



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه صلوات الله  
عليه و آله

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

تَجَانُّعُ الْمِنَامِصِدِ  
فِي مَرْحِ الْقَوْلِغَدِ

بِالْمِصَدِّقِ

الْمَلِكِ الْوَالِدِ

الْمَلِكِ الْوَالِدِ الْمَلِكِ الْوَالِدِ

الْمَلِكِ الْوَالِدِ ٩٤٠ هـ

لِلْمَلِكِ الْوَالِدِ

بِالْمَلِكِ

الْمَلِكِ الْوَالِدِ الْمَلِكِ الْوَالِدِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# جامع المقاصد فى شرح القواعد

كاتب:

على بن حسين بن عبدالعالى محقق كركى

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه آل البيت ( عليهم السلام ) لآحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١٥	جامع المقاصد فى شرح القواعد المجلد ٤
١٥	اشاره
١٦	اشاره
٢٠	كتاب المتاجر
٢٠	اشاره
٢٠	الأول:فى المقدمات
٢٠	اشاره
٢٠	الأول:فى أقسامها
٢٠	اشاره
٢١	فمنه واجب
٢٢	و مندوب
٢٢	و مباح
٢٣	و مكروه
٢٤	و محظور
٢٤	اشاره
٢٤	الأول:كلّ نجس لا يقبل التطهير
٣١	الثانى:كلّ ما يكون المقصود منه حراما
٣٤	الثالث:بيع ما لا ينتفع به
٣٨	الرابع:ما نصّ الشرع على تحريمه عينا
٥١	الخامس:ما يجب على الإنسان فعله يحرم الأجر عليه
٥٣	خاتمه تشتمل على أحكام
٥٣	اشاره
٥٣	أ:تلقى الركبان

- ب: يحرم الاحتكار على رأى ..... ٥٧
- ج: لو دفع إليه مالا ليفرقه فى قبيل و كان منهم ..... ٦٠
- د: يجوز أكل ما ينثر فى الأعراس مع علم الإباحه ..... ٦٠
- ه: الولايه من قبل العادل مستحبه ..... ٦٠
- و: جوائز الجائر إن علمت غضبا حرمت ..... ٦٢
- ز: إذا امتزج الحلال بالحرام و لا يتميز يصلح أربابه ..... ٦٤
- ح: لا يحلّ للأجير الخاص العمل لغير من استأجره إلا بإذنه ..... ٦٤
- ط: لو مزّ بثمره النخل و الفواكه لا قصدا ..... ٦٥
- ي: يحلّ ثمن الكفن ..... ٦٥
- يا: يحرم على الرجل أن يأخذ من مال ولده البالغ شيئا إلا بإذنه ..... ٦٥
- الفصل الثانى: فى الآداب ..... ٦٨
- المقصد الثانى: فى البيع ..... ٧٢
- اشاره ..... ٧٢
- الفصل الأول: الصيغه ..... ٧٢
- الفصل الثانى: المتعاقدان ..... ٨٠
- الفصل الثالث: العوضان ..... ١٠٨
- اشاره ..... ١٠٨
- فروع ..... ١٢٠
- اشاره ..... ١٢٠
- أ: لو باع الأبق منضمّا إلى غيره ..... ١٢٠
- ب: لو باع المغصوب و تعدّر تسليمه لم يصح ..... ١٢٣
- ج: لو باع شاه من قطع أو عبدا من عبيد و لم يعين بطل ..... ١٢٤
- د: إبهام السلوك كإبهام المبيع ..... ١٢٤
- ه: لو باع بحكم أحدهما، أو ثالث من غير تعيين قدر الثمن أو وصفه بطل ..... ١٢٨
- و: تكفى المشاهده عن الوصف ..... ١٣٠
- ز: رؤيه بعض المبيع كافيه ..... ١٣٣

- ح: لو باع عينا غير مشاهدته افتقر إلى ذكر الجنس و الوصف ----- ١٣٥
- ط: يجوز الإندار للظروف ما يحتمل الزيادة و النقيصه ----- ١٣٦
- ى: لو باعه بدينار غير درهم نسيته ----- ١٣٦
- يا: لو باعه الصبره كل قفيز بدينار و علما قدرها صح ----- ١٣٩
- يب: يجوز استثناء الجزء المعلوم فى أحد العوضين ----- ١٣٩
- المقصد الثالث: فى أنواع المبيع ----- ١٤٦
- اشاره ----- ١٤٦
- الأول: الحيوان ----- ١٤٦
- اشاره ----- ١٤٦
- الأول: الأناسى من أنواع الحيوان إنما يملكون بسبب الكفر الأصلى إذا سبوا ----- ١٤٨
- المطلب الثانى: فى الأحكام ----- ١٥٦
- الفصل الثانى: فى الثمار ----- ١٨٢
- اشاره ----- ١٨٢
- الأول: فى أنواعها ----- ١٨٢
- المطلب الثانى: فى الأحكام ----- ١٨٧
- اشاره ----- ١٨٧
- فروع ----- ١٩٤
- أ: لا يجب التماثل فى الخرص ----- ١٩٤
- ب: لا تثبت العريه فى غير النخل ----- ١٩٥
- ج: يجوز بيع العريه ----- ١٩٦
- د: إنما يجوز بيعها على مالك الدار أو البستان ----- ١٩٦
- ه: لو قال: بعتك هذه الصبره من الغله أو الثمره بهذه الصبره ----- ١٩٧
- و: يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصه صاحبه من الثمره بشىء معلوم منها لا على سبيل البيع ----- ١٩٧
- ز: يشترط فى الثمن الذى يشتري العريه به العلم بالكيل أو الوزن ----- ٢٠٢
- ح: لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور ----- ٢٠٢
- الفصل الثالث: فى الصرف ----- ٢٠٣

- ٢٠٣ ..... اشارة
- ٢١٢ ..... فروع
- ٢١٢ ..... اشارة
- ٢١٢ ..... أ:لو عينا الثمن و المثلثن ثم تقابضا
- ٢٢٠ ..... ب:نقص السعر و زيادته لا يمنع الرد
- ٢٢٠ ..... ج:لو تلف أحدهما بعد التقابض،ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل الصرف
- ٢٢٠ ..... د:لو أخبره بالوزن ثم وجد نقضا بعد العقد بطل الصرف
- ٢٢٣ ..... ه:لو كان لأحدهما على الآخر ذهب،و للآخر على الأول دراهم
- ٢٢٤ ..... و:لو اشترى دينارا بعشره و معه خمسه جاز أن يدفعها عن النصف
- ٢٢٤ ..... ز:لو اشترى من المودع الوديعة عنده صح
- ٢٢٤ ..... ح:زوى جواز ابتياع درهم بدرهم و شرط صياغه خاتم
- ٢٢٥ ..... المقصد الرابع:فى أنواع البيع
- ٢٢٥ ..... اشارة
- ٢٢٥ ..... الأول:العوضان إن كانا حاليين فهو النقد
- ٢٢٥ ..... اشارة
- ٢٢٧ ..... المطلب الأول:فى النقد و النسيئه
- ٢٣٠ ..... المطلب الثانى:فى السلف
- ٢٣٠ ..... اشارة
- ٢٣٠ ..... الأول:فى شرائطه
- ٢٣٠ ..... الأول:العقد
- ٢٣٤ ..... الثانى:معرفة وصفه
- ٢٤١ ..... فروع
- ٢٤١ ..... أ:يجب أن يذكر فى الحيوان
- ٢٤٤ ..... ب:يذكر فى الإبل
- ٢٤٥ ..... ج:يذكر فى التمر أربعة أوصاف
- ٢٤٦ ..... د:يذكر فى الثياب ثمانية



- ٢٤٧ .....ه: يذكر في الرصاص
- ٢٤٨ .....و: الصفات
- ٢٤٩ .....الشرط الثالث: الكيل أو الوزن في المكيل و الموزون
- ٢٥٢ .....الشرط الرابع: قبض الثمن في المجلس
- ٢٥٥ .....الخامس: كون المسلم فيه ديناً
- ٢٥٥ .....السادس: الأجل المضبوط بما لا يقبل التفاوت
- ٢٦١ .....السابع: إمكان وجود المسلم فيه عند الحلول ليصح التسليم
- ٢٦٢ .....البحث الثاني: في أحكامه
- ٢٦٧ .....فروع
- ٢٦٧ .....أ: لو أسلف عرضاً في عرض موصوف بصفاته، فدفعه عند الأجل وجب القبول
- ٢٦٩ .....ب: لو اختلفا في المسلم فيه
- ٢٧٤ .....ج: يجب قبول المثل وقت الحلول أو الإبراء
- ٢٧٧ .....د: إذا قبضه تعين و برىء المسلم إليه
- ٢٧٨ .....ه: لو أسلم في شيئين صفقه بثمن واحد صح
- ٢٧٨ .....الفصل الثاني: في المرابحه و توابعها
- ٢٧٨ .....اشاره
- ٢٧٨ .....المرابحه
- ٢٨٦ .....و أما التوليه
- ٢٨٦ .....و أما المواضعه
- ٢٨٧ .....فروع
- ٢٨٧ .....اشاره
- ٢٨٧ .....أ: يجوز لبائع المتاع شراؤه بزياده و نقيصه
- ٢٨٨ .....ب: لو ظهر كذب البائع في إخباره تخير المشتري في الإمضاء
- ٢٩٠ .....ج: لو اشترى ثوباً بعشره فباعه بخمسه عشر
- ٢٩١ .....د: لو باعه توليه فحط البائع الأول عنه البعض فله الجميع
- ٢٩١ .....الفصل الثالث: في الربا

- ٢٩١ ..... اشارة
- ٢٩١ ..... الأول:فى محلّه
- ٢٩١ ..... اشارة
- ٢٩١ ..... الأول:التمائل فى الجنس
- ٢٩٦ ..... الشرط الثانى:الكيل و الوزن
- ٢٩٨ ..... فروع
- ٢٩٨ ..... أ:إذا خرج بالصنعه عن الوزن جاز التفاضل فيه
- ٢٩٨ ..... ب:لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا و لا مكيبلا
- ٣٠٠ ..... ج:لو كانا فى حكم الجنس الواحد و اختلفا فى التقدير
- ٣٠١ ..... بالوزن
- ٣٠١ ..... المطلب الثانى:فى الأحكام
- ٣٠٩ ..... المقصد الخامس:فى لزوم البيع
- ٣٠٩ ..... اشارة
- ٣١١ ..... الأول:الخيار
- ٣١١ ..... اشارة
- ٣١١ ..... الأول:فى أقسامه
- ٣١١ ..... اشارة
- ٣١١ ..... الأول:خيار المجلس
- ٣٢٠ ..... الثانى:خيار الحيوان
- ٣٢٠ ..... الثالث:خيار الشرط
- ٣٢٣ ..... الرابع:المغبون
- ٣٢٦ ..... الخامس:من باع و لم يسلم و لا قبض الثمن و لا اشترط تأخير الثمن يلزمه البيع ثلاثه أيام
- ٣٣٠ ..... السادس:خيار الرؤيه
- ٣٣٢ ..... السابع:خيار العيب
- ٣٣٢ ..... المطلب:الثانى فى الأحكام
- ٣٣٢ ..... اشارة

فروع ..... ٣٤٦

أ: لا يبطل الخيار بتلف العين ..... ٣٤٦

ب: لو قبلت الجارية المشتري فالأقرب أنه ليس بتصرف ..... ٣٤٨

ج: ليس للمشتري الوطاء في مدة الخيار المشترك أو المختص بالبائع على إشكال ..... ٣٤٩

د: لا يكره نقد الثمن و قبض المبيع في مدة الخيار ..... ٣٤٩

ه: البيع بالوصف قسمان ..... ٣٥٠

بيع عين شخصيه موصوفه بصفات السلم ..... ٣٥٠

و بيع عين موصوفه بصفات السلم غير معينه ..... ٣٥٠

و: لو شرط الخيار لأجنبي كان الفسخ إليه لا إلى المشتري ..... ٣٥١

ز: لو شرط الخيار شهرا مثلا بعد مضي مدة معينه ..... ٣٥١

ح: لو فسخ المشتري بخياره فالعين في يده مضمونه ..... ٣٥٢

الفصل الثاني في العيب ..... ٣٥٢

اشاره ..... ٣٥٢

الأول: في حقيقته ..... ٣٥٢

المطلب الثاني: في الأحكام ..... ٣٦٠

اشاره ..... ٣٦٠

فروع ..... ٣٦٩

أ: لو قتل بردّه سابقه فللمشتري الأرش ..... ٣٦٩

ب: لو حملت من السحق فوطأها المشتري بكرة، فالأقرب أن عليه عشر قيمتها ..... ٣٧٠

ج: لو كان المبيع غير الأمه ..... ٣٧٢

د: لو كان كاتباً ..... ٣٧٢

ه: لو باع المعيب سقط رده و إن عاد إليه بالعيب ..... ٣٧٣

و: لو باع الجاني خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى ..... ٣٧٣

ز: لو باعه من ينعق عليه و لما يعلم عتق عليه و لا شيء له ..... ٣٧٧

المطلب الثالث: في التدليس ..... ٣٧٧

المطلب الرابع: في اللواحق ..... ٣٨٥

- المقصد السادس: في أحكام العقد ..... ٣٩٧
- اشاره ..... ٣٩٧
- الأول: ما يندرج في المبيع ..... ٣٩٧
- اشاره ..... ٣٩٧
- الأول: الأرض ..... ٣٩٧
- الثاني: البستان و الباغ ..... ٤٠٢
- الثالث: الدار ..... ٤٠٣
- الرابع: القرية و الدسكرة ..... ٤٠٥
- الخامس: الشجر ..... ٤٠٦
- اشاره ..... ٤٠٦
- و لو لم يكن مؤبدا دخل بشرطين ..... ٤٠٩
- الأول: أن يكون من النخل ..... ٤٠٩
- الثاني: الانتقال بالبائع ..... ٤٠٩
- فروع ..... ٤١١
- أ: إذا ظهرت الثمره بعد البيع، فهي للمشتري ..... ٤١١
- ب: لو كان المقصود من الشجر الورد، فإن كان موجودا حال العقد، فهو للبائع ..... ٤١١
- ج: إنما يعتبر التأبير في الإناث من النخل ..... ٤١٢
- د: لو أبر البعض، فثمرته للبائع و ثمره غير المؤبر للمشتري ..... ٤١٢
- ه: لا يدخل الغصن اليابس و لا السعف اليابس على إشكال ..... ٤١٤
- و: لو خيف على الأصول مع تبقية الثمره ضررا يسيرا لم يجب القطع ..... ٤١٤
- ز: لو كانت الثمره مؤبده فهي للبائع ..... ٤١٥
- ح: لو باع أرضا و فيها زرع فهو للبائع ..... ٤١٦
- ط: يدخل في الأرض البئر ..... ٤١٨
- ي: لو استثنى نخله كان له الممر إليها و المخرج و مدى جرائدها من الأرض ..... ٤١٨
- السادس: العبد ..... ٤١٨
- الفصل الثاني: في التسليم ..... ٤٢٢

٤٢٢ ..... اشارة

٤٢٢ ..... الأول:في حقيقته

٤٣٠ ..... المطلب الثاني:في حكمه و وجوبه

٤٣٠ ..... اشارة

٤٤٣ ..... فروع

٤٤٣ ..... أ:النماء قبل القبض إذا تجدد بعد العقد للمشتري

٤٤٣ ..... ب:لو امتزج المبيع بغيره قبل القبض

٤٤٣ ..... ج:لو غصب قبل القبض و أمكن استعادته بسرعه لم يتخير المشتري

٤٤٤ ..... الفصل الثالث:في الشرط

٤٤٤ ..... اشارة

٤٥١ ..... فروع

٤٥١ ..... اشارة

٤٥١ ..... أ:لو شرط أجلا يعلمان عدمهما قبله

٤٥٢ ..... ب:الأقرب وجوب تعيين الرهن المشروط-إما بالوصف أو المشاهده

٤٥٤ ..... ج:لو باعه العبد بشرط العتق مطلقا أو عن المشتري صح

٤٦٠ ..... د:لو شرط أن الأمه حامل أو الدابه كذلك صح

٤٦١ ..... ه:لو باعه متساوى الأجزاء على أنه قدر معين فزاد

٤٦٥ ..... و:كل شرط يقتضى تجهيل أحد العوضين،فان البيع يبطل به

٤٧٠ ..... ز:لو قال:بع عبدك من فلان على أن على خمسمائه،فباعه بهذا الشرط بطل

٤٧١ ..... ح:يجوز أن يجمع بين شيئين مختلفين فما زاد في عقد

٤٧٣ ..... الفصل الرابع:في الاختلاف

٤٧٣ ..... اشارة

٤٨٤ ..... فروع

٤٨٤ ..... اشارة

٤٨٤ ..... أ:لو قلنا بالتحالف

٤٨٥ ..... ب:لو تقايلا المبيع

ج: لو قال: بعثك و أنا صبي ..... ٤٨٥

د: لو قال: وهبت منى ..... ٤٨٧

ه: لو قال البائع: رددت إلى العبد المؤجل ثمنه ..... ٤٨٧

خاتمه ..... ٤٨٨

تعريف مركز ..... ٤٩١

سرشناسه: محقق كركي ، علي بن حسين ، - ٩٤٠ق .

عنوان قرار دادی: قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

عنوان و نام پديد آور: جامع المقاصد في شرح القواعد/ تاليف علي بن الحسين الكركي ؛ تحقيق موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (ع) لاحياء التراث ، ١٤١١ق . = ١٩٩١م . = ١٣٧٠.

مشخصات ظاهري: ١٤ج.

يادداشت: كتاب حاضر شرحي بر كتاب " قواعد الاحكام في معرفه الحلال والحرام تاليف حسن بن يوسف علامه حلي " است.

يادداشت: كتابنامه .

مندرجات: الجزء الاول الطهاره .-- الجزء الثاني الصلاه .-- الجزء الثالث الزكاه والحج .-- الجزء الرابع المتاجر .-- الجزء الخامس الدين .-- الجزء السابع الاجاره .-- الجزء الثامن الوكاله .--

موضوع: علامه حلي ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨ - ٧٢٦ق . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسير

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفری -- قرن ٨ق .

شناسه افزوده: علامه حلي ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨ - ٧٢٦ق . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

شناسه افزوده: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث (قم)

رده بندي كنگره: BP182/3 /عق ٢١٧ و ٩٠ ١٣٧٠

رده بندي ديويي: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسي ملي: ٢٥٠٠٨٧٣





جامع المقاصد فى شرح القواعد

تاليف على بن الحسين الكركى

تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث.

ص: ٢

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٣

تنبیه النسخه المعتمده التي اعتمداها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي النسخه التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، و  
هناك اختلافات بينه لا تخفى في القارئ اللبيب

ص: ٤

إشاره

كتاب المتاجر و فيه مقاصد:

الأول: في المقدمات

إشاره

الأول: في المقدمات، و فيه فصلان:

الأول: في أقسامها

إشاره

الأول: في أقسامها.

و هي تنقسم بانقسام الأحكام الخمسه: بسم الله الرحمن الرحيم قوله: (كتاب المتاجر).

هي: جمع متجر، هو: إما مصدر ميمي بمعنى التجاره كالمقتل بمعنى القتل، أو اسم موضع و هي الأعيان التي تكتسب بها، و الأول أليق بمقصود الفن، فإنّ الفقه باحث عن فعل المكلف، فالمناسب أن يكون موضوع أبوابه بعض موضوعه، و الأعيان هي متعلقات فعل المكلف.

و اعلم أن التجاره قد عرّفها الأصحاب في الزكاه بشيء يستفاد من تعريفهم مال التجاره، و هي: عقد المعاوضه إلى آخره، فيعتبر في كونها تجاره قصد الاكتساب، سواء كان بعقد البيع أو الصلح أو غيرهما، و ظاهرهم في هذا الباب عدم اشتراط قصد الاكتساب، بل عمموا التجاره هنا في مطلق المكاسب، و الشيخ و جماعه أفردوا كتابا للمكاسب و آخر للبيع، و كأنه أولى مما فعله المصنف.

قوله: (و هي تنقسم بانقسام الأحكام الخمسه).

لمّا لم يكن البيع و التجاره عباده في أصله كان حقه أن يستوى طرفاه إلا لمرجّح من خارج، و المرجّح لأحدهما لما تفاوتت جاءت فيه الأحكام الأربعة،

فمنه واجب، و هو: ما يحتاج الإنسان إليه لقوته و قوت عياله، و لا.

وجه له سوى المتجر. بخلاف العباده، فإنه يمتنع فيها استواء الطرفين. و لا شك أنّ هذا التقسيم ليس من خصوصيات التجاره، بل أكثر الأبواب أو كلّها كالصلح و الإجاره يجرى فيه ذلك.

و اعلم أنّ هذا ليس من مقصود العقود، لأنّ الفقيه يبحث عنها من حيث تصح و تفسد و من حيث تحل و تحرم، أما من حيث يكون متعلق الثواب أم لا. فإنّ ذلك من غرض العباده، و إن كان لا محذور فيه، لأنّ الشئ الواحد قد يكون معامله و بضميمه شئ آخر يكون عباده.

قوله: (فمنه واجب).

حق هذا الضمير أن يكون مؤنثا، ليعود إلى الأقسام.

قوله: (و هو ما يحتاج إليه الإنسان لقوته و قوت عياله).

كان عليه أن يدرج مطلق المؤنه من قوت و كسوه و سكنى، و أن يبين أن المراد بمؤنته: القدر الضرورى فى قوام بدنه-و أما قوت عياله فيراد به: ما يجب شرعا و إن زاد على قدر الضروره-و أن يدرج فيه ما يدفع به حاجه المضطر مما يجب على الكفايه، و أن يدرج فيه أيضا مطلق التجاره التى بها يتحقق نظام النوع، فإنّ ذلك من الواجبات الكفائيه و إن زاد على ما ذكرناه.

قوله: (و لا وجه له سوى المتجر).

كان حقه أن يقول: و ليس عنده ما يدفع به الحاجه، لأنه إذا لم يكن عنده ما يدفع به الحاجه، و له وجوه فى تحصيله-أحدها التجاره-تكون التجاره حينئذ واجبا مخيرا، و هو أحد أقسام الواجب، فلا يجوز إخراجه بهذا القيد، إلا أن

و مندوب، و هو: ما يقصد به التوسعه على العيال، أو نفع المحاويج مع حصول قدر الحاجه بغيره.

و مباح، و هو: ما يقصد به الزيادة فى المال لا غير، مع الغنى عنه.

يراد بالتجاره: جميع أنواع الاكتساب على الإطلاق، و هو بعيد، و إن كان الباب جامعا لمعظم هذه الأقسام، فأنا نظن أن ذكر كثير منها من قبيل الاستطراد.

قوله: (و مندوب، و هو: ما يقصد به التوسعه على العيال، أو نفع المحاويج مع حصول قدر الحاجه بغيره).

التقييد بالقصد يقتضى أن من قصد التوسعه بتجارته و ليس عنده ما يمؤن به عياله تكون تجارته مندوبه، و ليس بشىء، فينبغى إسقاط القصد، و يقال: هو ما به التوسعه، لأن القصد معتبر فى مطابقه فعل المكلف لما يطلب منه.

و يستفاد من قوله: (التوسعه) أن قدر الواجب مندفع بغير هذه التجاره، و لا فائده فى التقييد بالمحاويج، فان مطلق نفع المؤمنين مستحب، فالتجاره له كذلك.

و احتراز ب(حصول قدر الحاجه بغيره) عن الاكتساب لدفع ضرورتهم، فإنه واجب حينئذ، فيكون قيده فى المحاويج خاصه.

و اعلم أنه بعد حصول قدر الحاجه لا يعدون محاويج، و لعله يريد الحاجه التى لا ينافيها الغنى، فيكون المعنى: و نفع المحاويج الى النفع إلى آخره، فيندفع عن العبارة ذلك، و لا بد من التقييد بعدم منافاته شيئا من الواجبات.

قوله: (و مباح، و هو: ما يقصد به الزيادة فى المال).

لو قال: و هو ما يكون زياده فى المال فقط لكان أولى، إلا أن يراد ما من شأنه ذلك.

و مكروه، و هو: ما اشتمل على وجه نهى الشرع عنه نهى تنزيهه، كالصرف، و بيع الأكفان و الطعام و الرقيق، و اتّخاذ الذبح و النحر صنعه، و الحياكه و النساجه، و الحجامة مع الشرط، قوله: (و مكروه، و هو: ما اشتمل على وجه نهى الشرع عنه نهى تنزيهه، كالصرف، و بيع الأكفان و الطعام و الرقيق).

تعليل كراهه الصرف فى الاخبار: بكون الصيرفى لا يكاد يسلم من الربا، و كراهه بيع الأكفان: بان صاحبه يسره الوباء، و كراهه بيع الطعام: بأنه لا يسلم من الاحتكار، و كراهه بيع الرقيق: بأن شرّ الناس من باع الناس، و كراهه كونه جزارا: بسلب الرحمه (1)، يشعر بأن المراد: كراهه اتّخاذ هذه الأشياء صنعه، فلو عرض فعل شىء منها نادرا لم يكن مكروها، كما لو احتاج إلى صرف دينار و نحو ذلك.

قوله: (و الحياكه و النساجه).

إنما كرهتا لضعتهما و سقوط صاحبهما عند الناس، و الظاهر أنه لا تفاوت بينهما فى المدلول، و يمكن اختصاص إحداهما ببعض الأنواع، كأن تكون الحياكه للغليظه، و النساجه لضده و نحو ذلك.

قوله: (و الحجامة مع الشرط).

أى: مع اشتراط الحجّام الأجره، فلا يكره لو فعل و لم يشترطها و إن بذلت له، و لا بأس بأكلها حينئذ كما وردت به الأخبار (2).

و يستحب لمن يحتجم أن يشترط قبل الفعل، لأنه أبعد عن النزاع، و له أن يماكس، فكراهه الاشتراط من قبل الحجّام خاصه.

ص: ٨

١ - ١) الكافى ٥: ١١٤، حديث ٤، ٥، [١] الفقيه ٣: ٩٦، حديث ٣٦٩، التهذيب ٦: ٣٦١-٣٦٣، حديث ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٤١، الاستبصار

٣: ٦٢-٦٤، حديث ٢١٢، ٢٠٩، ٢٠٨.

٢ - ٢) الكافى ٥: ١١٥، حديث ١، [٢] التهذيب ٦: ٣٥٤، حديث ١٠٠٨، الاستبصار ٣: ٥٨، حديث ١٩٠.

و القابله معه، و اجره الضراب، و كسب الصبيان، و غير المجتنب للحرام، و اجره تعليم القرآن، قوله: (و القابله معه).

أى: مع الشرط كما قلناه فى الحجّام.

قوله: (و اجره الضراب).

و حرّمها بعض العامه (١)، محتجا بحديث تضمّن النهى (٢)، و عندنا أنه مكروه، و لم يثبت ما يقتضى التحريم. و لو دفع إلى صاحب الفحل هديه أو كرايه فلا بأس.

و ينبغى أن يوقع العقد على العمل، و يقدره بالمره و المرتين لا- مدّه معلومه كما ذكره بعض العامه (٣)، إلا أن يكترى لماشيه كثيره، فإنّ إجارته حيثئذ تقدّر بالمدّه. و لو غضب فحلا فأنزاه فلصاحبه الأجره، و الولد لصاحب الأثنى.

قوله: (و كسب الصبيان).

إذا لم يعلم أنه من موضع حلال. فى الحديث: النهى عن كسب الصبى الذى لا صنعه له، فإنه إن لم يجد سرق- فعلى المصنف التقييد- و كذا الأمه التى لا صنعه لها، فإنها إذا لم تجد زنت (٤)، و كذا كسب من لا يجتنب الحرام (٥).

قوله: (و اجره تعليم القرآن).

و قيل بتحريمها (٦)، و الأصح الكراهه، إلا فيما يجب تعلّمه عينا، أو تخيير

ص: ٩

١- ١) ذهب إليه الشافعى و أبو حنيفة و أحمد و غيرهم، راجع فتح العزيز ٨: ١٩١، المجموع ٤: ١٥، الوجيز ٢٣١، ١٣٨: ١، المغنى لابن قدامه ١٤٨: ٦، المبسوط للسرخسى ٨٣: ١٥.

٢- ٢) صحيح البخارى ١٢٢: ٣-١٢٣، صحيح مسلم ١١٩٧: ٣ حديث ٣٥، سنن الترمذى ٣٧٢: ٢ حديث ١٢٩٢، ١٢٩١، مسند أحمد ١٤: ٢.

٣- ٣) نسبه ابن قدامه الى القليل، راجع المغنى ١٤٨: ٦-١٤٩.

٤- ٤) الكافى ١٢٨: ٥ حديث ٨، [١] التهذيب ٣٦٧: ٦ حديث ١٠٥٧.

٥- ٥) الكافى ٣١١: ٥ حديث ٣٤. [٢]

٦- ٦) قاله أبو الصلاح الحلبي فى الكافى فى الفقه: ٢٨٣.



و تعشير المصحف بالذهب، و الصياغة، و القصابه، و ركوب البحر للتجاره، و خصاء الحيوان، و معامله الظالمين و السفله و الأدين و المحارفين و هما: الحمد و السوره، أو كفايه كالمعتبر في الاجتهاد، أو ما يكون به بقاء تواتر القرآن.

قوله: (و تعشير المصحف بالذهب).

و لا يحرم للروايه (١)، و كتابه القرآن بالذهب أشد كراهه، و الظاهر أن كتبه الأحزاب بالذهب و جدول به و نقشه كالتعشير.  
قوله: (و الصياغه).

للهي عن اتخاذها صنعه في الحديث (٢).

قوله: (و القصابه).

للهي أيضا عنها (٣)، و الفرق بينها و بين الذبح و النحر معلوم.

قوله: (و ركوب البحر للتجاره).

لورود النص بذلك (٤)، و هذا إذا غلب السلامه، حيث لا يكون محل هيجان البحر.

قوله: (و خصاء الحيوان).

و قيل بتحريمه (٥)، و في حكمه الجبّ و الوجاء.

قوله: (و معامله الظالمين و السفله).

هو بكسر السين و سكون الفاء، أو فتحه مع كسر الفاء: أسافلهم و إسقاطهم، و هم قريب من الأدين.

ص: ١٠

---

١- ١) الكافي ٢: ٤٦٠، حديث ٨، [١] التهذيب ٦: ٣٦٧، حديث ١٠٥٦.

٢- ٢) التهذيب ٦: ٣٦٢، حديث ١٠٣٨، الاستبصار ٣: ٦٣، حديث ٢٠٩.

٣- ٣) المصدر السابق.

٤- ٤) الكافي ٥: ٢٥٦، باب ركوب البحر للتجاره، [٢] التهذيب ٦: ٣٨٨، حديث ١١٥٨-١١٦٠.

٥- ٥) ذهب إليه أبو الصلاح في الكافي في الفقه: ٢٨١، و ابن البراج في المهذب ١: ٣٤٥.

و ذوى العاهاتو الأكراد-و مجالستهم و مناكحتهم-و أهل الذمه.

## و محظور

## اشاره

و محظور، و هو: ما اشتمل على وجه قبح، و هو أقسام:

## الأول: كل نجس لا يقبل التطهير

الأول: كل نجس لا يقبل التطهير: سواء كانت نجاسته ذاتيه و قد فُتِرَ: بمن لا يبالي بما قال و لا بما قيل له، أو الذى يضرب بالطنبور، أو الذى لم يسره الإحسان و لم تسؤه الإساءه، أو الذى ادعى الأمانه و ليس لها بأهل. و لا ريب أن من اجتمعت فيه هذه الخصال، أو وجد فيه بعضها اجتنبت مخالطته (١). و فى الحديث: النهى عن مخالطه من لم ينشأ فى الخير (٢).

قوله: (و ذوى العاهات).

فى الأخبار النهى عن ذلك، و التعليل بأنهم أظلم شىء (٣).

قوله: (و الأكراد و مجالستهم و مناكحتهم).

فى الحديث: النهى عن ذلك، و التعليل بأنهم حى من الجن كشف عنهم الغطاء (٤).

قوله: (و أهل الذمه).

للهى عن ذلك (٥).

قوله: (الأول: كل نجس لا يقبل التطهير).

أى: الأول من أقسام المحظور من التجاره: الاكتساب ب(كل نجس

ص: ١١

١ - ١) قال الصدوق فى الفقيه ٣: ١٠٠: قال مصنف هذا الكتاب -رضى الله عنه-: جاءت الأخبار فى معنى السفله على وجوه: فمنها: أن السفله هو الذى لا يبالي ما قال و لا ما قيل له، و منها: أن السفله من يضرب بالطنبور، و منها: أن السفله من لم يسره الإحسان و لا -تسوؤه الإساءه. و السفله: من ادعى الامانه و ليس لها بأهل، و هذه كلها أوصاف السفله من اجتمع فيه بعضها أو جميعها و جب اجتناب مخالطته.

- ٢-٢) الكافي ٥:١٥٨ حديث ٥، [١]الفقيه ٣:١٠٠ حديث ٣٨٨، التهذيب ٧:١٠ حديث ٣٦.
- ٣-٣) الكافي ٥:١٥٨ حديث ٦، [٢]الفقيه ٣:١٠٠ حديث ٣٨٩، التهذيب ٧:١٠ حديث ٣٥.
- ٤-٤) الكافي ٥:١٥٨ حديث ٢، [٣]الفقيه ٣:١٠٠ حديث ٣٩٠، التهذيب ٧:١١ حديث ٤٢.
- ٥-٥) الفقيه ٣:١٠٠ حديث ٣٩١.

-كالخمر، و النبيذ، و الفقاع، و الميته، و الدم، و أبوال ما لا- يؤكل لحمه و أرواثها، و الكلب و الخنزير و أجزاءهما-أو عرضيه، كالمائعات النجسه التي لا تقبل التطهير، إلا الدهن النجس لفائده الاستصباح به تحت السماء خاصه. لا يقبل التطهير). و أراد ب(النجس): ما كان عين نجاسه، أو منجسا بأحد الأعيان النجسه، و لهذا قسّمه إلى: ما نجاسته ذاتيه، و ما نجاسته عرضيه، و غايه ما فيه أن يريد باللفظ حقيقته و مجازه معا، و مدار جواز البيع للأعيان و عدمه على وجود المايه المترتبه على كونه فى العاده ذا نفع غالب مقصود.

و احترز بعدم قبول التطهير عن المتنجس الذى يقبله، جامدا كان كالثوب، أو مائعا كالماء، فإنه يجوز بيعه كما سيأتى.  
قوله: (كالخمر و النبيذ).

ضابطه: كل مسكر مائع بالأصالة، و الخمر من العنب، و النبيذ من التمر.  
قوله: (و الفقاع).

قد سبق تعريفه.

قوله: (و الكلب و الخنزير).

و فرعهما مع حيوان آخر إذا عدّ كلبا و خنزيرا.

قوله: (و أجزاءهما).

و إن لم تحلها الحياه، لأنها نجسه، خلافا للمرتضى (1) على ما سبق.

قوله: (إلا الدهن النجس لفائده الاستصباح به تحت السماء خاصه).

أراد بقوله خاصه: بيان حصر جواز الاستصباح به تحت السماء، فلا يجوز تحت الظلال على الأصح، و ليس لنجاسه دخانه على الأصح، بل هو تعبد،

ص: ١٢

و لو كانت نجاسه الدهن ذاته، كالأليه المقطوعه من الميتة أو الحيه لم يجز الاستصباح به و لا تحت السماء. و يجوز بيع الماء النجس لقبوله الطهاره. و الأقرب فى أبوال ما يؤكل لحمه التحريم للاستخبات، إلا بول الإبل و ليس المراد ب(خاصه): بيان حصر الفائده كما هو ظاهر.

و قد ذكر شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه: أنّ فى روايه: جواز اتخاذا الصابون من الدهن النجس، و صرح مع ذلك بجواز الانتفاع به فيما يتصور من فوائده كطلى الدواب.

قيل: إن العبارة تقتضى حصر الفائده، لأن الاستثناء فى سياق النفى يفيد الحصر، فإنّ المعنى فى العبارة: إلا الدهن النجس لهذه الفائده.

قلنا: ليس المراد ذلك، لأن الفائده بيان لوجه الاستثناء، أى: إلا الدهن النجس لتحقيق فائده الاستصباح، و هذا لا يستلزم الحصر، و يكفى لصحة ما قلناه تطرق الاحتمال فى العبارة المقتضى لعدم الحصر.

قوله: (لم يجز الاستصباح به و لا تحت السماء).

فى حواشى الشهيد نقل عن المصنف: بجواز ذلك فى الدهن الذى هو نجاسه، محتجا بالعموم. و هو بعيد، لثبوت النهى عن الانتفاع بالميتة.

قوله: (و يجوز بيع الماء النجس لقبوله الطهاره).

و كذا كلّ ما عرض له التنجيس إذا أمكن التطهير، و إنما اقتصر على ذكر الماء مع أن الحكم يعم غيره، اكتفاء بإفاده ثبوت الحكم فى كل موضع يثبت.

قوله: (و الأقرب فى أبوال ما يؤكل لحمه التحريم للاستخبات، إلا بول الإبل للاستشفاء).

للاستشفاء. و الأقرب جواز بيع كلب الصيد و الماشيه و الزرع و الحائط، و إجارته، و مال المصنف في المنتهى (١) و المختلف (٢) إلى جواز بيعها، و حكاة عن المرتضى مدعيًا فيه الإجماع (٣)، و الأصح الجواز إن فرض لها نفع مقصود محلل، أما بول الإبل فيجوز بيعه إجماعًا.

و يجوز بيع أرواث ما يؤكل لحمه، لأنه عين مملوكة طاهره ينتفع بها في الزرع و غيره، و به صرح في المنتهى (٤).

قوله: (و الأقرب جواز بيع كلب الصيد و الماشيه و الزرع و الحائط).

الخلافا فيما عدا كلب الصيد، صرح به في المنتهى (٥)، و الأصح الجواز، و لعل مقصود العبارة: ثبوت الخلاف في المجموع من حيث هو هو، و في حكمها كلب البيت إذا اتخذ لحراسته، كما صرح به في المنتهى (٦)، و الحائط: هو البستان. قوله: (و إجارته).

أى: إجارته و كذا و كذا جائزه، فهو من عطف جمله على جمله.

ص: ١٤

١- ١) المنتهى ١٠٠٨: ٢. [١] ملاحظه: في المنتهى: (. [٢] أما البول: فان كان بول ما لا يؤكل لحمه فكذلك حرام بيعه و ثمنه و شراؤه لأنه نجس كالدم، و اما بول ما لا يؤكل لحمه فإنه طاهر، فيجوز بيعه حيثنذ، قال السيد المرتضى: و ادعى عليه الإجماع). فالظاهر أن في النسخة اشتباه، إذ الصحيح: و أما بول ما يؤكل لحمه بقريته ما قبله. ٢- ٢) المختلف: ٣٤٠.

٣- ٣) حكاة في المنتهى [٣] عن السيد المرتضى، و لم نعر على قول السيد بجواز بيع أبوال ما يؤكل لحمه، لكن في الانتصار: ٢٠١، و الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢١٦، الحكم بطهاره بول ما يؤكل لحمه، فيحتمل ان ما نقله العلامة في المنتهى [٤] عن السيد هو الإجماع على طهاره ما يؤكل لحمه لا جواز بيعه، و استفاد من الطهاره جواز البيع، فتأمل.

٤- ٤) المنتهى ١٠٠٨: ٢. [٥]

٥- ٥) المنتهى ١٠٠٩: ٢. [٦]

٦- ٦) المنتهى ١٠١٠: ٢. [٧]

و اقتناؤها-و إن هلكت الماشيه-و الترييه. و يحرم اقتناء الأعيان النجسه، إلا لفائده، كالكلب، و السرجين لتربيته الزرع، و الخمر للتخليل، و كذا يحرم اقتناء المؤذيات، كالحيات و السباع.

### الثانى: كل ما يكون المقصود منه حراما

الثانى: كل ما يكون المقصود منه حراما: قوله: (و اقتناؤها و إن هلكت الماشيه).

أراد: و إن حصد الزرع و إن باع الحائط، اكتفاء بما ذكره.

و لا إشكال فى ذلك إذا كان فى نيته العود إلى شىء منها، أما إذا لم يكن فالظاهر الجواز للقنيه، استصحابا لما ثبت. قوله: (و الترييه).

أى: تربيته الجر و الصغير، و إن لم يكن له أحد هذه الأمور بالفعل، لرجاء أحدها.

قوله: (و يحرم اقتناء الأعيان النجسه).

أما البيع فلا يجوز على كل حال كما سبق، لأن الفائدة الموجوده فى شىء منها لا تصيرها مالا يقابل بمال.

و السرجين: بكسر السين، نص عليه فى القاموس (١).

قوله: (الثانى: كل ما يكون المقصود منه حراما).

أى: ما المراد منه على حالته التى هو فيها الأمر المحرم، فان آلات اللهو الغرض الأصلى منها على هذا الوضع المخصوص هو المحرم، و إن أمكن الانتفاع بها على حالتها فى أمر آخر فهو مع ندرته أمر غير مقصود بحسب العاده، و لا أثر لكون رضاها بعد تكسيرها مما ينتفع به فى المحلل و يعد مالا، لأن بذل المال فى مقابلها و هى على هيئتها بذل له فى المحرم الذى لا يعد مالا عند الشارع.

ص: ١٥

كآلات اللهو كالعود، وآلات القمار كالشطرنج، و هياكل العباده كالصنم، نعم لو باع رضاؤها الباقي بعد كسرها قبل أن يكسرها، و كان المشتري موثوقا بتقواه و أنه يكسرها، أمكن القول بصحة البيع.

و مثله: باقى الأمور المحرمه، مثل أواني التقدين و الصنم، و هل يلحق بذلك بيع نحو الدبس النجس، على ان يمزج بالماء إلى أن يصير ماء؟ يحتمل ذلك، لوجود المقتضى، و لا أعلم فيه تصريحاً لأحد.

و هل الصور المعموله من هذا القبيل؟ ألحقها به بعض العامه (١)، و لم أجد مثله فى كلام أصحابنا، و يمكن عدم اللحاق، نظراً إلى أن الصور و إن حرم عملها فلا دليل يدل على تحريم اقتنائها، إذ ليس المقصود منها محض التحريم، و لو حرم الاقتناء لحرم حفظ ما هى فيه من ستر و نحوه و لم يجز بيعه، و فى بعض الأخبار ما يدل على خلافه، نعم لو كانت تعبد فهى أصنام.

إذا تقرر هذا، فتقدير العبارة: الثانى من أقسام المحظور من التجاره:

الاكتساب بكل ما يكون إلى آخره.

و قوله: (كآلات اللهو).

تقديره: كالاكتساب بآلات اللهو، و إنما احتجنا إلى هذا التكلفة، لأن قوله فيما بعد: (و بيع السلاح) إن قرئ بالجر عطفاً على آلات اللهو كان من الأعيان التى المقصود منها الحرام لا من أقسام الاكتساب، و هو معلوم البطلان، أو بالضم على أنه محذوف الخبر لم يكن من القسم الذى المقصود منه الحرام، إلا أن يقال: هذا ليس مما لا يقصد منه إلا الحرام باعتبار شأنه، فإنه يقصد به كل من الحرام و الحلال، و لكن بالعارض يقصد به الحرام، فلا حاجة إلى التكلفة السابق فى التقدير، و يقرأ: (و بيع السلاح) و ما عطف عليه من: (بيع العنب ليعمل

ص: ١٦

---

١ - ١) حكى عن الشافعى فى بعض الوجوه التى رويت عنه حرمه بيع الصور المعموله من الذهب و الفضة و غيرهما. و قال الرافعى - من أصحاب الشافعى -: و المذهب البطلان مطلقاً، قال: و به قطع عامه الأصحاب. راجع المجموع ٩: ٢٥٦، و فتح العزيز ٨: ١٢٠.



و بيع السلاح لأعداء الدين و إن كانوا مسلمين، و إجاره السفن و المساكن للمحرمات، خمرا) و ما بعده بالرفع، على تقدير الخبر لفظ: كذلك و نحوه.

قوله: (و بيع السلاح لأعداء الدين و إن كانوا مسلمين).

لا مانع من أن يراد بالمسلمين: المسلمون حقيقه، و الخوارج و الغلاة و نحوهم داخلون فى أعداء الدين، و يدخل فى قوله: (و إن كانوا مسلمين) قطاع الطريق و المحاربون و نحوهم، لأنهم أعداء الدين باعتبار المخالفه، و كونهم حربا و استحقاتهم القتل - و إن كان لا يخلو من تكلف - يبعث عليه ثبوت تحريم البيع عليهم على الأصح.

و هذا الحكم إنما هو فى حال عدم الهدنه كما دلت عليه الروايه (١)؛ بشرط أن لا يعلم منهم إرادته دفع الكفار به، فان علم ذلك جاز كما وردت به الروايه (٢) أيضا، و هذا إنما هو فيما لا يعد جنه: كالدرع، و البيضه، و الخف، و التجفاف - بكسر التاء: و هو ما يلبس للخيال - فلا يحرم نحو هذه، و سيأتى فى آخر هذا المبحث فى كلام المصنف، و قد كان موضعه اللائق به هنا.

قوله: (و إجاره السفن و المساكن للمحرمات).

أى: بهذا القيد، فلو أجرها ممن يتعاطاها لم يحرم على الأصح، للأصل و لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٣) و لأنه المفهوم من حسنه عمر بن أذينه، حيث كتب إلى أبى عبد الله عليه السلام يسأله عن بيع الخشب ممن يعمله صلبانا، فقال:

«لا» (٤) فان المتبادر منها البيع على هذا الوجه، أعنى: اتخاذه صلبانا، نعم، هو مكروه لأنه مظنه ذلك. و متى باع فى شىء من هذه المواضع التى يحرم فيها البيع، أو فعل شيئا من أنواع الاكتسابات بهذه الأشياء المحرمه حيث يحرم كان باطلا،

ص: ١٧

١ - ١) الكافي ٥: ١١٢ حديث ١، التهذيب ٦: ٣٥٤ حديث ١٠٠٥، الاستبصار ٣: ٥٧ حديث ١٨٧.

٢ - ٢) الكافي ٥: ١١٣ حديث ٣، التهذيب ٦: ٣٥٤ حديث ١٠٠٦، الاستبصار ٣: ٥٨ حديث ١٨٨.

٣ - ٣) المائده: ١. [١]

٤ - ٤) الكافي ٥: ٢٢٦ حديث ٢، [٢] التهذيب ٦: ٣٧٣ حديث ١٠٨٢ و ٧: ١٣٤ حديث ٥٩٠.

و بيع العنب ليعمل خمرا، و الخشب ليعمل صنما- و يكره بيعهما على من يعمله من غير شرط- و التوكيل فى بيع الخمر و إن كان الوكيل ذميا.

و ليس للمسلم منع الذمى المستأجر داره من بيع الخمر فيها سرا، و لو اجره لذلك حرم. و لو استأجر دابه لحمل الخمر جاز إن كان للتخليل أو الإراقه، و إلا حرم، و لا بأس ببيع ما يكن من آله السلاح.

### الثالث: بيع ما لا ينتفع به

الثالث: بيع ما لا ينتفع به: كالحشرات، كالفأر نظرا إلى أن النهى راجع إما إلى أحد العوضين، أو إلى أحد المتعاقدين.

قوله: (و بيع العنب ليعمل خمرا، و الخشب ليعمل صنما).

أى: بهذا القيد، و إلا فلا يحرم على الأصح، لانتفاء المقتضى كما سبق.

قوله: (و يكره بيعهما على من يعمله).

أى: على من يعمل كلاً من الخمر و الصنم.

قوله: (و التوكيل فى بيع الخمر).

أى: من المسلم، لعدم جواز هذا الفعل منه، و كذا الاستنابه فيه، لأن يد الوكيل يد الموكل، و من ثم لم يفترق الحال بكون الوكيل ذميا.

قوله: (و لو اجره لذلك حرم).

لأن إظهار ذلك للمسلمين ممنوع منه، فكيف يجوز اشتراطه؟ قوله: (و لا بأس ببيع ما يكن من آله السلاح).

أى: لأعداء الدين، و هذا ما أشرنا إليه سابقا.

قوله: (الثالث: بيع ما لا ينتفع به).

ليست هذه العبارة بتلك الحسنه، و كان الأولى أن يسكت عن البيع، ليكون هذا أيضا من أقسام الاكتسابات المحرمه.

قوله: (كالحشرات كالفأر و الحياه).

و الحياه و الخنافس و العقارب، و السباع مما لا يصلح للصيد: كالأسد و الذئب و الرخم و الحدأه و الغراب و بيضها، و المسوخ بريه: كالقرد و إن قصد به حفظ المتاع و الدّب، أو بحريه: كالجرى و السلاحف و التماسح.

و لو قيل بجواز بيع السباع جمع لفائده الانتفاع بذكاتها إن كانت مما تقع عليها الذكاه كان حسنا. المراد بها: ما يتحشر و يتحجر فى الأرض، و فى حواشى شيخنا الشهيد: أنّ فيه دقيقه يعلم منها عدم وقوع الذكاه على الحشرات، و لعله أراد باعتبار ما سيأتى من تعليل جواز بيع السباع لفائده الانتفاع بذكاتها، و الظاهر أنّ عدم وقوع الذكاه على الحشرات موضع إجماع. قوله: (و الغراب).

لا بد من أن يراد بما لا يجوز بيعه: ما لا يؤكل لحمه، أمّا ما يحل، و هو:

غراب الزرع و نحوه فيجب القول بجواز بيعه للنفع المحلل.

قوله: (و المسوخ بريه كالقرد و إن قصد به حفظ المتاع).

لأن هذا القصد ليس مما يعتد به، و لا- يوثق بحصوله ليعمد مقصودا نفعه بحسب العاده، و الظاهر أنّ المسوخ مضمومه الميم، مثل: دروس و دروب و بحور و نحوها.

قوله: (أو بحريه كالجرى).

هو بكسر الجيم و تشديد الراء و الياء: سمك طويل أملس لا فلس له.

قوله: (و لو قيل بجواز بيع السباع أجمع لفائده الانتفاع [بذكاتها] [\(١\)](#) إن كانت مما تقع عليها الذكاه كان حسنا).

ما حسنه المصنف حسن، و قوله: (إن كانت.) احتاط به، لإمكان أن يكون فى السباع البحريه ما لا يقع عليه الذكاه و إن كان غير معلوم الآن.

ص: ١٩

---

(١ - ١) لم ترد فى «س» و «م»، و أثبتناها من خطيه القواعد لاقتضاء الشرح لها.

و يجوز بيع الفيل و الهره، و ما يصلح للصيد كالفهد، و بيع دود القز، و هكذا ينبغي القول فى المسوخ، و هو الذى يفهم من كلام المصنف فى المختلف (١) و المنتهى (٢)، و هو اختيار ابن إدريس (٣)، و قوته ظاهره، إذ لا مانع من وقوع الذكاه عليها، و إنكار الشيخ ضعيف (٤)، و حينئذ فالانتفاع بجلودها و شحومها لا مانع منه، لطهارتها على ذلك التقدير.

قوله: (و يجوز بيع الفيل).

أى: و إن منعنا بيع المسوخ، لورود النص على الانتفاع بعظامه (٥).

قوله: (و الهر، و ما يصلح للصيد كالفهد).

أى: و إن منعنا بيع السباع.

قوله: (و بيع دود القز).

لانه حيوان طاهر ينتفع به فى المحلل، و كذا بزره، لكن يراعى فى بزره الوزن، و يكفى فيه المشاهده إن كان يباع عادة جزافا أتباعا للعرف، و سيأتى

ص: ٢٠

١- (١) المختلف: ٣٤١. قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٤٣: [١] قد جوز هو- أى العلامه فى المختلف- بيع الجميع، و عبارته كأنها صريحه فى ذلك، لكن كلام جامع المقاصد يعطى انه ليس بتلك الصراحه حيث قال: يفهم من المختلف.

٢- (٢) ذهب العلامه فى المنتهى ١٠١٦: ٢ [٢] الى تحريم بيع المسوخ بربه كانت كالقرد و الدب أم بحريه كالجرى و المارماهى و السلاحف و الرفاف. و فى ص ١٠١٧ ذهب الى جواز بيع الفيل، و هو من المسوخ، فما نسبه اليه المحقق الكركى من القول بجواز بيع المسوخ أجمع غير موجود فى المنتهى [٣] الذى بين أيدينا، و الله أعلم.

٣- (٣) السرائر: ٢٠٧. قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٤٣: [٤] أول من خالف ابن إدريس فى خصوص الفيله و الذئبه فجوز بيعها، فنسبه الخلاف إليه فى الجميع- كما فى جامع المقاصد- لم تصادف محلها كما يظهر ذلك لمن لحظ جميع كلامه و جمع بين أطرافه.

٤- (٤) النهايه: ٣٦٤.

٥- (٥) الكافى ٥: ٢٢٦، حديث ١، التهذيب ٧: ١٣٣، حديث ٥٨٥.

و بيع النحل مع المشاهده و إمكان التسليم، و بيع الماء و التراب و الحجاره و إن كثر وجودها.

و يحرم بيع الترياق لاشتماله على الخمر و لحم الأفاعى، و لا يجوز شربه للتداوى، إلا مع خوف التلف. ضابطه إن شاء الله تعالى.

قوله: (و بيع النحل مع المشاهده و إمكان التسليم).

المراد بالمشاهده له: من حيث الجملة، بحيث يعلم قلته من كثرته، و ترتفع الجهاله عن قدره، و إن لم يشاهد كل واحده واحده، فلو ستر بعضه ببعض فلم ير ذلك البعض، لكن شاهد الجملة كفى فى صحه البيع، و لو بيعت فى كوّاراتها (١) صح مع المشاهده، و يدخل ما فيها من العسل تبعا، كاللبن فى الضرع إذا بيعت الشاه، و كأساس الحائط مع بيعه، كذا ذكره المصنف فى المنتهى (٢). و لا بد من إمكان التسليم كغيره من المبيعات.

قوله: (و بيع الماء و التراب).

و لو على الشاطئ، و حيث يحفر التراب، لأنهما متمولان.

قوله: (و يحرم بيع الترياق).

هو بكسر التاء: مركب معروف يشتمل على الخمر و لحوم الأفاعى، فيحرم بيعه لذلك، فإنّ هذا المركب لا يعد مالا، لأن بعضه من الأعيان النجسه و المحرمه فلا يقابل بالمال، لكن الترياق عند الأطباء قد يخلو من هذين فيجوز بيعه قطعاً، بخلاف ما اشتمل على أحدهما و إن أمكن الانتفاع به فى المحلل، كالطلاء و الضماد الضرورى، لكن لو اضطر إليه فلم يمكن تحصيله إلا بعوض، كان افتداء لا بيعاً.

قوله: (و لا يجوز شربه للتداوى إلا مع خوف التلف).

لاشتماله على الخمر، و لا يجوز شربها للتداوى و نحوه، إنما يجوز عند خوف التلف.

ص: ٢١

١- ١) قال الجوهرى فى الصحاح ٢: ٨١٠ (١) كور): كوّاره النحل: غسلها فى الشمع.

٢- ٢) المنتهى ٢: ١٠١٧. [٢]

أما السمّ من الحشائش و النبات، فيجوز بيعه إن كان مما ينتفع به، وإلا فلا. و في جواز بيع لبن الآدميات نظر، أقربه الجواز. و لو باعه دارا لا طريق إليها و لا مجاز جاز مع علم المشتري، وإلا تخير.

#### الرابع: ما نصّ الشرع على تحريمه عينا

الرابع: ما نصّ الشرع على تحريمه عينا: كعمل الصور قوله: (أما السمّ من الحشائش و النبات، فيجوز بيعه إن كان مما ينتفع به، وإلا فلا).

النبات أعّم من الحشائش، لصدقه على ما له ساق، و لا وجه لتقييد السمّ بكونه من الحشائش و النبات، لأن السم من المعادن أيضا كذلك.

قوله: (و في جواز بيع لبن الآدميات نظر، أقربه الجواز).

ما أقربه أقرب، لأنه عين طاهره على الأصح، ينتفع بها نفعا محلا مقصودا.

قوله: (و لو باعه دارا لا طريق إليها و لا مجاز جاز مع علم المشتري، و إلا تخير).

قيل: لا دخل لهذه المسألة هنا.

قلنا: بل علاقتها توهم كون مثل هذه الدار مما لا ينتفع بها، فأراد دفع هذا التوهم، لأنها في حدّ ذاتها ينتفع بها، و إن تعذر أو تعسّر النفع باعتبار أمر عارض، و هو: فقد المسلك، مع إمكان تحصيله من الجيران بنحو عاريه و استئجار. و أراد المصنف بقوله: (جاز) اللزوم، بقريته قوله: (و إلا تخير).

قوله: (الرابع: ما نصّ الشارع على تحريمه عينا).

أى: بخصوص عينه لا باعتبار مقصوده.

قوله: (كعمل الصور المجسمه).

المجسمه، و الغناء و تعليمه و استماعه، و أجر المغنيه، و قد وردت المتبادر من المجسمه: ما يكون لها جسم يحصل له ظلّ إذا وقع عليه ضوء، و لا ريب في تحريم هذا القسم إذا كان من صور ذوات الأرواح، و إن كانت عباره الكتاب مطلقه.

و هل يحرم غير المجسمه كالمنقوشه على الجدار و الورق؟ عمّم التحريم بعض الأصحاب (1)، و في بعض الأخبار ما يؤذن بالكراهيه (2)، و لا ريب أنّ التحريم أحوط، و هذا فيما له روح، أما غيره كالشجر، فيظهر من كلام بعض الأصحاب التحريم، حيث حرم التماثيل و أطلق (3). و المعتمد العدم، و الظاهر عدم الفرق فيه بين المجسم و غيره، فتكون الأقسام أربعه: أحدها: محرم إجماعاً، و باقى الأقسام:

مختلف فيها، لا كما يوجد في بعض الحواشى (4).

قوله: (و الغناء).

هو: ممدود، و المراد به على ما في الدروس: مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب (5). و ليس مطلق مد الصوت محرماً و إن مالت القلوب إليه، ما لم ينته إلى حيث يكون مطرباً بسبب اشتماله على الترجيع المقتضى لذلك، و استثنى من الغناء: الحداء، و فعل المرأه له في الأعراس بشروطه الآتية، و استثنى بعضهم مرأى الحسين عليه السلام كذلك.

قوله: (و تعليمه).

و كذا تعلمه.

قوله: (و قد وردت رخصه).

ص: ٢٣

١- ١) منهم: ابن البراج في المذهب ٣٤٤: ١، و ابن إدريس في السرائر: ٢٠٦.

٢- ٢) التهذيب ٣٨١: ٦ حديث ١١٢٢.

٣- ٣) منهم: أبو الصلاح في الكافي في الفقه: ٢٨١، و ابن البراج في المذهب ٣٤٤: ١.

٤- ٤) قال السيد العاملي في المفتاح ٤: ٤٧: في حاشيه الإرشاد و حاشيه الميسر. ان الصور خاصه بالحيوان، و ان التمثال يشمل الحيوان و الأشجار، و الأكثر لم يفرقوا.

٥- ٥) الدروس: ١٩٠.

رخصه فى إباحه أجرها فى العرس، إذا لم تتكلم بالباطل، و لم تلعب بالملاهى، و لم يدخل الرجال عليها.

و يحرم أجر النائحه بالباطل، و يجوز بالحق. و القمار حرام، و ما يؤخذ به حتى لعب الصبيان بالجوز و الخاتم، العمل على الرخصه و موردها، فلا- يرخص فى غناء الرجال، و المراد من عدم دخول الرجال عليها: عدم سماعهم صوتها- للقطع بالتحريم- و إن لم يدخلوا عليها، و ذلك إذا كانوا أجنب، و يحتمل العموم لإطلاق النص (١).

و إنما يحرم من الملاهى ما لا يجوز مثله فى العرس، فالدّف الذى لا صنع فيه و لا جلاجل له يجوز لعبها به على الظاهر، لاستثنائه.

قوله: (و يحرم أجر النائحه بالباطل، و يجوز بالحق).

بشرط عدم آلات اللهو، و عدم سماع الرجال الأجنب صوتها.

قوله: (و القمار حرام).

أى: عمله، و هو: اللعب بالآلات المعده له على اختلاف أنواعها، من الشطرنج و النرد و غير ذلك، و أصل القمار: الرهن على اللعب بشىء من هذه الأشياء، و ربما أطلق على اللعب بها مطلقاً، و لا ريب فى تحريم اللعب بذلك و إن لم يكن رهن، و الاكتساب به، و بعمل آلاته.

قوله: (و ما يؤخذ به حتى لعب الصبيان بالجوز).

أى: و يحرم ما يؤخذ به كما ذكرنا، حتى ما يؤخذ بلعب الصبيان بالجوز و الخاتم، فلا يجوز لولئهم التصرف فيه، بل و لا تمكينهم من أخذه، بل يجب عليه دفعه إلى مالكه، لبقائه على ملكه.

و يمكن أن يكون مراد العبارة: و يحرم القمار حتى لعب الصبيان إلى آخره،

ص: ٢٤

---

(١- ١) الكافى ٥: ١١٩، حديث ١، الفقيه ٣: ٩٨، حديث ٣٧٦، التهذيب ٦: ٣٥٨، حديث ١٠٢٤، الاستبصار ٣: ٦٢، حديث ٢٠٧.



و الغش بما يخفى كمزج اللبن بالماء، و تدليس الماشطه، و تزيين الرجل بالحرام، و معونه الظالمين فى الظلم، فتكون حتى عاطفه على القمار، و العبارة على هذا المعنى أدلّ، إلا أنّ إطلاق التحريم على هذا القسم مشكل، لأن فعل الصبى لا يوصف بالحرمة و لا غيرها من الأحكام الشرعيه، إلا أن يأول: بأن تكليف التحريم و غيره فى ذلك يتعلق بالولّى.

قوله: (و الغش بما يخفى كمزج اللبن بالماء).

لنهى عنه (١)، و احترز به عن الغش بما لا يخفى، كخلط ردىء الحنطه بجيدها، فإنه لا يحرم و إن كره. و أما حال البيع فى الفرض الأول فيمكن صحته، لأن المحرّم هو الغش، و أما المبيع فإنه عين منتفع بها يعد مالا، فيصح.

و يمكن الحكم بالبطلان، لأن المقصود بالبيع هو اللبن، و الجارى عليه هو المشوب، و فى الذكرى فى باب الجماعه ما حاصله: لو نوى الاقتداء بامام معين على أنه زيد فظهر عمرا، أنّ فى الحكم نظر، قال: و مثله ما لو قال: بعتك هذا الفرس فإذا هو حمار، و جعل منشأ التردد تغليب الإشاره أو الوصف (٢).

قوله: (و تدليس الماشطه).

بتحمير الوجه، و تزيين الخد، و نقش اليد و الرجل، و وصل الشعر، و لو أذن الزوج فليس تدليسا.

قوله: (و تزيين الرجل بالحرام).

و تزيين المرأه به أيضا كذلك، كما لو لبس كل منهما زينه الآخر، و تزين كل منهما كترتين غيره إياه، و لعل مراد العبارة ما يشمله، بأن يكون المراد: تزيين نفسه و تزيين غيره إياه.

قوله: (و معونه الظالمين فى الظلم).

حتى فى برى القلم، لا فى غير الظلم.

ص: ٢٥

١- ١) الكافى ٥: ١٦٠، باب الغش، [١] التهذيب ٧: ١٢، حديث ٥٣، ٥٢.

٢- ٢) الذكرى: ٢٧١. [٢]

و حفظ كتب الضلال و نسخها لغير النقض أو الحجبه، و نسخ التوراه و الإنجيل و تعليمهما، و أخذ الأجره عليهما، و هجاء المؤمنين، قوله: (و حفظ كتب الضلال).

أى: حفظها فى الصدر، أو حفظها بمعنى: صيانتها عن أسباب التلف، و الظاهر عدم الفرق فى كتب الضلال بين كتب الأصول و الفروع، لأن ابتناء فروعها على الأصول الفاسده. و يجوز إتلاف ما كان موضع الضلال من الكتاب دون غيره، مع المحافظه على بقاء ما يعدّ مالا من الورق و الجلد، إذا كان من أموال المسلمين أو المنتمين إلى الإسلام، دون إتلاف الجميع قطعا. قوله: (لغير النقض أو الحجّه).

أى: نقض مسائل الضلال، أو الحجبه على مسائل الحق من كتب الضلال، و ظاهره حصر جواز الحفظ و النسخ فى الأمرين، و الحق أن فوائده كثيره، فلو أريد: نقل المسائل، أو الفروع الزائده، أو معرفه بعض أصول المسائل، أو الدلائل، و نحو ذلك جاز الحفظ و النسخ أيضا، لمن له أهليه النقض لا مطلقا، لأن ضعفاء البصيره لا يؤمن عليهم خلل الاعتقاد. قوله: (و نسخ التوراه و الإنجيل و تعليمهما).

هذان من كتب الضلال، بل من رؤوسهما لكونهما محرفين، فكان يغنى عنه ما سبق، و كأنه أراد التنبيه على انهما فى أصلهما ما كانا ضلالا، أو أنّ المنسوخ بعد النسخ يخرج عن كونه حقا. قوله: (و هجاء المؤمنين).

هو بكسر الهاء و المد: ذكر المعاييب بالشعر، و بقيد المؤمنين يفهم عدم تحريم هجاء غيرهم، و ليس ببعيد، لأن غير المؤمن يجوز لعنه، فكيف تناول عرضه بما يقتضى إهانته؟!

و الغيبة، و الكذب عليهم، و النميمه، و سب المؤمنين، و مدح من يستحق الذم و بالعكس، قوله: (و الغيبة).

هى: بكسر الغين المعجمه، و حدّها على ما فى الأخبار: أن يقول المرء فى أخيه ما يكرهه - لو سمعه - مما فيه (1)، و كذا ما فى حكم القول: من الإشاره باليد و غيرها من الجوارح، أو التحاكي بفعله أو قوله كمشيه الأعرج. و قد يكون بالتعريض، مثل قول القائل: أنا لا أفعل كذا معرضا بمن يفعله، و لو قال ذلك فيه بحضوره فتحريره أغلظ، و إن كان ظاهرهم أنه ليس غيبه.

و ضابط الغيبه: كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن و التفكه به، أو إضحاك الناس منه. فأما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم: كنصيحه المستشير، و التظلم و سماعه، و الجرح و التعديل، و ورد من ادعى نسبا ليس له، و القدح فى مقاله أو دعوى باطله خصوصا فى الدين، و غير ذلك.

و يوجد فى كلام بعض الفضلاء: أن من شرطها أن يكون متعلقها محصورا، و إلا فلا تعد غيبه، فلو قال عن أهل بلده غير محصوره ما لو قاله عن شخص واحد مثلا يعد غيبه، لم يحتسب غيبه.

قوله: (و الكذب عليهم).

فان الكاذب ملعون، و على المؤمنين أشد، و على الله و رسوله و الأئمه عليهم السلام أعظم. و لو اقتضت المصلحه الكذب وجبت التوريه.

قوله: (و سبّ المؤمنين).

و ذلك بإسناد ما يقتضى نقصه، مثل الوضيع و الناقص و نحو ذلك، إلا لمن يستحق الإهان، كما سيجىء فى باب القذف.

قوله: (و مدح من يستحق الذم و بالعكس).

المراد: مدح من يستحق الذم من الوجه الذى يستحق به الذم، و كذا

ص: ٢٧

و التشيب بالمرأه المعروفه المؤمنه، و تعلم السحر و تعليمه. عكسه، أما إعطاء الشخص الواحد حقه من المدح و الذم باعتبار مقتضاهما فإنه يحسن، و لا يبعد أن يقال بتحريم مدح من يستحق الذم و إن لم يكن من الوجه الذى يستحق به الذم إذا فهم السامع منه كونه ممدوحاً، لما فيه من إيهام الباطل، و إنما ذكر هذا بخصوصه و إن كان نوعاً من الكذب، لأنه أغلظ من غيره، و لما فى ذم من يستحق المدح من زياده إيذائه (١).

قوله: (و التشيب بالمرأه المعروفه المؤمنه).

المراد به: ذكر محاسنها و شدة حبها و نحو ذلك بالشعر، و يقال: النسب أيضاً، و انما يحرم بقيود:

أ: كونها معينه معروفه و إن لم يعرفها السامع إذا علم أنه قصد معينه، لما فيه من هتك عرضها، أما إذا لم يقصد مخصوصه فلا بأس.

ب: كونها مؤمنه، فلا يحرم بنساء أهل الحرب، و أما نساء أهل الذمه فظاهر التقييد بالمؤمنه يقتضى الحلّ، و الظاهر العدم، لأن النظر إليهنّ بريبه حرام، فهذا أولى، و نساء أهل الخلاف أولى بالتحريم، لأنهنّ مسلمات.

ج: كونها محرّمه، أى: فى الحال و إن لم يكن مؤبداً، و لم يذكره المصنف.

فتمت انتفى واحد من الثلاثه لم يحرم، و إذا شك فى حصولها لا يحرم الاستماع، و اما التشيب بالغلام فحرام على كل حال، لأنه محض فحش مقرب للمفسده.

قوله: (و تعلم السحر و تعليمه).

قال فى الدروس: إن تعلمه للاحتراز منه و للفرق بينه و بين المعجز جائز، و ربما وجب (٢). و ليس بيعيد إن لم يلزم منه التكلم بمحرم أو فعل ما يحرم.

ص: ٢٨

١- ١) هذه الفقره من (و مدح من) الى هنا كانت مقدمه على قوله: (و سب المؤمنين.)، فرتبناها حسب ما فى القواعد.

٢- ٢) الدروس: ٣٢٧، و فيه: .أما علمه ليتوقى أو لئلا يعتريه فلا، و ربما وجب على الكفايه ليدفع المتنبي بالسحر.

و هو: كلام يتكلم به أو يكتبه، أو رقيه، أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشره، و الأقرب أنه لا حقيقه له و إنما هو تخيل، و على كل تقدير لو استحله قتل.

قوله: (و هو: كلام يتكلم به أو يكتبه، أو رقيه، أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشره).

الرقيه بضم الراء: العوده، و اعلم أن قوله: (يؤثر في بدن المسحور) إن كان قيذاً في الجميع، يخرج عن التعريف كثير من أقسام السحر التي لا تحدث شيئاً في بدن أو قلب أو عقل، أو بالأخير، أعنى قوله: (أو يعمل شيئاً) يخرج عنه السحر بالعمل حيث لا يؤثر في شيء من المذكورات.

و من السحر: عقد الرجل عن زوجته بحيث لا يقدر على وطئها، و إلقاء البغضاء بينهما و نحو ذلك.

قوله: (أو يعمل شيئاً).

يندرج في ذلك: العقد، و النفث، و الدخنه، و التصوير. قال في الدروس: و من السحر: الاستخدام للجن و الملائكه، و الاستنزال للشياطين (١).

قوله: (و الأقرب أنه لا حقيقه له، و إنما هو تخيل).

المتبادر إلى الفهم أن المراد: كون المفعول المعدود سحراً -مثل: عمل الحياه، و إظهار الطيران و نحو ذلك- لا حقيقه له في الواقع، و إنما يخيل إلى الناظرين كونه واقعاً.

و الذي يستفاد من عبارته الشارح (٢) و المنتهى (٣) و كلامهم في باب الجنائيات، أن المراد به: أن ترتب شيء في بدن الإنسان و عقله و التفريق بين المرء و زوجته و نحو ذلك من الأمور المطلوبه بالسحر لا حقيقه لها، و هو المفهوم من

ص: ٢٩

١- (١) الدروس: ٣٢٧.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٤٠٥: ١-٤٠٧.

٣- (٣) المنتهى ١٠١٤: ٢. [١]

و يجوز حلّ السحر بشيء من القرآن أو الذكر أو الأقسام، لا بشيء منه.

قولهم: لا تأثير للسحر.

و الأول أوجه، لأن تأثير الإنسان بالسحر غير موقوف على أن له حقيقه موجوده فى الواقع، لأن الأمور المخيله ربما أثرت بتوسط الوهم، فان فعل الوهم أمر مقطوع به.

و الحق: عدم القطع بأن له حقيقه أو لا حقيقه له، و الدلائل التى ذكرها من الجانبين لا دلالة فيها، فان قوله تعالى (يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى) [١] دال على ثبوت السحر، و تخيل السعى لا على تخيل حقيقه السحر، و مع ذلك فهذا لا يدل على أن جميع أفراد السحر، إنما يحصل بها التخيّل، و قوله تعالى (وَ مَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ) [٢] لا دلالة فيه أيضاً، لأن المراد من الإذن ليس هو الترخيص قطعاً، إذ لا معنى له فى هذا المقام، بل المراد منه: العلم و الاطلاع، كما يتبادر إلى الفهم، و لا يضر كونه مجازاً مع القرينه، و مع ذلك فلا يدل على أنه لا حقيقه له، و بناء الفقهاء [فى] [٣] ثبوت القصاص على أن للسحر حقيقه غير ظاهر، لجواز حدوث شيء فى بدن الإنسان بسبب التخيّل بتوسط الوهم، فما قرّبه المصنف غير واضح.

و لا استبعاد فى أن يكون لبعض أفراد حقيقه و وجود، فأنا نرى عقد الشخص عن زوجته يمنعه من وطئها منعاً ظاهراً، و حينئذ فلو قتل إنساناً بسحره مقرّاً بذلك قتلناه به، إذ لا أقل من أن يكون ذلك بتسببه إلى فعل الوهم فيه ذلك.

قوله: (و يجوز حلّ السحر).

الأقسام: بفتح الهمزة جمع قسم، و لا تمتنع قراءته بكسرها، على أنه

ص: ٣٠

١ - ١) طه: ٦٦. [١]

٢ - ٢) البقره: ١٠٢. [٢]

٣ - ٣) لم ترد فى «م» و وردت فى الحجرى و أثبتناها للسياق.

و تعلم الكهانه حرام، والكاهن: هو الذى له رئى من الجن يأتية بالأخبار، ويقتل ما لم يتب.  
و التنجيم حرام، وكذا تعلم النجوم مع اعتقاد تأثيرها بالاستقلال، أو لها مدخل فيه. مصدر أقسم.  
قوله: (و تعلم الكهانه).

الظاهر أنها بكسر الكاف، قال فى الصحاح: يقال: كهن يكهن كهانه، مثل: كتب يكتب كتابه، إذا تكهن. وإذا أردت أنه صار كاهنا قلت: كهن بالضم، كهانه بالفتح (١).

قوله: (و الكاهن: هو الذى له رئى من الجن يأتية بالأخبار).

رئى بوزن كمى، و هو: التابع للإنسان يتراءى له، أى: هو موضع رأيه، و قد تكسر راؤه اتباعا لما بعدها. قال ابن الأثير فى النهاية: يقال للتابع من الجن:

رئى بوزن كمى، و هو فعيل أو فعول، سمي به لأنه يتراءى لمتبوعه، [أو] (٢) هو من الرأى، من قولهم: فلان رئى قومه، إذا كان صاحب رأيهم، و قد تكسر راؤه لاتباعها ما بعدها (٣). و مثله قال فى الفائق (٤).

قوله: (و التنجيم حرام و كذا تعلم النجوم مع اعتقاد تأثيرها بالاستقلال أو لها مدخل فيه).

قوله: (مع اعتقاد تأثيرها) قيد فى التنجيم و تعلم النجوم، و المراد من التنجيم: الإخبار عن أحكام النجوم باعتبار الحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية التى مرجعها إلى القياس و التخمين، فان كون الحركة معينه و الاتصال

ص: ٣١

١- ١) الصحاح (١) [كهن] ٢١٩١: ٦.

٢- ٢) فى نسخه «م» و الحجرى: (أى)، و ما أثبتناه من النهاية، و [٢] هو الصحيح.

٣- ٣) النهاية ١٧٨: ٢. [٣]

٤- ٤) الفائق ٢٢: ٢. [٤]

و الشعبذه حرام، و هي: الحركات السريعه جدا، بحيث يخفى على الحس الفرق بين الشئ و شبهه، لسرعه انتقاله من الشئ إلى شبهه.

المعين سببا لوجود ذلك، إنما يرجع المنجمون فيه الى مشاهدتهم وجود مثله عند وجود مثلها، و ذلك لا يوجب العلم بسببتهما له، لجواز وجود أمور أخرى لها مدخل في سببته لم تحصل الإحاطه بها، فإنّ القوه البشريه لا سبيل لها إلى ضبطها، و لهذا كان كذب المنجمين و خطؤهم أكثرًا. و قد ورد من صاحب الشرع النهى عن تعلم النجوم بأبلغ وجوهه، حتى قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه: «إياكم و تعلم النجوم إلا ما يهتدى به في بحر أو بر، فإنها تدعو إلى الكهانه،» [و] (1) المنجم كالكاهن، و الكاهن كالساحر، و الساحر كالكافر، و الكافر في النار» (2).

إذا تقرر ذلك فاعلم: أن التنجيم - مع اعتقاد أنّ للنجوم تأثيرا في الموجودات السفليه و لو على جهه المدخلية - حرام، و كذا تعلم النجوم على هذا الوجه، بل هذا الاعتقاد كفر في نفسه، نعوذ بالله منه.

أما التنجيم لا على هذا الوجه مع التحرز من الكذب فإنه جائز، فقد ثبت كراهيه التزوج و سفر الحج و القمر في العقب، و ذلك من هذا القبيل. نعم هو مكروه، لأنه ينجز إلى الاعتقاد الفاسد، و قد ورد النهى عنه مطلقا حسما للماده، و تحريم الأجره و عدمه تابع للفعل.

و حكى في الدروس عن بعض الأصحاب القول بتحريمه، لما فيه من التعرض للمحذور، و لأن أحكامه [تخمينيه] (3) لا تخلو من الكذب، و أما علم الهيئه فلا كراهه فيه، بل ربما كان مستحبا، لما فيه من الإطلاع على عظم قدره الله تعالى، و لا يحرم الزمّل إذا لم يقطع فيه بالمطابقه، لأن ذلك غير مقطوع به، فلا

ص: ٣٢

١ - ١) الواو لم ترد في «م» و الحجرى، و أثبتناها من نهج البلاغه، و [١] هو الصحيح.

٢ - ٢) نهج البلاغه - [٢] تحقيق صبحى الصالح - ١٠٥: خطبه ٧٩، و فيه: «إياكم و تعلم النجوم الا - ما يهتدى به في بر أو بحر، فإنها تدعو إلى الكهانه».

٣ - ٣) في «م»: تخيليه، و ما أثبتناه من الدروس، و هو الأصح.



و القيافه حرام. و يحرم بيع المصحف، بل يباع الجلد و الورق، و لو اشتراه الكافر فالأقرب البطلان، و يجوز أخذ الأجره على كتابه القرآن.

و تحرم السرقة و الخيانه و بيعهما، و لو وجد عنده سرقة ضمنها، إلا أن يقيم بينه بشرائها، فيرجع على بائعها مع جهله. يجوز اعتقاده، و إنما يجوز إذا عدّه قالاً، و قد كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله يحب الفال و يكره الطيره (١)(٢).

قوله: (و القيافه حرام).

و هي: إلحاق الأنساب بما يزعم أنه يعلمه من العلامات، أو إلحاق الآثار إذا رتب عليه محرّماً، أو جزم بنسبه من زعم علمه بكونه أثره.

قوله: (و يحرم بيع المصحف).

للنصوص فى الكتاب و السنه (٣).

قوله: (و لو اشتراه الكافر فالأقرب البطلان).

هذا أصح، لا تنفء الصلاحيه فى أحد أركان البيع فيفسد، و قيل: يصح و يؤمر ببيعه (٤).

قوله: (و لو وجد عنده سرقة ضمنها، إلا أن يقيم بينه بشرائها، فيرجع على بائعها مع جهله).

هذا قول الشيخ (٥)، معوّلاً على ما رواه أبو عمرو السراج، عن أبي عبد الله

ص: ٣٣

١-١) الدروس: ٣٢٧.

٢-٢) راجع سفينه البحار ١٠٢:٢، و [١] حياه الحيوان الكبرى للدميرى ٩٨:٢.

٣-٣) الكافى ١٢١:٥ باب بيع المصاحف، التهذيب ٣٦٥:٦ حديث ١٠٥١، ١٠٤٩.

٤-٤) قال العاملى فى المفتاح ٨٣:٤: و لم أجد القائل بصحة البيع و إجباره على بيعه، نعم قد قيل ذلك فى العبد المسلم فتأمل، و لعل الفرق ان القرآن أعظم حرمة.

٥-٥) النهايه: ٤٠١. [٢]

و لو اشترى به جاريه أو ضيعه، فإن كان بالعين بطل البيع، وإلا حلّ له وطء الجارية و عليه وزر المال. و لو حجّ به مع وجوب الحج بدونه برئت ذمته، إلا في الهدى إذا ابتاعه بالعين المغصوبه، أما لو اشتراه في الذمه جاز.

و لو طاف أو سعى في الثوب المغصوب، أو على الدابة عليه السلام (١)، و قال ابن إدريس: الضمان ثابت على كل حال بعد ثبوت كونها سرقة، و لكن الرجوع على بائعها مشروط بثبوت كونه بائعا و عدم علمه بكونها سرقة (٢)، و نزل كلام الشيخ على ذلك، و حسنه المصنف في المنتهى (٣).

و تحرير المسألة: أنّ المراد من ضمانها إن كان: ردّها إلى مالكها، فلا كلام في وجوب ردّها على كل حال، سواء علم بكونها سرقة أولا، و إن كان المراد: ضمان قيمتها إذا تلفت و كانت قيميه، فكذلك، و ليس له الرجوع بها، لأن التلف في يده و هو مضمون، و إن كان المراد: رجوعه بالثمن، فمع بقاء العين يرجع، سواء كان عالما أو جاهلا، و مع تلفها يرجع بعوضها إذا لم يكن عالما بالحال. و أما ما يتبع العين من المنافع التي استوفاهها من لبن و نحوه، ففي رجوعه بها مع الجهل قولان، أصحهما الرجوع معه لا مع العلم، و كذا القول في الأجره.

قوله: (و عليه وزر المال).

أى: ضمانه و الإثم.

قوله: (و لو حج به مع وجوب الحج بدونه برئت ذمته، إلا في الهدى إذا ابتاعه بالعين المغصوبه).

ص: ٣٤

١- ١) الكافي ٥: ٢٢٩ حديث ٧.

٢- ٢) السرائر: ٢٣٣.

٣- ٣) المنتهى ٢: ١٠١٥. [١]

و التطفيف حرام فى الكيل و الوزن، و يحرم الرّشا فى الحكم و إن حكم على باذله بحق أو باطل.

### الخامس: ما يجب على الإنسان فعله يحرم الأجر عليه

الخامس: ما يجب على الإنسان فعله يحرم الأجر عليه، كتغسيل الموتى و تكفينهم و دفنهم، نعم لو أخذ الأجر على المستحب منه فالأقرب جوازه. إنما قيد بوجوب الحج بدون، لانتفاء أصل الوجوب بدون ذلك، إذ المغصوب لا تتحقق معه الاستطاعه، فلا يحصل به وجوب الحج، فلا- يسقط فعل وجوب الحج بالاستطاعه المتجدده، و إنما لا- تبرأ ذمته من الهدى إذا اشتراه بعين المغصوب، لانه نسك و عباده، و النهى فى العباده يقتضى الفساد، و مثله الطواف و السعى فى الثوب المغصوب، أما الإحرام فيه فلا، لأن لبس الثوبين ليس شرطاً فيه، و على القول باشتراطه يتجه الفساد.

قوله: (و يحرم الرّشا فى الحكم).

أجمع أهل الإسلام على تحريم الرّشا فى الحكم، سواء حكم بحق أو باطل، للباذل أو عليه، و فى الأخبار عن أئمة الهدى صلوات الله عليهم: انه الكفر بالله عز و جل و برسوله صلّى الله عليه و آله (١).

قوله: (ما يجب على الإنسان فعله يحرم الأجر عليه، كتغسيل الموتى و تكفينهم و دفنهم، نعم لو أخذ الأجره على المستحب منها فالأقرب جوازه).

أى: من هذه الأمور، كتكفين القدر المندوب، و حفر ما زاد على الواجب، للأصل، و لأنه فعل سائغ، فجاز أخذ الأجره عليه كالحج و الصلاه. و قال ابن

و تحرم الأجره على الأذان و على القضاء، و يجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال.

البراج: لا يجوز لإطلاق النهي (١)، و عن المرتضى: جواز الأجره على الواجب، بناء على اختصاص الوجوب بالولى (٢).

قوله: (و تحرم الأجره على الأذان و على القضاء).

أمّا الأذان، ففي بعض الأخبار ما يقتضى تحريمه (٣)، و للإجماع، و لا فرق فى التحريم بين أخذ ذلك من أهل البلد أو المحله و من السلطان، و هل يحرم بذلك أذانه؟ قال ابن البراج: يحرم (٤)، و وجهه المصنف فى المختلف بأنّ الأذان على هذا الوجه غير مشروع فيكون بدعه (٥).

و أما القضاء، فللنص (٦)، و الإجماع، و لا فرق بين أخذ الأجره من المتحاكمين أو من السلطان أو أهل البلد، عادلا- كان أو جائرا، سواء كان المأخوذ بالإجاره أو الجعالة أو الصلح، و أطلق بعض الأصحاب جواز الأخذ (٧)، و المصنف فى المختلف قال: إن تعين القضاء عليه، إما بتعيين الامام عليه السلام، أو بفقد غيره، أو بكونه الأفضل و كان متمكنا لم يجز الأجر عليه، و إن لم يتعين،

ص: ٣٦

١- ١) المهذب ١: ٣٤٥، و عبارته مطلقه. و قال فخر المحققين فى الإيضاح ١: ٤٠٨: أطلق ابن البراج القول بالتحريم لعموم النهى عن أخذ أجره التّغسيل، و هو يشمل الواجب و المندوب. و فى المفتاح ٤: ٩٥: ثم ان حكاية جامع المقاصد و [١] المسالك عن القاضى غير صحيحه حيث قال- و خلافا لابن البراج، و الموجود من كلامه فى المختلف انما هو الإطلاق كما حكى فى الإيضاح. راجع المختلف: ٣٤٢ فى نقله عبارته ابن البراج.

٢- ٢) نقله عنه فى مفتاح الكرامه ٤: ٩٢. [٢]

٣- ٣) الفقيه ٣: ١٠٩، حديث ٤٦١، التهذيب ٢: ٢٨٣، حديث ١١١٩، و ٦: ٣٧٦، حديث ١٠٩٩، الاستبصار ٣: ٦٥، حديث ٢١٥.

٤- ٤) المهذب ١: ٣٤٥.

٥- ٥) المختلف: ٣٤٢.

٦- ٦) الكافي ٧: ٤٠٩، حديث ١، التهذيب ٦: ٢٢٢، حديث ٥٢٧.

