضاً، إلاّ أن يعين موضع آخر فيتعين.

ص: ٤٢٣

١-١) قواعد الأحكام ١:١٣٧.

٢-٢) المختلف: ٣٦٧.

٣-٣) التذكرة ٥٥٧: ١.

المقصد الثالث: في أحكامه. وفيه مسائل:

**الأولى: إذا أسلف في شيء لم يجز بيعه قبل حلوله**

الأولى: إذا أسلف في شيء لم يجز بيعه قبل حلوله. ويجوز بيعه بعده وإن لم يقبضه، على من هو عليه، وعلى غيره على كراهيته. (١) وكذا يجوز بيع بعضه وتولية بعضه. ولو قبضه المسلم ثم باعه زالت الكراهية.

**الثانية: إذا دفع المسلم إليه دون الصفه ورضى المسلم**

الثانية: إذا دفع المسلم إليه دون الصفه ورضى المسلم صح و برئ، سواء شرط ذلك لأجل التعجيل أو لم يشترط. وإن أتى بمثل صفته وجب قبضه أو إبراء المسلم إليه.

الثالث: لو عينا محلاً و قلنا باشرطه صح العقد و تعين، و لو لم يعيننا بطل. و لو لم نشترطه فعيناه تعين أيضاً، و فاء بالشرط. و لو اتفقا على التسليم في غير الموضع المعين جاز. و كذا القول لو عينا موضعاً غير ما عينه الشارع.

الرابع: لو كانا في مكان من قصد أحدهما مفارقتة دون الآخر فهو كما لو قصداها معاً، لما ذكر من العله، وإن كان كلامهم في التمثيل بخلاف ذلك. و كذا لو كان أحدهما غريباً دون الآخر.

الخامس: ليس المراد من البرية و بلد الغربه حقيقتهما خاصه، بل هما على سبيل المثال. و إنما المعتبر بلدهما و ما في حكمه، فمتى كانا خارجين عنه و عن ما في حكمه عرفا اعتبر تعيين المكان عند من اشترطه، لاقتضاء الدليل ذلك.

السادس: المعتبر في تشخيص المكان ذكر محل لا يختلف الحال في جهاته و أجزائه عرفاً، كالبلد المتوسط فما دونه، و القطعه من الأرض كذلك، بحيث لا يفرق بين أجزائها، و لا يحصل كلفه زائده في جهه منها دون جهه، لا مطلق البلد، و لا الموضع الشخصى الصغير.

قوله: «و يجوز بعده و إن لم يقبضه على كراهيه».

هذا إذا كان ممّا يكال أو يوزن، أمّا لو كان مما يعدّ ففي الكراهه نظر، لعدم الدليل. و قد تقدّم (١) الكلام في ذلك، و أنّ الأقوى التحريم إذا كان طعاماً، أو إذا كان

و لو امتنع قبضه الحاكم إذا سأل المسلم إليه ذلك. (١) و لو دفع فوق الصفه وجب قبوله. و لو دفع أكثر لم يجب قبول الزيادة. (٢) أما لو دفع من غير جنسه لم يبرأ إلا بالتراضى.

### الثالثه: إذا اشترى كرا من طعام بمائه درهم، و شرط تأجيل

[خمسين]

الثالثه: إذا اشترى كرا من طعام بمائه درهم، و شرط تأجيل خمسين، بطل في الجميع على قول. (٣) ممّا يكال أو يوزن، على ما فصل. و يجوز الصلح عليه قبل الحلول و بعده، و قبل القبض و بعده، على الأقوى، بناء على أنّ الصلح أصل لا فرع البيع و نحوه. قوله: «و لو امتنع قبضه الحاكم إذا سأل المسلم إليه ذلك».

هذا مع إمكانه، و مع تعذره يخلى بينه و بينه و يبرأ منه و إن تلف. و كذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يمكن إلزامه بالقبض. قوله: «و لو دفع فوق الصفه وجب قبوله و لو دفع أكثر لم يجب قبول الزيادة».

الفرق بين العين و الصفه أنّ زياده الصفه لا تنافى عين الحقّ بل تؤكّده، إذ المفروض كونه مساويا للحقّ في النوع و غيره و تزيد الصفه، أمّا العين فهي خارجه عن الحقّ زائده عليه، فلا يجب قبولها، لأنّها عطية جديده يمكن تخليصها، و الحقّ معها غير متعين. و خالف ابن الجنيّد (١) في الأول، و سوى بينهما في عدم وجوب القبول، عملاً بظاهر روايه سليمان بن خالد (٢).

قوله: «إذا اشترى كرا من طعام- إلى قوله- بطل في الجميع على قول».

أمّا بطلانه في المؤجل فظاهر، و أمّا في غيره فلا أنّ الثمن المعجل يقابل من المبيع قسطاً أكثر ممّا يأخذه المؤجل، لأنّ للأجل قسطاً منه، و التفاوت غير معلوم عند العقد، فإذا بطل البيع في المؤجل يجهل ما قابل المعجل فيبطل أيضاً.

ص: ٤٢٥

١- (١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٦٧.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٤١ حديث ١٧٣، الوسائل ١٣: ٦٧ ب (٩) من أبواب السلف حديث ٨.

و لو دفع خمسين و شرط الباقي من دين له على المسلم إليه صح فيما دفع، و بطل فيما قابل الدين. و فيه تردّد. (١)

### الرابعة: لو شرطاً موضعاً للتسليم، فتراضياً بقبضه في غيره، جاز

الرابعة: لو شرطاً موضعاً للتسليم، فتراضياً بقبضه في غيره، جاز.

و إن امتنع أحدهما لم يجبر. (٢)

### الخامسة: إذا قبضه فقد تعين و برئ المسلم إليه

الخامسة: إذا قبضه فقد تعين (٣) و برئ المسلم إليه. فإن وجد به عيباً فردّه زال ملكه عنه، و عاد الحقّ إلى الذمّه سليماً من العيب.

و وجه الصحّحة إمكان العلم بالتقسيط و لو بعد العقد، كما لو باع سلعتين فظهرت إحداها مستحقّة، فإنّ التقسيط اللاحق كاف و إن جهل ما يخصّ كلّ واحد حاله العقد. و أقرب منه ما لو باع ما يصحّ تملكه و غيره. و قد تقدّم (١) في بحثهما توجيه البطلان فيهما أيضاً مع علم المشتري بالحال.

قوله: «و لو دفع خمسين - إلى قوله - و فيه تردّد».

قد تقدّم (٢) الخلاف في ذلك، و ما يعلم به وجه التردّد، و أنّ المصنّف اختار الصحّحة على كراهه. و هنا تردّد في البطلان. و الأقوى الصحّحة في الجميع.

قوله: «لو شرطاً موضعاً للتسليم - إلى قوله - و إن امتنع أحدهما لم يجبر».

لا فرق في ذلك بين كون ذكر الموضع شرطاً في صحّحه السلم و عدمه، فإنّ العقد إذا انضبط في أصله جاز التراضي على غير ما عيّن من الموضع و غيره.

قوله: «إذا قبضه فقد تعين. إلخ».

إذا قبض المشتري المسلم فيه فوجد به عيباً فلا - أرش له، لأنّه لم يتعّين للحقّ، بل يقع عوضاً عن الحقّ الكلّي مملوكاً له ملكاً مترزلاً. يتخیر معه بين الرضا به مجاناً فيستقرّ ملكه عليه، و بين أن يرده فيرجع الحقّ إلى ذمّه المسلم إليه سليماً بعد أن كان قد خرج عنها خروجاً مترزلاً. و تبّه بقوله: (عاد) على ذلك، حيث إنّ العود يقتضى

ص: ٤٢٤



الخروج بعد أن لم يكن، فإنه مصير الشيء إلى ما كان عليه بعد خروجه. وتظهر الفائدة في النماء المنفصل المتجدد بين القبض و الردّ فإنه يكون للقباض، لأنه نماء ملكه، كظائره من النماء المتجدد زمن الخيار. أمّا المتصل فيتبع العين.

و يتفرّع عليه أيضا ما لو تجدد عنده عيب قبل الردّ، فإنه يمنع من الردّ، لكونه مضمونا عليه و لم يمكنه بعده ردّ العين كما قبضها. و به قطع في التذكرة (١). و زاد أنّ له حينئذ أخذ أرش العيب السابق، و إن لم يكن ثابتا لو لا الطارئ، فإنّ المنع منه إنّما كان لعدم انحصار الحقّ فيه، حيث إنّ أمر كلّى، و المعيب غير تامّ في جملة أفراد الحقّ، فلمّا طرأ العيب المانع من الردّ تعيّن قبوله، فصار كالمبيع المعين إذا كان معييا، فإنه يجوز أخذ أرشه، و يتعيّن عند مانع من رده. و ربّما قيل بجواز رده هنا، لعدم تعيينه ابتداء، و العيب الطارئ لم يوجب تعيينه، غايه ما في الباب ان يلزم بأرشه.

و قد ظهر ممّا قرناه جواب ما قيل على العبارة من أنّ زوال الملك عند رده إنّما يكون بعد ثبوته، و المعيب ليس المسلم فيه، فلا ينتقل عن المسلم إليه، و إنّ عود الحقّ إنّما يكون بعد زواله، و هو مستلزم لأحد محذورين: إمّا الحكم بالشيء مع وجود نقيضه، أو إثبات الحقيقة من دون لوازمها، و ذلك لأنّ الحكم بالبراءة إن كان صادقا لزم الأوّل و إلّا لزم الثانى.

فإنّا نلتزم بأنّ المقبوض معييا يصلح أداء عن الحقّ إذا رضى به المستحقّ، لأنه من جنس الحقّ، و عيبه ينجر بالخيار، فيتمّ الزوال و العود، و من ثمّ كان النماء له، كما بيّناه. و لا- بعد في تحقّق الملك مترزلا- لمكان العيب، فإذا علم به كان له الفسخ و طلب السليم. و لو فرض أنّه لم يعلم بالعيب و تصرّف فيه و ذهبت عينه برئ المسلم إليه من الحقّ فيما بينه و بين الله تعالى ممّا زاد على أرش عيبه. و فى ثبوت مقدار الأرش فى ذمّته ما تقدّم.

و ما حقّقناه أجود ممّا أجاب به الشهيد (رحمه الله) عن الإيراد فى بعض

السادسه: إذا وجد برأس المال عيبا،(١) فإن كان من غير جنسه بطل العقد، وإن كان من جنسه، رجع بالأرش إن شاء. وإن اختار الرد، كان له.

تحقيقاته، بأن الحكم بالزوال و العود مبنى على الظاهر، حيث كان المدفوع من جنس الحق، و صالحا لأن يكون من جملة أفراده قبل العلم بالعيب، فإذا علم بالعيب زال ذلك الملك الذى حصل ظاهرا و إن لم يثبت فى نفس الأمر، فصح إطلاق الزوال و العود بهذا الاعتبار. و أنت خبير بأنه لا- ضروره إلى التزام ذلك، بل الملك حصل ظاهرا و باطنا، غايه أمره التزلزل و هو غير مانع منه كظائره.

قوله: «إذا وجد برأس المال عيبا. إلخ».

إنما يبطل العقد مع ظهور العيب من غير الجنس إذا كان ظهوره بعد التفريق، و كان الثمن بأجمعه معيبا من غير الجنس، أو كان معينا. أمّا لو كان فى الذمه و تبين العيب قبل التفريق لم يبطل العقد، بل يمكن إبداله. و كذا لو كان بعده و العيب غير مستوعب، كما هو الظاهر من العبارة، فإن العيب من غير الجنس إذا كان مستوعبا لم يكن المدفوع ثمنا و لا رأس مال، و إن أطلق عليه ذلك بتوهم كونه هو. و إذا كان من الجنس فإثما يرجع بالأرش- كما ذكروه- مع تعيينه، أمّا مع إطلاقه فلا، بل له إبداله قبل التفريق و بعده، على إشكال تقدّم (١) الكلام على نظيره فى باب الصرف.

و جملة أقسام المسألة: أن العيب إمّا أن يكون من الجنس، أو من غيره. ثم إمّا أن يكون فى جملة الثمن، أو فى بعضه. ثم إمّا أن يظهر قبل التفريق، أو بعده. ثم إمّا أن يكون الثمن معينا، أو كليا. فالأقسام ستّة عشر. و حكمها قد علم ممّا أسلفناه هنا و فى باب الصرف.

ص: ٤٢٨



## السابعه: إذا اختلفا فى القبض، هل كان قبل التفريق أو بعده؟

السابعه: إذا اختلفا فى القبض، هل كان قبل التفريق أو بعده؟ فالقول قول من يدعى الصحه. (١) و لو قال البائع: قبضته ثم رددته إليك قبل التفريق، كان القول قوله مع يمينه، مراعاة لجانب الصحه. (٢) قوله: «إذا اختلفا فى القبض هل كان قبل التفريق أو بعده فالقول قول من يدعى الصحه».

إنما قدم قول مدعى الصيحه، مع أنها معارضة بأصله عدم القبض قبل التفريق، لأن هذه الأصله معارضة بأصله عدم التفريق قبل القبض المتفق على وقوعه، فيتساقط الأصلان، ويحكم باستمرار العقد. و فى الحقيقه لا نزاع بينهما فى أصل الصحه، وإنما النزاع فى طرؤ المفسد، والأصل عدمه. و هذا بخلاف ما لو اختلفا فى أصل قبض الثمن، فإن القول قول منكر القبض و إن تفرقا و استلزم بطلان العقد، لأنه منكر لقبض ماله الذى هو الثمن الثابت عند المسلم، لما قلناه من اتفاقهما على صحه العقد فى الحالين، و إنما الخلاف فى طرؤ المفسد، و حيث كان الأصل عدم القبض كان المقتضى للفساد قائما، و هو التفريق قبل القبض. فلا يقدر فساد العقد به، حيث إنه مترتب على ما هو الأصل مع تحقق الصيحه سابقا. و ليس هذا من باب الاختلاف فى وقوع العقد صحيحا أو فاسدا. و مثله ما لو اختلفا فى قبض أحد عوضى الصرف قبل التفريق.

و لو أقام كل منهما فى المسأله الأولى بينه بنى على تقديم بينه الداخلى - و هو هنا مدعى الصيحه - أو الخارج. و الأجود الثانى. و قدم العلامة (١) هنا بينه الأول، لقوه جانبه بدعوى أصله عدم طرؤ المفسد، و لكون دعواه مثبتة و الأخرى نافية، و بينه الإثبات مقدمه.

قوله: «و لو قال البائع قبضته - إلى قوله - مراعاة لجانب الصحه».