٧- ٧) منهم: المفيد فى المقنعه: ٩٠.

و يجوز أخذ الأجره على عقد النكاح و الخطبه فى الإملاك، و يحرم الأجر على الإمامه و الشهاده و أدائها.

## خاتمه تشتمل على أحكام

### إشاره

خاتمه تشتمل على أحكام:

### أ: تلقى الركبان

أ: تلقى الركبان مكروه على رأى، أو كان محتاجا فالأقرب الكراهه (١). هذا لفظه، فان أراد بالأجره المأخوذه: ما يعتم المتحاكمين فمشكل، لأنه رشوه، و كذا إن أراد: عدم الأخذ من بيت المال مع التعيين مطلقا، و الأقوى المنع مطلقا، إلا- من بيت المال خاصه، فيتقيد بالحاجه.

قوله: (و يجوز أخذ الأجره على عقد النكاح).

إنما يجوز إذا كان و كيلا لأحد الزوجين أو لهما، فيتولى الصيغه و يكون و كيلا بجعل، أما إلقاء الصيغه على المتعاقدين فلا يجوز أخذ الأجره عليه إجماعا، لأنه من الواجبات الكفائيه، و كذا باقى العقود.

قوله: (و الخطبه فى الإملاك).

الخطبه بالضم: ما اشتمل على حمد الله و الصلاه على رسوله و آله صلوات الله عليهم، و الإملاك بكسر الهمزه: التزويج، و الزوج مملك بفتح اللام. و أما الخطبه بكسر الخاء: فهو طلب المرأه من وليها و نحوه.

قوله: (و تحرم الأجره على الإمامه و الشهاده).

المراد: إمامه الناس فى الصلوات من غير فرق بين الواجبه و المندوبه، و يجوز الارتزاق من بيت المال. و أميا الشهاده تحملا و إقامه، فلأنها من الواجبات إما العينيه أو الكفائيه.

قوله: (خاتمه تشتمل على أحكام: الأول: تلقى الركبان مكروه على رأى).

هى: جمع ركب، و الأصح التحريم، لثبوت النهى فى النصوص (٢).

ص: ٣٧

٢-٢) الكافي ٥:١٦٨ حديث ١،٢،٤، التهذيب ٧:١٥٨ حديث ٦٩٩،٦٩٧،٦٩٦.

و هو: الخروج إلى الرّكب القاصد إلى بلد للشراء منهم من غير شعور منهم بسعر البلد، و ينعقد. و مع الغبن الفاحش يتخير المغبون على الفور على رأى، و لا فرق بين الشراء منهم و البيع عليهم. قوله: (و هو: الخروج إلى الرّكب القاصد إلى بلد للشراء منهم، من غير شعور منهم بسعر البلد).

لا يخفى أنه ليس المراد بالخروج مطلقه، بل ما كان أربعه فراسخ فما دون، لما سنذكره، و كذا القول فى التقييد بالشراء منهم، فإنّ الحكم يعمّ البيع عليهم و الشراء منهم كما سنذكره، و هل يعم التلقى الصلح و غير ذلك من العقود المملكه؟ لا أعلم فيه تصريحاً لأحد بشيء، و التعليل يقتضى التحريم.

قوله: (و ينعقد).

هذا قول أكثر علماء الإسلام، فإن النهى عن وصف خارج عن أركان البيع.

قوله: (و مع الغبن الفاحش يتخير المغبون).

المراد به: ما لا يتغابن به فى العاده، أى: لا يتسامح بمثله، و الخيار للبائع إن اشترى منهم، و للمشتري إن باع عليهم.

قوله: (على الفور على رأى).

اقتصاراً على مقدار الضروره فى مخالفه لزوم البيع، و الاستصحاب يقتضى (1) عدم الفوريه، و الأول أولى، لأن العموم فى أفراد العقود يستتبع عموم الأزمته، و إلا لم ينتفع بعمومه.

قوله: (و لا فرق بين الشراء منهم، و البيع عليهم).

أى: فى الأحكام كلها.

ص: ٣٨

---

١ - ١) وردت فى «م» بعد (يقتضى) كلمه (لزوم) و حذفناها لعدم مناسبتها المقام.

و لا يكره لو وقع اتفاقا، و لا إذا كان الخروج لغير المعامله، و حدّه أربعة فراسخ، فان زاد لم يكن تلقيا.

و النجش حرام، و هو: الزيادة لزياده من واطاه البائع، و مع الغبن الفاحش يتخير المغبون على الفور على رأى.

قوله: (و لا يكره لو وقع اتفاقا، و لا إذا كان الخروج لغير المعامله).

نفى الكراهه هنا ملحوظ فيه أنه مختار المصنف فى أصل المسأله.

قوله: (و النجش حرام).

بالإجماع، و هو: بالنون المفتوحه و الجيم الساكنه.

قوله: (و هو: الزيادة لزياده من و واطاه البائع).

ليس هذا التعريف بجيد، لأن النجش هو: الفعل الذى تحصل به الزيادة فى المثلن لا نفس الزياده، فإنها لا تحرم قطعا، بل التعريف الصحيح: أنه الزيادة فى السلعه ممن لا يريد شراءها، بمواطاه البائع له على ذلك لإيقاع غيره، و هو:

غش و خداع، و حقه أن تحرم الزيادة لذلك، و إن لم تكن بمواطاه البائع للغش و الخداع.

و هل المواطاه على ترك الزيادة فى السلعه ليشتريها بالثلن القليل مثلها؟ لا أعلم فيه شيئا، و الأصل العدم، نعم يثبت الخيار لو ظهر غبن.

قوله: (و مع الغبن الفاحش يتخير المغبون).

لا فرق فى ثبوت الخيار مع الغبن، بين أن يكون النجش بمواطاه البائع، أو لم يكن، و كذا لو قال البائع: أعطيت فى هذه السلعه كذا فصدقه المشتري، فإن له الخيار و لا يأثم البائع، إلا أن يكون كاذبا.

قوله: (على الفور).

الحكم كما سبق.



ب: يحرم الاحتكار على رأى، وهو: حبس الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن و الملح، قوله: (يحرم الاحتكار على رأى).

هذا مذهب الصدوق فى البيع (١) و ابن البراج (٢)، و هو الأصح، لقوله عليه السلام: «المحتكر ملعون» (٣). و ذهب الشيخ فى المبسوط (٤) و المفيد (٥) [إلى] (٦) أنه مكروه، و هو أحد قولى أبى الصّيلاح فى الكافى (٧)، لقول الصادق عليه السلام: «يكره أن يحتكر الطعام» (٨) الحديث، و جوابه: القول بالموجب، لأن المكروه أحد معانى الحرام، و قد دلّ استحقاق اللعن على التحريم، و كذا قوله عليه السلام فى السند الصحيح: «لا يحتكر الطعام إلّا خاطئ» (٩) فإنّ المفهوم من الخاطئ فاعل المحرّم.

قوله: (و هو: حبس الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن و الملح).

فى روايه: «و الزيت» (١٠)، و لا بأس بها، و لا يتحقق الاحتكار فى غير ذلك، نعم لو اضطرّ الناس إلى ما سواها كان الحكم كما فى المخمصة، و ما دام لا يبلغ حد الضروره فلا يحرم و لا إثم.

ص: ٤٠

١-١) المقنع: ١٢٥. [١]

٢-٢) المذهب ٣٤٦: ١.

٣-٣) الكافى ٥: ١٦٥، حديث ٦، [٢] الفقيه ٣: ١٦٩، حديث ٧٥١، التهذيب ٧: ١٥٩، حديث ٧٠٢، الاستبصار ٣: ١١٤، حديث ٤٠٤.

٤-٤) المبسوط ٢: ١٩٥.

٥-٥) المقنعه: ٩٦.

٦-٦) لم ترد فى «م» و الحجرى، و أثبتناها لعدم استقامه العبارة بدونها.

٧-٧) الكافى فى الفقه: ٢٨٣. [٣]

٨-٨) الكافى ٥: ١٦٥، حديث ٥، [٤] التهذيب ٧: ١٦٠، حديث ٧٠٨، الاستبصار ٣: ١١٥، حديث ٤١١.

٩-٩) الفقيه ٣: ١٦٩، حديث ٧٤٩، التهذيب ٧: ١٥٩، حديث ٧٠١، الاستبصار ٣: ١١٤، حديث ٤٠٣.

١٠-١٠) الكافى ٥: ١٦٤، حديث ١، [٥] الفقيه ٣: ١٦٨، حديث ٧٤٤، التهذيب ٧: ١٥٩، حديث ٧٠٤.

بشرطين: الاستبقاء للزيادة، و تعذر غيره، فلو استبقاها لحاجته أو وجد غيره لم يمنع.

وقيل: إن يستبقيا ثلاثه أيام في الغلاء و أربعين في الرخص. قوله: (بشرطين: الاستبقاء للزيادة، و تعذر غيره).

لا- بدّ من قيد آخر، و هو: الاحتياج إلى شرائها، فلو استبقاها لحاجته إليها و لو في زمان مستقبل، إما لمؤنته أو لدينه فلا يحرم، و الظاهر أنه لو أراد أداء دينه عند الحلول بثمانها، أو عند حضور مالكة، و خشى من بيعها حالا- تلفها أو تشتتها، لا- يعد ذلك احتكارا، للإجماع على أنّ الاحتكار إنما يتحقق إذا استبقاها للزيادة.

أما لو كان ثمنها لا يفي بدينه، و مع الاستبقاء تتحقق الزيادة و التوفيه، فإنه يحرم الاستبقاء، لإطلاق النهي عن ذلك.

و هل يفرق في الاحتكار بين شراء الغله، و كونها من غلته التي استنماها، و كونه جالبا؟ ظاهر المصنف في المنتهى: أنّ الاحتكار إنما يتحقق إذا اشترى الطعام و حبسه (1)، و حسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام حيث قال: «الحكره: أن يشتري الطعام ليس في المصر غيره فيحكره» (2) تدلّ عليه. إذا عرفت هذا، فلو وجد باذل غيره تندفع به حاجه الناس لم يحرم الحبس.

قوله: (و قيل: أنّ يستبقيا ثلاثه أيام في الغلاء و أربعين في الرخص) (3).

الظاهر أنّ الشرطين معتبران عند هذا القائل، لدلاله الخبر على أنه مع

ص: ٤١

١- ١) المنتهى ١٠٠٧: ٢. [١]

٢- ٢) الكافي ٥: ١٦٤ حديث ٣، [٢] الفقيه ٣: ١٦٨ حديث ٧٤٦، التهذيب ٧: ١٦٠ حديث ٧٠٦ باختلاف يسير.

٣- ٣) ذهب إليه ابن حمزه في الوسيله: ٣٠٠، و [٣] الشيخ في النهايه ٣٧٤-٣٧٥.

و يجبر على البيع لا التسعير على رأى. وجود باذل غيره لا يحرم الاستبقاء (١)، والإطباق على انتفاء التحريم لو استبقاها للحاجه.  
و الذى دلت عليه روايه السكونى: أن الاحتكار يتحقق بالزيادة على الأربعين فى الخصب، و على الثلاثه فى الغلاء (٢)، و هو مقتضى عباره المصنف.

و الأول أصح، لأن الحكم منوط بالحاجه، كما هو المستفاد من الأخبار (٣)، فلا يتقيد بزمان معين، و لعل روايه السكونى بنى فيها الأمر على مقتضى ذلك الزمان، و إلا فقد تدعو الحاجه إلى الطعام قبل الثلاثه و الأربعين إذا لم يوجد بائع أصلا.  
و اعلم أن ما ذكر فى الاحتكار ثابت بمجرد حصول الحاجه إلى الطعام، و إن لم يبلغ حد الضروره.

أما لو احتاج الناس إلى الأرز و الدخن و الذره مثلا و نحو ذلك، فإنما يحرم حبسه عند الضروره الشديده، و بدون ذلك لا يجب بذله، و إن كان قوتا و لم يوجد غيره، اقتصارا على مورد النص (٤).

و إن كان الاشتراك فيما يظن كونه العله التى قد تقتضى التحريم، كما لو كان استبقاء الطعام لحاجه، فإنه لا يجب بذله إلا عند الضروره.

قوله: (و يجبر على البيع لا التسعير على رأى).

هذا أصح، لأن الناس مسلطون على أموالهم، إلا أن يجحف فى طلب الثمن، أو يمتنع من تعيينه.

ص: ٤٢

١- ١) الكافى ٥: ١٦٤، حديث ٣، الفقيه ٣: ١٦٨، حديث ٧٤٦، التهذيب ٧: ١٦٠، حديث ٧٠٦ باختلاف يسير.

٢- ٢) الكافى ٥: ١٦٥، حديث ٧، [١] الفقيه ٣: ١٦٩، حديث ٧٥٣، التهذيب ٧: ١٥٩، حديث ٧٠٣، الاستبصار ٣: ١١٤، حديث ٤٠٥.

٣- ٣) الكافى ٥: ١٦٤، حديث ٣، الفقيه ٣: ١٦٨، حديث ٧٤٦، التهذيب ٧: ١٦٠، حديث ٧٠٦ باختلاف يسير.

٤- ٤) الكافى ٥: ١٦٤، حديث ١، الفقيه ٣: ١٦٨، حديث ٧٤٤، التهذيب ٧: ١٥٩، حديث ٧٠٤، الاستبصار ٣: ١١٤، حديث ٤٠٦.

### ج: لو دفع إليه مالا ليفرقه في قبيل و كان منهم

ج: لو دفع إليه مالا- ليفرقه في قبيل و كان منهم، فإن عين اقتصر عليه، فإن خالف ضمنن و إن أطلق فالأقرب تحريم أخذه منه، و يجوز أن يدفع إلى عياله إن كانوا منهم.

### د: يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع علم الإباحة

د: يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع علم الإباحة، إما لفظاً أو بشاهد الحال.

و يكره انتهابه، فإن لم يعلم قصد الإباحة حرم.

### ه: الولايه من قبل العادل مستحبه

ه: الولايه من قبل العادل مستحبه، و قد تجب إن الزم، أو افتقر في الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر قوله: (لو دفع إليه مالا ليفرقه في قبيل [و كان منهم] (1) فإن عين.).

فرع: لا تشترط العدالة في المفترق، إلا أن يكون التفريق واجبا.

قوله: (و إن أطلق فالأقرب تحريم أخذه منه).

هذا أصح، للروايه (2)، و لأن المتبادر أن المدفوع إليه غير الدافع، إلا- أن تدل قرينه حاله أو مقالیه على رضاه بأخذه منه جاز الأخذ، و يأخذ كأحدهم لا أزيد.

قوله: (و يجوز أن يدفع إلى عياله.).

يجوز ذلك على كل واحد من القولين، لانتفاء المانع.

قوله: (يجوز أكل ما ينثر في الأعراس).

مثله: ما ينثر في غيره من الولائم، كالختان و العقيقه و غيرهما، اعتمادا على شاهد الحال، و لو اعتيد أخذه و استقر العرف بذلك جاز الأخذ.

قوله: (و قد تجب إن الزم، أو افتقر في الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر إليها).

- ١-١) لم ترد في «م»، و أثبتناه من خطيه القواعد لأن السياق يقتضيها.
- ٢-٢) التهذيب ٦:٣٥٢ حديث ١٠٠٠، الاستبصار ٣:٥٤ حديث ١٧٦.

إليها. و تحرم من الجائر، إلا- مع التمكن من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل أو بعض المؤمنين، فيجوز حينئذ اعتماد ما يأمره، إلا القتل الظلم.

و لو خاف ضررا يسيرا بترك الولاية، كره له الولاية حينئذ.

### و:جوائز الجائر إن علمت غصبا حرمت

و:جوائز الجائر إن علمت غصبا حرمت، و تعاد على المالك إن قبضها، فان جهله تصدق بها عنه، و لا تجوز إعادتها إلى الظالم اختيارا. ظاهره قصر الوجوب على الأمرين، و ليس كذلك، فلو لم يعلم به الامام و كان أعلم من فى القطر، و جب إعلامه بنفسه، لوجوب ذلك على الكفايه و انحصاره فيه.

قوله: (و تحرم من الجائر، إلا مع التمكن من الأمر بالمعروف).

إذا علم ذلك علما يقينيا، كما صرح به فى المنتهى (1)، و أمن إدخال الجائر له فيما لا يجوز، و بدون ذلك يحرم.

قوله: (فان جهله تصدق بها عنه).

ينبغى أن يكون ذلك بعد اليأس من الوصول إليه و إلى وارثه بعد موته، و هذا إذا لم يلتبس بجماعه محصورين، فإنه حينئذ يوقف حتى يصطلحوا.

قوله: (و لا تجوز إعادتها إلى الظالم اختيارا).

أما اضطرارا فلا حرج، و الظاهر أنه يضمن على التقديرين، و لو علم بعد الأخذ و لم يقصر فى الدفع إلى المالك و لا فى الحفظ، و اتفق التلف أو أخذها الظالم كرها، ففى الضمان نظر.

ص: ٤٤

و الذى يأخذه الجائر من الغلات باسم المقاسمه، و من الأموال باسم الخراج عن حق الأرض، و من الأنعام باسم الزكاه يجوز شراؤه و آتياه، و لا تجب إعادته على أصحابه و إن عرفوا.

قوله: (و الذى يأخذه الجائر من الغلات باسم المقاسمه، و من الأموال باسم الخراج).

المقاسمه هى: مقدار معين يؤخذ من حاصل الأرض نسبتبه إليه بالجزئيه، كالنصف و الثلث. و الخراج: مقدار معين من المال يضرب على الأرض أو على البستان، كأن يجعل على كل جريب كذا درهما. و عتبر بقوله: (باسم المقاسمه) و (باسم الخراج) لأن ذلك لا يعد مقاسمه و لا- خراجا حقيقه، إذ تحقق ذلك إنما يكون بأمر الإمام عليه السلام. و لا فرق بين قبض الجائر إياها و إحالته بها إجماعا.

و لا يعتبر رضا المالك قطعاً، لأن ذلك حق عليه لا يجوز له منعه بحال.

و الجائر و إن كان ظالماً بالتصرف فيه، إلا أن الإجماع من فقهاء الإماميه، و الأخبار المتواتره عن أئمه الهدى (1) دلت على جواز أخذ أهل الحق لها عن قول الجائر، تقصية من الحرج العظيم، فإن حق التصرف فى ذلك لأهل البيت عليهم السلام، و قد رفعوا الحجر من قبلهم. نعم لا يجوز أخذها بغير أمر الجائر قطعاً.

و كذا ثمره الكرم و البستان، صرح به شيخنا الشهيد فى حواشيه.

قوله: (و من الأنعام باسم الزكاه).

خصّ الزكاه بالأنعام، و الظاهر أن زكاه الغلات و الأموال كذلك، و عبارته الدروس تتناولهما (2)، و فى بعض الأخبار ما قد يتناولهما، و لا يخفى أن ذلك إنما يكون حيث لا يأخذ الجائر أزيد من الواجب. و هل يجوز أخذ الزكاه من الجائر لكل أحد و إن كان غنياً؟ ظاهر الأخبار و العبارات الإطلاق.

و هل تبرأ ذمه المالك من إخراج الزكاه مره أخرى؟ يلوح- من تجويز

ص: ٤٥

١- (١) التهذيب ٦: ٣٣٧ حديث ٩٣٨، ٩٣٧.

٢- (٢) الدروس: ٣٢٩.

## ز: إذا امتزج الحلال بالحرام و لا يتميز بصالح أربابه

ز: إذا امتزج الحلال بالحرام و لا يتميز بصالح أربابه، فإن جهلهم أخرج خمسه إن جهل المقدار و حلّ الباقي.

## ح: لا يحلّ للأجير الخاص العمل لغير من استأجره إلا بأذنه

ح: لا- يحلّ للأجير الخاص العمل لغير من استأجره إلا بأذنه، و يجوز للمطلق. الأخذ، و التعليل بكون دفع ذلك حقا واجبا على المالك-ذلك، كما فى الخراج و المقاسمه بغير فرق، فتعتبر هاهنا النيه كما يعتبر فى إخراج مطلق الزكاه. و يحتمل العدم، لأن الجائر ليس نائب الفقراء، فتعذر النيه، و لا يصح الإخراج بدونها.

قوله: (فان جهلهم أخرج خمسه إن جهل المقدار).

يراعى فى الجهل ما تقدم، و لو علم زيادته على الخمس أخرج بعد الخمس ما به تتحقق البراءة، و لو امتنع اليقين كفى غلبه الظن، و الخمس لأربابه، و الزيادة يتصدق بها.

قوله: (لا يحلّ للأجير الخاص العمل لغير من استأجره إلا بأذنه، و يجوز للمطلق).

سيأتى إن شاء الله تعالى أن الأجير الخاص هو: الذى يستأجر لعمل مده معينه بحيث يباشره بنفسه، و المطلق بخلافه. و إنما لم يجرى للخاص أن يعمل بدون إذن المستأجر، لأن منافعه فى [تلك المده] (1) قد صارت مملوكة له، بخلاف المطلق. و إنما ذكر هذه هاهنا و إن كانت من مسائل الإجاره، لأنها من جملة الاكتسابات المحرمه.

فعلى هذا لو عمل بدون الإذن تبرعا، تخير المستأجر بين مطالبته بالمسمى مع دفعه إليه، و بأجره المثل. و إن عمل بأجره، فإن أجاز الإجاره الثانيه فله المسمى الثانى، فإن رضى بالقبض أخذ من الأجير، و إلا فمن المستأجر، و إن لم يجرى تخير بين مطالبه الأجير بالمسمى و أجره المثل و بين مطالبه مستأجره بأجره المثل.

ص: ٤٤

---

١- ١) فى «م»: ملك، و ما أثبتناه من الحجرى، و هو الصحيح.



## ط: لو مرّ بثمره النخل و الفواكه لا قصدا

ط: لو مرّ بثمره النخل و الفواكه لا قصدا، قيل: جاز الأكل دون الأخذ، و المنع أحوط. و لا يجوز مع الإفساد إجماعا، و لا أخذ شيء منها، و لو أذن المالك مطلقا جاز.

## ي: يحلّ ثمن الكفن

ي: يحلّ ثمن الكفن، و ماء تغسيل الميت، و أجره البدرقه.

## يا: يحرم على الرجل أن يأخذ من مال ولده البالغ شيئا إلا بإذنه

يا: يحرم على الرجل أن يأخذ من مال ولده البالغ شيئا إلا بإذنه، إلا مع الضروره المخوف معها التلف، مع غناؤه أو إنفاق ولده عليه. و لو كان صغيرا أو مجنونا فالولاية له، قوله: (قيل: جاز الأكل دون الأخذ، و المنع أحوط).

الحق أنه لا يجوز، تمسكا بالدلائل القاطعه على تحريم مال المسلم إلا عن طيب نفس منه، سوى بيوت من تضمنت الآيه الأكل من بيوتهم (١). و القائل بالجواز الشيخ (٢)، استنادا إلى بعض الأخبار (٣) التي لا تنهض معارضا لدلائل التحريم.

قوله: (و أجره البدرقه).

هي: الخفاره.

قوله: (مع غناؤه، أو إنفاق ولده عليه).

أى: و يحرم ذلك مع أحد الأمرين، إلا عند خوف التلف، لأنه بمنزله الأجنبي حينئذ، و مع انتفائهما يجوز أخذ مقدار النفقه على ما سيأتى.

قوله: (أو مجنونا فالولاية له).

هذا إذا كان جنونه متصلا بالحجر الواقع فى صغره، فلو بلغ و صار رشيدا ثم جن، فإنّ الولاية عليه للحاكم.

ص: ٤٧

١- (١) النور: ٦١.

٢- (٢) قاله فى النهايه: ٣٧٠، و التهذيب ٧: ٩٢-٩٣.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٩٣ حديث ٣٩٣-٣٩٤، الاستبصار ٣: ٩٠ حديث ٣٠٥، ٣٠٦.

فله الاقتراض مع العسر و اليسر. و يجوز له أن يشتري من مال ولده الصغير لنفسه بثمان المثل فيكون موجبا قابلا-و أن يقوم جاريته عليه و يطأها حينئذ. و للأب المعسر تناول من مال ولده الموسر قدر مؤنته.

و يحرم على الولد أن يأخذ من مال والده شيئا، إلا بإذنه. و يحرم على الام أن تأخذ من مال ولدها شيئا و بالعكس، إلا مع الاذن، و ليس لها أن تقترض من مال ولدها الصغير.

قوله: (فله الاقتراض مع العسر و اليسر).

هل الجد كالأب في جواز الاقتراض مع العسر؟ يحتمل ذلك، لأنه أب.

قوله: (فيكون موجبا قابلا).

الظاهر: أن هذا الحكم اتفقي، و الجد في موضع يجوز له الاقتراض كالأب.

قوله: (و أن يقوم جاريته عليه، و يطأها حينئذ).

فيوقع البيع لنفسه هو متوليا طرفيه، و لا يحل وطؤها قبل ذلك.

قوله: (و للأب المعسر تناول من مال ولده).

لا فرق بين كون الولد صغيرا أو كبيرا، لكن لا بد في الكبير من إذنه، و مع امتناعه يستقل بالأخذ، و كذا كل من تجب نفقته يأخذ باذن المنفق، فان تعذر فالحاكم، فان تعذر استقل بالأخذ.

قوله: (و يحرم على الولد أن يأخذ من مال والده شيئا، إلا بإذنه).

إنما يحرم بالشرطين السابقين في الأب، إلا عند الضروره.

قوله: (و يحرم على الام أن تأخذ من مال ولدها شيئا و بالعكس).

لا يخفى أن هذا بالقيود السابقه.

و يحرم على الزوجه أن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه شيئاً و إن قلّ، و يجوز لها أن تأخذ المأدوم و تتصدق به ما لم تجحف، إلا أن يمنعها فيحرم. و ليس للبنت و لا للأخت و لا للام و لا للأمه تناول المأدوم، إلا مع الاذن.

و يحرم على الزوج أن يأخذ من مال زوجته شيئاً، إلا باذنه.

و لو دفعت إليه مالا لينتفع به، كره له أن يشتري به جاريه يطأها، إلا مع الاذن.

قوله: (و يجوز لها أن تأخذ المأدوم و تتصدق به، ما لم تجحف).

هذا الحكم إجماعى، و به وردت النصوص (١). المأدوم هو: ما يؤتدم به، مثل: اللحم و الخل و الدهن، و ليس ببعيد دخول الفاكهه، و فى بعض الأخبار من طرق العامه جواز الرطب (٢).

قوله: (ما لم تجحف).

يختلف الإجحاف باختلاف الحال.

قوله: (إلا أن يمنعها فيحرم).

و لو ظهرت أمارات الكراهه فليس ببعيد القول بالتحريم.

قوله: (و ليس للبنت و لا للأخت و لا للام).

و إن كانت إحداهن متصرفه فى أمور المنزل، لعدم النص على غير الزوجه.

قوله: (لو دفعت إليه مالا لينتفع به).

إنما كره ذلك، لأن فيه مقابله نفعها له بإضرارها بها، و لقول الصادق عليه السلام، و قد سأله الحسين بن المنذر: دفعت إلى امرأتى مالا أعمل به،

ص: ٤٩

١- (١) المحاسن: ٤١٦ حديث ١٧٣، الكافي ٦: ٢٧٧، التهذيب ٩: ٩٥ حديث ٤١٣.

٢- (٢) سنن أبي داود ٢: ١٣١ حديث ١٦٨٦.

الفصل الثاني: في الآداب:

يستحب لطالب التجاره: أن يتفقه فيها أولاً، والإقاله للمستقيل، وإعطاء الراجح، وأخذ الناقص، والتسويه، وترك الربح للموعد بالإحسان و للمؤمن -إلا اليسير مع الحاجه- والتسامح في البيع و الشراء و القضاء و الاقتضاء، والدعاء عند دخول السوق، وسؤال اللّٰه تعالى أن يبارك له فيما يشتريه و يخير له فيما يبيعه، والتكبير و الشهادتان عند الشراء. فاشترى من مالها الجاربه أطؤها، قال: فقال: «لا، أرادت أن تقرّ عينك و تسخن عينها» (١). أما مع الاذن فلا كراهيه.

قوله: (يستحب لطالب التجاره: أن يتفقه فيها أولاً، والإقاله للمستقيل، وإعطاء الراجح، وأخذ الناقص، والتسويه).

أى: بين المتبايعين على هذا الوجه، وهو: أن يجعل المماكس مثل غيره، و الصغير مثل الكبير، فلا- يجعل سبب المفاوته هى: المماكسه و نحوها. أما لو جعل سببها رعايه دينه، كرعايه الايمان و الفضل و التدين و نحو ذلك فهو حسن.

قوله: (و ترك الربح للموعد بالإحسان).

أى: إذا قال لشخص: هلم أحسن إليك، يستحب له ترك الربح عليه.

قوله: (و التكبير و الشهادتان عند الشراء).

يستحب: التكبير ثلاثاً، والدعاء عند الشراء، و ظاهر الحديث (٢): أن ذلك بعد الشراء، و يظهر منه أن ذلك للمشتري، و أما الشهادتان فلم أجد التصريح بسنده.

ص: ٥٠

١- (١) الفقيه ٣: ١٢١ حديث ٥٢٠، التهذيب ٦: ٣٤٧ حديث ٩٧٦.

٢- (٢) الكافي ٥: ١٥٦ حديث ١، الفقيه ٣: ١٢٥ حديث ٥٤٥، التهذيب ٧: ٩ حديث ٣٣.

و يكره:الدخول أولاً- إلى السوق،و مدح البائع،و ذم المشتري، و كتمان العيب،و اليمين على البيع،و السوم بين طلوع الفجر و الشمس، و تزيين المتاع،و البيع فى الظلمه،و التعرض للكيل و الوزن مع عدم المعرفه، و الاستحطاط بعد العقد،و الزيادة وقت النداء،و الدخول فى سوم المؤمن، و أن يتوكل حاضر لباد. قوله: (و كتمان العيب).

إذا لم يكن خفيًا،و إلا حرم،كالماء فى اللبن،و قد سبق.

قوله: (و السوم بين طلوع الفجر و الشمس).

لأنه وقت الدعاء و طلب الرزق.

قوله: (و الزيادة وقت النداء).

أى:وقت نداء المنادى على السلعه،كما يظهر من الروايه (١)،بل يزيد إن شاء إذا سكت المنادى،و المعنى فيه وراء النص:ما يظهر منه من زياده الحرص.

قوله: (و الدخول فى سوم المؤمن).

و قيل:يحرم (٢)،و هو الأصح،لنهى النبى صلى الله عليه و آله عنه (٣)، و موضع الكراهه أو التحريم:ما إذا وقع التصريح من البائع بالرضى بالبيع،أو ظهرت امارته و سكنت نفسه.

قوله: (و أن يتوكل حاضر لباد).

المراد به:أن يقول الحاضر للبادى و قد جلب السلعه:أنا أبيع لك، مريدا بذلك الاستقصاء بالثمن،و قد روى عن الباقر عليه السلام،أن رسول الله صلى الله عليه و آله قال:«لا يتلقى أحدكم تجاره خارجا من المصر،و لا يبيع

ص:٥١

١-١) الكافي ٥:٣٠٥ حديث ٨،الفقيه ٣:١٧٢ حديث ٧٦٩،التهذيب ٧:٢٣٧ حديث ٩٩٤.

٢-٢) ذهب إليه الشيخ فى المبسوط ٢:١٦٠،و الراوندى فى فقه القرآن ٢:٤٥. [١]

٣-٣) الفقيه ٣:٤.

و نهى النبي عليه السلام: عن بيع جبل الحبله و هو: البيع بثمن مؤجل إلى نتاج نتاج الناقه، و عن المجر و هو: بيع ما فى الأرحام، و عن بيع عسيب الفحل و هو: نطفته، و عن بيع الملاقيح و هى: ما فى بطون الأمهات، و المضامين و هى: ما فى أصلاب الفحول، و عن الملامسه و هو: أن يبيعه غير حاضر لباد، ذروا المسلمين يرزق الله بعضهم من بعض» (١). و الأصح التحريم، لظاهر النهى، و هو أحد قولى الشيخ (٢)، و الآخر الكراهيه (٣)، للأصل.

و شرط المصنف فى المنتهى للتحريم شروطا ثلاثه: أن يقصد الحاضر البادى ليتولى البيع له، و أن يكون البادى جاهلا بالسعر، و أن يكون قد جلب السلعه للبيع (٤). و فى اشتراط الأخيرين نظر، لإطلاق النص، نعم اشتراط الأول صحيح، فإنه لو لا ذلك لم تجز السمسره له بحال، و قد قال فى الدروس: لا خلاف فى جواز السمسره فى الأمتعه المجلوبه من بلد الى بلد (٥). و القروى كالبدوى فى ذلك، بل البلدى إذا قدم من خارج، نظرا إلى العله المومى إليها فى الحديث، و هل يحرم الشراء له؟ قال فى المنتهى بعدمه (٦)، و هو قوى، للأصل.

قوله: (و عن بيع عسيب الفحل، و هو: نطفته (٧)).

الموجود فى كلام المعتمدين: عسب (٨) الفحل، قال فى الجمهوره:

ص: ٥٢

- 
- ١- ١) الكافى ٥: ١٦٨ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ١٥٨ حديث ٦٩٧، و فيهما: و لا يبيع حاضر لباد، و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض، الفقيه ٣: ١٧٤ حديث ٧٧٨،
  - ٢- ٢) قاله فى المبسوط ٢: ١٦٠. [٢]
  - ٣- ٣) قاله فى النهايه: ٣٧٥. [٣]
  - ٤- ٤) المنتهى ٢: ١٠٠٥. [٤]
  - ٥- ٥) الدروس: ٣٣٣.
  - ٦- ٦) المنتهى ٢: ١٠٠٥. [٥]
  - ٧- ٧) صحيح البخارى ١٢٣، ١٢٢، ٣: ١٢٢، سنن أبى داود ٣: ٢٦٧ حديث ٣٤٢٩، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣١ حديث ٢١٦٠، سنن الترمذى ٢: ٢٧٢ حديث ١٢٩١، مسند أحمد ١: ١٤٧.
  - ٨- ٨) فى «م» و الحجرى: عسيب، و الصحيح ما أثبتناه للسياق.

مشاهد على أنه متى لمسه صحّ البيع، و عن المنابذه و هو: أن يقول إن نبذته إلى فقد اشتريته بكذا، و عن بيع الحصاه و هو: أن يقول ارم هذه الحصاه فعلى أيّ ثوب وقعت فهو لك بكذا.

و قال عليه السلام: لا بيع بضعكم على بعض، و معناه: أن لا يقول الرجل للمشتري في مده الخيار: أنا أبيعك مثل هذه السلعه بأقل من الثمن، أو خيرا منها بالثمن، أو أقل.

و العسب عسب (١) الفحل، إلى أن قال: و في الحديث: نهى عن عسب (٢) الفحل: أي لا يؤخذ لضربه كراء.

و في نهايه ابن الأثير: أنه نهى عن عسب (٣) الفحل، عسب (٤) الفحل:

ماؤه، فرسا كان أو بعيرا أو غيرهما، و عسبه أيضا: ضربه، إلى أن قال: و إنما أراد النهى عن الكراء (٥).

و في فائق الزمخشري: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله نهى عن عسب (٦) الفحل، أي: عن كراء قرعه، و العسب: القرع، يقال: عسب الفحل الناقه يعسبها عسبا (٧).

و الفرق بينه و بين الملاقح: أن المراد بها: النطفه بعد استقرارها في الرحم، و العسب هي: قبل استقرارها، و المجر أعم من كلّ منهما.

قوله: (و قال: لا بيع بضعكم على بعض).

الحديث: «لا بيع أحدكم على بيع بعض» (٨)، و هو للتحريم.

ص: ٥٣

١- ١) في «م»: عسيب، و ما أثبتناه من الجمهوره، و [١] هو الصحيح.

٢- ٢) في «م»: عسيب، و ما أثبتناه من الجمهوره، و هو الصحيح.

٣- ٣) في «م»: عسيب، و ما أثبتناه من النهايه، و [٢] هو الصحيح.

٤- ٤) في «م»: عسيب، و ما أثبتناه من النهايه، و [٣] هو الصحيح.

٥- ٥) النهايه (٤) عسب) ٣: ٢٣٤.

٦- ٦) في «م»: عسيب، و ما هنا عن الفائق، و [٥] هو الصحيح.

٧- ٧) الفائق (٦) عسب) ٢: ٤٤٨.

٨- ٨) صحيح البخارى ٣: ٩٥، سنن أبى داود ٣: ٢٦٩، حديث ٣٤٣٦، مسند أحمد ٧: ٢، و نقله أيضا الشيخ في المبسوط ٢: ١٦٠، و ابن

أبى جمهور في العوالى ١: ١٣٣، حديث ٢٢ باختلاف يسير. [٧]

و كذا لا ينبغي أن يقول للبائع في مده خياره: أنا أزيدك في الثمن.

و بيع الثلجته باطل، و هو: المواطاه على الاعتراف بالبيع من غير بيع خوفا من ظالم.

## المقصد الثاني: في البيع

### إشاره

المقصد الثاني في البيع:

و فصوله ثلاثه: الصيغه، و المتعاقدان، و العوضان.

### الفصل الأول: الصيغه

الفصل الأول: الصيغه: البيع: انتقال عين مملوكه من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي.

قوله: (و كذا لا ينبغي أن يقول للبائع).

محض له: الشراء على شراء غيره، و هو أيضا محرم، قال في المنتهى: المقتضى للنهي في البيع قائم في الشراء، و لأن أحدا من المسلمين لم يفرق بين الصورتين (١).

قوله: (و أركانه ثلاثه).

ينبغي أن يكون مرجع الضمير في أركانه: هو المقصد لا البيع، لأن هذه ليست أركانا للبيع، إذ العوضان و المتعاقدان خارجه، نعم هي معتبره كاعتبار الأركان.

قوله: (الأول: الصيغه).

أي: بيان الصيغه، و لَمَّا كان الخوض في بيان صيغه البيع مسبوqa بمعرفه البيع، عرفه بقوله: (انتقال عين.) و هذا تعريف الشيخ في المبسوط (٢)، و تبعه ابن إدريس (٣)، و ردّه في المختلف (٤) و اختار تعريف ابن حمزه، و هو: أن البيع عقد يدل على انتقال عين إلى آخره، محتجا بأن المتبادر من البيع هو هذا (٥)، و اعتذر

ص: ٥٤

١-١) المنتهى ١٠٠٤: ٢. [١]

٢-٢) المبسوط ٧٦: ٢.

٣-٣) السرائر: ٢١٢.

٤-٤) المختلف: ٣٤٧.





فلا ينعقد على المنافع، و لا على ما لا يصحّ تملكه، و لا مع خلوه من العوض، و لا مع جهالته، ولد المصنف في بعض حواشيه، و شيخنا الشهيد بأن هذا تعريف السبب بالمسبب، و هو تعريف بالغايه. و فيه نظر، فإنّ المفهوم من بيع ليس هو عقد البيع قطعا، و إنما المفهوم منه هو المفهوم من ملكت، فإنّ كلاهما إيجاب للبيع، و لو كان المفهوم من بيع هو عقد البيع لما صح الإيجاب بملكته، و لأن البيع هو المقصود بالعقد لا نفسه، و كيف يصح تعريف السبب بالمسبب و هو غيره؟ و استعمال لفظه فيه مجازا لا يجوز شرح ماهيته به، و ليس التعريف بالغايه عباره عن حمل الغايه على ذى الغايه، بل أخذ معنى باعتبارها يصح حمله عليه.

و الأقرب أن البيع هو: نقل الملك من مالك إلى آخر بصيغه مخصوصه، لا انتقاله، فان ذلك أثره إن كان صحيحا، و أيضا فإن البيع فعل، فكيف يكون انتقالا؟ و مع ذلك فتعريف المصنف صادق على بعض أقسام الصلح و الهبه.

قوله: (فلا ينعقد على المنافع).

أكثر النسخ بالفاء، و هو الأحسن و الأصح، و يحكى عن الشيخ قول فى المبسوط بجواز بيع خدمه العبد (١).

قوله: (و لا على ما لا يصح تملكه).

مقتضى اللّف و النشر أن هذا محترز (مملوكه) و قد خرج بقوله:

(انتقال).

قوله: (و لا مع جهالته).

الضمير إن كان عائدا إلى العوض ليكون محترز قوله: (بعوض مقدر) بقى المبيع مطلقا غير مقيد بكونه معلوما، و لا يقال: (انتقال عين) يقتضيه، لأنه إنما يتحقق مع انتفاء الجهاله، لأننا نقول: فيكون قوله: (مقدر) مستدركا، لإغناء قوله:

ص: ٥٥

١- ١) لم نثر عليه فى المبسوط، و نقله عن المبسوط الشيخ النراقى فى المستند ٣٧١: ٢. [١]

و لا مع الإكراه. (انتقال عين) عنه.

و إن عاد الضمير إلى المجموع من البيع و العوض، عاد إلى ما لم يدلّ عليه دليل، و يجيء المحذور السابق، و هو: عدم ما يقتضى اشتراط العلم فى المبيع، أو كون القيد مستدركا.

قوله: (و لا مع الإكراه).

ظاهره أن ذلك محترز على وجه التراضى، و ربما يستغنى بالانتقال عنه، لأنه لا يتحقق مع الإكراه، و ربما احترز به بعضهم عن تقويم العبد على معتق نصيبه منه، فإنه لا يعدّ بيعا مع صدق التعريف عليه، و كذا سائر الانتقالات القهرية.

و اكتفى شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه: بصحة الاحتراز بالنقل الصورى، الحاصل فى بيع الإكراه من تقابض العوضين، أو أن يحمل على إرادته العقد بالانتقال، تسميه للسبب باسم المسبب، فنحتاج إلى الاحتراز كما قال غيره:

أنها الإيجاب و القبول اللذان تنتقل بهما العين إلى آخره.

و قد عرفت امتناع هذا الإطلاق فى التعريفات، و مع ذلك فليس من قبيل إطلاق السبب على المسبب، بل من قبيل الحذف.

ثم قال: يصحّ البيع بغير تراض فى مواضع:

الأول: ما ذكر من التقويم، و فيه نظر، إذ ليس من البيع فى شىء.

الثانى: الفك للإرث، و هو أشبه بالفك للمعتق خصوصا، و أكثر الأصحاب لا يعتبر الإعاق بعد بذل قيمه.

الثالث: فى دين المماطل و الغائب، و هما منوطان برضى الحاكم، و هو قائم مقام المالك حينئذ، و مع تعذره فصاحب الدين قائم مقامه، لاعتبار رضاه ظاهرا.

الرابع: فى النفقه لذى النفقه، و هو من هذا القبيل، و كذا بيع الحيوان

و لا بدّ من الصيغه الداله على الرضى الباطن، و هي: الإيجاب كقوله: بعث و شريت و ملكت، و القبول و هو: اشترت أو تملكّت أو قبلت.

و لا تكفى المعاطاه و العبد إذا امتنع من الإنفاق عليهما، و قريب من ذلك عبد الكافر إذا أسلم.

و الاحتكار، و الطعام فى المخصصه ليس من البيع فى شىء، و إنما ذلك إباحه محضه للإتلاف، فإذا فعله و جب العوض، و لهذا لو استغنى عنه قبل إتلافه لم يجر له إتلافه.

و اعلم أنّ الجار فى قوله: (على وجه التراضى) إن تعلق بالانتقال، اقتضى أن يكون وجه التراضى حالا للانتقال و هيئه له، و ليس كذلك، فإنه شرط له تجب مقارنته للعقد لا لأثره المترتب عليه، و إن لم يتعلق به لم يكن فى الكلام له متعلق.

قوله: (و لا بدّ من الصيغه الداله على الرضى الباطن).

أى: المفيده لذلك بمقتضى الوضع، مع تجرّدها عن العوارض الداله على عدم الرضى.

قوله: (و هي: الإيجاب، كقوله: بعث و شريت).

البيع و الشراء موضوعان على سبيل الاشتراك لكل من المعنيين، و بالضمائم يتميز المراد، فإذا أتى بلفظ الشراء فى الإيجاب على أنه يريد نقل الملك عنه لا يملكه. و لا ريب أنّ (شريت) بتخفيف الراء، و تشديدها من أغلاط العوام.

قوله: (و القبول، و هو: اشترت).

كان الأولى أن يقول: كاشترت، لأن ابتعت و نحوه قبول قطعاً.

قوله: (و لا تكفى المعاطاه).

هى: مفاعله من الإعطاء، فظاهره أنها لا تكفى فى المقصود فى البيع، و هو:

نقل الملك. و ليس كذلك، فان المعروف بين الأصحاب أنها بيع و إن لم تكن كالعقد فى اللزوم، خلافا لظاهر عباره المفيد (١)، و لا يقول أحد من الأصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنف فى النهايه (٢)، و قد رجع عنه فى كتبه المتأخره عنها (٣).

و قوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (٤) يتناولها، لأنها بيع بالاتفاق، حتى القائلين بفسادها، لأنهم يقولون: هي بيع فاسد. و قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) (٥) فإنه عام، إلا فيما أخرجه دليل.

و ما يوجد فى عباره جمع من متأخرى الأصحاب: من أنها تفيد إباحه، و تلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به: عدم اللزوم فى أول الأمر، و بالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع إرادته الإباحه المجرده عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسده (و لم يجز التصرف فى العين، و كافه الأصحاب على خلافه).

و أيضا فإن الإباحه المحضه (٦) لا تقتضى الملك أصلا و رأسا، فكيف يتحقق ملك مال شخص بذهاب مال آخر فى يده؟ و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد فى الصراحه كالأقوال و إنما تدل بالقرائن، منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكنا، فمع تلف إحدى العينين يمتنع التراد، فيتحقق اللزوم، لأن إحداهما فى مقابل الأخرى، و يكفى تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد فى الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقه، و للضرر، و لأن المطلوب هو كون إحداهما فى مقابل الأخرى.

ص: ٥٨

١- ١) المقنعه: ٩١.

٢- ٢) النهايه ٢: ٤٤٩. [١]

٣- ٣) كما فى المختلف: ٣٤٨.

٤- ٤) البقره: ٢٧٥. [٢]

٥- ٥) النساء: ٢٩. [٣]

٦- ٦) ما بين القوسين لم يرد فى «م»، و أثبتناه من الحجرى، و هو الأنسب.

و إن كان فى المحقرات، و لا الاستىجاب و الإىجاب، و هو: أن ىقول المشتري بعنى، فىقول البائع: بعتك من غير أن ىرد المشتري.

و لا بد من صىغه الماضى، فلو قال: اشتر أو ابتع أو أبعك لم ىنعقد و إن قبل.

و اعلم: أن فى كلام بعضهم ما ىقتضى اعتبار المعاطاه فى الإجاره، و كذا فى الهبه، و ذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين، عمله و استحق الأجر، و لو كان هذا إجاره فاسده لم ىجز له العمل، و لا ىستحق أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك، و كذا إذا وهب بغير عقد، فان ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو كانت هبه فاسده لم ىجز، و منع من مطلق التصرف. و هو ملخص و جیه.

قوله: (و إن كان فى المحقرات).

ردّ به على بعض العامه المكتفین بها فى المحقرات كالعقد (١)، و اختلفوا فى المحقرات، فقال قوم: ما لم ىبلغ نصاب السرقة (٢)، و أحوالها آخرون على العرف (٣).

و الفرق بین المحقرات و غيرها تحکم.

قوله: (و لا الاستىجاب و الإىجاب).

ظاهرهم أن هذا الحكم اتفانى، و ما قیل بجواز مثله فى النكاح (٤)، مستند إلى روايه ضعیفه.

قوله: (و لا بد من صىغه الماضى).

لأنه صریح فى إرادته نقل الملك، و أما المستقبل فإنه شبيه بالوعد، و الأمر بعید عن المراد جدا، و كذا باقى العقود اللازمه، و ىشترط وقوع القبول على الفور عاده من غير أن ىتخلل بينهما كلام أجنبى، و وقوعهما بالعربيه مراعى فيها أحكام

ص: ٥٩

١- ١) ذهب إليه أبو حنیفه، و نقل عن ابن سریج، انظر: المجموع ٩: ١٦٢، و فتح العزیز ١٠١، ٩٩: ٨.

٢- ٢) حکى عن الرافعى، انظر: المجموع ٩: ١٦٤.

٣- ٣) المجموع ٩: ١٦٤.

٤- ٤) قاله الشیخ فى المبسوط ٢: ٨٧.

و لا- تكفى الإشاره إلا- مع العجز، و فى اشتراط تقديم الإيجاب نظر. و لا- بدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول، فلو قال: بعتك هذين بألف، فقال: قبلت أحدهما بخمسائه، أو قبلت نصفهما بنصف الثمن، أو قال: بعتكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن لم يقع.

و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك و الاعراب و البناء، و كذا كل عقد لازم، لأن الناقل هو الألفاظ المخصوصه، و غيرها لم يدل عليه دليل، و معلوم أن العقود الواقعه فى زمن النبى و الأئمه عليهم السلام إنما كانت بالعربيه، نعم يجوز لمن لا- يعلم الإيقاع بمقدوره، و لا يجب التوكيل، للأصل، نعم يجب التعلّم إن أمكن من غير مشقه عرفا.

قوله: (و فى اشتراط تقديم الإيجاب نظر).

ينشأ: من اتحاد اللفظ و المعنى، و من الشك فى ترتب الحكم مع تأخيره، مع أن الأصل خلافه، فان القبول مبنى على الإيجاب، لأنه رضى به فلا بدّ من تأخره، و تجويز التقديم فى النكاح لمصلحه استحياء المرأه، لا يقتضى التجويز هنا، و الأصح الاشتراط.

قوله: (و لا بد من التطابق بين الإيجاب و القبول).

أى: على الوجه المخصوص، الذى يدل عليه باقى كلامه، لا مطلق التطابق، للاتفاق على أنه لو قال: بعتك، فقال: اشتريت، صح.

قوله: (فقال: قبلت أحدهما بخمسائه).

أى: لا يصحّ هنا على أصح الوجهين، و يحتمل الصحه، لأنه فى قوه عقدين، و من ثم افترقا فى الشفعه لو اختصت بأحدهما، و ليس بشىء، لأن ذلك حق ثابت فى البيع بالأصالة، و رضاهما محمول عليه، بخلاف ما هنا، لأن رضاء البائع إنما وقع على المجموع بالمجموع.

قوله: (و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك و ضمن).

## الفصل الثاني: المتعاقدان

### الفصل الثاني: المتعاقدان:

و يشترط فيهما: البلوغ، والعقل، والاختيار، والقصد.

فلا عبره بعقد الصبي و إن بلغ عشرا، و لا المجنون سواء أذن لهما الولي أو لا، و لا المغمى عليه، و لا المكره، و لا السكران و الغافل و النائم و الهازل، سواء رضى كلّ منهم بما فعله بعد زوال عذره أو لا- إلاّ المكره، فإن عقده ينفذ لو رضى بعد الاختيار. كالصحيح، لأنهما تراضيا على ذلك فيحكم عليه به، فلو تلف بغير تفريط كان من ضمانه، و إذا علم بالفساد لم يجز له التصرف عندنا، لأنه فرع الملك و لم يحصل، و كذا نقول في كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، كما أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

قوله: (و إن بلغ عشرا).

خلافًا لبعض الأصحاب، و سيأتي إن شاء الله تعالى.

قوله: (سواء رضى كلّ منهم بما فعله بعد زوال عذره أو لا، إلاّ المكره، فإنّ عقده ينفذ لو رضى بعد الاختيار).

وجهه: أنّ العقد المقتضى لوجوب الوفاء قد حصل، فإن الفرض أنّ الرضى المعتبر في تأثيره قد وقع، فتحقق السبب، لا يقال: سببته مشكوك فيها حينئذ، لأننا نقول عموم الآيه (1) يتناولها، فإن اشتراط مقارنه الرضى للعقد يحتاج إلى دليل تخص به الآيه، مع كونه منقوضا بالفضولي، إلاّ أن يقال: هو مخصوص بالنص.

و قال شيخنا الشهيد في الدروس: الأقرب أن الرضى كاف فيمن قصد

ص: ٦١



و لا يشترط إسلامهما، نعم يشترط إسلام المشتري إذا اشترى مسلماً -إلا أباه و من يعتق عليه- أو إذا اشترى مصحفاً.

إلى اللفظ دون مدلوله، فلو أكره حتى ارتفع قصده لم يؤثر الرضى، كالسكران (١).

و ليس لهذا محصل، فإن الإكراه لا يبلغ مرتبه يصير به فى اللفظ كالسكران، إذ ليس هو من الأفعال التى يحدثها المكروه فى المكروه على سبيل الإلجاء، كما لو وجر الطعام فى فيه، و أخذ يده فوضع فيها سكيناً، ثم قبضها بيده و قطع بالسكين شيئاً، فإنه لا فعل له حينئذ.

أما الإكراه على اللفظ فلا يكون إلا على وجه واحد، و الفرق: أن حركات اللسان التى بها يتحقق النطق غير مقدوره، للمكروه. ما لم يفعله المكروه و الفرق بينه و بين السكران ظاهر، فإنه لا أهليه له أصلاً، لانتفاء حصول عقله، بخلاف المكروه، فإن أهليته بحالها، و إنما المانع عدم رضاه.

و اعلم أن هذه المسألة إن كانت إجماعية فلا بحث، و إلا فللنظر فيها مجال، لانتفاء القصد أصلاً و رأساً مع عدم الرضى، و لا يتحقق العقد المشروط بالقصد إذا لم يتحقق الرضى، لأن الظاهر من كون العقود بالقصود اعتبار القصد المقارن لها دون المتأخر.

قوله: (إلا أباه و من يعتق عليه).

لو قال: إلا- من يعتق عليه لأغنى عن ذكر الأب، كما فعله فى الدروس (٢). و هذا أصح الوجهين، لانتفاء السبيل بحصول العتق عقيب الملك بغير فصل، و لما فيه من المصلحة للقريب. و الآخر العدم، لامتناع ثبوت السبيل للكافر على المسلم الذى هو من توابع الملك، و هو راجع إلى تحقيق معنى السبيل.

و الظاهر أن المراد به: ما يترتب على الملك المستقر من السلطنه، إما للرقبه، أو المنفعه، أو استحقاق الانتفاع، أو إثبات اليد و نحو ذلك، لا مطلقاً ما

ص: ٦٢

١- (١) الدروس: ٣٣٥.

٢- (٢) الدروس: ٣٣٧.

و هل يصح له استئجار المسلم أو ارتهانه؟ الأقرب المنع، و الأقرب جواز الإيداع له و الإعارة عنده. يصح في راء للمشتري الكسر و الفتح، و لا ريب أنه مضمون عليه يترتب على الملك في الجملة، لأن الله سبحانه نفى جعله السبيل للكافر على المسلم، فلو أريد به مطلق ما يترتب على الملك، لا تمتنع إرث الكافر للعبد المسلم من كافر آخر، و الثاني باطل اتفاقاً، فتعين أن يراد المعنى الأول - و مثله ما لو اعترف الكافر بأن عبد زيد حرّ، ثم أراد شراءه، فإنه ينعقد عليه إذا اشتراه - فيجوز.

قوله: (و هل يصح له استئجار المسلم أو ارتهانه، الأقرب المنع).

وجه القرب: استلزامهما حصول السبيل المنفى بالآيه (١)، و مقتضى العبارة المنع مطلقاً.

و الأصح أنّ الإجاره إن كانت لعمل في الذمه يجوز، لا انتفاء السبيل، فإنّها حينئذ كالدين، و لما روى: أن بعض الأنصار آجر نفسه من ذمى يسقى له كل دلو بتمره، و أتى به النبي صلى الله عليه و آله فلم ينكره (٢)، و إن كانت على العين لم يجز للسبيل، و كذا يجوز الرهن إذا لم يكن تحت يد الكافر، لأن استحقاق أخذ الدين من قيمته لا يعدّ سيلاً.

قوله: (و الأقرب جواز الإيداع له و الإعارة عنده).

الضمير المجرور في الجملتين بمقتضى السياق يعود إلى الكافر، و المعنى: يجوز إيداع العبد المسلم للكافر، و إعارته عند الكافر، و وجه القرب: انتفاء السبيل، و قد ذهب في العاربه: إلى [عدم] (٣) جواز إعارة المسلم للكافر (٤)، فحمل ذلك بعضهم على إعادته ضمير (عنده) إلى المسلم، جمعاً بين ما هنا و ما في العاربه،

ص: ٦٣

١-١) النساء: ١٤١.

٢-٢) انظر: المغنى لابن قدامة ٤: ٣٣٢.

٣-٣) لم ترد في «م»، و أثبتناها للسياق، و هو الموجود في القواعد في بحث العاربه.

٤-٤) قواعد الأحكام ١: ١٩١.

و المعنى حيثئذ: إعاره المسلم للكافر عند المسلم (١).

و لا يخفى ما فى ذلك من التعسف، و ارتكاب حذف لا يدلّ عليه دليل، و اختلاف مرجع الضمير بغير مائز، بل ضمير (عنده) لا مرجع له حيثئذ أصلا، و مع ذلك فالسبيل موجود، لاستحقاقه الانتفاع بالمسلم على ذلك التقدير، و هو سبيل. و أيضا فالجمع لا يحصل، لأن ما فى العاربه ظاهره المنع مطلقا.

و لو أنه حمل العبارة: على إعاره المسلم عند الكافر- فيكون مرجع الضميرين هو الكافر، و يكون دليل إرادته كون العاربه للمسلم العدول من (له) إلى (عنده)- لكان أولى مما تكلفه، نظرا إلى حصول الجمع، و اتفاق مرجع الضمير، و سلامته من كثره الحذف، و محافظته على النكته فى تعبير (له) إلى (عنده) من الإعاره له، أى: للعبد الكافر، فإنه جائز قطعاً، لكن مرجع هذا فى الحقيقة إلى الوديعة عند الكافر.

و فى بعض حواشى الشهيد: أنه احترز بقوله: (عنده) من الإعاره له، أى: للعبد الكافر، فإنه جائز قطعاً، و أراد بذلك: أنه لو قال (له) لا احتمال معينين:

عاربه العبد المسلم للكافر، فيكون الضمير عائداً إلى الكافر المعار للعبد، و الآخر العاربه للعبد و لو لكافر، فيكون ضمير له للكافر الذى هو العبد المعار، فلما قال: (عنده) تعين المعنى الأول و امتنع الثانى. و إنما احترز عنه، لأنه مقطوع بجوازه، فلا يجوز كونه فى حيز الأقرب.

و زعم أنّ فيه فائده أخرى، و هى: العدول عن تكرار الضمير بلفظه.

و ليس بشيء، لأن لفظ الضمير لم يختلف، و إنما اختلف لفظ الأداة، و ما ذكره يرد مثله فى الإبداع.

ص: ٦٤

١- ١) قال العاملى فى المفتاح ٤: ١٧٩: قال الشهيد فى حواشيه: قيل: المراد بالإعاره أن يعير المسلم عبده الذمى و يوضع على يد مسلم، و الهاء فى (عنده) تعود الى الكافر، و قيل: الى المسلم و لا يدل عليه السياق، و فيه جمع بينه و بين ما ذكره فى العاربه من منع عاريته. انتهى.

و لو أسلم عبد الذمي طولب ببيعه أو عتقه، و يملك الثمن و الكسب المتجدد قبل بيعه أو عتقه، فلو باعه من مسلم بثوب و وجد في الثمن عيبا جاز له ردّ الثمن. و لا- يبعد أن يكون في عدوله إلى (عنده) لطيفه، و هي: الإشارة إلى وجه جواز عاريه المسلم للكافر، فإنّ العاريه إنما تقتضى كونه عنده، و ليس في ذلك شيء من السبيل. و كيف حملنا العبارة فالأصح عدم جواز عاريه المسلم للكافر، لأن استحقاق الانتفاع به و الاستخدام سبيل ظاهر، و لمنافاته ما يفهم من قوله عليه السلام: «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» (١).

أما الإيداع فلا، لأنه محض استئمان، فهو في الحقيقة خادم، و لو كان المسلم جاريه أو صبييا، فالذمي ينبغي عدم جواز إيداعه إياه بالاستقلال، إذ لا يؤمن عليه.

قوله: (و يملك الثمن و الكسب المتجدد قبل بيعه أو عتقه).

لأنه باق على ملكه، و عليه نفقته إلى حين خروجه عن ملكه.

قوله: (فلو باعه من مسلم بثوب و وجد في الثوب عيبا، جاز له رد الثمن).

أى: للكافر، لأن إزماءه بالرّضى بالعيب تخسير، و قد يعلم من هذا ثبوت أحكام الخيار اللاحق للعقد بأنواعه، كما تبه عليه في الدروس (٢)، و هو الوجه، لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر، لانتفاء المقتضى، لأن نفي السبيل لو اقتضى ذلك بمجرد لاقتضى خروجه عن الملك بالإسلام.

فعلى هذا لو كان البيع معاطاه فهي على حكمها، و لو أخرجه عن ملكه بالهبه جرت فيه أحكامها، نعم لا يبعد أن يقال: للحاكم إزماءه بإسقاط نحو خيار المجلس، أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع، إذا لم يلزم منه تخسير المال.

ص: ٦٥

١- (١) الفقيه ٤: ٢٤٣ حديث ٧٧٨.

٢- (٢) الدروس: ٣٣٧.

و هل يسترد العبد أو قيمه؟ فيه نظر، ينشأ: من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً، و من كون الرد بالعيب موضوعاً على القهر كالإرث، فعلى الأول يسترد قيمه كالهالك، و على الثاني يجبره الحاكم على بيعه ثانياً أو عتقه - و كذا البحث لو وجد المشتري به عيباً - و بأى وجه أزال الملك من البيع و العتق و الهبة حصل الغرض. و لا يكفى الرهن و الإجاره و التزويج، و لا الكتابه المشروطه - أما المطلقه، فالأقرب إلحاقها بالبيع، لقطع السلطنه عنه - و لا تكفى الحيلوله.

قوله: (و هل يسترد العبد أو قيمه؟ فيه نظر، ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً).

ليس هذا الوجه بشىء، لأن الثمن المعين إذا ردّه انفسخ العقد، فيعود العبد إلى الكافر، لامتناع بقاء ملك بغير مالك، و امتناع كون الثمن و المبيع معاً ملكاً للمشتري، و هذا قهري، فأين التملك الاختيارى الذى ادعى؟ و الثانى أصح، فيجبره الحاكم على بيعه ثانياً.

قوله: (و بأى وجه أزال الملك، من البيع و العتق و الهبة حصل الغرض).

و مثله الصلح، لكن ينبغى تقييد الهبة باللازمه.

قوله: (أما المطلقه فالأقرب إلحاقها بالبيع، لقطع السلطنه عنه).

ليس ذلك شيئاً، لأن قطع بعض السلطنه غير كاف، و قطع الجميع لم يتحقق، لبقاء الرق المقتضى للسييل، و لثبوت الحجر على المكاتب المطلق فى تصرفاته كلها، و استقرار الرق لو تحقق العجز، و الأصح عدم الاكتفاء بها.

نعم لو تعقبها الإعتاق، كأن كان عقبيها بغير فصل، بتحقيق وفاء العوض من الزكاه أو بيت المال، لم يبعد صحتها، لأنها أعود على العبد من بيعه، فان حصل الوثوق بذلك، و إلا الزم بإخراجه عن ملكه على الفور.

و لو أسلمت أم ولده لم يجبر على العتق، لأنه تخسير، و في البيع نظر، فان منعناه استكسبت بعد الحيلولة في يد الغير.

و لو امتنع الكافر من البيع حيث يؤمر باع الحاكم بثمان المثل، فان لم يجد راغبا صبر حتى يوجد، فتثبت الحيلولة.

و لو مات قبل بيعه، فإن ورثه الكافر فحكمه كالمورث، و إلا استقر ملكه.

و هل يباع الطفل بإسلام أبيه الحرّ أو العبد لغير مالكة؟ إشكال، قوله: (و في البيع نظر).

ينشأ: من عموم منع بيع أم الولد، و عموم نفى السبيل، أو من تعارض عموم بيع مملوك الكافر إذا أسلم للنص الوارد بذلك (١)، و منع إخراج أمهات الأولاد عن الملك، و الأصح أنه إن أمكن دفع عوضها من الزكاه أو بيت المال لتعتق و جب، لأنهما مرصدان لنحو ذلك، و إلا بيعت، ترجيحاً لجانب منع السبيل على المسلم، [و يبعد] (٢) استكسابها، لما فيه من السبيل المنفى، و لإمكان أن لا يفي كسبها به فتبقى السلطنة، و لو قلنا به فنفتتها من الكافر لا من كسبها.

قوله: (و هل يباع الطفل بإسلام أبيه الحرّ أو العبد لغير مالكة؟ إشكال).

الجار في (لغير مالكة) إن علق بقوله: (يباع) كان الجار و المجرور و المضاف إليه ضائعا مستغنى عنه، و إن علق بمحذوف على أنه حال من (العبد) أو صنفه له، فهم منه أنه إذا كان العبد لمالك الولد لا يكون الحكم كذلك.

و ليس بجيد، و الأصح أنه يباع، لعموم نفى السبيل، و ثبوت أحكام الإسلام، و لهذا يأمره الولي بالعبادات للسبع و العشر.

ص: ٦٧

---

١- (١) الكافي ٧: ٤٣٢ حديث ١٩، التهذيب ٦: ٢٨٧ حديث ٧٩٥.

٢- (٢) في «م»: و ما أثبتناه هو الصحيح، و هو من الحجري و من مفتاح الكرامه ٤: ١٨٢ [١] نقلا عن جامع المقاصد.

و إسلام الجدد أقوى إشكالا. و ليس للمملوك أن يبيع أو يشتري إلا بإذن مولاه، فان و كله غيره في شراء نفسه من مولاه صحّ على رأى. و يشترط كون البائع مالكا، أو وليا عنه-كالأب و الجد له و الحاكم و أمينه و الوصى-أو و كيلا.

فبيع الفضولى موقوف على الإجازة على رأى، قوله: (و إسلام الجدد أقوى إشكالا).

الظاهر أن المراد: سواء كان الأب موجودا، كافرا أو ميتا، و لا أستبعد تبعيته له، نظرا إلى عموم تبعيته أشرف الطرفين، و لأن الإسلام مبنى على التغليب، و إنما كان هذا أقوى إشكالا، لأن المقتضى للبيع هنا أضعف منه في إسلام الأب، و إذا ثبت الإشكال في البيع هناك، فهنا الإشكال أقوى لا محاله.

قوله: (فان و كله غيره في شراء نفسه من مولاه صحّ على رأى).

لعلّ النكته في قوله: (من مولاه) استلزام بيع المولى له نفسه، إجازته لو كليل الغير إياه، بخلاف ما لو اشترى من و كليل مولاه، و الأصحّ الجواز، لأن التغير بين العوضين و المتعاقدين يتحقق مع التغير الاعتبارى.

و اعلم أن تفرّيع هذا الحكم على منع المملوك من البيع و الشراء بدون إذن مولاه غير ظاهر، فان المتفرع عليه عدم الصحة لو وّكله بدون الاذن، لا- ما ذكره، و كأنه فوّعه عليه باعتبار ما دل عليه الاستثناء، أعنى: جوازه بالإذن، فإنه إذا وّكله على الوجه المذكور، و باعه المولى نفسه كان ذلك جاريا مجرى الاذن، فيصح. لكن قوله: (على رأى) لا يناسب من جهة التفرّيع، لأن صحه ذلك و فساده باعتبار الرأى المذكور ليس من جهة الاذن و عدمه.

قوله: (فبيع الفضولى موقوف على الإجازة على رأى).

هذا التفرّيع [أيضا غير جيد] (١) لأن المتبادر من اشتراط ما ذكره بطلان

ص: ٦٨

١- ١) فى «م»: هذا التفرّيع غير يفيد، و ما أثبتناه من الحجرى، و هو الأصح.

و كذا الغاصب و إن كثرت تصرفاته فى الثمن، بأن يبيع الغصب و يتصرف فى ثمنه مره بعد اخرى.

و للمالك تتبع العقود و رعايه مصلحته، البيع هنا، لانتفاء الشرط إن كان ذلك شرطاً فى الصحة، أو عدم لزومه إن كان شرطاً فى اللزوم، فكونه موقوفاً على الإجازة لا يظهر وجه تفريعه، إلا إذا حملنا العبارة على أن الاشتراط فى اللزوم، و أن المراد بكونه موقوفاً عدم لزومه، لأنه فى قوته، لكن قوله: (على رأى) لا موقع له حينئذ، و كيف كان فالعبارة لا تخلو من تكلف.

و الأصح أن الفضولى موقوف غير باطل، و كما يتصور الفضولى فى البيع يتصور فى الشراء، و إن كان حديث عروه [البارقى، عن النبى صلى الله عليه و آله] (١) إنما يدل على حكم البيع (٢).

قوله: (و كذا الغاصب).

أى: حكم الغاصب كالفضولى، و هو أصح الوجهين، و إن احتمل الفساد، نظراً إلى القرينه الداله على عدم الرضا، و هى: الغصب.

قوله: (و للمالك تتبع العقود و رعايه مصلحته).

بمعنى: أن له إجازة أى عقد اختار إجازته، فإن أجاز عقداً من العقود المرتبه على المغصوب - كما لو بيع بسيف، ثم بدار، ثم بفرس، ثم بثوب، باعتبار اختلاف الأيدى - صح ذلك العقد، و بطل ما قبله من العقود، لأن صحته بإجازته تقتضى كون المبيع باقياً على ملكه، و بقاؤه على ملكه ينافى صحه شىء من العقود السابقه على ذلك العقد، إذ لو صح شىء منها لخرج المبيع عن ملكه، فلم تؤثر إجازته فيه.

ص: ٦٩

١ - ١) فى «م»: عن الباقر عليه السلام، و ما أثبتناه من الحجرى، و هو الصحيح.

٢ - ٢) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٥ حديث ٣٦، المستدرک ٢: ٤٦٢ باب ١٨ حديث ١، نقلاً عن كتاب ثاقب المناقب لمحمد بن على الطوسى، سنن الترمذى ٢: ٣٦٥ حديث ١٢٧٦.



لكن سيأتي في أنّ من باع مال غيره فضولاً- ثم اشتراه- ما يقتضى التردد في بطلان ما قبله، لأننا إذا حملنا عبارته فيما يأتي على التردد، كان على احتمال الصحة، يحتمل الصحة بالإجازة هنا. أما ما بعده من العقود فيبني على أن إجازة الفضولي كاشفه أو ناقله، فإن قلنا بالأول صح ما بعده، لتبين وقوع تصرفه في ملكه، وإن قلنا بالثاني تجيء فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: البطلان، لتعذر الإجازة، لانحصارها في المغصوب منه، وقد خرج عن ملكه.

الثاني: الصحة من غير توقف على إجازة المتصرف ببيعه.

الثالث: توقفه على إجازته، وسيأتي مثل هذا فيما بعد.

و لو ترتبت العقود على ثمن المغصوب، كما لو بيع السيف بقوس، ثم القوس بدابته، ثم الدابة ببيعير، ثم البعير بدراهم، فإن الحكم ينعكس لو أجاز واحدا منها، فإن ما قبله يصح، ويقف ما بعده على الإجازة كالفضولي، إلا إذا قلنا بالإجازة كاشفه، كما لو أجاز بيع الدابة بالبيعير، فإن إجازته إنما يعتد بها شرعا أن لو كان مالكا للدابة، وإنما يكون مالكا لها حينئذ أن لو ملك ما بذلت في مقابله، وهو: القوس، وإنما يملكه على هذا التقدير إذا ملك السيف، وإنما يملكه أن لو صحّ بيع السيف به، فيجب الحكم بصحة ذلك، حملا لكلام المسلم على الوجه الذي يكون معتدا به شرعا.

واعلم: أنّ هذا إنما يستقيم إذا جرت العقود على العوض الذي هو الثمن، ثم على ثمنه وهكذا، فلو جرت على الثمن خاصة، كما لو بيع السيف مرارا فأجاز واحدا منها، فإن ذلك العقد يصح و يبطل ما قبله، إلا العقد الذي قوبل فيه المغصوب بالسيف، وفيما بعد ذلك العقد الأوجه الثلاثة السابقة.

و بهذا يظهر أنّ إطلاق كلام الشارح (1) و شيخنا الشهيد في الدروس (2)

ص: ٧٠

١- ١) إيضاح الفوائد ٤١٨: ١.

٢- ٢) الدروس: ٣٣٥.

و مع علم المشتري إشكال. -بأن في سلسلة المثلثن يصح العقد المجاز، و ما بعده دون ما قبله، و في الثمن بالعكس -غير مستقيم، و يحتاج إلى التنقيح في مواضع:

الأول: بيان حال ما بعده في سلسلة الثمن، بما ذكرناه.

الثاني: وقوف ما بعد المجاز في سلسلة الثمن على الإجازة، دون البطلان.

الثالث: أن ذلك في سلسلة مخصوصه في الثمن كما بيناه، لا مطلقا.

قوله: (و مع علم المشتري إشكال).

أى: له التبع إذا كان المشتري جاهلا، لتحقق المعاوضه حينئذ، أما مع علمه بالغصب ففي الحكم إشكال، ينشأ من ثبوت المعاوضه في العقد، فله تملكه بالإجازة رعايه لمصلحته، و من انتفائها بحسب الواقع، لأن المدفوع ثمنا يملكه الغاصب، لتسليطه إياه عليه، و لهذا يمتنع استرداده عند الأصحاب و إن بقيت عينه، و المطالبه (1) بعوضه إذا تلف خاصه عند المصنف، فيمتنع على مالك العين تملكه.

و يمكن أن يكون ذلك معطوفا على محذوف دل عليه السياق، و تقدير العبارة: و كذا الغاصب، أى: و كذا بيع الغاصب موقوف إذا كان المشتري جاهلا، و مع علمه إشكال، ينشأ مما ذكر، فيكون الإشكال في كونه موقوفا على الإجازة، و إن بعد هذا التقدير، و أيما الأمرين قدّرت الاشكال فيه، فمجيئه في الآخر لازم له.

و يمكن أن يكون الاشكال فيهما معا، و فيه من التكلف ما لا يخفى، و الأصح عدم الفرق بين علمه بالغصب و عدمه، لأن المعتمد أن للمشتري استعادته الثمن مع بقاء عينه، لعدم خروجه عن ملكه الى الغاصب، لعدم المقتضى.

و تجوز تصرفه فيه عند الأصحاب لتسليطه عليه، لا ينافى كونه عوضا

ص: ٧١

---

١ - ١) كلمه (و المطالبه) معطوفه على جمله (يتمتع)، أى: و تمتع المطالبه بعوضه. و في «م» وردت كلمه (فيتمتع) قبل (و المطالبه) و حذفناها لعدم ورودها في الحجرى و لعدم اقتضاء السياق لها.

و الأقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، للمبيع بمقتضى عقد البيع، إذ لو وقع التصريح بمثل ذلك في عوض العقد الفضولى لمن أوقعه فضولا، لم يكن قادحا في ثبوت الإجازة للمالك.

فان قلت: إن جعلت الإجازة كاشفه دلّت بحصولها على انتقال الثمن إلى ملك المجيز بالعقد، فكيف تؤثر فيه إباحة المشتري له للغاصب بعد العقد، إما بتسليطه إياه عليه أو بتصريحه له بالإباحة؟ و سيأتى فى كلام المصنف اختيار كون الإجازة كاشفه.

قلت: لئما أجمع الأصحاب على أنه إذا تلف العوض، ليس للمشتري مطالبه المشتري به، ووجب إخراج هذا الحكم عن مقتضى الأصل بالإجماع، و إجراء ما عداه على الأصل.

فإن قلت: حقّ المعاوضة مع كون المشتري عالما بأن البائع غاصب أن لا تكون مقصوده، فلا يعتدّ بها أصلا.

قلت: هذا لا- يقدر فى كونها مقصوده، و إلا- لقدح فى بيع الفضولى إذا علم المشتري بالحال. و الحاصل: أن كلما يقال فى الغاصب، يقال فى الفضولى، و الجواب هو الجواب.

قوله: (و الأقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال).

وجه القرب: أنه مع عدم من له أهليه الإجازة، تكون صحة العقد ممتنعه فى الحال، و إذا امتنعت فى زمان ما امتنعت دائما، لأن بطلان العقد فى زمان يقتضى بطلانه دائما، و لما فيه من الضرر على المشتري، لا امتناع تصرّفه فى العين- لإمكان عدم الإجازة، و لعدم تحقق المقتضى- و فى الثمن لإمكان الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه.

و إنما يتصوّر ذلك عندنا: إذا تصرّف للطفل على خلاف المصلحة، أما عند الأشاعره فتصوّره ظاهر.

و يضعف بانتفاضه ممن كان بعيدا، يمتنع إليه الوصول عادة إلا فى زمان

فلو باع مال الطفل فبلغ و أجاز لم ينعقد على إشكال، و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و أجاز، طويل. و الظاهر عدم الاشتراط، لعموم الدليل الدال على صحة الفضولي من غير فرق، فإنّ عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) يتناوله.

قوله: (فلو باع مال الطفل فبلغ و أجاز لم ينعقد على إشكال).

يلوح من هذا الاشكال التردد في اشتراط أن يكون للعقد مجيز في الحال، إلاّ أن يقال: الطفل إذا بلغ كان له أهليه الإجازة بالفعل، و قبله له ذلك بالقوه، فالمجيز في الجملة موجود، لكن على هذا تكون المسألة التي بعده عند المصنف مجزوما بعدم النفوذ فيها، لانتفاء المجيز فعلا- و قوه، فيكون التشبيه في عدم النفوذ لا- في الاشكال في عدم النفوذ، و هذا و إن كان خلاف المتبادر منها، إلاّ أنه تندفع المنافاه عن عبارته، لأن التردد ينافي الترجيح المستفاد من قوله: (و الأقرب).

قوله: (و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و أجاز).

إن حمل على أن المراد: و كذا الإشكال في عدم النفوذ لو باع مال غيره إلى آخره، فمنشأ الإشكال من أنّ العقد كان موقوفا على الإجازة من المالك الذي وقع البيع، حال كونه مالكا، و قد تعدّرت بانتقال الملك إلى مالك آخر، فامتنع الحكم بالصحة. و من أن الإجازة للعقد الفضولي من مالك العين و من يقوم مقامه في ذلك، فإنّ الوكيل المفوض تعتبر إجازته على وفق المصلحة قطعا، و من انتقل المبيع إليه تصرّفه أقوى، بل يحتمل أن يقال: مجرد الانتقال إلى المتصرف فضوليا كاف في صحة العقد، لأن ذلك أبلغ من إجازة المالك.

و إن حمل على أن المراد: و كذا لا- ينفذ إلى آخره، فوجهه أنّ الإجازة قد تعدّرت، و إنها على القول بأنها كاشفه، يلزم كون الملك لشخصين في زمان واحد.

و اعلم أنّ في هذه المسألة إشكالا، و ذلك لأن الإجازة إن كانت كاشفه لزم دخول المبيع في ملك المشتري من حين العقد، فيكون السبب المقتضى لملك

ص: ٧٣

و فى وقت الانتقال إشكال، و يترتب النماء.

العاقده فضولا غير صحيح، لكونه واقعا على ملك الغير، فإذا فسد فسدت الإجازة المترتبة عليه.

و التحقيق أن يقال: إن كان السبب الناقل للملك بعد العقد الفضولى مع علم المالك بجريان الفضولى كان فسخا له، فيبطل، فلا تؤثر فيه الإجازة لامتناع الرضى بالفضولى مع صحه التصرف فيه، الناقل عن الملك. و إن كان بغير علمه نظر فى أنه هل يعدّ هذا التصرف مستلزما للفسخ أم لا؟ و على الثانى نظر هل تعدّ الإجازة كاشفه، أو معتبره فى السبب المقتضى لنقل الملك؟ فعلى استلزام الفسخ لا بحث، و على اعتبار الإجازة فى السبب بناء على الثانى يمكن الصحه مع إجازته، و على كونها كاشفه يتجه البطلان، لأنه يلزم من ثبوتها نفيها.

إلا أنه يشكل بعموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) [١] و لم يعم دليل يدل على انفساخ الفضولى، و لا قام دليل على انحصار الإجازة فى المالك المعين، و هو الأول، و من المعلوم أن اللزوم الفضولى إنما يتوقف على انضمام رضى المالك إلى صيغه العقد، ليصير العقد كالصادر عن رضاه، فيكون كعقد الوكيل، و إذا كان تقدّم العقد على الرضى لا يقدح، فتقدّمه على الملك لا يقدح، لانتفاء المقتضى.

فيمكن أن يقال: يكفي لصحة الإجازة ثبوت الملك فى ظاهر الحال، فكأنه ناب مناب المالك فيها.

و يرد عليه: أن الثمن الثانى إن ملكه المالك لم يجوز أن يتخلف عنه ملك المشتري المتصرف فضولا، و إن لم يملكه كانت المعاوضة فاسده، و لا سبيل إلى القول به.

قوله: (و فى وقت الانتقال إشكال).

ينشأ: من أن الإجازة هى: الرضى، و هى: المكمله للسبب، فيمتنع انتقال الملك قبلها، و من أن العقد سبب تامّ فى حصول الملك، لعموم (أَوْفُوا

ص: ٧٤

بِالْعُقُودِ (١) وتمامه فى الفضولى إنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاماً، فوجب ترتب الملك عليه، وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصه، بل به مع شىء آخر، ولا دليل يدل عليه.

والاحتجاج بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم فى الموجود- لأن العقد حالها عدم- ليس بشىء، لأن تأثيرها ليس فى العقد، بل فى الأمر المترتب عليه، وهو: نقل الملك، وهذا بعد تمام السبب يجب أن يكون موجوداً لا معدوماً، على أنه لا تأثير هنا، لأن علل الشرع معرّفات للأحكام لا مؤثرات، فلا يمنع تعريفها للأحكام المرتبه على الأمور العدميه.

وكذا الاحتجاج على كونها جزءاً أو شرطاً- بأنها إما شرط فى قبول المحلّ، أو فى فعل الفاعل- ليس بشىء أيضاً، لمنع الحصر، إذ يجوز كونها علامه على تماميه العقد و اعتباره فى نظر الشرع، مع عدم مطابقته للمدعى.

إذا عرفت هذا، فهل للمشتري فسخ الفضولى قبل الإجازة، بحيث إذا حصلت لا يكون معتداً به؟ لا شك أنه على تقدير كونها كاشفه ليس له ذلك، لأنه قد تبين دخوله فى ملكه من حين العقد، فكيف يفسخ؟ وعلى التقدير الآخر، لا- بعد فى أن له ذلك، لأن الموجود هو بعض السبب، فهو كما لو ردّ الإيجاب أو رجع عن قبوله، لو جوزنا تقديمه قبل صدور الإيجاب.

ثم أنه هل للمشتري التصرف فى الثمن؟ يوجد فى عبارته الشارح السيد ما يدل على المنع فى توجيه بيع مال الطفل، وينبغى تنزيهه على هذين القولين، و أرجح القولين انتقال الملك بالعقد.

ويمكن أن يقال: إتلاف الثمن المعين موجب لانفساخ البيع، فيمتنع إتلافه.

و لو باع مال أبيه بظنّ الحياه و أنه فضولى،فبان مئتا حينئذ و أنّ المبيع ملكه،فالوجه الصّحّه. و لا يكفى فى الإجازة السكوت مع العلم،و لا مع حضور العقد.

و لو فسخ العقد رجع على المشتري بالعين،و يرجع المشتري على البائع بما دفعه ثمنا،و ما اغترمه من نفقه أو عوض عن اجره أو نماء،مع جهله أو ادّعاء البائع إذن المالك،و إن لم يكن كذلك لم يرجع بما اغترم و لا- بالثمن مع علم الغصب،إلاّ أن يكون الثمن باقيا، قوله: (و لو باع مال أبيه بظن الحياه و أنه فضولى).

قيل:قوله:(و أنه فضولى)مستغنى عنه.قلنا:بل أراد به:الإشعار بمنشأ الوجه الضعيف،أعنى:أن العقود تابعه للقصود.

قوله: (فالوجه الصّحّه).

أراد:الصّحّه من غير توقف على شىء آخر،أعنى:اللزوم،و ينبغى أن يكون ذلك موقوفا على إجازته،و هو الأصح،لأنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن،بل مع إجازة المالك،إلاّ أن يقال:قصده إلى أصل البيع كاف.

و مثله:ما لو باعه فضوليا،ثم تبين شراء و كيله إياه.

قوله: (مع جهله أو ادّعاء البائع إذن المالك).

لثبوت غروره فى الصورتين.

قوله: (و إن لم يكن كذلك).

أى:و إن انتفى الأمران،و هو:جهله بأن له مالكا غير البائع،و إذن المالك.

قوله: (و لا بالثمن مع علم الغصب).

أى:لا يرجع بالثمن إذا علم كون البائع غاصبا،قيل:هذا القيد مستدرك،قلنا:لا،فإنه لا يلزم من علمه بأن له مالكا،أن يكون فى يده غصبا.

فالأقوى الرجوع به. ولا يبطل رجوع المشتري الجاهل بادعاء الملكيه للبائع، لأنه بنى على الظاهر.

و لو تلفت العين فى يد المشتري، كان للمالك الرجوع على من شاء منهما بالقيمه إن لم يجر البيع، فان رجع على المشتري الجاهل، ففى رجوعه على البائع بالزيادة على الثمن إشكال. قيل: هو فى سياق بيع المغصوب، قلنا: بل فى سياق بيع مال الغير فضولا غاصبا كان أولا.

قوله: (فالأقوى الرجوع به).

هذا أصح، و ظاهر كلام الأصحاب عدم الرجوع مطلقا، و فى رساله الشيخ أبى القاسم بن سعيد ما يقتضى الرجوع (١) مطلقا، و هو المتّجه، لكن نقل فى التذكرة الإجماع على عدم الرجوع (٢).

قوله: (ولا يبطل رجوع المشتري الجاهل بادعاء الملكيه).

أى: لو قال: هذا كان مالا لفلان البائع و اشتريته منه، ثم ثبت كونه مال الغير، لم يمنع قوله ذلك من الرجوع، و إن كان ظاهره ينافى استحقاق الرجوع، لأنه بنى فى قوله هذا على الظاهر.

قوله: (فان رجع على المشتري الجاهل، ففى رجوعه على البائع بالزيادة على الثمن إشكال).

ينشأ: من أنها تلفت فى يده، فقرار ضمانها عليه، و من أنه غره بكون المبيع ملكا له، فيرجع عليه، و هو أقوى، فيرجع بها.

ص: ٧٧

---

١-١) نكت النهاية (الجوامع الفقيهيه): ٦٢١.