المراد أنهما اتفقا الآن على كون الثمن فى ذمه المشتري أو عنده، و لكن اختلفا

ص: ٤٢٩

## الثامنة: إذا حلّ الأجل و تأخر التسليم لعارض ثمّ طالب بعد انقطاعه

الثامنة: إذا حلّ الأجل و تأخر التسليم لعارض ثمّ طالب بعد انقطاعه، كان بالخيار بين الفسخ و الصبر. (١) في كون ذلك على وجه مفسد للعقد، بأن لا يكونا تقابضا أصلا، أو على وجه مصحح، بأن يكون البائع قبضه ثمّ رده إليه. و المصنّف هنا قدّم قول البائع ترجيحاً لجانب الصحّة، مع أنّ الأصل عدم القبض أيضاً، و تحقّق صحّة العقد سابقاً، كما مرّ (١).

و يمكن أن يقال حينئذ: تعارض الأصلان، فيحصل الشكّ في طرؤ المفسد، و الأصل عدمه، فيتمسك بأصل الصحّة لذلك.

لكن يبقى في المسألة شيء، و هو أنّ دعوى البائع الردّ غير مقبولة، كظواهرها، إذ لا دخل له في الصحّة، و إنّما قدّم قوله في أصل القبض مراعاة لجانبها. و حينئذ فمع قبول قوله في القبض هل له مطالبه المشتري بالثمن؟ يحتمل عدمه، لما قلناه من عدم قبول قوله في الردّ مع اعترافه بحصول القبض.

و يحتمل جواز المطالبة، لا تفاق المتبايعين على بقاء الثمن عند المشتري الآن، أمّا على دعوى البائع فظاهر، و أمّا على دعوى المشتري فلا اعترافه بعدم القبض، فإذا قدّم قول البائع في صحّة العقد ألزم المشتري بالثمن.

و يشكل بأنّ المشتري حينئذ لا يعترف باستحقاق الثمن في ذمّته، لدعواه فساد البيع، فلا يبقى إلاّ دعوى البائع، و هي مشتملة على الاعتراف بالقبض و دعوى الردّ، و هي غير مقبولة في الثانى. و المسألة موضع إشكال. و لعلّ عدم قبول قوله في الردّ أوجه.

قوله: «إذا حلّ الأجل و تأخر التسليم- إلى قوله- كان بالخيار بين الفسخ و الصبر».

احترز بالعارض عمّا لو كان تأخر التسليم باختيار المشتري مع بذل البائع له، فإنّه لا فسخ له، لاستناده إلى تقصيره. و لكن تشمل العبارة بمفهومها ما لو كان التأخير اقتراحاً من البائع خاصّه. و الحقّ حينئذ أنّ الخيار يثبت للمشتري، كما لو كان

ص: ٤٣٠

و لو قبض البعض كان له الخيار فى الباقى، و له الفسخ فى الجميع. (١) التأخير لعارض، لا شتر اكهما فى المعنى بالنسبه إليه. و لا فرق حينئذ بين أن يطالب بالأداء و عدمه. نعم لو رضى بالتأخير ثم عرض المانع فالمتجه سقوط خياره، كما مرّ.

و تخيره بين الأمرين خاصّه هو المشهور، و به أخبار (١) بعضها صحيح. و حينئذ فلا يلتفت إلى إنكار ابن إدريس (٢) الخيار. و زاد بعضهم ثالثاً، و هو أن لا يفسخ و لا يصبر، بل يأخذ قيمته الآن. و هو حسن، لأنّ الحقّ هو العين، فإذا تعذّرت رجع إلى قيمه حيث يتعذّر المثل.

و الخيار ليس على الفور، لأصالة العدم. و حينئذ فلا يسقط بالتأخير، بل لو صرّح بالإمهال فالأقوى عدم سقوط خياره. و توقّف فى الدروس (٣).

و لو كان الانقطاع ببلده خاصّه و أمكن تحصيله من غيرها، فإن قلنا بوجوب تعيين البلد فلا كلام، إذ لا يجب قبول غيره، فلا يجب المطالبة به، و لا يجب قبولها.

و إن لم نوجب مطلقاً أو على بعض الوجوه—فإن نقله البائع باختياره و إلا لم يجبر عليه مع المشقّه، و يجبر مع عدمها.

و فى حكم انقطاعه بعد الأجل مع العارض موت المسلم إليه قبل الأجل و وجود المسلم فيه. و فى إلحاق ما لو تبين العجز قبل الحلول عن الأداء بعده، فيتخير الخيار، أو يتوقّف على الحلول، و جهان أجودهما الثانى، لعدم وجود المقتضى الآن، إذ لم يستحق شيئاً حينئذ.

قوله: «و لو قبض البعض كان له الخيار فى الباقى، و له الفسخ فى الجميع».

المراد أنّه يتخير بين ثلاثه أشياء: الصبر و إنّما تركه لوضوحه، و الفسخ فى

ص: ٤٣١

١-١) راجع الوسائل ٦٨: ١٣ ب «١١» من أبواب السلف.

٢-٢) السرائر ٣١٧: ٢.

٣-٣) الدروس: ٣٥٧.

التاسعة: إذا دفع إلى صاحب الدين عروضاً، على أنها قضاء و لم يساعره، احتسب بقيمتها يوم القبض. (١)

العاشره: يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذى هو عليه و على غيره

العاشره: يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذى هو عليه و على غيره. (٢) الجميع هرباً من تبعض الصفقه التى هى عيب إذا المسلم فيه إنما هو المجموع و قد تعدّر، و فى المتخلف خاصه لأنه الذى تعدّر، فله الرجوع إلى ثمنه، لأن الصبر ضرر لا يلزم به، و لحسنه عبد الله بن سنان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام. فإن اختار الثالث فالأصح أن للبائع الفسخ أيضاً، لتبعض الصفقه عليه أيضاً، إن لم يكن التأخير بتفريطه، و إلا فلا خيار له. و ما تقدّم من التخيير بين أخذ القيمه الآن مع ما ذكر آت هنا.

قوله: «إذا دفع إلى صاحب الدين - إلى قوله - يوم القبض».

لأن جعلها قضاء يقتضى كونها من جنس الدين، فلمّا لم يكن عند الدفع - الذى هو وقت القضاء - من جنسه فلا بدّ من احتسابها على وجه تصير من الجنس، و ذلك باعتبار قيمتها يومئذ سواء كانت قيمته أم مثليه. و لو كان الدين من غير النقد الغالب احتسب أيضاً به يوم دفع العرض قضاء. و يدخل فى ملك المدين بمجرد القبض و إن لم يساعره عليه فى الموضوعين. و لا يختص ذلك بباب السلم، بل ذكر هذه المسأله فى باب الدين أولى. و هذا الحكم مع الاتفاق عليه مروى فى مكاتبه (٢) الصفار.

قوله: «يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذى هو عليه و على غيره».

احترز ببعديّه الحلول عمّا قبله، فلا يصحّ بيعه حينئذ، إذ لا استحقاق للبائع فى الذمه حينئذ. و يشكل بأنّه حقّ مالّي إلى آخر ما يعتبر فى المبيع، فينبغى أن يصحّ بيعه على حالته التى هو عليها، و إن لم تجز المطالبه به قبل الأجل. و هو خير

ص: ٤٣٢

١- ١) الكافى ٥: ١٨٥ ح ٣، التهذيب ٧: ٢٨ ح ١٢٢، الوسائل ١٣: ٦٠ ب (٥) من أبواب السلف ح ٣.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٤٠٢ ب ٢٦ من أبواب أحكام العقود ح ٥.

فإن باعه بما هو حاضر صحّ. وإن باعه بمضمون حالّ صحّ أيضا. وإن اشترط تأجيله قيل: يبطل، لأنه بيع دين بدين، وقيل: يكره، وهو الأشبه. (١) التذكرة (١).

و ربما أشكل بعدم إمكان قبضه الذى هو شرط صحّ البيع. ويندفع بمنع اشتراط إمكان القبض حين العقد، بل إمكانه مطلقا، ويمكن تحقّقه بعد الحلول، كما لو باعه عينا غائبه منقوله لا يمكن قبضها إلا بعد مضيّ زمان يمكن فيه الوصول إليها.

و نبه بقوله «و على غيره» على خلاف ابن إدريس (رحمه الله) (٢) حيث منع من بيعه على غير الغريم. وهو ضعيف.

قوله: «فإن باعه بما هو حاضر صحّ- إلى قوله- وهو الأشبه».

أراد بالحاضر المشخص، سواء كان حاضرا حين العقد أم لا، و بالمضمون ما فى الذمه. و لا إشكال فى جواز بيعه بالمضمون الحالّ، إذ لا يصدق عليه بيع الدّين بالدّين، و لا بيع الكالى بالكالى، لأنّ المراد به- على ما فسّره به أهل اللغه (٣)- بيع المضمون المؤجل بمتله. و أمّا بيعه بمؤجل فقد ذهب جماعه (٤) إلى المنع منه، اعتمادا على أنّ المؤجل يقع عليه اسم الدّين. و فيه: أنّهم إن أرادوا إطلاق اسم الدّين عليه قبل العقد و حالته فظاهر منعه، لأنّه لا يعدّ دينا حتى يثبت فى الذمه، و لا يثبت إلا بعد العقد، فلم يتحقّق بيع الدّين بالدّين. و إن أرادوا أنّه دين بعد ذلك لزم مثله فى المضمون الحالّ، و لا يقولون ببطلانه. و أمّا دعوى إطلاق اسم الدّين على المؤجل قبل ثبوته فى الذمه دون الحال، فهو تحكّم.

ص: ٤٣٣

١- (١) التذكرة ٥٥٩: ١.

٢- (٢) السرائر ٣٨: ٢-٤٠.

٣- (٣) الصحاح ١: ٦٩.

٤- (٤) منهم ابن إدريس فى السرائر ٥٥: ٢ و ٣١٤، و العلامه فى التذكرة ٥٥٩: ١.

الحادي عشره: إذا أسلف في شيء، و شرط مع السلف شيئاً معلوماً، صحّ. و لو أسلف في غنم، و شرط أصواف نعجات معينه، قيل:

يصحّ، و قيل: لا، و هو أشبهه. (١) و الحقّ أنّ اسم بيع الدّين بالدّين لا يتحقّق إلاّ إذا كان العوضان معا دينا قبل المعاوضه، كما لو باعه الدّين الذي في ذمّته بدين آخر له في ذمّته، و في ذمّه ثالث، أو تبايعا دينا في ذمّه غريم لأحدهما بدين في ذمّه آخر غريم للآخر، و نحو ذلك، لاقتضاء الباء كون الدّين نفسه عوضا. و المضمون الذي لم يكن ثابتا في الذمّه قبل ذلك لا يعدّ جعله عوضا بيع دين بدين. و أمّا ما يقال: اشترى فلان كذا بالدّين، مرادين به أنّ الثمن في ذمّته لم يدفعه، فهو مجاز يريدون به أنّ الثمن بقي في ذمّته دينا بعد البيع. و لو لا ذلك لزم مثله في الحال، لإطلاقهم فيه ذلك. نعم الدّين المبيع يطلق عليه اسم الدّين قبل حلوله و بعده، فلا بدّ في المنع من دين آخر يقابله. فظهر أنّ ما اختاره المصنّف من جواز ذلك على كراهيه أوضح، و إنّما كره خروجاً من خلاف من منع منه.

قوله: «و لو أسلف في غنم و شرط أصواف نعجات معينه قيل:

يصحّ، و قيل: لا، و هو أشبهه».

القول بالمنع لابن إدريس (١). و هو مبنيّ على المنع من بيع الصوف على ظهور الغنم استقلالاً، بناء على أنّه موزون لم يعلم كمّيته. و قد تقدّم (٢) الكلام فيه، و أنّ الأقوى الجواز مع المشاهده. و يمكن بناؤه أيضا على اشتراط الأجل في عقد السلم، و الأصواف المعينه هنا حاله، فيكون بعض السلم حالاً و ابن إدريس صرح بالمنع منه أيضا. و الأصل ممنوع، و لو سلم فاشتراط الأصواف هنا ليس سلماً، بل شرط فيه، و هو جائز، كما تقدّم في صدر المسأله من جواز شرط المعلوم مع السلم. و هو هنا كذلك. و حينئذ فالجواز - مع مشاهده الصوف و شرط جزّه حالاً أو الإطلاق - قويّ.

ص: ٤٣٤

١ - ١) السرائر ٣١٦: ٢.

٢ - ٢) في ص ١٨١.

و لو شرط أن يكون الثوب من غزل امرأه معيّنه، أو الغلّه من قراح بعينه، لم يضمن. (١) و لو شرط تأجيل الجزّ إلى أجل السلم، فلا يخلو إمّا أن يشترط دخول المتجدّد أو لا. و في الأوّل يحتمل الصّحّه، لأنّه شرط مضبوط. و قد صرّح جماعة من الأصحاب (١) بجواز مثل ذلك في الصوف و اللبن استقلالا. و نحن فيما سلف (٢) شرطنا فيه كون المجهول تابعا، فحينئذ لا إشكال أيضا مع الشرط.

و في الثاني بينى على أمرين:

أحدهما: أنّ شرط تأجيل الثمن إذا كان عينا هل هو جائز أم لا؟ و الحقّ جوازه، بل ادّعى عليه في التذكرة (٣) الإجماع. و مثله الثمن المعين.

و الثاني: أنّ اختلاط مال البائع بالمبيع هل هو مانع من صحّه البيع أم لا؟ و لا شبهه في عدم منعه. و قد تقدّم [١] نظيره فيمن اشترى لقطه أو جزّه و آخر قطعها فامتزجت بمال البائع. و حينئذ فطريق التخلّص الصّالح.

و هذه الوجوه كلّها متوجّهه شرعا إلّا أنّها غير محرّره في كلامهم، و إنّما ذكروا أصل المسأله و اختلفوا فيها. نعم، ذكر بعض المتأخّرين (٤) هنا أنّ شرط تأجيل الجزّ إلى أمد السلف باطل قولاً واحداً. و كأنّه نظر إلى ظاهر ما وقع فيه الخلاف، و إلّا فدعوى الإجماع هنا في حيز المنع.

قوله: «و لو شرط أن يكون الثوب من غزل امرأه معيّنه أو الغلّه من قراح بعينه لم يضمن».

أى لم يصحّ السلم، فلا يضمن المسلم فيه، لأنّ الضمان لازم للصّحّه،

ص: ٤٣٥

١- ١) منهم الشيخ في النهاية: ٣٩٩، و العلامه في المختلف: ٣٦٦.