٢-٢) التذكرة ٤٦٣: ١. [١]



و لو باع ملكه و ملكه غيره صفقه صحّ فيما يملك و وقف الآخر على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ البيع و قسّط الثمن عليهما بنسبه المالكين، بأن يقوّما جميعا، ثم يقوّم أحدهما، هذا إذا كان من ذوات القيم، و إن كان من ذوات الأمثال قسّط على الأجزاء، قوله: (صح فيما يملك، و وقف الآخر على إجازة المالك).

أى: صح البيع فيما يملك، أى: لزم لوجود شرط اللزوم، و هو: كونه مالكا، فدل على أنه أراد بالصحة: اللزوم.

قوله: (و وقف الآخر على إجازة المالك).

فان قيل: كيف يكون الوقوف للآخر على الإجازة، و الموقوف إنما هو للعقد أو لأثره؟ قلنا: تقدير العبارة: وقف العقد فى الآخر، بدليل ما قبله. فان قيل: كيف يكون العقد الواحد لازما موقوفا؟ قلنا: بالإضافه إلى شيئين لا محذور.

قوله: (و قسّط الثمن عليهما بنسبه المالكين، بأن يقوّما).

إنما اعتبر تقويمهما ثم تقويم أحدهما، لتعرف نسبه قيمه كلّ منهما إلى مجموع القيمتين، فيعرف ثمن كلّ منهما من مجموع الثمن، و إنما لم يقسّط على العينين، لإمكان زياده الثمن على القيمتين أو نقصانه عنهما، و عدم مساواه كل من القيمتين للأخرى.

و فى عبارته حذف، تقديره: ثم يقوّم أحدهما، و تنسب قيمته إلى مجموع القيمتين، و يؤخذ له بتلك النسبه من مجموع الثمن.

فرع: لو كان كمصراعى باب أو زوجى خفّ، ووجب أن يقوّما معا، منفردا كلّ منهما عن الآخر، ثم ينسب قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين، لأنه إنما يقوّم المال باعتباره، و كل منهما إنما يملك أحد الزوجين، فلا يستحق ما يزيد من قيمه باجتماعهما، بخلاف أحكام الغصب.

قوله: (و إن كان من ذوات الأمثال قسّط على الأجزاء).

و ذلك لعدم الاحتياج إلى اعتبار قيمه، لثبوت التساوى فى المثلى بين

سواء اتحدت العين أو تكثرت. و لو فسخ تخير المشتري في فسخ المملوك و الإمضاء، فيرجع من الثمن بقسط غيره.

و لو باع مالك النصف النصف انصرف إلى نصيبه، و يحتمل أجزاءه، و سيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى تحقيق الفرق بين المثلى و القيمي.

قوله: (سواء اتحدت العين أو تكثرت).

أى: سواء اتحدت أو تكثرت في كل من المثلى و القيمي، فالأقسام أربعة: اتحدت في القيمي كالعبد المشترك، تكثرت فيه كالعبد مع الجارية، اتحدت في المثلى كقفيز من بز، تكثرت فيه كقفيزين، لكن هذا على إطلاقه لا يستقيم، بل يجب أن يقيد بما إذا تساوت الأوصاف التي لها دخل في زياده القيمة و نقصانها، أمّا إذا تفاوتت كجيد الحنطه مع رديئها أو مع الشعير مثلا، فإن المرجح حينئذ إلى القيمة، و إلا - لزم استواء الحنطه و الشعير في الثمن، و هو معلوم البطلان، فإن متساوى الأجزاء إنما قسط الثمن على أجزائه لتساويها في القيمة، لعدم الاختلاف بينها المؤثر في اختلاف القيمة، و الموضوع المذكور بخلاف ذلك.

قوله: (و لو فسخ تخير المشتري في فسخ المملوك و الإمضاء).

ينبغي تقييده بما إذا كان جاهلا في الحال، و إلا فلا فسخ له.

سؤال: التراضي إنما وقع على مجموع المبيع بما صحّ بالإضافه فإذا فسخ الغير في ملكه ارتفع التراضي، فيلزم بطلان العقد؟  
جوابه: لما وقع التراضي على المجموع صح العقد، فإذا طرأ عليه البطلان بالإضافه إلى بعض المبيع لم يلزم بطلان الآخر، لعدم الدلالة، و لأن الرضى قد حصل ضمنا، فتكفى الصحه، و لا يلزم من البطلان في الآخر ارتفاع الرضى الذي كان قد حصل، و لا بطلان حكمه.

قوله: (و لو باع مالك النصف النصف انصرف إلى نصيبه، و يحتمل

الإشاعة، فيقف في نصف نصيب الآخر على الإجازة. أما الإقرار فيبنى على الإشاعة قطعاً، الإشاعة، فيقف في نصف النصيب الآخر على الإجازة).

وجه الأول: أن اللفظ من حيث هو هو، وإن تساوت نسبته إلى النصيبين، إلا أنه من خارج قد ترجح انصرافه إلى النصيب المملوك للبائع، نظراً إلى أن إطلاق البيع إنما يحمل على المتعارف في الاستعمال و المتبادر إلى الفهم و هو البيع الذى ترتب عليه الانتقال بفعل المتعاقدين.

و وجه الثانى: استواء النسبه قصراً للنظر على اللفظ، و لا- ريب أن القرينه المذكوره مرجحه للمعنى السابق، فيكون الوجه الأول أقوى.

و اعلم أن المراد بالإشاعة هنا: الإشاعة بالنسبه إلى النصيبين، لا- الإشاعة للاجزاء فى الأجزاء، لأن ذلك ثابت على كل من التقديرين، أعنى: صرف البيع الى المملوك، أو تنزيله على مملوكه و مملوك شريكه، فهو معنى آخر تدل عليه المقابله لما قبله.

قوله: (أما الإقرار فينزل على الإشاعة قطعاً).

أى: على الإشاعة التى ذكرنا معناها آنفاً، فلا ينحصر المقر به فى نصيب المقر ظاهراً، و لا بد من تحرير هذه المسأله، و صورتها: أن ملكاً كدار إذا كان بيد شخصين على ظاهر الملك، فأقر أحدهما بأن ثالثاً يستحق نصفها، فإن الإقرار لا يحمل على أن النصيب المقر به هو ما فى يد المقر، لأن لفظ الإقرار صالح لكل من النصيبين و لا ترجيح، فصرفه إلى إحداهما دون الآخر ترجيح بغير مرجح.

و لا- يمكن ادعاء الترجيح بأمر خارجى، كما فى المسأله السابقه، لما ذكرناه من قرينه البيع هناك، و هى متيقنه هنا، فإن الإقرار لما كان إخباراً عن ملك الغير لشيء، لم يجب أن يكون منصرفاً إلى ما فى اليد، لإمكان وقوع هذا الإخبار على ما فى يد الغير.

لا يقال: الإقرار حقيقه إنما يكون على ما فى اليد، و أما على ما فى يد الغير

فلو قال: نصف الدار لك، أو قال مع ذلك: و النصف الآخر لى و لشريكى و كذبه الشريك، فللمقر له ثلثا ما فى يده، و لو قال: و النصف الآخر لى، أو الدار بينى و بينك نصفان، أخذ نصف ما فى يده.

فإنما هو شهادته، و لا يعد إقرارا، لأننا نقول: الإقرار إخبار عن حق الغير، و لم يثبت تخصيصه بما فى اليد، و تسميته الإخبار عما فى يد الغير شهادته، و الأصل عدم ذلك.

و لو سلمنا فهذا الأمر إنما هو فى لفظ الإقرار، فيتحقق هذا لو قال:

أقرت، أما إذا قال: فلان كذا فلانى فإنه إخبار، إن شئت سميته إقرارا، و إن شئت شهادته، و إن شئت وزعته لو تعلق بمختلفين فى اليد و عدمها.

قوله: (فلو قال: نصف الدار لك، أو قال مع ذلك: و النصف الآخر لى و لشريكى و كذبه الشريك، فللمقر له ثلثا ما فى يده).

مقتضى قوله: (أو قال مع ذلك.) أنه لا تفاوت بين الصورتين فى الحكم المذكور، و هو كذلك، لأن اليد الثابتة لكل منهما الثابتة شرعا، إذا ضممتها الإقرار اقتضت ذلك، و ظاهر قوله: (فللمقر له ثلثا ما فى يده) أن ذلك يتفرع على الإشاعه المذكوره، و ليس كذلك. بل المتفرع على الإشاعه تنزيل الإقرار على ما فى يديهما، كما قررناه سابقا.

نعم له مدخل، حيث أن تكذيب الآخر إذا انضم إليه اقتضى ذلك، و هو كاف فى صحه التفريع فى الجملة، و وجه استحقاق المقر له الثلثين، أن الشريك المكذب بزعم المقر ظالم بالربع، لأنه بمقتضى إخباره إنما يستحق ربحا، و بيده نصف، فالربع الذى ظلم بأخذه على حسب الإقرار نسبته إلى المقر و إلى الثالث على حدّ سواء، إذ لا ترجيح، فإنه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزع الاستحقاق على ما فى يده، و على ما وقع الظلم به، و الثالث بإقرار المقر يستحق النصف، و يستحق هو الربع، و النصف ثلثا المجموع، فيكون للثالث ثلثا ما فى يد المقر، و ثلثا ما فى يد الشريك ظلما، و للمقر ثلث كل منهما.

و لو ضمّ إلى المملوك حرا أو خمرا أو خنزيرا صح في المملوك و بطل في الباقي، و يقسط الثمن على المملوك و على الحر لو كان مملوكا، لا يقال: مقتضى الإشاعه التنزيل على ما في يد كل واحد منهما، فيكون للثالث بمقتضى الإقرار ربع ما في يد كل من الشريكين، كما لو صرح فقال: لك نصف ما في يدي و نصف ما في يد شريكي، فكيف تغير الحكم حتى صار له بيد المقر ثلث الأصل؟ لأننا نقول: لما حصل تكذيب الشريك، تحقق تلف الربع، فوجب كونه منهما، فبمقتضى التكذيب صار الأمر كذلك.

فان قيل: التكذيب لا يقتضى ذلك، لأنه يقتضى رد ما اقتضاه الإقرار، و هو استحقاق الثالث نصف ما في يد الشريك، و ذلك ربع، فكيف يتحقق ضياعه منهما ليلزم ما ذكر؟ قلنا: لما أقر له بنصف، كان متعلق الإقرار أمرا كلياً في يد كل واحد من الشريكين، فلما رد الشريك إقراره، كان الرد نافذاً في الربع، الذى هو نصف ما في يده فصار تالفاً، و يمتنع تلف الأمر الكلى، إذ التلف إنما يتحقق في نفس الأمر، بحيث يترتب عليه مقتضاه، للأمر المتعين المتشخص.

و لا شبهه في أنّ العين المشتركة إذا تلف بعضها، إنما يتلف من الشريكين على نسبه استحقاقهما، و لما انتفت علاقه الشركه بين الثالث و الشريك الثانى برده الإقرار، انحصرت شركته للمقر، فيكون التالف منهما موزعاً على نسبه استحقاقهما.

إذا عرفت ذلك، فالمسألة من اثني عشر، لأنّ فيها نصف سدس، و هو ثلث الربع، و مخرجه اثنا عشر، باعتبار ضرب مخرج المضاف في مخرج المضاف اليه.

قوله: (و على الحر لو كان مملوكاً).

يلزم القائلين في الأول- أعنى: مشتري المغصوب العالم بالغصب- بعدم الرجوع في الثمن عدم الرجوع هنا، و هو مدخول، إلا أن يقال: ذلك خرج

و على قيمه الخمر عند مستحليه. و لو باع جملة الثمره و فيما عشر الصدقه صح فيما يخصه دون حصه الفقراء، إلا مع الضمان. بالإجماع، و إطلاق المصنف التقسيط يقتضى الفرق بينه و بين ما هناك، و فى بعض الحواشى المنسوبه إلى شيخنا الشهيد طرد الحكم هنا، و هو بعيد.

قوله: (و على قيمه الخمر عند مستحليه).

فى حواشى شيخنا الشهيد: أنّ التقويم فى الحر و العبد بين، و فى الباقي تفصيل، و هو: إنه إن تساوت قيمه الخل المنضم الى الخمر، و الشاه المنضمه إلى الخنزير عند الملتين، قوما معا عند أهل الذمه، و إن كان الخل أرفع قيمه عند المسلمين، فالظاهر التقويم منفردين، لاشتمال الاجتماع على غبن البائع، أو امتناع التقويم، لأنه إن كان عند أهل الذمه لزم الأول، و إن كان عند المسلمين فالثاني.

و فى الحقيقة، ليس لهذا الكلام كثير محصل، لأنّ الأصل فى التقويم اعتباره عند المسلمين، لأنّ الحكم إنما هو لأهل الإسلام، فما دام يمكن ذلك و جب المصير اليه، و لا يعدل عنه الا عند التعذر، و هو فيما يملك ممكن فتعين اعتباره، و لا اعتبار بالتساوى و عدمه.

أما ما لا يملك، فلا بد من الرجوع فى تقويمه الى من يرى له قيمه من غير المسلمين للضروره، فيقتصر على محلها، و لا ريب أنه لا يقبل قول الكافر فى التقويم، لاشتراط العدالة فيه، بل يرجع فى ذلك الى قول العدول، كالذى أسلم عن كفر، أو المسلم المجاور للكفار.

و قول المصنف: (عند مستحليه) لا ينافى ذلك، لأنه ظرف للقيمه، لا للتقويم.

قوله: (إلا مع الضمان).

الظاهر أنّ المراد به: عدم الأداء من غيرها، و لا يشترط لفظ مخصوص، نعم لا بد من علم المشتري به لو كان عالما بالزكاه.

و لو باع أربعين شاه و فيها الزكاه مع عدم الضمان لم يصح فى نصيبه، إذ ثمن حصته مجهول على إشكال. و لو باع اثنان عبيد غير مشتركين صفقه بسط الثمن على القيمتين، اتفقتا أو اختلفتا. قوله: (و لو باع أربعين شاه و فيها الزكاه مع عدم الضمان لم يصح فى نصيبه، إذ ثمن حصته مجهول على إشكال).

هذا إذا باع أربعين لا- أزيد، فإن باع أزيد، و لم يبلغ النصاب الثانى فالبطلان ليس إلا لعدم تعيين النصاب، لأنّ الزائد عفو، و الاشكال يبنى على أنّ الواجب شاه غير معينه، أو مقدار شائع فى النصاب، و يدل على الأول: الاكتفاء بشاه من غير اعتبار تقويم الجميع، و أنه لو لم يبق إلا واحده تعين أخذها من دون اعتبار قيمه.

و على الثانى وجوب التقسيط فى الأمراض مع الصحاح، و الإناث مع الذكور، و سقوط شىء من الفريضة بتلف شىء من النصاب بغير تفريط، و الأصح الثانى.

و الجواب عن الأول: أنّ الشارع اكتفى بمسمى الشاه، تسهيلا على المكلف.

فرع:

هل الخمس كالزكاه؟ ظاهر كلام الأصحاب: -أنه لو اشترى مالا ممن لا يخمس لم يجب عليه الخمس-العدم، و ينبغى أن يستثنى من ذلك ما لو اشترى مال أهل الخلاف، الذين يخالفون فى محل الزكاه أو قدرها، مع احتمال إطلاق الحكم.

قوله: (اتفقتا أو اختلفتا).

حكم الشيخ بالبطلان فى المختلفين، للجهل بالنسبه، و هو ضعيف.

ص: ٨٤

و للأب و الجد له ولاية التصرف ما دام الولد غير رشيد، فان بلغ و رشد زالت ولايتهما عنه، و لهما أن يتوليا طرفي العقد.

و الحاكم و أمينه إنما يليان المحجور عليه لصغر أو جنون أو فلس أو سفه، أو الغائب.

قوله: (و للأب و الجد له ولاية التصرف ما دام الولد غير رشيد).

أورد عليه: أن مقتضاه زوال الحكم بحصول الرشد، و ليس كذلك، لأنه قد يصير رشيدا قبل البلوغ.

و جوابه: أن ذلك مدلول عليه بالمفهوم المخالف، و هو مفهوم الزمان على ما ذكره بعض الأصوليين.

قوله: (فان بلغ و رشد زالت ولايتهما عنه).

قيل عليه: لا يصح هذا التفريع، لأن الأول أعم من البلوغ و عدمه.

قلنا: لا- يمتنع تفريع الشيء على الشيء، باعتبار تناوله ما عليه التفريع، كما في قوله تعالى (وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ، فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ) (١).

قوله: (و الحاكم و أمينه إنما يليان المحجور عليه، لصغر أو جنون).

بشرط ولايتهما، مع عدم الأب و الجد له في الصغير، و كذا في المجنون إن اتصل جنونه بحجر الصغر، بخلاف ما لو بلغ رشيدا ثم جن، و لا شبهه في أن عبارته غير حسنه، لأنه لم يستوعب من يليه الأب و الجد له.

قوله: (أو سفه).

بشرط عدم الأب و الجد له، إلا أن يتجدد السفه بعد البلوغ و الرشد.

ص: ٨٥



و الوصى إنما ينفذ تصرفه بعد الموت مع صغر الموصى عليه أو جنونه، و له أن يقترض مع الملاءه، و أن يقوّم على نفسه. و الوكيل يمضى تصرفه ما دام الموكل حيا جازئ التصرف، فلو مات أو جنّ أو أغمى عليه زالت الولاية، و له أن يتولّى طرفى العقد مع الاعلام على رأى، و كذا الوصى يتولاهما، قوله: (و الوصى -إلى قوله: -أو جنونه).

بشرط أن لا يكون جنونه متجددا بعد البلوغ و الرشد، و كذا القول فى السفه.

قوله: (و له أن يقترض مع الملاءه).

اشترط الملاءه، احتياطا لمال المولى عليه و لا بد من الاشهاد، و لأنّ فيه تضييعا لحقه، و لأن الوكيل فى قضاء الدين يجب عليه الاشهاد، فهذا أولى.

و كذا الرهن، لما قلناه، فإنه ربما كثرت ديونه، فلزم الضرب مع الغرماء فى حال الفلوس أو الموت، نبه عليه الشهيد فى بعض حواشيه.

قوله: (و أن يقوّم على نفسه).

بان يوقع العقد الموجب للملك، و لا بد من الاشهاد، و كذا الرهن لما سبق.

قوله: (و له أن يتولّى طرفى العقد مع الاعلام على رأى).

أى: مع الإعلام بالحال، و المراد به: الإذن من الموكل، و الخلاف يتحقق فى شيئين: فى توليه طرفى العقد، و فى بيعه لنفسه، و إن كانت العبارة أعم من ذلك، فإنّ اشتراط الإعلام إنما هو فى توليه العقد لنفسه، فلو كان و كيلا لآخر فى الشراء، أمكن أن لا يطرد الخلاف فى شرائه لنفسه هنا.

و الأصح جواز تولي الطرفين، إذ مغايره المتعاقدين يكفى فيها الاعتبار، و جواز بيعه لنفسه مع الإذن، و لو بالقرينه الداله عليه، كأن يقول: مرادى البيع و حصول الثمن.

و إنما يصح بيع من له الولاية مع المصلحة للمولى عليه. و لو اتفق عقد الوكيلين على الجمع و التفريق فى الزمان بطلا، قوله: (و إنما يصح بيع من له الولاية مع المصلحة للمولى عليه).

لك فى قراءه المولى وجهان:

أحدهما: على وزن فعلى، اسم مفعول من وليته.

و الثانى: على وزن مهدى، من وليه يليه.

و بدون المصلحة يقع فضوليا، و فى بعض الحواشى المنسوبة إلى الشهيد، نقلا عن المصنف بواسطة قطب الدين، احتمال تنزيل تصرف الولى على خلاف المصلحة منزله الإتلاف بالاعتراض، فإن غايه ما فيه أنه إتلاف، و لا يقصر عن الإتلاف بالاعتراض المحكوم بجوازه، فإن الجميع إتلاف. و ليس بشىء، فإن الاعتراض ناقل الملك، و إتلاف الإنسان مال نفسه ليس كإتلافه مال الطفل قبل صيرورته مملوكا.

و أيضا فإن الإتلاف إذا جاز على وجه مخصوص، لم يثبت جوازه مطلقا، كما هو ظاهر، فإن ثبوت جوازه فى فرد، لا يستلزم جوازه فى فرد آخر. و لو صح ذلك لم يكن الحكم مقصورا على الأسباب الثابته شرعا.

قوله: (و لو اتفق عقد الوكيلين على الجمع و التفريق فى الزمان بطلا).

الجار الأول يتعلق بوكيلين، فإن فعلا هنا بمعنى مفعول، فيصح للتعلق به، و لا يجوز تعلقه ب(اتفق)، لفساد المعنى. نعم الجار الثانى يتعلق ب(اتفق)، و التقدير: لو اتفق عقد البيع الصادر من الوكيلين اللذين وكالتهما على الجمع و التفريق: أى تصرف كل منهما مع الآخر، و بدونه مأذون فيه زمانا، بان كان زمان أحد العقدين بعينه هو زمان الآخر بطلا على أصح الوجهين، للتنافى.

و احتمال التنصيف ضعيف، إذ لا مقتضى له. و نسبة كل من العقدين الى مجموع المبيع متساويه، و هذا هو المراد بقوله: (و يحتمل التنصيف فى الأول) و إنما أثبت

و لو سبق أحدهما صحّ خاصه، و يحتمل التنصيف فى الأول فيتخيران.

و لو باعاه على شخص و وكيله، أو على وكيله دفعه، فان اتفق الثمن جنسا و قدرا صحّ، و إلاّ - فالأقرب البطلان. و لو اختلف الخيار، فالأقرب مساواته لاختلاف الثمن، لهما التخيير، لتبعض الصفقه على ذلك التقدير.

قوله: (و لو سبق أحدهما صحّ خاصه).

أى: صحّ السابق دون اللاحق، و هو الذى حاوله بقوله: (خاصه)، و فى حواشى الشهيد: إنّ هذا حيث يكون و كيلا عن الموكل الأول، فلو كان و كيلا عن المشتري الأول، و لم يشترط قصد عين الموكل، صحّ الثانى أيضا.

و معنى هذا: أنه إذا كان الموقع للعقد الثانى و كيلا عن المشتري الأول، و لم يقصد معيناً - لأننا لم نشرطه فى الصحه - كان العقدان لشخص واحد، فيصحان إذا حصل الاتفاق الآتى ذكره.

و اعلم أنّ السبق يتحقق بكمال القبول، فمتى سبق قبول أحد العقدين فهو السابق، بخلاف الإيجاب، لأنّ انتقال الملك يترتب على كمال العقد.

قوله: (فان اتفق الثمن جنسا و قدرا صحّ).

لأنه لا - مانع من الصحه إلاّ - كونهما سببين تامين فى انتقال الملك، و لا امتناع فى اجتماعهما، لأنّ الأسباب الشرعيه معرفات للأحكام.

قوله: (و إلاّ، فالأقرب البطلان).

أى: و إن لم يتفق الثمنان فى الجنس و القدر، بان اختلفا فى أحدهما، و الظاهر أنه يريد بالاختلاف فى الجنس، ما يشمل الاختلاف فى الصفه، و وجه القرب امتناع الجمع بين العقدين، و لا ترجيح، فيبطلان، و هو الأصح، و يحتمل التنصيف - الذى مر فى المسأله السابقه - هنا بطريق اولى.

قوله: (و لو اختلف الخيار فالأقرب مساواته، لاختلاف الثمن).

الاختلاف فى القدر كشرط الخيار عشره أيام و خمسه أيام، و وجه القرب أن

إلا أن يجعلاه مشتركا بينهما.

## الفصل الثالث: العوضان

### إشارة

الفصل الثالث: العوضان:

و شرط المعقود عليه: الطهاره فعلا- أو قوه، الخيار نوع ارتفاق، فان كان للمشتري، كان بمنزله النقصان فى الثمن، أو للبائع فهو بمنزله الزيادة فيه، و يحتمل عدم المساواه، لأنه لا يعد مالا، فلا يختلف به العوضان.

قوله: (إلا أن يجعلاه مشتركا بينهما).

أى: اختلاف الخيار مساو لاختلاف الثمن فى جميع الأحوال، إلا- فى حال جعل الوكيلين الخيار مشتركا بينهما، و الأجد جعل ضمير (بينهما) راجعا الى كل من البائع و المشتري، و الضمير فى (يجعله) راجعا الى كل من الوكيلين فى العقدين، لكن لا تتناول العبارة حينئذ ما إذا باعا على شخص و وكيله.

و لو جعلناه راجعا الى المتعاقدين فى كل من العقدين، ليتناول ما ذكرناه، لبقى رجوع ضمير (بينهما) إلى البائع و المشتري لا يخلو من سماجه، و مع هذا، فالأصح هنا البطالان أيضا، لأن اختلاف الخيار بمنزله اختلاف الثمن، و اشتراكه لا يخرج عن الاختلاف المذكور، الموجب لتنافى العقدين و بطلانهما، و عبارته الشارح ولد المصنف (1) هنا لا تخلو من فساد، فينبغى التنبيه لها.

قوله: (و شرط المعقود عليه الطهاره فعلا، أو قوه).

أراد بالقوه هنا: كونه بحيث يقبل الطهاره، كالثوب و الماء النجسين، و لكن يرد عليه الكلب و الدهن المتنجس فإنهما غير طاهرين بواحد من الاعتبارين، و يعتذر له سبق ذكر حكمهما فى أول الباب، فاعتمد على ما سبق.

و لا يرد عليه العصير العنبى بعد الحكم بنجاسته، فإنه لا يصح بيعه حينئذ على الظاهر، لأنه عين نجاسه قد أسقط الشارع منفعتة، و إن كان يؤول إلى الطهاره

ص: ٨٩

و صلاحية التملك، فلا يقع العقد على حبه حنطه لقلته.

كالخمر إذا أعدت للتخيل.

و اعلم أنّ قوله: (المعقود عليه) يتناول الثمن و المثل، فإن كلا منهما جرى عليه العقد، و إن كان المتبادر من المعقود عليه المثل.

قوله: (و صلاحيته للتملك).

المتبادر من صلاحية التملك: كونه بحيث يمكن تملكه، فتندرج فيه مباحات الأصل، فإنها صالحة للتملك، و لا يصح بيعها قبل الحيازة، لكن قوله:

(فلا يقع العقد على حبه حنطه) يدل على أنه يريد: أنّ ما لا يملك لقلته لا يقع العقد عليه، فيكون ذكر الصلاحية مستدركا.

و مع ذلك فترد عليه مناقشه، و هو: أنّ مثل الحبه و الحبتين من الحنطه و غيرها لا تدخل في الملك، و ليس بشيء، فإنها تدخل في الملك، و تقبل النقل بهبه و نحوها، و لعله يريد بالتملك: التملك بعقد معاوضه، فإنها لا تعد مالا عاده، بحيث يجعل في مقابلها عوض، و لا يجوز أخذ نحو ذلك غصبا إجماعا.

و يجب رد العين مع بقائها، و لو تلفت فعند المصنف في التذكرة لا يجب لها شيء (١)، و في الدروس يجب رد المثل (٢).

و التحقيق أن نقول: أن أجزاء الملك - و إن بلغت القله - مملوكة قطعا، و لا يجوز لأحد انتزاعها غصبا، و يجب رد العين، و مع التلف فالمثل، لعموم «على اليد ما أخذت» (٣)، و الواجب في المثلي المثل، و يلزم المصنف أنّ من أتلف على غيره حبات كثيره منفردات لا يجب عليه شيء.

و بيان الملازمه: أنّ إتلاف كل واحده على حده لا يوجب شيئا، و إذا لم يترتب على تلفها شيء حال التلف، لا يترتب عليه شيء بعد ذلك، لعدم

ص: ٩٠

١ - ١) التذكرة ١: ٤٦٥. [١]

٢ - ٢) الدروس: ٣٣٨.

٣ - ٣) مسند أحمد ١٣، ١٢، ٨: ٥، سنن الترمذى ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠.

و المغايره للمتعاقدين، فلو باعه نفسه فالأقرب البطلان و إن كان الثمن مؤجلا. المقتضى، و كذا يلزمه فيمن أتلّف مدا من الحنطه  
لعه ملاك لكل واحد حبه، أن لا يترتب عليه شيء، لانتفاء المقتضى بالإضافه الى كل واحد.

نعم لا يعد هذا القليل مالا في العاده، فلا تجرى عليه عقود المعاوضات، لاستدعائها كون المعقود عليه مالا و متقوما، و معلوم أنّ  
هذه لا تعد مالا، و لا تعد متقومه في العاده.

و عباره المصنف هنا تحتمل الأمرين، فإنّ ظاهرها غير مراد، لأنّ مقتضاه أنّ الحبه لا تملك، و ليس كذلك، و إلاّ لجاز  
أخذها، فيجتمع للأخذ في دفعات منها مال جزيل، و ليس لمانع أن يمنع الملازمه ملتزما بأنّ نفي الملك لا ينفي الأولويه الممكن  
ثبوتها هنا.

قوله: (و المغايره للمتعاقدين، فلو باعه نفسه فالأقرب البطلان).

هذا هو الأصح، لاستحاله أن ينتقل العبد الى ملك نفسه، و لأنّ الحرية شرط التملك، الذي هو شرط صحه البيع، و إنما يتحقق  
الفرض بالبيع فيلزم الدور، و إنما خص التفريع ببيعه نفسه فيكون مبيعا، و لم يفرع جعل نفسه ثمنا لامتناع تصور ذلك، لأنه  
مملوك لغيره، فلا يمكن تصرفه بغير إذنه.

قوله: (و إن كان الثمن مؤجلا).

حاول بذلك دفع توهم جوازه في هذه الحاله، ينشأ توهم ذلك من تعليل عدم جواز البيع هنا لعدم ملك الثمن، و مع وجود  
الأجل ينبغي ذلك، لأنه تحرر بالبيع، فيكون في وقت الحلول مالكا.

كذا قيل: و ليس بشيء، لأنّ عدم ملك الثمن لا دخل له في صحه البيع و فساد، و إلاّ لامتنع بيع الفقير الذي لا شيء له أصلا، بل  
عدم صلاحية الملك هو المانع، و هو موجود في الحالين، و إنما أراد رفع توهم من قد تخيل جوازه مع التأجيل، نظرا الى عدم  
لزوم أداء الثمن، لأنّ المانع هو امتناع لزوم الأداء، لا نفي عدم الأداء.

بخلاف الكتابه. و الانتفاع به، فلا يصح على ما أسقط الشرع منفعته كآلات الملاهي، و لا على ما لا منفعه له كطويات الإنسان و شعره و ظفره، عدا اللبن.

و القدره على التسليم، فلا يصح بيع الطير فى الهواء إذا لم تقض عادته بعوده، و لا السمك فى الماء إلا أن يكون محصورا، و لا الآبق منفردا إلا على من هو فى يده.

قوله: (بخلاف الكتابه).

جواب عن سؤال مقدر قد يورد هنا، و دفعه بأن الكتابه ليست ببيعاً، بل عتق على وجه مخصوص، و ثبوت جوازه شرعا بالنص لا يقتضى جواز البيع.

قوله: (فلا يصح على ما أسقط الشرع منفعته كآلات الملاهي).

فإن لها منفعه مقصوده محرمه، و يجوز بيع رضاها، كما سبق.

قوله: (و لا على ما لا منفعه له).

أى: لا منفعه معتدا بها عاده فيه، و إن كان فيه منفعه لا يعتد بها.

قوله: (فلا يصح بيع الطير فى الهواء، إذا لم تقض العاده بعوده).

فان قضت العاده بذلك - ككثير من الحمام و نحوه - صح البيع، و كذا يصح جعله ثمنا مع العاده، و لا يصح لو لم تقض العاده بذلك.

قوله: (و لا السمك فى الماء، إلا أن يكون محصورا).

شرط فى التذكرة لبيعه شروطا ثلاثه: أن يكون مملوكا، و مشاهدته، فيعتبر أن لا يكون هناك مانع من الرؤيه ككدوره الماء و نحوها، و إمكان صيده، و بدون ذلك لا يجوز (1). و تملك السمكه فى البركه المعده لحيازته، صرح به فى

ص: ٩٢

و العلم، فلا يصح بيع المجهول و لا الشراء به. و لا تكفى المشاهده فى المكيل و الموزون و المعدود، سواء كان عوضا أو ثمنا، بل لا بد من الاعتبار بأحدها.

و لا يكفى الاعتبار بمكيال مجهول، و لو تعذر وزنه أو كيله أو عدّه، اعتبر وعاء و أخذ الباقي بحسابه.

و تكفى المشاهده فى الأرض و الثوب و إن لم يذرعا. التحرير (١) فى باب البيع. و لا فرق بين كبير البركه و صغيرها، فإطلاق عباره المصنف هنا بيع المحصور غير ظاهر.

و مع ذلك فإن أراد بالمحصور ما يعدّ بسهولة، فهذا غير شرط لصحة بيع السمك الكثير فى البركه الكبيره بالشروط، و إن كان فى صيده مشقه كما صرح فى التذكره (٢).

و يمكن أن يريد بالمحصور: ما يكون فى مكان يمكن ضبطه بالمشاهده، ليخرج عنه ما كان فى نحو الأجمه، و النهر الممتد الذى لا ينضب ما فيه بالمشاهده.

قوله: (فلا يصح بيع المجهول، و لا الشراء به).

كان ينبغى فيما قبله أن يجعل كلا من الأمرين، أعنى: البيع له، و الشراء به معا سواء.

قوله: (و تكفى المشاهده فى الأرض و الثوب و إن لم يذرعا).

نقل الإجماع على جواز ذلك فى التذكره (٣)، و حكى فى الدروس عن ظاهر الخلاف منع ذلك (٤)، و الأصح الصحة، لعدم المقتضى لاعتبار الذرع هنا، إذ لا نقل عن عهدہ صلی الله عليه و آله.

ص: ٩٣

١-١) تحرير الأحكام ١: ١٧٨.

٢-٢) التذكره ١: ٤٧٠.

٣-٣) التذكره ١: ٤٦٧.

٤-٤) الدروس: ٣٣٧.



و لو عرف أحدهما الكيل أو الوزن و أخبر الآخر صح، فان نقص أو زاد تخير المغبون.

و لو كان المراد الطعم أو الريح افتقر إلى معرفته بالذوق أو الشم، و يجوز شراؤه من دونهما بالوصف، فان طابق صح، و إلا تخير.

و الأقرب صحه بيعه من غير اختبار و لا وصف، بناء على الأصل من السلامه، فإن خرج معيها فله الأرش إن تصرف، و إلا الأرش أو الرّد، قوله: (و الأقرب صحه بيعه من غير اختبار و لا وصف، بناء على الأصل من السلامه).

المطعوم حلوا و حامضا و نحوهما، كالعسل و الدبس، و المشموم بأنواعه، يجوز اعتمادا على مقتضى طبعه، إذ هو الأصل، و تغيره عن مقتضاه خلاف الأصل، فيكون ذلك جاريا مجرى وصفه، فينتفى عنه الغرر.

و ذكر بعض الأصحاب أن به روايه (١)، تقتضى الصحه مع التراضى على ذلك، و هو المشهور بين الأصحاب، و العمل به أظهر دليلا، إذ ليس المراد بالغرر مطلق الجهاله، و إلا- لم يجز بيع الصبره المرئى بعضها، و لا البيع بالوصف بل على وجه مخصوص، و يمنع حصوله هنا.

و اعلم أنه ربما فهم من العبارة: أنه لا يشترط مشاهدته أيضا، و الظاهر أنه لا بد من المشاهده، لئلا يلزم الغرر، و عبارات الأصحاب ليس فيها أزيد من بيعه بغير اختبار و لا وصف، و فى بعضها من غير اختبار فقط، و هو لا يدل على عدم اعتبار المشاهده، فيكون اعتبار المشاهده مستفادا من عدم جواز بيع المجهول.

و أيضا فإنّ المغتفر هو عدم الاختبار، بالإضافة إلى الشم و الذوق، و عبارته المختلف (٢) و ابن إدريس (٣) تقتضيان اعتبار المشاهده، فعبارته ابن إدريس هذه:

ص: ٩٤

١- ١) رواها ابن إدريس فى السرائر: ٢٣٥.

٢- ٢) المختلف: ٣٨٩.

٣- ٣) السرائر: ٢٣٥.

و الأعمى و المبصر سواء. و لو أَدَى اختباره إلى الإفساد كالبطيخ و الجوز و البيض جاز بيعه بشرط الصحة، فإن كسره المشتري فخرج معيابه الأرش خاصة إن كان لمكسوره قيمه، و الثمن بأجمعه إن لم يكن كالبيض الفاسد.

يمكن أن يقال: بيع عين المشاهده المرثيه لا يجوز أن يكون موصوفا، لأنه غير غائب فيباع بيع خيار الرؤيه بالوصف، فاذن لا بد من شمه و ذوقه، لأنه حاضر مشاهد غير غائب، و عبارته المختلف قريبه من ذلك.

و الحق أنّ المسأله إنما هي في المشاهد دون غيره، فمن ثم يضعف الغرر، لعدم الذوق و الشم.

و في التحرير: و لو بيع بشرط السلامه، من غير اختبار و لا وصف إلى آخره (1)، و هو مخالف لما هنا، لأن مقتضى العبارة هنا بيعه مطلقا، و ما هنا موافق لعبارة الأكثر، و لما نقل من لفظ الروايه.

قوله: (و الأعمى و المبصر سواء).

خالف سلار في ذلك، فجوز الرد للأعمى و لو بعد التصرف (2)، و ليس بظاهر.

قوله: (و لو أَدَى اختباره إلى الإفساد كالبطيخ و الجوز، جاز بيعه بشرط الصحة).

كما يجوز بيعه بشرط الصحة، يجوز بيعه مطلقا، و هو بمنزله اشتراط الصحة، و في عبارته الشيخ: فابتاعه جائز على شرط الصحة أو البراءه من العيوب (3)، فعلى الإطلاق و اشتراط الصحة لا- بحث، و على البراءه من العيوب يشكّل لو خرج كله معيابه، و لم يكن لمكسوره قيمه كالبيض، فان مقتضى رجوعه بالثمن كله في الصوره

ص: ٩٥

١-١) تحرير الأحكام ١: ١٧٩. [١]

٢-٢) المراسم: ١٨٠.

٣-٣) النهايه: ٤٠٤. [٢]

و يجوز بيع المسك في فاره و إن لم يفتق، و فتقه أحوط. و لا- يجوز بيع المباحات بالأصل قبل الحيازه، و الماء و السمك و الوحش، و لا- بيع الأرض الخراجيه إلاّ- تبعا لآثار التصرف، الاولى- لعدم وجود ما يقابله- يقتضى بطلان هذا الشرط، لمنافاته مقتضى العقد، فإنه لا شيء في مقابل الثمن حينئذ، فيكون أكل مال بالباطل.

و قد نبه على هذا في الدروس (١) و لعل مراد المصنف بقوله: (جاز بيعه بشرطه الصحه) عدم جواز اشتراط البراءه من العيوب، و إن كان الإطلاق منزلا على الصحه.

و اعلم أنه لو احتاج نقله مثلا- إلى مؤنه، فبذلها المشتري، ثم تبين الفساد، فالذى يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها، لانتهاء المقتضى.

قوله: (و يجوز بيع المسك في فاره و إن لم يفتق، و فتقه أحوط).

المشهور في فاره بهاء غير منقوطة، و هو الظاهر من عبارات الأصحاب، و الذى صرح به اللغويون فاره المسك بهاء (٢)، و هى تاء مهموسه (٣) كالفأره فى غيره، و هو الصواب.

إذا علم هذا فلا- حاجه الى فتقه كما قلناه، قال فى الدروس: و يجوز شراء المسك فى فاره، و إن لم يفتق بإدخال خيط فيه، و فتقه أحوط (٤)، و عبارته تحتل أمرين:

أحدهما: إن عدم فتقه يجوز البيع معه بإدخال خيط فيه، فيكون ذلك قائما مقام اختباره.

و الثانى: إن فتقه يتحقق بإدخال خيط فيه، و لا يحتاج الى شقه، و هو غير واجب، فيكون فى حيز لم، و لما لم يكن للأول وجه تعيين الحمل على الثانى.

ص: ٩٤

١- (١) الدروس: ٣٣٧.

٢- (٢) انظر: القاموس المحيط (فار) ١٠٧: ٢، و مجمع البحرين (فار) ٤٣٣: ٣.

٣- (٣) أى أنها من حروف الهمس. و فى النسختين الخطبتين و النسخه الحجرية: مهموزه و هو خطأ قطعاً.

٤- (٤) الدروس: ٣٣٧.

و الأقرب جواز بيع بيوت مكة. و لو حفر بئرا فى أرض مملوكة له أو مباحه ملك ماءها بالوصول إليه، و كذا لو حفر نهرا فجرى الماء المباح فيه فإنه للحافر خاصة، و كذا لو حفر فظهر معدن فى أرض مباحه أو مملوكة.

و يشترط فى الملك التماميه، فلا- يصح بيع الوقف، إلا- أن يؤدى بقاؤه إلى خرابه لخلف أربابه، و يكون البيع أعود. قوله: (و الأقرب جواز بيع بيوت مكة).

بناء على أنها فتحت صلحا أو عنوه، فيكون يباعا تبعا لآثار التصرف، و يكون الخلاف مع الشيخ القائل: بأن جميعها مسجد (١)، و هو ضعيف.

قوله: (فلا يصح بيع الوقف، إلا أن يؤدى بقاؤه إلى خرابه، لخلف بين أربابه، و يكون البيع أعود).

عبارات الأصحاب فى ذلك مختلفه، و أكثرهم موافق لما هنا، و فى الإرشاد اعتبر الخراب و الخلف معا (٢)، و بعضهم جعل الخراب سببا برأسه، و بعضهم اعتبر أمرا زائدا (٣)، و المعتمد جواز البيع فى ثلاثه مواضع:

أحدها: ما إذا خرب و اضمحل، بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد إذا رث، و جذعه إذا انكسرت.

ثانيها: ما إذا حصل خلف بين أربابه، يخاف منه تلف الأموال، و مستنده صحيحه على بن مهزيار (٤).

و يشتري فى الموضوعين بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف، تحصيليا لمطلوب الواقف بحسب الإمكان، و يتولى ذلك الناظر الخاص إن كان،

ص: ٩٧

١- (١) الخلاف ٢:٥٠ مسألة ٣١٥ كتاب البيوع.

٢- (٢) إرشاد الأذهان: ١٣٧.

٣- (٣) منهم: ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣.

٤- (٤) الكافي ٧:٣٦ حديث ٣٠، الفقيه ٤:١٧٨ حديث ٦٢٨، التهذيب ٩:١٣٠ حديث ٥٥٧، الاستبصار ٤:٩٨ حديث ٣٨١.

ولا يبيع أم الولد ما دام ولدها حيا، إلا في ثمن رقبتها مع إعسار المولى عنه، وفي اشتراط موت المولى نظرا. ولا يبيع الرهن بدون إذن المرتهن.

وإلا فالحاكم.

ثالثها: إذا لحق الموقوف عليهم حازه شديده، ولم يكن لهم ما يكفيهم من غله وغيرها، لروايه جعفر بن حسان عن الصادق عليه السلام (١).

واعلم أن قول المصنف: (و يكون البيع أعود) مراده به: اندفاع الخلف بالبيع، وإلا فلا وجه لجوازه حينئذ.

قوله: (وفي اشتراط موت المولى نظرا).

الأصح أنه لا يشترط، لإطلاق الروايه (٢).

فرع (٣): تباع أم الولد في مواضع:

الأول: إذا كانت أمه لكافر وأسلمت.

الثاني: إذا مات مورثها وليس سواها، وخلف تركه.

الثالث: إذا أعسر مولاها في ثمن رقبتها.

الرابع: إذا وطأها فاستولدها بعد أن رهنها.

الخامس: إذا مات مولاها ولم يخلف سواها، وعليه دين على قول (٤).

السادس: إذا قتلت مولاها، وإذا جنت على غيره على قول (٥).

السابع: إذا مات ولدها.

الثامن: إذا استولد مملوكه الغير، ثم ملكها.

ص: ٩٨

---

١ - ١) الكافي ٧: ٣٥ حديث ٢٩، وفيه: جعفر بن حيان، الفقيه ٤: ١٧٩ حديث ٦٣٠، وفيه: جعفر بن حنان، التهذيب ٩: ١٣٣ حديث ٥٦٥، الاستبصار ٤: ٩٩ حديث ٣٨٢.

٢ - ٢) الكافي ٦: ١٩٢ حديث ٢، التهذيب ٨: ٢٣٨ حديث ٨٥٩، الاستبصار ٤: ١٢ حديث ٣٥.

٣ - ٣) في (م): قوله، والصحيح ما أثبتناه.

٤-٤) قاله الشهيد في المعه: ١١٢. [١]

٥-٥) المصدر السابق.

و يجوز بيع الجانى و إن كان عمدا و عتقه، و لا- يسقط حقّ المجنى عليه عن رقبتة فى العمد، و يكون فى الخطأ التزاما للفداء، التاسع: فى نفقتها.

العاشر: إذا عقلت بعد إفلاس المولى، و ثبوت الحجر عليه.

الحادى عشر: إذا كان علوقها من المشتري فى مده خيار البائع.

الثانى عشر: بيعها على من تنعتق عليه.

الثالث عشر: بيعها بشرط العتق.

الرابع عشر: فى بيع أم ولد المفلس إذا لم يكن رهنا (١) خلاف.

قوله: (و يجوز بيع الجانى و إن كان عمدا و عتقه، و لا يسقط حق المجنى عليه عن رقبتة فى العمد).

خالف الشيخ فى جواز البيع فى الجنايه عمدا (٢)، و الوجه الجواز، لعدم المانع، و الضمير فى قوله: (و إن كان) يعود إلى الجانى، أى: و إن كان الجانى قد جنى عمدا، أو الى الفعل الذى هو الجنايه، أو الى الجنايه على حد:

و لا أرض أبقل إبقالها (٣)

و منع المصنف فى كتاب العتق من عتقه.

و لعل ما هنا هو الأظهر، جمعا بين الحقين، فإنّ حق المجنى عليه لا يسقط فى العتق، و لا فى البيع، فعلى هذا يقع العتق مراعى، فإن استرقه تبين بطلانه، و إن رضى على مال تبين الصحه، و فى البيع إن استوفى منه و استرقه، رجع المشتري على البائع إن كان جاهلا، لا إن كان عالما.

ص: ٩٩

١- ١) فى «م»: رهنا خ.

٢- ٢) المبسوط ١: ١٣٥، و الخلاف ٢: ٣١ مسألة ١٩٧ كتاب البيوع.

٣- ٣) قال الجوهري فى الصحاح ٤: ١٦٣٦ «[١] بقل»: أبقلت الأرض: خرج بقلها. قال عامر ابن جوين الطائى: فلا مزنه و دقت و دقها و لا أرض أبقل إبقالها و لم يقل أبقلت لأنّ تأنيث الأرض ليس بتأنيث حقيقى.

فيضمن المولى حينئذ أقلّ الأمرين من قيمته و أرش الجنايه على رأى، ثم للمجنى عليه خيار الفسخ إن عجز عن أخذ الفداء، ما لم يجز البيع أولاً.

## فروع

## اشاره

فروع:

### أ: لو باع الآبق منضمًا إلى غيره

أ: لو باع الآبق منضمًا إلى غيره و لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع بشيء، و كان الثمن في مقابله المنضم. قوله: (فيضمن المولى حينئذ أقلّ الأمرين من قيمته، و أرش الجنايه، على رأى).

هذا أصح، خلافاً للشيخ، حيث أوجب الأرش مطلقاً، كائناً ما كان (١)، فإن الأرش لو زاد على القيمة لم يجب سواها، إذ لا يجنى الجاني على أكثر من نفسه.

قوله: (لو باع الآبق منضمًا إلى غيره، و لم يظفر به، لم يكن له رجوع على البائع بشيء).

هذا هو المشهور، و قال السيد المرتضى: لا يشتري وحده، إلا إذا كان يقدر عليه المشتري (٢). و رواه سماعه (٣) تشهد للأول، و فيها ضعف، فقول السيد جيد، و اختاره في المختلف (٤)، و حيث شرط الضميمة فلا بد أن يكون مما يصح افراده بالبيع، و إنما لم يرجع على البائع بشيء مع عدم الظفر، للرواية الصحيحة، و لانه دخل على ذلك.

قوله: (و كان (٥) الثمن في مقابله المنضم).

هكذا عبارات الأصحاب و عباره الروايه (٦)، و يشكل بأن البيع إنما وقع

ص: ١٠٠

١- (١) الخلاف ٢: ٣١ مسألة ١٩٧ كتاب البيوع، و ٣: ٩٥ مسألة ٥ كتاب الجنائيات.

٢- (٢) الانتصار: ٢٠٩.

٣- (٣) الكافي ٥: ٢٠٩ حديث ٣، الفقيه ٣: ١٤٢ حديث ٣، التهذيب ١٢٤، ٦٩٩، ٧: ٦٩٩ حديث ٢٩٦، ٥٤٠.

٤- (٤) المختلف: ٣٧٩.

٥- (٥) في «م»: و لو كان، و ما أثبتناه من خطيه القواعد، و هو الصحيح.



٦-٦) هي روايه سماعه السابقه.

أما الضال فيمكن حمله على الآبق لثبوت المقتضى، وهو: تعذر التسليم، والعقد، فعلى الأول يفتقر إلى الضميمة - ولو تعذر تسليمه كان الثمن في مقابله الضميمة - وعلى الثاني عليهما معا، فكيف يكون الثمن في مقابله أحدهما خاصة؟ فلعل المراد كون الثمن في مقابل الضميمة باعتبار ما حصل للمشتري، وثبت عليه يده لا باعتبار الملك.

وتظهر الفائدة لو أعتقه، ويبعد القول بعدم دخوله في الملك مع صحة جريان المعاوضة عليه، إذ مقتضى الصحة ترتب الأثر، والفساد فيه الرجوع بحصته من الثمن، والقول بدخوله في الملك متين، والرواية وعبارات الأصحاب منزله على ضرب من المجاز على معنى كان الثمن في مقابله الضميمة.

لكن تشكل المسألة بما لو كانت الضميمة من غير مالك الآبق، فإن استحقاق صاحب الضميمة جميع الثمن معلوم البطلان، لما قلناه من أنه خلاف مقتضى المعاوضة، واستحقاق البعض يقتضى البطلان في الآبق، وهو خلاف إطلاق النصوص.

و يندفع بعدم الصحة في هذه الصورة من رأس، لأن الضميمة إنما هي لتملك الثمن كله، وفي الصورة المذكورة يمتنع ذلك فتمتنع الصحة.

قوله: (أما الضال فيمكن حمله على الآبق، لثبوت المقتضى، وهو تعذر التسليم).

المراد: حمله عليه في اعتبار الضميمة، وليس المراد بالحمل عليه: القياس في لحوقه حكمه، بل مساواته له في الحكم بالدليل الذي ذكره. ويمكن احتمال آخر، وهو عدم الصحة مطلقا، لانتهاء شرط الصحة، وهو إمكان التسليم، والحمل على الآبق قياس، ولم أجد بالاحتمال الثالث تصريحا.

فيمكن أن يقال: اشتراط القدره على التسليم في الجملة، لا - مطلقا، وإلا - لامتنع مجيء احتمال الصحة هنا مطلقا، أو مع الضميمة، للإجماع على اشتراط هذا الشرط.

لا يفتقر، و يكون في ضمان البائع إلى أن يسلمه، إلا مع الإسقاط.

### ب: لو باع المغصوب و تعذر تسليمه لم يصح

ب: لو باع المغصوب و تعذر تسليمه لم يصح، و لو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع فالأقرب الجواز، فان عجز تخير. و كذا لو اشترى ما يتعذر تسليمه إلا بعد مده و لم يعلم المشتري كان له الخيار.  
فان قلت: فيلزم جواز بيع ما يتعذر تسليم بعضه.

قلنا: لا، لأن المراد بقولنا: في الجملة، ما لا ينافي مسأله الآبق و الضال حذرا من مخالفه الإجماع، لا مطلقا.

قوله: (و يكون في ضمان البائع إلى أن يسلمه، إلا مع الإسقاط).

أى: مع إسقاط الضمان المذكور، فإنه يسقط، لأنه حقه، و يضعف هذا الاحتمال بأن اشتراط القدره على التسليم في الجملة إجماعى، فكيف يحتج بوجود المقتضى للصحة؟ قوله: (لو باع المغصوب و تعذر تسليمه).

ظاهر عباره الشيخ عدم صحه بيع المغصوب، و إن أمكن تسليمه (1)، و هو ضعيف.

قوله: (و لو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع، فالأقرب الجواز).

هذا أصح، لوجود المقتضى و هو العقد، و حصول المطلوب و هو تسليم المشتري المبيع، فيكون الشرط إمكان تسليم البائع، أو تسليم المشتري المبيع عادة في الجملة، و لو لا هذا لامتنع القول بذلك، لأنه يلزم مخالفه الإجماع.

قوله: (فان عجز تخير).

أى: فان تجدد عجزه تخير، لأنه قبل القبض من ضمان البائع.

ص: ١٠٢

و لو باع ما يعجز عن تسليمه شرعا كالمرهون لم يصح، إلا مع إجازة المرتهن.

### ج: لو باع شاه من قطيع أو عبدا من عبيد و لم يعين بطل

ج: لو باع شاه من قطيع أو عبدا من عبيد و لم يعين بطل. و لو قال: بعث صاعا من هذه الصيغان مما تتماثل أجزاءه صح، و لو قسّم أو فرّق الصيغان و قال: بعثك أحدها لم يصح. قوله: (و لو باع ما يعجز عن تسليمه شرعا كالمرهون).

قيل: قد ذكرت هذه المسألة، لسبق ذكر منع بيع الرهن قبل الفروع.

قلنا: لم يبين وقوفه على الإجازة هناك، و يبين هنا.

قوله: (لو باع شاه من قطيع، أو عبدا من عبيد، و لم يعين بطل).

لأن المبيع واحد منها غير معين.

قوله: (و لو قال: بعثك صاعا من هذه الصيغان، مما تتماثل أجزاءه صح، و لو فرّق الصيغان، و قال: بعثك أحدها لم يصح).

الفرق بين الصورتين، أنّ المبيع في الثانية واحد من الصيغان المتميزه المشخصه غير معين، فيكون بيعه مشتملا على الغرر، و في الأولى المبيع أمر كلي غير مشخص، و لا متميز بنفسه، و يتقوم بكل واحد من صيغان الصبره و يؤخذ به، مثله ما لو قسّم الأرباع و باع ربعها من غير تعيين، و لو باع ربعا قبل القسمة صح و نزل على واحد منها مشاعا لأنه حينئذ أمر كلي.

فإن قلت: المبيع في الأولى أيضا أمر كلي.

قلنا: ليس كذلك، بل هو واحد من تلك الصيغان المشخصه منهم، فهو بحسب صورته العبارة يشبه الأمر الكلي، و بحسب الواقع جزئي غير متعين و لا معلوم.

و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيغان، و جعل كل واحد برأسه، فصار إطلاق أحدها منزلا على شخصي منها غير معلوم، فصار كبيع أحد الشياه و أحد العبيد.

و لو أنه قال: بعثك صاعا من هذه، شائعا في جملتها لحكمنا بالصحة.

و كذا يبطل لو قال:بعتك هذه العبيد إلا واحدا و لم يعين،أو بعتك عبدا على أن تختار من شئت منهم.

و لو باع ذراعا من أرض أو ثوب يعلمان ذرعانها صحّ إن قصدا الإشاعه،و إن قصدا معينا بطل.

و يجوز ابتياع جزء معلوم النسبه مشاعا من معلوم تساوت أجزاءه أو اختلفت،كنصف هذه الدار أو هذه الصبره مع علمها قدرا.

قوله: (و كذا يبطل لو قال:بعتك هذه العبيد إلا واحدا،و لم يعين).

أى:حال العقد،و إنما بطل،لأنّ تجهيل المستثنى يقتضى تجهيل المستثنى منه.

فرع:

لو باعه الأرض إلا جريبا من هنا الى حيث ينتهى المزروع بطل،للجهل بالموضع الذى ينتهى إليه،و تفاوت الأجزاء،و للشيخ قول بالجواز ضعيف (١)، و مثله لو باعه جريبا من هنا الى حيث ينتهى.

قوله: (و لو باع ذراعا من أرض أو ثوب،يعلمان ذرعانها صحّ إن قصدا الإشاعه).

الذرعان بضم الذا،كما ذكره فى القاموس (٢)و إنما صح حينئذ،لأنه كالجزم المعلوم النسبه،فلذلك اشترط علمهما بقدر الذرعان فى كل من الثوب و الأرض،و إنما يصح إذا علم كل منهما بأن الآخر قصد الإشاعه.

قوله: (و يجوز ابتياع جزء معلوم النسبه مشاعا من معلوم،تساوت أجزاءه أو اختلفت).

يعتبر كون الجملة معلومه،و إلا لزم جهاله المبيع،و لا فرق بين متساوى

ص:١٠٤

١- (١)المبسوط ٢:١٥٤،الخلاص ٢:٤٤ مسألة ٦٤ كتاب البيوع.

٢- (٢) القاموس (ذرع)٣:٢٢.

و يصح بيع الصاع من الصبره و إن كانت مجهوله الصيعان إذا عرف وجود المبيع فيها، و هل ينزل على الإشاعه؟ فيه نظر، فان جعلنا المبيع صاعا من الجملة غير مشاع بقى المبيع ما بقى صاع، و على تقدير الإشاعه يتلف من المبيع بالنسبه.

### د: إبهام السلوك كإبهام المبيع

د: إبهام السلوك كإبهام المبيع، فلو باع أرضا محفوفه بملكه و شرط الأجزاء و مختلفها فى ذلك، لانتفاء الغرر، و هذا إنما يكون قبل تقسيم الأجزاء و تميزها ثم بيع جزء منها، كما قلناه، إلا أن يقصد الإشاعه فى المجموع، لأنه حينئذ كييع الجزء من أشياء متعدده. و لا فرق فى اشتراط العلم بالجملة حينئذ بين متساوى الأجزاء و مختلفها، و إلا لم يكن الجزء معلوما.

قوله: (و يصح بيع الصاع من الصبره، و إن كانت مجهوله الصيعان).

و ذلك لأنّ المبيع أمر كلى، كما قدمناه، و الأجزاء متساويه، فلا غرر و لا جهاله بجهل صيعانها، بخلاف ما لو باع النصف، فإنه مع الجهاله لا يعلم قدره، فيلزم الغرر.

قوله: (و هل ينزل على الإشاعه؟ فيه نظر).

ينشأ: من احتمال اللفظ كلا- منهما، و الحق أنّ عدم الإشاعه هو السابق الى الفهم، و عليه دلت الروايه (1). و تظهر الفائده فيما لو تلفت بعض فعلى الإشاعه يتلف بعض المبيع، و على العدم يبقى ما بقى صاع، فقوله: (فان جعلنا..). بيان لفائده القولين.

قوله: (إبهام السلوك كإبهام المبيع).

أى: فيكون مبطلا، و ذلك لأنّ السلوك الى المبيع من حقوقه، فإبهامه يفضى الى إبهام المبيع، فإن الأغراض تتفاوت بكون الممر من جهه دون جهه.

ص: ١٠٥

الممر من جهة معينه صحّ البيع، و إن أبهم بطل، و إن قال: بعثكها بحقوقها صحّ، فيثبت للمشتري السلوك من جميع الجوانب. قوله: (و إن قال: بعثكها بحقوقها صحّ، فيثبت للمشتري السلوك من جميع الجوانب).

لأنّ إطلاق العقد ينزل على ما يتوقف الانتفاع عليه، و هو ثبوت الممر، و الجهات كلها متساويه في ذلك، باعتبار انتفاء ما يدل على استحقاقه من جهة بخصوصها، فيثبت من الجميع لبطلان الترجيح من غير مرجح. فان قيل: لم [لم] (1) يستحق المرور من جهة مخصوصه، إما بان يجعل التعيين اليه، أو الى البائع، لاندفاع الضروره بذلك؟ قلنا: لأنه لما باعها بحقوقها، استحق المشتري المرور من جميع الجهات، التي كان البائع يستحق المرور منها.

و لقائل أن يقول: إن البيع بحقوقها يقتضى دخول ما كان حقا لها، أى:

حقا لمالكها باعتبارها، أما ما كان حقا لمالكها باعتبار ملكه لما حولها، فلا يعد من حقوقها عادة، فلا يندرج فى حقوقها.

نعم لو تقدم إحيائها على إحياء ما حولها، كان المرور إليها من جميع الجوانب معدودا من حقوقها، بخلاف ما لو كان إحياء ما حولها سابقا على إحيائها، فإنه لا أحقيه.

و يمكن الجواب: بأن إحياءها و إن تأخر عما حولها، لكن استحقاق المرور باعتبارها ثابت فى هذه الحاله أيضا، لأن الممر إليها من ضرورات الانتفاع بها، و هو ثابت للمالك من جميع الجوانب، كما لا يخفى.

و لا- نعنى بكون المرور إليها من جميع الجوانب إلا- هذا المعنى، و اعلم أنه لو باعها و أطلق يتجه تعيين ما قلناه، أعنى: استحقاق المرور من جميع الجهات، كما اختاره المصنف فى التذكرة (2).

ص: ١٠٦

---

١- ١) لم ترد فى «م»، و أثبتناها من الحجرى لاختلال المعنى بدونها.

٢- ٢) التذكرة ١: ٤٧١. [١]

و إن كانت إلى شارع أو ملك المشتري على إشكال.

### ه: لو باع بحكم أحدهما، أو ثالث من غير تعيين قدر الثمن أو وصفه بطل

ه: لو باع بحكم أحدهما، أو ثالث من غير تعيين قدر الثمن أو وصفه بطل، فيضمن المشتري العين لو قبضها بالمثل، أو قيمه قوله: (و إن كانت إلى شارع أو ملك المشتري على إشكال).

أى: يثبت السلوك من جميع الجوانب و ان كانت الى شارع، أو ملك المشتري، الى أخره، و منشأ الاشكال من ثبوت استحقاق البائع المرور إليها من جميع الجوانب- فى الصورتين المذكورتين- الى ملك المشتري، فيكون ذلك حقا لها، فيندرج فى البيع.

و من أنّ المقتضى لكونه حقا لها، توقف الانتفاع على المرور الذى لا يتحقق إلا بذلك. كما قرناه، و هو فى الصورتين متحقق بالشارع و ملك المشتري، فلا- دليل يدل على اندراج السلوك من الجوانب فى البيع، فيقتصر فيه على موضع اليقين، لأنه على خلاف الأصل. و الذى ينبغى توقف استحقاق المرور من جميع الجوانب هنا على التعيين و إن كان متجها فى صورته وجود ملك المشتري الى جانب المبيع استحقاق المرور مطلقا، لأنّ المرور فى ملك المشتري لم يكن حقا للبائع، فلا يندرج فى حقوقها.

و يمكن أن يقال: هو و إن لم يكن مندرجا فى حقوقها فلا يلزم ما ذكر، لأنّ ذلك إنما عددناه من حقوقها، لضروره توقف الانتفاع عليه الذى هو الغرض الأصلى من المبيع، و فى كل من الصورتين ذلك مندفع.

و اعلم أنه لو أطلق البيع، و لم يقيد بحقوقها، يجيء الإشكال المذكور فى هاتين الصورتين و إن كان هنا أضعف.

قوله: (لو باع بحكم أحدهما، أو ثالث من غير تعيين قدر الثمن أو وصفه بطل، فيضمن المشتري العين لو قبضها بالمثل أو قيمه).

لأنّ المشتري إنما قبضها، بناء على أنّ الثمن فى مقابلها للبائع، و قد فات بفساد البيع فيجب ردها، حذرا من أن يفوت على البائع كل من العوض و المعوض،



يوم القبض، أو أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف على الخلاف، و لأنه رضى بأنها تكون له و تلفها منه فى مقابل الثمن، و قد فات ذلك بفساد البيع، فىكون تلفها منه بقيمتها.

و ربما أشكل بأنه إنما دخل، على أن تلفها منه بالثمن لا بالقيمة، فىجب أن يكون اللازم الثمن، زاد على القيمة أو لا.

و يجاب بأن ذلك كان باعتقاد صحه البيع، فعند فساده يجب رد العين، فمع فواتها يرجع الى قيمتها أو مثلها.

و عن قطب الدين: أن الحاكم إن كان المشتري فعليه ما حكم به، إن زاد عن القيمة مع التلف (1)، و ينعكس لو كان البائع الحاكم، و هو من مثال الاشكال المتقدم، و جوابه جوابه.

و اعلم أن الواجب فى المثلى المثل بكل حال، لأنه أقرب الى العين من القيمة باعتبار المشاكلة. و يشكل لو كان المثلى فى موضع التسليم كثير القيمة، و فى موضع دفع العوض قليلها جدا كالماء فى المفازة، و على شاطئ الفرات، فإن المتجه هنا الانتقال إلى القيمة، و إلا لزم الضرر العظيم. و لو تعذر المثل فى المثلى صير إلى القيمة وقت تعذره.

قوله: (يوم القبض).

ذكر المصنف قولين و بقى ثالث، و هو لزوم قيمته يوم التلف كائنه ما كانت، و هو الأصح، لأن الواجب مع وجود العين ردها، و الانتقال إلى القيمة إنما يكون عند تلفها فىعتبر حينئذ، لأنه وقت استحقاقه، و هذا إنما هو فى القيمة السوقية، أما إذا تفاوتت القيمة لتفاوت العين كالهزال تم التلف، فإن الواجب الأعلى قطعاً لفوات أبعاض العين، و عليه نبه.

ص: ١٠٨

---

١- ١) ذكر السيد العاملى فى المفتاح ٤: ٢٧٩: ان هذا القول نقله الشهيد فى حواشيه.

و عليه أرش النقص و الأجره إن كان ذا اجره لا تفاوت السعر، و له الزيادة إن كانت من فعله عينا أو صفه، و إلا فللبائع و إن كانت منفصله.

### و: تكفى المشاهده عن الوصف

و: تكفى المشاهده عن الوصف و إن تقدمت بمده لا- تتغير عاده، و لو احتمل التغير صحح للاستصحاب، فان ثبت التغير تخير المشتري، و القول قوله لو ادعاه على إشكال. قوله: (و عليه أرش النقص [و الأجره إن كان ذا اجره] [\(١\)](#) لا تفاوت السعر).

أى: عليه أرش النقص، لما قلناه: من أنّ الناقص من العين، و ليس عليه تفاوت السوق مع بقاء العين قطعاً، و إن نقصت قيمه السوقيه للرخص، لأنّ الواجب هو رد العين.

أما مع التلف ففيه الخلاف السابق، لأنّ فوات العين يوجب الرجوع الى قيمه، فتعتبر قيمه العليا حيث كانت مضمونه، أو قيمه يوم القبض إذ هو وقت الضمان، أو قيمه يوم التلف على الأصح،-لما قلناه- و عليه اجره الرد إن كان للرد مؤنه للضمان المذكور، لظاهر «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» [\(٢\)](#)، و كذا فى طرف المشتري، لو كان لرد الثمن مؤنه أيضاً.

قوله: (و له الزيادة إن كانت من فعله عينا أو صفه).

زياده العين كالصبغ و نحوه، و الصفه كالصنعه يعلمها العبد، و النقش فى الثوب و نحوه، فيشتر كان بالنسبه.

قوله: (و القول قوله لو ادعاه على إشكال).

ينشأ: من احتمال أن يكون كل منهما هو المدعى، و لعل الأظهر أنه البائع، لأنّ الأصل عدم وصول حق المشتري اليه، و بقاء حقه على البائع حتى يعلم المسقط

ص: ١٠٩

١- ١) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «م»، و أثبتناه من خطيه القواعد لأن الشرح يقتضيه.

٢- ٢) مسند أحمد ١٣، ١٢، ٨: ٥، سنن الترمذى ٢: ٣٦٨، حديث ١٢٨٤، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢، حديث ٢٤٠٠.

و لا يصح بيع السمك فى الآجام و إن ضمّ إليه القصب، و كذا اللبن فى الضرع مع المحلوب منه، و كذا الجلد و الصوف على ظهر فيحلف المشتري، فإنه فى معنى المنكر و إن كان بصوره المدعى، على أنّ المبيع ليس بالصفه التى اشتراه عليها.

قوله: (و لا يصح بيع السمك فى الآجام، و إن ضمّ إليه القصب).

هى جمع أجمه: و هى غابه القصب، و هذا حيث لا- يكون السمك محصورا مشاهدا، و للشيخ قول بالجواز ضعيف (1)، قال المصنف فى المختلف: التحقيق أن يقال: المضاف الى السمك إن كان هو المقصود بالمبيع، و يكون السمك تابعا له صح البيع، و إلا فلا (2)، و هذا حسن لكن فيه أعراض عن الأخبار الواردة فى ذلك (3).

قوله: (و كذا اللبن فى الضرع مع المحلوب منه).

هذا هو المشهور، و جوزة الشيخ فى النهايه (4) و جماعه (5)، و المنع أقوى، و لو قاطعه على اللبن مدته معلومه بعوض لم يكن يبيعا حقيقيا، بل نوع معاوضه و مرضاه غير لازمه، بل جائزه، وفاقا لاختياره فى المختلف (6) و منع منه ابن إدريس (7)، و صحيحه عبد الله بن سنان تشهد للجواز (8).

قال فى الدروس و لو قيل: بجواز الصلح عليها كان حسنا، فيلزم حينئذ، و عليه تحمل الروايه (9).

قوله: (و كذا الجلد و الصوف على ظهر الغنم).

ص: ١١٠

١- (١) النهايه: ٤٠١، [١] الخلاف ٢: ٤٢ مسألة ٤٤ كتاب البيوع.

٢- (٢) المختلف: ٣٨٧.

٣- (٣) الكافى ٥: ١٩٤ حديث ١١، [٢] التهذيب ١٢٦، ١٢٤، ٧: ١٢٤ حديث ٥٤٣، ٥٥١.

٤- (٤) النهايه: ٤٠٠.

٥- (٥) منهم: ابن حمزه فى الوسيله: ٢٨٣، و نقله العلامه فى المختلف: ٣٨٦ عن القاضى و ابن الجنيد و غيرهم.

٦- (٦) المختلف: ٣٨٦.

٧- (٧) السرائر: ٢٣٢.

٨- (٨) الكافى ٥: ٢٢٤ حديث ٤، [٣] التهذيب ٧: ١٢٧ حديث ٥٥٦، الاستبصار ٣: ١٠٣ حديث ٣٦٢.

٩- (٩) الدروس: ٣٣٦.

النعم و إن ضمَّ إليهما غيره، و كذا ما فى بطونها، و كذا لو ضمَّها. و يجوز بيع الصوف على الظهر منفردا على رأى. فى بعض النسخ النعم، و هو أولى، و المراد: بيعهما معا، حتى لا- ينافى ما يأتى من جواز بيع الصوف على الظهر، فإن الجهالة من جهة الجلد، فإنه غير مرئى و لا موصوف.

قوله: (و كذا ما فى بطونها).

أى: و كذا لا يجوز بيع ما فى بطونها و إن ضم اليه غيره، و لا يخفى ما فيه من التكرار، باعتبار اندراجة فى ضميمه ما قبله، و باعتبار سبق منع بيع المجهول.

قوله: (و كذا لو ضمها).

أى: و كذا لو ضم النوعين معا، بأن باع كل منهما مع الآخر، و هو ما فى البطون الى الجلد و الصوف.

قوله: (و يجوز بيع الصوف على الظهر منفردا على رأى).

هذا مذهب المفيد (١)، و أحد قولى ابن إدريس (٢)، و المصنف فى المختلف (٣) و التذكرة (٤) و التحرير (٥)، و شرط شيخنا فى الدروس فى صحته اشتراط جزه فى الحال أو بقائه إلى أوان جزه (٦)، و لا ريب أنه أحوط. و المعتمد الجواز مطلقا، لانتفاء الغرر، و لروايه إبراهيم الكرخى (٧).

نعم ينبغى القول بثبوت المطالبة بجزه حالا، إلا أن يشترط مداه معلومه.

إن قيل: يبعه إلى أوان جزه بيع إلى أجل مجهول.

ص: ١١١

١- (١) المقنعه: ٩٥.

٢- (٢) السرائر: ٢٣٢-٢٣٣، و قال بعدم الجواز فى ص ٢٣١.

٣- (٣) المختلف: ٣٨٦.

٤- (٤) التذكرة ١: ٤٦٨.

٥- (٥) تحرير الأحكام ١: ١٧٨.

٦- (٦) الدروس: ٣٣٦.

٧- (٧) الكافي ٥: ١٩٤، حديث ٨، الفقيه ٣: ١٤٦، حديث ٦٤٢، التهذيب ١٢٣، ٧: ٤٥، حديث ١٩٦، ٥٣٩.

و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم، و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا.

### ز:رؤيه بعض المبيع كافي

ز:رؤيه بعض المبيع كافي إن دلت على الباقي لكونه من جنسه، قلنا:ليس هذا بيعا إلى أجل، بل هو بيع حال، إلا أن الأجل عرض له في كمال حال البيع، فاكتمى فيه بالحواله على العرف، فهو كما لو باع الثمره و شرط بقاءها إلى أوان قطعها، و سيأتي.

قوله: (و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم، و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا).

قد صرح بهذا الضابط في المختلف (1) في مسائل، و مثال ما إذا كان المجهول تابعا:الحمل مع امه، و إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابه مع بيع دابه أخرى، إلا أن يقال:التبعيه إنما تتحقق مع الأم، لأنه حينئذ بمنزله بعض أجزائها، و مثله زخرفه جدران البيت.

و قد يستفاد من الضابط، أنه لا بد من كون المعلوم مقصودا، ليصح ضم المجهول التابع اليه، فيشترط ذلك في ضميمه الآبق، و في ضميمه الثمره إذا أريد بيعها بعد ظهورها، إن شرطنا أحد الأمور التي تأتي و نحو ذلك، و في استفاده ذلك من عبارات الأصحاب خفاء، لأنها مطلقه.

قوله: (رؤيه بعض المبيع كافي إن دلت على الباقي، لكونه من جنسه).

أى: إن دلت على ذلك، لكونه من جنسه، فمتعلق اللام (دلت) و الجار و المجرور في حيز (إن): أى إن أفادت رؤيته الدلاله على الباقي بسبب كونه مجانسا له، فلا يراد: إن سله العنب تكفى رؤيه بعضها، فإنه من جنس الباقي، لأن رؤيته لا يستفاد منها الدلاله على الباقي، بسبب كونه من جنسه، لل تفاوت في أجزاء العنب

ص: ١١٢

كظاهر صبره الحنطه، ثم إن وجد الباطن بخلافه تخير في الفسخ، و لا تكفى رؤيه ظاهر صبره البطيخ و رأس سلّه العنب و الفاكهه.

و لو أراه أنموذجا، و قال: بعثك من هذا النوع كذا بطل، لأنه لم يعين مالا و لا وصف.

و لو قال: بعثك الحنطه التى فى البيت، و هذا الأنموذج منها صحّ، إن أدخل الأنموذج لرؤيه بعض المبيع، و إن لم يدخل على إشكال، ينشأ: من كون المبيع غير مرئى و لا- موصوف، إذ لا- يمكن الرجوع إليه عند الإشكال بأن يفقد. و البطيخ فى الصنف الواحد تفاوتتا تختلف به الأغراض، بخلاف أجزاء الصنف من الحنطه.

قوله: (ثم إن وجد الباطن بخلافه تخير).

لأنّ البيع قد صح، لاندفاع الضرر بالدلاله السابقه، و ثبوت الخيار لتدارك الفائت.

قوله: (و لو قال: بعثك الحنطه التى فى البيت، و هذا الأنموذج منها صحّ إن أدخل الأنموذج لرؤيه بعض المبيع).

قد يقال: يرد عليه إمكان تلف الأنموذج، فلا يكون هناك ما يرجع اليه عند الاشكال.

قوله: (و إن لم يدخل على إشكال، ينشأ من كون المبيع غير مرئى و لا- موصوف، إذ لا- يمكن الرجوع إليه عند الإشكال بأن يفقد).

و من أنّ مشاهدته المثل أبلغ من الوصف. و فيه نظر، لأنّ الرؤيه لا تقتضى العلم بالأوصاف، لإمكان الغفله عنها، بل عدم العلم بها أصلا، بخلاف ما لو ضبطت باللفظ، فإنها تصير متعينه حينئذ، لكن هنا كلامان:

أحدهما: قول المصنف فى تعليل كون المبيع غير مرئى و لا موصوف، إذ لا يمكن الرجوع اليه عند الإشكال بأن يفقد، و أراد: فيما لو رأى أعلى صبره الحنطه، فإن

## ح: لو باع عينا غير مشاهده افتقر إلى ذكر الجنس و الوصف

ح: لو باع عينا غير مشاهده افتقر إلى ذكر الجنس و الوصف، فلو قال: بعتك ما فى كَمْى لم يصح، ما لم يذكر الجنس و الوصف الرفع للجهاله، اتحد الوصف أو تعدد، و لا- يفتقر معهما إلى الرؤيه من المتعاقدين، فلو وصف للبائع أو للمشتري أو لهما صحّ البيع، فان خرج على الوصف لزم، و إلاّ تخير من لم يشاهده، ففى طرف الزيادة يتخير البائع، و فى طرف النقصان المشتري.

و لو اختار صاحب الخيار اللزوم لم يكن للآخر فسخه، و لو زاد و نقص باعتبارين تخيرا معا، سواء بيع بثمن المثل أو لا.

بيعها صحيح بذلك، مع إمكان فقد الأعلى، كأن تحترق مثلا، فيكون المبيع غير موصوف، إذ لا- يمكن الرجوع اليه عند فقد المرئى، و حصول الاشكال. و التعليل الصحيح أنّ المبيع غير مرئى و لا- موصوف، و رؤيه الأنموذج لا- تقوم مقام الوصف، لما قلناه، بخلاف ما إذا رأى بعضه و دل على الباقي، فإنه كالمرئى كله.

الثانى: ما الفرق بين قوله: بعتك من هذا النوع كذا، و بين أن يبيعه الحنطه التى فى البيت برؤيه الأنموذج إذا لم يدخله، حتى جزم فى الأول بالبطلان، و توقف فى الثانى؟ يجب ملاحظه الفرق، و كأنه غير ظاهر.

قوله: (لو باع عينا غير مشاهده، افتقر إلى ذكر الجنس و الوصف).

يعتبر فى الوصف ما يكون رافعا للجهاله، فيراعى التعرض لأوصاف السلم، و فى التذكرة ما ينبه على ذلك (1).

قوله: (و لا يفتقر معهما إلى الرؤيه من المتعاقدين).

أى: مع الجنس و الوصف.

قوله: (و لو زاد و نقص باعتبارين تخيرا).

كما لو سمن و ذهب عينه.

ص: ١١٤

و لو رأى بعض الضيعه و وصف له الباقي تخير فيها كلها لو خرجت على الخلاف، و خيار الرؤيه على الفور.

### ط: يجوز الإندار للظروف ما يحتمل الزيادة و النقصه

ط: يجوز الإندار للظروف ما يحتمل الزيادة و النقصه لا ما يزيد، إلا بالتراضى، و يجوز ضمّ الظرف فى البيع من غير إندار.

### ى: لو باعه بدينار غير درهم نسيئه

ى: لو باعه بدينار غير درهم نسيئه ممّا يتعامل به وقت الأجل، قوله: (و لو رأى بعض الضيعه، و وصف له الباقي تخير فيها كلها لو خرجت على الخلاف).

الضيعة: هى الأرض المعده للزرع و شبهه، و إنما كان له الخيار فى المجموع خاصه، حذرا من تبعض الصفه على البائع.  
قوله: (و خيار الرؤيه على الفور).

فيستقط بالتأخير إذا علم به، و لو جهله فالظاهر بقاءه، بخلاف ما لو جهل الفوريه، إذ لا عذر له حينئذ.

قوله: (يجوز الإندار للظروف، ما يحتمل الزيادة و النقصه، لا ما يزيد إلا بالتراضى).

الإندار بالبدال المهمله: الإسقاط و المراد باحتمال الزيادة و النقصه: كونه بحيث لا- يقطع بأحدهما، فلا- يجوز إندار ما يقطع بزيادته، أو ما يقطع بنقصته، إلا- أن يتراضى المتبايعان عليه، لأنّ فى ذلك تضييعا لمال أحدهما قطعاً، بخلاف ما إذا كان برضاهما، و اقتصر المصنف على قوله: (لا ما يزيد) لدلالته على النقصه.

قوله: (لو باعه بدينار غير درهم نسيئه، ممّا يتعامل به وقت الأجل).

يجب فى (غير) نصبها، و جرّها غلط، لأنها استثنائية لا صفه، و (نسيئه) منصوبه، إما لأنه حال من الدينار، أو تمييز للنسبه فى (باعه بدينار)، و الجار متعلق بمحذوف على أنه صفه لدرهم، و لو أنه جعل صفه للدينار و الدرهم معاً، و لأحدهما بالاستقلال على طريق البديل على معنى: بدينار بما يتعامل به وقت الأجل، أو غير درهم ممّا يتعامل به كذلك، أو بدينار غير درهم ممّا يتعامل به كذلك لكان أشمل،



أو نقدا مع جهله بالنسبه، أو بما يتجدد من النقد بطل، و لو قَدّر الدرهم من الدينار صحّ.

و لو باعه بعشرين درهما من صرف العشرين بالدينار بطل، مع تعدّد الصرف بالسعر المذكور، أو جهله. فإنه يعم المسائل كلها، لكن لا يخفى ما فيه من التكلف، ولا ريب في البطلان في الصور كلها، للجهاله.

قوله: (أو نقدا مع جهله بالنسبه).

معطوف على نسبه، أي: أو باعه بدينار غير درهم نقدا، أي: حالا، مع جهله بنسبه الدرهم الى الدينار، إما بجهله لأحدهما المستلزم لجهله بالنسبه، أو بجهله بمجرد النسبه، حيث علم كلا منهما على انفراده.

قوله: (أو بما يتجدد من النقد).

معطوف على قوله: (مع جهله)، أي: أو باعه بدينار غير درهم حالا، مما يتجدد من النقد، أي: يحدث السلطان معامله به بين الناس من الدنانير و الدراهم.

لكن على هذا المعنى لا يحسن بالمقابلة، لأن مقتضاها أنّ ما يتجدد من النقد هو الثمن، و إنما هو الدينار إلا درهما.

و لو عطف على قوله: (بدينار غير درهم) لكانت المسأله خارجة عن مسأله الدينار و الدرهم، و ظاهره أن الكلام إنما هو فيها، فإنّ ذلك تفصيل لما أجمله الشيخ (1). و لا نزاع في أنّ الحكم في الجميع البطلان، فقوله: (بطل) جواب في المسائل كلها.

قوله: (و لو باعه بعشرين درهما من صرف العشرين بالدينار بطل، مع تعدد الصرف بالسعر المذكور، أو جهله).

أي: لو باعه بعشرين درهما من الدراهم التي اعتيد صرف العشرين منها

ص: ١١٤

و لو باعه بنصف دينار لزمه شقّ دينار، و لا- يلزمه صحيح إلاّ مع إرادته عرفاً. بالدينار المعلوم، فان كان صرف الدينار بالسعر المذكور، أعنى:- بالعشرين متعدداً، كما لو كانت أصناف الفضة متعدده كالخشنه، و الناعمه، و السوداء و البيضاء، و كلها تصرف بالسعر المذكور- بطل، لعدم التعيين، و إن لم يكن متعدداً، لكن جهل المشتري أو أحدهما ما يصرف منه عشرون بدينار بطل أيضاً.

و يفهم من قوله: (مع تعدد الصرف أو جهله) أنه لو اتحد و علماه يصح، و هو ظاهر. و الحاصل أنّ مدار الصحة على العلم بالمستثنى و المستثنى منه، و النسبه بينهما لو اختلف جنسهما، فيكون إطلاق الشيخ (١) و الجماعه البطلان (٢) غير ظاهر.

و الظاهر أنهم لا يريدون به إلاّ مع قيام أحد الموانع، و بهذا تبين حكم الدرهم من الدراهم، و الدينار منها و من الدنانير.

و اعلم أنّ في هذه المسأله صوراً: لأنّ البيع: إما أن يكون حالاً، أو مؤجلاً.

و على التقديرين إما أن يكون الاستثناء من النقد الحاضر، أو من المتجدد، أو من المتعامل به وقت الحلول في المؤجل. و على كل تقدير إما أن تكون النسبه معلومه، أو لا. فالصور عشر، تظهر بأدنى تأمل.

قوله: (لزمه شقّ دينار).

و لا- يلزمه قطعه على الظاهر، لأنّ فيه تفويتاً للغرض، فإنه لا يجرى في المعامله حينئذ، بل يلزمه أن يسلمه نصف دينار، كما يسلم نصف الدار مشاعاً و نصف الدابه.

قوله: (و لا يلزمه صحيح إلاّ مع إرادته عرفاً).

أى: مع جريانه في العرف كذلك، فإنّ كون المعامله الجاريه في العرف كذلك دليل على إرادته.

ص: ١١٧

١- ١) المبسوط ٢: ٩٨. [١]

٢- ٢) منهم المحقق في الشرائع ٥٠: ٢.

## يا: لو باعه الصبره كل قفيز بدينار و علما قدرها صح

يا: لو باعه الصبره كل قفيز بدينار و علما قدرها صح، و إلا بطل الجميع.

## ب: يجوز استثناء الجزء المعلوم في أحد العوضين

ب: يجوز استثناء الجزء المعلوم في أحد العوضين، فيكون الآخر في مقابله الباقي.

فلو قال: بعتك هذه السلعه بأربعة إلا ما يساوى واحدا بسعر اليوم، قال الشيخ: يبطل مطلقا للجهاله، و الوجه ذلك، إلا أن يعلما سعر اليوم.

قوله: (لو باعه الصبره كل قفيز بدينار و علما قدرها صح، و إلا بطل).

و أطلق الشيخ صحه البيع (١)، و المصنف صححه مع الجهاله في صاع، و الأصح ما هنا، لأن المبيع هو الصبره لا الصاع، و قوله: (كل قفيز) بالنصب حال من الصبره، و ليس بدلا، لأن الصبره مقصود بيعها، و إنما هذا بيان لحال مبيعه، فلا وجه لصحه البيع في قفيز واحد مع الجهاله.

قوله: (يجوز استثناء الجزء المعلوم من أحد العوضين).

يعلم من عبارته و تعداد المسائل، ما كان استثناء في الثمن، و ما كان استثناء في المثل.

قوله: (بعتك هذه السلعه بأربعة إلا ما يساوى واحدا بسعر اليوم، قال الشيخ: يبطل مطلقا للجهاله (٢)، و الوجه ذلك، إلا أن يعلما سعر اليوم).