٢- ٢) في ص ١٨١.

٣- ٣) التذكرة ٥٥٥: ١.

٤- ٥) في هامش «ه» و «ن» و «و»: (هو الشيخ احمد بن فهد في المهذب بخطه قدّس سرّه). راجع المهذب البارع ٤٧٨: ٢.

المقصد الرابع: في الإقالة. (١) و هي فسخ في حق المتعاقدين و غيرهما. (٢) فأطلق اللازم و أراد الملزوم. و وجه عدم الصحه إمكان أن لا- يتفق ذلك للمرأة، بأن تمرض، أو تموت، أو تترك العمل، إمكانا مساويا لنقيضه. و كذا القراح يمكن أن يخيس، أو لا يظهر منه ما يطابق الوصف. و الضابط اعتبار ما لا يتخلف عنه المسلم فيه عادة، كالبلد الكبير بالنسبه إلى الأرض و الأهل.

قوله: «المقصد الرابع في الإقالة».

جعل الإقالة من مقاصد السلف غير حسن، فإنها لا تختص به، بل و لا باب البيع، لجريانها في سائر العقود المتقومه من الجانبين بالمال. فكان الأولى جعلها قسما برأسه بعنوان خاص، كالتمه لباب البيع، حيث إنه الركن الأعظم لمتعلقها. و أبعده منه جعله القرض و دين المملوك من مقاصد السلف أيضا، كما سيأتي. و لقد كان الصواب جعله كتابا منفردا، لا من فصول البيع و مقاصده، فضلا عن السلف.

قوله: «و هي فسخ في حق المتعاقدين و غيرهما».

نبه بقوله «فسخ» على خلاف بعض العامه [١]، حيث زعم أنها بيع مطلقا، و على بعض آخر، حيث زعم أنها بيع إن وقعت بلفظ الإقالة، و فسخ إن وقعت بلفظه، فيلحقها أحكامه. و بقوله «في حق المتعاقدين و غيرهما» على خلاف بعضهم أيضا، حيث زعم أنها بيع بالنسبه إلى الشفيع خاصه، فيستحق الشفعه بها، و إن كانت فسحا في حق المتعاقدين. و بطلانه ظاهر، إذ لا يطلق عليها اسم البيع في جميع الصور، و للبيع ألفاظ خاصه ليست منها.

و صيغتها أن يقول كلّ منهما: تقايلنا، أو تفاسخنا. أو يقول أحدهما: أقلتك، فيقبل الآخر. و لا فرق في ذلك بين النادم و غيره. و لا يكفي التماس أحدهما عن



و لا تجوز الإقالة بزياده عن الثمن و لا نقصان. و تبطل الإقالة بذلك، (١) لفوات الشرط.

و تصحّ الإقالة فى العقد، و فى بعضه، سلما كان أو غيره. (٢)

## فروع ثلاثة

فروع ثلاثة

## الأول: لا تثبت الشفعة بالإقالة

الأول: لا تثبت الشفعة بالإقالة، لأنها تابعه للبيع. (٣) قوله. و لا- يعتبر فيها سبق الالتماس بل لو ابتدأ أحدهما بالصيغه فقبل الآخر صحّ.

قوله: «و لا يجوز الإقالة بزياده عن الثمن و لا نقصان و تبطل بذلك».

لما كانت الإقالة فسخا فمقتضاه رجوع كلّ عوض إلى صاحبه، فإذا شرط فيها زياده أو نقصان فى أحد العوضين فقد شرط فيها ما يخالف مقتضاها، فيفسد الشرط، و يترتب عليه فسادها، كما فى كلّ شرط فاسد، لأنهما لم يتراضيا على الفسخ إلا على ذلك الوجه، و لم يحصل. و لا- فرق فى المنع من الزيادة و النقيصه بين العيئيه و الحكميّه، فلو أقاله على أن ينظره بالثمن، أو يأخذ الصحاح عوض المكسّر و نحوه، لم يصحّ.

قوله: «و تصحّ الإقالة فى العقد، و فى بعضه، سلما كان أو غيره».

تبه بالتسويه بين السلم و غيره على خلاف بعض العامّه (١)، حيث منع من الإقالة فى بعض السلم، لأنه حينئذ يصير سلما و يباع، و قد نهى النبى (٢) صلى الله عليه و آله و سلّم عنه. و بطلانه ظاهر، و إطلاق الإذن فى الإقالة- بل استحبابها- يشمل الكلّ و البعض. و متى تقايلا فى البعض اقتضى تقسيط الثمن على المثلث، فيرتجع فى نصف المبيع بنصف الثمن، و فى ربه بربه، و هكذا.

قوله: «لا تثبت الشفعة بالإقالة، لأنها تابعه للبيع».

قد تقدّم الكلام فى ذلك. و هذا بمنزله التفريع على ما سبق من الحكم على

ص: ٤٣٧

(١- ١) فى هامش «و» و «ن»: هو مالك بن أنس. بخطه قدس سرّه. راجع بدايه المجتهد ٢: ٢٠٦.

(٢- ٢) الفقيه ٤: ٤، التهذيب ٧: ٢٣٠ ح ١٠٠٥، الوسائل ١٢: ٢٦٦ ب (١٢) من أبواب عقد البيع و شروطه ح ١٢.

## الثاني: لا تسقط أجره الدّالّ بالتقاييل

الثاني: لا تسقط أجره الدّالّ بالتقاييل، لسبق الاستحقاق. (١)

## الثالث: إذا تقايلا رجع كلّ عوض إلى مالكة

الثالث: إذا تقايلا رجع كلّ عوض إلى مالكة. فإن كان موجودا أخذه، وإن كان مفقودا ضمن بمثله إن كان مثليا، وإلا بقيمته، وفيه وجه آخر. (٢) أنها ليست بيعة في حق المتعاقدين وغيرهما، كما أنّ الخصم فرّع الثبوت على ما حكم به.

قوله: «لا تسقط أجره الدّالّ بالتقاييل، لسبق الاستحقاق».

أى استحقاقه الأجره، فإنّه كان على السعى المتقدّم، وقد حصل. و مثله أجره الكيال و الوزان و الناقد.

قوله: «فإن كان موجودا أخذه- إلى قوله- وفيه وجه آخر».

يدخل في الموجود ما حصل له نماء منفصل، فإنّه لا يرجع به بل بأصله. أمّا المتّصل فيتبع الأصل. و الولد منفصل و إن كان حملا. أمّا اللبن في الضرع ففي كونه متصلا نظر. و أمّا الصوف و الشعر قبل الجزّ فالظاهر أنّه متصل، مع احتمال كونه كاللبن. و لو جده معييا أخذ أرش عيبه مطلقا، لأنّ الجزء الفائت بمنزله التالف، فيضمن كما يضمن الجميع.

و لو وقعت الإقالة بعد أن أحدث المشتري حدثا، فما وقع منه بأعيان من عنده فهي له. و لو كانت من المبيع، فإن زاد بفعله- كالعماره- فهي للبائع، و للمشتري ما زاد بفعله، بأن يقوم قبل الإحداث و بعده، و يرجع بالتفاوت [١].

و المعتبر في قيمه القيمي يوم تلف العين، كنظائره، لأنّ الضمان متعلّق بالعين ما دامت، فإذا تلفت تعلق بقيمتها يومئذ، مع احتمال اعتبار يوم القبض، و يوم الإقالة، و الأعلى. و الوجه الآخر الذي أجمله المصنّف هو أنّ القيمي يضمن بمثله

المقصد الخامس: في القرض. (١) والنظر في أمور ثلاثه:

**الأول: في حقيقته**

الأول: في حقيقته. و هو عقد يشتمل على إيجاب، (٢) كقوله:

«أقرضتك».

أيضا. و هو ضعيف.

قوله: «المقصد الخامس في القرض».

و هو بفتح القاف و كسرهما.

قوله: «و هو عقد يشتمل على إيجاب».

لا- شبهه في اشتراط الإيجاب و القبول فيه بالنسبه إلى تحقق الملك، إن قلنا إنه يملك بهما و بالقبض. و لو قلنا بتوقف الملك على التصرف كان قبله بمنزله الإباحه، فينبغي أن لا يتوقف على العقد، إلا أن يقال: إن ترتب الأثر بعد التصرف-على الوجه الآتي المغاير للإباحه- يتوقف على ما يدل عليه و هو العقد. و على القول بالاكفاء في البيع بالمعاطاه يكتفى بها هنا بطريق أولى، من حيث إنه عقد جائز يدخله من الرخص ما لا يدخل في العقد اللازم. و على هذا فالمعاطاه تفيد فيه إباحه التصرف كالبيع، و لا يتحقق الملك التام إلا بالتصرف.

و الكلام في كونه إباحه محضه أو عقدا متزلزلا ما مرّ في البيع، إلا أنه يشكل هنا بأنه لا معنى للعقد المتزلزل إلا ما يفيد جواز رجوع كل واحد فيه. و هذا المعنى حاصل و إن كانت الصيغه تامه. و يمكن اندفاع ذلك بأن معنى جواز رجوع كل منهما ليس على حدّ العقود الجائزه المحضه، كالعاريه و الوديعة، فإنّ الرجوع في تلك يوجب أخذ عين المال، بخلافه هنا، فإنه إنما يفيد وجوب تخلص المقرض من حق المقرض بمطالبتة بتلك العين أو غيرها- كما سيأتى- فليس ذلك في الحقيقه فسخا للعقد، بل مطالبه بالحق الثابت في الذمه. نعم، على القول بوجوب ردّ العين الباقيه لو طلبها المالك يتّجه كونه عقدا جائزا محضا، لكن سيأتى ضعفه. و معه يشكل كونه عقدا جائزا، فإنّ مطالبه المقرض للمقرض بما في ذمته متى شاء أمر آخر غير كون العقد جائزا أو لازما.

أو ما يؤدي معناه، مثل «تصرف فيه» أو «انتفع به و عليك ردّ عوضه». (١) قوله: «أو ما يؤدي معناه- إلى قوله- و عليك ردّ عوضه».

من المؤدى لمعناه: خذ هذا- أو اصرفه، أو تملكه، أو ملكتك، أو أسلفتك، و نحوه- و عليك ردّ عوضه، أو مثله، و نحو ذلك. و الحاصل أنّ صيغته لا تنحصر في لفظ، كالعقود الجائزه، بل كلّ لفظ دلّ عليه كفى، إلا أنّ «أفرضتك» صريح في معناه، فلا يحتاج إلى ضميمة «عليك ردّ عوضه» و نحوه، و غيره يحتاج إليها. فلو تركها و كان بلفظ التملك أفاد الهبه، و إن لم يطلع على قصده، لأنّه صريح فيها. و إن كان بلفظ السلف و نحوه كان فاسدا لا يترتب عليه حكم عقد، لأنّه حقيقه في السلم و لم يجمع شرائطه. و إن كان بغيره من تلك الألفاظ الدالّه على الإباحه فهو هبه مع قصد الموجب لها لا بدونه، كما سيأتى إن شاء الله تعالى. فلو اختلفا في القصد فالقول قوله، لأنّه أبصر به.

أمّا لو اختلفا في قصد الهبه مع تلفظه بالتمليك فقد قطع في التذكرة (١) بتقديم قول صاحب المال، محتجاً بأنّه أعرف بلفظه، و أنّ الأصل عصمه ماله، و عدم التبّع، و وجوب الردّ على الآخذ لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢). ثمّ احتمال تقديم دعوى الهبه قضيه للظاهر من أنّ التملك من غير عوض هبه. و توقّف في القواعد (٣).

و يشكل ما احتجّ به على الأوّل بأنّ لفظ التملك حقيقه في الهبه، لأنّه تمام مفهومه الشرعى. و أمّا كونه بمعنى القرض فيفتقر إلى ضميمة أخرى، فيكون جزء مفهومه. فإطلاقه عليه معنى مجازى لا يصار إليه إلاّ بقربنه، و الفرض انتفاؤها. و لا شبهه في أنّ دعوى خلاف الظاهر و الحقيقه في سائر العقود لا التفات إليها. و القصد

ص: ٤٤٠

١- (١) التذكرة ٥: ٢.

٢- (٢) سنن الترمذى ٥٦٦: ٣ ح ١٢٦٦، مسند أحمد ٥: ١٢، سنن البيهقى ٦: ٩٥، سنن ابن ماجه ٨٠٢: ٢ ح ٢٤٠٠.

٣- (٣) قواعد الأحكام ١٥٧: ١.

و على قبول، و هو اللفظ الدالّ على الرضا بالإيجاب، و لا ينحصر في عبارته (١) و في القرض أجر (٢)، ينشأ من معونه المحتاج تطوّعا.

و إن كان معتبرا إلا أنّ الظاهر في الألفاظ الصريحة اقترانها بالقصد، فيحمل الإقرار عليه. و من هنا أجمعوا على أنّه لو ادّعى عدم القصد إلى البيع و نحوه مع تصريحه بلفظه لم يلتفت إليه.

و بهذا يظهر ضعف باقى أدلّته، فإنّ أصالة العصمة قد انقطعت بما وقع من اللفظ الصريح. و مثله القول في الحديث، فإنّ مع وجود السبب الناقل للملك شرعا، الراجع للضمان، يخرج موضع النزاع عن ذلك.

قوله: «و على قبول، و هو اللفظ الدالّ على الرضا بالإيجاب، و لا ينحصر في عبارته».

الكلام هنا كما مرّ في أنّ ذلك شرط في صحّة العقد على وجه يترتب عليه جميع ما يأتي من آثاره، فلا ينافى وقوعه معطاه على ذلك الوجه. و هل يقوم القبول الفعلي هنا مقام القولي؟ الظاهر ذلك بالنسبة إلى إباحة التصرف. و في الاكتفاء به في تمام الملك نظر.

و قطع جماعه (١) بالاكتفاء به مطلقا.

قوله: «و فيه أجر».

لا شبهه في ثبوت الأجر فيه، لما فيه من معونه المحتاج كما ذكر، و المعاونه على البرّ، و كشف كربه المسلم، و قد روى عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «من كشف عن مسلم كربه من كرب الدنيا كشف الله عنه كربه من كرب يوم القيامة» (٢).

و عن الصادق عليه السلام: قال: قال النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «ألف درهم أقرضها مرّتين أحبّ إليّ من أن أتصدّق بها مرّه» (٣). و روى «أنّ درهم الصدقه

ص: ٤٤١

١-١) راجع الدروس: ٣٧٥ و جامع المقاصد ٥: ٢٠.

٢-٢) مسند احمد ج ٩١: ٢.

٣-٣) ثواب الأعمال: ١٦٧ ح ٥، التهذيب ١٩٢: ٦ ح ٤١٨، الوسائل ١٣: ٩٠ ب (٨) من أبواب الدين و القرض ح ٥.

بعشره، و درهم القرض بثمانية عشر» (١). إلى غير ذلك من الأخبار الدالّة على عظم ثوابه. و حينئذ فتتكبر المصنّف للأجر إمّا للتعظيم من قبيل «له حاجب عن كلّ أمر يشينه» أو للتكثير من قبيل «إنّ له إبلا و إنّ له غنما».

و فى ظاهر الخبرين الأخيرين تدافع. و طريق التأليف حمل الصدقة الراجحة عليه على صدقة خاصّه، كالصدقة على الأرحام و العلماء و الأموات، و المرجوحه على غيرها. فقد روى أنّها على أقسام كثيرة، منها ما أجره عشره و منها سبعون و سبعمائه إلى سبعين ألفا.

و قد روى أيضا أنّ القرض أفضل من الصدقة بمثله فى الثواب، ذكره الشيخ (٢) رحمه الله، و نقله فى كتب الفقه جماعه منهم العلامة فى كتبه (٣). و هو يحتمل أمرين:

أحدهما - هو الظاهر - أنّ الجارّ فى «بمثله» يتعلّق ب«أفضل». و المعنى: أنّ القدر المقرض أفضل من المتصدّق به بمقدار مثله فى الثواب، فالصدقة لَمّا كان القدر المعروف من ثوابها و المشترك بين جميع أفرادها عشره فيكون درهم القرض مثلا بعشرين، إلّا أنّه يرجع إلى ثمانية عشر و يوافق الخبر السالف، و ذلك لأنّ الصدقة بدرهم مثلا ما صارت عشره و حصلت لصاحبها حتى أخرج درهما و لم يعد إليه، فالثواب الذى كسبه فى الحقيقة تسعه، فيكون القرض بثمانية عشر، لأنّه أفضل منه بمثله، لأنّ درهم القرض يرجع إلى صاحبه، و المفاضله إنّما هى فى الثواب المكتسب.

و على هذا فالجارّ فى قوله فى الخبر: «فى الثواب» متعلّق ب«أفضل» أيضا، لأنّ المفاضله فى الحقيقة ليست إلّا فيه، و إن كان الحكم جاريا على القرض و الصدقة، إلّا أنّ الثواب لازم لهما. فالتقدير بمثل المتصدّق به يستلزم التقدير بمثل ثوابه.

و حينئذ فلا يرد ما قيل من أنّه على هذا التقدير يلزم استدراك قوله «فى الثواب» لأنّ

١- ١) تفسير أبى الفتوح ٢: ٢٨١، و عنه مستدرک الوسائل ١٣: ٣٩٥ ح ٣.

٢- ٢) النهاية: ٣١١.

٣- ٣) قواعد الأحكام ١: ١٥٦، تحرير الأحكام ١: ١٩٩، التذكرة ٢: ٤.

و الاقتصار على ردّ العوض،(١)فلو شرط النفع،حرم و لم يفد الملك.(٢)الأفضليّه لا تكون إلاّ باعتباره.فإنّه-على تقدير تسليمه-يجوز كون القيد لبيان الواقع،من قبيل قتل النّبيين بغير حقّ،و يطير بجناحيه.و من أنّ المتفاضل فيه هو مقدار ثواب المتصدّق به،لا مقدار مثله،لما بيّناه من التلازم بينهما.

و الأمر الثّاني:أنّ الجار في قوله«بمثله»متعلّق ب«الصدقه»فيكون المعنى أنّ القرض بشيء أفضل من الصدقه بمثل ذلك.و قوله«في الثواب»متعلّق ب«أفضل».

و حينئذ فإنّما يدلّ على أرجحيّته القرض على الصدقه مطلقا،لا على تقدير الرجحان.

و هو محتمل بحسب اللفظ،إلاّ أنّ الأوّل ألطف و أوفق بمناسبه الخبر الآخر،و يشتمل على سرّ لطيف و بلاغه في الكلام تناسب حال الكلام الصادر عن مشكاه النبوه التي أوتيت جوامع الكلم.

و اعلم أنّ تحقّق أصل الثواب في القرض،فضلا عن أفضليّته بوجه،إنّما يكون مع قصد المقرض بفعله وجه الله تعالى،كما في نظائره من الطاعات التي يترتّب عليها الثواب،فلو لم يتفق هذا القصد،سواء قصد غيره من الأغراض الدنيويّه و الريائيّه أم لم يقصد،لم يستحقّ عليه ثوابا،كما لا يخفى.

قوله:«و الاقتصار على ردّ العوض.إلخ».

الأولى كون«الاقتصار»خبر مبتدأ محذوف تقديره«و شرطه الاقتصار»و نحوه،فيكون عطف جمله على جمله،إذ لم يتقدّم من المفردات ما يحسن عطف هذا المفرد عليه،سيّما بتفريع قوله:«فلو شرط النفع حرم عليه»فإنّ أربط ما سبق به قوله «معونه»و بعطفه عليها مجرورا يكون علّه للأجر (١)،و ذلك لا يستلزم الحكم بتحريم شرط النفع.و هو واضح.

قوله:«فلو شرط النفع حرم و لم يفد الملك».

هذا الحكم إجماعي.و مستنده ما روى عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أنّه

ص:٤٤٣

١-١) كذا في أكثر النسخ مع اختلاف فيها.و في «ه»:فاذا ربط بما سبق من قوله«معونه»و عطف عليها مجرورا تكون علّه للأجر.

نعم لو تبرّع المقرض، بزياده فى العين أو الصفه، جاز. (١) قال: «كلّ قرض يجزّ منفعه فهو حرام» (١) والمراد مع الشرط، إذ لا خلاف فى جواز التبرّع بالزائد، وغيره من الأخبار.

ولا فرق فى النفع بين كونه عيناً و صفه و لا- بين الربوى وغيره عندنا، لإطلاق النصوص (٢)، ولأنّ الغرض من القرض مجرد الإرفاق و الإحسان، بخلاف البيع.

ومتى فسد العقد لم يجز للمقرض أخذه، فلو قبضه كان مضموناً عليه كالبيع الفاسد، للقاعده المشهوره من أنّ كلّ ما ضمن بصحيحه ضمن بفاسده. خلافاً لابن حمزه (٣) هنا، فإنّه ذهب إلى كونه أمانه. و هو ضعيف.

قوله: «نعم لو تبرّع المقرض - إلى قوله - جاز».

لا فرق فى الجواز بين كون ذلك من نيتها و عدمه، و لا بين كونه معتاداً و عدمه.

بل لا يكره قبله، للأصل، و لإطلاق النصوص بذلك. و قد روى أنّ النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم اقترض بكرًا [١] فردّ بأزلاً رباعياً، و قال: «إنّ خير الناس أحسنهم قضاء» (٤). و روى مثله كثيراً عن الصادق عليه السلام (٥). و بذلك يجمع بين ما تقدّم من النهى عن قرض جرّ منفعه، و بين ما روى عن الصادق عليه السلام أنّ خير القرض الذى يجزّ المنفعه (٦).

إذا تقرّر ذلك فإن كانت الزيادة حكميّة، كما لو دفع الجيّد بدل الردىء، أو الكبير بدل الصغير كما صنع النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم، ملكه المقرض

ص: ٤٤٤

١- ١) سنن البيهقى ٥: ٣٥٠ و فيه: «فهو وجه من وجوه الربا».

٢- ٢) انظر الوسائل ١٢: ٤٧٦ ب (١٢) من أبواب الصرف، و ب (١٢) من أبواب الربا.

٣- ٣) الوسيله: ٢٧٣.

٤- ٤) سنن البيهقى ٥: ٣٥١-٣٥٣.

٥- ٥) الوسائل ١٢: ٤٧٦ ب (١٢) من أبواب الصرف.

٦- ٦) الكافى ٥: ٢٥٥ ح ٢، التهذيب ٢: ٢٠٢ ح ٤٥٣، الاستبصار ٣: ٩ ح ٢٢، الوسائل ١٣: ١٠٤ ب (١٩) من أبواب الدين و القرض ح



و لو شرط الصحاح عوض المكسره،(١) قيل: يجوز، و الوجه المنع.

ملكا مستقرًا بقبضه، و كان بأجمعه استيفاء.

و إن كانت عيبه كما لو دفع إثنا عشر من عليه عشره، ففى كون المجموع وفاء كالحكمى، بناء على أنه معاوضه عميًا فى الذمه، غايته كونه متفاضلا و هو جائز بالشرط، و هو عدم الشرط، أو يكون الزائد بمنزله الهبه، فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه على بعض الوجوه الآتية، التفاتا إلى أن الثابت فى الذمه إنما هو مقدار الحق، فالزائد تبرع خالص و إحسان محض و عطيه منفرد، احتمالا. و لم أقف فيه على شىء. و لعلّ الثانى أوجه، خصوصا مع حصول الشكّ فى انتقال الملك عن مالكة على وجه اللزوم.

قوله: «و لو شرط الصحاح عوض المكسره. إلخ».

هذا الشرط جزئى من جزئيات ما تقدّم. و قد عرفت فساد شرطه و القرض.

و القول بالجواز هنا و إخراج هذا الفرد من القاعده للشيخ - رحمه الله - فى النهايه (١)، و تبعه عليه جماعه (٢)، استنادا إلى صحيحه يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلّه فيأخذ منه الدراهم الطازجيه طيبه بها نفسه، قال: «لا بأس». و ذكر ذلك عن على عليه السلام (٣).

و لا يخفى بعده عن الدلاله على المدعى، إذ ليس فيه أنه شرط ذلك، فيحمل على ما لو لم يشترط. بل الظاهر هنا (٤) ذلك جمعا. و قد تقدّم جواز أخذ الزائد قدرا و وصفا مع عدم الشرط. و حينئذ فالقول ضعيف. و المراد بالطازج الخالص و بالغلّه غيره. و قد تقدّم فى الصرف.

ص: ٤٤٥

١- (١) النهايه: ٣١٢.

٢- (٢) منهم ابن البراج كما فى المختلف: ٤١٥، و ابن حمزه فى الوسيله: ٢٧٣.

٣- (٣) الكافى ٥: ٢٥٤ ح ٤، الفقيه ٣: ١٨١-١٨٢ ح ٨٢١، التهذيب ١: ٢٠١ ح ٤٥٠، الوسائل ١٢: ٤٧٧ ب (١٢) من أبواب الصرف ح ٥.

٤- (٤) كذا فى «ه» و فى غيرها (منها).

الثانى: ما يصح إقراضه. و هو كل ما يضبط وصفه و قدره، فيجوز إقراض الذهب و الفضة و زنا، و الحنطة و الشعير كيلاً و وزناً، (١) و الخبز و زنا و عدداً، (٢) نظراً إلى المتعارف.

قوله: «فيجوز اقتراض الذهب و الفضة و زنا و الحنطة و الشعير كيلاً و وزناً».

الضابط فى المثلى اعتبار ما يعتبر فى السلم من الكيل و الوزن و العدد، فيجوز اقتراض المكيل و زناً لأنه أضبط، و الموزون كيلاً مع عدم الاختلاف المؤدى إلى الجهالة، بأن يكون قطعاً كبيراً يتجافى فى المكيال، و نحو ذلك. و حينئذ فلو اقترض المقدر [المعتبر] (١) غير معتبر لم يفد الملك، و لم يجز التصرف فيه، و إن اعتبره بعد ذلك.

و لو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه، و يخلص منه بالصلح، كما هو وارد فى كل ما يجهل قدره. و سيأتى الخلاف فى بعض الموارد التى لا يصح السلم فيها، لعدم انضباطها بالوصف.

قوله: «و الخبز و زنا و عدداً».

لا شبهه فى جواز اقتراض الخبز و زناً، لانضباطه. و إنما الكلام فى العدد، فعندنا أنه جائز أيضاً، للعاده، و لروايه الصباح بن سيابه عن الصادق عليه السلام (٢).

و يظهر من التذكرة (٣) أنه عندنا إجماعى. و يغتفر التفاوت اليسير المتسامح بمثله عادته. و مثله الجوز و البيض.

و شرط فى الدروس (٤) فى جواز اقتراض الخبز عدداً عدم علم التفاوت، و إلا اعتبر وزناً. و ينبغى تقييده بتفاوت لا يتسامح به عادته، لا مطلق التفاوت لتحققه غالباً. و الروايه مصرّحه بالجواز معه.

ص: ٤٤٤

١ - ١) فى «ه» فقط.

٢ - ٢) الفقيه ٣: ١١٦ ح ٤٩٣، الوسائل ١٣: ١٠٩ ب (٢١) من أبواب الدين و القرض ح ١.

٣ - ٣) التذكرة ٥: ٢.

٤ - ٤) الدروس: ٣٧٦.

و كل ما يتساوى أجزاؤه، يثبت في الذمه مثله، كالحنطه (١) و الشعير، و الذهب و الفضة.

و ما ليس كذلك يثبت في الذمه قيمته وقت التسليم. و لو قيل يثبت مثله أيضا، كان حسنا. (٢) قوله: «و كل ما يتساوى أجزاؤه يثبت في الذمه مثله كالحنطه».

أشار بذلك إلى ضابط المثلى، و هو ما تتساوى أجزاؤه في القيمة و المنفعه، و تتقارب صفاته، بمعنى أن قيمه نصفه تساوى قيمه النصف الآخر، و تقوم مقامها في المنفعه، و تقاربها في الوصف، و هكذا كل جزء بالنسبه إلى نظيره لا مطلقا، و ذلك كالحبوب و الأدهان. و قد جرت العاده بتحقيق ذلك في باب الغصب، إلا أن المصنف -رحمه الله- أشار هنا إلى الفرق لمكان الحاجه إليه.

و لا خلاف في اعتبار المثل في المثلى مع وجوده، و مع تعذره ينتقل إلى القيمة.

و في اعتبارها يوم القرض، أو التعذر، أو المطالبه، أو وجه. أو جهها الأخير، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، إذ الثابت في الذمه إنما هو المثل إلى أن يطالب به.

و وجه الأول سبق علم الله بتعذر المثل وقت الأداء، فيكون الواجب حينئذ هو القيمة. و ضعفه ظاهر، إذ لا منافات بين وجوب المثل وقت القرض، طردا للقاعده الإجماعيه، و الانتقال إلى القيمة عند المطالبه لتعذره.