لا شبهه في أن الإطلاق الواقع في عبارته الشيخ غير جيد، لكن قول المصنف بالصحه إذا علما سعر اليوم يحتاج الى تنقيح، فإنه لا بد في الصحه من علمهما بحصه الواحد من سعر اليوم، فإن العلم بالسعر لمقدار بمجرد، لا يقتضى العلم بحصه جزء

ص: ١١٨

١-١) المبسوط ١٥٢: ٢. [١]

٢-٢) المبسوط ١١٦: ٢. [٢]

و لو قال: إلا- ما يخصّ واحدا، قال: يصحّ في ثلاثه أرباعها بجميع الثمن. و الأقرب عندى البطلان، لثبوت الدور المفضى إلى الجهاله، ذلك المقدار منه.

و يشترط أيضا أن لا يكون الاستثناء مستغرقا، فلو كانت السلعه كلها تساوى واحدا بسعر اليوم لبطل، لاستغراق الاستثناء.

قوله: (و لو قال: إلا ما يخصّ واحدا، قال: يصحّ في ثلاثه أرباعها بجميع الثمن (١)).

الفرق بين (ما يساوى واحدا) و (ما يخصّ واحدا) أنّ المساوى باعتبار السعر الواقع بين الناس، لأنّ المتبادر من المساواه المساواه عرفا، و ما يخصّ الواحد باعتبار توزيع الثمن على السلعه، لا- بحيث يقابل الأ-جزاء بالأجزاء، فإن الاختصاص يتعين بما يقتضيه المقام، بخلاف مساواه السلعه للثمن، فإنه مع الإطلاق ينزل على المتعارف.

قوله: (و الأقرب عندى البطلان لثبوت الدور المفضى إلى الجهاله).

و ذلك لأن معرفه المستثنى إنما يتحقق إذا عرف مقدار الجميع، لما قلناه من أنّ المراد: ما يخصّ الواحد باعتبار توزيع كل من السلعه و الثمن على الآخر، و ذلك إنما يكون مع صحه البيع و انعقاده ليتعين المستثنى، و صحته إنما تتحقق إذا كان مقدار البيع معلوما، و العلم به إنما يتحقق إذا علم المستثنى، و هذا النوع من الدور دور معيه لا دور توقف، فإن مقدار المبيع و مقدار المستثنى يعرفان معا.

و اعلم أنّ البطلان الذى اختاره المصنف، إنما يتجه إذا كان المستثنى من السلعه مقدار ما يخصّ واحدا بعد انعقاد البيع، و مقابله أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فأما إن كان الاستثناء من السلعه لمقدار ما يخصّ واحدا، حين مقابله الثمن لمجموع السلعه قبل انعقاد البيع و استقراره، فما ذكره الشيخ حق، فإن أربعه دراهم فى مقابل مجموع

ص: ١١٩

فان علماه بالجبر و المقابله أو غيرهما صح البيع فى أربعة أخماسها بجميع الثمن. السلعه تقتضى اختصاص درهم بربعها، و قد نبه المصنف على ذلك فى التذكرة (١). و يعلم إرادته البائع و المشتري لذلك بقولهما.

قوله: (فان علماه بالجبر و المقابله أو غيرها، صح البيع فى أربعة أخماسها بجميع الثمن).

أى: فان كان كل واحد من البائع و المشتري حين العقد يعلمان مقدار ما صح البيع فيه، و مقدار المستثنى بطريق الجبر و المقابله أو غيرها من الطرق، كالخطأين و الأربعة المتناسبه صح البيع، كما ذكره المصنف، و لا يكفى لصحة البيع تمكنها من استخراج ذلك بعد العقد، للجهالة الموجهه للبطلان.

و فى التذكرة: أنه لو باع خمسة أرتال على سعر المائة باثنى عشر درهما صح و إن جهل فى الحال قدر الثمن، لأنه مما يعرف بالحساب، و لا يمكن تطرق الزيادة إليه و لا النقصان، فينتفى الغرر (٢).

و مثله جَوَز فيما لو باع من اثنين صفقه قطعه أرض على الاختلاف، بأن ورث من أبيه حصه و من امه حصه أقل أو أكثر، و جعل لواحد منهما أحد النصيبين، و للآخر الباقي فإنه يصح، و إن جهلا قدر نسبه النصيب إلى الجميع فى الحال، و نسبه النصيب فى الثمن، و يرجعان إلى ما يقتضيه الحساب، إذ الثمن فى مقابله الجملة، فلا تضر جهالته بالأجزاء (٣).

و مثله قال: لو قال: بعثك نصيبى من ميراث أبى من الدار، فان عرف القدر حاله العقد صح، و إن جهل بطل، و لو عرف عدد الورثة و قدر الاستحقاق إجمالاً فالأقوى الصحة، و يكون له ما يقتضيه الحساب (٤).

فيظهر من كلامه أنه إذا كان المبيع معلوماً بالقوه القريبه و إن كان مجهولاً بالفعل يصح، و هو مشكل، للاشتراك فى الغرر.

ص: ١٢٠

١- ١) التذكرة ٤٨٧: ١. [١]

٢- ٢) التذكرة ٤٨٧: ١. [٢]

٣- ٣) التذكرة ٤٨٧: ١. [٣]

٤- ٤) التذكرة ٤٨٧: ١. [٤]

فأما بالجبر: بأن نفرض المستثنى شيئاً، فالمبيع السلعة إلا شيئاً يعدل أربعة أشياء بأربعة دراهم، لأننا فرضنا أن المقابل بدرهم شىء، فيكون المقابل بأربعة دراهم أربعة أشياء، فإذا جبرنا السلعة إلا شيئاً بشىء، و زدنا على أربعة أشياء شيئاً للمقابل، كانت السلعة تعدل خمسة أشياء، فالشىء خمسها، فيكون المستثنى خمسها يخص درهماً، والذى صح فيه البيع أربعة أخماسها بأربعة دراهم.

و لو قلت: المستثنى شىء، فالمبيع السلعة إلا شيئاً، كل ربع منها بدرهم، و هو ربعها إلا ربع شىء، و ذلك يعدل شيئاً كاملاً، فإذا جبرناه بربع شىء كان ربعاً كاملاً، فيقابل الشىء ربع شىء، فيكون ربع السلعة معادلاً لشىء و ربع شىء، فتكون السلعة معادله لخمسة أشياء، فالشىء خمسها.

و أما بالخطأين الزائدين: فبأن نفرض المستثنى ثلث السلعة تاره، و ربعها اخرى، فلنطلب المخرج المشترك لهما، طلباً لتسهيل العمل بصيرورتها صحاحاً، و ذلك اثنا عشر، الثلث منها أربعة، و قد فرضنا اختصاصها بدرهم، فتكون بالثمن ستة عشر، لأنه أربعة دراهم، فإذا ضمنا المستثنى إليها بلغت عشرين، و قد كانت اثنتى عشر، فأخطأ بثمانية زائده، و الربع ثلاثة، فتكون بأربعة، اثنا عشر هى مع المستثنى خمسة عشر، فأخطأ بثلاثة زائده، فلنضرب المال الأول و هو أربعة فى الخطأ الثانى، يبلغ اثنى عشر.

و كذا المال الثانى، و هو ثلاثة فى الخطأ الأول، و هو ثمانية تبلغ أربعة و عشرين، نقسم الفضل بين حاصلى الضرب، و هو اثنا عشر، لأنك إذا أسقطت أقل المرتفعين و هو اثنا عشر من أكثرهما، و هو أربعة و عشرون يبقى اثنا عشر، فنأخذ الفضل بين الخطأين، و هو الباقي من أكثرهما، بعد إسقاط الأقل منه، و هو خمسة.

و أنت بالخيار إن شئت رددت اثنى عشر إلى واحد، لأنها فى الأصل شىء واحد، و إنما صار إلى اثنى عشر محاوله لجعل الكسور صحاحاً، ثم تنسبه إلى الفضل بين الخطأين، يكون خمسا، فيكون المستثنى خمس السلعة.

و إن شئت قسمت اثني عشر على خمسة، يخرج اثنان، و خمسان هي المستثنى من مجموع السلعة، و هو الخمس من اثني عشر.

أو الناقصين: بأن تفرض المستثنى الثمن تاره، و السدس اخرى، و المخرج المشترك لهما أربعة و عشرون، فعلى تقدير كونه الثمن، و هو ثلاثة منها يكون بأربعة دراهم اثني عشر، هي مع المستثنى خمسة عشر، فيكون الخطأ بتسعه ناقصه.

و على تقدير كونه السدس، و هو أربعة منها يكون بأربعة دراهم ستة عشر، هي مع المستثنى عشرون، فيكون الخطأ بأربعة ناقصه.

فإذا ضربت المال الأول و هو ثلاثة في الخطأ الثاني، و هو أربعة يبلغ اثني عشر، و إذا ضربت المال الثاني و هو أربعة، في الخطأ الأول و هو تسعه، يبلغ ستة و ثلاثين، نأخذ الفضل بينهما، و هو أربعة و عشرون.

فاما أن ترده إلى الواحد كما قلناه، و تقسمه على الفضل بين الخطأين و هي خمسة، أى: تنسبه إليه، لأنَّ قسمه الأقل على الأكثر هي نسبه إليه، أو تقسم الفضل بين حاصل ضرب، أعنى: أربعة و عشرين على الفضل بين الخطأين، و هو خمسة، تخرج أربعة و أربعة أخماس هي خمس أربعة و عشرين التي فرض كونها السلعة، فيكون المستثنى خمسها.

و لو كان أحد الخطأين زائداً، و الآخر ناقصاً كالثمن و الثلث، فان مخرجهما أربعة و عشرون، فإنَّ الخطأ بالفرض الأول تسعه ناقصه، و بالفرض الثاني ستة عشر زائده، تجمعهما و تحفظهما للقسمه.

و كذا تعمل في كل ما يختلف فيه الخطآن بالزيادة و النقصان، ثم تضرب المال الأول و هو ثلاثة في الخطأ الثاني، و هو ستة عشر يكون ثمانية و أربعين، ثم المال الثاني و هو ثمانية في الخطأ الأول، و هو تسعه، يكون اثنين و سبعين، تضمها إلى المرتفع الأول، يكون مائة و عشرين، تقسمها على أربعة و عشرين، و هو المخرج المشترك لكل من الثمن و السدس يكون خمسة، تنسبها إلى المحفوظ يكون الخمس.

و لو باعه بعشره و ثلث الثمن فهو خمسة عشر، لأن الثمن شيء يعدل عشره و ثلث شيء، فالعشره تعدل ثلثي الثمن.

و إن شئت قسمت مائه و عشرين على خمسة و عشرين، تخرج أربعة و أربعة أخماس، تنسبها إلى المخرج المشترك يكون خمسة، فذلك هو المستثنى، و بالأربعة الأعداد المتناسبه، تقول: لما كان نسبة المستثنى إلى الدرهم الذي يخصه، كنسبه المبيع إلى الأربعة الدراهم التي تخصه، باعتبار كونها ثمنًا له، لأن الاستثناء بما يخص درهما من السلعه، إنما كان باعتبار مقابله ما انعقد عليه البيع من المبيع للثمن المقتضى لمقابله الأجزاء بالأجزاء، و يجب أن تكون نسبة المستثنى إلى مجموع المستثنى و المبيع، كنسبه الدرهم إلى مجموع الدرهم و ثمن المبيع، و الدرهم خمس المجموع.

و تحقيقه: أن أقليدس قد برهن على أن الأربعة إذا تناسبت، كان نسبة الأول إلى الثالث كنسبه الثاني إلى الرابع، و هو إبدال النسبه، أى: جعل النسبه للمقدم إلى المقدم كنسبه التالي إلى التالي.

و برهن أيضا على أن المقادير الأربعة إذا تناسبت مفصله تناسبت مركبه، فتكون نسبة مجموع المقدمين إلى المقدم كنسبه مجموع التاليين إلى التالي، فإذا عكست كان نسبة المقدم إلى المقدمين كنسبه التالي إلى التاليين، و هو محقق لما ذكرناه، فيكون المستثنى خمس مجموع السلعه.

أو يقال: لما كان نسبة المستثنى إلى الدرهم كنسبه المبيع إلى الثمن، و يجب أن تكون نسبة المستثنى إلى المبيع كنسبه الدرهم إلى الثمن، و هو بقدر ربه، و ذلك لأن أقليدس قد برهن على أن الأربعة إذا تناسبت، كانت بعد الإبدال متناسبه كتناسبها قبله، فتكون خمس المجموع، فيكون المستثنى خمس السلعه.

قوله: (و لو قال: بعثك بعشره و ثلث الثمن، فهو خمسة عشر).

لأنك تقول: الثمن شيء، و المبيع بعشره و ثلث شيء يعدل شيئا كاملا، و بعد إسقاط المشترك تكون العشره معادله لثلثي شيء.

أو تقول: ثلث الثمن شيء، فالمبيع بعشره و شيء يعدل ثلاثه أشياء، و بعد



و لو قال: و ربع الثمن، فهو ثلاثة عشر و ثلث، إسقاط المشترك تكون العشرة معادله لشيئين، فالشيء خمسة، و بالخطأين تفرض ثلث الثمن ستة، فيكون الثمن ثمانية عشر، و قد كان بضميمته إلى العشرة ستة عشر، فالخطأ باثنين زائدين، ثم تفرضه سبعة، فيكون الثمن إحدى و عشرين، و بالإضافة إلى العشرة سبعة عشر، فالخطأ بأربعة زائده.

و مضروب المال الأول و هو ستة، في الخطأ الثاني و هو أربعة، و عشرون، و مضروب المال الثاني و هو سبعة، في الخطأ الأول و هو اثنان، أربعة عشر، فإذا أسقط أقل الخطأين من أكثرهما بقى اثنان.

و كذا أقل حاصل ضرب من أكثرهما بقى عشره، فإذا قسمت على ما بقى من الخطأين خرج خمسه، و هي ثلث الثمن المجهول، فالثمن خمسه عشر.

قوله: (و لو قال: و ربع الثمن، فهو ثلاثة عشر و ثلث).

لأنك تقول: الثمن شيء، فالمبيع بعشره و ربع شيء يعدل شيئاً كاملاً، و بعد إسقاط المشترك تكون العشرة معادله لثلاثة أرباع شيء، فربع الثمن ثلاثة و ثلث.

أو تقول: ربع الثمن شيء، فالثمن في تقدير أربعة أشياء تعدل عشره و شيئاً، فإذا أسقطت المشترك تكون العشرة في معادله لثلاثة أشياء، و بالخطأين تفرض الربع أربعة، فيكون الثمن ستة عشر، فأخطأ باثنين، إذ الأربعة مع العشرة أربعة عشر، ثم تفرضه خمسه، فيكون الثمن عشرين، فأخطأ بخمسه، إذا أسقط أقلهما من الأكثر بقى ثلاثة.

و مضروب المال الأول و هو أربعة، في الخطأ الثاني و هو خمسه، عشرون و مضروب المال الثاني و هو خمسه، في الخطأ الأول و هو اثنان، عشره، إذا أسقط أقلهما من الأكثر بقى عشره، تقسم على ما بقى من الخطأين، يكون ثلاثة و ثلثا، و هي الربع المجهول.

و لو قال: إلا ثلث الثمن، فهو سبعة و نصف.

## المقصد الثالث: فى أنواع المبيع

### إشاره

المقصد الثالث: فى أنواع المبيع، و فيه فصول:

### الأول: الحيوان

### إشاره

الأول: الحيوان، و فيه مطلبان:

قوله: (و لو قال: إلا ثلث الثمن، فهو سبعة و نصف).

لأنك تقول: الثمن شىء، فالمبيع بعشره إلا ثلث شىء يعدل شيئاً كاملاً، فبعد الجبر و المقابله يكون شىء و ثلث شىء يعدل عشره، فالشىء سبعة و نصف.

أو تقول: المستثنى شىء، فالمبيع بعشره إلا شيئاً يعدل ثلاثه أشياء، لأنّ ثلث الثمن شىء، فبعد الجبر و المقابله، العشره تعدل أربعه أشياء، فالشىء اثنان و نصف.

أو تقول: المستثنى شىء، و الثمن ثلاثه أشياء، فالعشره تعدل أربعه أشياء، لأنها تعدل الثمن و ثلاثه، فالشىء اثنان و نصف، و هو المستثنى، و بالخطأين تفرض المستثنى ثلاثه، إذا أسقط من العشره بقى سبعة هى الثمن، و بذلك الفرض يكون الثمن تسعه، فقد أخطأ باثنين.

ثم تفرضه أربعه، فيبقى ستة هى الثمن، و بمقتضى الفرض يكون الثمن اثنى عشر، فقد أخطأ بسته، تضرب المال الأول، و هو ثلاثه فى الخطأ الثانى، و هو ستة يكون ثمانية عشر، ثم المال الثانى، و هو الأربعه فى الخطأ الأول، و هو اثنان يكون ثمانية، إذا أسقطت من المضروب الآخر بقى عشره، تقسّمها على ما بقى من الخطأين بعد الإسقاط و هو أربعه، يكون اثنى عشر و نصف هى الثلث المستثنى، فيكون الثمن ما ذكر.

قوله: (فى أنواع المبيع).

قد سبق الكلام على ما يعتبر فى الموضوعين، و هذا الكلام على أمور مخصوصه من أنواع المبيع، أعنى: الحيوان و الثمار و النقدين، لأنّ هذه يشترط فيها أمور زائده على ما تقدم، مثل: تحريم بيع الام من دون الولد، و اعتبار بدو الصلاح فى الثمره، و التقابض فى المجلس فى بيع النقدين.



## الأول: الأناسى من أنواع الحيوان إنما يملكون بسبب الكفر الأصلي إذا سبوا

الأول: الأناسى من أنواع الحيوان إنما يملكون بسبب الكفر الأصلي إذا سبوا، ثم يسرى الرق إلى ذريه المملوك و أعقابه و إن أسلموا، ما لم يعتقوا.

و لو التقط الطفل من دار الحرب ملك، و لا يملك من دار الإسلام و لا من دار الحرب إذا كان فيها مسلم، فإن أقرّ بعد بلوغه بالرقية حكم بها و إطلاقه (أنواع) ربما فهم منه أنه يذكر جميع أنواع المبيع هنا، و ليس كذلك، و كأنه اعتمد فى البيان على ما أتى به، ثم إن هذه الأشياء لا تختص بكونها مبيعا، بل يجوز جعلها ثمنا.

ثم اعلم أنه سيجىء فى كلامه الكلام فى أنواع المبيع باعتبار النقد و النسيئة، و البيع مع الإخبار برأس المال، و مساواه الثمن للعوض.

قوله: (إذا سبوا).

صوابه سبوا بغير ياء، مثل دعوا و نهوا، لكنه منقول عن خط المصنف كذلك، و لعل الخطأ من الناقل.

قوله: (ثم يسرى الرق إلى ذريه المملوك و أعقابه).

الذرية و الأعقاب: هم النسل من الأولاد و أولادهم.

قوله: (و لا من دار الحرب إذا كان فيها مسلم).

بشرط إمكان تولده منه عادة، تمسكا بأصل الحرمة، و لا فرق بين كون المسلم ذكرا أو أنثى.

قوله: (فإن أقرّ بعد بلوغه بالرقية حكم عليه بها).

أى: فإن أقرّ المأخوذ من دار الحرب، و فيها مسلم يتولد عنه بعد بلوغه، و لا بد من كونه رشيدا، و كأنه تركه استغناء بذكره فى المسألة التى بعده.

عليه، ما لم يكن معروف النسب، وكذا كل من أقرّ بها بالغاً رشيداً مجهولاً وإن كان المقرّ له كافراً، ولا يقبل رجوعه. قوله: (و كذا كل من أقرّ بها بالغاً رشيداً).

اعتبر في التذكرة في باب اللقطة بلوغه وعقله (١)، وكأنه يرى أنّ الرشد غير شرط، لأنّ إقرار السفية بالرقية ليس إقراراً بالمال، فيكون مسموعاً، كما قرره بما يوجب القصاص.

و يشكل لو كان له مال، فإنّ الإقرار على نفسه بالرق يقضى كون المال للمقر له، فيكون إقراراً بالمال، إلا أن يقال: يثبت المال للمقر له تبعاً لثبوت الرقية، لأنه إقرار بالمال، فلا يكون ذلك من صحه إقرار السفية بالرقية، وهو محتمل.

قوله: (و لا يقبل رجوعه).

قال في التذكرة: لا شتماله على تكذيب إقراره، ودفع ما ثبت عليه بغير موجب، قال: ولو أقام بينه لم تسمع، لأنه بإقراره أولاً قد كذبها (٢).

قلت: قد يقال: إذا أظهر لرجوعه تأويلاً يسمع، - كأن قال: لم أعلم بكونى تولدت بعد إعتاق أحد الأبوين مثلاً، ثم علمته بعد ذلك بالبينه وهو متجه - فالمصير إليه ليس بذلك البعيد، وستأتى له نظائر في باب القضاء وغيره إن شاء الله تعالى.

و لو أقر بالرقية لمعين فردّ، فادعى الحريه، ففي اعتبار رجوعه وجهان:

أحدهما: يعتبر، لأنّ إقراره قد سقط اعتباره برد المقر له، فإذا انتفت رقيته وجب أن يكون حراً، خصوصاً على قول الشيخ بأنه لو أقرّ لآخر بالرقية لا يسمع (٣).

والثاني: لا يعتبر، لأنه لما أقر بالرقية للمعين نفذ إقراره لا محاله، لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائزاً فتحقق كونه رقا، ورد المقر له إنما ينفي ملكه إياه بالنسبه إليه ظاهراً، لا لكونه رقا الثابت شرعاً بإقراره.

ص: ١٢٧

١ - ١) التذكرة ٢: ٢٨٣. [١]

٢ - ٢) التذكرة ١: ٤٩٧. [٢]

٣ - ٣) المبسوط ٣: ٣٥٢. [٣]

و لو اشترى عبدا يباع فى الأسواق فادعى الحرىه، لم يقبل إلا بالبينه. و يملك الرجل كل بعيد و قريب، سوى أحد عشر: الأب، و الام، و الجد، و الجدّه لهما و إن علوا، و الولد ذكرا و أنثى، و ولد الولد كذلك و إن نزل، و الأخت، و العمه، و الخاله و إن علتها، و بنت الأخ، و بنت الأخت و إن نزلتا، فمن ملك أحدهم عتق عليه.

و لهذا لو رجع الى التصديق قبل منه، و لأنه لما أقر بالرقية اقتضى ذلك منعه من التصرفات التى تعتبر فيها الحرىه، فزوال ذلك يحتاج إلى دليل. و ما أشبه هذه المسأله بمسأله ما لو أقر لزيد بمال معين، فرد المقر له الإقرار، فادعاه المقر حين إنكار المقر له.

و من هذا يظهر الحكم فيما لو أقر بالرقية و لم يعين. ثم ادعى الحرىه، و لو أظهر - فى الموضوعين - لرجوعه تأويلا، يخرج به عن منافاه الإقرار، ثم أقام بينه، فعلى ما سبق تسمع هنا بطريق الاولى.

قوله: (و لو اشترى عبدا يباع فى الأسواق، فادعى الحرىه لم يقبل إلا بالبينه).

ظاهر العبارة أنه ادعى الحرىه بعد الشراء، نظرا الى مقتضى الفاء، فإنّ فاء الجزاء تقتضى ذلك، و ليس الحكم مخصوصا بذلك، فإنه لو ادعى الحرىه مع كونه يباع لم يثبت إلا بالحجه، لأنّ ظاهر اليد و السلطنه يقتضى الملك، حتى يثبت ما ينافيه.

قوله: (و يملك الرجل).

أى: ملكا مستقرا، و إلا لم يستقم الاستثناء، لأنّ المستثنيات تملك أيضا، لكن يعنى حين الملك، فلا يستقر ملك أحد منهم.

و قوله: (فمن ملك أحدهم) المراد به: فى الجملة من غير تقييد بقولنا: غير مستقر، و إلا لم يبق لقوله: (عتق عليه) موقع.

و تملك المرأة كل أحد، سوى الآباء و إن علوا، و الأولاد و إن نزلوا، و الرضاع كالنسب على رأى. و يكره ملك القريب غير من ذكرنا، و يصح أن يملك كل من الزوجين صاحبه، فيبطل النكاح و إن ملك البعض. و ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الامام فهو للإمام خاصة، قوله: (و الرضاع كالنسب على رأى).

هذا هو الأصح، لأنّ الأم من الرضاعة أم حقيقه، و كذا الأخت و البواقي، و لظاهر قوله: «الرضاع لحمه كلحمه النسب»، و للروايه بذلك (١).

قوله: (و إن ملك البعض).

أى: يبطل النكاح فيه أيضا، لمنافاه الملك العقد، و يستحيل التبويض، لأنّ التفصيل قاطع للشركه.

قوله: (و ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الامام، فهو للإمام خاصة).

المراد: ما يؤخذ بالقتال، و هو المعبر عنه بغنيمه من غزا بغير إذن الامام عليه السلام، و هذا هو المشهور، للروايه الوارده به (٢) و ان كانت مرسله. أما ما يأخذه نحو الواجد، لا على هذا الوجه، بل على وجه الاختلاس، أو على وجه المغالبه فى المواضع المنفرده و نحوها على وجه الغصب فإنه لآخذه، فان الحربى و ماله فىء فكل من قهره ملكه، و لو قهره على ماله ملك ماله و لو كان حربيا، و قد سبق بيان ذلك فى أحكام الغنيمه من الجهاد، و سيأتى من قوله: (و كل حربى قهر حربيا). يدل على أنّ المصنف لا يريد هنا إلا ما ذكرناه.

ص: ١٢٩

١- (١) التهذيب ٨: ٢٤٣ حديث ٨٧٧-٨٧٩.

٢- (٢) التهذيب ٤: ١٣٥ حديث ٣٧٨.

لكن رخصوا لشيعتهم في حال الغيبه التملك و الوطاء و إن كانت للإمام أو بعضها. قوله: (لكن رخصوا لشيعتهم حال الغيبه التملك و الوطاء، و إن كانت للإمام أو بعضها).

أول هذه العباره و آخرها غير ملتئمين، لأنّ أولها يقتضى كون الحكم فى غنيمه من غزا بغير اذن الامام، كما يتبادر من قوله: (لكن)، فإنها لاستدراك ما فهم من كونها للإمام عليه السلام، و هو عدم جواز التصرف فيها، و آخرها يقتضى شمول الحكم لها و لغيرها لأنه قد سلف أنّ جميع المأخوذ بغير اذنه عليه السلام له، فكيف يستقيم قوله: (أو بعضها)؟ و لعله حاول التنبيه بذلك على الحكم عند القائل بأنّ المأخوذ بغير اذنه عليه السلام كالمأخوذ بإذنه.

أو أنه تخيل شمول العباره لمن يشتري ممن لا يعتقد الخمس، فإنه لا يجب إخراج خمسها، كمن اشترى جاريه بمال غير مخمس و هو لا يعتقد ذلك، أو نمت عنده جاريه مخمسه، أو قهر حريبا على ابنته مثلا، فإنها من الأرباح.

و لا- يمكن أن يقال: إن هذه الغنيمه و إن كانت كلها للإمام، إلا- أنه لا- يمتنع أن يجب فيها الخمس، كما احتمله فى المختلف (١)، لأنّ ذلك لا يصحح ما ذكره، لأنها إن كانت كلها للإمام، و ان وجب عليه فيها الخمس، لم يستقم ان يقال: بعضها له، و ان كان بعضها له لم يستقم ان يقال: كلها له، و التردد بين الأمرين يشعر بالتناقض بينهما.

و اعلم أنّ الضمير فى قوله: (رخصوا لشيعتهم) يريد بهم: أئمه الهدى عليهم السلام و إن لم يجر لهم ذكر، لدلاله ذكر الامام عليه السلام عليهم، و لشده ظهور ذلك، كما فى قوله سبحانه (حَتَّى تَوَارَتْ بِالْحِجَابِ) (٢)، و مقتضاه أنها لا- تحل للمخالف، و هو كذلك كما دلت عليه الاخبار (٣).

ص: ١٣٠

١- ١) المختلف: ٣٨١.

٢- ٢) سوره (صلى الله عليه و آله): ٣٢.

٣- ٣) التهذيب ١٣٦: ٤ حديث ٣٨٣، ٣٨٤، الاستبصار ٥٧: ٢ حديث ١٨٨، ١٨٩.



و لا يجب إخراج حصّه غير الامام منها. و لا فرق بين أن يسيبهم المسلم و الكافر. و كلّ حربى قهر حربيا فباعه صحّ لكن هذا فى الغنيمه المذكوره، دون ما لو قهر مخالف حربيا على ابنته مثلا- فإنه يملكها، إذ ليس هو بأسوأ حالا من الحربى. و لو أنّ مخالفا اشترى جاريه من الغنيمه المذكوره بعد تملك الإمامى لها، ففى بقاء التحريم عليه تردد.

و هل يملك الإمامى المغنومه من الغنيمه المذكوره بمجرد الاستيلاء عليها؟ قوه كلام الاخبار و عبارات الأصحاب تقتضى ذلك، و يحتمل توقفه على بذل العوض، لأنّ هذه يد ظاهرا، فلا بد من بذل عوض فى مقابلها، فيكون حينئذ استنقاذا.

قوله: (و لا يجب إخراج حصه غير الإمام منها).

لظاهر ترخيصهم عليهم السلام لشيعتهم من غير اشتراط، لإخراج الحصه المذكوره.

قوله: (و لا فرق بين أن يسيبهم المسلم و الكافر).

لعل هذا راجع إلى أول الباب، و هو قوله: (الأناسى من أنواع الحيوان انما يملكون [\(1\)](#) بالكفر الأصلي إذا سبوا) و ان بعد هذا المرجع.

و يمكن أن يكون راجعا الى قوله: (ما يؤخذ من دار الحرب، فإنه لا فرق فى الحكم بين كون الآخذ- هو السابى- مسلما كسلطان الجور من المسلمين، أو كافرا كسلطان كافر، و نحوهما).

قوله: (و كل حربى قهر حربيا فباعه صح).

قد سبق مرارا ما يصلح لكونه تقريبا لذلك، و هو أنّ الحربى و ماله فىء، و الظاهر أنه لا فرق فى ذلك بين من يدين بتحريم هذا النوع من القهر و غيره، و كونه فيئا للمسلمين يقتضى عدم احترامه، فيصير ملكا بالقهر و الغلبه.

ص: ١٣١

---

١- ١) فى النسخه الخطيه للقواعد: بسبب الكفر الأصلي.

و إن كان أخاه أو زوجته، أو من يعتق عليه كابنه و بنته و أبويه على إشكال، ينشأ: من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض، و دوام القرابه الرافعه للملك بالقهر. و تعليل الشارح فى باب الجهاد، بأن أهل الحرب لما لم يلتزموا شرعا لم يثبت فى ذمه المتلف العوض (١) غير جيد، لاقتضائه أن من التزم شرعا يثبت فى ذمته العوض، و ليس كذلك.

قوله: (و إن كان أخاه أو زوجته).

لا وجه لذكر الأخ بخصوصه، أما الزوجه ففى ذكرها تنبيه على سقوط حقوق الزوجيه بانفساخ النكاح بتملكها.

قوله: (أو من يعتق عليه على اشكال ينشأ: من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض، و دوام القرابه الرافعه للملك بالقهر).

مقتضى عبارته تكافؤ الوجهين، و أنه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، و هو كذلك، لأن القرابه المخصوصه تقتضى العتق، و قهر الحربى يقتضى الملك، و المقتضيان دائمان.

و قول المصنف: (المبطل للعتق لو فرض) مقتضاه أن العتق لا يقع، لأنه حكم يبطلانه على تقدير فرض وقوعه، و كأنه نظر الى أن القهر دائم، و هو فى كل آن يقتضى الملك، فيمتنع حصول العتق حقيقه لوجود منافيه، فلا يكون إلا بطريق الفرض.

و لك أن تقول: القهر إنما يقتضى ملك غير المملوك، أما المملوك فلا- يعقل ملكه، فإن من اشترى حربيا لا- يقال: ملكه بالقهر، فإذا تحقق الملك، لم يكن القهر مملكا فى ذلك الحال، فيعمل المقتضى للعتق- و هو القرابه المخصوصه- حينئذ عمله، لقبول المحل له حينئذ فيصير حرا، و حينئذ فيعود الى الملك بالقهر المقتضى له.

ص: ١٣٢

و التحقيق: صرف الشراء إلى الاستنقاذ، و ثبوت الملك للمشتري بالتسلط، ففي لحوق أحكام البيع حينئذ نظر. و على هذا فلا يعد هذا إبطالا للعتق، لأن العتق إذا وقع صحيحا كيف يبطل، و إنما هو ملك طارئ بسبب مستقل؟ و أيضا فإن القرابه إنما تمنع دوام الملك لا- ابتداءه، لإمكان ملك القريب، و لو كان دوام القرابه يمنع ابتداء الملك لا تمتنع دخول القريب في الملك المقتضى لانعتاقه.

و يمكن أن يقال: لما كان القهر دائما امتنع حصول العتق، لأنه و إن لم يكن موجبا لحصول ملك آخر، فهو مانع من الخروج عن الملك، فإن تحقق امتناع الخروج عن الملك بملاحظته، فما ذكره المصنف صحيح، و إلا فلا.

قوله: (و التحقيق صرف الشراء إلى الاستنقاذ، و ثبوت الملك للمشتري بالتسلط).

هذا التحقيق جيد، لأن الوجهين لما تعارضا و تكافئا لم يمكن الحكم بأحدهما دون الآخر، فلم يبق إلا أن يكون تملك المشتري بتسلطه على الحربى الذى هو المبيع، فيكون البيع الواقع ظاهرا استنقاذا في نفس الأمر لا بيعا حقيقيا، لأن الشرط- و هو تحقق ملك البائع غير معلوم، و الاستنقاذ هو: بذل عوض عن يد شرعيه في نفس الأمر، و ظاهرا، أو غير شرعيه، و هو الاقتدار. و اليد الشرعيه في نفس الأمر كهذه، و ظاهرا كما في الحربى في نفس الأمر إذا استولى عليه ظاهرا.

قوله: (ففي لحوق أحكام البيع حينئذ نظر).

توجيه هذا النظر تفريعا على أن الشراء حينئذ استنقاذ غير ظاهر، لأنه إذا لم يكن هناك بيع، كيف تلحق أحكامه؟ و ما ذكره أحد الشارحين من التوجيه بوجود عقد البيع، و انه استنقاذ: غير جيد، لأنه إن كان استنقاذا لم يكن بيعا.

و كذا ما بين به ولد المصنف من أنه كالبيع، و من انتفائه، و هو ظاهر (1)، و الذى يختلج بخاطرى أن هذا النظر من جانب المشتري لا وجه له

ص: ١٣٣

المطلب الثانى: فى الأحكام:

يجوز ابتىاع بعض الحيوان بشرطين: الإشاعه، و علم النسبه، فلو باعه يده أو رجله أو نصفه الذى فيه رأسه أو الآخر بطل، و لو باعه شيئاً منه أو جزءاً أو نصيباً أو قسطاً بطل.

أصلاً، لأنّ انتقال الملك اليه ليس بالعقد، و ما بذله لا يعد ثمناً.

أما من جانب البائع فلا يبعد ذلك، لأنّ ما بيد الحربى إذا دخل بأمان محترم، فلا يجوز انتزاعه بغير السبب المبيح له شرعاً، و يجب أن تترتب عليه أحكامه، فيكون له خيار المجلس، و الرد بعيب الثمن، و نحو ذلك، و هو الذى يظهر من عباره الدروس فى كتاب العتق، حيث قال: يكون استنقاذاً لا شراء من جانب المشتري، لكن جوّز له الرد بالعيب، و أخذ الأرش (1)، و لعله نظر الى أنه إنما بذل العوض عن اليد بناء على سلامته. و فى اقتضاء ذلك المطالبه بالأرش تردد، لأنه عوض الجزء الفائت من المبيع، و لا مبيع هنا. و جواز الرد مشكل أيضاً، بناء على الاستنقاذ، لأنه إذا ملكه بالقهر و التسلط، لم يكن له إبطال ملكه بدون حصول سبب شرعى.

قوله: (فلو باعه يده، أو رجله، أو نصفه الذى فيه الرأس، أو الآخر بطل).

أى: أو النصف الآخر يعنى: مقابل الذى فيه الرأس، و وجه البطلان الجهاله، فإنّ مقدار المبيع لا يعلم أين ينتهى. و علل أيضاً بعدم القدره على التسليم، فان كان منظوراً فيه الى جهاله عين المبيع، حيث أنّ أجزاءه غير متعينه فهو حق، و إن نظر فيه الى غير ذلك انتقض بحال الإشاعه، فإنّ تسليم المشاع أيضاً غير مقدور.

إلا أن يقال: إذا باعه مشاعاً فالإشاعه ملحوظه فى البيع، فتجب القدره

ص: ١٣٤

و يصح لو باعه نصفه أو ثلثه، و يحمل مطلقه على الصحيح. على التسليم بحسبها، بخلاف ما إذا باعه معينا، فإنه لا بد من قدره على التسليم بحسب التعيين، فتكون قدره على التسليم معتبرا فيها حال المبيع على ما وقع عليه حاله البيع. قوله: (و يصح لو باعه نصفه أو ثلثه).

مراده: إذا باعه ذلك على طريق الإشاعة، و إلا لم يبق فرق بينه و بين قوله: (و يحمل مطلقه على الصحيح)، و عبارته التذكرة (١) تنبيه على أنّ هذا هو المراد، و صحه البيع حينئذ بالإجماع. قوله: (و يحمل مطلقه على الصحيح).

أى: لو أطلق بيع النصف من الحيوان فهو و إن احتمل النصف معينا، لكن الشائع و الغالب هو بيعه مشاعا، فيحمل مطلق النصف الواقع فى العقد على النصف المشاع، و علله فى التذكرة بأصالة صحه العقد (٢)، و هو الذى يشعر به قوله: (على الصحيح)، فإنّ لفظ المسلم يجب أن يصاب عن الهذر.

و يرد عليه: أنّ مجرد أصالة صحه العقد لا يكفى فى وجوب حمل اللفظ على المعنى الصحيح، بل لا بد من دلالة اللفظ عليه، إما بذاته أو بقربنه، ليحكم بصحته.

و جوابه: أنّ للفظ صلاحية الدلالة هاهنا، و أقلّ المراتب أن تكون دلالته على كل من المعنيين مساويه للدلالة على الآخر، فالقرينه: إرادته نقل الملك، و صيانه كلام المسلم عن الهذر، على أنّ الاستعمال فى النصف الشائع أكثر.

فرع:

قوى فى التذكرة جواز بيع النصف معينا من الحيوان المذبوح، معللا

ص: ١٣٥

١- ١) التذكرة ٤٩٨: ١. [١]

٢- ٢) التذكرة ٤٩٨: ١. [٢]

و لو استثنى البائع الرأس و الجلد فالأقرب بطلان البيع، و الصحة فى المذبوح. بزوال المانع، فإنَّ القدره على التسليم ثابتة هنا (١). و لقاتل أن يقول: إنَّ الجهالة ثابتة هنا، و هى مفضيه الى عدم القدره على التسليم، كما قدمناه.

قوله: (و لو استثنى البائع الرأس و الجلد، فالأقرب بطلان البيع و الصحة فى المذبوح).

أقوال الأصحاب هنا أربعة:

الأول: القول بالصحة مطلقا (٢).

الثانى: القول بالبطلان مطلقا للجهالة، فان كلا منهما مجهول (٣).

الثالث: تفصيل المصنف، و هو القول بالصحة فى المذبوح - و ألحق به فى المختلف ما يقصد به الذبح (٤) - و البطلان فيما ليس كذلك (٥).

الرابع: تفصيل شيخنا الشهيد فى الدروس بالصحة مطلقا، لكن يكون فيما لا يقصد بالذبح شريكا بنسبه القيمه (٦).

و قال الشيخ فى المبسوط (٧) و النهايه: يكون شريكا بنسبه القيمه (٨)، فإن كان مراده على الإطلاق فهو قول خامس، و هو الذى افتى به ابن سعيد فى الشرائع (٩)، و إن أراد فيما عدا المذبوح كان كقول الدروس.

ص: ١٣٦

١- ١) المصدر السابق. [١]

٢- ٢) ذهب اليه السيد فى الانتصار: ٢١٢، و ابن الجنيد كما فى المختلف: ٣٨٤، و غيرهما.

٣- ٣) لم نعرش على قائله، و فى المفتاح ٤: ٣٢٣: «القول ببطلان البيع و الشرط، و قد نقله الفخر فى الإيضاح، و أبو العباس فى المهذب»، و لم يذكروا اسم القائل.

٤- ٤) المختلف: ٣٨٤.

٥- ٥) كما ذهب اليه هنا فى القواعد، و كذا فى التذكرة ١: ٤٩٨.

٦- ٦) الدروس: ٣٤٥.

٧- ٧) المبسوط ٢: ١١٦.

٨- ٨) النهايه: ٤١٣، و [٢] فيه: و إذا باع الإنسان بعيرا أو بقرا أو غنما و استثنى الرأس و الجلد كان شريكا للمبتاع بمقدار الرأس و الجلد.

٩- ٩) الشرائع ٥٧: ٢.

و لو اشتركا فى الشراء و شرط أحدهما الرأس و الجلد لم يصحّ، و كان له بقدر ماله. لكن ظاهر العبارة الإطلاق، و فى روايه السكونى (١) و هارون الغنوى (٢) ما يشهد لقول المبسوط و النهايه، و أول الروايتين مشعر بأنّ الاستثناء كان فى بعير يراد به الذبح، و القول بالبطلان مطلقا متجه، فإنّ العمل بهما ينافى مقتضى القرآن، فإنّ المأمور به هو الوفاء بالعقد، و هو هنا ممتنع، لما سبق.

فالعُدول عما يقتضيه خروج عن الوفاء به، و مصير الى البيع بغير عقد، و التزام غير ما وقع التراضى عليه. و متى حكمنا ببطلان الاستثناء، لم يبق فى اللفظ ما يدل على استثناء جزء مشاع بوجه من الوجوه.

تفريع:

لا- يصح استثناء اللحم بالوزن، للتفاوت بالاختلاف بالعظم قله أو كثره، و كذا بالشحم، إلا- أن يعين مكانا لا يختلط بغيره فإنه يجوز، كما اختاره ابن الجنيّد (٣)، و حسنه فى المختلف (٤).

قوله: (و لو اشتركا فى الشراء، و شرط أحدهما الرأس و الجلد لم يصح، و كان له بقدر ماله).

لدلاله روايه هارون بن حمزه على ذلك (٥)، و يشكل الحكم بما قدمناه، و يعارض ظاهر الروايه بمقتضى القرآن (٦)، و بأنّ العقود بالقصود. و يرد على المصنف أنّ البطلان الذى افتى به فى مسأله استثناء البائع آت هنا، و دليل الصحه مشترك بين المسألتين، لأنّ الروايتين المذكورتين وردتا بالصحه فيهما.

ص: ١٣٧

١- (١) الكافى ٥: ٣٠٤ حديث ١. [١]

٢- (٢) الكافى ٥: ٢٩٣ حديث ٤، [٢] التهذيب ٧: ٧٩ حديث ٣٤١.

٣- (٣) نقله عنه فى المختلف: ٣٨٤.

٤- (٤) المصدر السابق.

٥- (٥) هى روايه هارون الغنوى السابقه.

٦- (٦) المائده: ١.

و لو قال له:الربح بيننا و لا خسران عليك،فالأقرب بطلان الشرط. و لو وطأها أحدهما لشبهه فلا حدّ،و بدونها يسقط بقدر نصيبه خاصه،فإن حملت قومت عليه حصه الشريك،و انعقد الولد حراً،و على أبيه قيمه حصه الشريك منه يوم الولاده،و لا تقوّم بنفس الوطاء على رأى.

و لا- جواب له إلا- بأحد أمرين:إما أن يكون الحكم فى مسأله الشريك مجمعا عليه،فيعمل بالإجماع فى موضعه،أو أنّ روايه هارون صحيحه بخلاف روايه السكونى،و الذى يقتضيه النظر البطلان مطلقا ان لم يلزم فى ذلك مخالفه الإجماع.

قوله: (و لو قال:الربح بيننا و لا خسران عليك،فالأقرب بطلان الشرط).

الأصح بطلانه و بطلان العقد،لأنه خلاف مقتضى الشركه،و خلاف مقتضى أصول المذهب،لأنّ نماء ملك الشخص إنما يكون له.

قوله: (و بدونها يسقط بقدر نصيبه خاصه).

الظاهر أنه لا فرق بين كونه محصنا و بكرا،فان الحد إنما يتبعض إذا كان جلدا،و فى روايه:يدراً عنه من الحد بقدر ماله فيها من النقد،و يضرب بقدر ما ليس له (1).

قوله: (فان حملت قومت عليه حصه الشريك).

ظاهره ثبوت هذا الحكم و إن كان عالما بالتحريم،و ربما أشكل من جهه أنه زان على ذلك التقدير،فكيف يلحقه الولد؟و يجاب بأنّ له فيها حقا،فباعتباره يخرج عن كونه زانيا،و لا يتبعض النسب و لا أمومه الولد،و للروايه.

و المعبر فى التقويم قيمتها السوقيه و إن زادت عن الثمن،و الروايه بلزوم

ص:١٣٨

---

١- (١)الكافى ٥:٢١٧ حديث ٢، [١]التهذيب ٧:٧٢ حديث ٣٠٩.



و يتخير المشتري إذا تجدد العيب في الحيوان بعد العقد، و قبل القبض في الفسخ، و الإمساك مجاناً، و بالأرث على رأى. و لو تلف بعد قبضه في الثلاثه فمن البائع، إن لم يحدث فيه المشتري حدثاً.

و لو تجدد فيه عيب من غير جهه المشتري، فان كان في الثلاثه تخير كأول، و في الأرث نظر. و لا- يمنع من الردّ بالعيب السابق، فلو كان بعدها، أو أحدث المشتري فيه حدثاً منع من الرد بالعيب السابق. و الحمل حال البيع للبائع على رأى، إلا أن يشترطه المشتري، الأكثر (١) متأوله بالحمل على ما إذا نقصت قيمه بالوطء.

قوله: (و بالأرث على رأى).

هذا هو الأصح، لأنّ جميعه مضمون حينئذ فكذا أبعاضه، لمقابلتها بأبعاض الثمن.

قوله: (و في الأرث نظر).

هو كما سبق في الفتوى.

قوله: (و لو كان بعدها، أو أحدث المشتري فيه حدثاً، منع من الرد بالعيب السابق).

لا من الأرث.

قوله: (و الحمل حال البيع للبائع على رأى، إلا أن يشترطه المشتري).

هذا هو الأصح، و قيل: للمشتري، و لا يصح استثناءه للبائع (٢)، و قيل:

ص: ١٣٩

---

١-١) المصدر السابق.

٢-٢) قاله الشيخ في المبسوط ١:١٥٦.

فيثبت له معه، فان سقط قبل قبضه أو في الثلاثة من غير فعله قومت في الحالين، وأخذ من الثمن بنسبه التفاوت. له، و يصح استثناءؤه (١)، وكلاهما ضعيف.

قوله: (فان سقط قبل قبضه، أو في الثلاثة من غير فعله، قومت في الحالين، وأخذ من الثمن بنسبه التفاوت).

أى: قومت في حال كونها حاملا، و مجهضا، و ينسب التفاوت الى قيمتها حاملا، و يؤخذ من الثمن بهذه النسبه، و في حواشى شيخنا الشهيد ما حاصله: أنّ هذا ليس على إطلاقه، و إنما تم: إما على رأى المصنف من أنّ الحمل لا يدخل الا بالشرط فيكون خارجا عن المبيع، أو على القول: بأنّ العيب الحادث في جملة ليس لأجزائها قسط من الثمن يوجب الأرش.

و ما ذكره من أنّ عباره المصنف لا تجرى على إطلاقها صحيح، فإنّ عباره المصنف و إن لم يكن فيها دلالة على أنّ الحمل كان داخلا في المبيع، ليتعرض الى قيمته، بان يعتبر تقويمها حاملا مع الحمل، لكنها مطلقه فيجب تنقيحها، بان الحمل إن اشترط فلا بد من إدخاله في التقويم، و إن لم يشترط قومت هي خاصه حاملا، إلا أنّ في عبارته مناقشتين:

إحدهما: أنّ قوله: إنّ هذا يتمشى على رأى المصنف، غير جيد، لأنّ المصنف يرى دخول الحمل مع الشرط، فمقالته لا تقتضى عدم دخوله مطلقا، بل في بعض الأحوال، فلا بد حينئذ من التقييد، و مع ذلك فلو كانت مقالته تقتضى هذا لوجب إجراء كلامه على إطلاقه، بناء على مذهبه، فلا يستقيم ما ذكره، و حقه أن يقول: هذه العبارة مطلقه، و يجب تقييدها بما إذا كان الحمل غير داخل في البيع.

الثانيه: قول: أنّ هذا يتمشى على القول بان العيب الحادث في جملة ليس لأجزائها قسط من الثمن الى آخره، غير مستقيم، فان الثمن إذا قوبل بالمبيع كان

ص: ١٤٠

و لو قال: اشتر حيوانا بشركتى أو بيننا صح البيع لهما، و على كلّ منهما نصف الثمن، فإن أدى أحدهما الجميع باذن صاحبه فى الإنقاد عنه لزمه الغرم له، و إلا فلا، و لو تلف فهو منهما، و يرجع على الأمر بما نقد عنه باذنه.

و العبد لا يملك مطلقا على رأى، فلو كان بيده مال فهو للبائع، و إن لأجزائه قسط منه قطعاً، و لهذا يزيد و ينقص اعتبارها.

و يبعد أن يقال: أن مثل الحمل إذا اشترط لا يكون له جزء من الثمن، لأنه و إن كان تابعا، إلا أن الثمن يزيد باعتباره، كما ينقص باعتبار عدم دخوله، و لعل مراده من العبارة: أن العيب الحادث لا يوجب الأرش، كما هو مذهب المفيد (١)، و كون ذلك فى جملة: ليس لأجزائها جزء من الثمن، من زيادات القلم.

لكن يرد عليه: أنه على هذا القول لا- أرش أصلا، لأنه إنما يستحق الرد خاصة دون الأرش، كما هو ظاهر، فلا يستقيم بناء الحكم عليه.

و اعلم أن فى عبارته: العيب الحادث فى جملة ليس لأجزائها قسط من الثمن يوجب الأرش، و حقه لا- يوجب الأرش، و كأن (لا) سقط من قلم الناسخ.

قوله: (لزم الغرم له).

لأنه أمره بالأداء عنه، فلم يكن متبرعا. فان قلت: لم يشترط الرجوع و الاذن أعم منه، قلت: وقع دفع المال بالاذن، و لم يحصل ما يقتضى التبرع، فلم يسقط الاستحقاق.

قوله: (و العبد لا يملك مطلقا على رأى).

هذا هو الأصح لظاهر قوله تعالى (عَبْدًا مَّملُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) (٢) لا- يقال: العبد لا عموم له، فلم يدل على أن كل عبد كذلك، لأننا نقول: ظاهر

ص: ١٤١

١- ١) المقنعه: ٩٢.

٢- ٢) النحل: ٧٥. [١]

علم به:فان شرطه المشتري صحّ إن لم يكن ربويا،أو كان و اختلفا،أو تساويا و زاد الثمن. و لو قال له العبد:اشترنى و لك عليّ كذا لم يلزم علي رأي. و لو دفع إلى مأذون مالا- ليشترى رقبه و يعتقها و يحجّ عنه بالباقي، الكلام:أن عدم القدره على شيء مرتب على العبوديه و المملوكيه.

قوله: (أو تساويا و زاد الثمن).

يعتبر في الزيادة أن تكون مما يتمول،ليكون في مقابله العبد.

قوله: (و لو قال له العبد:اشترنى و لك عليّ كذا،لم يلزمه علي رأي (1)).

قيل بالزوم إذا كان له مال وقت الشرط (2)،تعويلا على روايه ليس لها دلالة و لا بينه (3)،و الأصح العدم.

قوله: (و لو دفع إلى مأذون مالا ليشترى رقبه،و يعتقها،و يحجّ عنه بالباقي).

أى:يحجّ المأذون بالباقي،و يلوح من قوله في الروايه:«أما الحجّه فقد مضت بما فيها لا- ترد» (4)أنه و كلّه في تحصيل فعل الحج،ليكون شاملا لفعله بنفسه و غيره،و إلا لم تمض مع إمكان أن يقال:أنّ مضيتها أعم من صحه الإجاره.

و كونه لم يأمر بالرجوع الى الثمن يحتمل أن يكون لتلفه،و إن لم يكن في الروايه ذكر للتلف لكنه محتمل،و قوله:«فقد مضت بما فيها»،قد يشعر بذلك،

ص: ١٤٢

١- ١) ذهب الى هذا الرأي ابن إدريس في السرائر: ٤٠،و المحقق في الشرائع ٥٨: ٢،و [١]الشهيد في الدروس: ٣٤٧.

٢- ٢) قاله الشيخ في النهايه: ٤١٢.

٣- ٣) الكافي ٥: ٢١٩، حديث ٢، ١، التهذيب ٧: ٧٤، حديث ٣١٦، ٣١٥.

٤- ٤) الكافي ٧: ٦٢، حديث ٢٠، [٢]التهذيب ٧: ٢٣٤، حديث ١٠٢٣ و ٨: ٢٤٩، حديث ٩٠٣ و ٩: ٢٤٣، حديث ٩٤٥.

فاشترى أباه و دفع إليه الباقي للحج، ثم ادعى كل من مولى الأب و المأذون و ورثه المدافع كون الثمن من ماله، فالقول قول مولى المأذون مع اليمين و عدم البيئه. لأنه يؤذن بأن هناك شيئاً.

قوله: (فالقول قول مولى المأذون مع اليمين و عدم البيئه).

و ذلك لأنه صاحب اليد، لأن يد العبد يد المولى، و فى النافع: يناسب الأصل إمضاء ما فعله المأذون ما لم تقم بينه تنافيه (١)، و كأنه يريد بالأصل: أصاله صحه ما فعل من شراء، و عتق، و غيرهما.

قال فى الدروس: و هو قوى إذا أقر بذلك، لأنه فى معنى الوكيل، إلا أن فيه طرحاً للروايه المشهوره (٢)(٣).

قلت: و فيه ضعف آخر، لأن إقرار الوكيل إنما يعتبر إذا لم يكن إقراراً على الغير، و معلوم أن إقرار العبد على ما فى يده إقرار على السيد فلا يسمع.

ثم قال: و قد يقال: أن المأذون بيده مال لمولى الأب و غيره، و بتصادم الدعاوى المتكافئه يرجع الى أصاله بقاء الملك على مالكة، و لا تعارضه فتوهم بتقديم دعوى الصحه على الفساد، لأن دعوى الصحه هنا مشتركه بين متقابلين متكافئين فتساقط، قال: و هذا واضح لا غبار عليه (٤).

أقول: تأملنا ذلك فلم نجده واضحاً، فإن المال الذى بيد المأذون فى هذا الفرض لا يدل دليل أصلاً على أنه لمولى الأب أو غيره، و إنما الذى دل عليه الدليل هو أنه لمولاه، نظراً الى مقتضى اليد، فكيف يكون لمن لا يد له، و لا سبب يقتضى ملكه سوى مجرد دعواه و إقرار المأذون الذى هو غير معتبر؟

ص: ١٤٣

١- (١) المختصر النافع: ١٣٣.

٢- (٢) الكافي ٧: ٦٢ حديث ٢٠، التهذيب ٧: ٢٣٤ حديث ١٠٢٣ و ٨: ٢٤٩ حديث ٩٠٣ و ٩: ٢٤٣ حديث ٩٤٥.

٣- (٣) الدروس: ٣٤٩.

٤- (٤) الدروس: ٣٤٩.

و تحمل الروايه بالدفع إلى مولى الأب عبده كما كان، على إنكار البيع، فإن أقام أحدهما بينه حكم له. و أعجب من هذا قوله: ان دعوى الصحه هنا مشتركه بين متقابلين متكافئين، فإنه إن أراد بها صحه البيع، فمعلوم أن دعوى مولى الأب: أنه اشترى بماله تقتضى فساد العقد، لأنّ العوضين إذا كانا من مالك واحد لم تكن المعاوضه صحيحه.

قوله: (و تحمل الروايه بالدفع إلى مولى الأب عبده كما كان على إنكار البيع).

الروايه المشار إليها هي روايه ابن أشيم، عن ابى جعفر عليه السلام (1)، و أشيم مضبوط فى مواضع لا بأس بالتعويل عليها، بفتح الهمزه و إسكان الشين المعجمه و فتح الياء المثناه من تحت، و هي ضعيفه، فإن ابن أشيم غال.

و الجار فى قوله: (بالدفع) يتعلق بالروايه أو بمحذوف، أى: و الروايه الوارده بالدفع إلى آخره، و (عبده) بالنصب مفعول المصدر، أى: يدفع عبد مولى الأب اليه، و الجار فى قوله: (على إنكار البيع) متعلق بقوله: (و تحمل الروايه).

و يشكل هذا الحمل بأنّ فى الروايه أنه ادعى شراء أب المأذون بماله، فيكون معترفاً بالبيع، مدعياً فساده.

و أشكل منه ردها مع كونها من المشاهير، و أشكل من الجميع العمل بمقتضاها، لأنّ قبول إقرار العبد على ما فى يده لغير مولاه خلاف أصول المذهب، و بالجملة فما صار اليه المصنف هو ما تقتضيه الأصول، و يبقى النظر فى تنزيل الروايه.

قوله: (فإن أقام أحدهما بينه حكم له).

يعنى: مولى الأب و ورثه الدافع، لأنهما مدعيان، فأيهما أقام بينه فالحكم له.

ص: ١٤٤

---

١-١) الكافي ٧:٦٢ حديث ٢٠، [١] التهذيب ٧:٢٣٤ حديث ١٠٢٣ و ٨:٢٤٩ حديث ٩٠٣ و ٩:٢٤٣ حديث ٩٤٥.

و لو أقام كلّ من الثلاثه بينه، فان رجحنا بينه ذى اليد فالحكم كأول، وإلا فالأقرب ترجيح بينه الدافع، عملا بمقتضى صحه البيع، مع احتمال تقديم بينه مولى الأب، لادّعائه ما ينافى الأصل، و هو الفساد. و لو اشترى كلّ من المأذونين صاحبه فالعقد للسابق، قوله: (فان رجحنا بينه ذى اليد فالحكم كأول).

الترجيح لبينه مولى المأذون، لأنه ذو اليد، و أراد بقوله: (فالحكم كأول) التشبيه فى أنّ الترجيح لجانبه، لأنّ عليه اليمين أيضا.

قوله: (و إلا فالأقرب ترجيح بينه الدافع، عملا بمقتضى صحه البيع مع احتمال تقديم بينه مولى الأب، لادّعائه ما ينافى الأصل، و هو الفساد).

وجه القرب: ما أشار إليه من أن بينه الدافع قد اعتضدت بمقتضى الأصل، فترجحت على الأخرى و هو الأصح. و توضيح وجه الاحتمال: أنّ مولى الأب بالإضافه إلى ورثه الدافع خارج، فتقدم بينته، لأنه مدع بأحد تفاسير المدعى، لأنه يدعى ما ينافى الأصل.

و يضعف بأنه مدع و خارج بالإضافه إلى مولى المأذون، كما أنّ الآخر أيضا مدع و خارج بالإضافه إليه، و لا يلزم من كون دعوى أحدهما توافق الأصل، و دعوى الآخر تخالفه، أن يكون أحدهما بالإضافه إلى الآخر مدعيا و خارجا، فترجح بينته.

و تقديم بينه مدعى الفساد إنما يكون حيث لا يقطع بكون الآخر مدعيا، فأما إذا قطع به و أقاما بينتين فلا بد من الترجيح، و هو ثابت فى جانب مدعى الصحه.

قوله: (و لو اشترى كل من المأذونين صاحبه فالعقد للسابق).

و ذلك لأنّ العقد السابق هو الذى صدر عن أهله فى محله، و الآخر محكوم ببطلانه إن اشتراه لنفسه و قلنا: إنّ العبد يملك، لا تمتنع أن يملك العبد سيده

فان اتفقا بطل، إلا مع الإجازة، و لو كانا وكيلين صحا معا. و إن اشتراه لمولاه.

أو قلنا: إنّه لا يملك: فإما أن يكون وكيلا، أو مأذونا، فإن كان مأذونا بطل الإذن بخروجه عن ملك المولى، و إن كان وكيلا، فان لم ينزل عن الوكالة ببيع مولاه و خروجه عن ملكه فالعقد صحيح، كما صح السابق، و الا وقف على الإجازة من المولى، لأنه فضولى.

قوله: (فان اتفقا بطلا، الا مع الإجازة).

يتحقق اقترانهما بالاتفاق فى القبول، لأنّ به يتم السبب، و المراد بطلانهما:

عدم لزومهما، و إلا لم يصح مع الإجازة، و وجه ذلك أنّ كل واحد منهما إذا كان مأذونا بطل اذنه بالبيع، فيكون تصرفه حينئذ لمولاه فضوليا، كذا حقق المصنف فى المختلف (١).

و لك أن تقول: إن بطلان الاذن بمجرد الشروع فى البيع غير واضح، إذ المبطل إن كان الخروج عن الملك فإنما يخرج بتمام العقد، و إن كان الشروع فيه، لأنّ قصده إلى إخراجه عن ملكه قصد الى منعه من التصرف، ففيه منع، لأنّ قصده الى بيعه لا يدل على قصده الى منعه من التصرف بإحدى الدلالات.

و من أين يعلم ذلك، حتى أنه لو أوجب البيع فلم يقبل المشتري، أو بدا له فإنّ الظاهر بقاء الإذن عملا بالاستصحاب، و تمسكا ببقاء المقتضى، و الظاهر أنّ كلا من العقدين صحيح غير موقوف على الإجازة.

قوله: (و لو كانا وكيلين صحا معا).

لأنّ الوكالة لا تزول بالإخراج عن الملك، و لا بالقصد اليه، بخلاف الاذن فإنه يزول بالإخراج عن الملك، لأنه من توابعه، و فى روايه أبى خديجه:

يمسح طريقهما، و يحكم بتقدم عقد من كان طريقه أقرب، و فيها: إنّ الآخر يكون

ص: ١٤٦



و لو اشترى مسروقه من أرض الصلح، قيل: يردها على البائع و يستعيد الثمن، فان مات فمن وارثه، فان فقد استسعيت، مملوكا له (١)، و مقتضاه أن يكون كل منهما اشترى الآخر لنفسه، و أن العبد يملك.

قال الشيخ: و في روايه أخرى إذا كانت المسافه سواء يقرع بينهما، فأيهما وقعت القرعه به كان عبدا للآخر (٢)، قال المصنف في التذكرة: الروايه بالقرعه لم نقف عليها (٣)، لكن الشيخ رحمه الله ذكر هنا الإطلاق في النهايه (٤) و التهذيب (٥).

و الظاهر أن القرعه لاستخراج الواقع أولا، مع علم المتقدم و اشتباه تعيينه، أو مع الشك في التقدم و عدمه، أما مع الاقتران فلا وجه للقرعه، و ما ذكره حق في موضعه.

قوله: (و لو اشترى مسروقه من أرض الصلح، قيل: يردها على البائع و يستعيد الثمن، فان مات فمن وارثه، فان فقد استسعيت).

هذا الحكم وردت به روايه مسكين السمان (٦)، و هو مخالف للقواعد المقرره من وجوه:

الأول: وجوب الرد على البائع أو وارثه مع فقده، فإنه غير مالك و لا ذو يد شرعيه، فكيف يجوز تسليم مال غير المعصوم اليه؟ و اعتذر شيخنا عن ذلك في شرح الإرشاد: بأن البائع لم يثبت كونه سارقا، و يده أقدم، و مخاطبته بالرد ألزم، خصوصا مع بعد دار الكفر.

و لك أن تقول: أحد الأمرين لازم، فإن يده إن كانت شرعيه فالبيع

ص: ١٤٧

١- (١) التهذيب ٧:٧٣ حديث ٣١٠، الاستبصار ٣:٨٢ حديث ٢٧٩.

٢- (٢) التهذيب ٧:٧٣ حديث ٣١١، الاستبصار ٣:٨٢ ذيل حديث ٢٧٩.

٣- (٣) التذكرة ١:٥٠٠. [١]

٤- (٤) النهايه: ٤١٢.

٥- (٥) التهذيب ٧:٧٣ حديث ٣١١.

٦- (٦) التهذيب ٧:٨٣ حديث ٣٥٥.

و الأقرب تسليمها إلى الحاكم من غير سعى. و لو دفع بائع عبد موصوف في الذمه عبيد ليتخير المشتري، فأبق أحدهما ضمنه بقيمته، و يطالب صحيح ماض و لا رد، و إن كانت يد عدوان لم يجز التسليم إليه و مخاطبته بالرد، و لا يقتضى جواز تسليم من هى فى يده إليه، و إن وجب عليه السعى فى ذلك فإنّ له طريقا إليه، أما بمراجعته المالك أو الحاكم. و ليس له أن يقول: الروايه متأيده بهذا التوجيه، لأنها إن كانت حجه فهى المستند، و إلا طرحت، و لا يحتاج الى هذا.

الثانى: إن استسعاءها فى الثمن المدفوع إلى البائع - كما فى الروايه - يقتضى أخذه من غير أخذه، لأنّ ما بيدها لمالكها. و اعتذر فى الدروس بأنّ مال الحربى فىء فى الحقيقة و بالصلح صار محترما احتراماً عرضياً، فلا يعارض ذهاب مال محترم احتراماً حقيقياً (١).

و لك أن تقول: الاحترام يقتضى عصمه المال، و لا تفاوت فى ذلك بين كون الاحترام عرضياً و حقيقياً، و المتلف للمال المحترم حقيقه ليس هو مولى الجارىه، بل الذى غره، و المغرور لا يرجع على من لم يغره لا مباشره و لا تسبباً.

و حقيقه الحال أن كلا منهما مظلوم بضياح ماله، و لا يرجع أحد المظلومين على المظلوم الآخر، بل على ظالمه.

قوله: (و الأقرب تسليمها إلى الحاكم من غير سعى).

هذا هو الأصح، لكن على إطلاقه مشكل، بل يجب تسليمها الى المالك، فان تعذر الوصول إليه فالى الحاكم، و هذا هو المراد، و كأن الإطلاق اعتماداً على تعذر الوصول الى المالك غالباً، لبعده دار الكفر.

قوله: (و لو دفع بائع عبد موصوف فى الذمه عبيد ليتخير المشتري، فأبق أحدهما ضمنه بقيمته، و يطالب بما اشتراه).

ص: ١٤٨

بما اشتراه.

وقال الشيخ: يرد المشتري الى البائع العبد الباقي، و يسترجع نصف الثمن و يطلب الآبق، فان وجده اختار حينئذ، و رد النصف الذى قبضه من البائع اليه، و إن لم يجده كان العبد الباقي بينهما (١)، و هى روايه السكونى، عن الصادق عليه السلام (٢)، و عليها جمع من الأصحاب (٣).

و يشكل بأنّ التالف مضمون على المشتري، لأنه مقبوض بالسوم، و له المطالبه بالمبيع، لأنه موصوف فى الذمه، و لا وجه لكون العبد الباقي بينهما، فإنّ المبيع ليس نصف كل واحد منهما. و المعتمد ما اختاره المصنف من أنّ الآبق مضمون على المشتري بقيمته، و المبيع موصوف فى ذمه البائع، فله المطالبه به، و ليس له استرجاع شىء من الثمن.

و بنى فى الدروس قول الشيخ و الجماعه على أنّ العبدین متساويان فى قيمه، و متطابقان فى الوصف، و إنّ حق المشتري منحصر فيهما (٤). و يشكل بأنّ انحصار الحق فيهما إنما يكون بورود البيع على عينهما، و هو خلاف الفرض، و عدم تضمين التالف مخالف لما عليه الأكثر من أنّ المقبوض بالسوم مضمون.

و فى المختلف نزلها على تساوى العبدین من كل وجه ليلحق بمتساوى الأجزاء، و حينئذ فيجوز بيع عبد منهما، كما يجوز بيع قفيز من الصبره، و ينزل على الإشاعه فيكون التالف منهما و الباقي لهما (٥).

قلت: لو صح هذا التنزيل لنافى ارتجاع نصف الثمن، كما وردت به الروايه، و فى الكلام أيضا مناقشتان:

الاولى: ان العبدین ليسا من متساوى الأجزاء غالبا فى شىء، و إن فرض

ص: ١٤٩

١-١) النهايه: ٤١١. [١]

٢-٢) التهذيب ٨٢: ٧ حديث ٣٥٤.

٣-٣) منهم: المحقق فى الشرائع ٢: ٦٠، و الشهيد فى اللمعه: ١٢٠. [٢]

٤-٤) الدروس: ٣٤٨.

٥-٥) المختلف: ٣٨٢.

و لو اشترى عبدا من عبيدين لم يصح. و يجب على البائع استبراء الموطوءه بحيضه، أو خمسه و أربعين يوما قبل بيعها إن كانت من ذوات الحيض، اتفاق تساويهما على خلاف الغالب، فلا يكونان كصبره الحنطه.

الثانيه: انه لو تم ذلك فالأصح أن إطلاق بيع قفيز من صبره لا- ينزل على الإشاعه- كما سبق بيانه- فلا يستقيم ما ذكره لتنزيل الروايه.

قوله: (و لو باع عبدا من عبيدين لم يصح).

لجهاله المبيع، و لو فرض استواءهما من كل الوجوه، و قد عرفت مقالته فى المختلف.

قوله: (و يجب على البائع استبراء الأمه الموطوءه بحيضه، أو بخمسه و أربعين يوما قبل بيعها إن كانت من ذوات الحيض).

لما روى عن الصادق عليه السلام فى الجاربه التى لم تبلغ المحيض، و يخاف عليها الحبل: أن البائع يستبرئها بخمس و أربعين ليله، و كذا المشتري (١).

و عن الرضا عليه السلام فىمن وطأ جاربه، و عزل عنها: أن عليه أن يستبرئها (٢). فإن باعها قبل الاستبراء أثم قطعاً، و يصح البيع لرجوع النهى إلى أمر خارج. و هل يجب استبرؤها أم يتعين تسليمها إلى المشتري؟ أطلق فى التذكرة (٣) و التحرير وجوب التسليم الى المشتري زمان الاستبراء (٤).

و هو كما يصلح للاستبراء الواجب على المشتري يصلح للاستبراء الواجب على البائع، فإن أراد الأول فلا بحث فيه، و لا يجب وضعها على يد عدل، و لا- يفرق بين كونها حسنه أو قبيحه. و إن أراد الثانى فهو مشكل، فإنه واجب ثبت قبل البيع، فلا- وجه لسقوطه.

ص: ١٥٠

١- (١) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٥، [١] التهذيب ٨: ١٧٠ حديث ٥٩٣، الاستبصار ٣: ٣٥٨ حديث ١٢٨٤.

٢- (٢) التهذيب ٨: ١٧١ حديث ٥٩٤، الاستبصار ٣: ٣٥٩ حديث ١٢٨٧.

٣- (٣) التذكرة ١: ٥٠٠. [٢]

٤- (٤) التحرير ١: ١٩١. [٣]

و كذا يجب على المشتري قبل وطئها لو جهل حالها، فان قيل: بعد وقوع البيع صارت حقا للمشتري، فلا يجوز منعه منها.

قلنا: قد ثبت وجوب الاستبراء سابقا على البائع فلا يسقط، غايه ما فى الباب ان المشتري إذا جهل الحال له الفسخ.

فان قيل: الاستبراء حق لله، والمبيع حق للأدمى، وحق الله لا يعارض حق الأدمى.

قلنا: فى الاستبراء أيضا حق للبائع، فلا يكون حقا لله محضا. و بعد ذلك فقول التذكرة لا يخلو من وجه، فإنها بعد البيع أجنبيه من البائع، فلا يجوز بقاؤها عنده، نعم يأنم بترك الاستبراء.

و التحقيق: أن يقال: أنه لو باع قبل الاستبراء يكون البيع مراعى، فان ظهر حمل تبين بطلانه، لأنه من المولى حيث كانت فراشا له، و إلا تبينت الصحة، فلا يكون حينئذ ملكا للمشتري، فلا يتعين التسليم اليه، بل و لا يجوز استصحابا لبقاء وجوب الاستبراء، و هذا واضح، لا شبهه فيه.

فرع:

لو شرط وضعها على يد عدل مده الاستبراء صح، و فى النفقه إشكال، ينشأ: من أنها على المالك، و من أنه ممنوع منها باشتراط البائع، فيكون على البائع.

قوله: (و كذا يجب على المشتري قبل وطئها لو جهل حالها).

إنما يجب الاستبراء على البائع إذا كان قد وطأها، و إن عزل كما سبق فى الروايه، و أما المشتري فيجب عليه الاستبراء، سواء علم الوطاء أو جهل حالها، للروايه السابقه، و لما ورد فى أوطاس (1): لا توطأ الحبالى حتى يستبرئن

ص: ١٥١

---

١- ١) أوطاس: واد فى ديار هوازن فيه كانت وقعت حينئذ للنبي صلى الله عليه وآله وسلم بينى هوازن، معجم البلدان ٢٨١: ١. [١]

و يسقط لو أخبر الثقة بالاستبراء، أو كانت لامرأه، أو صغيره، أو آيسه، أو حاملا، أو حائضا. بحيضه (١).

و لو قال المصنف: و كذا يجب على المشتري قبل وطئها و لو جهل حالها لكان أولى، لشموله كلا من القسمين.

قوله: (و يسقط لو أخبر الثقة بالاستبراء).

المراد به: العدل، لأن غيره لا يعد ثقته. و فى الأخبار اعتبار وثوق المشتري به (٢)، و لا ريب أنه لا يتحقق الوثوق شرعا بدون العدالة.

قوله: (أو كانت لامرأه أو صغيره أو آيسه).

أى: أو كانت صغيره، أى: لم تبلغ، أو آيسه، و قد سبق بيان سن اليأس، و بذلك وردت الروايه (٣). و هل تلحق بأمه المرأه أمه الصغير الذى لا يمكن الوطء منه عادة، و كذا العنين و المجهوب؟ اشكال.

و مثله لو باعتها امرأه لرجل، فباعها الرجل فى المجلس، و يقرب هنا عدم الاستبراء للقطع بعدم وطئه، فهو أقوى من إخباره.

قوله: (أو حاملا أو حائضا).

أما الحامل، فلائذ حملها إن كان من زنى فلا حرمه له، و إن كان من غيره فان التربص الى زمان وضعه لا يعد استبراء فى عرف الفقهاء، و أما الحائض فإن مسها إنما يكون بعد الطهر.

فلاستبراء المخصوص غير واجب، و حيث يجب الاستبراء يستوى فى

ص: ١٥٢

١- (١) روى المحدث النورى فى مستدركه ٥٩٦: ٢ باب ١٣ من أبواب نكاح العبيد حديث ٢ [١] عن الشيخ الطبرسى فى مجمع البيان: «عن أنس بن مالك قال: كان رسول الله صلى الله عليه و آله أمر مناديا فنادى يوم أوطاس: ألا- لا- توطأ الحبالى حتى

يضعن، و لا الحبالى حتى يستبرئن بحيضه». و قريب منه ما رواه فى العوالى ٢٣٨: ١ حديث ١٥٥. [٢]

٢- (٢) الكافى ٤٧٢: ٥ حديث ٤، التهذيب ١٧٣: ٨ حديث ٦٠٤، ٦٠٣، الاستبصار ٣٥٩: ٣ حديث ١٢٨٩.

٣- (٣) التهذيب ١٧٤: ٨ حديث ٦٠٩، ٦٠٧، الاستبصار ٣٦٠: ٣ باب ٢١١.

وجوبه كون الناقل بيعا وغيره من تمليك وارث و نحوهما، لعموم حديث أوطاس.

و يجب الكف عن الوطاء قبلا و دبرا، و لا يحرم ما سواه، لقول أبي الحسن عليه السلام في حديث محمد بن إسماعيل، و قد سأله يحل للمشتري ملامستها؟ قال: «نعم و لا يقرب فرجها» (١)، و هو صادق على القبل و الدبر. و في التحرير حرم مطلقا (٢)، و الرواية حجه عليه، و اختار في الدروس ما قلناه (٣)، و في بعض الأخبار: التصريح بجواز التفخيذ (٤).

و قد يحتال لإسقاط وجوب الاستبراء بأمور:

منها: إعتاقها، ثم العقد عليها، فقد ورد جواز الوطاء معه من غير استبراء في غير حديث (٥).

و منها: بيعها لامرأة، ثم شراؤها منها لاندراجها في أمه المرأة، و لو ألحقنا بالمرأة غيرها كالطفل أمكن ذلك، و لو باعها لرجل ثم اشتراها منه حيث يجوز أمكن الحكم بالسقوط أيضا.

و منها: ما لو زوجها، فطلقها الزوج قبل الدخول، فإنها مطلقه غير مدخول بها، فلا عده و لا استبراء عليها، و ما كان واجبا قبل ذلك فقد سقط بالعقد عليها مع احتمال بقاء الوجوب هنا.

نعم لو باعها لغيره ثم تزوجها منه، أو أحله و طأها فإنه لا استبراءها هنا، لأن النكاح لا يجب الاستبراء قبله إلا أن يعلم الوطاء، و لهذا لو أعتقها جاز أن يتزوجها في الحال، فلو اشتراها حينئذ فلا استبراء، لما عرفت من أن السابق قد سقط، و اللاحق لا يقتضى وجوب الاستبراء، كما لو اشترى زوجته قبل الدخول

ص: ١٥٣

١- ١) التهذيب ٨: ١٧٣ حديث ٦٠٥، الاستبصار ٣: ٣٦٠ حديث ١٢٩١.

٢- ٢) تحرير الأحكام ١: ١٩١. [١]

٣- ٣) الدروس: ٣٤٧.

٤- ٤) التهذيب ٨: ١٧٨ حديث ٦٢٣، الاستبصار ٣: ٣٦٣ حديث ١٣٠٤.

٥- ٥) التهذيب ٨: ١٧٥ حديث ٦١٢-٦١٤، الاستبصار ٣: ٣٦١ حديث ١٢٩٥-١٢٩٧.

و يحرم وطء الحامل قبلا- قبل مضي أربعة أشهر و عشره أيام، و يكره بعده إن كان عن زنى، من مالكها، فإنه لا وجه لوجوب الاستبراء حينئذ. و هذا وجه قوى، و يكون هذا من المواضع التي يسقط فيها الاستبراء.

فان من اشترى منكوحته التي قد أولدها لا يعقل القول بوجوب استبرائها عليه، لورود الرواية: بان من أعتق سرية لا استبراء عليه فزوجته أولى (١)، لأن الزوجية أربط في الفراش من الملك.

قوله: (و يحرم وطء الحامل قبلا قبل مضي أربعة أشهر و عشره أيام، و يكره بعده إن كان عن زنى).

في عده أخبار: النهي عن وطء الحامل (٢)، و في بعضها: حتى تضع ولدها من غير استفعال (٣)، و هو شامل لمن كان حملها عن حل، أو شبهه، أو مجهولاً، و كذا ما كان عن زنى. و في بعض الأخبار: «إذا جاز حملها أربعة أشهر و عشره أيام جاز وطؤها في الفرج» (٤).

و طريق الجمع: إما بحمل المنع على ما عدا الزنى و هو المناسب، لأن المجهول محترم، إذ الأصل فيه عدم التحريم و حمل الجواز على الزنى، أو بحمل المنع على الحمل من الحلال و الشبهه و الجواز بعد الأربعة و العشره على المجهول، و الزنى لا حرمه له أصلاً. و يضعف هذا بأن المجهول إن كان له حرمه كان كالصحيح، و إلا فكالزنى.

و لا يعارض بأن حق المالك لا يسقط إلا في الموضع المعلوم السقوط، و المجهول يمكن فيه الزنى، و بأن الزنى لا عده له و لا استبراء، و لا حمل للزاني

ص: ١٥٤

١- (١) التهذيب ١٧٥، ١٧٤: ٨ حديث ٦١١، ٦١٠.

٢- (٢) التهذيب ١٧٧، ١٧٦: ٨ حديث ٦٢٠، ٦١٩، الاستبصار ٣: ٣٦٢ حديث ١٣٠٢، ١٣٠١.

٣- (٣) التهذيب ١٧٦: ٨ حديث ٦١٧، الاستبصار ٣: ٣٦٢ حديث ١٢٩٩.

٤- (٤) الكافي ٤٧٥: ٥، حديث ٢، و [١] فيه: فلا- بأس بنكاحها في الفرج، التهذيب ١٧٧: ٨ حديث ٦٢٢، الاستبصار ٣: ٣٦٤ حديث ١٣٠٥.



و فى غيره إشكال، و لا ماء له، فلا يناسب وجوب التبرص، لأنَّ إمكان الزنى مدفوع بأصالة عدمه، و بوجود البناء على الغالب، و عدم احترام ماء الزانى و نفى العده و الاستبراء للزنى لا يمنع وجوب التبرص فى الحمل. و الظاهر الأول مع كون الثانى محتملا. و قد اختلف كلام المصنف هنا، و فى النكاح، و فى الطلاق.

ثم إن تخصيص الوطء بالقبل - كما دلت عليه العبارة - غير ظاهر، و كأنه تمسك بظاهر بعض الروايات الدالة على تحريم الوطء فى الفرج الى أن تمضى المده المذكوره (١) حملا للفرج على القبل.

و هكذا وجد فى كلامه و كلام أكثر الأصحاب (٢)، و المتجه المنع قبلا - و دبرا، لصدق اسم الفرج على الدبر، و لأنَّ فى بعض الاخبار: «لا تقربها حتى تضع» (٣)، و هو شامل للمدعى، و لا يضر كون ظاهره دالا على عدم جواز مسها أصلا، لاندفاع تحريم ما عدا الوطء بروايه أخرى (٤).

قوله: (و فى غيره إشكال).

أى: و فى غير الزنى إشكال، ينشأ من إطلاق التحريم قبل أربعه أشهر و عشره أيام، و الجواز بعده فى النصوص و كلام الأصحاب، و من إطلاق المنع الى حين المنع المقتضى لوجوب الجمع بحمل الأول على الزنى، و الثانى على ما عداه.

و يؤيده أنَّ العده و الاستبراء إنما هما لعلم براءة الرحم من الحمل، فإذا حرم الوطء لإمكان الحمل فمع وجوده أولى. و اعلم أنَّ فتوى المصنف قد اختلف فى هذا الكتاب فى هذه المسألة على ثلاثة أوجه: الأول: ما هنا.

الثانى: فى النكاح، ذهب الى تحريم الوطء الى الوضع فيما عدا الزنى و جهل الحال، و فى المجهول حكم بالكراهيه قبل أربعه أشهر و عشره أيام، و نفى البأس عن

ص: ١٥٥

١ - ١) المصدر السابق.

٢ - ٢) منهم: المحقق فى الشرائع ٥٩: ٢، و الشهيد فى الدروس: ٣٤٧.

٣ - ٣) التهذيب ١٧٦: ٨، حديث ٦١٧، الاستبصار ٣: ٣٦٢، حديث ١٢٩٩.

٤ - ٤) التهذيب ١٧٨: ٨، حديث ٦٢٣، الاستبصار ٣: ٣٦٣، حديث ١٣٠٤.

فإن وطأها عزل استحباباً، فإن لم يعزل كره بيع ولدها، ويستحب أن يعزل له من ميراثه قسطاً. ويكره: وطء من ولد من الزنى بالملك والعقد—فإن فعل فلا يطلب الولد الزنى.

الثالث: فى الطلاق، جعل الوطء فيما إذا كان الحمل من زوج، أو مولى، أو شبهه بعد أربعة أشهر و عشرة أيام مكروهاً، وقبل ذلك حراماً، وسكت عن الزنى والمجهول.

وفى الجميع خص التحريم بالقبل حيث جزم، فعلى هذا يكون الاشكال هنا فى الجميع كما يرشد إليه كلامه آخراً، والأصح التحريم فيما عدا الزنى الى الوضع.

قوله: (فإن وطأها عزل استحباباً).

أى: حيث يجوز الوطء، لدلاله الأخبار عليه (١)، وعلى ما اختاره المصنف من اختصاص التحريم بالقبل حيث يحرم الوطء، هل يستحب العزل لو وطأ دبراً؟ يحتمله، وليس فى كلامه دلالة عليه.

قوله: (فإن لم يعزل كره له بيع ولدها، ويستحب أن يعزل له من ميراثه قسطاً).

لدلاله الأخبار على ذلك، وفيها التعليل بتغذيته نطفه الوطء (٢).

قوله: (ويكره وطء من ولدت من الزنى بالملك والعقد).

لدلاله الأخبار على ذلك، معللاً فيها بأن ولد الزنى لا يفلح (٣).

قوله: (فإن فعل فلا يطلب الولد منها).

ص: ١٥٦

١- ١) الكافي ٥: ٤٨٧ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٨٤ حديث ١٣٥١، التهذيب ٨: ١٧٨ حديث ٦٢٤.

٢- ٢) المصدر السابق.

٣- ٣) الكافي ٥: ٣٥٣ حديث ٥، و ٥: ٣٥٥ حديث ٥.

منها- و رؤيه المملوك ثمنه فى الميزان، و التفرقه بين الطفل و امه قبل الاستغناء ببلوغ سبع سنين، أو مده الرضاع على خلاف، و قيل: يحرم. أى: لا يفعل ما يصيره كاطالب له بان ينزل فيها، بل ينبغى له العزل و نحو ذلك مما يمنع حصول الولد عادة.

قوله: (و رؤيه المملوك ثمنه فى الميزان).

علل فى الخبر بأنه لا يفلح (١)، و الظاهر أنّ ذكر الميزان- و إن وردت به الروايه- ليس قيّدا فى الكراهيه، لأنّ الظاهر أنّ ذلك جرى على ما كان مقتضى العرف حينئذ من جعل الثمن فى الميزان ليوزن، فلو جعل فى غير الميزان كره رؤيته أيضا، مع احتمال قصر الكراهه على مورد النص.

قوله: (و التفرقه بين الطفل و امه قبل الاستغناء ببلوغ سبع سنين أو مده الرضاع على خلاف).

أى: على خلاف فى تعيين مده الاستغناء، و التقدير: قبل الاستغناء الحاصل ببلوغ أحد المرتبتين كائنا ذلك، أى: كونه بهذا أو بذاك على خلاف.

قوله: (و قيل: يحرم) (٢).

الأصح التحريم لدلاله عده أخبار على ذلك، مثل قوله عليه السلام:

«بيعوهما جميعا أو أمسكوهما جميعا» (٣)، و غيره من الاخبار (٤). و الظاهر أنّ البيع باطل، لأنّ منع التفرقه أخرجهما عن صلاحيه المعاوضه بهما، و لأنّ النّبى صلى الله عليه و آله بعث بالثمن إلى الجاربه لما سمع بكاء ولدها، و لم يأمر باسترضاء البائع (٥).