و وجه الثانى أنه وقت الانتقال إلى البديل الذى هو القيمة. و فيه أن التعذر بمجرد لا -يوجب الانتقال إلى القيمة، لعدم وجوب الدفع حينئذ، فيستصحب الواجب إلى أن يجب دفعه بالمطالبه، فحيث لم يوجد الآن ينتقل إلى قيمته.

قوله: «و ما ليس كذلك -إلى قوله - كان حسنا».

الكلام [١] هنا في موضعين:

أحدهما: أن الواجب في عوض القيمي -و هو ما يختلف أجزاؤه في القيمة و المنفعه كالحيوان- ما هو؟ أقوال:

أحدها- و هو المشهور-: قيمته مطلقا، لعدم تساوى أجزائه (١)، و اختلاف صفاته، فالقيمه فيه أعدل. و هو قول الأكثر.

و ثانيها: ما مال إليه هنا، و لعلّه أفتى به، إلاّ إنّه لا قائل به من أصحابنا، كما يشعر به قوله (و لو قيل)، و هو ضمانه بالمثل مطلقا، لأنّ المثل أقرب إلى الحقيقة. و قد روى أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أخذ قصعه امرأه كسرت قصعه أخرى (٢)، و حكم بضمن عائشه إناء حفصه و طعامها- لمّا كسرته و ذهب الطعام- بمثلها. (٣)

و الخبران عاميّان، و مع ذلك فهما حكايه حال لا تعمّ، فلعلّ الغريم رضى بذلك. و موردهما مطلق الضمان. و عورضا بحكمه صلّى الله عليه و آله و سلّم بالقيمه فى معتق الشقص (٤).

و ثالثها: ضمان المثل الصورى فيما يضبطه الوصف، و هو ما يصحّ السّلم فيه، كالحيوان و الثياب، و ضمان ما ليس كذلك بالقيمه، كالجواهر و القسيّ. اختاره فى التذكرة (٥)، محتجّا على الأوّل بأنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم استقرض بكرا فردّ بازلا، و أنه استقرض بكرا فأمر بردّ مثله (٦).

و فيه- على تقدير صحّحه السند- أنّ مطلق الدفع أعمّ من الوجوب، و لا شبهه فى جواز ذلك مع التراضى، كيف و قد زاده خيرا فيما دفع. و ما أمر به- لو صحّ- لم يقع، إذ لم ينقل ذلك، فلا- يدل على تحقّق البراءه به، بل يجوز كونه مشروطا بالتراضى. و الأقوى المشهور.

و الثانى: على تقدير اعتبار القيمه مطلقا، أو على بعض الوجوه، فالمعتبر قيمته وقت التسليم، على ما اختاره المصنّف هنا، لأنّه وقت الملك، لما سيأتى من أنّ الأقوى

ص: ٤٤٨

١- ١) كذا فى «٥» و فى غيرها (جزئياته).

٢- ٢) سنن البيهقى ٩٦: ٦.

٣- ٣) سنن البيهقى ٩٦: ٦.

٤- ٤) سنن البيهقى ٢٧٤: ١٠.

٥- ٥) التذكرة ٥: ٢.

٦- ٦) سنن البيهقى ٣٥٣: ٥.

و يجوز إقراض الجوارى. (١) تحقّقه بالقبض، فيكون وقت الثبوت في الذمّه. و قيل: وقت القرض، ذكره الفاضل في القواعد (١). و علّله الشارح (٢) بما ذكرناه سابقا من أنّه وقت الثبوت في الذمّه. و ليس بواضح، إذ لا انتقال إليها قبل القبض عنده. و لعلّه تجوّز في إطلاق القرض على القبض، بناء على الغالب من اتّصال القبض باللفظ الدالّ على القرض الذى هو الإيجاب. و من أنّ القبض هو القبول، بناء على الاكتفاء بالفعل، كما اختاره، و هو الغالب فى العاده، فيكون القرض مستلزما للقبض عاده أو غالبا. و قيل: الاعتبار بالقيمه وقت التصرف، بناء على انتقال الملك به. و سيأتى. و لا اعتبار بقيمته يوم المطالبه هنا قولا واحدا، إلّا على القول بضمانه بالمثل، و يتعدّر فيعتبر يوم المطالبه، كالمثلى على أصحّ الأقوال. و قد تقدّم (٣).

قوله: «و يجوز اقتراض الجوارى».

لا خلاف عندنا فى جواز اقتراض الجوارى، للأصل، و الضبط، و جواز السلف فيهنّ، فجاز قرضهنّ كالعييد. و خالف فى ذلك بعض العامّه (٤)، مع إطباقهم على جواز اقتراض العبد و الجارية التى لا يحلّ للمقترض وطؤها بنسب أو رضاع أو مصاهره.

و حيث جاز اقتراضها يحلّ وطؤها بالقبض، كما يباح غيره من المنافع، إن قلنا بانتقال الملك بالقبض، و لو أوقفناه على التصرف لم يحلّ. و لو كانت ممّن ينعق عليه عتقت أيضا، بناء على ذلك.

و أمّا ارتجاعها بعد الوطاء مع بقاء المماثله فيبنى على ما سلف من ضمان القيمي بمثله أو بقيمته. و أولى بالجواز لو ردّ العين، لأنّ الانتقال إلى القيمه إنّما وضع بدلا عن العين، فإذا أمكنت ببذل المقترض كانت أقرب إلى الحقّ من القيمه. و كذا القول

ص: ٤٤٩

١-١ (١) القواعد ١٥٦: ١.

٢-٢ (٢) جامع المقاصد ٢٤: ٥.

٣-٣ (٣) فى ص ٤٤٧.

٤-٤ (٤) راجع المدوّنه الكبرى ٢٤: ٤، المغنى لابن قدامه ٣٨٥-٤: ٣٨٦.

و هل يجوز اقتراض اللثالي؟ (١) قيل: لا، و على القول بضمان قيمه، ينبغي الجواز.

### الثالث: في أحكامه

الثالث: في أحكامه. و هي مسائل:

### الأولى: القرض يملك بالقبض لا بالتصرف

الأولى: القرض يملك بالقبض (٢) لا بالتصرف، لأنه فرع الملك، فلا يكون مشروطا به.

في غيرها.

قوله: «و هل يجوز اقتراض اللثالي. إلخ».

القول بعدم الجواز للشيخ - رحمه الله - في المبسوط (١)، بناء على أن الوصف لا يضبطه. و هو يتم على القول بوجوب ردّ المثل في مثل ذلك. أما على القول بالقيمة فيه أو مطلقا، فالقول بالجواز أجود، لانضباطه بالقيمة.

فعلى هذا هل يعتبر في صحّح القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حاله العقد، فإن ذلك بمنزلة تقدير ما يقدر بالكيل و الوزن، أم يكفي في جواز اقتراضه مشاهدته على حدّ ما يعتبر في جواز بيعه و يبقى اعتبار القيمة بعد ذلك أمرا وراء الصحّح، على المقترض معرفتها، مراعاة لبراءه ذمّته، حتى لو اختلفا في القيمة فالقول قوله؟ وجهان. و إطلاق كلام الأصحاب يدلّ على الثاني. و للأول وجه، و ربّما كان به قائل.

قوله: «القرض يملك بالقبض. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب. و كثير منهم لم يذكروا فيه خلافا (٢). و قيل لا يملك إلا بالتصرف. و نسبة الشهيد (رحمه الله) في بعض حواشيه إلى الشيخ (٣). و في الدروس (٤) نسب المشهور إلى الشيخ - رحمه الله - و حكى الآخر بلفظ (قيل).

ص: ٤٥٠

١- ١) المبسوط ١٦١: ٢.

٢- ٢) كما عن ابن إدريس في السرائر ٢: ٦٠.

٣- ٣) كما نسب إليه أيضا في التنقيح ١٥٦: ٢، و الموجود في المبسوط ١٦١: ٢ و الخلاف ١٧٧: ٣ التصريح بخلافه. و لعله يستفاد من كلامه في سائر الأبواب. راجع المبسوط ٢٢٩: ١ و ٢٣١. و قد مر الكلام حوله في الجزء الأول: ٤٣٥.

٤- ٤) الدروس: ٣٧٦.

و وجه الأول ما أشار إليه المصنّف من أنّ التصرّف فرع الملك و تابع له فيمتنع كونه شرطا فيه، و إلاّ لزم كون الشيء الواحد سابقا على آخر و لا حقا له، و هو دور.

و قد يوجه بوجه آخر، و هو أنّ التصرّف فيه لا- يجوز حتى يصير ملكا، لقبح التصرّف في مال الغير، و لا- يصير ملكا له حتى يتصرّف فيه، فيلزم توقّف التصرّف على الملك و الملك على التصرّف. و فيه نظر واضح، لمنع تبعيّة التصرّف للملك مطلقا و توقّفه عليه، بل يكفي في جواز التصرّف إذن المالك فيه، كما في غيره من المأذونات.

و لا- شك أنّ الإذن للمقترض حاصل من المالك بالإيجاب المقترن بالقبول، فيكون ذلك سببا تامّا في جواز التصرّف، و ناقصا في إفاده الملك، و بالتصرّف يحصل تمام سبب الملك.

ثمّ إن كان التصرّف غير ناقل للملك و اكتفينا به فالأمر واضح. و إن كان ناقلا- أفاد الملك الضمني قبل التصرّف بلحظه يسيره، كما في العبد المأمور بعتقه عن الأمر غير المالك. بل نقل في الدروس (1) أنّ هذا القائل يجعل التصرّف كاشفا عن سبق الملك مطلقا. و على هذا فلا إشكال من هذا الوجه.

و يؤيد هذا القول أصله بقاء الملك على أصله إلى أن يثبت المزيل. و أنّ هذا العقد ليس تبرّعا محضا، إذ يجب فيه البدل، و ليس على طريق المعاوضات، فيكون كالإباحة بشرط العوض لا يتحقق الملك معه إلاّ مع استقرار بدله، و كالمعاطاه. و مع ذلك كلّه فالعمل على المشهور، بل لا يكاد يتحقّق الخلاف.

و تظهر فائده القولين في جواز رجوع المقرض في العين ما دامت باقيه، و وجوب قبولها لو دفعها المقترض، و في النماء قبل التصرّف إن قلنا بكون التصرّف ناقلا- للملك حقيقه أو ضمنا، فإنّه يكون للمقترض على المشهور، و للأول على الآخر. و لو قلنا بالكشف احتمال كونه كذلك، بمعنى كون التصرّف كاشفا عن سبق الملك قبله بلا فصل كالمالك الضمني. و يمكن- بل هو الظاهر- أن يريد به كونه كاشفا عن سبق

و هل للمقرض ارتجاعه؟(١) قيل: نعم، و لو كره المقرض، و قيل: لا، و هو الأشبه، لأنَّ فائده الملك التسلط.

الملك من حين القبض، فالنماء للمقرض على القولين.

و تظهر الفائدة أيضا في نفقته لو كان حيوانا، و في وقت انعقائه لو كان ممتن ينعق على المقرض، و في جواز وطء الأمه إذ لم يحصل من اللفظ ما يفيد التحليل و لم يتحقق الملك، و وطء الأمه منحصر فيهما، بخلاف غيره من التصرفات، مع احتمال جواز الوطاء على القولين، كما لو اشترى الأمه معاطاه.

إذا تفرز ذلك، فما المراد بالتصرف الموجب للملك على هذا القول؟ ليس في كلام أصحابنا تصريح بشيء. و كأنَّ الباعث عليه عدم الاهتمام بشأن القول ليفرع عليه، و لكن تعليقه يشعر بأنَّ المراد بالتصرف، المتلف للعين أو الناقل للملك، كما يستفاد من جعله إباحه إتلاف مضمون. و يظهر من الشهيد-رحمه الله- في بعض تحقیقاته أنَّ المراد مطلق التصرف و إن لم يزل الملك، إلاَّ أنَّه علل في دروسه (١) القول بما يأتي ذلك [١].

و في التذكرة (٢) نقل عن الشافعيه في التصرف ثلاثه أوجه.

الأول و الثاني ما ذكرناهما.

و الثالث كلَّ تصرف يستدعى الملك. فلا يكفى الرهن على الثالث. و يكفى هو و الإجاره، و طحن الطعام، و خبز الدقيق، و ذبح الشاه، على الثاني. و يكفى البيع، و الإعتاق، و الإتلاف، على الجميع. و لم يرجح شيئا منها.

قوله: «و هل للمقرض ارتجاعه. إلخ».

الحكم هنا مبني على الخلاف السابق، فإن قلنا إنَّ المقرض لا يملك إلاَّ

ص: ٤٥٢

١-١) الدروس: ٣٧٦.

٢-٣) التذكرة ٦: ٢.



بالتصرّف، بأى معنى اعتبرناه، فللمقرض الرجوع فى العين قبله، لأنها ملكه. و إن قلنا يملك بالقبض، فهل يمكن القول بذلك؟ ظاهر القواعد (١) العدم، لأنه جعل هذه المسألة مفترّعه على تلك بالفاء. و يظهر من المصنف هنا أنّ الخلاف فى هذه المسألة جار و إن قلنا يملك بالقبض. و هذا هو الظاهر.

و تنقيح المسألة أنّه على القول بملكه بالقبض لو طلب المقرض عين ماله مع بقائها هل يلزم إجابته؟ قال الشيخ (رحمه الله) (٢) نعم، محتجاً بأنّه عقد يجوز الرجوع فيه، كالهبة فى موضع الجواز (٣). و هذا التعليل ظاهر فى كونه متفرّعا على ملك المقرض كالهبة. و جوابه المنع من المساواه، فإنّ ملك المقرض العين يقتضى تسلّطه عليها، و اللازم له إنّما هو العوض، فيتخير فيه. و لا يلزم من ثبوت التخيّر فى الهبة دليل خارج إلحاق غيرها بها.

و يمكن تعليله أيضا بالاتّفاق على أنّ القرض عقد جائز، و من شأن العقد الجائر أنّ من اختار فسخه رجع إلى عين ماله لا إلى عوضه، كالهبة و البيع بخيار. فلو جاز فسخ القرض من دون أخذ العين لأدى إلى لزومه، لأنّ العوض الثابت فى الذمّه فى الحقيقة - هو أحد العوضين فى هذه المعامله من قبل المقرض، و العوض الآخر هو العين المنتقله من المقرض، و مقتضى فسخ العقد الجائر بالأصل أو بالعارض أن يرجع كلّ منهما إلى عوضه مع بقائه و إلى بدله مع تلفه، فخرج هذا العقد عن هذا الحكم - مع جوازه - لا وجه له. و أمّا رجوعه بالعوض الذى ثبت فى ذمّه المقرض بالقبض فهو أحد عوضى المعاوضه كما ذكرناه، و انحصار الحقّ فيه إنّما يناسب لزوم المعاوضه لا جوازها. و هذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه.