ص: ١٥٧

١- ١) الكافى ٥: ٢١٢، حديث ١٤، التهذيب ٧: ٧٠، حديث ٣٠٢.

٢- ٢) قاله الشيخ فى المبسوط ٢: ٢١، و النهايه: ٤١٠. [١]

٣- ٣) الكافى ٥: ٢١٨، حديث ١، [٢] الفقيه ٣: ١٣٧، حديث ٥٩٩، التهذيب ٧: ٧٣، حديث ٣١٤.

٤- ٤) الكافى ٥: ٢١٨، حديث ٢، [٣] الفقيه ٣: ١٣٧، حديث ٦٠٠، التهذيب ٧: ٧٣، حديث ٣١٢.

٥- ٥) الكافى ٥: ٢١٨، حديث ١، [٤] الفقيه ٣: ١٣٧، حديث ٥٩٩، التهذيب ٧: ٧٣، حديث ٣١٤.

و الظاهر أنه لا فرق بين البيع و غيره من العقود الناقله، كما اختاره فى التذكره (١)، لأن الروايات أومأت إلى العله، و هى قائمه فى الموضوع المذكور. و هذا الخلاف إنما هو بعد سقى اللبأ الذى لا يعيش الولد بدونه غالباً، أما قبله فلا يجوز قطعاً، لأنه تسبب إلى إهلاك الولد.

و اعلم أن الخلاف فى مده الاستغناء أطلقه الشيخ (٢) و الجماعه فى كتاب الجهاد و هنا، و لم يفرقوا بين الذكر و الأنثى (٣). و الذى يقتضيه صحيح النظر الفرق بينهما، لأن الفرق فى حضانه الحره قد وقع، فجوز التفريق بعد سنتين فى الذكر، و بعد سبع فى الأنثى على المشهور بين المتأخرين (٤)، فليجز ذلك فى الأمه، لأن حقها لا يزيد على حق الحره، و لأن «الناس مسلطون على أموالهم» (٥)، خرج منه ما دل الدليل على منع التفرقه فيه بين مطلق الأمهات و الأولاد، فيبقى الباقي على الأصل، و لأن الأخبار الداله على عدم جواز التفريق لا تحديد فيها، فيحمل إطلاقها على المده المحرمه بمقتضى الحضانه، لأن ذلك هو الحق المقرر للأم فى كون الولد معها فى نظر الشارع.

و إطلاق الأصحاب هنا يحتمل أمرين: إما الحواله على ما هناك، أو لعدم الظفر بما يعين المراد، و قد صرح به بعض متأخرى الأصحاب، و هو الشيخ أحمد بن فهد، بأن المسأله هنا مبنيه على الأقوال فى الحضانه، فكان شاهداً لما قلناه، و هذا هو الصواب الذى ينبغى المصير إليه.

إذا عرفت ذلك، فالظاهر إلحاق من يقوم مقام الأم فى الشفعه كأماها و كالأخ و الأخت، و عليه دل بعض الأخبار (٦)، و صرح به المصنف فى

ص: ١٥٨

١-١) التذكره ١: ٥٠١. [١]

٢-٢) المبسوط ٢: ٢١.

٣-٣) منهم: ابن الجنيد و العلامه كما فى المختلف: ٣٣١، و ابن إدريس فى السرائر: ١٥٨.

٤-٤) منهم: الشهيد فى اللمعه: ٢٠٣. [٢]

٥-٥) رواه الشيخ فى الخلاف ٢: ٤٧ مسألة ٢٩٠ كتاب البيوع.

٦-٦) الكافي ٥: ٢١٨، حديث ٢، الفقيه ٣: ١٣٧، حديث ٦٠٠، التهذيب ٧: ٧٣، حديث ٣١٢.

و لو ظهر استحقاق الموطوءه غرم العشر مع البكاره و نصفه لا- معها، و الولد حرّ، و على الأب قيمته للمولى يوم سقوطه حيا، و يرجع على البائع بما دفعه ثمنا و غرم عن الولد، و فى الرجوع بالعقر و اجره الخدمه نظر، ينشأ: من إباحه البائع له بغير عوض، و من استيفاء عوضه. التذكرة (١)، و مده التحريم هى ما ذكرناه فى الأم بطريق أولى.

فإذا كان الولد أنثى و من قام مقام الام كذلك حرم التفريق الى سبع سنين، و إلا فإلى سنتين لما قلناه من أنّ الذكر لا تحرم التفريقه فيه بعد سنتين، فلا يفرق فيه بين كونه الولد أو القائم مقام الام.

قوله: (و يرجع على البائع بما دفعه ثمنا، و غرم عن الولد).

لروايه، و لأنّ المعاوضه لما كانت فاسده لم يملك الثمن، و الولد حر فلا قيمه له إذ ليس مالا، فيرجع بما اغترمه عنه قطعاً، و لا يخفى أنّ هذا الحكم مع جهالته بالغصب، و قوله: (و لو ظهر) قد يرشد اليه.

قوله: (و فى الرجوع بالعقر و اجره الخدمه نظر، ينشأ من إباحه البائع له بغير عوض، و من استيفاء عوضه).

فى الوجه الأول مناقشه، فإنّ البائع ما أباحه له بغير عوض، و لعله لما كان مقتضى المعاوضه إباحته له بغير عوض، -بناء على ما أظهره من كونه ملكاً أو فى حكمه، فكان كالمبيح له بغير عوض، حيث أوقع صوره المعاوضه -أطلق عليه اسم المبيح. و لا يخفى ضعف الوجه الثانى، لأنه لم يستوف العوض، فإنه استوفى ذلك مجاناً بزعم البائع، و كان مغروراً فيرجع على من غره.

و لو قيل: فى (المنشأ هذا: ينشأ) (٢) من أنه مغرور و من أنّ الإلتلاف منه لكان حسناً، و الأصح الرجوع بذلك أيضاً.

ص: ١٥٩

١- ١) التذكرة ٥٠١: ١. [١]

٢- ٢) فى «م»: فى المشاهد أشياء، و فى الحاشيه: (الشاهد) خ ل، و ما أثبتناه من الحجري، و هو الصحيح.

و يستحب لمن اشترى مملوكا: تغيير اسمه، و إطعامه حلوه، و الصدقه عنه بشيء. و يصح بيع الحامل بحرّ، و المرتد و إن كان عن فطره على إشكال، و المريض المأيوس من برئه. و لو باع أمه و استثنى وطأها مده معلومه لم يصح.

## الفصل الثاني: في الثمار

### إشارة

الفصل الثاني: في الثمار: و فيه مطلبان:

### الأول: في أنواعها

الأول: في أنواعها:

يجوز بيع ثمره النخل بشرط الظهور عاما واحدا و أزيد، قوله: (و إطعامه حلوه، و الصدقه عنه بشيء).

في حديث زراره، عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا اشترت رأسا، فغير اسمه، و أطعمه شيئا حلوا، و تصدق عنه بأربعة دراهم» (١).

قوله: (و يصح بيع الحامل بحر).

لأن المبيع لها لا للحر.

قوله: (و المرتد و إن كان عن فطره على إشكال).

لأنه لا يخرج بالارتداد عن كونه مملوكا و مالا و إن وجب قتله.

قوله: (يجوز بيع ثمره النخل، بشرط الظهور عاما واحدا و أزيد).

إنما ابتدأ بثمره النخل، لكثرة دورانها على لسان أهل الشرع، و كثره ورود الأخبار بأحكامها بخصوصها (٢)، و اختصاصها بكثير من الأحكام.

و المراد بالظهور: خروج الثمره و بروزها و إن كانت في طلوعها، كما دلت عليه الأخبار، ففي حديث سماعه قال: سألته عن بيع الثمره هل يصح شراؤها قبل

ص: ١٦٠

١- (١) الكافي ٥: ٢١٢، حديث ١٤، [١] التهذيب ٧: ٧٠، حديث ٣٠٢.

٢- (٢) انظر: الوسائل ١٣: ٢، باب ١ من أبواب بيع الثمار.

و لا يجوز قبله مطلقا على رأى. و لا يشترط فيما بدا صلاحه-و هو:الحمرة أو الصفرة-الضميمه، و لا زياده على العام،و لا يشترط القطع إجماعا، أن يخرج طلعهما؟فقال:«لا،إلا أن يشتري معها شيئا»(١)الحديث،و فى غيره من الأخبار ما يدل على ذلك أيضا (٢).

قوله: (و لا يجوز قبله مطلقا على رأى).

قال ابن بابويه بجوازه قبل أن يظهر زياده على عام (٣)،و نقل الشارح ولد المصنف القول بالجواز سنه مع الضميمه مطلقا (٤)،و كثير من الأخبار تدل على ذلك (٥).فتشهد لابن بابويه روايه يعقوب بن شعيب الصحيحه (٦)،و غيرها من الأخبار،و قوله لا يخلو من قوه.و تشهد للقول الآخر روايه سماعه (٧)،و العمل بالمشهور أقوى.

و قول المصنف:(مطلقا)يحتمل أن يكون فى مقابل(عاما واحدا)، و يحتمل أن يكون فى مقابل الضميمه،و الزياده على العام،و شرط القطع،أى:

سواء كان مع أحد هذه أو بدونها.

قوله: (و لا يشترط فيما بدا صلاحه،و هو الحمرة أو الصفرة).

اختلف كلام الأصحاب فى أن بدو الصلاح فى ثمره النخل هل هو الاحمرار فيما يحمر و الاصفار فيما يصفر،أو بلوغ غايه يؤمن عليها الفساد؟و قيل:

ص:١٦١

١- ١)الكافى ٥:١٧٦ حديث ٧، [١]الفقيه ٣:١٣٣ حديث ٥٧٨،التهذيب ٧:٨٤ حديث ٣٦٠،الاستبصار ٣:٨٦ حديث ٢٩٥.

٢- ٢) منها:ما رواه الشيخ فى التهذيب ٧:١٤٤ حديث ٦٣٧،الاستبصار ٣:١١٣ حديث ٤٠٢.

٣- ٣) المقنع:١٢٣.

٤- ٤) إيضاح الفوائد ١:٤٤٦.

٥- ٥) انظر:الوسائل ٩:١٣ باب ٣:من أبواب بيع الثمار.

٦- ٦) التهذيب ٧:٨٧ حديث ٣٧٣،الاستبصار ٣:٨٦ حديث ٢٩٢.

٧- ٧) الكافى ٥:١٧٦ حديث ٧، [٢]الفقيه ٣:١٣٣ حديث ٥٧٨،التهذيب ٧:٨٤ حديث ٣٦٠،الاستبصار ٣:٨٦ حديث ٢٩٥.

و هل يشترط أحدها فيما لم يبد صلاحه؟ قولان، أقربهما: إلحاقه بالأول. و لو بيعت على مالك الأصل، أو باع الأصل و استثنى الثمره، فلا شرط إجماعاً. و أما ثمره الشجره، فيجوز بيعها مع الظهور، و حدّه انعقاد طلوع الثريا، أو رده في التذكره بصيغته: و حكى عن بعض الفقهاء (١)، فيحتمل أن يكون القائل بذلك من العامه (٢)، و المشهور الأول، و عليه دل أكثر الأخبار (٣).

قوله: (و هل يشترط أحدها فيما لم يبد صلاحه؟ قولان، أقربهما:

إلحاقه بالأول).

أى: بما بدا صلاحه، فلا يشترط فى صحه بيعه أحد الأمور الثلاثه، تمسكا بعمومات الكتاب و السنه، و روايه أبى الربيع الشامى محموله على الاستحباب، مع عدم صراحتها فى البطلان (٤)، و الأصح عدم الاشتراط، لروايه الحلبي (٥).

قوله: (و لو بيعت على مالك الأصل، أو باع الأصل و استثنى الثمره، فلا شرط إجماعاً).

أى: فلا يشترط شرط من هذه الشروط، و الحكم الثانى ظاهر، و الأول اعتبر لتبعيه الأصل.

قوله: (و أما ثمره الشجره، فيجوز بيعها مع الظهور، و حدّه انعقاد الحب).

ص: ١٦٢

١- ١) التذكره ٥٠٣: ١. [١]

٢- ٢) انظر: نيل الأوطار ٥: ٢٧٦، الموطأ ٢: ٦١٩ حديث ١٣.

٣- ٣) الكافي ٥: ١٧٥، حديث ٣، التهذيب ٧: ٨٤، ٨٥، ٧: ٨٤، ٣٦٣، ٣٥٨، الاستبصار ٣: ٨٧، ٣: ٨٧، حديث ٢٩٨.

٤- ٤) الفقيه ٣: ١٥٧، حديث ٦٩٠، التهذيب ٧: ٨٧، حديث ٣٧٢، الاستبصار ٣: ٨٦، ٣: ٨٦، حديث ٢٩٣.

٥- ٥) الكافي ٥: ١٧٥، حديث ٢، الفقيه ٣: ١٣٢، ٣: ١٣٢، حديث ٥٧٦، علل الشرائع: ٥٨٩، حديث ٣٥ باختلاف فى السند، التهذيب ٧: ٨٥،

حديث ٣٦٤، الاستبصار ٣: ٨٧، ٣: ٨٧، حديث ٢٩٩.



الحب. و لا- تشترط الزيادة على رأى. و لا- تجوز قبل الظهور عاما و لا اثنين على رأى، و لا فرق بين البارز كالمشمش، و الخفى كاللوز. و قيل: حده أن يتموه فيها الماء الحلو و يصفر لونها (١)، و قيل غير ذلك، و ما ذكره المصنف أصح، و مقتضى كلامه أن الظهور: انعقاد الحب، و إن بدو الصلاح غيره.

و صريح عبارته التذكرة (٢) و غيرها: أن بدو الصلاح هو انعقاد الحب، فيكون الظهور غيره، فعلى تجويز بيعها بعد الظهور و قبل بدو الصلاح تباع قبل الانعقاد، و الظاهر الجواز مطلقا و إن كان الأحوط اعتبار الانعقاد، و بالجواز صرح فى التذكرة (٣)، و هو ظاهر المختلف (٤) و الإرشاد.

قوله: (و لا تشترط الزيادة على رأى).

يحتمل قوله: (على رأى) ارتباطه بكل من قوله: (وحده انعقاد الحب)، و قوله: (و لا تشترط الزيادة)، فإن كلا منهما مختلف فيه، و يحتمل اختصاصه بقوله: (و لا- تشترط الزيادة)، أى: على عام واحد، و يمكن أن يراد: و لا- تشترط الزيادة على ما ذكر مطلقا من زيادة على انعقاد الحب، و الزيادة على ما ذكر بضميمه، أو اشتراط القطع، أو البيع أزيد من عام.

قوله: (و لا تجوز قبل الظهور عاما، و لا اثنين على رأى).

أى: فى الشجر غير النخل، و الخلاف هنا كما تقدم فى النخل، و الأصح عدم الجواز.

قوله: (و لا فرق بين البارز كالمشمش، و الخفى كاللوز).

أى: لا فرق فى ذلك كله، فما ذكر فيه الجواز يجوز مطلقا، و ما ذكر فيه المنع يمنع مطلقا.

ص: ١٤٣

١- ١) قاله الشيخ فى المبسوط ١١٤: ٢. [١]

٢- ٢) التذكرة ٥٠٤: ١. [٢]

٣- ٣) المصدر السابق.

٤- ٤) المختلف: ٣٧٧.

و أما الخضر، فيجوز بيعها بعد ظهورها و انعقادها لا قبله، لقطه و لقطات.

و الزرع يجوز بيعه، سواء انعقد السنبل فيه أو لا-قائما و حصيدا، منفردا و مع أصوله، بارزا كان كالشعير، أو مستقرا كالحنطه و العدس و الهرطمان و الباقلی.

و لو كان مما يستخلف بالقطع كالكرات و الرطبه و شبههما جاز بيعه جزه و جزات، و كذا ما يخرط كالحناء و التوت خرطه و خرطات، منفردة و مع الأصول، بشرط الظهور في ذلك كله.

و لو باع الزرع بشرط القصل و جب قطعه على المشتري، فان لم يفعل فللبائع قطعه و تركه بالأجره، و كذا لو باع الثمره بشرط القطع. قوله: (و أما الخضر فيجوز بيعها بعد ظهورها و انعقادها، لا قبله).

كذا في التذکره (١) و غيرها (٢)، و مقتضاه اعتبار بدو الصلاح، فلا يجوز بيعها عند ما يكون وردا قبل الانعقاد.

قوله: (و لو كان مما يستخلف بالقطع كالكرات و الرطبه (٣)).

هي بفتح الراء و إسكان الطاء، و إنما يجوز بيعه إذا ظهر ورقه، لأنَّ الأصول لا تری، فلو لم يكن الورق موجودا لكان المبيع مجهولا.

قوله: (و كذا لو باع الثمره بشرط القطع).

أى: يجب على المشتري القطع، فان لم يفعل فللبائع قطعها سواء كانت مما ينتفع به حينئذ أم لا، صرح به في التذکره (٤).

ص: ١٦٤

١-١) التذکره ٥٠٤: ١. [١]

٢-٢) تحرير الأحكام ١٨٨: ١. [٢]

٣-٣) قال الزبيدي في تاج العروس ٥٧١: ١ «قتت»: القت: الإسفست بالكسر و هي الفصفصه ای الرطبه.

٤-٤) التذکره ٥٠٤: ١. [٣]

المطلب الثاني: فى الأحكام:

ليس للبائع تكليف مشتري الثمرة القطع قبل بدو صلاحها، إلا أن يشترطه، بل يجب عليه تبقيتها إلى أوان أخذها عرفا بالنسبة إلى جنس الثمرة، فما قضت العاده بأخذه بسرا اقتصر على بلوغه ذلك، وما قضت بأخذه رطبا أو قسبا آخر إلى وقته، وكذا لو باع الأصل و استثنى الثمرة و أطلق و جب على المشتري إبقاؤها.

و لكل من مشتري الثمرة و صاحب الأصل سقى الشجر مع انتفاء الضرر.

قوله: (بل يجب تبقيتها إلى أوان أخذها عرفا بالنسبة إلى جنس الثمرة).

فى حواشى شيخنا الشهيد: أن قوله: (عرفا) جواب سؤال مقدر، تقديره:

أن الأجل إذا كان مجهولا أخلّ بصحة البيع، فكيف تجب التبقية إلى أوان أخذها و هو غير معلوم؟ و جوابه: أن ذلك معلوم عرفا فانتفت الجهالة، كذا قال.

و السؤال غير وارد، لأنّ هذا ليس أجلا فى عقد البيع لا بالنسبة إلى الثمن و لا الى المثلن، و إنما هذا أمر مترتب على عقد البيع و ثبوته، فهو من مقتضيات المعاوضة لا أجل فى نفس المعاوضة، فإذا ثبت البيع و انتقل المبيع إلى المشتري ثبت له حينئذ استحقاق التبقية، فلا- تضر جهالة أجل الإبقاء، لأنّ ذلك حق خارج عن نفس المعاوضة، على أنه لو كان الأجل فى نفس المعاوضة لم يكن ما ذكره رافعا للجهالة، فإنه لا يجوز تأجيل أحد العوضين إلى أوان أخذ الثمرة عرفا.

و أجاب بجوابين آخرين، أحدهما: أن هذا الأجل ليس مقصودا فى المعاوضة، و إنما عرض إرفاقا بالمتعاضين بعد تمام العقد، و ليس بعيدا مما قلناه و إن لم تكن عبارته صريحة فيه.

و لو تضررا منعاً، و لو تقابل ضرر أحدهما و نفع الآخر رجحنا مصلحه المشتري، و لا يزيد عن قدر الحاجه، و يرجع فيه إلى أهل الخيره.

و لو انقطع الماء لم يجب قطع الثمره و إن تضرر الأصل بمصّ الرطوبه.

قوله: (و لو تضررا منعاً).

إذ ليس لأحدهما الإضرار بنفسه و صاحبه.

قوله: (و لو تقابل ضرر أحدهما و نفع الآخر).

مراده: أنه لو كان السقى و عدمه موجبا لضرر أحدهما و نفع الآخر، أى:

يقابل موجب الضرر و النفع بالنسبه إليهما، أى: نافي موجب نفع أحدهما موجب نفع الآخر، بحيث لا يجتمع معه، فتكون العبارة فى تأويل: قابل ضرر أحدهما ضرر الآخر، و قابل نفع أحدهما نفع الآخر، باعتبار تقابل المقتضيين فى المقتضى.

و لا- يجوز الحمل على ظاهر العبارة، لأنّ النفع و الضرر متقابلان مطلقا لهما و لغيرهما، و لا ارتكاب ذلك بتأويل مقابله مقتضى نفع أحدهما و ضرر الآخر، لأنّ الشىء الواحد إذا اقتضى الأمرين معا كان موضع الترجيح، و لا يكون الشىء الواحد مقابلا لنفسه. و إذا كان المقتضى لضعفهما معا غير المقتضى لضعفهما معا صدق أن نفع أحدهما مقابل لضرر الآخر باعتبار مقتضاه، و لا ترجيح فى هذا الموضوع جزما.

فالعباره غير جيده، و كلام شيخنا الشهيد فى بعض الحواشى: أنّ التقابل هنا تقابل العدم و الملكه مع عدم اتحاد الموضوع ليس جيدا، لأنّ موضع التقابل الذى أراده هو ما إذا كان السقى و عدمه نافعا لأحدهما مضرا للآخر، و حينئذ فالموضوع متحد و لا معنى للتقابل فيه على واحد من الاعتبارين.

قوله: (رجحنا مصلحه المشتري).

لأنّ حقه على البائع حيث دخل على البيع الذى اقتضى وجوب الإبقاء و السقى.

و لو اعتاد قوم قطع الثمار قبل انتهاء الصلاح كقطع الحصرم، فالأقرب حمل الإطلاق عليه. و لو ظهر بعض الثمره، فباعه مع المتجدد فى تلك السنه صح، سواء اتحدت الشجره أو تكثرت، و سواء اختلف الجنس أو اتحد.

و يجوز أن يستثنى ثمره شجره أو نخله معينتين - و لو أبهم أو شرط الأجدود بطل البيع - و أن يستثنى حصه مشاعه أو أرتالا معلومه.

قوله: (و لو اعتاد قوم قطع الثمار قبل انتهاء الصلاح كقطع الحصرم فالأقرب حمل الإطلاق عليه).

وجه القرب: أن العرف إذا استقر كان دليلا على إرادتهم ذلك، فيكون قرينه حاله على اراده هذا القيد فى العقد، و الإضمار من ضروب المجاز يثبت بالقرينه الداله على إرادته، و ليس التوجيه الذى ذكره الشارحان (1) جيدا، و هو أن خطاب قوم إنما يحمل على العرف الخاص بهم، فإن الألفاظ فى العقود و الإيقاعات إنما تحمل عند الإطلاق و التجرد عن القرائن، و الموانع على الحقيقه العرفيه العامه مع انتفاء الحقيقه الشرعيه.

قوله: (و لو ظهر بعض الثمره فباعه مع المتجدد فى تلك السنه صح).

لروايه أبى الربيع الشامى (2)، لأن بيعها أزيد من سنه يقتضى الجواز هنا بطريق أولى، و الأول إجماعى.

قوله: (و لو أبهم أو شرط الأجدود بطل البيع).

إن كان الأجدود فى البستان معلوما بينهم، و لا يريدون بإطلاقهم سواء صح اشتراطه، و هو ظاهر، فإن المقتضى للبطلان إنما هو الجهاله فإذا انتفت صح.

ص: ١٤٧

١- ١) ولد المصنف فى إيضاح الفوائد ١: ٤٤٧.

٢- ٢) الفقيه ٣: ١٥٧، حديث ٦٩٠، التهذيب ٧: ٨٧، حديث ٣٧٢، الاستبصار ٣: ٨٦، حديث ٢٩٣.

فان اجتاحت الثمره سقط من المستثنى بالنسبه، و لو اجتاحت الثمره بعد الإقباض و هو التخليه هنا أو سرقت، فهى من مال المشتري، و لو كان قبل القبض فمن البائع.

و لو تلف البعض أخذ الباقي بحصته من الثمن و له الفسخ، و لو أتلفه أجنبى تخير المشتري بين الفسخ و إلزام المتلف، و الأقرب إلحاق البائع به، و إتلاف المشتري كالقبض.

قوله: (فان اجتاحت الثمره سقط من المستثنى بالنسبه).

بشروط عدم التعدى و التفريط، و طريق معرفته فى الجزء المشاع ظاهر، و أما فى الأبطال المعلومه فيؤخذ بالحرز و التخمين، فيقال: هل ذهب ثلث الثمره أو نصفها فيسقط من الثنيا بتلك النسبه.

و الجوح: الإهلاك و الاستئصال كالأجاحه و الاجتياح ذكره فى القاموس (١)، و ما فى الكتاب مبنى للمفعول فإنه متعد بنفسه.

قوله: (و لو تلف البعض أخذ الباقي بحصته من الثمن و له الفسخ).

لتبعض الصفقه، و هو مضمون على البائع.

قوله: (و لو أتلفه أجنبى تخير المشتري بين الفسخ و إلزام المتلف).

أما الفسخ فلأنه مضمون على البائع، و أما إلزام المتلف فلأنه أتلّف ماله، لأنّ المبيع قد انتقل إلى المشتري و إن كان مضمونا على البائع.

و اعلم: أنّ المراد بكونه مضمونا على البائع: تلفه من ماله و انفساخ البيع إذا تلف بأفه سماويه، لامتناع تضمين البائع قيمه المبيع بمقتضى الآفه، و لو أتلّفه متلف تخير بين الفسخ و أخذ الثمن، و الإبقاء و المطالبه بالعوض.

قوله: (و الأقرب إلحاق البائع به).

أى: بالأجنبى، فيتخير معه بين الفسخ و المطالبه بالثمن، و عدمه و المطالبه بالعوض. و وجه القرب: أنه أتلّف ملكه فله مطالبته بعوضه. و يحتمل أن يكون

ص: ١٦٨

و لا- يجب على البائع السقى، بل التمكين منه مع الحاجة، فلو تلفت بترك السقى، فان لم يكن قد منع فلا ضمان عليه، و إن منع ضمن، و كذا لو تعيبت.

و يجوز بيع الثمره و الزرع بالأثمان و العروض، إلا بيع الثمره بالتمر و هى المزابنه، و إلا الزرع بالحب و هى إتلافه فسخا للبيع، و هو ضعيف، لأنّ انفساخه إنما يكون حيث لا يكون البائع متلفاً، تمسكاً بأصالة بقاء العقد، و اقتصاراً على موضع الوفاق. و هذا إذا لم يكن للبائع خيار، فإنّ كل ما يعد اجازة من المشتري يعد فسخا من البائع - كما سيأتى - فحينئذ يطالب بالثمن ليس إلا.

قوله: (فلو تلفت بترك السقى) إلى قوله (و إن منع ضمن).

إن قيل: كيف يضمن بالمنع؟ قلنا: لأنه سبب الإتلاف.

فإن قيل: التسبب إنما يتحقق بإيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة أخرى - كما سيجىء فى الغصب كحفر البئر و فتح رأس الطرف - و هنا لم يوجد البائع شيئاً، و إنما منعه من السقى فهو كمنع المالك من حفظ دابته حتى هلكت.

قلنا: بل التحقيق أنّ البائع لما كان ذا يد على الأصول، و منع المشتري من سقى الثمره صارت يد البائع على الثمره باعتبار التبعية للأصول، كما لو منع صاحب البيت من له صندوق فى بيته عن حفظه حتى تكسّر أو احترق، فإنه حينئذ يكون فى يده تبعاً للبيت، فيجىء الضمان من جهه اليد.

قوله: (إلا بيع الثمره بالتمر و هى المزابنه).

هى مفاعله من الزبن، و هو الدفع، و منه الزبانيه لأنهم يدفعون الناس الى النار، سميت بذلك لأنها مبنية على التخمين، و الغبن فيها مما يكثر، و كل منهما يريد دفعه عن نفسه الى الآخر فيتدافعان.

قوله: (و لا الزرع بالحب و هى المحاقله).

المحاقلة. و لو اختلف الجنس جاز، كما لو باع زرع حنطه بدخن.

و هل يسرى المنع إلى ثمر الشجر؟ الأقرب ذلك، لتطرق الربا على إشكال. هي مفاعله من الحقل، و هي الساحة التي تزرع، سميت محاقله لتعلقها بزرع في حقل، أو أطلق اسم الحقل على الزرع تسميه للشىء باسم مجاوره فكأنه باع حقلا بحقل. و الأصل فى تحريمها ما روى: أن النبى صلى الله عليه و آله نهى عن المحاقلة و المزابنه، فالمحاقلة: أن يبيع الرجل الزرع بما به فرق من حنطه، و المزابنه:

أن يبيع الثمره بما به فرق من تمر (١).

قال المصنف فى التذكرة: و هذا التفسير إن كان من النبى صلى الله عليه و آله فذاك، و إن كان من الراوى فهو أعرف بتفسير ما رواه، و لأنه مجهول بيع بجنسه و هما ربويان فلم يصح، لتطرق احتمال الزيادة بل التساوى نادرا (٢).

إذا عرفت ذلك فقوله: (و لا الزرع) معطوف على قوله: (إلا بيع الثمره بالتمر).

فرع:

لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس، لأنه حشيش غير معلوم و لا مكيل سواء تساويا جنسا أو تفاوتتا، و لا يشترط التقابض فى الحال، و هو ظاهر، و قد نص عليه فى التذكرة (٣).

قوله: (و هل يسرى المنع إلى ثمر الشجر؟ الأقرب ذلك، لتطرق الربا على إشكال).

الإشكال فى العله التى هى وجه القرب، و لا يلزم من ورود الاشكال فيها انتفاء القرب، لإمكان ثبوت الحكم بعله أخرى، فإن العله المقتضيه لمنع بيع

ص: ١٧٠

١- (١) التهذيب ٧: ١٤٣ حديث ٦٣٥، ٦٣٣، الاستبصار ٣: ٩١ حديث ٣٠٩، ٣٠٨.

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٠٨. [١]

٣- (٣) التذكرة ١: ٥٠٩. [٢]



و الأصح عدم اشتراط كون الثمن من المثلثين. و استثنى من الأول العرايا، فإنه يجوز بيع العريه، و هى: النخلة التى تكون فى دار الإنسان أو بستانه بخرصها تمرًا لا منها، و لا يجوز ما زاد على الواحد مع اتحاد المكان، و يجوز تعدده.

الرطب- و هو نقصانه عند الجفاف- بالتمر قائمه هنا.

و الذى فى التذكرة: بناء الحكم فى غير النخل على ثبوت الربا، فحينئذ يكون الإشكال فى ثبوته منافيا لكون المنع أقرب. و الذى يختلج بخاطرى إمكان التعليل بالعله المنصوصه عليها المذكوره.

و أما الإشكال فالراجع فيه لزوم الربا، لأن كونه غير مكيل و لا موزون الآن لا ينفى ثبوت الربا، فإنه من جنس ما يكال و ما يوزن.

قوله: (و الأصح عدم اشتراط كون الثمن من المثلثين).

هذا هو الأصح كما اختاره المصنف و جماعه (١)، للربا الذى ذكرنا جواز حصوله، و لما قلناه من العله فى بيع الرطب بالتمر، و لصحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله، عن أبى عبد الله عليه السلام (٢) و غيرها (٣).

قوله: (و استثنى من الأول العرايا، فإنه يجوز بيع العريه).

المراد بالأول: بيع الثمره بالتمر.

قوله: (و هى النخلة التى تكون فى دار الإنسان).

هذا التفسير أصح، و فسرها الشيخ فى المبسوط: بأنها النخلة لرجل فى بستان غيره يشق عليه الدخول إليها (٤)، و الأصح مختار المصنف لنص أهل اللغة على ما يكون فى الدار بأنه عريه، و للاشتراك فى الحاجه الداعيه إلى المشروعيه،

ص: ١٧١

١- ١) منهم: الشهيد فى الدروس ٣٥٠-٣٥١، و اللمعه: ١٢١.

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٧٥، حديث ٥، [١] التهذيب ٧: ١٤٣، حديث ٦٣٣، الاستبصار ٣: ٩١، حديث ٣٠٨.

٣- ٣) معانى الأخبار: ٢٧٧، التهذيب ٧: ١٤٣، حديث ٦٣٥، الاستبصار ٣: ٩١، حديث ٣٠٩.

٤- ٤) المبسوط ٢: ١١٨. [٢]

و لا يشترط التقابض فى بيع العريه قبل التفرق، بل الحلول، فلا يجوز إسلاف أحدهما فى الآخر.

## فروع

فروع:

### أ: لا يجب التماثل فى الخرص

أ: لا يجب التماثل فى الخرص بين ثمرتها عند الجفاف و وإنما يجوز ذلك بشروط سته:

أ: كون الثمن من غيرها فلا يجوز لو اشترطه منها، و احتمال فى المختلف الجواز (١)، و الأصح العدم.

ب: كونه معلوم القدر كيلا أو وزنا.

ج: كونه موصوفا أو مشاهدا.

د: كونه حالا.

ه: عدم المفاضله حين العقد.

و: اتحادها فلا يجوز فى بستان واحد أزيد من واحده، و لو تعدد البستان أو الدار جاز تعددها.

إذا عرفت ذلك فقول المصنف: (بخرصها تمرا لا منها) إشاره إلى الشرط الأول، و قوله: (بل الحلول) إشاره إلى الرابع، و قوله: (و لا يجوز التفاضل عند العقد) إشاره إلى الخامس، و قوله: (و لا يجوز ما زاد على الواحد مع اتحاد المكان) إشاره إلى السادس، و قوله: (بخرصها تمرا) قد يومئ الى الثانى، و سيأتى الشرط الثالث فى الفرع السابع.

قوله: (و لا يشترط التقابض فى بيع العريه قبل التفرق).

خلافاً للشيخ فى المبسوط، فإنه اشترطه و طرد الحكم فى بيع الربويات (٢)، و هو ضعيف.

قوله: (لا يجب التماثل فى الخرص بين ثمرتها عند الجفاف و ثمنها).

ص: ١٧٢

١- ١) المختلف: ٣٧٨.

٢- ٢) المبسوط ١١٨: ٢.

ثمنها، و لا يجوز التفاضل عند العقد.

### ب: لا تثبت العريه فى غير النخل

ب: لا تثبت العريه فى غير النخل، إن منعنا بيع ثمر الشجر بالمماثل. أى: لا يجب أن يطابق الحاصل من العريه من التمر للثمن الذى خرصت ثمرتها بمقداره عند البيع، والحاصل أنه لا بد من خرصها: إما من البائع و المشتري، أو من غيرهما من أهل الخبره بحيث يغلب على ظنهما المقدار الحاصل منها تمرا عند الجفاف، فتباع ثمرتها بهذا المقدار.

ثم إنها عند الجفاف لو زادت أو نقصت لم يكن ذلك قادحا فى صحه المعاوضه، لإطلاق النص و لسبق الحكم بالصحه.

إذا عرفت ذلك فهل يشترط لو كان الخارص غيرهما أن يكون عدلا؟ لا أعلم فى ذلك كلاما للأصحاب، و امتناع الرجوع الى خبر الفاسق قد يقتضى الاشتراط، و الظاهر العدم، لكن يشترط كونه من أهل المعرفه.

قوله: (و لا يجوز التفاضل عند العقد).

لورود النص باعتبار المساواه حينئذ (١)، فيكون التفاوت موجبا للربا، و لأنَّ الأصل المنع إلا فيما دل عليه النص (٢).

قوله: (لا تثبت العريه فى غير النخل إن منعنا بيع ثمر الشجر بالمماثل).

لاختصاص النص بالنخل (٣). و قد سبق أنَّ الأصح المنع فى ثمر الشجر أيضا.

و يمكن أن يقال: يفهم من العبارة أنا إن لم نمنع تثبت العريه أيضا، مع أنها لا تثبت على هذا التقدير، لأنه إذا جاز مطلقا لم يكن الجواز مخصوصا بالعريه.

ص: ١٧٣

١- (١) التهذيب ٧:٩٥ حديث ٤٠٤.

٢- (٢) الكافي ٥:١٤٧ حديث ١ و ٢ و ٣، التهذيب ٧:١٧ حديث ٧٥ و ٧٦.

٣- (٣) التهذيب ٧:١٤٣ حديث ٦٣٤.

ج: يجوز بيع العريه و إن زادت على خمسه أوسق.

د: إنما يجوز بيعها على مالك الدار أو البستان

د: إنما يجوز بيعها على مالك الدار أو البستان، أو مستأجرهما، أو مشتري ثمره البستان على إشكال. و لعله أراد الجواز في الجملة، فلا ينبغي إلا على القول بالمنع لا على القول بالجواز.

قوله: (يجوز بيع العريه و إن زادت على خمسه أوسق).

خلافًا للشافعي (١).

قوله: (إنما يجوز بيعها على مالك الدار أو البستان، أو مستأجرهما، أو مشتري ثمره البستان على إشكال).

الذي يظهر من كلام الشارحين: أن الأشكال في مشتري الثمره، و منشؤه عدم تناول النص له و المشاركة في العله (٢).

و التحقيق أن: نقول أن القول في شرح العريه غير منضبط، لأنّ كلام أهل اللغه مختلف، فينبغي أن يقال: ما ثبت القول بجوازه عند الأصحاب يجوز فيه اعتضادا بعمومات صحه البيع، و نظرا إلى مشاركة العله، و لصدق إضافه الدار و البستان الى المالك و المستأجر و مشتري الثمره.

و في الدروس ذهب الى إلحاق المستعير (٣)، و للنظر في هذا البحث مجال، فإنّ الإضافه فيما ذكر إنما هي على وجه المجاز، إلا أن يقال: المشقه معتبره في مفهوم العريه، حيث قال الشيخ: العرايا هي جمع عريه، و هي النخله لرجل في بستان غيره يشق عليه الدخول إليها (٤)، فيكون مناط الحكم فيها المشقه على الغير في الدخول الى بستانه: إما لمكان أهله أو لغير ذلك، فحينئذ يجوز البيع لدفع هذه المشقه، فعلى هذا حيث ثبت هذه المشقه في النخله الواحده على الغير تثبت الرخصه.

ص: ١٧٤

١- (١) الأم ٥٤، ٥٦: ٣.

٢- (٢) فخر المحققين في إيضاح الفوائد ١: ٤٥٠.

٣- (٣) الدروس: ٣٥١.

٤- (٤) المبسوط ١١٨: ٢. [١]

## ه: لو قال: بعتك هذه الصبره من الغله أو الثمره بهذه الصبره

ه: لو قال: بعتك هذه الصبره من الغله أو الثمره بهذه الصبره سواء بسواء، فإن عرفا المقدار صح، وإلا بطل و إن تساويا عند الاعتبار، سواء اتحدا الجنسان أو اختلفا.

## و: يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصه صاحبه من الثمره بشيء معلوم منها لا على سبيل البيع

و: يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصه صاحبه من الثمره بشيء معلوم منها لا على سبيل البيع، وأن يبيع الثمره مشتريها بزياده و نقصان قبل القبض و بعده.

قوله: (سواء بسواء).

هو على حد مثلا بمثل، فإنّ السواء لا يصدق إلا بين شيئين، ولعله حمل على معنى: قدرا بقدر بضرب من التجريد.

قوله: (يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصه صاحبه من الثمره بشيء معلوم منها، لا على سبيل البيع).

إنما لم يجر على سبيل البيع، لما عرفت من أنه لا يجوز بيع الثمره بجنسها، و إن لم يكن الثمن منها، فكيف إذا كان منها! و في التذكرة هل يجوز البيع؟ يحتمل ذلك، عملا بالأصل السالم عن معارضه الربا، إذ لا وزن في الثمره على رؤوس الشجر (١).

و يرد عليه: أنّ هذا إن كان في النخل فهو المزابنه، و إن كان في غيره فعلى القولين، فاحتمال التجويز مطلقا مشكل. و قد تضمنت العبارة اشتراط كون عوض القبالة معلوما و هو ظاهر، و كون العوض من الثمره. و عبارة الروايه (٢) قد تدل على الأمرين، لأنّ أخذه بالكيل، الظاهر أن المراد به: خرصه، و قوله: «يعطيني نصف هذا الكيل»، يقتضى إعطاء نصف المعين، و واقعه النبي صلى الله عليه و آله مع أهل خيبر صريحه في ذلك (٣). و الأصل في ذلك ما رواه يعقوب بن شعيب،

ص: ١٧٥

١-١) التذكرة ٥٠٨: ١. [١]

٢-٢) الكافي ١٩٣: ٥، حديث ٢، [٢] الفقيه ١٤٢: ٣، حديث ٦٢٣، [٣] التهذيب ١٢٥: ٧، حديث ٥٤٦.

٣-٣) الكافي ٢٦٦: ٥، حديث ٢، ١، التهذيب ١٩٣: ٧، حديث ٨٥٥.

عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه: اختر: إما أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى، و تعطيني نصف الكيل زاد أو نقص، و إما أن آخذه أنا بذلك و أرد عليك، قال:

«لا بأس بذلك» (١) و في الروايه مباحث:

أ: إن مقتضى قوله: إما أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا- مسمى، أن يتقبل عن ثمره المجموع، فظاهره أنه يخرص و يتقبله بخرصه، فيكون للشريك نصف. و عباره المصنف خاليه من ذلك، و الروايه الوارده بفعل النبي صلى الله عليه و آله في خير مع اليهود داله على ذلك.

ب: إن مقتضى قوله: زاد أو نقص كون هذه المعامله معاوضه، و إلا لكان الزائد لهما و الناقص عليهما، و قد امتنع كونها بيعا، لما سبق، فلم يبق إلا أن يكون صلحا بلفظ القباله.

فإن قلت: الربا يعم الصلح، فكيف جاز هنا مع امتناع البيع للربا؟ قلت: قد استثنى هذا من الصلح، فإنه و إن دخله الربا لكن اخرج هذا منه، لدعاء الحاجه إليه.

فإن قلت: فعلى هذا تكون القباله لازمه.

قلت: عباره الكتاب لا دلالة فيها على اللزوم نفيا و لا إثباتا، لكن سيأتى في المزارعه إشكال في أن الزائد إباحه، و إن كان الناقص بآفه سماويه غير مضمون، و ذلك ينافى كونها صلحا و لازمه.

و في التذكره: و هل يكون ذلك لازما؟ إشكال (٢)، و شيخنا الشهيد في الدروس صرح بكون ذلك نوعا من الصلح، فيكون لازما (٣)، و هو الذي يقتضيه النظر.

ص: ١٧٤

١- ١) الكافي ٥: ١٩٣ حديث ٢، [١] الفقيه ٣: ١٤٢ حديث ٦٢٣، التهذيب ٧: ١٢٥ حديث ٥٤٦.

٢- ٢) التذكره ١: ٥١٠.

٣- ٣) الدروس: ٣٥١.

ج: هل يحتاج ذلك الى صيغه عقد؟ الظاهر نعم، لأنه صلح فى المعنى، و لأنّ الأفعال لما لم يكن لها دلالة بنفسها على المعانى تعين المصير إلى الألفاظ، و حينئذ فيحمل على العقد، لأنه الموظف شرعا لنقل الملك، و لأنّ الأصل بقاء الملك لملكه حتى يقطع بسببه.

فان قلت: عبارته الروايه تدل على خلاف ذلك.

قلت: ليس فيها دلالة على أنّ المسؤل عنه فيها هو الجارى فى المعاوضه، فيجوز أن يكون المسؤل عنه هو صحه إيقاع ما اراده.

د: قال فى التذكرة: و هل يكون مضمونا فى يده؟ الأقرب ذلك، لأنه إما بيع فاسد أو تقبل (١)، و الذى يقتضيه البحث به كونه مضمونا، للعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢)، و لأنه لم يدفع مجانا بل بعوض، و لأنّ المقبوض بالسوم مضمون - كما سيأتى - فهذا أولى، مع أنّ قول المصنف: لأنه إما بيع فاسد أو تقبل لا دلالة له على المدعى، لأنّ الكلام إنما هو فى كون المتقبل مضمونا.

و اعلم أنّ المصنف قال فى المزارعه ما ينافى هذا، و كذا كلام الأصحاب.

قال فى الدروس: و قراره مشروط بالسلامه (٣)، و معناه: أنه لو تلف من الثمره شىء سقط عنه التالف.

و تحقيق ذلك المذكور فى المزارعه، فيما لو خرص على العامل و خيره، فإنّ الأصحاب نصوا على أنه إذا هلك شىء سقط من المتقبل.

و هنا اشكال، و هو أنّ التقبل إن كان بيعا لم يصح، لكونه مزابنه، و إن كان صلحا لم يصح لكون العوض مشروطا منها، للغرر، و إن كان فى الذمه لم

ص: ١٧٧

١- ١) التذكرة ٥١٠: ١. [١]

٢- ٢) سنن الترمذى ٣٦٩: ٢، حديث ١٢٨٤، مسند أحمد ١٢: ٥، و فيهما: حتى تؤدى، سنن البيهقى ٩٥: ٦، سنن ابن ماجه ٨٠٢: ٢، حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ٨: ٥، تلخيص المستدرک للذهبي المطبوع مع مستدرک الحاكم ٤٧: ٢، و فيها: حتى تؤديه.

٣- ٣) الدروس: ٣٥١.

يسقط بتلفه شيء.

و يمكن الجواب: بأن ذلك صلح، و الغرر فيه محتمل مع ورود النص على ذلك، و حينئذ إذا تلف منه شيء يلزم تلف بعض العوض المشروط، فإذا لم يتحقق ضمانه لم يجب العوض.

فان قيل: إن كان صلحا صحيحا امتنع كونه بغير عوض.

قلنا: هو صلح صحيح، و العوض مأخوذ من المعوض كما أشعرت به الرواية (١)، و صرح به في كلام الأصحاب، و مقتضى كلام الدروس أن ثبوته مراعى بالسلامه و عدمها، فان هلكت فلا صلح، و إن سلمت ثبت وجوب العوض (٢). و يشكل بأمرين:

أ: أنه لو هلك بعضها يجب القول بعدم بقاء الصلح، فلا يلزمه ما بقى من العوض، إلا أن يقال: سلامه الجميع شرط للصلح في الجميع، و سلامه الأبعاض شرط للصلح فيها.

ب: لو قبلها بعوض غير مشروط منها، فقد صرح في الدروس بالجواز (٣)، و لا معنى لاشتراط قراره بالسلامه حينئذ، لأن المعوض إذا قبض بعوض يجب أن يكون مضمونا، فإذا (٤) تلف يجب أن يبقى عوضه في الذمه، فيمتنع اجتماع المعاوضه و القول بالسقوط بالتلف.

و إنما يتجه السقوط إذا كان العوض من المعوض، لأنه إذا رضى به المقبل، و تلف بغير تفريط احتاج بدله في الذمه إلى دليل، و لا منافاه بين كونه إذا تلف في باقى المعاوضات يجب بدله، و كونه إذا تلف هنا لا بد له، لأن مقتضى اللوجوب هناك ثابت، بخلاف هنا.

ص: ١٧٨

١- ١) التهذيب ١٩٣: ٧ حديث ٨٥٥.

٢- ٢) الدروس: ٣٥١.

٣- ٣) الدروس: ٣٥١.

٤- ٤) من هنا الى قوله: (بطل الثانى) اعتمدنا فيه على النسخه الحجريه لعدم وجود نسخه خطيه لهذه الفقرات، و النسخه المعتمده خاليه منها أيضا.



و لو اشترى لقطه من الخضروات، فامتزجت بالمتجدده من غير تمييز، فالأقرب مع مباحكه البائع ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ والشركه، و المحصل أن نقول: أن كلا من القولين لا يخلو من الإشكال، أما اشتراط كون القبالة من الثمره المقبله ففيه إشكالان:

الأول: إن اشتراط العوض من المعوض ينافى صحه المعاوضه عند جمع، و ليس ما يدل فى النصوص على الجواز هنا.

الثانى: أنه لو نقصت الثمره بغير آفه، بل نقصانا عن الخرص يجب على تقدير كون العوض منها، أن لا- يجب الناقص على المتقبل، مع أنهم يوجبونه عليه، و مع الزيادة تكون له الإباحه، كما يروونه، و أما على الجواز مطلقا فالاشكالان مع ثالث، و هو عدم إمكان اشتراط السلامه فى قرار القبالة، حيث يكون الثمن فى الذمه، لما قلناه من امتناع كون محل العوض الذمه، و يذهب بتلف الثمره.

قوله: (و لو اشترى لقطه من الخضراوات، فامتزجت بالمتجدده من غير تمييز، فالأقرب مع مباحكه البائع ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ و الشركه).

الصواب مباحكه، فإنّ المماكحه لا أصل لها فى اللغه، و لكن قلم المصنف سبق الى غير المراد، و معنى محك و ماحك: ليج و المراد به هنا: المناقشه فى المتجدد.

و وجه القرب: أنّ الشركه عيب يثبت بها الخيار، و الحق أنه إن تجدد ذلك قبل القبض ثبت الخيار، للتعيب بالشركه، و إلا فلا، و يفهم من قوله: إن الأقرب ثبوت الخيار مع مباحكه البائع، مخالفته لما إذا لم يماحك.

و قد تردد مع هبه الزائد، فيبقى ما إذا لم يطالب و لم يهب غير مذكور حكمه فى العبارة، و لو حملت المماكحه على ما إذا لم يهب مجازا بقرينه المقابله لعم الصور كلّها، و أفاد أحكام الجميع.

و لا خيار لو وهبه البائع على إشكال.

### ز: يشترط في الثمن الذي يشتري العريه به العلم بالكيل أو الوزن

ز: يشترط في الثمن الذي يشتري العريه به العلم بالكيل أو الوزن، و لا تكفى المشاهده.

### ح: لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور

ح: لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور، كالجزر و الثوم، إلا بعد قلعه و مشاهدته. و لو اشترى الزرع قصيلا مع أصوله فقطعه فنبت فهو له، أما لو لم يشترط الأصل فهو للبائع.

و لو سقط من الحب المحصود فنبت في القابل، فهو لصاحب البذر لا الأرض.

قوله: (و لا خيار لو وهبه البائع على إشكال).

ينشأ من زوال العيب بالهبة و انتفاء المماحكه، و من عدم وجوب القبول، و التحقيق: أن الهبة لا تتحقق بمجرد هبه البائع من دون القبول، و العيب لا يزول إلا- بانتقال الملك اليه بالقبول و القبض، فبدونهما تبقى الشركه المعدوده من العيوب، فيبقى الخيار بحاله، و لا ريب أن القبول للهبة غير واجب عليه ليسقط خياره.

قوله: (لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور كالجزر و الثوم، إلا بعد قلعه و مشاهدته).

ذهب في الدروس الى جوازه، تحكيما للعرف، و حكاه عن ابن الجنييد (١)، و ما ذكره من تحكيم العرف غير ظاهر، لأن ذلك مجهول، إذ المقصود منه هو ما ليس بمرئى و لا موصوف، و التحقيق: أنه لا يجوز بيعا، بل صلحا.

ص: ١٨٠

الفصل الثالث: في الصرف:

و هو: بيع الأثمان بمثلها، و شرطها: التقابض في المجلس و إن كانا موصوفين غير معينين، و التساوى قدرا مع اتفاق الجنس.

فلو افترقا قبله بطل، و لا- يتحقق الافتراق مع مفارقه المجلس مصطحبين، و لو قبض الوكيل قبل تفرقهما صحّ لا بعده، و لو قبض البعوض صح فيه خاصة.

قوله: (الفصل الثالث: في الصرف: و هو بيع الأثمان بمثلها).

الأثمان: هي الذهب و الفضة كما نص عليه في التذكرة (1) و في حواشي شيخنا الشهيد عن قطب الدين: أن الذهب و الفضة ثمان و إن باعهما بعرض، و لهذا لو باع ديناراً بحيوان ثبت للبائع الخيار بالاتفاق، قال: و ان كانا عوضين فكل منهما بائع و مشتر، فلو باع حيواناً بحيوان، ثبت لكل منهما الخيار.

قوله: (و شرطه التقابض في المجلس).

حقه أن يقول: شرطه التقابض قبل التفرق، و المجلس لا- دخل له، و التفرق يثبت عرفاً و لو بخطوه و نحوها، لا- بالحائل بينهما كالجدار و نحوه إذا كانا مصطحبين.

قوله: (و ان كانا موصوفين غير معينين).

لا يظهر وجه كون هذا هو الفرد الأخرى، ليعطفه ب(أن) الوصلية.

قوله: (و لو قبض الوكيل قبل تفرقهما صح، لا بعده).

أى: و كيل كل منهما، و لو كان العاقدان هما الوكيلان، فالعبرة بتقابضهما أو بتقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين، فإن التفرق و عدمه إنما يعتبر في المتعاقدين، سواء كانا هما المالكين أو الوكيلين.

ص: ١٨١

و لو اشترى منه دراهم، ثم اشترى بها دنانير قبل قبض الدراهم بطل الثاني، فإن افترقا بطل.

و لو كان له دنانير، فأمره بأن يحولها إلى الدراهم أو بالعكس، بعد المساعره على جهة التوكيل صحح و إن تفرقا قبل القبض، لأن النقدين من واحد على إشكال، و لو تفرقا قبل الوزن و النقد صحح، مع اشتغال المقبوض على الحق.

قوله: (بطل الثاني).

لأنّ انتقال العوضين في الصرف الأول موقوف على التقابض، فيكون كل منهما قد باع ما لم يصير ملكا له، و الذي يجب أن يقال: إن البيع حينئذ يكون فضوليا.

قوله: (و لو كان له دنانير فأمره أن يحولها إلى دراهم، أو بالعكس، بعد المساعره على جهة التوكيل صحح و إن تفرقا قبل القبض، لأنّ النقدين من واحد على إشكال).

الذي ذكره الشيخ في النهايه هنا هو أنه إذا كان لإنسان على صيرفي دراهم أو دنانير، فيقول له: حوّل الدراهم إلى الدنانير، أو الدنانير إلى الدراهم، و ساعره على ذلك كان ذلك جائزا و إن لم يوازنه في الحال و لم يناقده، لأنّ النقدين جميعا من عنده (١).

و قال ابن إدريس: إن أراد بذلك أنهما افترقا قبل التقابض لم يصح بغير خلاف، و إن أراد أنهما تبايعا و تقابضا و لم يوازنه كان صحيحا (٢). و قال المصنف في المختلف: و لا استبعاد في مخالفه هذا النوع من الصرف لغيره، باعتبار اتحاد من عليه الحق، فكان كالتقابض (٣).

ص: ١٨٢

[١ - ١] النهايه: ٣٨٠. [١]

[٢ - ٢] السرائر: ٢١٨.

[٣ - ٣] المختلف: ٣٥٨.

و يحتمل أن يحمل كلام الشيخ على التوكيل، فان قوله:حوّل الدراهم الى الدنانير أو الدنانير الى الدراهم نوع توكيل، و حينئذ لا اشكال سواء تقابضا فى المجلس أولا.هذا كلامه،فحكم بأنه مع التوكيل لا اشكال، و هنا تردد،مع أنه فرض المسأله على جهه التوكيل،و الحق أنّ المسأله مقصوره على التوكيل خاصه،فلو تعاقدا من غير توكيل لم يصح إذا تفرقا قبل القبض كما قاله ابن إدريس (١).

و ليس فى عبارته الشيخ و الروايه (٢)،ما ينافى ذلك،فلا حاجه الى أن يقال:أنها واقعه خاصه،و قد تكلف الشارح ولد المصنف بناء المسأله على مقدمات:

أ:أنه ليس من باب بيع دين بدين،و ليست المسأله المفروضه من هذا فى شىء،إذ التوكيل إنما يحمل على العقد الصحيح كائنا ما كان.

ب:جواز تولى الواحد طرفى العقد،و هذا متجه غير أنّ المصنف يختار الجواز،و ليس ببعيد أن يكون الاشكال بهذا الاعتبار.

ج:إن ما فى الذمه مقبوض،و هذا كالأول،إذ لا حاجه لنا الى فرض المسأله مقصوره على بيع ما فى ذمته بما فى ذمته،بل يمكن فرضها فى تعيين كل من التقدين إن لم يجوز ذلك.

د:قبض الوكيل قبض الموكل (٣)،و هذا لما كان موضع اتفاق لم يمكن بناء المسأله المشكله عليه.

فان قيل:التعليل بكون التقدين من واحد أى دخل له فى صحه المسأله؟ قلنا:من حيث أنه إذا كان وكيلا و النقدان منه،كان التقابض ممكنا.

و قوله:(على اشكال)يتعلق بقوله:(صح.).

ص:١٨٣

١-١)السرائر:٢١٨.

٢-٢) الكافي ٥:٢٤٥ حديث ٢،الفقيه ٣:١٨٦ حديث ٨٣٧،التهذيب ٧:١٠٢ حديث ٤٤١.

٣-٣) إيضاح الفوائد ١:٤٥١.

و الجوده و الرداءه و الصياغه و الكسر لا يوجب الاثنيه،و يجوز التفاضل مع اختلاف الجنس.

و المغشوش يباع بغير جنسه إن جهل قدره،و إلاّ جاز بجنسه،بشرط زياده السليم فى مقابله الغش. و لا يجوز إنفاقه إلاّ إذا كان معلوم الصرف بين الناس،فان جهل وجب إباتته. قوله: (و المغشوش يباع بغير جنسه إن جهل قدره،و إلاّ جاز بجنسه،بشرط زياده السليم فى مقابله الغش).

الغش بالكسر هو الاسم،إذا عرفت ذلك فإطلاق المصنف بيع المغشوش بغير جنسه مع جهل قدره غير ظاهر،لأنه متى بيع مع القطع بزياده تقابل الغش صح،سواء جهل قدر الغش أم لا.

فان قيل:إنما أطلق ذلك،لأنّ البيع مبنى على المكايسه و المغالبه،فلا يدفع المشتري فى مقابل المغشوش بوزنه صافيا،و متى دفع دون ذلك مع جهله القدر لم يأمن الربا.

قلنا:كون الغالب ذلك لا- يمنع وقوع البيع بوزن الجميع صافيا،لإمكانه فى العاده،فيكون إطلاق العبارة بأن يباع بغير الجنس غير جيد.

قوله: (و لا يجوز إنفاقه إلاّ إذا كان معلوم الصرف بين الناس، فان جهل وجب إباتته).

المراد بإنفاقه:بيعه و الشراء به،و لا شبهه فى أنه إذا كان معلوم الصرف بين الناس،أى:مقدار ما فيه من الصافى،أو مقدار ما يساوى باعتبار ما فيه من الصافى و الغش.

و إطلاق عبارته الشيخ فى النهايه على وجوب إباتته (1)محمول على الجهل

ص: ١٨٤

١- (١)النهايه: ٣٨٢.

و تراب معدن أحد النقدين يباع بالآخر احتياطا، بصرفه بين الناس، لا لتفاء الغش إذا كان معلوما، و على ذلك دلت روايه محمد ابن مسلم عن الباقر عليه السلام (١) و صحيحته أيضا عن الصادق عليه السلام (٢)، فان جهل صرفه بين الناس فلم يعلم مقدار ما فيه من الصافي و جب إبانته، و إلا كان غشا محرما، و لصحيحه ابن سنان، عن الصادق عليه السلام (٣) و غيرها (٤).

إذا عرفت ذلك فالمراد من (إبانته): إظهار حاله بحيث يتبين، فهل يكفى فيها أن يقول: هذا مغشوش أم لا بد أن يقول: فيه من الفضه كذا، و من النحاس كذا؟ لا أعلم فى ذلك تصريحاً بشىء، و المتجه أنه إن كان يباع بجنس ما فيه من الجوهر لا بد من الإبانته، ليعلم السلامه من الربا.

و إن بيع بغير جنسه كفى قول: إن فيه غشا، لأن ذلك لو منع لمنع فيما إذا كان قدر الغش مجهولا، و قد أطلقوا جواز بيعه حينئذ بغير الجنس و الجهاله، و إن كان السابق الى الفهم منها جهاله كل من البائع و المشتري، إلا أنها تصدق مع جهاله أحدهما، و لأنها إن منعت منعت حيث وجدت.

و لا يخفى أن الغش المعتبر هو ما يكون له قيمه دون ما يستهلكه، كما نبه عليه فى التذكرة (٥).

قوله: (و تراب معدن أحد النقدين يباع بالآخر احتياطا).

أى: يجب فى بيعه كونه بالنقد الآخر أو بمخالفهما بطريق أولى، لأنه إذا جاز بيعه بالنقد الآخر فبالمخالف يكون أبعد، و المراد بقوله: (احتياطا) أن وجوب ذلك للاحتياط فى التحرز من الربا. و لو بيع بوزنه من النقد المجانس له فالظاهر عدم الجواز، لأن ما فيه من التراب لا قيمه له، فيبقى الزائد فى المقابل بغير عوض.

ص: ١٨٥

١- ١) الفقيه ٣: ١٨٤، حديث ٨٣١، التهذيب ٧: ١٠٨، حديث ٤٦٥، الاستبصار ٣: ٩٦، حديث ٣٣٢.

٢- ٢) الكافي ٥: ٢٥٣، حديث ٢، التهذيب ٧: ١٠٩، حديث ٤٦٧، الاستبصار ٣: ٩٧، حديث ٣٣٤.

٣- ٣) الكافي ٥: ٢٤٩، حديث ٢١، [١] الفقيه ٣: ١٨٥، التهذيب ٧: ١٠٩، حديث ٤٦٨.

٤- ٤) التهذيب ٧: ١٠٩، حديث ٤٦٦، الاستبصار ٣: ٩٧، حديث ٣٣٣.

٥- ٥) التذكرة ١: ٥١٢، [٢]

و لو جمعا بيعا بهما. و لا اعتبار بالذهب اليسير فى جوهر الصفر، و لا بالفضه فى جوهر الرصاص. و المصاغ من النقدين إن جهل قدر كل واحد بيع بهما أو بغيرهما أو بالأقل إن تفاوتتا، قوله: (و لو جمعا بيعا بهما).

أى: لو جمع تراب كل من النقدين بيعا بهما، لمقابلته كل بمخالفه، و لو بيعا بأحدهما، و قطع بزياده الثمن على ما فى مجانسه من الصافى، يقابل بها تراب الآخر صح، و لو بيعا بغيرهما صح مطلقا.

قوله: (و لا اعتبار بالذهب اليسير فى جوهر الصفر، و لا بالفضه فى جوهر الرصاص).

لأن ذلك تابع غير مقصود بالبيع، فأشبهه الحليه على سقوف الجدران، و لحسنه عبد الرحمن بن الحجاج، عن الصادق عليه السلام (١).

قوله: (و المصاغ من النقدين إن جهل قدر كل واحد بيع بهما، أو بغيرهما، أو بالأقل إن تفاوتتا).

المصاغ قياسه من أصاغ، و هو غير مسموع، إنما المسموع منه الثلاثى، و قياس المفعول منه مصوغ، إذا علم هذا فالمصوغ من النقدين: إما أن يجهل مقدار ما فيه من كل واحد منهما، أو يعلم، فإن جهل: فاما أن يعلم تساويهما، أو تفاوتهما، أو يجهل الأمران.

و لا ينافى علم تساويهما الجهل بقدر كل واحد منهما، لإمكان أن يكون مع المصوغ منهما ضميمه أخرى من حديد، أو نحاس، أو نحو ذلك، فإن جهل قدر كل واحد منهما بيع بهما معا- ليكون كل جنس فى مقابل الجنس الآخر- أو بغيرهما.

ص: ١٨٦

---

١- (١) الكافى ٥: ٢٥١، حديث ٢٩، التهذيب ٧: ١١٣، حديث ٤٨٧، الاستبصار ٣: ٩٨، حديث ٣٣٧.



و إن علم بيع بأيهما شاء مع زيادة الثمن على جنسه، و لو بيع بأحدهما على وجه قطع بزيادته على ما فى المصوغ من جنسه زياده تقابل الباقي صح البيع، و لا- فرق بين إمكان التخليص و عدمه، خلافا لابن حمزه حيث منع من بيع المجهول من كل منهما إذا أمكن تخليص أحدهما من الآخر، سواء بيع بهما، أو بأحدهما، أو بالمتزوج منهما (١). و هو ضعيف، لأن المخلوط من جنسين لا تضر جهاله كل منهما على حده كالحنطه و الشعير.

إذا عرفت ذلك فلا- فرق فى جواز البيع بالجنسين معا، أو بغيرهما، بين كون الجنسين متساويين، أو متفاوتين، أو بجهل الحال، فأما إذا بيع بأحدهما فإنه إن قطع بزيادة الثمن على ما فى المصوغ من جنسه زياده تقابل الجنس الآخر جاز، فإنه يجوز مطلقا، و الا لم يجز مطلقا.

فقول المصنف تبعا للشيخ (٢): (أو بالأقل إن تفاوتتا) لا وجه له، إذ مع الزيادة يصح مطلقا، و بدونها لا يصح مطلقا كما قررناه. و تخيل انه إذا بيع بالأقل مع التفاوت يكون أقرب الى حصول الزيادة، فتخصيصه به محافظه على حصوله، - كما نبه عليه فى الدروس - (٣) ضعيف، لأن الشرط القطع بالزيادة، و ليس الأقل أولى بها من الأكثر من حيث الأقلية و الأكثرية، و قد نبه على ذلك المصنف فى المختلف (٤).

و اعلم أن المراد ب(الأقل): الأقل وزنا و قدرا، لا الأقل قيمه كما توهمه بعضهم، لأن أصل هذا الحكم عبارته الشيخ، و هى صريحه فى أنه إن كان الغالب الفضه بيع بالذهب، و بالعكس.

قوله: (و إن علم بيع بأيهما شاء، مع زياده الثمن).

أى: و إن علم قدر كل واحد منهما، فهو إشاره إلى القسم الآخر، و لا

ص: ١٨٧

١- (١) الوسيطه ٢٨٠-٢٨١. [١]

٢- (٢) النهايه: ٣٨٢.

٣- (٣) الدروس: ٣٧٠.

٤- (٤) المختلف: ٣٥٨.

و لو بيع بهما أو بغيرهما جاز مطلقا. و تراب الصياغه يباع بالجوهرين معا أو بغيرهما لا بأحدهما، ثم يتصدق به مع جهل أربابه. شك في جواز البيع بأيهما شاء، إذا حصلت الزيادة المذكوره.

قوله: (و لو بيع بهما، أو بغيرهما جاز مطلقا).

أى: سواء حصلت الزيادة أم لا، و يمكن أن يكون المراد: الإطلاق بين أن يعلم قدر كل واحد منهما أو يجهل، و الأول أبعد عن التكرار، و إن كان اعتبار الزيادة إنما هو بطريق المجاز، لأنها باعتبار قيمه لانتفاء الجنس.

قوله: (و تراب الصياغه يباع بالجوهرين معا، أو بغيرهما لا بأحدهما، ثم يتصدق به مع جهل أربابه).

أما بيعه بهما معا فللجهل بقدر كل منهما، فلو بيع بأحدهما لم يؤمن حصول الربا، و تجب الصدقه مع جهل أربابه، و الأصل في ذلك روايه على بن ميمون الصائغ، عن الصادق عليه السلام (١).

لا- يقال: لم لا- يكون حلالا لآخذه، كما يحل التقاط ما يتساقط من السنبل عند نقل الغله؟ لأننا نقول: إنما يحكم بالحل إذا دلت القرائن على أعراض المالك و لم يعلم هنا، و ينبغى إلحاق ذوى الحرف بالصائغ فى ذلك كالخياط و الحداد و نحوهما، و المراد بالصياغه فى العبارة: المكان الذى يصاغ فيه.

و اعلم أنّ مصرف هذه الصدقه هو مصرف سائر الصدقات المندوبه، لأنها بالنسبه إلى المالك غير واجبه.

ص: ١٨٨

و المحلّى بأحد النقيدين يباع مع جهل قدره بالآخر أو بغيرهما أو بالجنس مع الضميمة، و مع علمه يباع بالآخر أو بغيرهما مطلقاً، و بجنسه مع زياده الثمن أو اتهام المحلّى من غير شرط، قوله: (و المحلّى بأحد النقيدين يباع مع جهل قدره بالآخر، أو بغيرهما، أو بالجنس مع الضميمة).

أى: إلى الثمن، لتكون الضميمة فى مقابله الحليه، و المضمون فى مقابله المحلّى، و هكذا يفهم من عبارته المختلف (1)، و فى حواشى شيخنا الشهيد ما صورته الى المثلث، قاله المحققون، و يجوز الى الثمن، و صحته غير واضحه، لأنّ الضميمة إلى المثلث يقتضى أمراً آخر و زياده أخرى ليصح البيع.

و اعلم أنّ مقتضى العبارة: أنه لا يجوز بيعه بالجنس من دون الضميمة، و الحقّ الجواز مع العلم بزياده الثمن زياده تقابل المحلّى، و قد نبه عليه فى المختلف (2).

قوله: (و مع علمه يباع بالآخر، أو بغيرهما مطلقاً، و بجنسه مع زياده الثمن، أو اتهام المحلّى من غير شرط).

المراد بقوله: (مطلقاً) تعميم الجواز فى بيعه بالجنس الآخر أو بغيرهما، سواء حصل هناك زياده من حيث القيمة تكافؤ المحلّى أم لا، و سواء اتهم أم لا، لأنّ الإطلاق فى مقابل هذين القيدتين المعبرين مع الجنس. و يوجد فى بعض القيود تفسير (مطلقاً): بعلم أم لا، و ليس بمستقيم، لأنّ أصل هذه المسألة مقيد بالعلم.

إذا عرفت ذلك، فبيعه بالجنس مشروط بزياده الثمن على الحليه، زياده تقابل المحلّى، أو باتهام المحلّى، لكن يشترط لصحة العقد حينئذ أن لا يكون مشروطاً اتهامه فى العقد، لأنّ اشتراط ذلك يقتضى الزياده مع اتحاد الجنس، فيلزم الربا.

ص: ١٨٩

١-١) المختلف: ٣٥٩.

٢-٢) المختلف: ٣٥٩.

و لو تشخص الثمن تعين، فليس له دفع المساوى.

## فروع

## اشاره

فروع:

### أ: لو عينا الثمن و المثلن ثم تقابضا

أ: لو عينا الثمن و المثلن ثم تقابضا، فوجد أحدهما بما أخذه عيبا، فان كان من غير الجنس بطل الصرف، كأن يجد الذهب نحاسا أو الفضة رصاصا، و كذا فى غير الصرف لو باعه ثوبا كتانا فبان صوفا بطل، و إن كان البعض من غير الجنس بطل فيه خاصة. و يتخير من انتقل إليه فى الفسخ، و أخذه بحصته من الثمن. و سيأتى أنه لو باعه درهما بدرهم، و شرط صياغه خاتم - إن قلنا بجوازه للروايه - (1) فإنه لا - يتعدى. و لا - يستقيم أن يكون معنى (من غير شرط): من غير اشتراط زياده، لأنه مقابله، إذ قد عطف عليه ب(أو) فيكون بدله، و حمله على عدم اشتراط التقابض فيه ضعيف.

و لا يخفى أن الزيادة إذا تحققت صح البيع بالجنس مع الجهل أيضا.

قوله: (و لو تشخص الثمن تعين، فليس له دفع المساوى).

فيه تنبيه على رد خلاف بعض العامة حيث قال: إن الثمن لا يتعين بالتعين (2).

قوله: (لو عينا الثمن و المثلن ثم تقابضا).

لا حاجة فى تصوير المسألة إلى التقابض، بل لو ظهر ذلك قبل فكذلك.

قوله: (بطل الصرف).

فيه تسامح إذ لم يصح من أصله، و يحمل على أن مراده: ظهور بطلانه.

قوله: (و يتخير من انتقل إليه بين الفسخ و أخذه بحصته من الثمن).

و ذلك لتبعض الصفقه.

١-١) الكافي ٥:٢٤٩ حديث ٢٠، التهذيب ٧:١١٠ حديث ٤٧١.

١-٢) انظر: كفايه الأختار ١:١٦٢.

و إن كان من الجنس، كخشونه الجوهر و اضطراب السكه و سواد الفضه تخير بين الردّ و الإمساک، و ليس له مطالبه البدل فى الموضوعين. قيل: حقه البطلان، لأنّ البيع إنما تعلق بالمجموع، فإذا بطل فيه لم يتحقق فى شىء.

قلنا: البيع تعلق بالجميع ضمنا، فإذا بطل فى البعض لم يجب أن يبطل فى البعض الآخر، لكن لتعلق التراضى بالمجموع أثبتنا له الخيار.

قوله: (و ليس له مطالبه البدل فى الموضوعين).

أى: فيما لو ظهر المعيب من غير الجنس مع التعيين، أو منه معه أيضا.

و اعلم أنّ الضمير فى قوله: (و إن كان من الجنس) مقتضى السياق أن يعود إلى العيب، لكنه لا يستقيم، لأنّ العيب لا يعد من الجنس، أو من غيره، و إنما حقه أن يرجع إلى المعيب.

فاما أن يكون عائدا إليه، لدلاله العيب عليه، أو يراد من العيب: المعيب، كما يراد بالضحك الضاحك، فإنه مجاز مشهور، لأنّ إطلاق المشتق منه على المشتق شائع، لكن قوله بعد: (و إن كان من الجنس كخشونه الجوهر) لا يستقيم، لأنّ ضمير (كان) إن رجع إلى العيب لم يستقم إلا بتأويل المعيب، لما عرفت من أنّ العيب لا يعد من الجنس، و حينئذ فلا يستقيم التمثيل بخشونه الجوهر و نحوه.

و قوله: (بطل الصرف) المراد منه: الصرف الذى قصده، و المراد ببطلانه: عدم صحته.

و قوله: (كأن يجد الذهب نحاسا، و الفضه رصاصا) فيه توسع، إذ حقه أن يقول: ككون الذهب نحاسا، أى: الذى ظن كونه نحاسا.

إذا عرفت ذلك، فكما أنه ليس له البدل فى الموضوعين، فليس له الأرش فى الثانى، حذرا من الربا، و هو مفهوم من قوله بعد: (و لو اختلف الجنسان فله الأرش ما دام فى المجلس).

و لو اختلف الجنسان فله الأرش ما دام ما في المجلس، فان فارقاه، فإن أخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه، وإن كان مخالفا صح. قوله: (و لو اختلف الجنسان فله الأرش ما دام ما في المجلس).

لا شبهه في هذا الحكم، لثبوت النقصان في الصفه الموجه لنقصان المالىه، و تطرق الربا منتف باختلاف الجنسين، و كذا تخيل مانعيه التفرق قبل القبض.

قوله: (فان فارقاه، فإن أخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه، و إن كان مخالفا صح).

مقتضى الحكم الواقع في عبارته المصنف هنا أمور:

أ: أن الأرش عوض العيب الواقع في أحد العوضين من غيرهما: و هو مشكل، لأن المعروف أن الأرش جزء من الثمن، نسبته إليه كنسبه نقص قيمه المعيب عن الصحيح.

ب: أنه لا يتعين كونه من جنسهما، لظاهر قوله: (و إن كان مخالفا)، و قد صرح في التحرير بذلك (1). و يشكل بأن الحقوق المالىه إنما يرجع فيها الى التقدين، فكيف ألحق الواجب باعتبار نقصان في أحدهما؟ ج: الفرق بين الدفع من جنس السليم فيبطل فيه، أو من جنس المعيب أو من غيرهما فيصح.

و يشكل بأن الدفع من جنس أحدهما كالدفع من جنس الآخر، فإما أن يبطل فيهما معا، أو يصح فيهما معا، و ما قيل من أنه لو دفع من جنس السليم، كما لو كان العوضان ديناراً و عشره دراهم، و كان الدينار معيباً من الجنس بما يقتضى نقصان قيمته بقدر درهم دفع إليه درهما، فإن المبيع يكون ديناراً و درهما بعشره دراهم، و قد تفرقا قبل قبض الدرهم، فيبطل الصرف فيه بعينه، آت فيما لو دفع ذهاباً قيمته درهم، فإنهما قد تفرقا قبل قبضه، فيجب أن يبطل كالسليم، بخلاف ما لو دفع من غيرهما.

ص: ١٩٢

د:ظاهر قوله:(بطل فيه)أى:بطل البيع فى الأرش،أنه لا يجوز دفع الأرش بعد ذلك.و يشكل بأنه إذا استحق فى ذمته عوض نقصان أحد العوضين، كيف يبطل فيما لو عينه فيما لا يجوز أخذه؟ فإن قلت:هو مخير فى جهات القضاء،فإذا عين جهة له امتنع المطالبه بشيء آخر،فحيث امتنع أخذه،لامتناع ذلك بالإضافة إلى الصرف للتفرق قبل قبضه،و هو محسوب من العوضين.

قلنا:إذا امتنع شرعا من جهة لم يصدق تخييره بالإضافة إليها،و لو سلم تخييره فيها لم يلزم البطلان،بل عدم جواز المطالبه بغيرها،حتى لو تراضيا على الأداء من غير النقدين بعد التعيين فى أحدهما ينبغى القول بالجواز،على أن القول بالبطلان بالتفرق قبل القبض من أصله مشكل.فان المدفوع ليس أحد عوضى الصرف،و إنما هو عوض صفه فائته من أحد العوضين.فترتب استحقاقها على صحه العقد،و قد حصل التقابض فى كل من العوضين،فلا مقتضى للبطلان،إذ وجوب التقابض إنما هو فى عوضى الصرف،لا فى ما وجب بسببهما.

ه:لم يذكر المصنف على تقدير البطلان فى الأرش البطلان فى شيء من العوض السليم و عدمه،و يلزمه القول بذلك،لأنه على ما نقلناه عن بعض حواشى الشهيد يكون العوض السليم فى مقابل المعيب و الأرش،فيكون التفرق واقعا قبل قبض العوض فيما قابل الأرش من السليم.

و يمكن أن يقال:قد صدق التقابض فى مجموع العوضين المقتضى لصحه الصرف،و اشتراط قبض الأرش قبل التفرق إذا كان من النقدين،أو من جنس السليم على اختلاف الرأيين،ليس لكونه جزءا من المعاوضه،بل لكونه من توابعها،و من ثم لو أسقط مستحقه لم يلزم فى المعاوضه اختلال،كما لو كان النقدان من جنس واحد.

و التحقيق أن يقال:إن كان الأرش داخلا فى المعاوضه اعتبر قبضه فى



و لو كانا غير معينين و ظهر العيب من غير الجنس، فان تفرقا بطل، و إلا- كان له المطالبه صحته و صحه مقابله إذا كان من النقدين، و الا لم يجب أصلا، و لو قيل: إنه لكونه عوض صفه لا مقابل له من العوض الآخر، رددناه بأن أحد العوضين في مقابل الآخر من جهه الماليه، فلا فرق بين الجزء و الصفه التي لها دخل في الماليه.

و: لم يذكر المصنف حال المعاوضه بعد بطلان البيع في الأرش، و على ما ذكره يجب أن يثبت للمشتري الخيار، لفوات بعض ما له دخل في الماليه، و امتناع تداركه، كما لو كان العوضان من جنس واحد و أحدهما معيب من الجنس.

و لو قلنا ببطلان شيء من الآخر في مقابل الأرش لوجب أن يثبت للبائع خيار تبعض الصفقه، إلا أن يقال: التبعض جاء من قبله فلا يثبت له خيار. إذا عرفت ذلك فقد قال المصنف في التحرير، و لو اختلفا فله الأرش في المجلس، فلو فارقا لم يجز أن يأخذ من الأثمان، و يجوز من غيرها (١).

و قريب منها عباره الدروس (٢)، و هي أجود من عباره هذا الكتاب و التذكره (٣)، و العمل على ما في التحرير على تردد في كون الأرش من غير الثمن، فلو قلنا به ففي المنع من أخذه من جنس النقدين بعد النقدين تردد، و يظهر ذلك كله مما سبق.

قوله: (و لو كانا غير معينين فظهر العيب من غير الجنس، فان تفرقا بطل).

لصدق التفرق قبل القبض، و لا يخفى أن التحرز في كون العيب من غير الجنس واقع في العباره.

قوله: (و إلا كان له المطالبه بالبدل).

ص: ١٩٤

١- ١) تحرير الأحكام ١: ١٧٢. [١]

٢- ٢) الدروس: ٣٧٠-٣٧١.

٣- ٣) التذكره ١: ٥١٣. [٢]

بالبديل. و لو اختص العيب بالبعض اختص بالحكم، و لو كان من الجنس فله الرد و الإمساك مع الأرش مع اختلاف الجنس، لأنّ العوضين فى الذمه، و المدفوع لما لم يكن من الجنس امتنع كونه أحد العوضين، فيطالب بما فى الذمه، لانتفاء المانع، إذا لم يحصل التفرق قبل القبض.

قوله: (و لو اختص العيب بالبعض اختص بالحكم).

أى: اختص ذلك البعض بالحكم، أى: البطلان فيه إن تفرقا قبل الأبدال، فيتخير لتبعض الصفقه، و المطالبه بالبديل إن لم يتفرقا.

قوله: (و لو كان من الجنس فله الرد، و الإمساك مع الأرش مع اختلاف الجنس).

التقييد باختلاف الجنس إنما هو للإمساك بالأرش.

فإن قلت: المبيع هو الأمر الكلى لا المدفوع فلم تثبت المطالبه بالأرش، و قد كان الواجب أن يكون له الرد أو الرضى به.

قلنا: لما دفعه البائع و قبضه المشتري تعين بالفرض و تملكه، فكان له المطالبه بأرشه، كما أن له فسخ الملك فيه للعيب، لأنّ الإطلاق منزل على الصحيح و إن صدق على المعيب.

لا يقال: إن كان المبيع صادقا على المعيب فلا رد و لا أرش، و إلا لم يكن له المطالبه بالأرش، إذ المبيع غير المعيب إلا بالتراضى.

لأننا نقول: المبيع صادق على المعيب، لكنه منزل على الغالب فى الإطلاق و هو الصحيح.

فان قلت: إن كان المعيب مقصودا للمتبايعين لم يثبت الأرش، و الا لم يسغ إمساكه بالأرش، لأنّ المبيع غيره.

قلنا: هو مقصود تبعا، نظرا إلى أنه مما يصدق مفهوم اللفظ عليه فى الجملة، فصح كونه مبيعا فى الجملة، و لكن لما كان الغالب الإطلاق على الصحيح ثبت له الأرش أو الرد، نظرا الى الغالب.

و مجاناً مع اتفاهه و المطالبه بالبدل و إن تفرقا على إشكال، و فى اشتراف أخذ البدل فى مجلس الرد إشكال. قوله: (و مجاناً مع اتفاهه).

أى: و له الرد و الإمساك مجاناً مع اتفاق الجنس، فلا يثبت الأرش، للزوم الربا.

قوله: (و المطالبه بالبدل، و إن تفرقا على إشكال).

الإشكال فيما إذا تفرقا، و منشؤه من أن الإبدال يقتضى كون المبيع هو البدل، و قد تفرقا قبل قبضه فىكون الصرف باطلاً، فلا يكون له أخذ البدل، و من أن التقابض فى العوضين قد تحقق، لأن المدفوع كان محسوباً عوضاً و قد ملكه المشتري، بدليل أن نماءه من حين الإقباض إلى حين الرد له، و هذا فسخ طارئ على الملك، بسبب ظهور العيب.

و تحقيقه: أن ما فى الذمه و إن كان أمراً كلياً، إلا أنه إذا عيّن فى شىء، و قبضه المستحق تعيّن و ثبت تملكه له، فإذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته، تداركاً لفائت حقه، فإذا فسخ رجع الحق إلى الذمه، فتعيّن حينئذ عوضاً صحيحاً.

و بهذا يظهر أن الأول كان عوضاً فى المعاوضه، و قد قبضه قبل التفرق، فتحقق شرط الصحه، فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارئ على العوض المقتضى لعوده إلى الذمه، و كون البدل عوضاً فى الجملة لا يقتضى نفي عوضيه غيره، فلا يقتضى التفرق قبل قبضه التفرق قبل قبض العوض فى المعاوضه، و هذا واضح، فكان الأصح ثبوت المطالبه بالبدل.

قوله: (و فى اشتراف أخذ البدل فى مجلس الرد إشكال).

ينشأ: من صدق التقابض فى العوضين الذى هو شرط الصحه، و من أن الفسخ فى العوض المدفوع رفع كونه عوضاً فى الحال، فيشترط قبض البدل، لكونه هو الثمن، و الأصح عدم الاشراف، لأن قبض ما يعد ثمناً قد تحقق، فيصح به الصرف، و الأصل عدم وجوب غيره، و لأن القبض معتبر قبل تفرق المتعاقدين،

## ب:نقص السعر و زيادته لا يمنع الرد

ب:نقص السعر و زيادته لا يمنع الرد،فلو صارفه و هي تساوى عشره بدينار،فردّها و قد صارت تسعه بدينار صح قطعاً،و كذا لو صارت أحد عشر.

## ج:لو تلف أحدهما بعد التقابض،ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل الصرف

ج:لو تلف أحدهما بعد التقابض،ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل الصرف،و يرد الباقي و يضمن التالف بالمثل أو قيمه. و لو كان من الجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس، و إلا فلا.

## د:لو أخبره بالوزن ثم وجد نقصاً بعد العقد بطل الصرف

د:لو أخبره بالوزن ثم وجد نقصاً بعد العقد بطل الصرف مع اتحاد الجنس، فان تحقق لم يشترط غيره،و إلا فسدت المعاوضه من رأس.

قوله: (نقص السعر و زيادته لا يمنع الرد).

لأنه قد ثبت،و الأصل بقاؤه،و لا تعد زيادته جبراً،كما لا يعد نقصه عيباً.

قوله: (لو تلف أحدهما بعد التقابض،ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل الصرف،و يرد الباقي،و يضمن التالف بالمثل أو قيمه).

قد سبق ما يصلح تقريباً لذلك،و ضمان التالف بالمثل في الذهب و الفضة و الدراهم و الدنانير،و بالقيمه في مثل المصوغات،و ما يكون من الأجناس الغير المثلية.

قوله: (و لو كان من الجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس،و إلا فلا).

و لا يكون التلف مانعاً من المطالبه بأرش العيب.

قوله: (لو أخبره بالوزن،ثم وجد نقصانه بعد العقد بطل الصرف مع اتحاد الجنس).

المراد:أنه يتبين عدم صحته.

و يتخير مع الاختلاف بين الرد و الأخذ بالحصه. و لو وجد زياده، فإن كان قال: بعتك هذا الدينار بهذا الدينار بطل، و إن قال: بعتك دينارا بدينار صح، و كانت الزيادة فى يده أمانه، و يحتمل أن تكون مضمونه، لأنه قبضه على أنه عوض ماله. قوله: (و يتخير مع الاختلاف بين الرد و الأخذ بالحصه).

سيأتى فيما لو باعه متساوى الأجزاء، أو مختلفها على أنه مقدار معين، فتبين أنه أقل أن يأخذ الأول بالحصه، و الثانى على خلاف.

قوله: (و لو وجد زياده، فإن كان قال: بعتك هذا الدينار بهذا الدينار بطل).

لأنه باع المجموع المشتمل على الزيادة بمقتضى الإشاره، و إن سماه دينارا بأقل منه مع اتحاد الجنس.

قوله: (و إن قال: بعتك دينارا بدينار صح).

لأن المبيع و الثمن فى الذمه، لا المدفوع.

قوله: (و كانت الزيادة فى يده أمانه).

نظرا إلى أصاله البراءه من الضمان.

قوله: (و يحتمل أن تكون مضمونه، لأنه قبضه على أنه عوض ماله).

هذا أصح، لعموم «على اليد ما أخذت» (1)، و لما ذكره، لأنه قبضه على أنه أحد العوضين اللذين جرى عليهما عقد المعاوضه، فيجب أن يكون مضمونا، نظرا الى مقتضى العقد، و لأنه أقرب الى الزمان من المقبوض بالسوم، و أصاله البراءه

ص: ١٩٨

---

١ - ١) سنن الترمذى ٢:٣٦٩ حديث ١٢٨٤، مسند أحمد ١٢:٥، و فيهما: حتى تؤدى، سنن البيهقى ٦:٩٥، سنن ابن ماجه ٢:٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ٨:٥، تلخيص المستدرک للذهبي المطبوع مع مستدرک الحاكم ٢:٤٧، و فيها حتى تؤديه.

أما لو دفع إليه أزيد من الثمن ليكون وكيه في الزائد، أو ليزن له حقه منه في وقت آخر، فإن الزيادة هنا أمانه قطعاً.

و لو كانت الزيادة لاختلاف الموازين فهي للقباض، و لآخذ الزيادة الفسخ للتعب بالشركه إن منعنا الإبدال مع التفرق، و كذا لدافعها، إذ لا يجب عليه أخذ العوض، نعم لو لم يفترقا ردّ الزائد و طالب بالبدل.

بعد التزامه بالضمان لا يجدى نفعاً.

قوله: (أما لو دفع إليه).

لأنه و كيل له، و نائب في الحفظ.

قوله: (و لآخذ الزيادة الفسخ للتعب بالشركه، إن منعنا الأبدال مع التفرق).

الظرف الأخير قد تنازعه كل من الفسخ و الأبدال، أى: و لآخذ الزيادة الفسخ مع التفرق، إن منعنا الأبدال مع التفرق، و ذلك لأنه لا طريق الى التخلص من عيب الشركه إلا بالفسخ، و هذا عيب طارئ على مقتضى العقد، و لو جوزنا الأبدال - كما سبق انه الأصح - لكان الى التخلص من العيب طريق آخر، فلا يثبت فسخ المعاوضه اللازمه.

قوله: (و كذا لدافعها، إذ لا يجب عليه أخذ العوض).

أى: و كذا يثبت الفسخ لدافع الزيادة، لأن حقه لما اختلط بحق المشتري باعتبار دفع المشتمل على الزيادة، و حصل التفرق المانع من الأبدال حصل التعب بالشركه، و ذلك لأن عين ماله لا يمكن الوصول إليها، إذ هي مختلطة بعين مال الآخر، و الذى يأخذه بعد التميز إنما هو عوض ماله.

و لو جوزنا الأبدال بعد التفرق لم يثبت له الخيار، لأن ما قبضه المشتري و إن اشتمل على حقه، إلا أنه ليس عينه، لمكان الزيادة، و البائع مخير فى جهات الأداء، فله أن يعين للمشتري حقه.

## ه: لو كان لأحدهما على الآخر ذهب، وللآخر على الأول دراهم

ه: لو كان لأحدهما على الآخر ذهب، وللآخر على الأول دراهم، فتصارفا بما في ذمهما جاز من غير تقابض على إشكال، منشؤه: اشتماله على بيع دين بدين، أما لو تباريا أو اصطلاحا جاز.

و يجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر، ويكون صرفا بعين و ذمه. قوله: (لو كان لأحدهما على الآخر ذهب، وللآخر على الأول دراهم، فتصارفا بما في ذمهما، جاز من غير تقابض على إشكال، منشؤه اشتماله على بيع دين بدين).

قيل: إنما فرض المسألة في الذهب و الدراهم، لأنه لو اتحد الجنسان لوقع التقابض بما في ذمتهما على جهة القهر فلا يقع البيع، و قوله: (من غير تقابض) يريد: من غير تقابض زائد على القبض [الحاصل بكونه في الذمه، لأن ما في الذمه مقبوض، و لولاه لم يجز الصرف، لا شرطه بالقبض] (١) قبل التفريق.

و ما ذكره في منشأ الاشكال من اشتماله على بيع دين بدين حق، ان كان المراد من بيع الكالئ بالكالئ: بيع الدين بالدين، إلا أنه خلاف المعروف من كلامه فيما سيأتي بعد أسطر. و لم يذكر الوجه الآخر في منشأ الاشكال لظهوره، فهو إما العمومات الداله على الصحه، لكونه بيعا، أو يقال: هو الشك في كونه بيع الكالئ بالكالئ، إلا أنّ هذا وحده يكون منشأ الاشكال باعتبار طرفي الشك، إذا عرفت ذلك فلو تهاترا احتمل في الدروس الجواز (٢).

و وجه الاحتمال الآخر، أعنى: ما تشعر به العبارة من عدمه، أنه يستلزم الصرف، لأنّ الأداء عما في الذمه من غير الجنس، و هما من النقدين يقتضى ذلك.

قوله: (و يجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر، و يكون صرفا بعين و ذمه).

أى: استيفاء أحدهما بدلا من الآخر، و المراد: كونه صرفا بعين و ما في الذمه.

ص: ٢٠٠

١- ١) ما بين القوسين لم يرد في «م»، و أثبتناه من الحجرى، و هو الأنسب.

٢- ٢) الدروس: ٣٧٠.

و لو دفع القضاء على التعاقب من غير محاسبه، كان له الإندار بسعر وقت القبض و إن كان مثليا.

### **و: لو اشترى دينارا بعشره و معه خمسه جاز أن يدفعها عن النصف**

و: لو اشترى دينارا بعشره و معه خمسه جاز أن يدفعها عن النصف، ثم يقترضها و يدفعها عن الآخر ليصح الصرف و إن كان حيله.

### **ز: لو اشترى من المودع الوديعه عنده صح**

ز: لو اشترى من المودع الوديعه عنده صح، إذا دفع إليه الثمن في المجلس، سواء علما وجوده أو ظنا أو شكاً فيه، فان ظهر عدمه بطل الصرف.

### **ح: روى جواز ابتياع درهم بدرهم و شرط صياغه خاتم**

ح: روى جواز ابتياع درهم بدرهم و شرط صياغه خاتم، و لا- يجوز التعدييه. قوله: (و لو دفع القضاء على التعاقب من غير محاسبه، كان له الإندار بسعر وقت القبض و إن كان مثليا).

المراد: أنهما لم يتحاسبوا في وقت القضاء المتفرق في كل مره، إذ لو تحاسبوا عند الأخذ، لم يجز احتسابه بعسر الوقت.

و الإندار بالدال المهمله معناه: الاسقاط، أى: أنه يسقط مما في الذمه بسعر وقت القبض، لأنه لا يحتسب مما في يده إلا إذا كان من جنسه، فلا بد من اعتبار سعره بالجنس الآخر و إن كان مثليا، لأنّ اعتبار المثليه في التضمين، لا فيما إذا أخذ بدلا من جنس آخر.

و كذا القول في غير الصرف إذا وقع الاقتضاء في المثليات، و محل الاعتبار هو وقت الأخذ، لأنه وقت الاستيفاء، فيعتبر السعر حينئذ.

قوله: (روى جواز ابتياع درهم بدرهم و يشترط صياغه خاتم، و لا تجوز التعدييه).

الروايه رواها أبو الصباح الكنانى، عن ابى عبد الله عليه السلام قال: سألته



المقصد الرابع: في أنواع البيع:

و هي بالنسبه إلى الأجل أربعة، و إلى الإخبار برأس المال أربعة، و إلى مساواه الثمن للعرض قسمان.

فهنا فصول ثلاثه:

### الأول: العوضان إن كانا حالين فهو النقد

الأول: العوضان إن كانا حالين فهو النقد، و إن كانا مؤجلين فهو بيع الكالئ بالكالئ و هو منهي عنه، و إن كان المعوض حالاً خاصه فهو النسيئه و بالعكس السلف.

عن الرجل يقول للصائغ: صنع لي هذا الخاتم، و أبدلك درهما طازجا بدرهم غله، قال: «لا- بأس» (١). و الطازج النقي الخالص، معرّب أصله تاره.

و في كون ما ذكره هو المروى نظر، لأنّ الروايه تضمنت جعل ابدال الدرهم بالدرهم شرطا في الصياغه، لا البيع بشرط الصياغه، و قد نبه على ذلك المصنف في المختلف (٢)، و الشيخ (٣)، و ابن إدريس على الفتوى بجواز ذلك، و وجهه ابن إدريس بانتفاء الربا، لأنه الزيادة في العين، و هي منتفيه (٤)، و ذلك غير ظاهر، لأنّ الربا مطلق الزياده، سواء كانت عينا أو صفه، و الأصح عدم الجواز.

و لو قلنا بالجواز في هذه المسأله اعتبارا بهذه الروايه- لو صلحت دليلا- لم يعد الحكم الى غير ذلك، كاشتراط صياغه سوار مثلا، اقتصارا على موضع النص.

قوله: (و هي بالنسبه إلى الأجل أربعة.).

أنواع المبيع عشره، لأنّ العوضين: إما حالان و هو النقد، أو مؤجلان و هو الكالئ بالكالئ، أو الثمن حال و هو السلف، أو بالعكس و هو النسيئه، و لأنّ

١- (١) الكافي ٥: ٢٤٩ حديث ٢٠، [١] التهذيب ٧: ١١٠ حديث ٤٧١.

٢- (٢) المختلف: ٣٥٨.

٣-٣) النهايه: ٣٨١.

٤-٤) السرائر: ٢١٨.

## المطلب الأول: في النقد و النسيئه

المطلب الأول: في النقد و النسيئه:

إطلاق العقد و اشتراط التعجيل يقتضيان تعجيل الثمن، و اشتراط التأجيل في نفس العقد يوجبه بشرط الضبط، فلو شرطا أجلا من غير تعيين، أو عينا مجهولا كقدوم الحاج بطل.

و لو باعه بثمانين الناقص في مقابله الحلول أو قله الأجل، و الزائد في مقابله الأجل أو كثرته بطل على البائع إذا كان قد اشترى، فاما أن يبيع مساومه، أي: من غير أخبار برأس المال، أو معه بزياده و هي المرابحه، أو نقيصه و هي المواضعه، أو برأس المال و هي التوليه، و لأنّ العوضين إما أن يجب فيهما التساوى و هو الربا، أو لا فهو ما عداه.

و اعلم أنّ الكالئ بالكالئ بالهمزه معناه: النسيئه بالنسيئه، كذا فسره المتصدون لتفسير غرائب الحديث كابن الأثير في النهايه، قال فيه: أنه نهى عن الكالئ بالكالئ (١)، أي: النسيئه بالنسيئه، و ذلك ان يشتري الرجل شيئا الى أجل، فإذا حلّ الأجل لم يجد ما يقضى به، فيقول: بعنيه إلى أجل آخر بزياده شيء آخر، فيبيعه منه، و لا يجرى بينهما تقابض (٢).

قلت: يظهر من كلامه أن الكالئ بالكالئ: هو الدين بالدين، سواء كان مؤجلا أم لا، و إن كان أصل الماده دائرا على التأخير، كما يظهر من الفائق (٣) و الأساس (٤)، و لعل المراد به: الدين من حيث أن من شأنه التأخير، لكن على ما فسر به المصنف الكالئ لا يتجه بطلان ما تقدم من مصارفه ما في الذمم، لأنّ المنهى عنه هو الكالئ بالكالئ، لا الدين بالدين.

قوله: (و لو باعه بثمانين - إلى قوله - بطل على رأى).

ص: ٢٠٣

١- ١) الجامع الصغير ٢: ٢٩٨ حديث ٩٤٧٠، مستدرک الحاكم ٢: ٥٧.

٢- ٢) النهايه لابن الأثير ( [١] كلاً) ٤: ١٩٤.

٣- ٣) الفائق (كلاً) ٣: ٢٧٣.

٤- ٤) أساس البلاغه: ٣٩٦.

رأى. و لو باعه نسيئه، ثم اشتراه قبل الأجل بزياده أو نقيصه، حالا أو مؤجلا جاز إن لم يكن شرطه فى العقد. و لو حلّ فابتاعه بغير الجنس جاز مطلقا، و الأقرب أن الجنس كذلك، و قيل: تجب المساواه. و يجوز البيع نسيئه بزياده عن قيمته أو نقصان مع علم المشتري، و كذا النقد.

و قيل: يصح بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين تعويلا على روايه فى سندها قدح (١)، و الأصح العدم، لأن مقتضاها لزوم ما لم يتراضيا عليه مع ما فيها من الطعن.

قوله: (جاز إن لم يكن شرطه فى العقد).

فلو شرطه لم يجز، و علل بلزوم الدور، فإن انتقاله عن الملك موقوف على حصول الشرط، و حصوله موقوف على انتقال الملك. و فيه نظر، لأن الموقوف على حصول الشرط هو اللزوم لا- الانتقال. و علل أيضا بعدم حصول القصد الى نقله عن البائع. و ليس بشىء، لأن الفرض حصوله، و اراده شرائه بعد ذلك لا ينافى حصول قصد النقل، و إلا لم يصح إذا قصدا ذلك، و إن لم يشترطه.

قوله: (و الأقرب ان الجنس كذلك، و قيل: تجب المساواه).

لا فرق بين الجنس و غيره على الأصح، و الروايه بالمنع (٢) غير صريحه فى المدعى، و محموله على الكراهه.

قوله: (و يجوز البيع بزياده عن قيمته، أو نقصان مع علم المشتري).

لا خلاف فى هذا الحكم إلا فى بعض صورته، ذكره فى المختلف، (٣) و يفهم

ص: ٢٠٤

١- (١) الكافي ٥: ٢٠٦، حديث ١، الفقيه ٣: ١٧٩، حديث ٨١٢، التهذيب ٧: ٤٧، حديث ٢٠١.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٢٣٠، حديث ١٠٠٥، سنن الترمذى ٢: ٣٥٠، حديث ١٢٤٩، الجامع الصغير للسيوطى ٢: ٢٨٦، حديث ٩٣٦٠.

٣- (٣) المختلف: ٣٥٩.

و لو شرط خيار الفسخ إن لم ينقده في مده معينه صح، و لو شرط أن لا بيع إن لم يأت به فيها، ففي صحة البيع نظر، فان قلنا به بطل الشرط على إشكال. من العبارة أنه إذا لم يعلم المشتري لا يجوز البيع، و ليس كذلك بل يجوز مطلقا، و ان كان مع الجهالة له خيار الغبن.

قوله: (و لو شرط أن لا بيع إن لم يأت به فيها، ففي صحة البيع نظر).

ينشأ: من عموم دلائل صحة البيع، و أنه يجري مجرى اشتراط الخيار و من أن صحة البيع تقتضى صحة الشرط، فيلزم على تقدير عدم الإتيان به عدم البيع، عملا بالشرط، فيكون حين العقد حصول البيع و عدم حصوله على حد سواء، فلا يكون الواقع سببا صحيحا في البيع فيكون باطلا، و لأنه شرط ينافى مقتضى العقد، لأنه يقتضى ارتفاعه بعد وقوعه، و هو معلوم البطلان، و البطلان أظهر.

قوله: (فان قلنا به بطل الشرط على إشكال).

أى: فان قلنا بالبيع الواقع كذلك، أى: بصحته بطل الشرط، و منشأ الاشكال: من أن مقتضاه عدم وقوع البيع على أحد التقديرين، و هو خلاف الواقع فلا يكون صحيحا، و من أنه بمنزلة اشتراط الخيار، و هذا الإشكال يبنى على شيئين:

الأول: أن العقد المشتمل على هذا الشرط صحيح، إذ لو قلنا بفساده لفسد الشرط قطعاً، و هذا يبنى على شيء آخر، و هو الشيء الثانى، ان بطلان الشرط لا يفضى الى بطلان العقد، إذ لو قيل بذلك لزم من القول بصحة العقد صحة الشرط، لأنّ الفرض أن بطلانه يقتضى بطلان العقد فلا يجىء الاشكال.

و الأصح بطلانهما، فإنّ بطلانه يقتضى بطلان العقد.

إشارة

المطلب الثاني: في السلف: وفيه بحثان:

الأول: في شرائطه

الأول: في شرائطه: وهي سبعة:

الأول: العقد

الأول: العقد:

ولا بدّ فيه من إيجاب، كقوله: بعثك كذا، صفته كذا، إلى كذا، بهذه الدراهم و ينعقد سلماً لا يبيعا مجرداً، فيثبت له وجوب قبض رأس المال قبل التفرق قوله: (و لا بدّ فيه من إيجاب، كقوله: بعثك كذا صفته [كذا] [\(١\)](#) إلى كذا بهذه الدراهم).

والذي يقع منه هذا الإيجاب هو المسلم إليه، أعني: البائع، وذلك لأنه يبيع موصوفاً في الذمه إلى أجل.

قوله: (و ينعقد سلماً، لا يبيعا مجرداً).

أى: ينعقد هذا العقد الواقع بلفظ البيع سلماً، لأنه قد اشتمل على بيع عين موصوفة إلى أجل بثمن حال، وذلك هو السلم، و كونه بلفظ البيع لا يضر، لأنّ البيع جنس للسلم وغيره، فإذا قيد بقيود السلم تمحض له، و لا يكون ذلك يبيعا مجرداً عن كونه سلماً. وإنما قيد بقوله: (مجرداً)، لأنّ السلم يبيع كما عرفت، فلو نفاه و أطلق لم يكن صحيحاً، فيكون (مجرداً) صفه لقوله: (بيعا)، و إن كان استفادته هذا المعنى من قوله: (مجرداً) لا يخلو من شيء.

قوله: (فيثبت له وجوب قبض رأس المال قبل التفرق).

هذا متفرع على كونه ينعقد سلماً، إذ لو كان يبيعا مجرداً لم يثبت له وجوب قبض الثمن قبل التفرق، لأنّ ذلك من الأحكام الخاصة بالسلم، و لو جعل قوله:

(مجرداً) صفه لقوله: (سلماً) على أنّ المعنى (و ينعقد سلماً) مجرداً عن ذكر السلم، لكان نفى كونه يبيعا غير مستقيم.

١-١) لم ترد في «م»، و أثبتناه من خطيه القواعد لضروره السياق.

نظرا إلى المعنى لا اللفظ، أو أسلمت، أو أسلفت، أو ما أدى المعنى. و الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم، فيقول: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار. قوله: (نظرا إلى المعنى، لا اللفظ).

تعليل للحكم بانعقاده سلما لا- بيعا مجردا، و محصله: أنّ ذلك في المعنى سلم و إن كان اللفظ البيع. و لا- يحتاج إلى هذا التكلف، لأن السلم بيع، فوجود لفظ البيع في العقد لا يقتضى أن لا يكون سلما، فليس في اللفظ ما ينافي كونه سلما أصلا، بل البيع الموصوف إلى أجل هو السلم، غايه ما في الباب أن اللفظ المخصوص غير موجود.

قوله: (أو أسلمت، أو أسلفت، أو ما أدى هذا المعنى).

المراد: أسلمت، أو أسلفت إليك كذا في كذا إلى كذا، و هاتان العبارتان إنما تقعان من المسلم أعنى: المشتري، لا المسلم إليه و هو البائع، إذ لا يعقل معناه بالنسبة إلى البائع، فإن الذي يسلم الشيء في الشيء هو المشتري، و قد صرح بذلك في الدروس (1).

قوله: (و الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم، فيقول: اسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار).

أى: يقول ذلك البائع، فيكون المسلم هو المبيع، و المسلم فيه هو الثمن.

و وجه القرب: أنّ الإيجاب في البيع يصح بكل ما أدى ذلك المعنى المخصوص، كما سبق صحته كملكتك، كذا بكذا.

و لا- ريب أنّ السلم أقرب إلى البيع من التمليك، لأنه شائع في الهبة، فإذا انعقد بالأبعد لتأديته المعنى المراد، فبالأقرب إذا أده أولى. و يحتمل -ضعيفا- البطالان، لأنّ ذلك مجاز بالنسبة إلى البيع الذي ليس سلما، و العقود اللازمة لا تثبت بالمجازات. و فيه منع، لأننا قد بينا أنّ إيجاب البيع يصح بكل لفظ أدى

ص: ٢٠٧



و كذا لو قال:بعتك بلا ثمن،أو على أن لا ثمن عليك،فقال:

قبلت،ففى انعقاده هبه نظر،ينشأ:من الالتفات إلى المعنى،و اختلال اللفظ. ذلك المعنى كملككتك،و هذا أقرب فى التأديه كما قلناه.

لا يقال:فيصح بلفظ الخلع و الكتابه،لأننا نقول:هذان لا يتأدى بهما معنى البيع إلا بتكلفت و قرائن أجنبيه،و هما حقيقتان فى معنى آخر،و مجاز فى البيع من أبعد المجازات،و المجاز لا ينعقد به البيع كما قررناه.

قوله: (و كذا لو قال:بعتك بلا ثمن،أو على أن لا ثمن عليك، فقال:قبلت،ففى انعقاده هبه نظر).

ينشأ من وجود لفظ البيع المقتضى للثمن،و وجود المنافى لصحته و هو اشتراط عدم الثمن فيكون بيعا فاسدا،و من أن التقييد حينئذ بعدم الثمن قرينه إرادته الهبه من لفظ البيع،لأن الهبه هى التمليك بغير عوض،فهو مساو لها فى المعنى.

و يضعف بان استعمال البيع فى الهبه مجاز لم ينقل مثله،و لا- بد فى التجوز من النقل،فلا- تكفى العلاقه،و من ثم امتنع نخله للإنسان الطويل.و ربما قيل بأنه إن قصد البيع بطل،و ان قصد الهبه صحت.

و يشكل الثانى بأن مجرد القصد غير كاف من دون حصول السبب الشرعى،و لا استبعاد القول بالبطلان.

قوله: (ينشأ من الالتفات إلى المعنى و اختلال اللفظ).

أى:من الالتفات الى معنى مجموع العقد الواقع،و إذا اجتمع معنى الجميع على وجه لا- يتنافى كان معناه التمليك بغير عوض،و من أن اللفظ مختل،لأن البيع يقتضى الثمن،و التقييد بعدمه ينافيه.

و يضعف الأول،بأنه انما يندفع التنافى إذا عدل باللفظ عن مدلوله الى ما لا يدل عليه دليل سوى التنافى،و هذا غير كاف فى الصحه،و على هذا فلا يبطل شىء من العقود المشتمله على ما ينافيها،لوجود المندوحه فى العدول به الى ما لا ينافى.

و هل يكون مضمونا على القابض؟ فيه إشكال، ينشأ: من كون البيع الفاسد مضمونا، و دلالة لفظه على إسقاطه. أما لو قال: بعته و لم يتعرض للثمن، فإنه لا يكون تملিকা و يجب الضمان.

## الثانى: معرفه وصفه

الثانى: معرفه وصفه:

و يجب أن يذكر اللفظ الدال على الحقيقه كالحنطه مثلا، ثم يذكر كل وصف تختلف به القيمه اختلافا ظاهرا لا يتغابن الناس بمثله فى السلم، بلفظ ظاهر الدلاله عند أهل اللغه، بحيث يرجعان إليه عند قوله: (و هل يكون مضمونا على القابض؟ فيه إشكال، ينشأ: من كون البيع الفاسد مضمونا، و دلالة اللفظ على إسقاطه).

أى: على إسقاط الضمان من حيث اشتراط عدم الثمن.

قيل: البيع يقتضى الثمن، و اشتراط عدم الثمن ينفيه، و قد تعارضا، فأقصى حالاتهما التساقط، و يرجع الى حكم الأصل و هو ثبوت الضمان فى اليد حتى يثبت المسقط.

قلنا: هذا إذا تكافئا، و لا ريب أن ما دل بمنطوقه مطابقه أقوى مما يدل ضمنا، و نفى الثمن مدلول عليه بالمطابقه بخلاف إثباته. و قيل: إن قصد الهبه فلا ضمان، و الا ثبت. و ليس بمستبعد، لأن أقل ما فيه أن يكون هبه فاسده، و هى غير مضمونه.

قوله: (ثم يذكر كل وصف تختلف به القيمه اختلافا ظاهرا، لا يتغابن الناس بمثله فى السلم).

المراد بقوله: (اختلافا ظاهرا) مفسر بقوله: (لا يتغابن الناس بمثله)، و قوله: (فى السلم) للاحتراز، فإنه قد يقع التغابن فى السلم بما لا يتغابن به فى غيره، و بالعكس.

قوله: (بلفظ ظاهر الدلاله عند أهل اللغه، بحيث يرجعان إليه عند

الاختلاف. و لا يجب فى الأوصاف الاستقصاء إلى أن يبلغ الغايه لعسر الوجود، بل يقتصر على ما يتناوله الاسم.

فلو أفضى الإطناب إلى عزه الوجود، كالألئى الكبار التى تفتقر إلى التعرض فيها للحجم و الشكل و الوزن و الصفاء، و اليواقيت، و الجاريه الحسناء مع ولدها إلى ما أشبهه، لم يصح و إن كان مما يجوز السلم فيه، لأدائه إلى الاختلاف).

المراد بظهور دلالة: ما قيده بقوله: (بحيث). و لا- يختص الحكم بذى الدلاله عند أهل اللغه، إذ ما تعتبر دلالة عند أهل العرف كذلك، و إنما يمكن الرجوع إليه إذا كان مستفاضاً، أو يشهد به عدلان، على ما سيجىء فى كلامه.

و الحق اعتبار الاستفاضه حتى لا يكون العلم به عسرا.

قوله: (و لا يجب فى الأوصاف الاستقصاء إلى أن يبلغ الغايه، لعسر الوجود).

هذا التعليل غير تام، لأنه يقتضى عدم الجواز، مع أنه تعليل لعدم الوجوب، و أيضا فإن بلوغ الغايه قد لا يؤدى الى عسر الوجود لكنه لا يجب، لان الواجب ما تندفع به الجهاله، و هى الأوصاف التى تتفاوت قيمه بتفاوتها تفاوتاً لا يتغابن الناس بمثله.

قوله: (فلو أفضى الإطناب إلى عزه الوجود، كالألئى الكبار التى تفتقر إلى التعرض فيها للحجم، و الشكل، و الوزن، و الصفاء، و اليواقيت، و الجاريه الحسناء مع ولدها، إلى ما أشبهه، لم يصح).

أما إذا أفضى الإطناب الى عزه الوجود فإنه لا يصح، لأنّ عقد السلم عقد مبنى على الغرر، لأنه بيع ما ليس بمرئى، فإذا كان عزيز الوجود و كان مع الغرر مؤدياً إلى الخصومه و النزاع و الفسخ، فكان منافياً للمطلوب فلا يصح، إلا أنّ

الأشياء منها ما لا يمكن السلم فيه، لأن صفاته التي تتفاوت قيمه باعتبارها تفاوتاً بينا كثيرة، إذا عدت أدى إلى عسر وجوده، وبدونها لا يحصل العلم بوصفه.

فمن ذلك كبار اللائى فإنه يمتنع السلم فيها، إذ معظم صفاتها تتفاوت القيم باعتبارها أشد تفاوت، فإن لم تذكر جمعياً حصلت الجهالة، وإن ذكرت عز وجودها فامتنع السلم فيها.

وكذا اليواقيت بخلاف صغار اللائى، لعدم اعتبار أكثر الصفات حينئذ، اكتفاء بالوزن والعدد مع تعدد بعض الصفات، فمن ثم جاز السلم فى صغارها دون كبارها، كما سيأتى.

ولا كذلك اليواقيت، لاعتبار الصفات فى كبارها و صغارها، حتى لو فرض الاكتفاء فى بيع صغارها بالوزن لألحقناها باللائى.

ومنها ما يمكن السلم فيه، لأن صفاته التي تتفاوت قيمه باعتبارها كذلك يمكن ضبطها، فهذه إن استقصى فيها لم يصح، وإلا صح كالجارية الحسنة مع ولدها، فإن وصفها بصفات تفضى إلى عزه الوجود، بان يصف أعضائها و ولدها كذلك، بخلاف ما لو لم يصفها بما يصيرها كذلك، فإنه يصح إذا استوفى الصفات التي بها تتفاوت قيمه تفاوتاً بينا.

ويمكن أن يقال: إن وجود الجارية الحسنة - أى: التي تطلب لأجل الحسن، وهى السرية - مع ولدها الذى تعتبر فيه الصفات الرافعة للجهالة، أو أمها، أو عمها، و نحو ذلك، مما يعز وجوده و يعسر تحصيله، فيمتنع السلم فيها و ان لم يستقصى فى أوصافها، بخلاف الجارية التي تطلب للخدمه، لأن أوصافها أقل من أوصاف المطلوبه للحسن، وهذا هو المتبادر من عباره المصنف.

و إن كان الضابط المذكور فى كلامه و كلام غيره - من أن المعيار فى جواز السلم إمكان الوصف الذى به تتفاوت القيمه، و لا يؤدى إلى عسر الوجود - يقتضى أنه لو أمكن وصفها بصفات المعتره، و لم يؤد إلى عسر الوجود جاز السلم فيها.

عسر التسليم، و الأقرب جوازه فى اللآكئ الصغار مع ضبط وزنها و وصفها لكثرتها.

و يجوز اشتراط الجيد و الردىء و الأردأ على إشكال-ينشأ من عدم ضبطه، و الحق أنّ الجزم بأنّ الجاربه المطلوبه للحسن متى وصفت-كما سيأتى- بالصفات المعبره عزّ وجودها غير ظاهر، و كذا ما أشبه هذه الأشياء، فقول المصنف: (الى ما أشبهه) معناه: مضافا الى ما أشبهه.

إذا عرفت ذلك ففى عباره الكتاب مناقشه، لأنها تقتضى أنّ الجواهر الكبار مما لا يصح السلم فيها إذا استقصيت أوصافها، نظرا الى قوله: (بل يقتصر على ما يتناوله الاسم، فلو أفضى الإطناب.)، لأنّ مقتضى العباره أنّ هذه من الصور التى يقتصر فيها على ما يتناوله الاسم، و إن كان مقتضى قوله: (التى تفتقر الى التعرض.) أنّ هذه و أمثالها لا بد فيها من التعرض إلى الأوصاف المفضيه إلى عسر الوجود، لأنّ صفاتها التى بها تختلف قيمه كثيره جدا، و مقتضى عطفه اليواقيت عليها يقتضى إلحاقها بها فى حكمها، لأنّ جميعها تتفاوت قيمتها بالأوصاف الكثيره، و لا يكفى فهياً نحو الوزن، و كذا الجاربه الحسناء، مقتضى عبارته أنه لا يجوز السلم فيها مطلقا، و فيه ما عرفت.

قوله: (و الأقرب جوازه فى اللآكئ الصغار.).

وجه القرب: أنها تباع وزنا، و لا تعتبر فيها صفات كثيره تتفاوت قيمه بها تفاوتا بينا، بخلاف الكبار، و ضابط الصغار كل ما يباع بالوزن، و لا تلاحظ فيها الأوصاف الكثيره عرفا، و تحديد بعض إياها بما يطلب للتداوى دون التزين، أو ما يكون وزنه سدس دينار رجوع الى ما لا دليل عليه.

قوله: (و الأردأ على إشكال، ينشأ من عدم ضبطه.).

فإنّ ما من ردىء إلا و يمكن أردأ منه، و الوجه الثانى يستفاد من قوله:

(و قبض الجيد.) و بيانه: أنّ له مرجعا فلا يكون غير منضبط، لوجوب قبض

و وجوب قبض الجيد لا يقتضى تعيينه عند العقد-لا الأجود.

و كل ما يمكن ضبط أوصافه المطلوبه يصح السلم فيه و إن كان مما تمسه النار، فيجوز في عيدان النبل قبل نحتها لا المعمول، و الخضر، و الفواكه، و ما تنبتة الأرض، و البيض، و الجوز، و اللوز، و كل أنواع الحيوان، و الأناسى، و اللبن، و السمن، و الشحم، و الطيب، و الملبوس، و الأشربه و الأدويه و إن كانت مركبه إذا عرفت بسائطها، و فى جنسين مختلفين ينضبط كل منهما بأوصافه، و فى شاه لبون- لا- تجب ذات لبن، بل ما من شأنها- الجيد فى باب السلم، فإذا أتى برديء فإن كان هو الارداً فلا بحث، و إلا وجب قبضه، لأنه جيد بالإضافه إلى الارداً.

و قوله: (و وجوب قبض الجيد). جواب عن هذا، تقريره: وجوب قبض الجيد لا- يصير الارداً مضبوطاً عند العقد و متعيناً، بل لا يقتضى كونه مضبوطاً فى وقت أصلاً.

و قد عرفت أنّ ضبط المسلم فيه شرط لصحة السلم، أما أنه لا يقتضى ضبطاً فلانه ليس من أفراده، و يزيده أيضاً حساً أنه لو امتنع من أداء المسلم فيه، لم يتمكن الحاكم من إجباره، لأنّ الأردأ غير مضبوط ليحبر على تسليمه، و الجيد غير مستحق عليه، و هذا ظاهر، فلا يجوز السلم فى الارداً، و هو الأصح.

قوله: (فيجوز فى عيدان النبل قبل نحتها لا المعمول).

هذا متفرع على قوله: (و كل ما يمكن ضبط أوصافه.)، و إنما جاز السلم فى غير المنحوت لإمكان ضبطه، لكن لا بد من التقدير بالوزن، أو العدد، أما المعمول فلا يجوز، سواء كان عليه ريش أم لا، لعدم إمكان ضبطه، لأن أطرافه خفيفه و وسطه ثخين مع كونه مخروطاً فلا يمكن ضبطه.

قوله: (و فى شاه لبون، و لا تجب ذات لبن، بل ما من شأنها).

هذا رد على الشافعى، حيث منع فى أحد قولييه من السلف فى شاه لبون،

و فى شاه ذات ولد أو جاربه كذلك على رأى، أو حامل على إشكال ينشأ محتجا بأنه بمنزله السلم فى حيوان معه لبن مجهول (١)، و ليس بجيد، لأنّ الواجب ما من شأنها أن يكون لها لبن و إن لم يكن لها لبن فى حال البيع، حتى لو كان لها لبن حينئذ لم يجب تسليمه، بل له أن يحلبها و يسلمها.

فعلى هذا يكون المراد باللبن: ما لها لبن بالقوه القريبه من الفعل، حتى لو دفع شاه حائلا أو حاملا لم يجب القبول.

نعم لو دفع حاملا- تضع بعد ساعه، قد در اللبن فى ضرعها أمكن وجوب القبول، فإنهم ذكروا هذا التفسير فى اللبن ردا على الشافعى، حيث فسرهما بما لها لبن بالفعل، فممنع من السلف فيها.

قوله: (و فى شاه ذات ولد، أو جاربه كذلك على رأى).

هذا هو الأصح، لإمكان ضبط صفاتها المعتره فى السلم، و عدم أدائه إلى عسر الوجود، و منع الشيخ من ذلك (٢)، و هو ضعيف، و المراد: أن يكون الولد منفصلا، لأنّ الحمل سيذكره.

و اعلم أنّ ظاهر كلامه السابق: من أنّ السلم فى الجاربه الحسناء مع ولدها لا يجوز، يقتضى أن تكون هذه مقيده بكونها غير حسناء، و هى الجاربه المطلوبه للخدمه كالزنجيه، دون المطلوبه للتسرى.

إلا- أن تحمل عبارته السالفه على أنّ المراد: المنع من الجاربه الحسناء مع ولدها إذا استقصى فى أوصافها، فتكون هذه على إطلاقها، إلا أنه يرد عليه عدم الاحتياج فى التصور الى ذكر الولد، لأنّ الاستقصاء فيها وحدها مانع و إن لم يكن معها ولد.

قوله: (أو حامل على اشكال، ينشأ من الجهل بالحمل).

ص: ٢١٤

١- (١) الأم ٣: ١٢٠، التلخيص الحبير فى تخريج الرفع الكبير المطبوع مع المجموع ٩: ٢٨٣.

٢- (٢) المبسوط ٢: ١٧٦.

من الجهل بالحمل، و المختلطه المقصوده الأركان إذا أمكن ضبطها كالعتابي، و الخز الممتزج من الإبريسم و الوبر، و الشهد إذ الشمع كالتوى، و كذا كل ما لا يقصد خليطه كالجبين و فيه الأنفحة، و دهن البنفسج، و البان، و الخل و فيه الماء، و الصفر، و الحديد، و الرصاص، و النحاس، و الزئبق، و الكحل، و الكبريت. و من أنه تابع فاعتفرت جهالته، و لهذا جاز بيعه مع الام، و هو الأصح.

قوله: (و المختلطه المقصوده الأركان).

احترز به عما لا يقصد بعض أجزائه، كالماء فى الخل.

قوله: (كالعتابي).

هو قماش معروف، منسوب الى عين تاب بلد بالشام، أدغمت النون فى التاء.

قوله: (و الخز الممتزج من الإبريسم، و الوبر).

ضمن الممتزج معنى المختلط فعده ب(من)، و حقه التعديه بالباء، يقال:

امتزج كذا بكذا.

قوله: (و دهن البنفسج، و البان).

و إن كان فيهما أجزاء من الطيب، لأن المقصود هو الدهن المخلوط لا الخليط، و لهذا لو مزج السمسم بالبنفسج و نحوه، ثم اعتصر حصل المراد من دهن البنفسج.

قوله: (و الصفر، و الحديد، و الرصاص، و النحاس، و الزئبق، و الكحل، و الكبريت).

يمكن عطف هذا على ما تقدم مما يجوز السلم فيه، إذا ضبطت أوصافه، و يمكن عطفه على المختلط الذى لا يقصد خليطه، فإن كل واحد لا يخلو من مخالطه جز من معدن آخر، أو تراب، أو نحو ذلك.

و اعلم أن الصفر بضم الصاد المهمله، قال فى الجمهره: و الصفر: هو



و كل ما لا يمكن ضبطه بالوصف لا يصح السلم فيه، كاللحم مطبوخه و تبه، و الخبز، و الجلود، و الجواهر التي يعسر ضبطها.

## فروع

فروع:

### أ: يجب أن يذكر في الحيوان

أ: يجب أن يذكر في الحيوان: النوع، و اللون، و الذكور أو الأنوثة، و السن.

و في الأناسي: زياده القدر كرباعي، أي: أربعة أشبار، أو خماسي، الجوهر الذي تسميه العامه الصفر، و ضبط الصاد في الأولى بالضم، و في الثانيه بالكسر، و الرصاص بفتح الراء، و النحاس بضم النون، و الزئبق بكسر الزاء و الباء مع الهمز، كذا ضبطه في الجمهره.

قوله: (و الجواهر التي يعسر ضبطها).

يمكن أن تكون جملة الصله و موصولها جملة كاشفه، فيكون منعا من سلف جميع الجواهر، و العله ما أشار إليها من عسر ضبط الصفات.

و يمكن أن يكون للاحتراز، فيكون ما يفرض ضبطه من غير عسر فيه، و لا إفضاء الى عزه وجوده جائز السلم ليس ببعيد، فان نحو العقيق لا يتفاوت الحال في قيمته بتفاوت صفاته تفاوتاً بيننا كاللآلئ الكبار فيجوز السلم فيه، و به أفتى في الدروس (١).

قوله: (كرباعي، أي: أربعة أشبار، و خماسي).

الرباعي و الخماسي بضم أوله، و تعرض لتفسيره بما ذكره، للرد على بعض العامه الذين نزلوه على اراده السن، أي: ابن أربع سنين، أو خمس، و نزلوا ذكر السن على وصف الأسنان، كأن يقول: مفلج الثغر، و نحو ذلك (٢)، و ليس بشيء، لأن التعرض الى وصف عضو لا يجوز، لعزه الوجود.

ص: ٢١٦

١- (١) الدروس: ٣٥٤.

٢- (٢) انظر: تلخيص الحبير في تلخيص الرافع الكبير المطبوع مع المجموع ٢٨٣: ٩، و فتح العزيز مع المجموع ٢٩١: ٩، و الأم ٩٥: ٣.

فيقول: عبد تركي، أسمى، ابن سبع، طويل أو قصير أو ربع، و ينزل كل شيء على أقل الدرجات. ولا يجوز وصف كل عضو للعضو، و الأقرب جواز اشتراط ما لا يعز وجوده و إن كان استقصاء، كالسمن و الجعوده. قوله: (أو ربع).

رجل ربع و مربع و ربعه، إذا كان معتدل الخلق كما في الجمهره (١).

قوله: (و ينزل كل شيء على أقل الدرجات).

فإذا أتى بما يقع عليه اسم الوصف المشروط و جب القبول، و لم يكن للمسلم المطالبه بدرجه أعلى، لأن المدار على صدق الاسم و الدرجات لا نهايه لها، و أراد بقوله: (و ينزل كل شيء): جميع الأوصاف الجاربه في عقد السلم.

قوله: (و الأقرب جواز اشتراط ما لا يعز وجوده و إن كان استقصاء كالسمن، و الجعوده).

هذا هو الأصح، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٢)، و يحتمل وجوب اشتراط ذلك، لأن هذه الصفات مقصوده و تفاوت باعتبارها القيمه.

و المفهوم من العبارة: أن مقابل الأقرب احتمال عدم الجواز، و هو الذي فهمه الشارحان (٣) و لا وجه له، لما سبق من أن ضابط الاستقصاء المانع من الصحه: ما أفضى إلى عسر الوجود، قال في التذكرة: و بالجملة الضابط عزه الوجود و تعذره، فيبطل معه و يصح بدونه (٤)، و عبارته التذكرة يظهر منها أن الاشكال في الوجوب و عدمه، و هو الذي يقتضيه النظر، فإن المنع لا يعقل وجهه.

ص: ٢١٧

١- (١) في «م»: جمهره، و ما أثبتناه أنسب للسياق.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، الخلاف ١: ٥٠٨، عوالي اللآلي ١: ٢١٨ حديث ٨٤.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ١: ٤٤٠.

٤- (٤) التذكرة ١: ٥٥٠. [١]

و يرجع فى السن إلى الغلام مع بلوغه، و مع صغره إلى السيد، فان جهل فإلى ظنّ أهل الخبره. و لو اختلف النوع الواحد فى الرقيق و جب ذكر الصنف، و لو اتحد لونه كفى نوعه عنه. قوله: (و يرجع فى السن الى الغلام مع بلوغه، و مع صغره الى السيد، فان جهل فإلى ظنّ أهل الخبره).

استشكل فى التحرير الرجوع الى قول الغلام (١)، و الذى يظهر أنّ الاشكال (٢) فى الرجوع الى قوله و قول السيد، فإنه ليس المفهوم من الرجوع الى قوله إلا- و جوب القبول، بحيث لا يكون للمسلم رده و المطالبه بغيره، و ذلك بعيد عن قوانين الشرع، بل الذى ينبغى أن يقال: إذا لم يصدق المسلم، و لم يمكن إقامة البينه يرجع الى ظنّ أهل الخبره.

و الظاهر لا تشترط العدالة، لأنّ اشتراطها يفضى الى العسر، و قد يفضى الى تعذر التسليم. إذا عرفت هذا فالذى ينزل عليه اشتراط كونه ابن سبع و نحوه، هو أن يكون فى السنه السابعه مثلاً، و لا يتفاوت الحال بزياده أو نقصان فى السنه، إذ لو اعتبر مقدار معين فى السنه لم يجز اشتراطه، لإفضائه إلى عسر الوجود.

قوله: (و لو اختلف النوع الواحد فى الرقيق و جب ذكر الصنف).

المراد بالنوع هنا: ما عدا فى العرف نوعاً كالتوبى و الحبشى، فلو كان هذا أصنافاً مختلفه فلا بد من التعرض الى المراد.

قوله: (و لو اتحد لونه كفى نوعه عنه).

أى: إن اتحد لون النوع كفى ذكر النوع عن اللون، للتلازم فى العاده، فيعرف من هذا أنّ اللون إذا تعدد فى النوع الواحد، فلا بد من التعرض اليه، و ربما حملت العبارة على عود ضمير (عنه) الى الصنف، و هو خلاف المفهوم منها، مع أنه

ص: ٢١٨

١- ١) تحرير الأحكام ١٩٤: ١. [١]

٢- ٢) فى «م»: الإشكالات، و الأنسب ما أثبتناه.

ب: يذكر في الإبل: الذكور أو الأنوثة، و السن كبنيت مخاض، و اللون كالحمره، و النوع كنعم بنى فلان أو نتاجهم بختى أو عربى، إن غير مطابق للحكم، فإن اتحاد اللون لا يكفى عن ذكر الصنف فى النوع مع الاختلاف.

و هل يجب التعرض فى الجاريه إلى البكاره و الثيوبه؟ اشكال، قال فى التذكرة: لا يجب الا مع اختلاف القيمة باختلافهما اختلافا بينا (١).

قوله: (و النوع كنعم بنى فلان، أو نتاجهم).

أى: و نتاج بنى فلان، و المراد به: ما ينتج عندهم كطى بنى قيس، و إنما يصح ذلك بشرطين:

أحدهما: أن يكون المنسوب إليهم كثيرين، فلو كانوا قليلين كان ذلك كاشتراط الثمره من بستان بعينه فلا يصح، لأنه يشترط فى المسلم فيه عموميه الوجود.

الثانى: أن يكون للمنسوب إليهم نتاج معروف غير قليل، فلا يصح بدون ذلك، فقوله: (إن كثروا) شرط لتعين النوع بنعم بنى فلان، و معناه: أنه لا بد من تعيين النوع، و من صور تعيينه نسبه الإبل إلى بنى فلان، أو نتاجهم بالشرطين المذكورين، و ذلك كما لو عين النوع ببختى أو عربى.

و البختى بضم الباء، و إسكان الخاء المعجمه، و تشديد الياء، و واحد البخاتى: و هى الإبل الخراسانيه، فقول المصنف: (كبختى، أو عربى) معناه: تعين نوعها بنعم بنى فلان و نتاجهم، كما يعينه ببختى أو عربى. هذا على ما فى بعض النسخ من وجود الكاف، فأما ما لا- كاف فيها ففى صحه العبارة فيه تكلف، لأنه لا يستقيم [كونه بدلا، إذ كل من المذكورين مقصود على تقدير التعيين به، و لا يستقيم] (٢) له معنى غير ذلك، إلا بارتكاب تعسف.

ص: ٢١٩

١- ١) التذكرة ٥٥٢: ١. [١]

٢- ٢) ما بين المعقوفتين لم يرد فى النسخ الخطيه، أثبتناه من الحجره لاقتضاء السياق له.

كثروا و عرف لهم نتاج، و إلا بطل، كنسبه الثمره إلى بستان.

و فى الخيل: السن، و اللون، و النوع كعربى أو هجين، و لا يجب التعرض للشياه، كالأغر و المحجل.

و فى الطيور: النوع، و الكبر و الصغر من حيث الجثه، و لا نتاج للبغال و الحمير، بل يذكر عوضه النسبه إلى البلد.

### ج: يذكر فى التمر أربعة أوصاف

ج: يذكر فى التمر أربعة أوصاف: النوع كالبرنى، و البلد إن اختلف الوصف كالبرى، و القدّ كالكبار، و الحدائنه أو العتق. قوله: (و النوع كعربى أو هجين).

العربى: هو كريم الأبوين، و الهجين: هو كريم الأب خاصه، و عكسه المقرف.

قوله: (و لا يجب التعرض للشيات).

و هى جمع شيه، و هى فى الأصل مصدر و شاه و شياه و شيه: إذا خلط بلونه لونا آخر، و الأغر هو: ذو البياض فى وجهه، و المحجل: ذو البياض فى قوائمه، أو فى رجليه، أو إحداهما مع اليدين، أو إحداهما، و لا يقال: محجل لذى البياض فى اليدين خاصه، نص عليه فى القاموس (١).

قوله: (و لا نتاج للبغال و الحمير).

أى: لا يتنوع أحدهما بكونه نتاج بنى فلان، بخلاف الإبل و الخيل، و أما الغنم و البقر فان عرف لها نتاج فكالإبل، و الا فكالبغال.

قوله: (و الحدائنه و العتق).

هى ضد الحدائنه، قال فى التذكرة فى السمن، و أنه حديث أو عتيق (٢)، و إطلاقه يقتضى الحديث، لأنّ العتيق معيب، فمقتضاه جواز السلم مع إطلاقه.

ص: ٢٢٠

١- ١) القاموس المحيط (حجل) ٣: ٣٥٥.

٢- ٢) التذكرة ١: ٥٥٢. [١]

و فى البرّ و غيره من الحبوب:البلد،و الحدائه و العتق،و الصرابه أو ضدها. و العسل:البلد كالمكى،و الزمان كالريعى،و اللون،و ليس له إلا مصفى من الشمع. و فى السمن:النوع كالبقرى،و اللون كالأصفر،و المرعى،و الحدائه أو ضدها.  
و فى الزبد:ذلك،و أنه زبد يومه أو أمسه. و فى اللبن:النوع،و المرعى،و يلزمه مع الإطلاق حليب يومه.

### د:يذكر فى الثياب ثمانية

د:يذكر فى الثياب ثمانية:النوع كالكتان،و البلد،و اللون، و الطول،و العرض،و الصفاقه،و الرقه،و النعومه أو أضدادها.  
قوله: (و الصرابه أو ضدها).

المراد بالصرابه:كونها خالصه من خليط آخر كتراب و نحوه،و لم أظفر له بمعنى فى اللغه،و كأنه خطأ.  
قوله: (و ليس له إلا مصفى من الشمع).

لأنّ الشمع ليس عسلا،و قد اعتيد تصفيته.

قوله: (و فى السمن:النوع-الى قوله:-و المرعى).

الظاهر أنّ الرجوع فى المرعى الى قول أهل الخبره،و على ما سبق فى الغلام -من الاكتفاء بقول السيد-ينبغى هنا أن نكتفى بقول المسلم اليه.

قوله: (و فى الزبد ذلك،و أنه زبد يومه أو أمسه).

لأنّ أجزاء اللبن مخالطه له،فإذا تجاوز يومه ربما حصل فيه حموضه.

قوله: (و يلزمه مع الإطلاق حليب يومه).

لأنه إذا تجاوز يومه تحصل فيه حموضه و تغير،و ذلك عيب،و الإطلاق إنما يحمل على الحلو الباقي على صفته التى يخرج عليها،و ذلك إنما هو فى اليوم غالبا.

و لو ذكر الوزن بطل لعزته، و له الخام إلا أن يشترط المقصور.

و يذكر فى الغزل: النوع كالقطن، و البلد، و اللون و الغلظ، و النعومه أو أضدادها.

و فى القطن: ذلك، إلا الغلظ و ضده، فان شرط منزوع الحَبّ فله، و إلا كان له بحبه مع الإطلاق، كالتمر بنواه على إشكال. و يذكر فى الصوف: البلد، و النوع، و اللون، و الطول أو القصر، و الزمان، و فى اشتراط الأنوثة أو الذكوره نظر، و عليه تسليمه نقياً من الشوك و البعر.

### ه: يذكر فى الرصاص

ه: يذكر فى الرصاص: النوع كالقلعى و الأسرب، و النعومه أو قوله: (و إلا كان له بحبه مع الإطلاق كالتمر بنواه، على اشكال).

ينشأ من ابتناء العرف على كون التمر بنواه بخلاف القطن، و الأصح إن كان فى بلد المتعاقدين عرف مستقر، يتفاهم أحد الأمرين منه عند الإطلاق كان إطلاق العقد بمنزله التقييد بذلك المتعارف، و إلا وجب التعيين فيبطل بدونه.

قوله: (و فى اشتراط الأنوثة أو الذكوره نظر).

ينشأ من التفاوت فى النعومه و الخشونه اللتين هما مظنه تفاوت القيمه، و فى التذكره مال الى اشتراط ذلك و استغنى عن اشتراط النعومه و الخشونه (1) و فى الاشتراط لأحد الأمرين قوه. و لو اعتبرنا فى الاشتراط تفاوت القيمه باعتبارهما عرفاً و عدمه أمكن، لأن مدار هذه الأوصاف إنما هو على اختلاف القيمه باختلافهما، فربما كان العامى أعرف بها من الفقيه، كما صرح به فى الدروس.

قوله: (كالقلعى و الأسرب).

فى حواشى شيخنا الشهيد: القلعى بفتح اللام، و جدته بخط بعض الأدباء، و الذى ذكر فى الصحاح بتسكين اللام، منسوب الى القلع، و هو

ص: ٢٢٢

الخشونه، واللون، ويزيد في الحديد: ذكرا أو أنثى.

و لو انضبطت الأوانى جاز السلف فيها. فيضبط الطست جنسه، و قدره، و سمكه، و دوره، و طوله.

و فى الخشب: النوع، و اليبس أو الرطوبه، و الطول، و العرض و السمك و دوره، و يلزمه أن يدفع من طرفه إلى طرفه بذلك السمك و الدور. و لو كان أحد طرفيه أغلظ من الشرط فقد زاده خيرا، و لا يلزمه القبول لو كان أدق، و له سمح خال من العقد.

## و: الصفات

و: الصفات إن لم تكن مشهوره عند الناس لقله معرفتها كالأدويه و العقاقير، أو لغرابه لفظها، فلا بد و أن يعرفها المتعاقدان و غيرهما.

و هل تعتبر الاستفاضه، أم تكفى معرفه عدلين؟ الأقرب الثانى. معدن (١).

قوله: (الطست).

هو بالطاء، و السين المهملتين.

قوله: (و لو كان أحد طرفيه أغلظ من الشرط فقد زاده خيرا).

أى: فيجب قبوله، و بذلك أفتى الشيخ فى المبسوط (٢)، و فيه نظر، لأن الأغراض تختلف بذلك، فربما قبح منظره بهذا، و ربما زادت مؤنه حملة، و الحق أنه إن لم يعد عيبا عادة، و لم يفت به شىء من الأغراض المقصوده يجب قبوله، و إلا فلا.

قوله: (و هل تعتبر الاستفاضه، أم يكفى عدلان؟ الأقرب الثانى).

قلت: هذا لا- يناسب ما بنى عليه الباب من عدم الجواز فيما لا يعمّ وجوده و يعز (٣) حصوله، و لا- ريب أن معرفه العدلين مما لا يوثق بالرجوع إليهما، لإمكان

ص: ٢٢٣

١- (١) الصحاح (قلع) ١٢٧١: ٣.

٢- (٢) المبسوط ١٧٨: ٢.

٣- (٣) فى «م»: و لا يعز، و ما أثبتناه من مفتاح الكرامه ٤: ٤٥٢ [١] عن جامع المقاصد، و هو الصحيح.



الشرط الثالث: الكيل أو الوزن في المكيل والموزون: ولا يكفي العدّ في المعدودات، بل لا بدّ من الوزن في البطيخ و الباذنجان و البيض و الرمان.

و إنما اكتفى في البيع بعدّها للمعاينه، أما السلم فلا، للفتاوت، و لا يجوز الكيل في هذه لتجايفها في المكيال.

أما الجوز و اللوز، فيجوز كيلا و وزنا و عددا لقله الفتاوت، و في جواز تقدير المكيل بالوزن و بالعكس نظر.

و يشترط في المكيل العموميه، فلو عيّن ما لا يعتاد كجره و كوز موت أحدهما أو غيبته و نحوها، فالأقرب حينئذ اعتبار الاستفاضه.

قوله: (الكيل أو الوزن في المكيل و الموزون).

قد يتوهم أن ما لا- يكال و لا- يوزن، بل يباع جزافا يجوز السلم فيه جزافا، و ليس كذلك، لأنّ بيعه مشاهدا سليم من الغرر بالمشاهده، فإذا بيع سلما احتيج الى تقديره بمعلوم، و سيأتي في حكم القصب و الحطب ما ينبه عليه.

قوله: (و لا يكفي العدد في المعدودات).

هذه العبارة و إن أطلقها، لكن سيأتي في اللوز و الجوز الجواز كيلا و وزنا و عددا، لقله الفتاوت. و في التذكرة: أنه لا يباع عددا من المعدودات صغیرها و لا- كبيرها، للفتاوت فيقتضى الغرر، أما كيلا فلا بأس، لأنها لا تتجافى في المكيال فيلزم الفتاوت، إنما ذلك في كبار المعدودات (١).

قوله: (و في جواز تقدير المكيل بالوزن و بالعكس نظر) (٢).

قوله: (و يشترط في المكيل العموميه، فلو عيّن ما لا يعتاد كجره و كوز بطل).

١- (١) التذكرة ٥٥٦: ١. [١]

٢- (٢) هكذا وردت في النسخ الخطيه بدون شرح.

بطل، و لو اعتيد فسد الشرط و صح البيع، و كذا صنجه الوزن، فلو عينا صخره مجهوله بطل و لو كانت مشاهده.

و يجوز فى المذروع أذرعاً، و لا يجوز فى القصب أطناناً، و لا الحطب حزماً، و لا الماء قرباً، و لا المجزوز المكيل كمنبر: زنبيل يسع ثلاثه عشر صاعاً، و لا- يحسن فى هذا الموضوع، بل حقه أن يقول: المكيال، لأنّ المراد به: آله الكيل مطلقاً لا- هذا الزنبيل المخصوص، إذ لو أريد لم تصح العبارة، فإنّ ما علم سعته لمقدار معلوم عموميته ثابتة، و حينئذ فلا يصح تفريع ما ذكره من تعيين ما لا يعتاد كالجره و الكوز، و لم أظفر فى كلامهم بالمكيل بالياء من تحت، إنما المعروف مكيال.

و اعلم أنّ حق العبارة أن يقول: فلو عتین مجهول القدر بين الناس، فإنّ عدم الاعتياد مع علم المقدار لا دخل له فى عدم الصحه.

قوله: (و لو اعتيد فسد الشرط، و صح البيع).

المراد: و لو عتین مكيالاً معتاداً فسد الشرط بخصوص ذلك المكيال، إذ لا يتعلق به غرض، فاشتراطه بمنزله عدم الاشتراط فيكون لغواً، فيكون البيع صحيحاً، و يحتمل فساد البيع، نظراً إلى صورته الشرط، فإن المشتراط غير عام، و التراضى إنما وقع على ذلك.

و يندفع، بأنّ عدم تعلق الغرض به قرينه على أنه لا يراد خصوصه، فيلغو اشتراطه.

و اعلم أنّ ظاهر قوله: (و لو اعتيد) يقتضى أنّ المشتراط لو اعتيد بعد أن لم يكن معتاداً، و هو غير مراد قطعاً.

قوله: (و كذا صنجه الوزن).

الصنجه، بفتح الصاد: ما يوزن به، معرب.

قوله: (و لا يجوز فى القصب أطناناً، و لا الحطب حزماً، و لا الماء قرباً، و لا المجزوز جزاً).

جزا. و كذا يشترط فى الثمن علم مقداره بالكيل أو الوزن العامين.

و لا- تكفى المشاهده مع تقديره بأحدهما، و لو كان من الأعواض الغير المقدره بأحدهما جاز، كثوب معلوم و دابه مشاهده و جاريه موصوفه فإنه يجوز إسلاف الأعواض فى الأعواض و فى الأثمان، و الأثمان فى الأعواض، و لا يجوز فى الأثمان بالأثمان. لما فيها من التفاوت الموجب للغرر فى عقد السلف، و جواز بيعها مشاهده جزافا لا يقدر، لانتفاء المشاهده التى بها يندفع الغرر عما يباع جزافا.

قوله: (فإنه يجوز إسلاف الأعواض فى الأعواض).

إذ لا مانع [من ذلك، و كذا يجوز إسلاف الأعواض] (1) فى الأثمان، لما قلناه من عدم المانع.

قوله: (و لا يجوز فى الأثمان بالأثمان).

لو اقتصر على قوله: (و لا يجوز فى الأثمان) اكتفاء بدلاله ما قبله، على أن المسلف الأثمان، و إنما لم يجر لأن التقابض قبل التفرق شرط، و هو مناف للأجل، و مع ذلك الزيادة الحكيمه الحاصله باعتبار الأجل موجب للربا فيما إذا تماثل العوضان، إذ للأجل اعتبار فى الثمن.

و يرد على إطلاق هذا الحكم إمكان الجمع بين الأجل و التقابض قبل التفرق، فلا تتحقق المنافاه و وقوع السلم حالا، فلا يلزم الربا بالزيادة الحكيمه.

و يمكن الجواب بان الجمع بين الأجل و التقابض و إن كان ممكنا، إلا أن الأجل مانع من التقابض مدته، فيكون العقد حينئذ معرضا للبطلان فى كل وقت من أوقات الأجل، و عدم حصول التفرق قبل التقابض لا يدفع كونه معرضا لذلك، و الأولى المنع مطلقا كما اختاره المصنف فى التذكرة (2).

و أما السلم الحال فهو بيع فى الحقيقه، و ليس هو سلما فى الحقيقه و إن

ص: ٢٢٤

١- ١) ما بين المعقوفين لم يرد فى النسخ الخطيه، أثبتناه من الحجره لاقتضاء السياق له.

٢- ٢) التذكرة ٥٥٠: ١.

الشرط الرابع: قبض الثمن فى المجلس:

فلو تفرقا قبله بطل، و لو تفرقا بعد قبض البعض صح فيه خاصه، و للبائع الامتناع من قبض البعض للتعب، بخلاف الدين. و لو كان الثمن خدمه عبد، أو سكنى دار مده معينه صح، و تسليمهما بتسليم كان بلفظه، لما سيأتى من أنه لا بد من التصريح بالحلول مع لفظ السلم، أو ذكر الأجل مضبوطا و الا بطل لاقتضائه الأجل، و لم يعين، فعلم من ذلك أن السلم لا يكون حالا، و متى وقع حالا لا يكون سلما.

قوله: (و للبائع الامتناع من قبض البعض للتعب، بخلاف الدين).

أى: للتعب بالتشقيص، فإنّ العقد إنما وقع على المجموع، فيجب تسليم المجموع، و لا كذلك الدين، فيجب على صاحبه قبض البعض، لانتفاء التعب المذكور، و لكن يجب أن يقيد هذا بما إذا كان الدين عوض إلتلاف، أو ضمان، و نحوهما.

أما لو كان مبيعا فيجب القول: بأن للمشتري الامتناع من قبض البعض الى أن يسلمه الجميع، فعين ما ذكرناه.

و ليس لقائل أن يقول: إنّ المقتضى لعدم وجوب قبض البعض ليس هو التعب بالتشقيص فقط، بل هو مع تطرق انفساخ العقد فى الباقي، للتفرق قبل قبضه، لأننا نقول: ان التشقيص وحده كاف فى ثبوت العيب، و إن قارنه الأمر الآخر فيجب أن يثبت الحكم فى الموضوع الذى ذكرناه، و قد اقتصر فى التذكرة على التعليل به (١).

قوله: (و تسليمها بتسليم العين).

ص: ٢٢٧

العين. و لا يشترط التعيين، فلو قال: أسلمت إليك ديناراً في ذمتي بكذا، ثم عين و سلم في المجلس جاز.

و لو أسلم مائه في حنطه و مثلها في شعير، ثم دفع مائتين قبل التفرق، و وجد بعضها زيوفاً من غير الجنس، و زرع بالنسبه، و بطل من كل جنس بنسبه حصته من الزيوف. و لو أحاله بالثمن، فقبضه البائع من المحال عليه في المجلس فالأقوى عندى الصحه. أى: تسليم الخدمه و السكنى، و ربما وجد و تسليمهما، أى: تسليم كل من الخدمه و السكنى، و هذا و إن لم يكن تسليمًا للخدمه و السكنى حقيقه، فهو في حكم التسليم، إذ الممكن من تسليمها ليس شيئاً زائداً على ذلك.

قوله: (فلو قال: أسلمت إليك ديناراً في ذمتي).

لا يريد به: أنّ ذمتي تكون مذكوره في العقد، و إنما أراد به المصنف:

كشفت المراد، بان يبين بان الدينار غير معين، ليقابل به الثمن، فنص على أنّ موضعه الذمه، إذ لو اقتصر على قوله: (أسلمت إليك ديناراً) في العبارة لم يمتنع تقييده بما يصيره معينا.

قوله: (و بطل من كل جنس بنسبه حصته من الزيوف).

إذ لا أولويه لأحدهما على الآخر في كون الزيوف محسوبه من ثمنه دون ثمن الآخر.

قوله: (و لو أحاله بالثمن فقبضه البائع من المحال عليه في المجلس، فالأقوى عندى الصحه).

وجه القوه: أنّ الحواله ناقله، لأنها تقتضى تحويل الحق من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فإذا اقترنت بالقبض في المجلس حصل الشرط.

قال بعض الشافعيه: يبطل السلم، لتحويل الحق إلى ذمه المحال عليه،

و لو جعل الثمن فى العقد ما يستحقه فى ذمه البائع بطل، لأنه بيع دين بدين على إشكال. و لو لم يعينه، ثم حاسبه بعد العقد من دينه عليه، فالوجه الجواز. فامتنع الأداء عن المسلم، لأنه إنما يؤدي عن نفسه (1)، و ليس بشيء، لأنه يؤدي عن نفسه مال المسلم الذى تحول الى ذمته، و ربما قيل بالمنع، لأنّ الحوالة معاوضه، فلا تصح عن ثمن السلم قبل قبضه. و الأصح الصحة، لأنه سيأتى أن الأصح إفادتها التحويل.

قوله: (و لو جعل الثمن فى العقد ما يستحقه فى ذمه البائع بطل، لأنه بيع دين بدين على إشكال).

ينشأ من التردد فى كون ما فى ذمه أحد المتعاقدين يعد دينا، بحيث يبطل جعله جزءا للمعاوضه الجاربه عن دين آخر، و ينبغى عدم التوقف فى إطلاق اسم الدين عليه، فالأصح البطلان.

قوله: (و لو لم يعينه، ثم حاسبه بعد العقد من دينه عليه فالوجه الجواز).

أى: لو لم يعينه حال العقد، و وجه الجواز: أنّ ذلك استيفاء فيتحقق به القبض قبل التفرق. و يحتمل البطلان، لأنّ الثمن قد تشخص بما فى الذمه، فيكون بيع دين بدين.

أو يقال: هذه معاوضه على ثمن السلم فتكون فاسده، و كلاهما ضعيف، لأنّ تعيين الثمن فى شيء لا يقتضى كون ذلك هو الثمن الذى جرى عليه العقد، و لا يعد ذلك أيضا معاوضه، بل هو استيفاء.

و يشكل بما سبق من كلامه فى الصرف، من أنّ ذلك صرف ذمه بدمه فيكون بيع دين بدين، إلا أن يوقع ذلك على وجه صلح و نحوه.

ص: ٢٢٩

و لو شرط تعجيل نصف الثمن و تأخير الباقي لم يصح، أما فى غير المقبوض فلا تنتفاء القبض، و أما فى المقبوض فلزيادته على المؤجل، فيستدعى أن يكون فى مقابلته أكثر مما فى مقابله المؤجل، و الزيادة مجهوله.

### الخامس: كون المسلم فيه ديناً

الخامس: كون المسلم فيه ديناً:

فلا ينعقد فى عين، نعم ينعقد بيعاً، سواء كانت العين مشاهدته أو موصوفه.

### السادس: الأجل المضبوط بما لا يقبل التفاوت

السادس: الأجل المضبوط بما لا يقبل التفاوت:

فلو شرط أداء المسلم فيه عند إدراك الغلات، أو دخول القوافل بطل، و كذا لو قال: متى أردت، أو متى أيسرت. و يجوز التأقيت بشهور الفرس و الروم، و بالنيروز و المهرجان، لأنهما يطلقان على وقت انتهاء الشمس إلى أول برجى الحمل و قوله: (و أما فى المقبوض فلزيادته على المؤجل).

فإنّ الأجل له حظ من العوض، و لهذا يزيد العوض عاده بزياده الأجل، فيكون العوض المقبوض فى مقابله من المبيع أزيد من النصف، لتكون الزيادة فى مقابل الأجل، و مقدار الزيادة مجهول.

قوله: (نعم ينعقد بيعاً، سواء كانت العين مشاهدته أو موصوفه).

و ذلك لأنّ السلم لا- يكون إلا- مؤجلاً، فإذا وقع حالاً امتنع كونه من افراد السلم، و كون العين موصوفه لا يصيره سلماً، لا انتفاء الأجل، لكن سيأتى أنه لا بد من التصريح بالحلول عما قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (و كذا لو قال: متى أردت أو متى أيسرت).

يجوز فى تاء كل منهما الفتح و الضم، إلا أنّ الضم أوقع باعتبار التعليق باليسار، لأن المناسب تعليق الأداء بيساره.

قوله: (و بالنيروز و المهرجان، لأنهما يطلقان على وقت انتهاء الشمس إلى برجى الحمل و الميزان).

الميزان. و يجوز بفصح النصارى، و فطير اليهود إن عرفه المسلمون. و لو أجل إلى نفر الحجيج احتمل البطلان، و الحمل على الأول، و كذا إلى ربيع أو جمادى. فالنيروز: وقت انتهائها إلى الحمل، و هو الاعتدال الربيعى. و المهرجان:

وقت انتهائها إلى الميزان، و هو الاعتدال الخريفى، أعنى: الذى يستوى فيه الليل و النهار، و يريد المصنف بقوله: (لأنهما يطلقان): إطلاقهما بالتوزيع، لا أن كل واحد منهما يطلق على كل من الوقتين.

قوله: (و يجوز بفصح النصارى).

هو بكسر الفاء و الصاد المهملة: عيد معروف عندهم.

قوله: (إن عرفه المسلمون).

يريد: معرفته على وجه يمكن الرجوع إليه عند الاختلاف، و لا بد من معرفته المتعاقدين به، مضافا إلى معرفته غيرهما.

قوله: (و لو أجل إلى نفر الحجيج احتمل البطلان، و الحمل على الأول، و كذا إلى ربيع، أو جمادى).

منشأ الاحتمالين الاشتراك بين النفرين، و ربيعين، و جماديين، و أن الأول منهما هو المتبادر لقربه. و فرّق فى التذكرة بين هذه و بين ما إذا قال: إلى الجمعة أو غيره من الأيام، فحتم الحمل على الأقرب هنا، محتجا بأن ذلك قضيه العرف المتداول بين الناس (١).

و لك أن تقول: إن اعتبر الاشتراك فهو قائم فى الجميع، أو اقتضاه العرف فالظاهر أنه لا يتفاوت فى أن المفهوم من الإطلاق فى الجميع أولها، و هو اختياره فى التحرير (٢)، و ظاهر اختيار الدروس (٣).

ص: ٢٣١

١- ١) التذكرة ٥٤٨: ١. [١]

٢- ٢) تحرير الأحكام ١٩٥: ١. [٢]

٣- ٣) الدروس: ٣٥٧.



و تحمل السنون و الشهور على الهلاليه و تعتبر الأشهر بالأهله،فإن عقدا فى أوله اعتبر الجميع بالأهله،و إن عقدا فى خلاله  
اعتبرت الشهور بعده بالأهله،ثم تم المنكسر ثلاثين على رأى،و يحتمل انكسار الجميع بكسر الأول،فيعتبر الكل بالعدد.

قوله: (و تحمل السنون و الشهور على الهلاليه).

أى:فلا تحمل على السنين و الشهور الشمسيه.

قوله: (و تعتبر الأشهر بالأهله).

الأصل هو هذا،لأنها هلاليه،فان لم يقع فى أول الهلال اعتبر العدد،لأنه المعنى الثانى للشهر.

فان قيل:ما سبق من حمل الشهور على الهلاليه يبنى عن قوله:(تعتبر الأشهر بالأهله).

قلنا:لا يبنى،لأن المراد بالأول:نفى اعتبارها بانتقالات الشمس أعم من اعتبارها بالعدد-اعنى:ثلاثين-أم بالأهله،سواء كان تاما أو  
ناقصا،على أن إعادته الحكم لبناء حكم آخر عليه لا يعد تكرارا.

قوله: (فان عقدا فى أوله اعتبر الجميع بالأهله،و إن عقدا فى خلاله اعتبرت الشهور بعده بالأهله،ثم تم المنكسر ثلاثين على  
رأى).

المراد بعقدهما فى أوله:إيقاع العقد فيما يعد عرفا أول الشهر،فلو تراخى يسيرا عن أول الشهر،بحيث لا- يخل بالأولويه عرفا  
فالاعتبار بالهلال،أما لو مضى زمان كثير،كما لو عقدت فى نصف الليل مثلا فالاعتبار بالعدد.

و وجه ما اختاره المصنف فى المسأله الثانيه:أن الأشهر الباقية أمكن إجراؤها على حكم الأصل،أعنى:اعتبارها بالهلال فتعين.

و لا- يلزم إكمال الشهر الأول من الذى يليه،لأن الإكمال صادق،سواء أكمل من الذى يليه أو من غيره و لا يلزم محذور و لو  
أكمل من غيره،بخلاف

و لو قال: إلى الجمعة أو رمضان حمل على الأقرب، و يحلّ بأول جزء منهما. و لو قال: محله في الجمعة أو في رمضان، فالأقرب البطلان. و لو قال: إلى أول الشهر أو آخره احتل البطلان، لأنه يعبر به عن جميع النصف الأول و النصف الأخير و الصحة، فيحمل على الجزء الأول.

ما لو أكمل من الذى يليه، فإنه يلزم اختلال الشهر الهلالى مع إمكان اعتباره بالهلال.

قوله: (و يحلّ بأول جزء منهما).

لأنّ الانتهاء إليهما إنما يتحقق بالانتهاء إلى أولهما.

قوله: (و لو قال: محله في الجمعة، أو في رمضان فالأقرب البطلان).

هذا هو الأصح، للجهالة الحاصلة من عدم التعيين.

قوله: (و لو قال: إلى أول الشهر أو آخره احتل البطلان، لأنه يعبر به عن جميع النصف الأول، و النصف الأخير).

أى: الأول يعبر به عن النصف الأول، و الأخير يعبر به عن النصف الأخير، و الأصح الصحة، لأنّ المتعارف من الأول هو أول جزء، و من الآخر هو آخر جزء، على أنه إن تم له إطلاق الأول على جميع النصف الأول كان مقتضى الانتهاء إليه بلوغ أوله.

و اعلم أن قوله: (و الصحة، فيحمل على الجزء الأول) معناه: و يحتمل الصحة، لكن الحمل على الجزء الأول إنما يتصور في الصورة الأولى، و هى التأجيل بأول الشهر، أما التأجيل بآخره فيكون على تقدير الصحة إلى آخر جزء.

و الأقرب عدم اشتراط الأجل، فيصح السلم فى الحال، لكن يصرح بالحلول، فإن أطلق حمل على الأجل و اشتراط ضبطه، و لو أطلق و لم يضبطه ثم ضبطه قبل التفرق بطل.

قوله: (و الأقرب عدم اشتراط الأجل، فيصح السلم فى الحال، لكن يصرح بالحلول).

وجه القرب: دلالة على المراد من البيع، لأنه يؤدى معنى إيجابه كما سبق، و لأن السلم بيع، لأنه من جملة أفرادها، فلا يكون استعمال لفظه فى بيع آخر استعمالا أجنبيا، إلا أنه يجب أن يصرح بالحلول، لأن جزء مفهوم السلم بالتأجيل، فلا بد من صارف يصرفه عن مقتضاه، و ذلك هو التصريح بالحلول.

قوله: (فإن أطلق حمل على الأجل).

أى: فإن أطلق اللفظ عن التقييد بالحلول، حمل على مدلوله الأصلي، و هو البيع إلى أجل، فيشترط ضبط الأجل حينئذ، كما أشار إليه بقوله: (و اشتراط ضبطه)، و هنا سؤالان:

أحدهما: ان اشتراط ضبطه يقتضى ذكره، فكيف يصدق الإطلاق؟ و دفعه ظاهر، فإن الإطلاق قبل ذكره، على أن المراد بالإطلاق: عدم ذكر الحلول، لأنه فى مقابله.

الثانى: أنهما إذا قصدوا الحلول، كيف تستقيم صحه البيع إذا ضبط الأجل؟ مع أنه خلاف المقصود.

و يمكن أن يقال: مراده: أنه إذا أطلق عقد البيع بلفظ السلم، و عزاه عن قيد الحلول اقتضى التأجيل، فلا بد لصحته إذا كان مقصودا لهما من ضبط الأجل، و صيانتها عن الزيادة و النقصان، فإن أهمل ذلك بطل، و فى الدروس: لو قصد الحلول و لم يتلفظا به صح أيضا (1)، و هو جيد.

ص: ٢٣٤

و لو قال: إلى شهر و أبهم اقتضى اتصاله بالعقد، فالأجل إلى آخره، و كذا إلى شهرين أو ثلاثه، أما المعين فيحل بأوله كما تقدم.  
و لا- يشترط في الأجل أن يكون له وقع في الثمن، فلو قال: إلى نصف يوم صح. قوله: (و لو قال: إلى شهر و أبهم اقتضى اتصاله بالعقد).

لأن الإطلاق في الأجل محمول على الاتصال.

قوله: (فالأجل آخره).

و ذلك لأن الشهر لا- يراد به أوله هنا قطعاً، و إلا لخلا من الأجل، فإننا قد حملنا الإطلاق على الاتصال، فلم يبق إلا أن يراد شهر كامل، فان كان في أول الهلال فأخر الهلال آخره، و الا فتلاثون يوماً.

قوله: (أما المعين فيحل بأوله).

أى: إما التأجيل بالشهر المعين كرجب فيحل بأوله، لأن آخر الأجل يجب أن ينتهى إليه، و ذلك يتحقق بأوله، لصدق الانتهاء إليه. و يشكل لو قال:

الى رجب عند أول هلاله، فيمكن البطلان، و يمكن حمله على آخره كالمبهم.

فى حواشى شيخنا الشهيد: الفرق أن الى الانتهاء الغايه- ينتهى بأوله-، و انتهاء المغيا المبهم إنما يكون بآخره، لأنه الأجل، و الغايه المبهمه بخلاف المغيا المعين، فإن الغايه تنتهى بأوله، و ليس بظاهر، لأن مقتضى اللفظ أن يكون المبهم و المعين هو الغايه.

قوله: (و لا يشترط في الأجل أن يكون له وقع فى الثمن، فلو قال:

الى نصف يوم صح).

خلافاً لأحمد من العامه (1)، و المراد: ب(أن يكون له وقع فى الثمن): أن يكون له اعتبار و اعتداد، بحيث يكون فى العاده له قسط من الثمن.

ص: ٢٣٥

السابع: إمكان وجود المسلم فيه عند الحلول ليصح التسليم، وإن كان معدوماً وقت العقد أو بعد الحلول.

ولا- يكفي الوجود في قطر آخر لا- يعتاد نقله إليه في غرض المعاملة. و لو احتاج تحصيله إلى مشقه شديده، كما إذا أسلم في وقت الباكوره في قدر كثير، فالأقرب الصحه. و لو طرأ الانقطاع بعد انعقاد السلم، كما لو أسلم فيما يعمّ وجوده و انقطع لجائحه، أو وجد وقت الحلول عاماً، ثم أّخر التسليم لعارض، ثم طالب بعد انقطاعه تخير المشتري بين الفسخ و الصبر، قوله: (إمكان وجود المسلم فيه عند الحلول).

المراد بإمكان وجوده: كونه بحيث يوجد كثيراً عادة بحيث لا يندر تحصيله، فالمراد: إمكان وجوده عادة، فإن الممكن عادة هو الذي لا يعز وجوده.

قوله: (و لا يكفي الوجود في قطر آخر لا يعتاد نقله إليه في غرض المعاملة).

و إن كان ينقل للقبه مثلاً، فإن ذلك لا يصح السلم فيه، لعدم تحقق الشرط.

قوله: (كما إذا أسلم في وقت الباكوره في قدر كثير فالأقرب الصحه).

لأن الشرط إمكان وجوده، لا- عدم المشقه في تحصيله، و المراد بوقت الباكوره: أول حصول الفاكهه. قال في الجمهوره: الباكوره: النخله المعجله بالطلع و التمر، و كذلك كل شجره تعجل ثمرتها فهي باكوره.

قوله: (أو وجد وقت الحلول عاماً، ثم أّخر التسليم لعارض، ثم طالب بعد انقطاعه).

و لو أّخر التسليم تفريطاً منه فكذلك، و فرق بعض العامه، فلم يثبت

و لو قبض البعض تخير في الفسخ في الجميع، و المتخلف، و الصبر. و لو تبين العجز قبل المحل، احتمل تنجيز الخيار و تأخيره.

## البحث الثاني: في أحكامه

البحث الثاني: في أحكامه:

لا يشترط ذكر موضع التسليم على الفسخ هنا (١)، و الحق ثبوته سواء طالبه بالأداء أم لا، نعم لو رضى بالتأخير فالظاهر أنه لا فسخ له حينئذ.

قوله: (و لو قبض البعض تخير في الفسخ في الجميع، و المتخلف، و الصبر).

أما الفسخ في الجميع، فلأن تبعض الصنفه عيب، و المسلّم فيه إنما هو المجموع و قد تعذر. و أما الفسخ في المتخلف خاصه فلأنه الذي تعذر فله الرجوع الى ثمنه، لأنّ الصبر ضرر فلا يلزم به، و لحسنه عبد الله بن سنان، عن الصادق عليه السلام (٢)، فان فسخ في البعض المتخلف فالأصح أن للبائع الفسخ أيضا، لتبعض الصنفه عليه أيضا.

و اختاره في التحرير (٣)، و قيده في الدروس بما إذا لم يكن التأخير بتفريطه (٤)، و هو ظاهر. و في التذكرة: أنه لا خيار للبائع، لأن التبعض جاء من قبله (٥).

قوله: (و لو تبين العجز قبل المحل احتمل تنجيز الخيار، و تأخيره).

يضعف الاحتمال الأول بأنّ المقتضى لم يوجد الى الآن، إذ لم يستحق شيئا حينئذ، فالأصح التأخير.

قوله: (لا يشترط ذكر موضع التسليم على اشكال).

ص: ٢٣٧

١- ١) هو الشافعي كما في كفايه الأختيار ١: ١٦١.

٢- ٢) الكافي ٥: ١٨٥ حديث ٣، [١] الفقيه ٣: ١٦٨ حديث ٣٧٤١.

٣- ٣) تحرير الأحكام ١: ١٩٦. [٢]

٤- ٤) الدروس: ٣٥٧.

٥- ٥) التذكرة ١: ٥٥٥. [٣]

إشكال و إن كان فى حملة مؤنه، فلو شرطاه تعين.

و لو اتفقا على التسليم فى غيره جاز، و مع الإطلاق ينصرف وجوب التسليم إلى موضع العقد.

و لو كانا فى برية أو بلد غربه، و قصدهما مفارقتة قبل الحلول، فالأقرب عندى وجوب تعيين ينشأ: من تفاوت الغرض بتفاوتته، و من أنّ الإطلاق ينزل على موضع العقد. و مما يقوى وجوب تعيين مكان التسليم: أنّ إطلاق العقد إنما ينزل على موضعه إذا كان حالاً، لاستحقاق المطالبه حين إيقاعه، و ذلك فرع الثبوت فى الذمه، فيكون قد ثبت فى الذمه فى ذلك المكان.

أما إذا كان مؤجلاً فإنّ الاستحقاق إنما يكون عند الحلول، و لا يعلم فى أى مكان تحقق الحلول على البائع.

فإن قيل: يلزم مثله فى بيع النسيئه خصوصاً إذا كان لحمل الثمن مؤنه.

قلنا: لما لم يقل أحد بوجوب التعيين هاهنا، خرجت هذه المسألة عن مقتضى ما ذكرناه بالإجماع، فلا يلحق بها المختلف فيه.

و لا- ريب أنّ القول بأن إطلاق العقد محمول على التسليم فى موضع العقد رجوع الى ما لا يدل عليه دليل، و الاشتراط مطلقاً قوى.

قوله: (و إن كان فى حملة مؤنه).

حاول بجمله (إن) الوصلية التنبيه على رد الخلاف للشيخ (١)، و ابن حمزه (٢).

قوله: (و مع الإطلاق ينصرف وجوب التسليم الى موضع العقد (٣)).

قوله: (و لو كانا فى برية، أو بلد غربه، و قصدهما مفارقتة قبل الحلول فالأقرب عندى وجوب تعيين المكان).

ص: ٢٣٨

١- (١) الخلاف ٢: ٥٣ مسألة ٩ كتاب السلم.

٢- (٢) الوصيلة: ٢٧٧. [١]

٣- (٣) هكذا ورد هذا القول فى النسخ الخطيه من دون شرح.

المكان. و يجب أن يدفع الموصوف، فلو دفع غير الجنس لم يجب القبول، و كذا الأردأ، و لو كان من الجنس مساويا أو أجود و جب. و لو اتفقا على أن يعطيه أردأ منه و أزيد، فإن كان ربويا لم يجز على إشكال، و إلا جاز.

أى: لو كان العقد فى برية، أو بلد غربه الى آخره، و وجه القرب: أن موضع العقد غير مراد و غيره مجهول، و يحتمل عدم الوجوب للأصل، و التسليم حيث الطلب، و لا ريب أن التعيين أولى.

و يفهم من عبارته المصنف: إن قصد أحدهما المفارقة لا يوجب التعيين، و الحق أنه لا فرق بين أن يكون قصدهما معا، أو قصد أحدهما، و بلد الغربه و البريه ليس قيذا، بل المعتبر عدم صدق اسم بلدهما عرفا، فلو كانا فى خارجه فيما لا يخل بكونهما فى البلد عادة، أو أحدهما خاصه اعتبر تعيين المكان.

قوله: (و لو كان من الجنس مساويا، أو أجود و جب).

إن شمله اسم المسلم فيه، و الا- ففيه نظر، و إنما يشمله إذا أسلم فى موصوف، فانا ننزله على أقل درجات ذلك الوصف، لأصالة البراءه من اعتبار الزائد، فإذا اتى بأوسط الدرجات و ما فوقه و جب القبول، لصدق اسم المسلم فيه عليه.

و ان أسلم فى ردىء، فجاء بما لا يقع عليه اسم الردىء فظاهر كلام الأصحاب- إلا ابن الجنيذ- (١) و جوب القبول أيضا (٢)، و يشكل، بأنه لا يندرج فى مسمى المسلم فيه.

قوله: (و لو اتفقا على أن يعطيه أردأ منه و أزيد، فإن كان ربويا لم يجز على إشكال).

ينشأ من أن الربا يعم جميع المعاوزات، أم يختص بالبيع؟ و الأصح

ص: ٢٣٩

١- ١) نقله عنه فى المختلف: ٣٦٧.

٢- ٢) منهم: العلامه فى المختلف: ٣٦٧، و الشهيد فى اللمعه: ١٢٥.