نعم فى التذكرة لما نقل عن بعض الشافعيّين القول بجواز الرجوع فى العين -

ص: ٤٥٣

١-١ (١) القواعد ١٥٦:١.

٢-٢ (٢) المبسوط ١٦١:٢.

٣-٣ (٣) فى هامش «و» و«ن»: «هذه الحجّة نقلها عنه فى المختلف منه ره».

محتجا بأن المقرض يتمكن من أخذ بدل حقه، فلأن (١) يتمكن من مطالبته بعينه أولى، ولا ينافيه ملك غيره له، كما يرجع الواهب في الهبة-أجاب بأن القبض أوجب الانتقال إلى الذمه، كما يملك البائع الثمن بعقد البيع، وليس له الرجوع في العين.

قال: «و الفرق بينه وبين الهبة أن الواهب ليس له الرجوع على المتهب بعوض الهبة، بخلاف القرض». انتهى (٢).

و أنت خير بجواب هذا كله إذا أحطت بما حرّناه. و استشهاده على ذلك بالبيع عجيب، فإن البيع من العقود اللازمه، بخلاف القرض. و لو فرض جوازه كالبيع بخيار فإن الفاسخ يرجع إلى عين ماله، كما يتناه، و يصير مناسباً للقرض، لا ما استشهاد به.

و أمّا فرقه بينه وبين الهبة بما ذكر فهو حقّ إلاّ- أنه لا- يفيد المطلوب، لأنّ الهبة عطية محضه لا يقابلها من الجانب الآخر عوض لازم، بخلاف القرض، فإذا رجع الواهب في الهبة لا- مجال له إلاّ- في عين ماله، و إذا رجع المتهب تعين عليه ردّ العين، إذ ليس غيرها، بخلاف القرض، فإنّ هناك عوضاً هو المثل أو القيمة، و معوضاً هو العين، فمن فسخه رجع إلى حقه.

و قد يعلّل أيضا بأنّ الانتقال إلى المثل أو القيمة إنّما كان لتعدّر العين و لو بالملك، فإذا أمكن الرجوع إلى العين بفسخ الملك- حيث يمكن- لا يعدل عن الحقّ إلى بدله. هذا غاية ما يوجه به هذا القول.

و يمكن الاحتجاج للمشهور-بناء على الملك بالقبض- بأنّ الأصل في ملك الإنسان أن لا يتسلّط عليه غيره إلاّ برضاه، و الثابت بالعقد و القبض للمقرض إنّما هو البدل، فيستصحب الحكم إلى أن يثبت المزيل. و لا سند له يعتد به إلاّ كون العقد جائزا يوجب فسخه ذلك.

ص: ٤٥٤

١- ١) في النسخ (فلئن). و الصحيح ما أثبتناه.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٦.

## الثانية: لو شرط التأجيل فى القرض، لم يلزم

الثانية: لو شرط التأجيل فى القرض، لم يلزم. (١) وفيه: منع ثبوت جوازه بالمعنى الذى يدّعيه، إذ لا دليل عليه. و ما أطلقوه من كونه جائزاً لا يعنون به ذلك، لأنه قد عتبر به من ينكر هذا المعنى، و هو الأكثر. وإنما يريدون بجوازه تسلط المقرض على أخذ البدل إذا طالب به متى شاء. و إذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشأحه فى الاصطلاح، و إن كان مغايراً لغيره من العقود الجائزه من هذا الوجه. و حينئذ فلا اتفاق على جوازه، بمعنى يثبت به المدعى، و لا دليل صالحاً على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشهور، فيبقى الملك و ما يثبت فى الذمه حكمها إلى أن يثبت خلافه. و هذا هو الوجه.

قوله: «لو شرط التأجيل فى القرض لم يلزم».

أى شرط تأجيل مال القرض فى عقده. و يمكن أن يريد ما هو أعم، بأن يشرط فى عقد القرض تأجيل مال حال، سواء كان القرض أم غيره. و الحكم فيهما واحد، لأنّ عقد القرض - كما مرّ - (١) من العقود الجائزه، لا يلزم ما يشترط فيها.

و يجىء على ما قرّرناه - من لزومه على ذلك الوجه - احتمال لزوم هذا الشرط، مضافاً إلى عموم قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «المؤمنون عند شروطهم» (٢) و غير ذلك ممّا دلّ على لزوم ما شرط فى العقد اللازم، إذ ليس هذا العقد على حدّ العقود الجائزه ليقطع فيه بعدم لزوم الشرط، و لا على حدّ اللازمه ليلحقه حكمها. و يمكن على هذا أن يرجع إلى عموم الأدله الداله على لزوم الالتزام بالشروط و الوفاء بالعقود (٣).

و لو شرط تأجيله فى غير القرض من العقود اللازمه، بأن باعه شيئاً و شرط عليه تأجيل قرضه إلى شهر مثلاً، فالأقوى لزومه و وجوب الوفاء به، لما تقدّم من عموم الأمر بالوفاء بالعقود و الشروط، و هى كالجزم منها. و قيل لا يلزم الوفاء بها، بل يقبل العقد اللازم جائزاً، بمعنى أنّ المشروط عليه لو أخل بالشرط تسلط الآخر على فسخ العقد المشروط فيه. و جعلوا ذلك قاعده كلياً هى: أنّ شرط الجائز فى اللازم يقبل

ص: ٤٥٥

١ - ١) فى ص ٤٣٩.

٢ - ٢) الكافى ٤٠٤: ٥ ح ٨ و فيه: «المسلمون»، التهذيب ٣٧١: ٧ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ٣٠: ١٥ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

٣ - ٣) المائده: ١.

و كذا لو أُجِّل الحال، لم يتأجل. (١) وفيه رواية مهجوره تحمل على الاستحباب. و لا فرق بين أن يكون مهرا، أو ثمن مبيع، أو غير ذلك.

و لو أخره بزياده فيه، لم يثبت الزياده، و لا الأجل. نعم، يصح تعجيله بإسقاط بعضه. (٢) اللازم جائزا، و مثله شرط اللازم فى اللازم. و اللزوم مطلقا أجود. و قد تقدّم البحث فيه (١).

نعم، لو امتنع من شرط عليه من الوفاء بالشرط، و لم يمكن إجباره، تسلط المشروط له على الفسخ، إلا أن هذا الأمر العارض للعقد لا ينافى لزومه فى أصله.

و بذلك يجمع بين الأدله و الحقين.

قوله: «و كذا لو أُجِّل الحال لم يتأجل. إلخ».

المراد بتأجيل الحال أن يعبر صاحب الدين بعباره تدلّ عليه من غير ذكره فى عقد كما مرّ، بأن يقول أجلتلك فى هذا الدين مدّه كذا. و وجه عدم اللزوم بذلك واضح، إذ ليس ذلك بعقد يجب الوفاء به، بل هو وعد يستحبّ الوفاء به. و الروايه المذكوره رواها الحسين بن سعيد (٢). و محصّيها: أن من مات و قد اقترض إلى أجل يحلّ. و هى مشعره بجواز التأجيل. و حملها على الندب كما قلناه أولى.

و أشار بالتسويه بين الأمور المذكوره إلى خلاف بعض العامه، حيث ذهب إلى ثبوت التأجيل فى ثمن المبيع و الأجره و الصداق و عوض الخلع، دون القرض و بدل المتلف. و إلى خلاف آخرين منهم إلى ثبوته فى الجميع [١].

قوله: «نعم يصح تعجيله بإسقاط بعضه».

مع تراضيها بذلك. و كما يعتبر التراضى فى إسقاط البعض يعتبر فى تعجيله بغير إسقاط، لأنّ الأجل أيضا حق لهما، لتعلق غرض كلّ منهما به، فإنّ التعجيل قد

ص: ٤٥٦

١-١) راجع ص: ٢٧٤.

٢-٢) التهذيب ١٩٠: ٦ ح ٤٠٩، الوسائل ٩٧: ١٣ ب (١٢) من أبواب الدين و القرض ح ٢.

## الثالثة: من كان عليه دين، و غاب صاحبه غيبه منقطعه، يجب أن ينوى قضاءه

الثالثة: من كان عليه دين، (١) و غاب صاحبه غيبه منقطعه، يجب أن ينوى قضاءه، و أن يعزل ذلك عند وفاته، و يوصى به ليوصل إلى ربّه، أو إلى وارثه إن ثبت موته.

و لو لم يعرفه (٢) اجتهد في طلبه. و مع اليأس، يتصدّق به عنه، على قول.

لا يرضى به صاحب الحقّ، لحصول ضرر بالقبض لخوف و نحوه، و بالنسبة إلى الآخر واضح. لكن إسقاط الأجل يكفي فيه مجرّد الرضا. أمّا إسقاط بعض الحقّ فيحتمل كونه كذلك، كما يقتضيه ظاهر إطلاقهم، و يكون الرضا بالقبض (١) قائماً مقام الإبراء، فإنّه - كما يظهر من تضاعيف كلامهم في مواضع متفرّقة - لا يختصّ بلفظ، و في كتاب الجنائيات يقع بلفظ العفو و نحوه، فيكون هذا منه. و يحتمل قويّاً توقّف البراءة على لفظ يدلّ عليه صريحاً، كالبراءة و الإسقاط و العفو و الصلح، لا مطلق الرضا، لأصاله بقاء الملك إلى أن يتحقّق المزيل له شرعاً.

قوله: «من كان عليه دين. إلخ».

وجوب نيّة القضاء ثابت على كلّ من عليه حقّ، سواء كان ذو الحقّ غائباً أم حاضراً، لأن ذلك من أحكام الايمان، كما قالوا في العزم على الواجب في الوقت الموسّع، لا لكونه بدلاً عن التعجيل. و إنّما ذكر الوجوب مع الغيبه المنقطعه تأكيداً، و ليس المراد أنّه يجب تجديد العزم السابق حينئذ، لعدم دليل على هذا الوجوب.

و أمّا وجوب العزل عند الوفاء فهو مناسب لتميّز الحقّ، و أبعد عن تصرّف الورثة فيه. و ربّما قيل بوجوب العزل عند اليأس من الوصول إليه و إن لم تحضر الوفاء.

و هو أحوط. و أمّا العزل عند الوفاء فظاهر كلامهم خصوصاً على ما يظهر من المختلف (٢) - أنّه لا خلاف فيه، و إلاّ لأمكن تطرّق القول بعدم الوجوب، لأصاله البراءة مع عدم النصّ.

قوله: «و لو لم يعرفه. إلخ».

المعتبر في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الأماكن التي يمكن كونه

ص: ٤٥٧

١ - ١) كذا في «٥» و في غيرها (بالبعث).

٢ - ٢) المختلف: ٤١٢.

أو خبره بها. ويستمر كذلك على وجه لو كان لظهر. فإذا يئس منه قال الشيخ -رحمه الله-: يتصدق به عنه (١). و تبعه عليه جماعه من الأصحاب (٢). و توقف المصنّف هنا، و العلامه فى كثير من كتبه (٣)، لعدم النصّ على الصدقه. و من ثمّ ذهب ابن إدريس (٤) إلى عدم جوازها، لأنّه تصرّف فى مال الغير غير مأذون فيه شرعا. [و لا شبهه فى جوازه، إنّما الكلام فى تعيينه] [١].

و وجه الصدقه أنّها إحسان محض بالنسبه إلى المالك، لأنّه إن ظهر ضمن له عوضها إن لم يرض بها، و إلاّ فالصدقه أنفع له من بقائها، المعروض لتلفها بغير تفريط، المؤدى إلى سقوط حقّه. و قد قال الله تعالى: [- ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ -] (٥)، خصوصا و قد ورد الأمر بالصدقه (٦) فى نظائر كثيره لها. و حينئذ فالعمل بهذا القول أجود، خصوصا مع تعدّر قبض الحاكم لها، [أمّا معه فهو أحوط] [٢].

و حيث يمكن مراجعته فهو أولى من الصدقه بغير إذنه و إن كان جائزا، لأنّه أبصر بمواقعها.

ص: ٤٥٨

١ - ١) النهايه: ٣٠٧.

٢ - ٢) كابن البراج على ما فى إيضاح الفوائد ٢: ٣، و المختلف: ٤١٢.

٣ - ٣) التذکره ٢: ٣، القواعد ١: ١٥٦.

٤ - ٤) السرائر ٢: ٣٧.

٥ - ٥) التوبه: ٩١.

٦ - ٦) الفقيه ٤: ٢٤١ ح ٧٦٩.

الرابعة:الدَّيْن لا يَتَعَيَّن (١) ملكا لصاحبه إلا بقبضه.فلو جعله مضاربه قبل قبضه،لم يصحّ.

و مصرفها مصرف الصدقه المندوبه و إن وجبت على المديون أو وارثه بالعارض، فإنه بمنزله الوكيل و الوصى الذى يجب عليه الصدقه و إن كانت فى أصلها مندوبه.

و قد عرفت أنه يضمن مع ظهور المالك و عدم رضاه بها.و لو دفعها إلى الحاكم فلا ضمان و إن تلفت فى يده بغير تفريط و لم يرض المالك.أمّا مع بقائها معزوله فى يده أو يد وارثه فينبغى أن يكون حكمها حكم ما لو كانت فى يد الحاكم،لأن الإذن الشرعى فى عزلها يصيرها أمانه فى يده فلا يتبعه الضمان،مع احتمال له لأن الأمانه هنا شرعيّه لا مالكيه،و الأمانه الشرعيّه قد يتبعها الضمان.

قوله:«الدَّيْن لا يَتَعَيَّن.إلخ».

هذه المسأله بباب المضاربه أليق،و إنّما ذكرها هنا لمناسبه ما.

و الحاصل أنّ المضاربه لا تصحّ إلا بعين النقدين،فلا تصحّ بالدين و إن كانت المضاربه للمديون،لأن ما فى الذمه و إن كان مقبوضا أو بمنزله إلا أنّ شرط المضاربه تشخّصه،لا كونه مقبوضا على وجه كلّى كالدَّيْن.و حيثنذ تقع المضاربه به باطله.فإن كان العامل هو المديون ثمّ ميّزه و اتّجر به فالربح كلّ له،لأنّ المال لم يتعيّن للمالك بتعيينه،إذ لم يجعله وكيلا فى التعيين،و إنّما جعل معه مضاربه فاسده.و إن كان ثالثا فالربح للمالك،لأنّه و كيل المالك فى قبض الدَّيْن،فيتعيّن بتعيين المديون و قبض الوكيل.