و ليس له إلا أقل ما يتناوله الوصف، و له أخذ الحنطه خاليه من التبن، و الزائد على العاده من التراب، و أخذ التمر جافا، و لا يجب تناهى جفافه.

و لا- يقبض المكيال و الموزون جزافا، و له ملء المكيال و ما يحتمله، و لا يكون ممسوحا من غير دق و لا هز. العموم، لإطلاق النص بتحريمه، و ربما جعل منشأ الاشكال كون ذلك يباع أو معاوضه، و ليس بظاهر، إذ لا يعد ذلك يباع.

قوله: (و له أخذ الحنطه خاليه من التبن، و الزائد على العاده من التراب).

الظاهر أن التقييد فى وجوب الأخذ بالخلو من التراب عاده لا يقتصر فيه على التراب، بل التبن، و الشعير، و كل خليط يخرج الحنطه و نحوها عن اسم المسلّم فيه إذا كثر كذلك.

و يمكن أن يقال: هذا إذا شرط الصرابه، أما لو شرط ضدها فلا بحث، نظرا الى الشرط، و ربما يقال: لا يحتاج الى ذكر هذا، لأن قوله: (و ليس له إلا أقل ما يتناوله الوصف) يغنى عنه.

قوله: (و له ملء المكيال، و ما يحتمله، و لا يكون ممسوحا).

جملة: (و ما يحتمله) فى معنى المفسره ل(ملء المكيال)، و كونه غير ممسوح لبيان أنّ المراد بملئه: أقصى ما يحتمله، فإنه إذا مسح وجهه صدق الملء، و لكن لم يصدق أن ذلك أقصى ما يحتمله، و به تظهر فائده قوله: (و ما يحتمله) بعد قوله:

(و له ملء المكيال).

قوله: (من غير دق و لا هز).

هذا حال من قوله: (ملء المكيال) أى: فلا يستحق مع ملء المكيال واحدا منهما، و هل يجوز فعله لو تراضيا عليه؟ ينبغى أن يقال: إن أفضى إلى تجهيل المبيع، بان تحصل زياده تتفاوت بحيث لا يعلم قدرها، و لا يتسامح بمثلها لم

و لا يجوز بيع السلف قبل حلوله، و يجوز بعده قبل القبض على الغريم، و غيره على كراهيه، و يجوز بيع بعضه و توليه بعضه.

و يجوز أن يسلف فى شىء و يشترط السائغ، كالقرض و البيع و الاستسلاف و الرهن و الضمين.

و لو أسلف فى غنم و شرط أصواف نعجات معينه صح، يجرى، و الا جاز.

قوله: (و يجوز بعده قبل القبض على الغريم، و غيره على كراهيه).

سيأتى أن فى بعض الصور خلافاً.

قوله: (و لو أسلف فى غنم، و شرط أصواف نعجات معينه صح).

و تكون النعجات المعينه مغايره للمسلم فيه موجوده مشاهده.

لا يقال: لا يجوز بيع المعين مؤجلاً.

لأننا نقول: هذا شرط فى السلم، و ليس الصوف هو المسلم فيه.

و لا يقال: الشرط مع المبيع يقتضى كون المبيع هو المجموع، و هو حجه ابن إدريس، المانع من صحه ذلك (1).

لأننا نقول: الشرط ليس جزءاً من المبيع حقيقه، و إنما هو تابع من توابعه، و يتسامح فى التابع بما لا يتسامح به فى غيره، و إن سلم فالسلف يجوز أن يكون حالاً، فكذا بعضه، و قد سبق أن بيع الصوف على ظهور الغنم جائز.

فإن قيل: السلم الحال هو الذى يجب تسليمه عاجلاً، و يشكل وجود تسليم الصوف المشترط كذلك.

قلنا: لا إشكال، فإنّ هذا مبيع: بعضه حال يجب تسليمه عاجلاً، و بعضه مؤجل يجب تسليمه وقت الحلول.

ص: ٢٤١

و لو شرط كون الثوب من غزل امرأه معينه أو الثمره من نخله بعينها لم يلزم البيع، اما لو أسند الثمره إلى ما لا تحيل عادة كالبصره جاز.

## فروع

فروع:

### أ: لو أسلف عرضاً في عرض موصوف بصفاته، فدفعه عند الأجل وجب القبول

أ: لو أسلف عرضاً في عرض موصوف بصفاته، فدفعه عند الأجل وجب القبول، فلو كان الثمن جاريه صغيره و المثلثن كبيره، فجاء الأجل و هي على صفه المثلثن وجب القبول و إن كان البائع قد وطأها، و لا- عقر عليه قوله: (و لو شرط كون الثوب من غزل امرأه [معينه] (1)، أو الثمره من نخله بعينها لم يلزم البيع).

أى: لم يصح، إطلاقاً للعام و اراده للخاص، و ذلك لجواز موت المرأه، و عدم حمل النخله، أو حصول ما لا يطابق الوصف، و شرط السلم أن يكون المسلم فيه كثير الوجود.

قوله: (أما لو أسند الثمره الى ما لا تحيل عادة).

حاله النخله تحيل، إذا لم تحمل.

قوله: (لو أسلف عرضاً في عرض موصوف بصفاته، فدفعه عند الأجل).

العرض: بفتح العين المهمله و إسكان الراء، و معنى (دفعه عند الأجل):

أنه دفع العرض المسلم عن العرض المسلم فيه، سواء كان عند العقد بصفاته أو لم يكن، و إنما تجدد له ذلك بعد العقد، و قول بعض العامه: انه يلزم أن يتحد العوض و المعوض (2) باطل، فإنه في وقت العقد لا اتحاد، و المعتبر الاختلاف حينئذ، و أيضاً فإن المدفوع غير ما في الذمه و ان كان من افراده.

قوله: (و إن كان البائع قد وطأها، و لا عقر عليه).

لأنه وطأ ماله.

ص: ٢٤٢

٢-٢) قاله أبو إسحاق كما في المجموع ١٦٩:١٣.

و إن كان حيله.

### ب: لو اختلفا في المسلم فيه

ب: لو اختلفا في المسلم فيه، فقال أحدهما في حنطه و الآخر في شعير تحالفا و انفسخ العقد، و لو اختلفا في اشتراط الأجل فالأقرب أن القول قول مدعيه إن كان العقد بلفظ السلم على إشكال، قوله: (و إن كان حيله).

أى: يصح ذلك و إن كان حيله، أى: و إن قصد بهذا العقد الحيله لحل الوطء، ثم استعادها خلافا لأحمد (1).

قوله: (و لو اختلفا في اشتراط الأجل فالأقرب أن القول قول مدعيه إن كان العقد بلفظ السلم على اشكال).

وجه القرب: أنه لو كان بلفظ البيع لكان القول قول المنكر للأجل، إذ لا يلزم منه فساد العقد، و الأصل عدم ذكره، و منشأ الاشكال من تعارض الأصلين، فإن الأصل عدم ذكر الأجل و الأصل براءة الذمه منه، و الأصل في العقد الصحة.

و لا- ريب في ترجيح قول مدعيه، لأن مآل دعواهما في الحقيقة الى أن الشرط المعتبر في العقد هل ذكر أم لا؟- فلا يكون الاختلاف في الحقيقة إلا في صحة العقد و فساده، لما علمت من أنه على تقدير عدم ذكر الأجل لا يبيع أصلا، لأنه على تقدير تجريد العقد بلفظ السلم عن ذكر الأجل يجب التصريح بالحلول، و الا كان فاسدا كما سبق.

و أيضا فإن استعمال السلم في المبيع المجرد مجاز، و الأصل عدمه، نعم لو اختلفا في ذكر الأجل، أو التصريح بالحلول-مع كون العقد بلفظ السلم- تعارض هنا أصلا: أصاله عدم اشتراطه، و أصاله استعمال اللفظ في حقيقته، اعنى: لفظ السلم.

و يمكن ادعاء ترجيح دعوى الأجل، بأن الأصل عدم التصريح بالحلول

ص: ٢٤٣

و على قولنا بصحة الحال فالإشكال أقوى. أيضا، فبقى استعمال اللفظ في حقيقته، و أصله الصحة سليما عن المعارض.

فان قيل: الإشكال ينافى الأقرب، لأنّ التردد ينافى الترجيح.

قلت: يمكن تنزيل عبارته على أنّ ذلك أقرب، بالنظر الى التقييد بكون العقد بلفظ السلم، لما عرفت من أنه إذا كان بلفظ البيع يكون الترجيح مع نافي الأجل، فكأن الأقرب: أن الاشكال في تقديم قول مدعيه، إذا كان العقد بلفظ السلم، و فيه تكلف، لأنّ ذلك يؤذن بمجيء احتمال في المقابل، و ليس كذلك، إذ لا تردد في أنّ مدعى الأجل إذا وقع العقد بلفظ البيع هو المدعى، و العبارة لا تخلو من شيء.

قوله: (و على قولنا بصحة الحال فالإشكال أقوى).

أى: و على قولنا بصحة السلم حالا، فالإشكال في أنّ القول قول مدعى الأجل، حيث يكون العقد بلفظ السلم أقوى، فيكون عدم ترجيح قوله أقوى من ترجيحه، لأنّ الإشكال إذا كان في جانب أقوى فهو في مقابله أضعف، و ما ضعف الاشكال فيه قوى فيه الحكم، فيكون الاشكال جاريا في المسألة مطلقا.

أى: سواء قلنا بان السلم يصح حالا أم لا، و في أحد الشقين الإشكال أقوى، أعنى: إذا قلنا بصحته حالا، و إنما كان كذلك، لأنّ صحة السلم حالا يقتضى عدم فساد العقد بدون الأجل، فلا يلزم من نفي الأجل الفساد، فتبقى دعوى عدمه المعتضده بالأصل بغير معارض.

و لك أن تقول: ان صحة العقد مع عدم الأجل مشروط بالتصريح بالحلول إذا كان بلفظ السلم، و الأصل عدمه، مع ما يلزم من ارتكاب المجاز في حمل لفظ السلم على البيع المجرد، فلا يتم ما ذكره المصنف، بل يكون الاشكال آتيا على القول بصحة الحال، كما يأتى على القول بالعدم.

و اعلم أن الشارح-ولد المصنف-وجه كلام المصنف في كون عدم الاشتراط أقوى، على تقدير القول بصحة الحال: بأنّ عدم الاشتراط قريبه في

صرف اللفظ الى مجازه (١)، و ليس بشيء:

أما أولا، فلأن ذلك مصحح للتجاوز، و لا يعد قرينه لارتكاب المجاز.

و أما ثانيا، فلانه قد سبق فى كلام المصنف ما يدل على أنه إذا أتى بلفظ السلم، و لم يصرح بالحلول، و لا ضبط الأجل يبطل العقد، فكيف يستقيم ما ذكره؟ و أما ثالثا، فلأنهما لم يتفقا على تجريد العقد عن ذكر الأجل حتى يعد ذلك قرينه، و كيف يعد الأمر المختلف فى وقوعه بين المتعاقدين قرينه على صرف اللفظ الى ما يوافق دعوى الأخر؟ و اعلم أيضا أن الشارح السيد حمل عبارة المصنف على أن قول مدعى الأجل مقدم، بناء على عدم صحه السلم إلا مؤجلا، لا اعتضاد جانبه مع أصاله صحه العقد، بأن الأصل الحمل على الحقيقه، فيكون الاشكال فيه ضعيفا، فأما إذا قلنا بصحته حالا - فقد وقع التعارض، فيكون الإشكال حينئذ أقوى، لقوه كل من الطرفين (٢).

و ما ذكره مدفوع، فان الاعتضاد بوجوب حمل اللفظ على حقيقته موجود على هذا التقدير أيضا، لأن الحلول فى السلم خلاف الحقيقه، و مع ذلك إذا جرد العقد بلفظ السلم عن الأجل و الحلول كان باطلا.

و أيضا فإن نظم العبارة يساعد ما ذكره الشارح ولد المصنف من أن الترجيح على تقدير الحلول، لأن الإشكال إذا كان فى جانب أقوى كان فى مقابله أضعف، و لأن تفريع الحكم بكون الإشكال أقوى قد فرعه على جواز السلم حالا، و هو يقتضى رفع المانع من الصحه إذا ترك الأجل، و إنما يتم ذلك إذا لم يقتض لفظ السلم التأجيل أيضا، و حينئذ فلا مانع أصلا من تقديم قول نافي الأجل.

و قد عهد من المصنف التعبير بقوه الإشكال فيما إذا كان أحد الطرفين

ص: ٢٤٥

١ - (١) إيضاح الفوائد ١: ٤٦٩.

٢ - (٢) نقله عنه فى مفتاح الكرامه ٤: ٤٨٠. [١]

أما لو اختلفا في الزيادة فالقول قول نافيها، و لو اختلفا في الحلول فالقول قول المسلم إليه، لأنه منكر، و لو اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المنكر، و لو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البائع و إن تفرقا لأنه منكر. أرجح، كما في قوله: (و نيه الاستباحه أقوى إشكالا) في أول الكتاب.

و اعلم أن قول المصنف: (و لو اختلفا) إن رجع ضميره الى المسلم و المسلم إليه لم يكن للاختلاف توجيه، فإنهما إنما يكونان كذلك، إذا لم ينفه أحدهما عن نفسه، و لا مرجع له سوى ذلك.

قوله: (و لو اختلفا في الحلول فالقول قول المسلم إليه، لأنه منكر).

هذا إذا كان اختلافهما في المبدأ مع اتفاقهما على مقدار الأجل، و لو اختلفا في مقداره لكان القول قول نافي الزيادة، كما علم من المسأله التي قبلها.

قوله: (و لو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البائع و إن تفرقا، لأنه منكر).

أى: منكر لقبض ماله الذي هو الثمن الثابت عند المسلم.

فان قلت: لم كان القول قول البائع، مع أنه يقتضى فساد العقد بالتفرق قبل قبض الثمن، و القول هو قول مدعى الصحه؟ قلت: ليس النزاع في الصحه، إذ هما متفقان على وقوع العقد صحيحا، و لكن اختلفا في حصول إيفاء الثمن، و الأصل عدمه، و كون المفسد بحيث يلزم طروؤه ليفرقهما قبل القبض لا يقتضى ترجيح دعوى المسلم، لأن مقتضى الفساد أيضا قائم، و هو التفرق قبل القبض الذي لم يدل عليه دليل، و لا- يقدح فساد العقد به، حيث أنه مسبب عنه، فرجع الحكم فيه الى حصول المقتضى و الشك في المانع، و بمجرد الاحتمال لا يندفع بسببه المقتضى، و ليس هذا مما إذا وقع الاختلاف في وقوع العقد صحيحا أو فاسدا في شيء. و مثله ما لو اختلفا في قبض أحد عوضى الصرف قبل التفرق، أما لو اختلفا بعد الاتفاق على القبض في كونه



أما لو اختلفا بعد اتفاقهما على القبض في وقوعه قبل التفرق أو بعده قدم قول مدعى الصحة، وكذا لو أقاما بينه، لأنها تضم إلى الصحة الإثبات.

و لو قال البائع قبضته ثم رددته إليك قبل التفرق، قدم قوله رعايه للصحة. وقع قبل التفرق أو بعده، فان القول قول مدعى الصحة، لا لدعوى الصحة فقط، بل لأن الأصل عدم طروء المفسد، وأصالة عدم التقدم في القبض معارضه بأصالة عدم التقدم في التفرق.

قوله: (و كذا لو أقاما بينه.).

أى: القول قول مدعى الصحة لقوه جانبه بدعوى أصالة عدم طروء المفسد، لأن الأصل بقاء صحة العقد، و لكون دعواه مثبتة و الأخرى نافية، و بينه الإثبات مقدمه.

فرع:

لو قالت الأخرى: ضبطنا حالهما من حين العقد الى الآن، و قطعنا بعدم حصول الإقباض و ما جرى مجراه، فالظاهر أن الترجيح في الجانب الآخر، لأن ذلك مما لا ينضبط، لجواز حصول الحوالة و لو من الوكيلين، و نحو ذلك.

قوله: (و لو قال البائع: قبضته، ثم رددته إليك قبل التفرق، قدم قوله، رعايه للصحة).

قد يقال: هذا محل اشكال، نظرا الى أن أصالة الصحة تعارض بأصالة عدم حصول القبض، إلا أن يقال: مع تعارضهما يحصل الشك في طروء المفسد، و الأصل عدمه.

أو يقال: المقتضى للفساد مشكوك فيه، إذ لا يعلم أن التفرق كان قبل القبض، و الأصل عدمه فيتمسك بأصل الصحة.

ص: ٢٤٧

ج: يجب قبول المثل وقت الحلول أو الإبراء، فإن امتنع قبضه الحاكم إن سأله البائع. و لو دفع أكثر لم يجب القبول بخلاف الأجل، و لو دفع من غير الجنس جاز مع التراضى، و كذا يجوز لو دفع بعضه أو أردأ قبل الأجل و إن شرط قوله: (يجب قبول المثل).

قيل: لا يحسن التعبير، بل حقه أن يقول: يجب قبول المسلم فيه.

قلنا: هذا حسن، لأن المسلم فيه أمر كلى لا يمكن تسليمه، إنما يسلم ما يطابقه فى الأوصاف من الأمور الجزئية.

قوله: (أو الإبراء).

أى يجب: إما قبول المثل المدفوع فى وقت الحلول، أو إبراء المسلم إليه من المسلم فيه، و يمكن أن ينزل على أن المراد: وجوب قبوله وقت الحلول، أو وقت الإبراء من الأجل الصادر من الجانبين، فإن إبراء أحدهما الآخر لا يوجب سقوط حقه من الأجل ما لم يسقط.

قوله: (فإن امتنع قبضه الحاكم إن سأله البائع).

قيل: إنما يقبضه الحاكم بالشرط إذا أجبر المسلم على القبض فلم يقبض، و الظاهر أن له أن يقبضه و إن لم يجبره على قبضه إذا امتنع، و لو لم يسأله البائع لم يجب عليه قبضه، و يجوز له ذلك، لأنه نائب مناب المالك، و هل له إجباره لو امتنع؟ الظاهر لا، لأن يد البائع يد رضى بها المشتري، و لم يصدر منه ما ينافيه.

قوله: (و لو دفع أكثر لم يجب القبول، بخلاف الأجل).

لأن الأكثر مشتمل على الزيادة، و معها لا يتعين الحق فلا يجب قبضه، و أما الأجل فقد سبق تحقيقه.

قوله: (و كذا يجوز لو دفع بعضه، أو أردأ قبل الأجل و إن شرط التعجيل).

التعجيل. و لو دفعه قبل الأجل لم يجب القبول، سواء تعلق بالبائع غرض، كتخليص الرهن أو الضامن، أو خوف الانقطاع في المحل، أو لم يكن غرض سوى البراءة، و سواء كان للممتنع غرض، بأن يكون في زمن نهب أو كانت دابه يحذر من علفها، أو لم يكن.

و لو أسلم نصراني إلى نصراني في خمر فأسلم أحدهما قبل القبض بطل، و للمشتري أخذ دراهمه، أي: و كذا يجوز مع التراضي لو دفع بعض المثل، أي: بعض المسلم فيه عن جميعه قبل الأجل و ان شرط هذا الدافع التعجيل بإسقاط باقى الأجل، و كذا الحكم فيما لو دفع اردأ منه قبل الأجل، و ان شرط في دفعه التأجيل المذكور، إذ لا يتخيل بسبب ذلك حصول مانع. و لو دفعه كذلك من غير شرط، و تراضيا عليه فلا إشكال في صحته. و ليس المراد من قوله: (و إن شرط التعجيل) اشتراط ذلك في العقد، إذ ليس هو بصدد ذكر شروطه، و لأن اشتراط ذلك في العقد لا يجوز، لأنه يلزم تعدد المبيع إلى أجلين، فيكون كالبيع إلى أجلين.

قوله: (و لو دفع قبل الأجل لم يجب.).

رد بذلك على بعض المخالفين من العامه (1).

قوله: (و لو أسلم نصراني إلى نصراني).

لا حاجة الى التمثيل بالنصراني، لأن كل كافر كذلك.

قوله: (فأسلم أحدهما قبل القبض بطل، و للمشتري أخذ دراهمه).

أي: بطل السلم، و ذلك لتعذر العوض على وجه امتنع حصوله، و تستحيل صحه المعاوضه مع امتناع العوضين أو أحدهما، فلآخر الرجوع الى عوضه بالفسخ.

ص: ٢٤٩

---

١-١) قاله الشافعي، انظر: كفايه الأختيار ١: ١٦٢، و المجموع ١٣٩: ١٣-١٤٠.

و يحتمل السقوط و القيمة عند مستحليه. لا يقال: قد حكم بصحتها فيستصحب.

لأننا نقول: طراً المنافى قبل قبض العوض المقتضى لثبات العقد، فيثبت الانفساخ.

لا- يقال: إن كان المسلم هو المسلف فليس المانع من قبل المسلم إليه، فيجب بقاء المقابله، و إن كان المسلم إليه لم يجب أن يسقط استحقاق الآخر بفعل غيره.

لأننا نقول: تعذر المسلم فيه من قبل الشارع، سواء كان بإسلام المسلم أم المسلم إليه، لأنه بإسلام أحدهما خرج عن صلاحه تعلق المعاوضه به في نظر الشارع، فامتنع بقاء صحتها، حيث لم يحصل القبض المقتضى لثباتها.

و تخيل أن إسلام المسلم إليه بمنزله الإلتلاف للخمر على الكافر، فيضمن القيمة عند مستحليه ليس بشيء، لأنه لم يتلف شيئاً، و لا تسبب في الإلتلاف، و إنما تسبب الى امتناع التصرف في الخمر، و ذلك لا يعد إلتافاً، و الأصح الانفساخ.

قوله: (و يحتمل السقوط).

أى: سقوط المسلم فيه لا الى بدل، لأن المسلم إن كان هو المسلف فظاهر، لأنه الذى فوّت على نفسه ماله الخمر بإسلامه، و قد انعقد السلم صحيحاً، فلا شيء له، و إن كان هو المسلم إليه فالآن المسلم لا يثبت فى ذمته الخمر، و ليس بشيء، لأن الإسلام و ان منع من الخمر، إلا أنه لا دليل على بقاء معاوضه قد امتنع حصول أحد عوضيها.

قوله: (و القيمة عند مستحليه).

أى: و يحتمل ثالث، و هو هذا، و ربما رخص بما إذا كان المسلم هو المسلم إليه، لأنه بمنزله متلف خمر الكافر، و ليس بشيء، إذ هو قياس بغير جامع.

ص: ٢٥٠

د: إذا قبضه تعين و برىء المسلم إليه، فإن وجده معيباً فردّه زال ملكه عنه و عاد حقه إلى الذمه سليمان. و لو وجد بالثمن عيباً، فإن كان من غير الجنس بطل إن تفرقا قبل التعويض أو كان معيباً، و إن كان من الجنس رجع بالأرض، و له البدل مع عدم التعيين و إن تفرقا على إشكال، و إن تعين تخير بين الأرض و الرد فيبطل السلم.

و لو كان الثمن مستحقاً، فإن كان معيباً بطل، و إلا بطل إن تفرقا قبل قبض عوضه. قوله: (فإن وجده معيباً فردّه زال ملكه عنه، و عاد حقه إلى الذمه سليمان).

اعترض شيخنا الشهيد بما لا - محصل قويا له، ثم أجاب بأن المراد: زوال الملك الذي حصل ظاهراً، و ليس بشيء، لأنّ الملك حصل ظاهراً و باطناً، و لهذا يستحق نماءه في تلك المدة لو امتدت، و أى بعد في أن يكون قد ملك المدفوع بالقبض ملكاً متزلزلاً لمكان العيب، فإذا علم به كان له فسخ ملكيته، و المطالبة بالسليم.

قوله: (أو كان معيباً).

أى: مطلقاً و ان لم يتفرقا، و قد سبق مثله في الصرف.

قوله: (و له البدل مع عدم التعيين و إن تفرقا على إشكال).

سبق مثل هذا في الصرف، و الفتوى على أن له البدل في الموضوعين.

قوله: (و إلا بطل إن تفرقا قبل قبض عوضه).

و لا يعتد بقبضه، لأنه مال الغير، فلا يمكن جعله ثمناً بحال بخلاف المعيب.

فرع:

لو أسلفه، أو صارفه و لم يحصل القبض إلا بعد مده، حتى حصل نماء و لم

## ه: لو أسلم في شيئين صفقه بثمان واحد صح

ه: لو أسلم في شيئين صفقه بثمان واحد صح، تخالفاً أو تماثلاً.

و لو شرط الأداء في أوقات متفرقه صح إن عين ما يؤديه في كل وقت، وإلا فلا، و لو شرط رهنا أو ضمينا ثم تفاسخا أو رد الثمن لعيب بطل الرهن و برىء الضمين.

و لو صالحه بعد الحلول على مال آخر عن مال السلم سقط الرهن لتعلقه بعوض مال الصلح لا به.

## الفصل الثاني: في المربحه و توابعها

### إشاره

الفصل الثاني: في المربحه و توابعها.

### المربحه

المربحه: هي البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه، و إيجابها كالبيع و يزيد بربح كذا.

و يجب العلم برأس المال و الربح، فلو قال: بعثتك بما اشتريت و ربح كذا و لم يعلم قدر الثمن لم يصح، و كذا لو علما قدر رأس المال و جهلا يتفرقا، فالظاهر ان النماء لمن انتقل اليه العوض الباقي، و لو تفرقا بعد حصوله ففي من له النماء إشكال، ينشأ من أن التفرق قبل القبض موجب لبطلان العقد من حينه، أو من أصله.

قوله: (المربحه هي البيع).

كأنها إنما سميت مربحه، لأن الربح إنما يثبت إذا رضى كل واحد منهما، فكأنهما مترابحان.

قوله: (و كذا لو علما قدر رأس المال و جهلا الربح).

إما بان لم يعلمه أصلاً، أو بان علما نسبه أبعاضه إلى أبعاض الثمن كربح درهم في كل عشره، و لم يعلمه جملته فإنه لا يصح هاهنا على أصح الوجهين و إن أمكن استخراجها بالحساب بسهولة، و هو مختار المختلف (1) و يكفي في عدم علمهما عدم علم واحد منهما.

ص: ٢٥٢

الربح، و يجب ذكر الصرف و الوزن مع الاختلاف. و تكره نسبه الربح إلى المال، فيقول: رأس مالى مائه و بعتك بربح كل عشره واحدا، فان قال: فالثمن مائه و عشره، بل ينبغى أن يقول: رأس مالى مائه و بعتك بما اشتريت و ربح عشره.

ثم إن كان البائع لم يعمل فيه شيئا صح أن يقول: اشتريته بكذا، أو هو على، أو ابتعته، أو يقوم على، أو رأس مالى. قوله: (و يجب ذكر الصرف و الوزن مع الاختلاف).

أى: صرف الدراهم و الدنانير التى وقع الشراء بها إن اختلف الصرف، بان يكون للدراهم نوعان و أكثر من الصرف و كذا الدنانير، و لو اتحد نوع الصرف لم يحتج الى التعيين.

و كذا القول فى الوزن لو كان الثمن دراهم معروفه بالوزن، و وزنها يختلف.

و يمكن أن يكون المراد: أنه يجب الجمع بين ذكر صرف الدراهم مع الوزن إن فرض الاختلاف، بان يكون صرف الدراهم المختلف وزن أنواعه واحدا فى الجميع. و يمكن أن يراد: صرف الثمن و وزن المبيع فان ذكر الصرف لا- يغنى عن ذكر الوزن حينئذ ان أمكن حصول هذا الفرض، و الأول ألصق بالعباره.

قوله: (فان قال: فالثمن مائه و عشره).

أى: فان قال ذلك فمقدار الثمن مائه و عشره.

قوله: (ثم إن كان البائع لم يعمل فيه شيئا صح أن يقول: اشتريته بكذا، أو هو على، أو ابتعته، أو يقوم على، أو رأس مالى).

هذه عبارات خمس، و مرجعها عند التحقيق إلى أربع، لأن اشتريته و ابتعته بكذا مترادفان، فصارت العبارات هذه: اشتريته، و رأس مالى، و هو على، و يقوم على، فالأولى و الثانية معناهما واحد، لا مدخل فيهما سوى الثمن،

و لو عمل فيه ما له زياده عوض، قال: اشتريته بكذا و عملت فيه بكذا. و لو استأجر في ذلك العمل صح أن يقول: يقوم عليّ، أو هو عليّ و يضم الأجره.

و لو قال: بعثك بما قام عليّ استحق مع الثمن جميع المؤن التي يقصد بالتزامها الاسترباح، مثل ما بذله من دلاله و اجره البيت و الكيال و الحارس و الحمال و القصار و الصباغ، مع علم قدر ذلك كله، و المصنف في المختلف سوى بين الثانيه و بين يقوم (١)، و اختاره في الدروس (٢).

و يشكل بأن المتبادر من (رأس مالي) إنما هو ثمن المبيع، فلا يتناوله ما بذل من الأجره في مقابله عمل و (يقوم عليّ) يتناوله.

قوله: (و لو عمل فيه ما له زياده عوض، قال: اشتريته بكذا، و عملت فيه بكذا).

و ليس له أن يضم ما يساوى عمله من الأجره إلى الثمن و يخبر بالجميع، لأنه كذب بخلاف ما لو بذل الأجره لغيره علي ذلك العمل، فإنه إذا ضم الأجره إلى الثمن، و قال: يقوم علي بكذا كان صادقاً.

قوله: (و لو قال: بعثك بما قام عليّ استحق مع الثمن جميع المؤن التي يقصد بالتزامها الاسترباح مثل ما بذله من دلاله، و اجره البيت، و الكيال، و الحارس، و القصار، و الصباغ مع علم قدر ذلك كله).

التعويل في أمثال ذلك على العرف، فكل ما التزمه لأجل غرض التجاره من المؤن، فهو محسوب مما يقوم به المتاع، و من ذلك اجره البيت، لأن التربص ركن في التجاره و انتظار الأرزاق.

ص: ٢٥٤

١ - ١) المختلف: ٣٧٠.

٢ - ٢) الدروس: ٣٤٤.



و لا يستحق المطالبه بالمؤن التى فيها بقاء الملك، كنفقه العبد و كسوته و علف الدابه. و ليس له الرجوع بما عمل بنفسه كما لو قصر الثوب أو تطوع به قوله: (و لا يستحق المطالبه بالمؤن التى فيها بقاء الملك كنفقه العبد، و كسوته، و علف الدابه).

المراد: نفقته التى بها بقاءه عادة، و من جعلتها اجره مسكنه الذى لا بد له منه، و كذا القول فى العلف للدابه، و اجره الإصطبل حيث لا يبقى إلا - به، لأن هذه الأمور من ضرورات بقاءه، و ليست مقصوده لغرض الاسترباح، و لأنها فى مقابله خدمه العبد و ركوب الدابه، بخلاف نحو الأقمشه المدخره للاسترباح فقط من غير انتفاع بها. و فى الفرق بين المقامين نظر، لأن جميع ذلك قد لا يلتزم إلا - لغرض الاسترباح، إلا - أن يفترق بين ما يمكن تحصيل مؤنه بالانتفاع به و ما لا - يمكن، فلا تعد هذه مؤنه محضه، لتحقق ما يقابلها.

فان تم هذا فليس فى العبارة ما يقتضيه، و هذا إنما هو فى الزائد من العلف و النفقه الذى لا يقصد به إلا زياده القيمه كالعلف للثمن، و كذا زياده ترفيه العبد بالمأكل و الملابس لازدياد قواه و بدنه، فان هذا مما يحتسب مع الثمن.

و من هذا اجره الطبيب إن كان مريضاً لزياده القيمه بزوال المرض، قال فى التذكرة: فإن حدث المرض فى يده فهى كالنفقه (١).

و اعلم أن العبارة لا تخلو من مناقشه، لأن مقتضاه صحه البيع بما قام على البائع، ثم يعين ما يجب على المشتري بضبط ما يتناوله و ما لا يتناوله، و ليس كذلك، بل لا بد من العلم بذلك فى وقت البيع حذراً من الغرر.

قوله: (و ليس له الرجوع بما عمل بنفسه، كما لو قصر الثوب).

هذه العبارة أيضاً لا يخلو ظاهرها من مناقشه، إذ لا معنى للرجوع فى هذا المحل، و إنما المراد: أن أجره ذلك لا يصح ضمها الى الثمن ليخبر بالمجموع، أو لا

ص: ٢٥٥

متطوع، ولا- اجره البيت إذا كان ملكه و يخبر بعد أخذ الأرش من العيب السابق بالباقي. و لو جنى على العبد فأخذ أرشه لم يضعه، و لو جنى العبد في يده ففداه لم يضم الفداء، و لا يضع قيمه النماء المتجدد.

و يجب على البائع حفظ الأمانة بالصدق في قدر الثمن، و في الإخبار عما طرأ في يده من عيب منقوص أو جنايه، و لا- يجب الإخبار بالغبن يندرج في قوله: (بعتك بما قام على) فليعلم ذلك ليكون العقد الواقع بهذه العبارة معلوما- في حال إيقاعه- متناوله.

و اعلم أنه لا فرق بين قوله: بعتك بما قام على، و بما يقوم على، و جمع المصنف العبارتين تفننا و هربا من التكرار.

قوله: (و يخبر بعد أخذ الأرش من العيب السابق بالباقي).

أى: و يخبر البائع بما اشتراه مرابحه إذا كان معيبا، و أخذ العوض من العيب السابق على العقد بما بقي من الثمن بعد أخذ الأرش، لأنّ الأرش جزء من الثمن. و الظاهر أن الحكم في أرش العيب المتجدد بعد العقد و قبل القبض كذلك.

و في مسأله الصرف إذا أخذ الأرش من جنس المعيب- على رأى المصنف- ينبغى بيع المجموع، ليخبر برأس المال، و يشكل بعدم تناول العقد له.

قوله: (و لو جنى على العبد، و أخذ أرشه لم يضعه).

لكن إن نقصت بالجنايه قيمته و جب الإخبار بالصوره، كما سند كره قريبا.

قوله: (و لا يجب الإخبار بالغبن).

لأن البيع مع الاخبار برأس المال ليس مقتضاه عدم الغبن، بل الصدق فيما أخبر به، و الفرض حصوله.

و لا بالبائع و إن كان ولده أو غلامه. و يجب ذكر تأجيل الثمن، و لو أسقط عنه البعض جاز أن يخبر بالأصل، سواء كان الإسقاط فى مده الخيار أو بعده. و ليس له الإخبار بالشراء فى الأبعاض مع تقسيط الثمن عليها، إلا أن يخبر بصوره الحال، قوله: (و لا بالبائع و إن كان ولده، أو غلامه).

لما قلناه من أن مقتضى هذا البيع أداء الأمانة بالصدق فى قدر الثمن، و هو حاصل، و ليس مقتضاه كون البائع أجنبيا، نعم لو ترتب على كون البائع ولده أو غلامه خديعه و جب الاخبار، و ستزيد ذلك إيضاحا، و يجب تقييد الغلام بكونه حرا، إذ لا يتصور شراء الشخص من عبده.

قوله: (سواء كان الإسقاط فى مده الخيار، أو بعده).

خلافًا للشيخ، حيث أوجب الاخبار بما يبقى بعد المسقط فى مده الخيار (1)، و كأنه بناه على أن المبيع إنما ينتقل بانقضاء مده الخيار، و هو بناء غير ظاهر، إذ لا دخل لذلك فى كون الثمن إنما يتعين بانقضاء الخيار، إذ الثمن هو ما وقع عليه عقد البيع، و لا اثر لوقت انتقال الملك، و ليس هذا كالأرش، إذ هو جزء من الثمن، و الإسقاط هبه جديده.

قوله: (و ليس له الإخبار بالشراء فى الأبعاض مع تقسيط الثمن عليها، إلا أن يخبر بصوره الحال).

أى: ليس له الاخبار بالشراء فى أبعاض المبيع، إذا قسط الثمن عليها ليبيعهها مرابحه و نحوها، لعدم جريان البيع على الأبعاض، و ان جرى على المجموع فليس لها ثمن، و إن لزم مقابلتها بأجزاء الثمن، فلو فعل ذلك كان كذبا.

فان قلت: لو تلف بعضها قبل القبض فرجع بحصته من الثمن، و رضى

ص: ٢٥٧

اتفقت أو اختلفت، ساوى بينها أو لا، باع خيارها بالأقل أو لا، وكذا الحامل إذا ولدت و أراد بيعها منفرده. و لا يخبر الدلال بالشراء عن تقويم التاجر مجردا عن البيع، سواء ابتدأه أو لا. بالبيع فى الباقي صح الإخبار، و ذلك ينافى ما ذكر.

قلت: بعد التلف فالمبيع هو الباقي، و لهذا يتوقف لزومه على رضاه، و مثله العبد المعيب إذا أخذ أرشه.

و قول المصنف: (إلا أن يخبر بصوره الحال) لا يخلو من مسامحه، لأنه استثناء من محذوف تقديره: ليس له الإخبار بذلك، لبيع مرابحه فى حال من الأحوال، إلا أن يخبر بصوره الحال و لعله تجوز بإطلاق المرابحه عليه للمشابهه.

قوله: (اتفقت أو اختلفت.).

خلاف لابن الجنيدي، حيث جوز ذلك فى المتفق كقفيزى حنطه (1)، و هو ضعيف، فان الكذب لازم، و لا فرق بين أن يساوى بينهما فى التقويم أو يفاوت، و أن يجعل القيمه الدنيا فى مقابل الجيد و عدمه.

قوله: (و كذا الحامل إذا ولدت، و أراد بيعها منفرده).

لأن الثمن فى مقابل المجموع، و ليس للأبعض ثمن.

قوله: (و لا يخبر الدلال بالشراء عن تقويم التاجر مجردا عن البيع، سواء ابتدأه أو لا).

أى: سواء ابتدأ التاجر الدلال بذلك، أم ابتدأ الدلال التاجر به، لانتفاء البيع فى الموضوعين، فلو أخبر بما يقتضيه لكان كذبا، و إنما الزائد لو باع للتاجر، لأنه نماء ماله، و للدلال اجره المثل إذا تراضيا على كون الزائد له، لأن العوض المشترط قد فات بالفساد، فيرجع الى أجره المثل.

و قال الشيخ: إن قوم التاجر على الدلال المتاع بدرهم معلوم، ثم قال له:

ص: ٢٥٨

١- ١) نقل قوله فى التنقيح الرائع ٥٩: ٢، و مفتاح الكرامه ٤٩١: ٤. [١]

بعه بما أمكن، و الزائد لك، و القيمه لى فإن الزائد للدلال، و القيمه للتاجر، و لو لم يزد شيئاً فلا شىء له.

و لو قال له الدلال: أخبرنى بثمان هذا الثوب، و اربح علىّ فيه شيئاً لأبيعه، ففعل التاجر، فإن الزيادة للتاجر، و لا شىء للدلال (١). و اعترضه ابن إدريس بأن هذا ليس بيع مرابحه، و لا اجاره، و لا جعله محضه (٢).

و اعتذر المصنف فى المختلف للشيخ بأن الجهاله فى مال الجعاله لا- تضر، إذ لم تؤد إلى النزاع (٣)، و هو حسن، و سيأتى تحقيقه، كما لو قال: من رد عبدى فله نصفه. و صحيحه محمد بن مسلم، عن الصادق عليه السلام (٤) و صحيحه زراره، عنه عليه السلام (٥) تشهدان بذلك. و بدون الزيادة لا شىء له، كما لو قال: من رد عبدى فله ما عليه من الثياب فوجده عارياً، و أما إذا كان القائل هو الدلال فلا شىء على التاجر، لأنه لم يشترط شيئاً، فينبغى أن لا يكون له عليه اجره المثل أيضاً لمثل ذلك.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر العبارة يشعر بتخيل فرق بين أن يبتدئ الدلال التاجر، و ان يبتدئ التاجر الدلال، و به صرح فى الدروس (٦)، و هو غير واضح، فان الابتداء و عدمه مع حصول التراضى سواء فى الحكم.

فان من قال لمن ذهب عبده: أرد عبدك على أن لى نصفه ابتداء منه، فقال مولى العبد: نعم لك ذلك يستحق ما عيّن له، -إن جوزنا كون العوض مجهولاً-، أو اجره المثل إن لم نجوزه، فلا يفترقان.

ص: ٢٥٩

١- (١) النهاية: ٣٨٩. [١]

٢- (٢) السرائر: ٢٢٥.

٣- (٣) المختلف: ٣٦٩.

٤- (٤) الكافي ٥: ١٩٥، حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ٥٣، حديث ٢٣١.

٥- (٥) التهذيب ٧: ٥٤، حديث ٢٣٢.

٦- (٦) الدروس: ٣٤٥.

## و أما التولية

و أما التولية فهي: إعطاء المتاع برأس المال، فيقول: وليتك أو بعتك و شبهه، فيقول: قبلت التولية أو البيع.

و هو بيع تلحق به أحكام البيع من الشفعة و التقابض في المجلس إن كان صرفاً، و يشترط العلم برأس المال لا ذكره، و يلزمه مثل الثمن الأول جنساً و وصفاً و قدراً.

## و أما المواضع

و أما المواضع فهي مأخوذة من الوضع، و هي: أن يخبر برأس المال، ثم يقول: بعتك به و وضعه كذا.

و يكره لو قال: بوضيعة درهم من كل عشرة، فلو كان الثمن مائة لزمه تسعون.

و لو قال: من كل أحد عشر كان الحط تسعة دراهم و جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، فيكون الثمن إحدى و تسعين إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، و كذا لو قال: بوضيعة درهم لكل عشرة. و الظاهر أن الشيخ إنما حكم بعدم شيء في الثانيه (١)، لأن التاجر لم يلتزم بشيء أصلاً، فلا يستحق الدلال أجره عليه. و الروايتان (٢) لا - دلالة فيهما على الفرق بين الابتداء أولاً و الرضى آخراً.

و الذي يقتضيه النظر أنهما إذا تراضيا على ذلك، سواء تقدم بالقول الدلال أم التاجر، إذا وقع ما يدل على الرضى من الآخر، فإنه يكون جعالة فيصح، و لو أبطلناها أو جبننا أجره المثل في الموضعين.

و لو أن التاجر لم يصرح بشيء لم يكن للدلال شيء، إلا أن يأمره بذلك، و يكون له في العادة على مثل هذا أجره.

قوله: (و كذا لو قال: بوضيعة درهم لكل عشرة).

أي: يكون الثمن أحداً و تسعين إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، لأن

ص: ٢٦٠

[١ - ١] النهاية: ٤٠٧-٤٠٨. [١]

[٢ - ٢] الكافي ٥: ١٩٥، حديث ٢، التهذيب ٥٤، ٥٣: ٧، حديث ٢٣٢، ٢٣١.

**أ: يجوز لبائع المتاع شراؤه بزيادة و نقيصه**

أ: يجوز لبائع المتاع شراؤه بزيادة و نقيصه، حالا و مؤجلا بعد القبض، و يكره قبله إن كان مكيلا أو موزونا على رأى، الوضيعه للعشره غير العشره قطعا، فهو بمنزله ما لو قال: من كل أحد عشر.

و لو قال: بوضيعه العشره درهم احتمال كونه بتسعين، و كونه أحد و تسعين إلا جزءا من أحد عشر جزءا التفاتا الى كون الإضافة بمعنى من، أو بمعنى اللام، و كل منهما محتمل. قيل عليه: إن الاحتمال الثانى لا وجه له، لأن العبارة لا تحتمله، لأنّ وضيعه العشره درهما لا يكون إلا فى العشره الدراهم، دون ما عداها من اجزاء الدرهم.

قلنا: بل وجهه أن اللفظ لا بد فيه من تقدير و هو: إما بوضيعه كل عشره درهما، أو بقياس وضيعه العشره درهما، و ما جرى هذا المجرى، و كل من التقديرين محتمل و لا أرجحيه لأحدهما على الآخر، فيكون كل من الاحتمالين بحاله.

و الاحتجاج بأنّ المواضعه على حد المرابحه للتقابل بينهما، فكما اقتضت المرابحه المعنى الثانى فكذا المواضعه ضعيف، لانتفاء التلازم، فحينئذ يصار الى مقتضى القرينه إن كانت، و إلا وجب التعيين فرارا من الغرر.

قوله: (يجوز لبائع المتاع شراؤه بزيادة و نقيصه بعد القبض، و يكره قبله إن كان مكيلا أو موزونا على رأى).

قيل: لا مقتضى لذكر هذه المسأله فى هذا الباب.

قلنا: المقتضى ترتيب ما سيأتى من الأحكام عليها، و قد منع ابن ابى عقيل من بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه دون غيره (1)، و الشيخ فى المبسوط منع

و لو شرط الابتیاع حال البیع لم یجز. و یکره لو کان قصدهما ذلک و لم یشرطاه، فلو باع غلامه سلعه ثم اشتراها بزیاده قصدا للإخبار بالزائد جاز إن لم یکن شرط البتیاع.

### ب: لو ظهر کذب البائع فی إخباره تخیر المشتري فی الإمضاء

ب: لو ظهر کذب البائع فی إخباره تخیر المشتري فی الإمضاء من بیع الطعام قبل القبض خاصه (١)، و کذا ابن حمزه، الا أنه منع من بیع الطعام قبل القبض، سواء کان مبیعا، أو قرضا، و جوز بیع غیره قبل القبض علی کل حال، إلا أن یكون سلفا، فإنه منع من بیعه قبل قبضه علی غیر المسلف الیه (٢).

و ما اختار هنا هو مختار الشیخ فی النهایه (٣)، و هو الأصح، و فی بعض الاخبار المنع من بیع الطعام قبل قبضه إلا بتولیه (٤).

قوله: (و لو شرط البتیاع حال البیع لم یجز).

علل بلزوم الدور، باعتبار توقف صحه البیع علی الشرط، و توقف الشرط علی صحه البیع، و لیس بواضح، و ربما علل بغير ذلک، و لا إشکال فی الحکم بین الأصحاب.

قوله: (فلو باع غلامه سلعه، ثم اشتراها بزیاده قصدا للإخبار بالزائد، جاز إن لم یکن شرط البتیاع).

لا- بد من تقييد غلامه بالحر، إذ عبده لا- يتصور شراؤه منه، و فی الحکم بجواز ذلک اشکال، نظرا الی أن ذلک تدلیس، لأن المتعارف من الشراء هو ما لا یكون لغرض الإخبار علی الوجه المذكور، فإذا أطلق الشراء و أراد هذا المعنی تحقق التدلیس.

ص: ٢٦٢

١- ١) المبسوط ١: ١١٩.

٢- ٢) الوسیله: ٢٩٠. [١]

٣- ٣) النهایه: ٣٨٨.

٤- ٤) الفقیه ٣: ١٢٩، حدیث ٥٦٠، التهذیب ٧: ٣٥، ٣٦، حدیث ١٥٣، ١٤٧.



بالمسمى و الفسخ، و ليس له قدر التفاوت، سواء كان الكذب فى قدر الثمن أو جنسه أو وصفه أو حلوله.

و هل يسقط الخيار بالتلف؟ فيه نظر، و لا- خيار لو علم بكذبه، و لا تقبل بينه البائع لو ادعى كثره الثمن، و له الإحلاف إن ادعى العلم، و لو صدقه المشتري تخير البائع فى الفسخ و الإمضاء.

قوله: (و ليس له قدر التفاوت).

لأن العقد إنما وقع على ذلك المبيع بالثمن المخصوص، و لم يفت مما وقع عليه العقد شىء، لكن يثبت الخيار لثبوت التدليس.

قوله: (و هل يسقط الخيار بالتلف؟ فيه نظر).

ينشأ: من حصول المقتضى و انتفاء المانع، إذ ليس الا- التلف، و هو لا- يصلح للمانع، إذ مع الفسخ يثبت المثل أو القيمة. و من حصول الضرر للبائع، حيث أنه ينتقل الى البدل قهرا. و يرجع الأول بعموم المغرور، يرجع على من غره، و بان الكذب فى الاخبار مقتضى للخيار، و لم يثبت اشتراطه بالعلم بذلك قبل تلف المبيع، و فى الثبوت قوه.

قوله: (و لا تقبل بينه البائع لو ادعى كثره الثمن).

لأنه أكذبها باخباره بالأقل و كذا دعواه لا تسمع، و لو ظهر لدعواه محتمل، كأن يقول: كان قد أخبرنى و كيلى فى الشراء ثم ثبت كذبه، أو ورد على خطه بذلك فبان مزورا، فالظاهر القبول، لحصول ظن صدقه فيندفع التنافى، و لأنه لا يكاد ينفك من ذلك، فلو لم يقبل لزم الضرر، و لا منافاه بعد إظهار هذا التأويل.

قوله: (و له الإحلاف إن ادعى العلم).

فان دعوى العلم على المشتري مسموعه، و إن لم تسمع دعواه بالكثرة إذ لو تحقق علمه بذلك تحقق بطلان الإخبار الأول بتصديقه، و هل له أن يرد اليمين؟

ج: لو اشترى ثوبا بعشره فباعه بخمسه عشر، ثم اشتراه بعشره جاز أن يخبر بعشره، ولا يجب حط الربح.

و لو اشترى ثوبا بعشرين، ثم اشترى أحدهما نصيب صاحبه بأحد عشر أخبر بأحد و عشرين.

و لو اشترى أحدهما نصفه بعشره و الآخر بعشرين، ثم باعاه صفقة مرابحه، فالثمن بينهما نصفان. فيه وجهان يلتفتان الى أن اليمين المردوده كالبيئه، أو كإقرار المنكر؟ فعلى الثاني ترد، و على الأول لا، و سيأتي ان شاء الله تعالى.

قوله: (و لو اشترى ثوبا بعشرين، ثم اشترى أحدهما نصيب صاحبه بأحد عشر).

جاز أن يخبر بأحد و عشرين، فان قيل: كيف جاز هذا الاخبار، مع أن العقد الأول إنما وقع على المجموع، و أحد النصفين إنما كان حصته عشره من الثمن بالتقسيط؟ قلنا: تعدد المشتري يقتضى تعدد الصفقه، فهو فى قوه عقدين.

و لو اشترى جماعه أمتعته فلكل واحد الإخبار برأس المال، بالإضافة الى ما له من المبيع.

قوله: (و لو اشترى أحدهما نصفه بعشره و الآخر بعشرين، ثم باعاه صفقة مرابحه فالثمن بينهما نصفان).

لو قال: نصفين لكان أوجه، و وجهه أن الثمن يقابل به المبيع، فتكون أجزاءه فى مقابل اجزائه، فيكون بالإضافة إلى أحدهما مرابحه، و الى الآخر مواضعه.

و يحتمل أن يراد بكونه بينهما نصفين: بينهما على وجه لو نصّف لكان زائدا على ما لكل واحد منهما، بدليل كون البيع مرابحه، و إنما يتحقق ذلك لو كان الربح موزعا على النصفين، و إنما يتم ذلك بما قلناه. هذا مقتضى إطلاق اللفظ، و لو قصد المتبايعان غير ذلك رتب على القصد مقتضاه، و فى هذا قوه.

## د: لو باعه توليه فحط البائع الأول عنه البعض فله الجميع

د: لو باعه توليه فحط البائع الأول عنه البعض فله الجميع، و لو كان الحطّ قبل التوليه فله الباقي إن كان بما أدى، و لو حطّ الجميع قبل التوليه لم تصح التوليه إن كان بما أدى أو بما قام.

### الفصل الثالث: في الربا

#### إشاره

الفصل الثالث: في الربا، و فيه مطلبان:

#### الأول: في محله

#### إشاره

الأول: في محله، و له شرطان:

#### الأول: التماثل في الجنس

الأول: التماثل في الجنس:

التمن و المثلن إن اختلفا جنسا جاز اختلافهما قدرا نقدا و نسيئته إلاّ الصرّف، فإنه لا يصح فيه النسيئته، و إن اتفقا وجب اتفاقهما قدرا نقدا إن دخلهما الكيل أو الوزن إجماعا، و إلاّ فلا. قوله: (و لو كان الحطّ قبل التوليه فله الباقي، إن كان بما أدى).

أى: له ما بقى من الثمن بعد الحطّ إن كان البيع وقع بما أدى، لأنّ الذى أداه هو ذلك، و ينبغى أن يكون ذلك معلوما عندهما وقت العقد، و الا كان الثمن اللازم مجهولا فى وقت العقد فلا يصح.

قوله: (و لو حطّ الجميع قبل التوليه لم تصح التوليه إن كان بما أدى، أو بما قام).

إذا لم يؤد شيئا، و لم يتقوم عليه بشىء.

قوله: (فى الربا).

الربا لغه: الزيادة، قال الله تعالى (فَلَا يَزْبُؤْا عِنْدَ اللَّهِ) (١).

و شرعا: زياده أحد العوضين المتماثلين المقدرين بالكيل أو الوزن فى عهد صاحب الشرع صلى الله عليه و آله إن علم، و إلا

فالعاده و لو فى بلد، إذا اختلفت البلدان حقيقه أو حكما. و فى غير المقدرين قرضا إذا لم يكن باذل الزيادة حرييا، و لم يكن المتعاقدان والدا مع ولده، و لا زوجا مع زوجته.

قوله: (و إلا فلا).

أى: و ان لم يدخلهما الكيل أو الوزن فلا يجب اتفاقهما لا قدرا و لا نقدا.

ص: ٢٤٥

---

١ - ١) الروم: ٣٩.

و لا- يشترط التقابض فى المجلس قبل التفرق، و يكره بيع أحد المختلفين بالآخر نسيئه و إن تساويا قدرا إذا دخلهما أحد التقديرين على رأى، و لا- يثبت الربا فى غير البيع. و ضابط الاتفاق فى الجنس شمول اللفظ الخاص لهما كالحنطة و الأرز، لا كالمطعموم المختلفه أفراده.

قوله: (و يكره بيع أحد المختلفين بالآخر نسيئه و إن تساويا قدرا، إذا دخلهما أحد التقديرين على رأى).

الأصح أنه مكروه، و يندرج فى العبارة ما إذا تساويا قدرا، و ما إذا اختلفا فيه، كرطل حنطة برطل أرز، أو رطلين.

قوله: (و لا يثبت الربا فى غير البيع).

سيأتى فى الصلح تردد فى ثبوت الربا فيه، و الأصح ثبوته فى كل معاوضه، عملا بإطلاق قوله تعالى (وَ حَرَّمَ الرِّبَا) (١).

قوله: (و ضابط الاتفاق فى الجنس شمول اللفظ الخاص لهما).

المراد باللفظ الخاص: ما يكون مفهومه نوعا بالإضافة الى ما تحته، فالجنس فى عبارته هو ما يعبر عنه فى المنطق بالنوع، و أهل اللغة يسمونه جنسا، و هذا و إن عز الوقوف عليه إلا أن بعض الأشياء قد قام القاطع على بيان نوعها، فالحنطة بالنسبه الى ما تحتها نوع بالنص و الإجماع، فالحمراء و البيضاء و غيرهما واحد و كذا الأرز.

فإن قيل: هذا لا يطرد، فان الشعير ليس من افراد الحنطة، مع انكم تعدونهما جنسا واحدا فى قول، و الشامل لهما ليس نوعا.

قلنا: هذا خرج بالنص كما سيأتى.

ص: ٢٦٦

و الحنطة و الشعير هنا جنس واحد على رأى، و ثمره النخل كلها جنس و إن اختلفت أصنافه، كالردىء الدقل و جيد النوع، و ثمره الكروم جنس، و أصل كل شىء و فرعه جنس كالحنطة و الدقيق و الخبز، و الدبس و التمر و الخل، و العنب و دبسه جنس، و اللبن و الزبد و الأقط جنس، و الكشك و السمن جنس، و السمسم و الشيرج جنس.

فان قيل: يعلم من هذا النص أن المدار ليس على اتحاد النوع، و لا على شمول الاسم الخاص، و الا لا طرد.

قلت: تخلف الحكم فى بعض موارد النص لا- يقدر فيما دل الدليل على اناطه الحكم به، و قد قال عليه السلام: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» (١).

فإن قيل: فما السر فى عددهما جنسا؟ قلت: لعله لشده ما بينهما من علاقه و ارتباط، بحيث أن أحدهما أقرب الى الآخر من جميع الحبوب.

و العلس و السلت إن جعلناهما من أحدهما فلا بحث، و الا فلا إشكال.

قوله: (و الحنطة و الشعير هنا جنس على رأى).

احترز ب(هنا) عما فى باب الزكاه، فإنهما جنسان لا يكمل أحدهما بالآخر، و الأصح أنهما جنس للنص الصريح.

قوله: (و أصل كل شىء و فرعه جنس).

فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا و إن كانا موزونين.

قوله: (و الزبد و الأقط و الكشك).

الكشك أشبه بالمصنوع من جنسين، لأنه معمول من الحنطة و اللبن، فإن أمكن اتخاذه من اللبن فقط اندفع ذلك.

ص: ٢٤٧

---

١- (١) عوالى اللآلى ٢: ٢٥٣، حديث ٢٦، [١] صحيح مسلم ٣: ١٢١١، حديث ٨١ باختلاف يسير.

و المصنوع من جنسين يباع بهما، أو بأحدهما مع زياده على مماثله. و اللحوم تابعه لأصولها، فلحم البقر عرابه و جاموسه جنس، و لحم الإبل عرابها و بخاتيها جنس، و لحم الغنم ضأنها و ما عزها جنس، و الوحش و الإنسى جنسان. و الحمام جنس على إشكال، و السموك جنس، و اللبن و الدهن قوله: (و المصوغ من نقدين يباع بهما، أو بأحدهما مع زياده على مماثله).

أو بجنس آخر، و لا- بد فى الزيادة المذكوره من أن يكون لها وقع، بحيث يصلح لأن يكون عوضا فى البيع، و يكفى معرفه المجموع و إن جهل قدر كل جنس.

و تنكير النقدين لا- يكاد يوجد له نكته، فلو اتى باللفظ معرّفا لكان اولى، و فى بعض النسخ: (و المصنوع من جنسين) و هو اولى، لأنه أشمل، و لأن حكم النقدين قد سبق فى الصرف مستوفى.

قوله: (عرايها و بخاتيها).

هو بتشديد الياء المشناه من تحت.

قوله: (و لحم الغنم ضأنها و ما عزها جنس، و الوحش و الانسى جنسان).

الإجماع دليل ذلك كله.

قوله: (و الحمام جنس على اشكال).

قد تقدم فى الحج ضابط الحمام، و منشأ الاشكال: من الشك فى أن مقولته على ما تحته مقوليه النوع على الأصناف، أم الجنس على الأنواع، و الوقوف على الذاتيات عزيز، و لا قاطع من قبل الشرع على واحد من الأمرين.

و عموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) [\(١\)](#) يقتضى صحه البيع الجارى على

ص: ٢٤٨

تابعان، وكذا الخل والدهن وما يتخذ منه جنس كالشيرج ودهن البنفسج، والجيد والردىء جنس، والصحيح والمكسور جنس، والتبر والمضروب جنس.

## الشرط الثاني: الكيل والوزن

الشرط الثاني: الكيل والوزن:

فلا ربا إلا فيما يكال أو يوزن مع التفاوت، ولو تساويا قدرا صح البيع نقدا، ولو انتفى الكيل والوزن مع جاز التفاضل نقدا ونسيئه، كتوب بثوبين وبيضة ببيضتين، ولا فرق بين اختلاف القيمة واتفاقها.

بعض ببعض، وقوله عليه السلام: «ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام الحلال» (١) والعمل باتحاد الجنس أقرب إلى الاحتياط.

قوله: (والتبر والمضروب جنس).

ظاهرة: يجوز بيع أحدهما بالآخر مع التساوى، وقد سبق فى الصرف تحقيقه وأنه لا يجوز، لاختلاف التبر باجزاء من غير الذهب، فلجهل المقدار لم يجز، بحيث لا يؤمن حصول الربا، وحكمه بالجنسية هنا يمكن تفريع هذا الحكم عليه، إذ لو كانا جنسين لجاز البيع بكل حال.

قوله: (فلا ربا إلا فيما يكال أو يوزن مع التفاوت).

لورود النص على ذلك (٢)، ولا نعلله بكونه مطعوماً ونحو ذلك، كما هو رأى بعض العامة (٣).

قوله: (ولو انتفى الكيل والوزن معاً، جاز التفاضل نقداً ونسيئه).

خلافاً للشيخ فى نسيئه (٤)، ومقتضى العبارة عدم ثبوت الربا فى المعدود، وهو أظهر القولين.

ص: ٢٦٩

١- (١) عوالى اللآلى ٢: ١٣٢ حديث ٣٥٨. [١]

٢- (٢) الكافى ٥: ١٤٦ حديث ١٠، [٢] التهذيب ٧: ١٩ حديث ٨١.

٣- (٣) ذهب إليه أحمد كما فى المغنى لابن قدامه ٤: ١٣٧، والشافعى كما فى كفايه الأختيار ١: ١٥٣.

٤- (٤) الخلاف ٢: ١٢ مسألة ٦٧ كتاب البيوع.



و الحواله فى التقدير على عاده الشرع،فما ثبت أنه مكيل أو موزون فى زمانه عليه السلام حكم بدخولهما فيه،فان لم تعلم العاده الشرعيه فعاده البلد،فان اختلفت البلدان فلكل بلد حكم نفسه على رأى. فلا يثبت الربا فى الماء و لا الطين إلا الأرمنى. قوله: (و الحواله فى التقدير على عاده الشرع،فما ثبت أنه مكيل أو موزون فى زمانه عليه السلام حكم بدخولهما فيه).

و ذلك لوجوب حمل اللفظ على المتعارف عنده عليه السلام.

قوله: (فان لم تعلم العاده الشرعيه فعاده البلد).

لأنّ الحقيقه العرفيه هى المرجع عند انتفاء الشرعيه،و المعتبر إنما هو العرفيه العامه،كما بيّن فى الأصول،و هو مراد المصنف من قوله:(فعاده البلد)بدليل أن قوله:(فان اختلفت البلدان)يقتضى اعتبار اتفاقها فى ذلك.

و ينبغى أن يعلم أن الحقيقه العرفيه يعتبر فيها ما كان فى حمل إطلاق لفظ الشارع عليها،فلو تغيرت فى عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو السابق،و لا اثر للتغير الطارئ،للاستصحاب،و لظاهر قوله عليه السلام:«حكمى على الواحد حكمى على الجماعه»  
[\(١\)](#).

و أما فى نحو الأقارير و الايمان و نحوهما فالظاهر أن الحواله على عرف ذلك العصر الواقع فيه شىء منها،حملا له على ما يفهمه الموقع له.

قوله: (فان اختلفت البلدان فلكل بلد حكم نفسه على رأى).

اقامه للعرف الخاص مقام العام عند انتفائه،و يحتمل عموم التحريم،نظرا الى صدق المكيل و الموزون فى الجملة،و فيه منع،أو الى ظاهر قوله عليه السلام:

«إلا غلب الحرام الحلال»،و التحريم أحوط.

قوله: (فلا يثبت الربا فى الماء و الطين إلا الأرمنى).

فإنّ الماء غير موزون و إن كان لا يباع سلفا إلا وزنا،و أما الطين فمنه

ص: ٢٧٠

و المراد هنا: جنس المكييل و الموزون و إن لم يدخلاه، لقلته كالحبه و الحبتين، أو لكثرتة كالزبره.

## فروع

فروع:

### أ: إذا خرج بالصنعه عن الوزن جاز التفاضل فيه

أ: إذا خرج بالصنعه عن الوزن جاز التفاضل فيه، كالثوب بالثوبين، و الآنيه الحديد أو الصفر إذا لم تجر العاده بوزنها.

### ب: لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا و لا مكيلا

ب: لا- يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا و لا- مكيلا- و لا- المكييل جزافا و لا موزونا. الخراسانى الذى يؤكل، و اكله محرم، فان بيع لغرض صحيح احتمال ثبوت الربا و عدمه على دخول الكيل و الوزن فيه و عدمه، و أما الأرمنى فإنه دواء يباع وزنا.

قوله: (و المراد هنا: جنس المكييل و الموزون، و إن لم يدخلاه.).

أى: و إن كان المانع من دخولهما فيه القله أو الكثره، لا إن كان المانع غير ذلك، و إنما قيد بقوله: (هنا) احترازا من مطلق البيع، فإنه إنما يجب الكيل أو الوزن إذا كان المبيع مكيلا أو موزونا بالفعل.

فلو بيع ما لا يوزن عاده لقلته أو لكثرتة، و جنسه مكييل أو موزون كفى فى صحه بيعه المشاهده، و مثله الثمره على الشجره، هذا إذا بيع بغير جنسه، فاما إذا بيع بجنسه فلا بد من القطع بالمساواه بين العوضين كيلا إن كان مكيلا، و إلا فوزنا.

قوله: (إذا خرج بالصنعه عن الوزن جاز التفاضل فيه كالثوب بالثوبين).

و كذا الثوب بالغزل، للنص الوارد بذلك (1).

قوله: (لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا و لا مكيلا، و لا المكييل جزافا و لا موزونا).

لئلا يلزم التفاوت فيما جعل معيارا له، فإنّ بعض الأصناف ربما تفاوتت

ص: ٢٧١

ثقلًا- و خفه، فلو علم التساوى أو التفاوت اليسير الذى يجرى مجرى تفاوت المكايل و الموازين لم يقدر على الأقرب، فيجوز حينئذ بيع كل منهما بمعيار الآخر، كما اختاره فى التذكرة (١).

و لو كان الشيء يكال مره و يوزن اخرى اعتبر أغلب حالتيه، فان استويا و تفاوت الأمران بالنسبه إليه، ففي جواز بيعه بجنسه بأيهما اتفق اشكال.

فرع:

لو أريد بيع المكيل بالوزن، أو بالعكس بغير جنسه سلفاً أو تعجيلاً، ففي جوازه احتمالات ثلاثه:

الجواز مطلقاً، لأن المقصود اندفاع الغرر و الجهاله، و هو حاصل بذلك، و المنع من بيعه بالجنس حذراً من التفاوت لا لحصول الجهاله.

فإن قيل: لما جعله الشارع مكيلاً مثلاً، كان طريق اعتباره هو الكيل، فبدونه يكون مجهولاً، لمساواه الوزن بالنسبه إليه لسائر الأمور الغير المعلومه كالمكيال المجهول و الصنجه (٢) المجهوله.

قلنا: تجوز الشارع بيعه بالكيل لا- يقتضى أن لا- يحصل العلم به بدونه، لجواز أن يكون ذلك طريق المساواه إذا بيع بجنسه، و الأصل فى البيع الصحه، فيقتصر على موضع اليقين.

و العدم مطلقاً، لأن كلاً من المعيارين بالإضافه الى ما يعلم بالآخر غير محصل للعلم بالمقدار، فلا يندفع به الغرر، و فيه منع.

و التفصيل بجواز بيع المكيل موزوناً دون العكس.

و يظهر من التذكرة اختياره (٣)، لأن الوزن أصل المكيل، و للإجماع على بيع الحنطه و الشعير وزناً، مع أن المصنف فى التذكرة نقل الإجماع على انهما فى

ص: ٢٧٢

١- ١) التذكرة ٤٨٣: ١. [١]

٢- ٢) الصنح: الميزان، الصحاح (صنح) ٣٢٦: ١.

٣- ٣) التذكرة ٤٨٣: ١.

## ج: لو كانا في حكم الجنس الواحد و اختلفا في التقدير

ج: لو كانا في حكم الجنس الواحد و اختلفا في التقدير كالحنطة المقدره بالكيل و الدقيق المقدر بالوزن،احتمل تحريم البيع بالكيل أو بالوزن للاختلاف قدرا،و تسويغه عهده صلى الله عليه و آله مكيلا،و كذا التمر و الملح،و قد وقع التعليل بكون الوزن أصلا للكيل،و لم يبينوا مرادهم منه.

فإن أرادوا به: أن الكيل طارئ على الوزن فغير واضح،لأن المفروض أن المكيل لم يكن موزونا.

و ان أرادوا: أن الوزن أدل على المقدار فغير ظاهر أيضا،لأن معيار مقدار المكيل إنما هو باعتبار حجمه،لا باعتبار ثقله و خفته.

و إن أرادوا:أغلبيته في أكثر الأشياء ليكون الأصل هاهنا بمعنى الراجح فشرعا غير معلوم،و العرف لا يرجع اليه فيما ثبت شرعا حكمه،و قد سبق في باب السلف من هذا الكتاب تردد المصنف في جواز السلف في المكيل موزونا، و بالعكس.

و عندى أن الاحتمال الأول لا يخلو من قوه،و إن كان الاقتصار على ما اختاره في التذكرة (1)أقرب الى الاحتياط بالوقوف مع كلام الأكثر.

قوله: (احتمل تحريم البيع بالكيل و الوزن،للاختلاف قدرا).

أى:احتمل تحريم بيع نحو الحنطة و الدقيق بعضا من أحدهما ببعض من الآخر،إما كيلا فيهما،أو وزنا فيهما،لأن كل واحد من المعيارين يوجب اختلاف القدر بالنسبه إلى المعيار الآخر.

فان الحنطة أقل حجما لوزنها و ثقلها،و الدقيق بالعكس،فلو بيعا وزنا تفاوتتا كيلا،أو كيلا تفاوتتا وزنا مع ما عرفت من أن المكيل يحتمل أن لا يباع بالوزن أصلا،فكيف بجنسه؟و كذا العكس.

قوله: (و تسويغه بالوزن).

ص: ٢٧٣

بالوزن. د: يجوز بيع الخبز بمثله و إن احتمل اختلافهما في الأجزاء المائيه، و كذا الخل بمثله.

### المطلب الثاني: في الأحكام

المطلب الثاني: في الأحكام:

كَلَّمَا لَه حَالَتَا رَطُوبِهِ وَ جَفَافٍ يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ مَعَ تَسَاوَى الْحَالَتَيْنِ، فَيُبَاعُ الرُّطْبُ بِمِثْلِهِ، وَ الْعَنْبُ بِمِثْلِهِ، وَ الْفَوَاكِهُ الرُّطْبَهُ بِمِثْلِهَا، وَ اللَّحْمُ الطَّرِيَّ بِمِثْلِهِ، وَ الْحَنْظَلَةُ الْمَبْلُولَةُ بِمِثْلِهَا، وَ التَّمْرُ وَ الزَّيْبُ وَ الْفَاكْهُهُ الْجَافَهُ وَ الْمَقْدَدُ وَ الْحَنْظَلَةُ الْيَابِسَهُ كُلٌّ وَاحِدٌ بِمِثْلِهِ.

و لا- يجوز مع الاختلاف في الحاليتين، فلا- يباع الرطب بالتمر، و لا العنب بالزبيب، و كذا كل رطب مع يابسه، سواء قضت العاده بضبط الناقص أو لا.

و لو اشتمل أحد العوضين على جنسين ربويين صح بيعهما بأحدهما مع الزيادة، كمد تمر و درهم بمدين أو بدرهمين أو بمدين و درهمين، أي: و يحتمل تسويغ بيعهما وزنا، و اليه ذهب الشيخ، معللا بان الوزن أصل المكيل (1)، و فيه ما عرفت، و التحريم مطلقا طريق الاحتياط.

قوله: (و يجوز بيع الخبز بمثله و إن احتمل اختلافهما في الأجزاء المائيه، و كذا الخل بمثله).

لأن هذا الاختلاف قليل، لا يقدر بالمساواه كعقد التبن في أحد القفيزين.

قوله: (و لو اشتمل أحد العوضين على جنسين ربويين صح بيعهما بأحدهما مع الزيادة، كمد تمر و درهم بمدين، أو بدرهمين، أو بمدين و درهمين).

لا يخفى أن قوله: (صح بيعهما بأحدهما مع الزيادة) لا يتناول بيعهما

ص: ٢٧٤

فان تلف الدرهم المعين أو استحق احتمال البطلان في الجميع، و في المخالف و التقسيط. بالجنسين معا، إلا إذا جعلنا الزيادة بحيث تناول الجنس الآخر، و هذا الحكم ياجماعنا، و منعه بعض العامة، لحصول التفاوت (1).

فإن أجزاء المبيع تقابل باجزاء الثمن، فربما حصلت الزيادة الموجهة للربا، فإنه لو بيع مد و درهم مثلا بمددين، و الدرهم يكون ثمن مد و نصف بحساب العادة، يكون الدرهم ثلاثه أخماس المبيع، فيقابلة ثلاثه أخماس الثمن و يبقى خمسه، و هو أربعة أخماس مد في مقابل المد، و ذلك ربا.

و جوابه: ان هذه الزيادة بمقتضى التقسيط لا بالبيع، فان البيع إنما هو المجموع بالمجموع، و الممنوع منه هو البيع بالزيادة.

أو يقال: ان الأجزاء من المبيع على طريق الشيوخ يقابل بالأجزاء من الثمن كذلك، فكل من المد و الدرهم بإزائه من المددين، فلينزل على وجه لا يلزم منه حصول الزيادة، إذ لا مقتضى لتزيله على ذلك الوجه، فيصح البيع و هو ظاهر، لأنه لو اختلف الجنس من طرفي الثمن و المثلثين قوبل كل جنس بمخالفه، فلا زيادة حينئذ.

قوله: (فان تلف الدرهم المعين أو استحق احتمال البطلان في الجميع و في المخالف و التقسيط).

إذا تلف الدرهم المعين، أي: الذي جرى عليه العقد بخصوصه: إما في طرف الثمن، أو في طرف المثلثين قبل القبض، أو خروج المعين مستحقا مطلقا، و هذا بناء على أن الأثمان تتعين بالتعيين، و إلا لم يطرّد هذا الحكم في طرف الثمن، فالاحتمالات ثلاثه:

البطلان في الجميع للزوم التفاوت في الجنس الواحد، فإنه لو باع مدا و درهما بمددين و درهمين مثلا، فإن الدرهم إذا تلف و كان نصف المبيع، بان تكون

ص: ٢٧٥

---

١- ١) منهم: أحمد و الشافعي كما في المغنى لابن قدامة ١٦٨: ٤-١٦٩ مسألة ٢٨٣٦.

قيمه المد درهمما، يبطل البيع فى نصف الثمن فيبقى النصف الآخر، وحيث كان منزلا- على الإشاعه كان النصف فى كل من الجنسين، فيكون نصف المدين و نصف الدرهمين فى مقابل المد، فتلزم الزيادة الموجه للبتلان، و البتلان فى مخالف التالف.

و الصحه فى مخالف الباقي، لأن كلا من الجنسين فى المبيع قوبل به مخالفه فى الثمن، و صحه البيع منزله على ذلك، و الصحه فيما بقى و ما قابله كائنا ما كان، فيقسط الثمن على التالف من المبيع و الباقي.

ففى المثال السابق يصح البيع فى نصف المبيع بنصف الثمن، و لا- ينظر إلى الزيادة، لأنها إنما جاءت بسبب التقسيط، و ليس التقسيط بيعا، و فى حال البيع لم تكن زياده. و فيه نظر، فان تبعض الصفقه لا يخرج الباقي عن كونه مبيعا و إن سلم، فلا يخرج عن كونه معاوضه.

و الأصح أن الربا يعم كل معاوضه، و يمكن تنزيل التقسيط على معنى آخر لا تلزم معه زياده، كأن يجعل نصف الدرهم التالف فى مقابل مثله من الثمن، و نصفه الآخر فى مقابل مد و نصف من الثمن، بناء على أن الثمن نصف المثلث، فيكون نصف المد فى مقابل نصف مد، و نصفه الآخر فى مقابل درهم و نصف، فيكون كل من نصفى المبيع فى مقابل ما يساوى درهمين من الجنسين معا، فلا زياده فى الجنس الواحد.

و وجهه: أن أجزاء المبيع لما قوبلت بأجزاء الثمن على طريق الشيوخ لم يجب أن يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور، فإن صيانته العقد عن الفساد مع إمكان السبيل اليه متعين. و فيه أيضا نظر.

فإن للتقسيط الذى يصح معه البيع طرقا، كأن يجعل ثلث الدرهم مثلا فى مقابل ثلث درهم من الثمن، و ثلثاه فى مقابل مد و ثلثين من الثمن، و يجعل ثلث المد من المبيع فى مقابل مثله من الثمن، و ثلثاه فى مقابل الباقي من الدرهمين، و هو درهم و ثلثان، أو يجعل الربع أو ما دونه أو ما فوق النصف، فلا ترجيح لواحد من هذه

الطرق سوى التقسيط لكل من الجنسين على كل من الجنسين المقابلين، نظرا الى استواء النسبه، و حيث عدل عن هذا المحذور يلزم إما ارتكاب واحد بمجرد التحكم، أو إفشاء الحال الى التنازع و التجاذب.

فان قلت: فكيف حكمت بصحة البيع تنزيلا- على طريق لا يلزم به الربا؟ قلنا: لأنه ما دام العوضان موجودين فلا تفاوت، و لا تنازع فى تنزيهه على أى طريق كان يندفع به المحذور، لأنه على كل تقدير مجموع الثمن للبائع، و مجموع المبيع للمشتري، بخلاف ما إذا تلف البعض.

فان قلت: لا ريب أن الطريق المصحح للبيع هو المنزل عليه، فيجب المصير اليه عند تلف البعض.

قلت: لم لا- يجوز أن يكون المنزل عليه هو الأمر الكلى؟ فما دام لا- يحتاج الى تعيينه فالبيع بحاله، فإذا اضطررنا بالتلف الى التشخيص و التعيين فلا بد من معين، و قد عرفت انتفاءه.

و الذى يقتضيه النظر هو الاحتمال الثانى، لنص الأصحاب على مقابله كل جنس بمخالفه.

فان قلت: هذا أحد الطرق التى لا ترجيح لبعضها على بعض.

قلت: رجحان هذا على الباقي بنص الأصحاب: ان كل جنس فى مقابل ما يخالفه.

و لا ريب أن الاحتمال الأول أحوط تفصيا من المحذور، و هو إما الزيادة، أو الترجيح لأحد المتساويات تحكما و تشهيا، و لا يلزم بطلان هذا النوع من المبيع من رأس، لما عرفت من الفرق بين سلامه العوضين و تلف بعضهما، للاكتفاء بكون المصحح أمرا كليا مع سلامتهما، و عدم الاكتفاء به فى التقسيط.

و اعلم أن مسأله الكتاب لا بد أن تقيد بأمر:

الأول: كون تلف الدرهم المعين قبل القبض، لأنه حينئذ من ضمان



البائع بخلاف ما بعده، و أما ظهور استحقاقه فلا فرق بين كونه قبل القبض أو بعده، لعدم صلاحيته لان يكون من العوضين، و العبارة مطلقة.

الثانى: كون تلف الدرهم بحيث تلزم منه الزيادة بالنسبه إلى الباقي، ليكون البطلان محتملا، و إطلاق العبارة يشمل ما إذا لم يلزم ذلك، كما لو كان المبيع مدا و درهما بمدين مثلا، و المد من الجانبين يساوى درهما، فإن الباقي و هو مد يقابل بنصف الثمن و هو مد، فلا يلزم محذور، بل قد يقال: ظاهر عبارة المصنف أن احتمال البطلان آت فى جميع ما ذكره من الصور، لذكر حكم تلف الدرهم عقيب ذكر الصور كلها، فكان عليه أن يقيد بما يدفع هذا.

فان قلت: لعله أراد احتمال البطلان فى الجميع، نظرا الى أن صحه المسأله لما لم تطرد عمّ البطلان الجميع.

قلت: هذا لا يستقيم لوجوب قصر البطلان على موضع سببه.

الثالث: أن احتمال البطلان فى الجنس المخالف للتالف - المراد بقوله:

(و فى المخالف) أى: احتمال البطلان فى الجنس المخالف من العوض الآخر - يجب أن يقيد بما إذا اشتمل العوض الآخر على جنسين، إذ لو اشتمل على جنس واحد وجب أن يبطل فى المجموع إن خالف جنس التالف، و لا يبطل فى شىء منه إن وافقه، و ليس كذلك قطعا.

فان قلت: تخصيصه البطلان بالمخالف يشعر بان هناك جنسا مخالفا و جنسا موافقا.

قلت: ما ذكره صادق بما إذا تلف الدرهم من المبيع و الثمن مدا تمر، فإن الباقي مخالف.

فان قلت: فما حكمه؟ قلت: حقه أنّ التقسيط المعبر إن اقتضى الزيادة بطل العقد من رأس.

و لو كان أحد العوضين مشتملا على الآخر غير مقصود صح مطلقا، كبيع دار مموّه بالذهب بالذهب.

و لا- يجوز بيع اللحم بالحيوان إن تماثلا- جنسا على إشكال، و يجوز مع الاختلاف، و كذا يجوز بيع دجاجة فيها بيضه ببيضه أو دجاجة، و شاه في ضرعها لبن بمثلها أو بخاليه أو بلبن و إن كان من لبن جنسها، و مكوك حنطه بمثله و إن اشتمل أحدهما على عقد التبن أو زوان أو تراب تجرى العاده بمثله. قوله: (و لو كان أحد العوضين مشتملا على الآخر غير مقصود صح مطلقا).

أى: سواء كان معه زياده تساوى الجنس، أو لا.

قوله: (و لا يجوز بيع اللحم بالحيوان إن تماثلا على إشكال).

ينشأ من أنه غير موزون، و من ورود النص بکراهته (١)، و حمل جمع من الأصحاب إياه على التحريم (٢)، و الأصح الجواز، إلا أن يكون مذبوحا كما اختاره في المختلف (٣).

قوله: (و كذا يجوز بيع دجاجة فيها بيضه ببيضه أو دجاجة).

لانتفاء الكيل و الوزن، و عدم كون البيضه مقصوده، إذ هي من التوابع كالحمل و اللبن في الشاه.

قوله: (و مكوك حنطه بمثله و إن اشتمل أحدهما على عقد التبن، أو زوان، أو تراب تجرى العاده بمثله).

لأن هذا مما يتسامح به في العاده، فلا ينقص أحد العوضين ليخرج عن

ص: ٢٧٩

١- (١) الكافي ٥: ١٩١ حديث ٧، الفقيه ٣: ١٧٦ حديث ٧٩٤.

٢- (٢) منهم: الشيخ في المبسوط ٢: ١٠٠، و الخلاف ٢: ٢٠ مسألة ١٢٦ كتاب البيوع، و سلار في المراسم: ١٧٩، و ابن البراج في المهذب ٣: ٣٧٣، و ابن حمزه في الوسيله: ٢٩٣.

٣- (٣) المختلف: ٣٥٤.

و لو أراد المعاوضه على المتفاضلين المتفقين جنسا باع أحدهما سلعته بجنس غيرهما ثم اشترى به الأخرى، أو باع المماثل قدرا و وهبه الزائد، أو أقرضه إياه و تبارعا.

و لا- ربا بين الوالد و ولده، فلكلّ منهما أخذ الفضل، و لا بين السيد و مملوكه المختص، و لا بين الزوج و زوجته، المماثله، و لو كان لا تجرى العاده بمثله لم يصح البيع، لأنه لا قيمه له فى العاده ليقابل به ما يبقى من المكوك الصافى فتحقق الزيادة.

قوله: (و لا ربا بين الوالد و ولده، فلكلّ منهما أخذ الفضل).

و فى ولد الولد بالنسبه إلى الجد تردد، ينشأ من التردد فى صدق اسم الولد عليه، و الأصح العدم، لعموم أدله التحريم، و انتفاء المخصص هنا، و لا فرق فى الولد بين الذكر و الأنثى، لشمول الاسم.

قوله: (و لا بين السيد و مملوكه المختص).

احترز عن المشترك، لأن ما بيده لسيديه معا، فيكون الربا معه ربا مع المولى الآخر. و هل يفرّق بين المكاتب و القن؟ ظاهر النص الإطلاق، و فيه إشكال ينشأ من: أنه أجنبى بالنسبه إليه، لانقطاع سلطنته عنه، و من إطلاق قول الباقر عليه السلام: «ليس بين الرجل و ولده و بينه و بين عبده و لا بين اهله ربا.

إنما الربا فيما بينك و بين ما لا تملك» (١) إلا أن يقال: الإطلاق منزل على الغالب، و لأن مال المكاتب مملوك له.

قوله: (و لا بين الزوج و زوجته).

لا- فرق بين الدائمه و المتمتع بها على الأصح، و فاقا للدروس (٢) خلافا للتذكرة (٣)، لعموم النص، و علل المنع فى التذكرة بأن التفويض فى مال الرجل

ص: ٢٨٠

١- (١) الكافى ٥: ١٤٧ حديث ٣. [١]

٢- (٢) الدروس: ٣٦٩.

٣- (٣) التذكرة ١: ٤٨٥.

ولا بين المسلم وأهل الحرب، فللمسلم أخذ الفضل في دار الحرب أو الإسلام دون العكس، ويثبت بين المسلم والذمي على رأى. والقسمه تمييز وليست بيعا، فيجوز فيما يثبت فيه الربا وإن تفاضلا وزنا وخرصا، ولو أخذ أحدهما الرطب والآخر التمر جاز.

ويجب على من أخذ الربا ردّه إلى مالكة إن عرفه، أو إلى ورثته إن فقد، ويتصدق به عنه إن جهله، سواء استعمله مع علم التحريم أو جهله على رأى. إنما يثبت في حق العقد الدائم، فإن للزوجه أن تأخذ من مال الرجل المأدوم.

وليس بشيء، لأن مثل هذا لا يقيد به إطلاق النص الوارد بنفى الربا بين الزوج والزوجه.

قوله: (ولا بين المسلم وأهل الحرب، فللمسلم أخذ الفضل في دار الحرب أو الإسلام، دون العكس).

هذا هو التحقيق، وأطلق الشيخ نفى الربا بين المسلم والحربي (١)، فافتضى جواز دفع الفضل إليه، ورده ابن إدريس (٢)، وهو الصواب. ولا فرق بين كونه معاهدا أم لا، لأنّ الحربي فيء لنا، وأمانه وإن منع من أخذ ماله بغير حق، إلا أنه إذا رضى بدفع الفضل انتقض أمانه فيه، نبه عليه في التذكرة (٣).

أما الذمي فإن ماله حرام كمال المسلم، كما سبق بيانه في الجهاد.

قوله: (ويثبت بين المسلم والذمي على رأى).

هذا هو الأصح، تمسكا بعموم المحرم.

قوله: (سواء استعمله مع علم التحريم، أو جهله على رأى).

أى: يجب رده على مالكة كما ذكر، سواء استعمل الربا-أى: فعله-مع

ص: ٢٨١

١-١) النهاية: ٣٧٦.

٢-٢) السرائر: ٢١٥.

٣-٣) التذكرة ١: ٤٨٤. [١]

المقصد الخامس: في لزوم البيع:

الأصل في البيع اللزوم، وإنما يخرج عن أصله بأمرين: ثبوت خيار و ظهور عيب، فهنا فصلان:

علم التحريم، أو مع جهل التحريم، وهذا هو أصح القولين، وليس في الآية دلالة على المسامحة في الزيادة مع الجهالة، لأن المراد: فله ما سلف من الفعل المحرم.