و لا يرد أنّ فساد المضاربه يستلزم فساد القبض لأنّه تابع لها،لمنع الملازمه، فإنّ فساد المضاربه إنّما يقتضى فساد لوازمها،و قبض المال من المديون أمر آخر وراء المضاربه و أحكامها،فيكون بمنزله الوكيل بالنسبه إلى قبض المال،و المضارب بالنسبه إلى العمل،فيبطل متعلّق المضاربه خاصّه،كما لو جمع فى عقد واحد بين شيئين ففسد أحدهما،فإنّه لا يقتضى فساد الآخر.و حيثنذ فيكون للعامل اجره المثل،كما هو مقتضى المضاربه الفاسده مع جهله،و الربح للمالك مع اجازته الشراء بالعين.و لو كان الشراء فى الذمه فالربح للعامل إن نوى الشراء لنفسه،و إلا فلا.

الخامسة: الذمى إذا باع (١) ما لا يصح للمسلم تملكه كالخمر و الخنزير، جاز دفع الثمن إلى المسلم عن حق له. وإن كان البائع مسلماً، لم يجز.

**السادسة: إذا كان لاثنين مال في ذمم، ثم تقاسما بما في الذمم**

السادسة: إذا كان لاثنين مال في ذمم، (٢) ثم تقاسما بما في الذمم، فكل ما يحصل، لهما. و ما يتوى، منهما.

و اعلم أن في الفرق بين المديون و الثالث - حيث صححوا قبضه دونه - نظراً، لأن المضاربه الفاسده إن اقتضت و كاله في القبض خارجه عن حقيقتها فليكن في المديون كذلك، فإن الصيغه إنما اقتضت المعامله على الدين الذى فى الذمه، و كما لا يمكن للأجنبى العمل به ما دام فى الذمه، لأنه حينئذ أمر كلى لا وجود له فى الخارج، فاقضى ذلك الإذن له فى قبضه الذى زعموا كونه و كاله، كذلك نقول فى المديون، فإنه لا يمكنه العمل بنفس دين المالك الذى فى ذمته، بل لا بد من إفرازه و الشراء به، كما سيأتى من أن العامل لا يصح له أن يشتري إلا بالعين. و حينئذ فالمضاربه الفاسده إن كانت مجامعه لو كاله فى تعيين المال فهى واقعه فى الموضوعين، و إلا فلا.

و أيضاً فكون ذلك أمراً خارجاً عن مقتضيات المضاربه فى محل النظر، بل الظاهر أنه بعض لوازمها و توابعها، فينبغى أن يتبعها فى الفساد.

قوله: «الذمى إذا باع. إلخ».

التقييد بالذمى لإخراج الحربى، إذ لا يجوز أخذ ثمن ذلك منه، لعدم إقرار الشريعة له على ذلك. و لا بد من تقييد الذمى بكونه مستتراً فى بيع ذلك، كما هو مقتضى إقرار الشريعة، فلو تظاهر به لم يجز.

قوله: «إذا كان لاثنين مال فى ذمم. إلخ».

المراد أن قسمه ما فى الذمم غير صحيحه. و عير عن البطالان بلانزمه، و هو كون الحاصل لهما و الذهاب عليهما. و الحيله فى تصحيح ذلك أن يحيل كل منهما صاحبه بحصته التى يريد اعطاءها صاحبه و يقبل الآخر، بناء على صحه الحواله ممن ليس فى ذمته دين. و لو فرض سبق دين له عليه فلا إشكال فى الصحه.



## السابعة: إذا باع الدين بأقل منه، لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر

السابعة: إذا باع الدين بأقل منه، (١) لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله، على روايه.

و لو اصطلحا على ما فى الذمم بعضا ببعض فقد قُرب فى الدروس صحته (١).

و هو حسن بناء على أصالته.

و«يتوى» فى قول المصنّف-بالتاء المشناه من فوق-بمعنى يهلك. يقال: توى المال-بكسر الواو-يتوى إذا هلك.

قوله: «إذا باع الدين بأقل منه، إلخ».

الروايه رواها محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام (٢). و قريب منها روى أبو حمزه عن الباقر عليه السلام (٣). و إنّما اقتصر المصنّف على روايه واحده لأنّ الثانيه ليست صريحه فى المطلوب. و عمل بمضمونها الشيخ-رحمه الله- (٤) و تبعه على ذلك ابن البراج (٥).

و المستند ضعيف مخالف لأصول المذهب و لعموم الأدلّه و إطلاقها من الكتاب و السنّه. و ربّما حملتها على الضمان مجازا لأنّه معاوضه يشبه البيع، أو على فساد البيع، فيكون دفع ذلك الأقلّ مأذونا فيه من البائع فى مقابله ما دفع، و يبقى الباقي لمالكه.

و الأقوى أنّه مع صحّه البيع يلزمه دفع الجميع. و لا بد من رعايه السلامه من الربا، و رعايه شروط الصرف لو كان أثمانا. و لو وقع ذلك بصيغه الصلح صحّ أيضا، و سلم من اعتبار الصرف لا من الربا، على الأقوى فيهما، لدخول الربا فى كلّ معاوضه

ص: ٤٦١

١- (١) الدروس: ٣٧٣.

٢- (٢) الكافي ٥: ١٠٠ ح ٣، التهذيب ١٩١: ٦ ح ٤١٠، الوسائل ١٠٠: ١٣ ب (١٥) من أبواب الدين و القرض ح ٣.

٣- (٣) الكافي ٥: ١٠٠ ح ٢، التهذيب ١٨٩: ٦ ح ٤٠١، الوسائل الباب المذكور ح ٢.

٤- (٤) النهايه: ٣١١.

٥- (٥) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤١١.

المقصد السادس: في دين المملوك.

لا يجوز للمملوك أن يتصرّف في نفسه بإجاره، ولا استدانه، ولا غير ذلك من العقود. ولا بما في يده يبيع ولا هبه إلا بإذن سيّده، ولو حكم له بملكه. (١) وكذا لو أذن له المالك (٢) أن يشتري لنفسه، وفيه تردد، لأنّه يملك عملاً. بإطلاق الآية (١)، واختصاص الصرف بالبيع. ومنع ابن إدريس (٢) من بيع الدين على غير من هو عليه مطلقاً. وهو ضعيف.

قوله: «لا يجوز للمملوك -إلى قوله- ولو حكم بملكه».

جعل الإجاره تصرّفًا في نفسه واضح. أمّا الاستدانه ونحوها من العقود الموجهه لجعل شيء في ذمّته، فوجه إلحاقه بالتصرّف في نفسه أنّه يجعل نفسه مديوناً، ففيه مناسبة للتصرّف فيها بوجه. وإنّما لم يجز التصرّف فيما في يده على تقدير الحكم بملكه له لأنّه على ذلك التقدير محجور عليه، كما سيأتي، فلا ينفذ تصرّفه بدون إذن المولى.

قوله: «وكذا لو أذن له المالك. إلخ».

لا بد قبل الكلام على عبارته من تحرير المسأله. فنقول:

إذا أذن السيّد لعبده في أن يشتري لنفسه -أي لنفس العبد- فهل يصحّ هذا الإذن بمعنى وقوع الشراء للعبد، أم لا يصحّ؟ يبنى على أنّ العبد هل يمكن أن يملك مثل هذا أم لا؟ والأصحّ العدم. فإذا لم نقل بملك العبد واشترى هل يقع الشراء للسيّد أم لا؟ يحتمل الأول، لأنّ الشراء لنفسه تضمّن أمرين: الإذن في الشراء، وتقييده بكونه لنفسه. فإذا بطل القيد بقي المطلق، لأنّ المطلق جزء المقيّد، فيقع للمولى، لأنّه أذن في الاتباع في الجملة. ولهذه المسأله نظائر كثيره في الفقه وغيره يدعى فيها أنّ المقيّد يدلّ على المطلق من الجهه التي أشرنا إليها.

ويحتمل الثاني، لأنّ الإذن في الشراء لنفسه وقع فاسداً، فلا يترتب عليه صحّه

ص: ٤٦٢

١- (١) البقره: ٢٧٥.

٢- (٢) السرائر ٣٨: ٢.

وطء الأمة المبتاعه. مع سقوط التحليل فى حقه.

البيع. و نمنع من كون المقيّد يدلّ على المطلق، فإنّ الإذن إنّما تعلّق بأمر واحد، و هو المقيّد المخصوص بالعبد، فحيث لم يصحّ كان الابتياح باطلا، لأنّه غير مأذون فيه، فلا يثمر ملكا للمولى، لأنّه لم يأذن فيه على هذا الوجه. و هذا هو الأقوى.

ثمّ على القول بوقوعه للمولى لو كان المبيع أمه هل يستبيح العبد بضعها بهذا الإذن؟ قيل: نعم، لاستلزام الإذن من المولى له فى الشراء لنفسه الإذن له فى الوطء، لأنّها إذا كانت مملوكه للعبد كان جميع التصرفات له حلالا، و من جملتها الوطء، فإذا بطل الإذن الأوّل لعارض - و هو عدم أهليّته لملك الرقبه - بقى الثانى الداخلى ضمنا أو التزاما، لأنّ العبد أهل للإباحه، كما يستبيح الأمة التى يأذن له فيها المولى، فاستباحه الوطء بذلك الإذن لا من حيث الملك، بل لاستلزامه الإذن.

و يضعف بأنّ المأذون فيه هو الشراء لنفسه، فإنّ تحقّق استلزام إباحه التصرفات. أمّا الإذن فى التصرف مع كونه غير مالك للرقبه فغير حاصل، و من الجائز رضى المولى بكون العبد يطاء أمه نفسه و لا يرضى بوطيه أمه المولى، فلا ملازمه بين الأمرين. فإذا لم يقع الشراء للعبد لم يستبيح الوطء. و هذا هو الأقوى. و حينئذ فاستباحه العبد و طء الأمة المذكوره ضعيف مبنى على ضعيف، و هو وقوع الشراء للمولى، فهو ضعف فى ضعف.

إذا تقرّر ذلك فلنعد إلى العبارة، فنقول: المشبه به المشار إليه ب(ذا) فى قوله:

«و كذا لو أذن له المالك» لا يجوز أن يكون هو الحكم السابق الذى حاصله: أنّه لا يجوز التصرف المذكور إلا بإذن سيّده، لأنّه يصير التقدير: أنّه لا يجوز شراء المأذون فى شرائه لنفسه إلا بالإذن. و ظاهر فساده، لأنّ المفروض تحقّق الإذن. و أيضا فالإشكال واقع مع الإذن كما عرفت. بل الأولى كون المشبه به هو أصل الحكم مجردا عن الاستثناء، و هو عدم جواز تصرف العبد، فيصير التقدير: و كذا لا يجوز تصرفه لو أذن له سيّده أن يشتري لنفسه. لكن يبقى فيه إجمال من حيث أنّه مع عدم الجواز هل يقع باطلا من رأس أو يقع للمولى؟ و ظاهر الإطلاق الأوّل.

ثمّ قوله: «و فيه تردّد» أى فى الحكم المذكور، و هو عدم جواز شرائه ما أذن فى

شرائه لنفسه. و جعل منشأ التردد أنه-أى العبد-يملك وطء الأمة المبتاعه، و هذا يحتمل أمرين:

أحدهما: أن يريد بالأمة المبتاعه التى يستريح وطأها، هى هذه المأذون فى شرائها لنفسه. و توجيه التردد حينئذ أن فى عدم الصحه على هذا التقدير ترددًا، من حيث إنَّ المأذون فيه لو كان أمه لملك وطؤها، فلا تقع الإذن لاغيه بحيث يطلق فيما تضمّنه عدم الجواز. و لا يخفى فساد هذا المعنى، فإنّه عين المتنازع، فكيف يجعل منشأ التردد؟!.

و الثانى: أن يريد بالأمة المبتاعه، التى ابتاعها العبد للمولى مع الإذن فى وطئها، بأن يوكّله المولى فى أن يشتري أمه و يطأها. و هذه لا إشكال فى استباحه وطئها من الجهات المتقدمه، فإن شراء العبد لمولاه صحيح، و إباحه المولى له وطء أمته صحيح أيضا. و إذا كانت الإذن الضمنيه المتقدمه تفيد إباحه الوطء على قول معتبر، مع فساد ما دخلت فى ضمنه، فكيف الإذن الصريحه مع صحه الشراء المضموم إليه الإذن.

و وجه كون هذه منشأ للتردد فى المسأله المذكوره أنّ المسأله اقتضت بإطلاقها أنّ إذن المولى له أن يشتري لنفسه غير صحيح، فتردد المصنّف فى إطلاق عدم الصحه، من حيث إنه قد يصحّ فى بعض الصور، و هى المذكوره. و فيه: أنّ المتردد فيه، الشراء لنفسه، لا الإباحه. و أين هذا من ذاك؟!.

ثمّ إنّ فى صحه الإذن فى المثال نظرا، من حيث إنه إذن فيما لا يملكه المولى حين الإذن، فيمكن القدح فى الصحه.

ثمّ قول المصنّف بعد ذلك: «مع سقوط التحليل فى حقّه» إشاره إلى أنّ هذه الإذن ليست تحليلا من المولى لعبده، لأنّ العبد ليس قابلا للتحليل، بناء على أنّه تملك منفعه، و العبد لا يقبل التملك، فصحّه وطئه للأمة المبتاعه ليس من حيث التحليل، بل من حيث الإباحه و الإذن.

و يشكل بأنّ التحليل لا يعلم كونه تملكًا، بل يحتمل كونه عقدا أو إباحه، كما سيأتى إن شاء الله، و العبد قابل لهما، فلا يعلم انتفاء التحليل فى الأمة المذكوره.

فإن أذن له المالك في الاستدانه، كان الدين لازماً للمولى، إن استبقاه أو باعه. فإن أعتقه، قيل: يستقر في ذمته العبد، وقيل: بل يكون باقياً في ذمته المولى، وهو أشهر الروايتين. (١) ولو مات المولى كان الدين في تركته. ولو كان له غرماء، كان غريم العبد كأحداهم. (٢) إلا أن يقال: إن الإذن السابقه على شراء الأمه لا يمكن حملها على العقد، لأن المولى لا يملك العقد على أمه الغير، فبقي أن يكون إباحه و إذنا محضاً، فدل على تأثير الإذن السابقه في الجملة. و على كل حال فعبارته المصنّف في تعليقه ليست بجيده مطلقاً.

قوله: «إن استبقاه أو باعه- إلى قوله- أشهر الروايتين».

محل النزاع ما إذا استدان العبد بإذن المولى لنفسه، أم لو استدان للمولى فهو على المولى قولاً واحداً. تبه عليه في المختلف (١). و القولان للشيخ- رحمه الله- أولهما في غير الاستبصار (٢). و تبعه عليه جماعه منهم العلامة في المختلف (٣)، استناداً إلى روايتين (٤) لا- تنهضان حججه فيما خالف القواعد الشرعيه، فإن العبد بمنزله الوكيل، و إنفاقه للمال على نفسه في المعروف بإذن المولى إنفاق للمال المولى، فيلزمه كما لو لم يعتق. و يشهد للقول الثاني صحاحه أبي بصير عن الباقر عليه السلام (٥). و هو الأقوى.

قوله: «و لو كان له غرماء كان غريم العبد كأحداهم».

هذا التفريع واضح بعد الحكم بلزوم دينه للمولى، لأن التقسيط هو مقتضى

ص: ٤٤٥

١- (١) المختلف: ٤١٤.

٢- (٢) النهايه: ٣١١. و الثاني في الاستبصار ١١: ٣٠ ذيل ح ٣٠.

٣- (٣) المختلف: ٤١٤.

٤- (٤) الوسائل ١١٨: ١٣ ب (٣١) من أبواب الدين و القرض ح ٣ و ج ١٦: ٥٧ ب (٥٤) من أبواب العتق ح ١.

٥- (٥) الكافي ٣٠٣: ٥ ح ٣، الاستبصار ١١: ٣-١٢ ح ٣١، التهذيب ٢٠٠: ٦ ح ٤٤٥، الوسائل ١١٨: ١٣ ب (٣١) من أبواب الدين و

القرض ح ١.

و إذا أذن له فى التجاره، اقتصر على موضع الإذن. فلو أذن له بقدر معين، لم يزد. و لو أذن له فى الابتاع، انصرف إلى النقد. (١) و لو أطلق له النسيئه، كان الثمن فى ذمه المولى. و لو تلف الثمن، وجب على المولى عوضه. (٢) الاستحقاق فى ذمته و روايه (١) زراره عن الباقر عليه السلام تدلّ عليه أيضا. و فى الحقيقه إطلاق غرماء العبد بطريق المجاز لوقوع الاستدانه منه، و إلا فالجميع غرماء المولى.

قوله: «و لو أذن له فى الابتاع انصرف إلى النقد» [١].

من القواعد الأصوليه أنّ الأمر بالكلىّ ليس أمرا بجزئى معين و إن توقّف تحقّقه عليه بالعرض. و مقتضى الإطلاق التخيير. و إنّما اختصّ هنا بالنقد بواسطه قرائن خارجيه عيّنت بعض أفراد الكلىّ، و هو الإضرار بالمولى فى النسيئه بثبوت شىء فى ذمته بخلاف النقد، لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه إلى العبد من المال، أو لا عرض له فيه. و هذا هو حاصل ما أجاب به الفاضل - قدس الله سره - لما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين الرازى - حين قرأ عليه هذه المسأله من القواعد - بأنّ البيع أمر كلىّ و النسيئه جزئى فلم لا يدخل؟ أجاب أولا: بأنّ البيع أعمّ فلا يدلّ على النسيئه بإحدى الدلالات. فأورد عليه العلامة المحقق بأنّه لا يلزم من نفى الدلاله نفى الاستتزام، لجواز كون اللزوم غير بين. ثمّ عارضه بالنقد، فعدل الفاضل إلى الجواب بما أشرنا إليه أولا من أنّ فى النسيئه إضرارا بالمولى بثبوت شىء فى ذمته، بخلاف النقد.

قوله: «و لو أطلق له النسيئه - إلى قوله - لزم المولى عوضه».

أى لو تلف الثمن قبل تسليمه إلى البائع و الحال أنّه قد اشترى نسيئه، فإنّه

ص: ٤٦٦

١ - ١) الكافى ٣: ٣٠٣ ح ٥، ٢، الاستبصار ٣: ١١ ح ٣٠، التهذيب ٦: ١٩٩ ح ٤٤٤، الوسائل ١٣: ١١٩ ب (٣١) من أبواب الدين و القرض ح

و إذا أذن له فى التجاره، لم يكن ذلك إذنا لمملوك المأذون، لافتقار التصرف فى مال الغير إلى صريح الإذن. (١) و لو أذن له فى التجاره دون الاستدانه، فاستدان و تلف المال، كان لازما لذمه العبد. و قيل: يستسعى فيه معجلا، (٢) و لو لم يأذن له فى التجاره و لا الاستدانه، فاستدان و تلف المال، كان لازما لذمته يتبع به، دون المولى.

يلزم المولى عوضه، لأنّ تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد. و ليس المراد به الثمن المعين، لأنّ تلفه يبطل البيع، فلا- يلزم المولى عوضه. و لا فرق بين تلفه بيد العبد بتفريط و غيره. و لو لم يكن السيد أذن فى الشراء فى الذمه فاشترى بها ثمّ تلف الثمن الذى دفعه إليه لم يلزم السيد بدله. و حينئذ فإن تبرع السيد و دفع ثانيا صحّ العقد له، لأنّ العبد حينئذ كالفضولى للسيد، و البيع وقع له، فإذا دفع الثمن صح له، و إلا فسخ البائع العقد.

قوله: «و إذا أذن له فى التجاره- إلى قوله- صريح الاذن».

يمكن أن يريد ب«مملوك المأذون» الحقيقه، تفريعا على القول بأنّه يملك، بل هذا هو الظاهر. و يمكن أن يريد به معناه المجازى، لأنّ الإضاافه تصدق بأدنى ملابسه، فيريد بمملوكه من هو فى خدمته من ممالك المولى حاله التجاره، بحيث يدخل تحت أمره، كما هو الواقع فى كثير من التجار بالنسبه إلى بعض موالىهم. و على التقديرين لا- يتناول الإذن له مملوكه بأى معنى اعتبر، لأنّ المولى إنّما اعتمد على نظره، فلم يكن له أن يتجاوز به بالاستنابه، كالتوكيل. و كذا ليس للمأذون أن يوكل غيره لعين ما قلناه.

و تبه بذلك على خلاف أبى حنيفه (١)، حيث ذهب إلى أنّ للمأذون أن يأذن لعبده فى التجاره، مع أنّ أبى حنيفه لا يقول بأنّ العبد يملك، فلذلك جعلنا العبد المذكور محتملا للمعنى المجازى بالنسبه إلى المأذون.

قوله: «و لو أذن له فى التجاره- إلى قوله- فيه معجلا».

إذا استدان المأذون له فى التجاره، فإن كان لضرورتها، كنقل المتاع و حفظه

ص: ٤٦٧

### الأول: إذا اقترض أو اشترى بغير إذن

الأول: إذا اقترض أو اشترى بغير إذن، كان [موقوفا على إذن المولى، فإن لم يجرز كان] باطلا و تستعاد العين، فإن تلفت يتبع بها إذا أعتق و أيسر.

### الثاني: إذا اقترض مالا فأخذه المولى فتلف في يده

الثاني: إذا اقترض مالا فأخذه المولى (١) فتلف في يده، كان المقرض بالخيار بين مطالبه المولى، و بين إتباع المملوك إذا أعتق و أيسر.

### خاتمه

خاتمه أجره الكيال و وزان المتاع على البائع، و أجره ناقد الثمن و وزانه على و نحوهما، مع الاحتياج إلى ذلك، يلزم المولى. و غير الضروري لها و ما خرج عنها لا يلزم المولى. فإن كانت عينه باقيه رجع إلى مالكة، و إلا فالأقوى أنه يلزم ذمه العبد، فإن أعتق أتبع به بعده، و إلا ضاع.

و قيل: يستسعى العبد فيه معجلا، استنادا إلى إطلاق روايه أبي بصير (١).

و حملت على الاستدانه للتجاره. و يشكل بأن ذلك يلزم المولى من سعي العبد و غيره.

و الأقوى أن استدانه للتجاره. و يشكل بأن ذلك يلزم المولى من سعي العبد و غيره.

و الأقوى أن استدانه لضروره التجاره إنما تلزم مّا في يده، فإن قصر أستسعى في الباقي. و لا يلزم المولى من غير ما في يده. و عليه تحمل الروايه.

قوله: «إذا اقترض مالا فأخذه المولى. الخ».

وجه التخيير أن كلا منهما قد أثبت يده على ماله، فيرجع على من شاء، فإن رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد و إن أعتق، لاستقرار التلف في يده، و لأنّ المولى لا يثبت له مال في ذمه عبده. و إن كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد، فإن كان عند أخذه للمال عالما بأنه قرض فلا رجوع له على العبد أيضا، و إن كان قد غره العبد بأنّ المال له أتجه رجوعه على العبد، للغرور. و لو رجع المقرض على العبد بعد عتقه و يساره فله الرجوع على المولى، لاستقرار التلف في يده، إلا أن يكون



قد غر المولى، فلا رجوع له عليه، كما مرّ.

ص: ٤٦٨

---

١ - ١) المتقدمه فى ص ٤٦٥ الهامش رقم (٥).

المبتاع. و اجره بائع الأمتعه على البائع، و مشتريها على المشتري. (١) و لو تبرّع لم يستحقّ أجره و لو أجاز المالك. (٢) و إذا باع و اشترى، فاجرته ما يبيع على الأمر ببيعه، و اجره الشراء على الأمر بالشراء. و لا يتولاهما الواحد. (٣) قوله: «و اجره بائع الأمتعه على البائع و مشتريها على المشتري».

المراد أنّ 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 متاعاً و لم يأمره مالكة ببيعه فأجرته على المشتري الأمر. و إنّما استحقّ الأجره و إن لم يشارط عليها، لأنّ هذا العمل ممّا يستحقّ عليه أجره في العاده، و الدلال أيضاً ناصب نفسه للأجره، فيستحقّ على أمره الأجره، كما سيأتي - إن شاء الله - في الإجاره.

قوله: «و لو تبرّع لم يستحقّ أجره و لو أجاز المالك».

أى تبرع الدلال بالبيع أو بالشراء، أو تبرّع الكيال و الوزان، و نحوهما، لم يستحقّ عليه أجره على من تلزمه الأجره لو أمر، و إن أجاز البيع و الشراء و الفعل، لأنّه بالفعل لم يستحقّ، لمكان التبرّع، و بعد الإجازه لم يعمل عملاً، و الأصل براءة الذمه من استحقاق شيء.

قوله: «و إذا باع و اشترى - إلى قوله - و لا يتولاهما الواحد».

المراد كون الدلال باع أمتعه شخص، و اشترى أمتعه لشخص آخر غير تلك الأمتعه، فهأنا يستحقّ أجرتين على العملين، لعدم المنافاه. و هذا قسم ثالث للمسأله السابقه التي اشتملت على استحقاقه أجره واحده من البائع على ما باع له، و اجره واحده من المشتري على ما اشترى له.

و أمّا قوله: «و لا يتولاهما الواحد» فظاهر سياق العبارة - كغيرها ممّا عبّر فيه بذلك - أنّ المراد بذلك أنّ الشخص الواحد لا يتولّى العملين في متاع واحد، بحيث يستحقّ أجره على البائع الذي أمره بالبيع و المشتري الذي أمره بالشراء، بل لا يستحقّ إلاّ أجره واحده، لأنّه عمل واحد. و لأنّ البيع مبنّى على المكايسه و المغالبه، و لا

و إذا هلك المتاع فى يد الدالال، لم يضممه (١). و لو فرط، ضمن. و لو اختلفا فى التفريط، كان القول قول الدالال مع يمينه، ما لم يكن بالتفريط بينه. و كذا لو ثبت التفريط و اختلفا فى القيمه.

يكون الشخص الواحد غالبا و مغلوبا، و العمل بالحاله الوسطى خارج عن مطلوبهما غالبا، فيتوقف على رضاهما بذلك. و حينئذ فمن كايس له استحقاق 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 طرفى العقد، و حينئذ يكون عليهما أجره واحده بالسويّه، سواء اقترنا فى الأمر أم تلاحقا، مع احتمال كون الأجره على السابق. هذا إذا جوّزنا للواحد تولّى طرفى العقد، و إلاّ فعدم استحقاق الواحد لهما أوضح.

و يحتمل -على بعد- أن يكون الضمير فى «يتولاهما» عائدا إلى الإيجاب و القبول المدلول عليهما بالمقام أو بالبيع و الشراء تضمنا، فيكون ذهابا إلى المنع. أو يعود الضمير إلى الأجرتين، بناء على المنع من تولّى طرفى العقد. و على ذلك نزل الشهيد -رحمه الله- كلام الأصحاب فى هذه العبارة، لأنّها عبارته متداوله بينهم.

و يضعف بأنّ المصنّف و كثيرا ممّن عبر بذلك لا- يرى المنع من تولّى الواحد الطرفين، فتتزيل كلامه على ما لا يوافق مذهبه المعروف به- بمجرد احتمال إرادته مع إمكان تنزيهه على غيره- بعيد جدا.

و حيث كان تولّى الطرفين من الواحد جائزا عند المصنّف لم يمتنع استحقاقه أجرتين عليهما، لأنّهما عملا-ن متغايران، أعنى الإيجاب عن البائع و القبول عن المشتري. فلو صرّحا له بذلك استحقّق على كلّ واحد بحسبه. و هو راجع عرفا إلى أجره واحده على البيع موزّعه عليهما، كما أسلفناه.

قوله: «و إذا هلك المتاع فى يد الدالال لم يضممه».

الحاصل: أنّ الدالال أمين فلا يضمّن إلاّ مع التعدى أو التفريط، و يقبل قوله

فِي نَفِيهِمَا كَمَا يَقْبَلُ مِنْ كُلِّ أَمِينٍ، لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي أَعْمَالِ الْمُسْلِمِينَ الصَّحَّةَ وَالسَّلَامَةَ عَنِ الْإِثْمِ وَالْعَدْوَانِ. وَعَلَى تَقْدِيرِ ثُبُوتِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ أَوْ الْبَيِّنَةِ يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي قِيَمَةِ الْمَتَاعِ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الزَّائِدِ عَمَّا يَقْرُبُ بِهِ. وَاللَّهُ الْمَوْفَّقُ.

تَمَّ الْمَجْلَدُ الثَّلَاثُ وَاللَّهُ الْحَمْدُ، وَيَلِيهِ الْمَجْلَدُ الرَّابِعُ بِأَنَّهُ تَعَالَى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](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