فإن قيل: (ما) للعموم فيشمل الزيادة؟ قلنا: العموم غير مراد، وإلا لاقتضى ملك الزيادة مع العلم، إذ لا تقييد في الآية (١) بالجهل، وهو باطل إجماعاً.

فإن قيل: الفرد المتفق عليه خارج من العموم الباقي على أصله.

قلت: السياق دال على أن المراد: فله ما سلف من الفعل، إذ المنهى عنه إنما هو أكل الربا و البيع المشتمل عليه، وليس لتلك الزيادة وردها ذكر في الآية، و لظاهر قوله سبحانه (فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ) (٢).

قوله: (الأصل في البيع اللزوم).

أى: بناءً على اللزوم لا- على الجواز، وإن كان قد يعرض لبعض افراده الجواز، أو أن الأرجح فيه ذلك، نظراً إلى أن أكثر أفرادها على اللزوم.

قوله: (ثبوت خيار، و ظهور عيب).

ظهور العيب أيضاً مقتض للخيار، فكان حقه الاستغناء به، إلا أن يقال: أن ثبوت الخيار لا بسبب نقصان في نفس العين و صفاتها قسم برأسه، و بسببه قسم آخر، أو أن مباحث العيوب لسعتها حقيقه بأفراد فصل لها، فلاجل ذلك جعل العيب قسماً.

برأسه.

و هذا هو الملحوظ له و المطابق لفعله، فإنه في أقسام الخيار، قال: (السابع:

خيار العيب) و سيأتي.

ص: ٢٨٢



## الأول: الخيار

### إشاره

الأول: الخيار، وفيه مطلبان:

### الأول: في أقسامه

### إشاره

الأول: في أقسامه، وهي سبعة:

### الأول: خيار المجلس

الأول: خيار المجلس: ويختص بالبيع ويثبت بعد العقد في كل مبيع لم يشترط فيه سقوطه، فإن شرط سقطه، ولو اشترط أحدهما سقطه عنه سقط بالنسبة إليه خاصة.

وهو ثابت للبائع والمشتري ما دام في المجلس وإن ضرب بينهما حائل، أو فرقاً كرها-إما بالضرب أو الحمل-و لم يتمكن من الاختيار، أو فارقاه مصطحبين.

قوله: (ويثبت بعد العقد في كل مبيع لم يشترط فيه سقوطه).

حصر في التذكرة مسقطات خيار المجلس في أربعة:

أ: اشتراط سقوطه في متن العقد.

ب: الافتراق.

ج: التخاير.

د: التصرف. فإن كان من المشتري سقط خياره في الرد، لأنه بتصرفه التزم بالملك واختار إبقاء العقد، وإن كان من البائع كان فسخاً للعقد (1).

قوله: (أو فرقاً كرها-إما بالضرب، أو بالحمل-، و لم يتمكن من الاختيار).

التهديد بمن يخاف منه إيقاع ما هدد به مثل الضرب، ويفهم من قوله:

(و لم يتمكننا من الاختيار) - بان سد فمهما، أو هدا على التكلم -، انه مع التمكن منه يسقط، لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار.

ص: ٢٨٣

---

١ - ١) التذكرة ٥١٧: ١. [١]



و لو فارق أحدهما الآخر و لو بخطوه اختيارا عالمين أو جاهلين، أو بالتفريق، أو هرب أحدهما كذلك، أو التزاما به، أو أوجه أحدهما و رضى الآخر سقط.

و لو التزم به أحدهما سقط خياره خاصة، و لو قال له: اختر فسكت، فخيارهما باق على رأى. قوله: (و لو فارق أحدهما الآخر و لو بخطوه اختيارا عالمين، أو جاهلين، أو بالتفريق.).

المراد بافتراقهما: طروء الافتراق بعد العقد، بحيث يزيد على ما بينهما من البعد، و يتحقق ذلك بالبعد بخطوه و نحوها، و ذلك لأن الافتراق الحقيقى حاصل بينهما وقت العقد.

فلا يراد من الحديث إلا الافتراق الطارئ بعده، و ليس له هناك معنى سوى المعنى اللغوى، و هو متحقق بما قلناه، و قد نبه عليه فى التذكرة (١).

و فرق بعض العامه بين الدار الصغيره و الكبيره، فشرط فى الصغيره الخروج منها أو صعود سطحها، و اكتفى فى الكبيره بالانتقال من الصفه إلى الصفح (٢)، و ليس بشىء. و لا- فرق فيما قلناه بين قرب المكانين و بعدهما، حتى لو تناديا بالبيع من بعد اعتبر التفرق من مكانيهما، لسقوط الخيار.

قوله: (أو هرب أحدهما كذلك).

أى: و لو بخطوه اختيارا عالمين، أو جاهلين، أو بالتفريق، و إن فعل ذلك حيله فى لزوم العقد.

قوله: (و لو قال له: اختر فسكت، فخيارهما باق على رأى).

أما بقاء خيار الساكت فلا- بحث، و أما الآخر ففيه قولان: أصحهما البقاء، لعدم حصول واحد من الأمور المسقطه الأربعة، و لظاهر: «ما لم يفترقا» (٣).

ص: ٢٨٤

١- (١) التذكرة ٥١٧: ١.

٢- (٢) منهم: الشافعى فى كفايه الأخبار ١٥٥: ١.

٣- (٣) مسند أحمد ٧٣: ٢.

و خيار العاقد عن اثنين باق بالنسبه إليهما، ما لم يشرط سقوطه، أو يلتزم به عنهما بعد العقد، أو يفارق المجلس على قول.

و يحتمل سقوط الخيار و ثبوته دائما، ما لم يسقطه بتصرف أو إسقاط. و قال الشيخ: يسقط، لما روى عنه عليه السلام: «ما لم يفترقا، أو يقل أحدهما لصاحبه: اختر» (١)، و فى السند جهاله.

قوله: (و خيار العاقد عن اثنين باق بالنسبه إليهما، ما لم يشرط سقوطه، أو يلتزم به عنهما بعد العقد، أو يفارق المجلس على قول، و يحتمل سقوط الخيار و ثبوته دائما، ما لم يسقطه بتصرف أو إسقاط).

العاقد عن اثنين ليس الخيار له، بل لهما، ثم إن كونه له لا ينتظم مع الحكم ببقائه بالنسبه إليهما، و إنما يسوغ له اشتراط ذلك و إسقاطه، و الالتزام عنهما إذا كان وليا أو وكىلا- مفاوضا فى ذلك، أما لو كان وكىلا فى العقد عنهما خاصة فليس له التزام، و لا فسخ.

و لا- ريب أن اشتراط السقوط فى متن العقد حيث يجوز ذلك و الالتزام به مسقط حيث يثبت الخيار، و إنما ذكره فى الاحتمال الأول و الثالث ليتحرز عن المواضع التى يقطع فيها بالسقوط، و يفترق عن الاحتمال الأول و الثالث بكون مفارقه العاقد المجلس موجب للسقوط و عدمه.

و تحقيق الكلام فيها: أن ثبوت الخيار هنا و عدمه، و تعيين أمد بقاءه على تقدير الثبوت، فيه احتمالات ثلاثه:

الأول: ثبوته إن لم يشترط عدمه، و بقاءه الى أن يحصل الالتزام قطعاً، أو مفارقه المجلس على قول نقله الشيخ فى المبسوط (٢)، فكانه أراد: أن مجيء الاحتمال مبنى على قول نقله الشيخ، يظهر من كلامه ضعفه، فيكون مجيء هذا الاحتمال مبنياً على ذلك القول الضعيف.

ص: ٢٨٥

١- ١) المبسوط ٢: ٧٨. [١]

٢- ٢) المبسوط ٢: ٧٨.

و وجه هذا القول: أن الافتراق بين المتعاقدين يتحقق بمفارقة مجلس العقد، و تباعدهما بعده عن الحالة التي كانا عليها، فالعاقد عنهما يعتبر فيه الممكن من ذلك، و هو مفارقة مجلس العقد، إذ مفارقة نفسه غير معقوله.

و يضعف، بأنّ الواقع فى الحديث هو الافتراق، لا مفارقة مجلس العقد، حتى أن مفارقتة من دون الافتراق لا أثر لها.

الثانى: الثبوت، و إنما يسقط بالالتزام بعد العقد أو اشتراط السقوط فيه، و وجه الثبوت فى الموضوعين: ظاهر قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار» (١) فإنه يعم البائعين بوكيلهما، أو وليهما، و قوله: «ما لم يفترقا» إنما يصلح لخراجهما، إذا أريد به عدم الملكة، أعنى: عدم الافتراق عما من شأنه الافتراق، فان ذلك غير صادق فى الشخص الواحد، و هو غير متعين، لاحتمال اراده السلب، لا عدم الملكة عنه.

الثالث: عدم الثبوت أصلاً، حملاً للحديث على عدم الملكة، و قد عرفت ما فيه.

و الذى يجب أن يحقق فى الحديث: أنّ البيعين إن أريد بهما: العاقدان لأنفسهما لم يعم الوكيلين و لا- الموكلين، و إن أريد بهما: مالك المبيع و مالك الثمن لم يطابق أول الحديث آخره، إلا إذا كان المالكان هما العاقدان، لأن قوله:

«ما لم يفترقا» لا يصدق فى المالكين، إذا كان العاقدان غيرهما، لأنه يصير معناه: حيثئذ: البيعان بالخيار ما لم يفترق العاقدان، و هو غير ظاهر، إلا- أن يدعى وجود القرينه الداله على مرجع هذا الضمير، و هى ذكر طروء الافتراق المقتضى لسبق عدم الاجتماع للعقد، أو يقال: الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين، لأنه الغالب، و حكم ما إذا كان العاقد و كيلا لهما مستفاد من خارج.

أما العاقد الواحد فلا دليل يدل على ثبوت الخيار معه، و بناء ذلك على أن الواقع فى الحديث عدم ملكه غير ظاهر، لأنه لا ينتظر ذلك فى عبارته الحديث

ص: ٢٨٦

١- (١) الكافي ٥: ١٧٠ حديث ٦، [١] التهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٠٠.

و لو كان الشراء لمن ينعق عليه فلا خيار، وكذا في شراء العبد نفسه إن جوزناه. و لو مات أحدهما احتمل سقوط الخيار-لأن مفارقه الدنيا أولى من مفارقه المجلس في الإسقاط-و ثبوته، على أى تقدير نزلت، فإن البيعان لا يقع على الواحد، إلا أن يدعى المجاز، نظرا إلى أنه باعتبار كونه موجبا قابلا بمنزلة المتعاقدين، وفيه ما لا يخفى، و أنا فى هذه المسألة من المتوقفين.

و اعلم أن فى قوله:(العاقد عن اثنين)مناقشه، لأنّ العاقد عن واحد مع نفسه يخرج من العبارة، و لا وجه لإخراجه، بل ينبغى إدراجه ليكون الحكم واردا عليهما.

قوله: (و لو كان الشراء لمن ينعق فلا خيار، وكذا فى شراء العبد نفسه إن جوزناه).

على الأصح فيهما، و نحن لا نجوز شراء العبد نفسه. و مثله ما لو كان المبيع جمدا فى زمان الحر، لأنه يذوب شيئا فشيئا، إلا أن يقال: التلف لا يسقط الخيار.

قوله: (و لو مات أحدهما احتمل سقوط الخيار، لأنّ مفارقه الدنيا أولى من مفارقه المجلس).

أى: فيسقط بطريق أولى، و فيه نظر لمنع الأولويه، فإن المراد من الافتراق: التباعد فى المكان، و هو إنما يكون للجسم، فلا يعقل اراده الروح.

قوله: (و ثبوته).

هذا الاحتمال أظهر تمسكا بالاستصحاب، لأن ثبوته معلوم بالعقد و المسقط غير متيقن، و فى العبارة مسامحة، حيث أراد بالثبوت البقاء، و إلا لم يستقم، لأن أصل الثبوت لا بحث فيه.

فينتقل إلى الوارث، فإن كان حاضرا امتدّ الخيار بينه وبين الآخر ما دام الميت و الآخر في المجلس، وإن كان غائبا امتد إلى أن يصل إليه الخبر إن أسقطنا اعتبار الميت. و هل يمتد بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر؟ نظر، هذا كله إذا لم يفارق الآخر. و لو حمل أحدهما و منع من الاختيار لم يسقط خياره على إشكال. قوله: (فينتقل إلى الوارث، فإن كان حاضرا امتد الخيار بينه و بين الآخر ما دام الميت و الآخر في المجلس).

لأنّ بقاء الخيار إنما كان لانتفاء تفرق المتعاقدين، و ذلك إنما هو لاعتبار بقاء الميت مع العاقد الآخر في المجلس.

قوله: (و إن كان غائبا امتد الى أن يصل اليه الخبر، إن أسقطنا اعتبار الميت).

هذا ليس بشيء، لأننا إذا أسقطنا اعتبار الميت امتنع الحكم ببقاء الخيار، لانتفاء متعلقه، و هو عدم تفرق المتبايعين، ثم إنا إذا أسقطنا اعتبار الميت فالحكم ببقاء الخيار الى وصول الخبر دعوى لا مستند لها، و أبعد منه امتداده بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر، لأن المراد من المجلس: مجلس البيع، لا- مطلق المجلس، فتحديده بهذا المجلس تحكم، فإما أن يجعل على الفور، أو يجعل على التراخي غير محدود بالمجلس، و الحق أنّ هذه احتمالات واهية.

قوله: (هذا كله إذا لم يفارق الآخر).

فإنه لو فارق صدق الافتراق، فيسقط الخيار قطعا.

قوله: (و لو حمل أحدهما، و منع من الاختيار لم يسقط خياره على اشكال).

لا وجه لهذا الاشكال بعد قوله فيما سبق: (أو فرقا كرها) الى قوله (و لم

أما الثابت، فإن منع من التخاير أو المصاحبه لم يسقط، وإلا فالأقرب سقوطه، فيسقط خيار الأول. و لو جنّ أحدهما أو أغمى عليه لم يسقط الاختيار، وقام الولي بما فيه الحظ.

و لو جاء مصطحبين، فقال أحدهما: تفرقنا و لزم البيع، و أنكر الآخر، فعلى المدعى البينه إن لم يطل الوقت، أما لو طال، فيحتمل ذلك يتمكننا من الاختيار) إلا- أن يقال: هذا رجوع عن الجزم الى التردد، و هو بعيد، و الحق أن الخيار لا- يسقط، لأن الافتراق المستند إليهما لم يتحقق.

و لو تناديا بالبيع فى سفيتين مثلا ففرقهما الريح التى لا يتمكنان من الاصطحاب معها، فالظاهر أن الحكم كذلك إن لم يتمكننا من الاختيار، و لو دهشا فلم يختارا حينئذ ففى السقوط نظر.

قوله: (أما الثابت فان منع من التخاير أو المصاحبه لم يسقط).

قد يقال: إن الاشكال آت هنا أيضا، لأن الافتراق إن صدق سقط الخياران، و إن انتفى بقيا، و إن شك فيه فالشك فى خيار كل منهما، و فى عبارته فساد آخر، لأن عطف المصاحبه على التخاير يقتضى بقاء الخيار بالمنع من أحدهما، و ليس كذا.

قوله: (و إلا فالأقرب سقوطه، فيسقط خيار الأول).

أى: و إن لم يمنع فالأقرب سقوط خياره، و وجه القرب: صدق الافتراق.

و التحقيق أن يقال: بقاء خيارهما معا و سقوطه دائر مع صدق الافتراق و عدمه، فلا وجه للتفريق بينهما فى الحكم.

قوله: (و لو جاء مصطحبين، فقال أحدهما: تفرقنا و لزم البيع، و أنكر الآخر، فعلى المدعى البينه إن لم يطل الوقت).

لأن الأصل عدم التفرق، و لا ظاهر ها هنا.

قوله: (أما لو طال فيحتمل ذلك).

أى: إن على المدعى البينه، لعموم «البينه على المدعى» (1).

ص: ٢٨٩

---

١- ١) الكافى ٧: ٤١٥ حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣، سنن البيهقى ١٠: ٢٥٢.

ترجيحا للأصل على الظاهر مع التعارض، و تقديم قوله ترجيحا للظاهر. أما لو اتفقا على التفرق و اختلفا فى الفسخ، فالقول قول منكره مع احتمال الآخر، لأنه أعرف بنيته. قوله: (ترجيحا للأصل على الظاهر عند التعارض).

أى: على المدعى البينه، لترجيح ما دل عليه الأصل على ما دل عليه الظاهر إذا تعارضا، و هو أحد الأوجه، و المراد بالظاهر هاهنا: هو شهاده العادات بعدم بقاء المتبايعين مصطحبين مده طويله.

قوله: (و تقديم قوله، ترجيحا للظاهر).

أى: و احتمال تقديم قول مدعى التفرق، ترجيحا للظاهر، و هو عدم بقاء الاصطحاب فى المده الطويله.

و فى تقديم الظاهر هاهنا قوه، نظرا إلى شده استبعاد بقاء الشخصين مجتمعين مده طويله مع كون الاصطحاب منسوبا إليهما معا، حتى لو أراد أحدهما المفارقه احتيج فى منعه الى الالتزام و القبض، و ذلك من الأمور النادره، لكن هذا الظاهر يتفاوت قوه و ضعفا بإفراط طول المده و عدمه.

قوله: (أما لو اتفقا على التفرق، و اختلفا فى الفسخ فالقول قول منكره مع احتمال الآخر، لأنه أعرف بنيته).

هذا الاحتمال فى غايه الضعف، بل كاد يضمحل، لأن هذا ليس من الأمور المستنده إلى نيتها، أو نيه أحدهما.

نعم لو قيل: اختلفا فهما فى فعل مدعى الفسخ فالقول قوله بيمينه، لأنه أعرف بفعل نفسه لكان أقرب الى الارتباط بالمدعى، و الأصح أن القول قول المنكر بيمينه.

## الثانى: خيار الحيوان

الثانى: خيار الحيوان، ويمتد إلى ثلاثه أيام من حين العقد على رأى، ويثبت للمشتري خاصه على رأى و إن كان الثمن حيوانا. و يسقط باشتراط سقوطه فى العقد، وبالتزامه بعده، و بتصرفه فيه و إن لم يكن لازما، كالهبة قبل القبض و الوصيه.

## الثالث: خيار الشرط

الثالث: خيار الشرط، و لا يتقدر بحدّ، بل بحسب ما يشترطانه، بشرط الضبط و ذكره فى صلب العقد، فلو شرطا غيره كقدوم الحاج بطل العقد، و لو شرط مده قبل العقد أو بعده لم يلزم.

قوله: (و يمتد إلى ثلاثه أيام من حين العقد على رأى).

و قيل: من حين التفرق.

قوله: (و يثبت للمشتري خاصه على رأى، و إن كان الثمن حيوانا).

للأصحاب ثلاثه أقوال، يفرق فى الثالث بين أن يكون الثمن حيوانا و عدمه، و ليس هذا الثالث ببعيد، فان فيه جمعا بين الأخبار، إلا أن المشهور بين الأصحاب اختصاصه بالمشتري مطلقا، و العمل بالمشهور أوجه.

قوله: (و بتصرف فيه و إن لم يكن لازما كالهبة قبل القبض و الوصيه).

لقول الصادق عليه السلام: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثه الأيام فذلك رضى منه فلا شرط له»، قيل: و ما الحدث؟ قال: «إن لامس، أو قبّل، أو نظر منها الى ما يحرم عليه قبل الشراء» (١).

فعلى هذا ركوب الدابه و تحميلها، و الحلب و الطحن تصرف، و لو قصد به الاختبار فقد استثناه بعضهم من التصرف المسقط، و ليس ببعيد.

ص: ٢٩١



و يجوز جعل الخيار لهما، أو لأحدهما، و لثالث و لهما، أو لأحدهما مع الثالث، و اختلاف المده لو تعدد صاحبه و عدم اتصالها، و اشتراط المؤامره إن عين المده، و رد المبيع فى مده معينه برد البائع فيها الثمن. قوله: (و اشتراط المؤامره إن عين المده).

باتفاقنا، لعموم دلائل جواز الاشتراط، و على هذا فليس للشارط أن يفسخ حتى يستأمر فلانا، و يأمره بالرد و فاء بالشرط، لأنه جعل الخيار له دون العاقد، و به صرح فى التذكرة (١).

و المؤامره مفاعله من الأمر، و المراد به: أن يستأمر البائع، أو المشتري، أو هما من سمياه فى البيع أو الشراء، كالولد لو الده، و الأخ لأخيه، و الأجنبى لأجنبى.

و ينبغى أن يقال: يجب على المشروط استئماره اعتماد المصلحه، لأنه مؤتمن، فلو امره بخلاف ما فيه مصلحه لم يجب عليه امتثاله، لكن لو امره بعدم الفسخ، و كان الأصلح الفسخ، فهل له الفسخ؟ فالظاهر العدم، لانتفاء المقتضى، إذ لم يشترط لنفسه خيارا.

و لو امره بالفسخ فالظاهر عدم وجوب القبول، لانتفاء المقتضى نعم لو أراد الفسخ لم يكن له إلا بأمره.

قوله: (و رد المبيع فى مده معينه برد البائع فيها الثمن).

أى: و يجوز اشتراط البائع رد المبيع من المشتري، حيث يرد عليه الثمن، و لا بد لذلك من مده معينه، و ذلك بان يبيعه بكذا على أنه متى جاء بالثمن فى عشره أيام يسترد المبيع، بأن يفسخ البيع فيكون حينئذ اشتراطا للخيار مع رد الثمن، فلا بد من الفسخ، فلا يكون رد الثمن بمجرد قاطعا للبيع.

قال فى الدروس: فليس للبائع الفسخ بدون رد الثمن أو مثله، و لا- يحمل الإطلاق على المعين، و لو شرطا رد المعين احتمال الجواز، و ما دام لا يرد الثمن أو

ص: ٢٩٢

و أول وقته عند الإطلاق من حين العقد، لا التفريق و لا خروج الثلاثة في الحيوان، و لا يتوقف الفسخ به على حضور الخصم و لا قضاء القاضي. و لو أبهم الخيار في إحدى العينين أو أحد المتبايعين بطل العقد فيهما.

و لا- يصح اشتراطه فيما يستعقب العتق، و في ثبوته في الصرف مثله مع الإطلاق كما فليس له الفسخ، و الأصل في ذلك- قبل الإجماع منا- الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام (١).

و لو شرطا ارتجاع بعضه ببعض الثمن، أو الخيار في البعض فقد تردد في الصحه في الدروس (٢)، و لو شرط المشتري ارتجاع الثمن إذا رد المبيع صح، قال في الدروس: فيكون الفسخ مشروطا برد المبيع، فلو فسخ صاحب الخيار قبله لغا (٣).

قوله: (و لا يتوقف الفسخ على حضور الخصم، و لا قضاء القاضي).

أى: الفسخ بالخيار المشروط، و اشترط الأمرين أبو حنيفة (٤).

قوله: (و لا يصح اشتراطه فيما يستعقب العتق).

لمنافاته مقتضى العقد، إذ مقتضاه ترتب العتق على العقد إذا كان صحيحا، إلا أن يقال: هذا ليس من مقتضيات البيع، بل هو اثر الملك، فإذا تحقق اشتراط الخيار كان الملك متزلزلا، فلا يلزم حصول العتق، إذ هو تابع للملك الثابت، و لا يزيد الكلام هنا على الكلام في ثبوت خيار المجلس في شراء القريب.

قوله: (و في ثبوته في الصرف إشكال).

ص: ٢٩٣

١-١) الدروس: ٣٦٠.

٢-٢) الدروس: ٣٦٠.

٣-٣) الدروس: ٣٦٠.

٤-٤) بدائع الصنائع ٢٨١: ٥، المغنى لابن قدامه ١٢٧: ٤.

**الرابع: المغبون**

الرابع: المغبون يثبت له الخيار بشرطين: عدم العلم بالقيمة وقت العقد، و الزيادة أو النقيصه الفاحشه التي لا- يتغابن بمثلها وقت العقد، فيتخير المغبون خاصه فى الفسخ و الإمضاء بما وقع عليه العقد، و لو دفع الغابن التفاوت فلا خيار على إشكال. لا مانع من ثبوته فيه، إلا نقل الشيخ الإجماع على عدم ثبوته فيه (١)، و فى الثبوت قوه، نظرا إلى عموم الأخبار (٢)، و عدم تحقق الإجماع.

قوله: (بشرطين: عدم العلم بالقيمة وقت العقد، و الزيادة أو النقيصه الفاحشه التي لا يتغابن بمثلها وقت العقد).

(وقت العقد) ظرف لقوله: (لا يتغابن) فلو اختلفت الأحوال فيها، بأن كانت فى بعضها يتغابن بها، و فى بعضها لا يتغابن، فالمعتبر وقت العقد، فان كانت مما يتغابن بها حينئذ فلا غبن، و إلا ثبت، و متى اختلفا فى أنّ القيمة وقت العقد لا يتغابن بها، فعلى مدعى الغبن البينه.

و لو اختلفا فى جهاله مدعى الغبن الحال، ففى الحكم تردد، و لم أقف فى كلام الأصحاب على تصريح فى ذلك، و ليس ببعيد ثبوت جهاله القيمة بيمينه، لأن العلم و الجهل من الأمور التي تخفى، فلا يطلع عليها إلا من قبل من هى له، نعم لو علم ممارسته لذلك النوع فى ذلك الزمان و المكان، بحيث لا تخفى عليه قيمته، لم يلتفت إلى قوله.

قوله: (و لو دفع الغابن التفاوت فلا خيار على إشكال).

ينشأ: من زوال الضرر بزوال مقتضيه، و من أنّ الخيار قد ثبت فلا يزول إلا بدليل، و لم يثبت أنّ زوال الضرر يقتضى زواله. و يؤيد الأول أن دفع التفاوت لا- يخرج المعاوضه المشتمله على الغبن عن اشمالها عليه، لأنه هبه مستقلة، حتى لو دفعه بمقتضى الاستحقاق فلا يحلّ أخذه، إذ لا يستحقه، و لا

ص: ٢٩٤

١- ١) المبسوط ٢: ٧٩.

٢- ٢) الكافي ٥: ١٧٠، حديث ٤، ٥، التهذيب ٧: ٢١، حديث ٨٨.

و لا يسقط بالتصرف، إلا أن يخرج عن الملك بالبيع و شبهه، أو يمنع مانع من رده كاستيلاء الأمه أو عتقها، و لا يثبت به أرش.  
ريب أنّ من قبل هبه الغابن لا- يسقط خياره. و لو دفع التفاوت في مقابل ترك الفسخ، كان ذلك منوطا بالتراضى، و هذا هو الأصح.

قوله: (و لا يسقط بالتصرف، إلا أن يخرج عن الملك بالبيع و شبهه).

تحقيق الحكم في المسألة: ان التصرف إما أن يكون في المبيع خاصه، أو في الثمن خاصه، أو فيهما، و على كل تقدير إما أن يكون المغبون البائع، أو المشتري، و على تقدير التصرف فاما أن يكون تصرفا مخرجا عن الملك، أو لا، فهذه اثنتا عشره صورته:

أ: المغبون البائع، و تصرفا في العوضين تصرفا مخرجا عن الملك.

ب: بحالها، و التصرف غير مخرج.

ج: كذلك، لكن البائع تصرفا مخرجا، و لم يتصرف المشتري أصلا.

د: بحالها، و تصرف البائع غير مخرج.

ه: تصرف البائع مخرج، و تصرف المشتري غير مخرج.

و: عكسه.

و مثل هذه الصور إذا كان المغبون المشتري، و لو كانا معا مغبونين فستأخرى، فالمجموع ثمانى عشره.

و تحقيق أحكامها إجمالا: أن المغبون إذا كان هو البائع لا يسقط خياره بتصرف المشتري، سواء أخرج المبيع عن ملكه أم لا، لعدم الدليل الدال على سقوطه حينئذ، فإن ضرر البائع لا يسقط اعتباره بتصرف من لا ضرر عليه. فعلى تقدير الإخراج لو فسخ البائع يلزم المشتري المثل أو قيمه، و لو تصرف البائع في الثمن فهل يسقط خياره أم لا؟ و هل يفرق بين التصرف المخرج عن الملك و غيره؟

لا أعلم في ذلك تصريحاً.

لكن في عبارته التذكيره ما يقتضى عموم سقوط الخيار هنا بالتصرف إذا كان مخرجاً عن الملك، فإنه قال: ولا يسقط هذا الخيار بتصرف المغبون، لأصالة الاستصحاب، إلا أن يخرج عن الملك بيع وعتق وشبهه، لعدم التمكن من استدراكه (١). هذا لفظه، وهو شامل لما قلناه، مع احتمال أن يريد به: تصرف المشتري خاصه إذا كان هو المغبون، لكن ما استدلل به (٢) بعينه قائم فيما ذكرناه.

و أما المشتري، فإن خياره لا يسقط بتصرف البائع قطعاً ولا بتصرفه، إلا أن يخرج عن ملكه، ولا بد من تقييد الإخراج عن الملك بكونه لازماً، كما يرشد إليه تعليل التذكيره (٣)، إذ لو كان غير لازم لكان الاستدراك ممكناً بالفسخ، وتمثيل الكتاب يرشد إلى ذلك، وأظهر منه تمثيل التذكيره (٤).

إذا عرفت ذلك فعبارته الكتاب حقه أن تكون هكذا: ولا يسقط بالتصرف من المغبون إلا أن يخرج عن الملك بوجه لازم.

فان قلت: قد سبق في فروع المباحه تردد في أن تلف المبيع هل يسقط خيار المشتري إذا علم كذب البائع في إخباره برأس المال أم لا؟ فما الفرق بينه وبين ما هاهنا؟ وهل المراد بالتلف هناك: ما يعم إتلاف المشتري وغيره؟ وهل يفرق هاهنا بين تلف المبيع بنفسه وبفعل المشتري؟ قلت: قد يمكن الفرق بأن السبب هناك أقوى، لأن المخبر كذبا عاد مدلس، والمغرور يرجع إلى من غره، بخلاف ما هاهنا، فإن الغابن لم يقع منه تغرير، وإنما التقصير من جهل المغبون، وفي تأثير هذا الفرق إشكال.

و أما التلف هناك، فظاهر عبارته يقتضى عدم الفرق بين إتلاف

ص: ٢٩٦

١- ١) التذكيره ٥٢٣: ١. [١]

٢- ٢) لم ترد في «م»، وأثبتناها للسياق.

٣- ٣) التذكيره ٥٢٣: ١.

٤- ٤) التذكيره ٥٢٣: ١. [٢]

## الخامس: من باع و لم يسلم و لا قبض الثمن و لا اشترط تأخير الثمن يلزمه البيع ثلاثه أيام

الخامس: من باع و لم يسلم و لا قبض الثمن و لا اشترط تأخير الثمن يلزمه البيع ثلاثه أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فهو أحق، و إلاّ تخير البائع فى الفسخ و الصبر و المطالبه بالثمن، و لا خيار لو أحضر الثمن قبل الفسخ مطلقا. المشتري المبيع و تلفه بنفسه. و ليس ببعيد، لأن خيار التدليس كخيار العيب، فهو أقوى من خيار الغبن.

و أمّا هاهنا فينبغى الفرق بين ما إذا تلف المبيع بنفسه، أو أتلفه المشتري، لأن الإلتلاف أقوى من التصرف المخرج عن الملك. و لو [تلف] (١) بنفسه ففى سقوط الخيار تردد، ينشأ من عدم التمكن من استدراكه، و من عدم التقصير من المشتري، فلا يسقط حقه.

إذا عرفت هذا، فهل هذا النوع من الخيار على الفور أم على التراخي؟ فيه قولان، قد سبق مثلهما فى تلقى الركب، و هذا إذا لم يجهل المشتري بأصل الخيار أو فوريته، فإن جهل أحدهما تخير إذا علم.

قوله: (خيار التأخير: من باع و لم يسلم المبيع).

مقتضاه: أنه لو تسلّمه المشتري بغير إذن البائع لم يعتدّ به و يثبت الخيار، و هو كذلك، لظاهر الروايه (٢) و كلام الأصحاب، و به صرح فى الدروس (٣).

قوله: (و لا خيار لو أحضر الثمن قبل الفسخ مطلقا).

احتمل فى الدروس جوازه حينئذ لوجود مقتضيه، فيستصحب الحكم (٤).

ص: ٢٩٧

١- ١) لم ترد فى «م» و أثبتناها من الحجرى لاقتضاء السياق لها.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٢، الاستبصار ٣: ٧٨ حديث ٢٥٩.

٣- ٣) الدروس: ٣٤١.

٤- ٤) الدروس: ٣٤٢.

و لا يسقط بطلب الثمن بعدها، فان تلف في الثلاثه فمن البائع على رأى، و كذا بعدها إجماعاً.

قوله: (و لا يسقط بطلب الثمن).

هذا ظاهر الأكثر على ما حكاه في الدروس (١)، و ظاهر كلام الشيخ في المبسوط (٢) -و حكاه في الدروس عن ابن الجنيدي (٣)-  
بطلانه، و ظاهر الأخبار تشهد لكلّ منهما (٤).

و لعل المراد به: أنه آثّل إلى ذلك باعتبار ثبوت الخيار، و إيراد ذلك في باب الخيار دليل على أنّ هذا هو المراد، و يبعد قولهما، بأن العقد الصحيح المحكوم بلزومه يبطل بعدم قبض الثمن و المبيع مع بقاء العين، و كيف كان فهذا القدر من التأخير مناف لفوريه هذا الخيار إن قلنا بها. و لا فرق في ذلك بين كون الثمن معيّناً أو في الذمه.

فرع:

حكى في الدروس عن بعض كلام الشيخ: أن للبائع الفسخ متى تعذر الثمن، قال: و فيه قوه (٥). و الحق أنّ التمسك بلزوم العقد إلى أن يثبت المقتضى للفسخ شرعاً هو الأوجه.

قوله: (فإن تلف في الثلاثه فمن البائع على رأى).

هذا هو المشهور و عليه العمل، و قال المرتضى: أنه فيها من المشتري (٦)، و فرق ابن حمزه بين أن يعرضه البائع على المشتري فيكون الضمان فيه كالدين عند

ص: ٢٩٨

١- (١) الدروس: ٣٦٢.

٢- (٢) المبسوط ٨٧: ٢.

٣- (٣) الدروس: ٣٦٢.

٤- (٤) الكافي ١٧١: ٥، حديث ١١، [١] التهذيب ٢٢، ٢١: ٧، حديث ٩٢، ٨٨، الاستبصار ٧٨، ٧٧: ٣، حديث ٢٥٩، ٢٥٨.

٥- (٥) الدروس: ٣٦٢، و انظر: النهاية: ٣٨٨.

٦- (٦) الانتصار: ٢١٠.

و لو اشترى ما يفسد ليومه فالخيار فيه إلى الليل، فان تلف فيه الحلول، و عدمه فيكون الضمان من البائع (١).

و يشكل بأن العرض على المشتري لا- يقوم مقام القبض، إلا أن يمتنع المشتري من القبض، و لا يرضى البائع ببقائه في يده بعد تعيينه، و حينئذ فلا فرق بين التلف في الثلاثة و بعدها في كون الضمان من المشتري، بل لا تبقى صورته هذه المسألة.

قوله: (و لو اشترى ما يفسد ليومه فالخيار فيه إلى الليل).

في هذه العبارة كلامان:

الأول: أن مؤداهما غير المراد منها، إذ المراد: أن ما يفسد بالمبيت كالفواكه و الطعام و اللبن و نحوها يلزم البيع فيه يوما، و عند انقضائه يثبت الخيار للبائع.

و الظاهر أن المستفاد من العبارة: ثبوت الخيار في اليوم و بقاءه إلى الليل، لأن (إلى) لما كانت هنا لانتهاء الغاية و جب أن يكون ابتداء، و لما لم يذكر في العبارة شيئا بخصوصه، و جب الحمل على زمان وقوع العقد، لانتهاء ما يتبادر إليه الذهن سواه، و الظاهر فساد هذا المعنى.

الثاني: أن ظاهر قوله: (ما يفسد ليومه) يقتضى أن يكون الفساد في اليوم، و المنصوص عليه إنما هو ما يفسد بمضى اليوم، أما ما يفسد في اليوم بأن يبقى نصف يوم ثم يفسد أو أقل أو أكثر، ففيه وجهان:

أحدهما: أن يتقدّر لزوم البيع بمقدار بقاءه، ثم يثبت الخيار.

و الثاني: أن يتقدّر باليوم حملا- له بالمنصوص، و اختار في الدروس (٢) الثاني، و هو قوى، دفعا للضرر. و لو كان مما يصبر يومين، فقد احتمل في التذكرة التبرص به إلى الليل (٣)، و الصبر به إلى حين خوف الفوات أقوى.

ص: ٢٩٩

١- (١) الوسيلىه: ٢٧٤. [١]

٢- (٢) الدروس: ٣٦٢.

٣- (٣) التذكرة ٥٢٣: ١. [٢]



احتمل الخلاف، ولو قبض بعض الثمن أو سلّم بعض المبيع فكالأول في الجميع. ولو شرط نقد بعض الثمن و تأجيل الباقي، ففي ثبوت الخيار مع تأخير النقد إشكال، أقربه عدم الثبوت. إذا عرفت هذا، فالذي ينبغي أن يعرف: أن لزوم البيع هاهنا إلى حين خوف الفساد بحسب العادة المستمرة، وقرائن الأحوال الموجودة، بحيث إن تربص به زياده فسد، لا أنه يبقى لزوم البيع مدته بقاءه، ثم حين الشروع في الفساد يثبت الخيار، كما توهمه كثير من العبارات، لأن الخيار حينئذ ممّا لا فائده فيه، لتحقق الضرر، وليس في النص ما ينافي شيئاً من ذلك.

و اعلم أنّه ليس المراد من الفساد: التلف، و لا- بلوغه مرتبه لا- يتنفع به، بل المراد به: نقصان الوصف، و تغيير الطعم في المطعوم المفضى إلى قله الرغبة، كما صرح به في الدروس (1)، و قال في شرح الإرشاد: تسميه هذا خياراً من باب تسميه الشيء باسم ما يؤول إليه.

قوله: (و لو قبض بعض الثمن أو سلّم بعض المبيع فكالأول في الجميع).

أى: فكالمدكور في أول كلامه في جميع الأحكام المذكوره، و ذلك لأنّ من تسلّم البعض خاصه لم يتسلّم المبيع و لا الثمن، فيندرج في صورته القبض، و لأنّ ما لم يتسلّمه من المبيع مضمون، فالضرر قائم بالنسبه إليه، فلا بدّ من ثبوت الخيار لدفعه، و تبعض الصفقه ضرر، فيثبت في الجميع.

قوله: (و لو شرط نقد بعض الثمن و تأجيل الباقي، ففي ثبوت الخيار مع تأخير النقد إشكال، أقربه [عدم] (2) الثبوت).

ينشأ من أنّ الحال من الثمن إذا لم يقبض كالثمن في حكمه، و من أن

ص: ٣٠٠

١- (١) الدروس: ٣٦٢.

٢- (٢) لم ترد في «م» و أثبتناها من نسخه القواعد الخطيه، و هو الصحيح لاقتضاء الشرح لها.

و لو شرط تأخير الثمن فأخره عن الأجل، لم يكن للبائع خيار.

## السادس: خيار الرؤية

السادس: خيار الرؤية: فمن اشترى عينا موصوفه شخصيه تخير مع عدم المطابقه بين الفسخ و الإمضاء.

و يجب فى هذا البيع ذكر اللفظ الدال على الجنس، و الأوصاف التى تثبت الجهاله برفع أحدها. الأصل فى البيع اللزوم، و خرج عنه صورته النص، و لأن فى الروايه: «و لا قبض الثمن» (١) و هو يشعر بكون الثمن حالاً، لأن المتبادر أنه عدم ملكه، و يؤيد هذا - ليظهر منه وجه القرب - أنّ رضاه بالتأجيل فى البعض أسقط خياره بالنسبه إليه، و الصفقه لا تتبعض، و عدم الثبوت هنا أقوى.

قوله: (و لو شرط تأخير الثمن، فأخره عن الأجل لم يكن للبائع خيار).

المراد بالتأخير الأول: التأجيل، و إنما لم يثبت الخيار هنا لنحو ما قلناه من الوجوه فى المسأله السابقه، و على قول الشيخ - أنه متى تعذر قبض الثمن يتخير (٢) - يثبت الخيار هنا.

قوله: (و الأوصاف التى تثبت الجهاله برفع أحدها).

ضابطه ذلك: أن كل وصف تتفاوت الرغبات بثبوتها و انتفائه، و تتفاوت به قيمته تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بد من استقصاء صفات السلم كلها، صرح به المصنف فى التذكرة (٣).

فعلى هذا ما لا - يجوز السلم فيه لا - يجوز بيعه بالوصف، إلا أن يبيع عينا شخصيه تقبل الوصف، و تنضبط باستقصاء الأوصاف الموجبه للتفاوت كلها ككبار اللآلى، فإن هذه لا يجوز السلم فيها، لأن ضبطها يؤدى إلى عزه الوجود،

ص: ٣٠١

١ - ١) التهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٢، الاستبصار ٣: ٧٨ حديث ٢٥٩، و فيهما: و لا يقبض الثمن.

٢ - ٢) النهايه: ٣٨٨.

٣ - ٣) التذكرة ١: ٥٢٤. [١]

و لا- تشترط رؤيه البائع، فلو باع بوصف الوكيل ثم ظهر أجود تخير البائع، و لو شاهد بعض الضيعه و وصف له الباقي ثبت له الخيار فى الجميع مع عدم المطابقه. و لو نسج بعض الثوب، فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل. و هذا مندفع بكون العين شخصيه. أما ما لا يمكن ضبطه أصلا بحسب العاده، فيمتنع بيعه بالوصف.

قوله: (و لو [شاهد] [\(١\)](#) بعض الضيعه و وصف له الباقي، ثبت له الخيار فى الجميع مع عدم المطابقه).

دون ما لم يره فقط، تفاديا من تبعض الصفقه بالنسبه إلى البائع.

قوله: (و لو نسج بعض الثوب، فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل).

لأن ذلك بيع لعين شخصيه بيع بمضمون فى الذمه مجهول، و ما أشبه هذا بما لو أراه أنموذجا، و باعه ما فى البيت على أنه مثله، و لم يدخل الأنموذج فى البيع.

و هنا مباحث:

[الأول] [\(٢\)](#): أقسام الخيار قد حدّدت فى كلام الشارع، إلا خيار الغبن و التأخير و الرؤيه، فأما خيار الغبن ففى كونه على الفور أو التراخى قولان، و قد سبق مثلها فى التلقّى [و بيّنّا] [\(٣\)](#) الرّاجح هناك، و ربّما أنكره بعض الأصحاب [\(٤\)](#)، و مثله خيار الرؤيه، و فى خيار التأخير تردّد.

[الثانى] [\(٥\)](#): هل يصح اشتراط إسقاط هذه الأقسام؟ أما المجلس و الحيوان و العيب فظاهر صحه إسقاطها، و أما خيار الغبن و التأخير و الرؤيه ففيها

ص: ٣٠٢

---

١- ١) فى «م»: اشترى، و ما أثبتناه من القواعد، و هو الصحيح.

٢- ٢) لم ترد فى «م» و أثبتناها من الحجرى للسياق.

٣- ٣) فى «م»: و هنا، و ما أثبتناه من الحجرى، و هو الأنسب.

٤- ٤) منهم: العلامه فى المختلف: ٣٦٦.

٥- ٥) فى «م»: قوله، و ما هنا من الحجرى و هو الصحيح لأن ما بعده ليس من القواعد.

السابع: خيار العيب، وسيأتى.

### المطلب: الثاني فى الأحكام

#### إشارة

المطلب: الثاني فى الأحكام:

يثبت خيار الشرط فى كل عقد سوى الوقف و النكاح، و لا يثبت فى الطلاق و لا العتق و لا الإبراء. احتمال، و صحه الاشتراط فيما عدا خيار الرؤية أظهر، أما خيار الرؤية، فإن شرط رفعه بطل الشرط و العقد لزوم الغرر، لأن الوصف قائم مقام الرؤية، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئى و لا موصوف.

قوله: (يثبت خيار الشرط فى كل عقد سوى النكاح و الوقف).

يريد بالعقد: ما يعمّ الإيقاع، ليكون ذكر حكم الطلاق و العتق فى قوه الاستثناء، أو يريد به: معناه الحقيقى، و ذكر حكمهما على طريق الاستيفاء.

و إنما لم يدخل خيار الشرط النكاح مع تناول عموم قوله عليه السلام:

«المسلمون عند شروطهم» (1) للإجماع، و لأنه ليس عقد معاوضه، ليشرع له اشتراط التروى و الاختيار، و لشده الاحتياط فى الفروج، و لأن فيه شائبه العباده، و لأن رفعه يتوقف على أمر معين، فلا يقع بغيره.

نعم يصحّ اشتراطه فى الصداق وحده، لما فيه من معنى المعاوضه و جواز إخلاء العقد عنه مع العموم السالف، و الوقف ازاله ملك على وجه القربه، فهو فى معنى العباده، فلا يدخله، و لأن هذه الإزاله لما لم تكن الى عوض أشبهت العتق.

و هل العمرى و الحبس و ما فى معناهما كذلك؟ ينبغى الجواب بنعم، للاشتراك فى المعنى المذكور.

قوله: (و لا يثبت فى الطلاق و لا العتق و لا الإبراء).

أمّا الطلاق، فلأنه مزيل لعلاقه النكاح، فلا- يتصور فيه الخيار، و فى معناه الخلع و المباره، لأن الغرض منهما الفرقة، و المال بالعرض، و فى معنى العتق التدبير،

١-١) الكافي ٥:٤٠٤ حديث ٨،٩ [١] صحيح البخاري ٣:١٢٠، سنن الترمذي ٢:٤٠٣ حديث ١٣٦٣.

و يسقط بالتصرف، و كذا الكتابه المطلقه على ما ذكره فى التحرير (١) و التذكرة (٢)، و أما المشروطه فيثبت فيها خيار الشرط للمولى.

و فى العبد قولان، اختار الثبوت الشيخ (٣)، و العدم المصنف فى التحرير (٤). و كذا لا- يثبت فى الإبراء، لأنه إسقاط، و لا فى الوصيه، لأن الخيار فيها إلى الموت، و كذا العقود الجائزه، و منه الرهن بالنسبه إلى المرتهن.

أما الصّيلح الذى لا يكون فى معنى الإبراء، و الضمان و الهبه على وجه لازم، و الحواله و الكفاله و الإجاره و المساقاه و المزارعه و السبق و الرمى، فيدخلها، على خلاف فى بعضها، يدلّ على دخولها عموم الحديث (٥)، و كذا يدخل القسمه، سواء اشتملت على رد، أم لا.

قوله: (و يسقط بالتصرف).

إجماعاً، و يدلّ عليه الحديث السابق (٦)، و لو وقع التصرف نسياناً، كما لو وطأ الجاربه طائناً أنها أخرى، ففي السقوط نظر، و ظاهر الروايه يقتضيه، و لم أظفر فيه بكلام للأصحاب.

و لا يعدّ ركوب الدّابه للاستخبار، أو لدفع جموحها (٧)، أو لخوف من ظالم، أو ليردّها تصرفاً، و بالأخير صرّح فى التذكرة (٨)، و هل يعدّ حلبها للاستخبار تصرفاً؟ ليس ببعيد أن لا يعدّ. و كذا لو أراد ردّها، و حلبها لأخذ اللبن على إشكال، ينشأ من أنه ملكه فله استخلاصه، و فى التذكرة: أن الأقرب عدّه تصرفاً (٩).

ص: ٣٠٤

١-١) تحرير الأحكام ١:١٦٧. [١]

٢-٢) التذكرة ١:٥٢٢. [٢]

٣-٣) المبسوط ٢:٨٢.

٤-٤) تحرير الأحكام ١:١٦٧. [٣]

٥-٥) التهذيب ٧:٣٧١، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢، حديث ٨٣٥.

٦-٦) المصدر السابق.

٧-٧) قال الجوهري: جمع الفرس جموحاً و جماحاً: إذا اعتز فارسه و غلبه، فهو فرس جموح، الصحاح (جمع) ١:٣٦٠.

٨-٨) التذكرة ١:٥٢٩.

٩-٩) التذكرة ١:٥٢٩. [٤]

فإن كان مشتركا اختص السقوط بمن يختص بالتصرف، ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف، فإن تصرف الخياران، وإلا خيار الآذن. و الخيار موروث بالحصص كالمال من أى أنواعه كان، قوله: (فإن كان مشتركا، اختص السقوط بمن يختص بالتصرف).

هذا فى طرف المشتري صحيح، أما فى طرف البائع فلا يستقيم، لأن كل ما يعدّ من التصرفات إجازة لو وقع من المشتري يعدّ فسخا لو وقع من البائع، ومع ثبوت الفسخ لا معنى لسقوط الخيار. وربما حمل على أنّ المراد فى طرف البائع: أنّ تصرفه بالثمن مسقط لخياره، وهو مخالف لظاهر كلامهم، فإنّ المتبادر من التصرف: التصرف فى المبيع، مع أنّ هذا المذكور محتمل، وإن كان فى حمل العبارة عليه تعسف.

فرع:

لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنّها جاريتها المختصة به، فتبينت ذات الخيار، أو ذهل عن كون المشتراه ذات خيار ففى الحكم تردد، ينشأ من إطلاق الخبر بسقوطه الخيار بالتصرف (1)، ومن أنّه غير قاصد إلى لزوم البيع، إذ لو علم لم يفعل، والتصرف إنما عدّ مسقطا لدلالته على الرضى باللزوم، ولم أظفر فى ذلك بكلام للأصحاب.

قوله: (و لو أذن أحدهما للآخر فى التصرف، فإن تصرف سقط الخياران، وإلا خيار الآذن).

سيأتى أنّ فى سقوطه بالعرض على البيع و الاذن فيه إشكال، ولا فرق بين ذلك و بين ما هنا، فيكون رجوعا عن الجزم إلى التردد، وهو محل تردد.

قوله: (و الخيار موروث بالحصص كالمال من أى أنواعه كان).

الجار متعلق بمحذوف على أنه صفة، أو حال من الخيار.

ص: ٣٠٥

إلا- الزوجه غير ذات الولد فى الأرض على إشكال،أقربه ذلك إن اشترى بالخيار لترث من الثمن. قوله: (إلا- الزوجه غير ذات الولد فى الأرض على إشكال،أقربه ذلك،إن اشترى بخيار لترث من الثمن).

هذا الاستثناء من محذوف يدل عليه قوله:(موروث)تقديره لجميع الوارث أو نحوه،فيكون التقدير:الخيار موروث لجميع الوارث،مقسوم عليهم كالمال،إلا- الزوجه غير ذات الولد فى الأرض،فإنها لا- ترث من الخيار المتعلق بها، سواء كانت مبيعه أو مشتراه على إشكال،ينشأ من أنه حق خارج عن الأرض فترث منه،و من أنه من الحقوق المتعلقة بها فإنته تابع لإرثها،و مع انتفاء التابع ينتفى متبوعه.

و الأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميت قد اشترى أرضا بخيار،فأرادت الفسخ لترث من الثمن،و أما إذا باع أرضا بخيار،فإنّ الإشكال فى هذه الصورة بحاله،لأنها إذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئا.

و حمل الشارحان العبارة على أنّ الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار،لأنها حينئذ تفسخ فترث من الثمن،بخلاف ما إذا باع بخيار (1).و هو خلاف الظاهر،فإنّ المتبادر أنّ المشار إليه بقوله:(ذلك)هو:عدم الإرث الذى سيقى لأجله العبارة، ففهم إرادته الإرث منها ارتكاب لما لا يدل عليه دليل،مع أنه من حيث الحكم غير مستقيم أيضا،فإنّ الأرض حق لباقي الوراث استحقوها بالموت،فكيف تملك إبطال استحقاقهم لها،و إخراجها عن ملكهم؟ نعم لو قلنا:أن الملك إنما ينتقل بانقضاء مده الخيار استقام ذلك، و أيضا فإنها إذا ورثت فى هذه الصورة وجب أن ترث فيما إذا باع الميت أرضا بخيار بطريق أولى،لأنها ترث حينئذ من الثمن،و أقصى ما يلزم:إرثها من الخيار ليبطل حقها من الثمن،و هو أولى من إرثها حق غيرها من الأرض التى اختصوا

ص: ٣٠٦



و هل للورثه التفريق؟نظر،أقربه المنع و إن جوزناه مع تعدد المشتري. و لو زال عذر المجنون العاقد حاله العقد لم ينتقض تصرف الولى بالخيار إذا لم يخالف المصلحه. بملكها،فيكون قوله:(ان اشترى بخيار.)مستدركا.

و الحق: أنّ إرثها من الخيار فى الأرض المشتراه مستبعد،و إبطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل،نعم قوله:(لترث من الثمن)على هذا التقدير يحتاج إلى تكلف زياده تقدير،بخلاف ما حملا عليه.

قوله: (و هل للورثه التفريق؟فيه نظر،أقربه المنع).

لأن فى ذلك تبعضا للصفقه بالنسبه إلى البائع،و لأن مورثهم إنما ملك الفسخ فى الجميع و المنتقل إليهم انما هو حقه،و متى فسخ أحدهم و أجاز الآخر قدم الفسخ،لأن المميز لا يملك إبطال حق غيره إنما يملك إبطال حق نفسه،فيبقى حق الباقيين،لكن إذا فسخ إنما يجوز الفسخ فى الجميع،فيشكل حينئذ بلزوم إبطال حق المميز من العين،إلا أن يقال:الفسخ و الإجازة متى اجتمعا قدّم الفسخ،فان تمّ ذلك تمّ الحكم هنا،و فيه ما فيه،و فى التذكرة صرح بتقديم الفسخ (1)،و هو محتمل.

قوله: (و إن جوزناه مع تعدد المشتري).

أى:ليس للورثه التفريق و إن جوزنا التفريق مع تعدد المشتري و الصفقه واحده،لأن التجوز هنا لأن العقد فى قوه المتعدد،لأن الصفقه تتعدد بتعدد المشتري كما يجىء.

قوله: (فلو زال عذر المجنون العاقد حاله العقد،لم ينتقض تصرف الولى بالخيار إذا لم يخالف المصلحه).

و كذا كلّ تصرف للولى و الوكيل حيث لم يخالف المصلحه.

ص: ٣٠٧

و لو كان الميت مملوكا مأذونا فالخيار لمولاه.

و لو شرط المتعاقدان الخيار لعبد أحدهما ملك المولى الخيار، و لو كان لأجنبي لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى، فلو مات لم ينتقل إلى مولاه، و كذا لو مات الأجنبي المشروط له الخيار.

و المبيع يملك بالعقد على رأى، فالنماء المتجدد بعد العقد للمشتري و إن كان فى مده الخيار، فان فسخ العقد رجع بالثمن و استرد البائع الأصل دون النماء.

و إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه، فيرجع المشتري بالثمن لا- غير، و إن تلف بعد قبضه و انقضاء الخيار فهو من مال المشتري.

قوله: (و المبيع يملك بالعقد على رأى).

هذا هو أصح القولين (١).

قوله: (فالنماء المتجدد بعد العقد للمشتري و إن كان فى مده الخيار).

لأنه نماء بملكه.

قوله: (و إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه، فيرجع المشتري بالثمن لا غير).

هذا إجماعى، و معنى كونه من مال بائعه: أنه بالتلف يفسخ البيع فيه، فيرجع إلى ملكه، و الثمن إلى ملك المشتري، أمّا النماء الحاصل بعد العقد للمشتري، و ليس للمشتري مطالبه البائع بالمثل أو قيمه، لما قلناه من أنّ معنى كونه مضمونا عليه: أنه بالتلف يفسخ العقد و يرجع إلى ملكه، و ليس هو كغيره

ص: ٣٠٨

---

١ - ١) ذهب الى هذا القول ابن البراج فى المهذب ١: ٣٥١، و العلامة فى التذكرة ١: ٥٣٣-٥٣٤، و [١] المختلف: ٣٤٩، و فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ١: ٤٨٨. و اما القول الثانى - و هو انتقال المبيع بالعقد و انقضاء الخيار - فذهب اليه الشيخ فى الخلاف ٥: ٢٩ مسألة ٢٩ كتاب البيوع.

و إن كان فى مده الخيار من غير تفريط، فمن المشتري إن كان الخيار للبائع أو لهما أو لأجنبى، و إن كان للمشتري خاصة فمن البائع. و يحصل الفسخ بوطء البائع، و بيعه، و عتقه، و هبته و إن كان من ولده. من المضمونات التى تضمن بالمثل أو القيمة، لأنَّ المشتري ما استقر ملكه للمبيع حيث لم يقبضه، فكان مترلزلاً، فعند التلف يتعذر أخذ العوضين، فبطلت المعاوضة.

و لو أتلفه متلف تخير بين الفسخ و أخذ الثمن، و بين مطالبه المتلف و إن كان هو البائع على الأصح، و قد سبق مثله فى بيع الثمار.

قوله: (و إن كان فى مده الخيار من غير تفريط فمن المشتري إن كان الخيار للبائع أو لهما أو لأجنبى).

هو: من المشتري فى هذه الصور كلها، سواء فرط أم لا، بل مع تفريطه ضمانه أولى، و لا يسقط خيار البائع فى هذا البيع، حيث يكون له خيار كما سبق (1).

و لو كان الخيار لأجنبى فهل يسقط؟ ينبغى إن كان الشرط من البائع إلا يسقط، و إلا سقط.

قوله: (و إن كان للمشتري خاصه فمن البائع).

فينفسخ البيع به و يسترد المشتري الثمن، و حينئذ يسقط الخيار لانفساخ العقد، و هذا إذا لم يكن من المشتري تفريط، فكان على المصنف أن يقتصر فى التقييد بعدم التفريط على هذه الصورة.

قوله: (و يحصل الفسخ بوطء البائع و بيعه و عتقه و هبته و إن كان من ولده).

لوجوب صيانته فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل، و تنزيل فعله

ص: ٣٠٩

---

١- ١) كذا فى «م»، و فى الحجرى: كما سيأتى.

و الأقرب صحه العقود، و لا تحصل الإجازة بسكوته على و طء المشتري.

و المجمعول فسحا من البائع إجازة من المشتري لو أوقعه، و الإجاره و التزويج فى معنى على ما يجوز له مع ثبوت طريق الجواز، و لا يكون أول الوطاء محرّمًا، لأننا نحكم بأن الوطاء يوجب الفسخ قبله، كما نبه عليه فى التذكرة (١).

و تحقيقه: أن يجعل القصد إلى الفعل المقارن له هو المقتضى للفسخ، و حينئذ فلا تجب عليه قيمه الولد لو أولدها، و تصير أم ولد قطعاً.

و حاول بقوله: (و إن كان من ولده) الرد على بعض العامه القائل بأن الهبه من الولد جائزه (٢)، فكأنه قال: و إن كانت الهبه جائزه، و إنما ذكر ضمير كان، لأن المراد عوده إلى كل واحد من هذه.

قوله: (و الأقرب صحه العقود).

لأنها عقود صدرت من أهلها فى محلها، لجواز التصرف له قطعاً، و لأنها أقوى من تصرف الفضولى قطعاً، و هو صحيح مع الإجازة، و الإجازة هنا منحصرة فى طرف البائع و قد حصلت.

و لا- يقال: هى مشروطه بالملك و محصله له و يستحيل اجتماعها، لأننا نقول: المحصل له القصد المقارن، و هذا هو الأصح، و يحتمل ضعيفا عدم الصحه، لأن أولها صدر فى غير ملك، و جوابه يظهر مما سبق.

قوله: (و المجمعول فسحا من البائع إجازة من المشتري لو أوقعه).

أى: كلما يعدّ من التصرفات الواقعه من البائع فسحا للبيع فى موضع الخيار، يعد إجازة من المشتري لو أوقعها.

قوله: (و الإجاره و التزويج فى معنى البيع).

ص: ٣١٠

١- ١) التذكرة ٥٣٤: ١. [١]

٢- ٢) كفايه الأخيار ٢٠١: ١-٢٠٢.

البيع، و العرض على البيع و الإذن فيه كالبيع على إشكال. أما الإجاره فلأنها تمليك للمنفعه، و الأصل فيها أن لا تكون فضوليه، و النكاح لا يقصر عن الإجاره.

قوله: (و العرض على البيع و الاذن فيه كالبيع على إشكال).

العرض على البيع إن كان من طرف المشتري أبطل خياره، و هو مروى بطريق السكوني (١)، ذكره في الدروس (٢)، و اختاره في التحرير (٣)، و مثله البيع فاسدا.

أما إذا كان من البائع فالإشكال، و عباره المصنف محتمله لشمولها، و هو الذى فهمه الشارح (٤)، و منشأ الاشكال من دلالة بالالتزام على الرضى بالبيع من طرف المشتري فيكون إجاره، و عدمه من طرف البائع فيكون فسخا، و من ثم يحصل بهما الرجوع عن الوصيه، و من أن أحدهما لا يقتضى إزاله الملك، و لا ينافى التردد فى الفسخ و الإجاره، و أحدهما لا يتحقق بالمحتمل.

و اختار المصنف فى التذكرة الأول فى البائع و المشتري (٥)، و الذى يقتضيه النظر أنهما إجاره من المشتري، لما فى الروايه (٦)، و لدلالاتها على الرضى بالبيع، أما من البائع فلا يبعد عددهما فسخا إذا كان الإذن فى البيع لو كيله، و لو كان للمشتري فإن فعل كان مسقطا لخياره قطعا، لعدم إمكان فسخ العقد الواقع بإذنه.

أما إذا لم يبيع ففى كون مجرد الإذن إجاره الاشكال، و مثله الاذن فى سائر التصرفات غير الناقله للملك، و مثله لو أذن المشتري للبائع فى البيع، فإن كونه

ص: ٣١١

١- (١) الكافى ٥: ١٧٣، حديث ٧، التهذيب ٧: ٢٣، حديث ٩٨.

٢- (٢) الدروس: ٣٦١.

٣- (٣) تحرير الأحكام ١: ١٦٨. [١]

٤- (٤) إيضاح الفوائد ١: ٤٨٩.

٥- (٥) التذكرة ١: ٥١٧. [٢]

٦- (٦) الكافى ٥: ١٧٣، حديث ٧، التهذيب ٧: ٢٣، حديث ٩٨.

و لو باع المشتري أو وقف أو وهب في مده خيار البائع أو خيارهما لم ينفذ إلا بإذن البائع، وكذا العتق على إشكال. مسقطا لخياره إذا لم يبع لا يخلو من بعد، والعبارة تتناول ذلك كله.

و تلخيص الكلام في هذا المبحث: أنّ العرض على البيع إما أن يكون من البائع أو المشتري، وكذا الاذن فيه لا يكون من كلّ منهما، ثم الصادر من كلّ منهما إما أن يكون للآخر رضى بفعله أو على جهة التوكيل له أو لغيره، فهاهنا صور:

أ: العرض على البيع من المشتري، وفي الرواية انه مسقط لخياره (١).

ب: عرضه على البيع عن البائع، وفي كونه مسقطا لخياره نظر.

ج: عرض البائع عن نفسه.

د: عرضه على المشتري، وفيهما الإشكال.

ه: إذن المشتري في البيع على جهة التوكيل، ولا يقصر عن عرضه على البيع لنفسه.

و: إذنه للبائع، وفي كونه مسقطا للخيار الإشكال.

ز: إذن البائع في البيع توكيلا- عن نفسه، وفيه الاشكال، ويقوى كونه فسخا، إذ التوكيل نوع تصرف، ولأن الوكالة لا تتعلق بمال الغير.

ح: إذنه للمشتري عن نفسه، وفيه الإشكال ما لم يتصرف به، فان تصرف فلا إشكال في السقوط.

قوله: (و كذا العتق على إشكال).

أى: لا ينفذ إلا بإذن البائع على إشكال، ينشأ من مصادفه الملك، و من تعلق حق البائع بالعين، فلا يسوغ إبطاله.

فإن قلنا بالنفوذ احتمال أن يكون له الفسخ كما كان، فيبطل العتق، و يحتمل بطلان الخيار فيه، فيجعل كالتالف و ينتقل إلى القيمة، و يرجح جانب الصحة أنه مع إجازة البائع عتق صدر من أهله في محلّه، لأنه مالك، ولا مانع إلا

ص: ٣١٢

نعم له الاستخدام و المنافع و الوطاء، فان حبلت فالأقرب الانتقال إلى القيمه مع فسخ البائع. و لو اشترى عبدا بجاريه ثم أعتقهما معا، فان كان الخيار له بطل العتقان، لأنه بعثت الجاريه مبطل للبيع و بعثت العبد ملتزم به، فعتق كل منهما يمنع عتق الآخر، فيتدافعان. حق البائع، و بالإجازة يسقط، و العتق مبنى على التغليب، و أما مع فسخه فالإبطال محتمل، نظرا إلى سبق حقه، و النفوذ إعطاء العتق مقتضاه، و فى ضمان القيمه جمع بين الحقين، و هو قريب.

قوله: (نعم له الاستخدام و المنافع و الوطاء).

سيأتى فى كلامه التوقف فى إباحه الوطاء.

قوله: (فإن حبلت، فالأقرب الانتقال إلى القيمه مع فسخ البائع).

وجه القرب: أن مقتضى الاستيلاء فى الملك امتناع خروج أم الولد عنه، و بضمان القيمه يجمع بين الحقين، و يحتمل أخذ العين، لسبق حقه على الاستيلاء، و الأصح الأول.

قوله: (و لو اشترى عبدا بجاريه ثم أعتقهما معا، فان كان الخيار له بطل العتقان، لأنه بعثت الجاريه مبطل للبيع، و بعثت العبد ملتزم به، فعتق كل منهما يمنع عتق الآخر، فيتدافعان).

أى: لو اشترى عبدا بجاريه ثم أعتقهما معا، فلا- يخلو إما أن يكون الخيار فيهما معا له خاصه، أو للبائع خاصه، أو لهما معا، فهذه حالات ثلاث: الأولى: أن يكون له خاصه، ففيه احتمالات ثلاثه، أحدها: بطلان العتقين معا لامتناع عتقهما معا، لأن عتق الجاريه يقتضى انفساخ البيع و خروج العبد عن ملكه فيبطل عتقه، و عتق العبد يقتضى التزامه و عدم عود الجاريه إليه فيبطل عتقها، فعتق كل منهما مبطل لعتق الآخر، فتمتنع صحتها، و عتق أحدهما دون الآخر مع

و يحتمل عتق الجاربه، لأن العتق فيها فسخ و فى العبد إجازة، و إذا اجتمع الفسخ و الإجازة قَدَم الفسخ، كما لو فسخ أحد المتعاقدين و أجاز الآخر، فان الفسخ يقدم. و عتق العبد، لأن الإجازة إبقاء للعقد، و الأصل فيه الاستمرار. اشتراكهما فى السبب ترجيح من غير مرجح، فلم يبق إلا بطلانهما، و هو الأصح.

قوله: (و يحتمل عتق الجاربه، لأن العتق فيها فسخ و فى العبد إجازة، و إذا اجتمع الفسخ و الإجازة قَدَم الفسخ، كما لو فسخ أحد المتعاقدين و أجاز الآخر، فإنّ الفسخ يقدم).

و يمكن الجواب عن هذا: بمنع تقديم الفسخ على الإجازة دائما، لأن كل واحد منهما إذا صدر بحق امتنع الحكم ببطلان أحدهما و صحه الآخر، لأنه تحكّم محض. و تقديم الفسخ فى المثال المذكور ليس بمجرد كونه فسحا و كون الآخر إجازة، بل لأن الحق [لائين] (1) فإذا أجاز أحدهما اقتضت الإجازة لزوم العقد من طرفه خاصه، و لزوم العقد من أحد الطرفين بخصوصه لا يقتضى لزومه من الطرف الآخر، فيبقى خيار الآخر كما كان، فإن شاء فسخ و إن شاء أجاز، و لا ينقص ذلك عما إذا كان العقد فى أصله لازما من أحد الطرفين خاصه، لاختصاص الخيار بالطرف الآخر.

قوله: (و عتق العبد، لأنّ الإجازة إبقاء للعقد، و الأصل فيه الاستمرار).

هذا هو الاحتمال الثالث، و وجهه ضعيف جدا، فإن أصله الاستمرار يعدل عنها إذا حصل المقتضى للعدول.

لا يقال: المقتضى للعدول - و هو عتق الجاربه - قد كافأه عتق العبد، فيرجح بالأصل.

لأننا نقول: أصله الاستمرار فى بيع العبد معارض بأصله بقاء الخيار فى

ص: ٣١٤

---

١ - ١) فى «م»: لا يبين، و ما أثبتناه من الحجري، و هو الصحيح.



و إن كان الخيار لبائع العبد لم ينفذ عتق الجاربه و لا العبد، إلا مع الإجازة على إشكال. كل من العبد و الجاربه، و ترجيح أحد الأصلين على الآخر يستدعى مرجحاً، و هو مفقود، و لو حكماً بصحة عتق العبد دون الجاربه لبطل الخياران، و ربّما بنى الوجهان الأخيران على أن المبيع فى زمن الخيار ملك للبائع أو للمشتري.

فإن قلنا بالأول نفذ عتق الجاربه لأنها المملوكه دون العبد، و إن قلنا بالثانى نفذ عتق العبد لأنه المملوك. و ليس بشيء، لأن الخيار يقتضى ثبوت سلطنه الإعتاق.

قوله: (و إن كان الخيار لبائع العبد لم ينفذ عتق الجاربه و لا العبد، إلا مع الإجازة على إشكال).

هذه هى الحال الثانيه، و هى أن يكون الخيار لبائع العبد خاصه فى كل من العبد و الجاربه، و قد أعتق المشتري كلاهما، فعتق الجاربه لا يقع، لأنه غير مالك لها و لا صاحب خيار بالنسبه إليها، إذ الخيار لبائع العبد.

و أما عتق العبد، ففى [نفوذه] (1) مع الإجازة من البائع إشكال، ينشأ من أن الخيار له، فلا يقع العتق من دون إذنه، و من أنه مبنى على التغليب، و حقه يتدارك بالقيمه جمعاً بين الحقيين.

و اعلم أن فى جملة المستثنى و المستثنى منه قضيتين: سالبه، و موجهه، لأن الاستثناء من الإثبات نفى، و بالعكس، و تقدير ذلك: لا يقع عتق العبد بدون الإجازة، و يقع معها.

و الإشكال فى العبارة يمكن أن يكون فى الأولى خاصه، و يمكن أن يكون فى الأخيره، و يمكن كونه فى كل منهما، فإن كان فى الأولى فممنشؤه نحو ما سبق، و إن كان فى الأخيره فممنشؤه الشك فى أن العتق هل يقع موقوفاً أم لا؟ و مثل هذا يقال فى حلّ الإشكال السابق فى قوله: (لم ينفذ إلا بإذن البائع، و كذا العتق على

ص: ٣١٥

---

١ - ١) فى «م»: الجواز، و ما أثبتناه من الحجرى، و هو الأنسب.

و لو اشترك الخيار صح عتق الجاربه خاصه، لأن إعتاق البائع مع تضمينه للفسخ يكون نافذا على رأى، و لا يعتق العبد و إن كان الملك فيه لمشتره، لما فيه من إبطال حق الآخر.

## فروع

فروع:

### أ: لا يبطل الخيار بتلف العين

أ: لا يبطل الخيار بتلف العين، فان كان مثليا طالب صاحبه إشكال) و الفتوى هنا كالفتوى هناك.

قوله: (و لو اشترك الخيار صح عتق الجاربه خاصه، لأن إعتاق البائع مع تضمينه للفسخ يكون نافذا على رأى).

هذه هى الحاله الثالثه، و هى: أن يكون الخيار لهما، و الإعتاق من المشتري للعبد و الجاربه، و وجه صحه عتق الجاربه: أن المشتري بالنسبه إلى هذه الجاربه كبائع العبد بالنسبه إلى العبد، فمن قال بصحه العقود المتضمنه للفسخ من البائع الواقعه على العبد المبيع، و صحه عتقه و انفساخ البيع، فحقه أن يقول بصحه عتق الجاربه هنا، و انفساخ هذا البيع، و قد سبق أن الأصح فى المسأله الأولى ذلك، فليكن هنا كذلك، و دليل المقامين واحد.

قوله: (و لا يعتق العبد و إن كان الملك فيه لمشتره، لما فيه من إبطال حق الآخر).

لا- يقال: كيف حكمت بعتق الجاربه مع أن للآخر فيها حق الخيار لأنه مشترك، لأننا نقول: إعتاق الجاربه من المشتري فسخ، و هو مقدم على إجازة البائع لو أجاز.

و أما إعتاق العبد فلو نفذناه لكان إجازة، و لاقتضى إبطال حق البائع من خياره لو أراد الفسخ، و ليس له ذلك، فيتحقق المرجح لعتق الجاربه على العبد فتعين، إذ يمتنع عتقهما معا، لما ذكرناه من التدافع أول الباب.

قوله: (لا يبطل الخيار بتلف العين، فان كان مثليا طالب صاحبه

بمثله، وإلا القيمة. بمثله، وإلا القيمة).

إطلاق الخيار في العبارة يتناول جميع أقسام الخيار: من المجلس و الحيوان و الشرط و غيرها، و كذلك يتناول ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما، و إطلاق التلف يتناول ما إذا كان بآفه سماويه أو أرضيه، بتفريط من المشتري أو لا، و ما إذا كان من البائع أو من المشتري أو من أجنبي، سواء كان التلف قبل قبض المشتري أم بعده. و بعض هذه الصور غير مراد له قطاعا، و بعضها مما يتوقف في إرادته.

و تفصيل أحكامها: أنّ التلف متى كان بفعل المشتري أو بتفريطه كان مسقطا لخيار المشتري دون البائع، و متى كان بفعل البائع فالأصح أنه كأجنبي، و قد سبق مثله في بيع الثمار، فيكون الخيار بحاله للمشتري، و كما لا يسقط خيار المشتري بالتلف في بعض الصور المذكوره لا- يسقط خيار البائع، حيث لا يكون الإلتلاف مستندا إليه، بشرط أن يكون بعد قبض المشتري إن كان التلف بآفه، فإنه حينئذ يكون فسخا و لو كان بآفه.

فإن كان قبل القبض انفسخ العقد، فيسقط الخيار لأيهما كان، و إن كان بعده فهو كما كان، فان كان للبائع و فسخ فله المثل أو القيمة و للمشتري الثمن، و كذا إن فسخ المشتري حيث يكون الخيار لهما.

أما إذا اختص الخيار بالمشتري، و تلف بآفه من غير تفريط منه، فإنه من مال البائع، فينفسخ العقد.

و مجيء هذه الأحكام في خيار الشرط لا- كلام فيه، و خيار المجلس لا- يبعد منه، و إن لم أجد به تصريحاً، لظاهر قوله عليه السلام: «ما لم يفترقا» (١).

أما خيار الحيوان فإنه لما كان مختصاً بالمشتري كان التلف بآفه من غير تقصير من ضمان البائع، فيكون فسخاً، و بتقصيره من ضمانه، و في احتسابه حينئذ

ص: ٣١٧

---

١- ١) الكافي ٥: ١٧٠، حديث ٤، ٦، ٧، [١] التهذيب ٧: ٢٠، حديث ٨٥، الاستبصار ٣: ٧٢، حديث ٢٤٠.

## ب: لو قبلت الجاربه المشتري فالأقرب أنه ليس بتصرف

ب: لو قبلت الجاربه المشتري فالأقرب أنه ليس بتصرف و إن كان مع شهوه إذا لم يأمرها، و لو انعكس الفرض فهو تصرف و إن لم يكن عن شهوه. إجازة تردد من البائع و الأجنبي كما قلناه في الثمار.

و في بقاء خيار الغبن بعد التلف تردد، سواء كان التلف من البائع أم من أجنبي أم بآفه، إلا أن يكون التلف بالآفه قبل القبض، فإنه من ضمان البائع، و على إطلاق كلامهم ينبغي أن يكون بعد القبض كذلك، لا اختصاص الخيار بالمشتري، فيفسخ العقد في الموضوعين.

إلا أن التردد في كلامه السابق من فروع المباحه بثبوت الخيار للمشتري المكذوب في الاخبار برأس المال ينافي الحكم بانفساخ العقد، إلا إن كان من المشتري كما سبق، و مثله خيار الرؤيه، أما العيب و التدليس فستأتي أحكامهما. فعلم من هذا أن إطلاق عبارته المصنف لا يستقيم.

قوله: (لو قبلت الجاربه المشتري فالأقرب أنه ليس بتصرف [و إن كان مع شهوه] (١) إذا لم يأمرها).

وجه القرب: أنه لم يقع منه الفعل و لم يستند إليه، فلم يعد تصرفاً منه لا لغه و لا عرفاً، و يحتمل أن يقال: إن علم بإرادتها ذلك و ثبت لها حتى قبلت عدّ تصرفاً، و فيه ضعف، لأنه بثباته لا يعدّ فاعلاً للتقبيل.

و لو أمرها صدق استناد الفعل إليه عرفاً، لأن ذا السلطنه يعدّ فاعلاً إذا صدر الفعل بأمره، و في مثل ذلك كلام يأتي في الإيمان إن شاء الله تعالى، و ذكر المشتري في مسأله الكتاب على طريق التمثيل، فلو وقع ذلك بالنسبه إلى البائع حيث يكون الخيار له فهو كالمشتري.

قوله: (و لو انعكس الفرض فهو تصرف، و إن لم يكن عن شهوه).

سبق في الروايه ما يدل عليه (٢).

ص: ٣١٨

١- ١) لم يرد في «م»، و أثبتناه من نسخه القواعد الخطيه.

٢- ٢) الكافي ١٧٣: ٥، حديث ١٧، التهذيب ٢٣: ٧، حديث ٩٨.

## ج: ليس للمشتري الوطاء في مدة الخيار المشترك أو المختص بالبائع على إشكال

ج: ليس للمشتري الوطاء في مدة الخيار المشترك أو المختص بالبائع على إشكال، فإن فعل لم يحدّ و الولد حر و لا قيمه عليه، فإن فسخ البائع رجع بقيمه الأم خاصة و تصير أم ولد، و لو وطأ البائع كان فسخا و لا يكون حراما.

## د: لا يكره نقد الثمن و قبض المبيع في مدة الخيار

د: لا يكره نقد الثمن و قبض المبيع في مدة الخيار. قوله: (ليس للمشتري الوطاء في مدة الخيار المشترك أو المختص بالبائع على إشكال).

قد سبق في كلامه الجزم بجواز الوطاء هاهنا، و منشأ الاشكال من عموم «الناس مسلطون على أموالهم» (1) و من أنه ربّما أفضى إلى الاستيلاء الموجب لسقوط خيار البائع. و يضعف بمنع الدلالة، و بأن هذا قائم في الاستخدام، فإنه ربّما أدى إلى المرض و التلف، و الأصح الجواز. نعم لو قلنا: أنّ المبيع إنما ينتقل بمضى الخيار لم يجز.

قوله: (فان فعل لم يحد، و الولد حر و لا قيمه عليه).

لأنها مملوكته، و نماء المبيع في مدة الخيار له، نعم لو قلنا بأن المبيع إنما ينتقل بمضى الخيار لم يجز.

قوله: (و لو وطأ البائع كان فسخا و لا يكون حراما).

لأن التصرف من البائع في موضع خياره فسخ، و إنما لم يحرم، لأن القصد المقارن للفعل يؤثر الفسخ، فيقع الوطاء حال الملك.

قوله: (لا يكره نقد الثمن و قبض المبيع في مدة الخيار).

المراد بنقد الثمن: تسليمه للبائع، و خالف مالك فقال: يكره نقد الثمن في مدة الخيار، لأنه يصير في معنى بيع و سلف، لأنه إذا نقده الثمن ثم تفاسخا صار

ص: ٣١٩

## ه: البيع بالوصف قسمان

ه: البيع بالوصف قسمان:

### بيع عين شخصيه موصوفه بصفات السلم

بيع عين شخصيه موصوفه بصفات السلم، وهو يفسخ برده على البائع و تلفه قبل قبضه، ويجوز التفرق قبل قبض ثمنه و قبضه.

### و بيع عين موصوفه بصفات السلم غير معينه

و بيع عين موصوفه بصفات السلم غير معينه، فإذا سلم إليه غير ما وصف فرده طالب بالبدل و لا يبطل، و كذا لو كان على الوصف فرده فأبدله صح أيضا.

كأنه أقرضه إياه، فيكون قد اشتمل على بيع و قرض (١)، و غلظه في التذكرة، بأن القرض لم يثبت أولا، بل صار في ذمته بعد الفسخ، مع أنه لا منافاه بينهما، و لا بينهما و بين السلف (٢).

قوله: (البيع بالوصف قسمان).

الفرق بين هذين القسمين: أن المبيع في الأول جزئي، و في الثاني كلي، و ذكره صفات السلم في القسمين دليل منه على اعتبار وصفه بهما، و إلا لم يصح، و قد نبهنا عليه سابقا.

و ربما قيل عليه: إن ذكر أحكام هذين القسمين هاهنا لا مقتضى له، لأنها أجنبيه في هذا الباب.

و جوابه: أنه ذكرهما ليني عليهما الحكم في الرد حيث يوجد سببه، فإنه في القسم الأول يوجب الانفساخ لتشخص المبيع فيه، بخلاف الثاني.

إذا عرفت ذلك فقوله: (و هو يفسخ برده على البائع) مراده به: رده بسبب يقتضيه كعيب و غبن و نحوهما، أو تراضيهما على ذلك، و إنما لم يتعرض إلى التقييد به، لأنه قد علم من أحكام الخيار عدم جواز الرد بغير سب، و كذا قوله:

(لو كان على الوصف فرده فأبدله صح أيضا) مراده بذلك: حيث يتراضيان.

ص: ٣٢٠

١ - ١) بلغه السالك ٢: ٩٥.

٢ - ٢) التذكرة ٥٣٧: ١. [١]

و هل يجب قبض الثمن فى المجلس أو قبضه؟نظر.

### و:لو شرط الخيار لأجنبى كان الفسخ إليه لا إلى المشتري

و:لو شرط الخيار لأجنبى كان الفسخ إليه لا إلى المشتري، إلا أن نقول: إن شرط الخيار للأجنبى شرط له و توكيل للأجنبى.

### ز: لو شرط الخيار شهرا مثلا بعد مضى مده معينه

ز: لو شرط الخيار شهرا مثلا بعد مضى مده معينه، احتمال بطلان الشرط، لأن الواجب لا ينقلب جائزا، قوله: (و هل يجب قبض الثمن فى المجلس، أو قبضه؟نظر).

ينشأ: من أنه بدون ذلك هل يعدّ بيع دين بدين أم لا؟ و الحقّ أنه لا يعدّ، لأنّ بيع موصوف فى الذمه ليس بيعا لدين، لأنه لم يثبت فى الذمه إلى الآن، و لو كان بيعا لدين بدين و جب أن لا يصحّ و إن قبض أحد العوضين فى المجلس، لأنه لا يخرج بذلك عن كونه بيع دين بدين، و إلحاقه بالسلف فى هذا الحكم قياس بغير جامع.

قوله: (إلا أن نقول: إن شرط الخيار للأجنبى شرط له، و توكيل للأجنبى).

وجه هذا الاحتمال: أنّ التسلّط على المبيع، و الثمن من توابع الملك، فلا يكون اشتراط الخيار للأجنبى صحيحا، إلا إذا نزلناه على أنه توكيل، و عموم «المسلمون عند شروطهم» (١) [يدل على] (٢) جواز الاشتراط، و تنزيله على التوكيل لا ضروره إليه، إذ الممتنع هو سلطنه الانتفاع بالمبيع لغير مالكة، أما سلطنه رفع العقد فلا مانع من ثبوته للأجنبى، و قد تدعو الحاجه إليه، فحينئذ إثبات الخيار لمشرطه لا للأجنبى لا مقتضى له أصلا، إذ لا إشعار للفظ فيه.

قوله: (لو شرط الخيار شهرا مثلا بعد مضى مده معينه احتمال بطلان الشرط، لأن الواجب لا ينقلب جائزا).

لا مانع من انقلاب الواجب فى العقود جائزا، و قد ثبت فى مواضع، فإنّ

ص: ٣٢١

١- (١) الفقيه ٣: ١٢٧ حديث ٥٥٣، التهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣.

٢- (٢) لم ترد فى «م»، أثبتناها لاقتضاء السياق لها.

و الصحة عملا بالشرط، فلا يتخير قبل انقضاء المده.

### ح: لو فسخ المشتري بخياره فالعين في يده مضمونه

ح: لو فسخ المشتري بخياره فالعين في يده مضمونه، و لو فسخ البائع فهي في يد المشتري أمانه على إشكال.

## الفصل الثاني في العيب

### إشاره

الفصل الثاني في العيب، و فيه مطالب:

### الأول: في حقيقته

الأول: في حقيقته:

و هو: الخروج عن المجرى الطبيعي لزياده أو نقصان موجب لنقص المالىه كالجنون، و الجذام، و البرص، و العمى، و العور، و العرج، و القرن، و الفتق، و الرتق، و القرع، و الصمم، و الخرس، و أنواع المرض المبيع لو تعيب قبل القبض مع فرض لزوم البيع انقلب جائزا، و كذا المبيع في التأخير يلزم ثلاثه أيام أو يوما، ثم يثبت الجواز، فلا يمتنع حينئذ تأخير زمان الخيار.

قوله: (و الصحة عملا بالشرط، فلا يتخير قبل انقضاء المده).

لأن ذلك مقتضى الخيار المشروط تأخيره، و الأصح الصحة.

قوله: (لو فسخ المشتري بخياره فالعين في يده مضمونه).

لأنها كانت مضمونه قبل الفسخ، إذ لم يسلمها البائع إلا في مقابله الثمن، و الأصل بقاؤه، و لم يتجدد ما يدل على رضى البائع ببقاء العين في يد المشتري، إذ الفسخ إنما هو من قبله، فيبقى ما كان.

قوله: (و لو فسخ البائع فهي في يد المشتري أمانه على إشكال).

ينشأ: مما ذكر، و من أن الفسخ لما صدر من البائع كان تركه للعين في يد المشتري مشعرا بالرضى به المقتضى للاستئمان، و فيه ضعف، لأن مجرد هذا التوهم لا يسقط الأمر الثابت.

قوله: (الأول: في حقيقته، و هو: الخروج عن المجرى الطبيعي لزياده أو نقصان موجب لنقص المالىه كالجنون، و الجذام، و البرص، و العمى، و العور، و العرج، و القرن، و الفتق، و الرتق، و القرع، و الصمم،





-سواء استمر كما فى الممرض، أو لا- كالعارض و لو حمى يوم-و الإصبع الزائده، و الحول، و الخوص، و السبل و هو زياده فى الأجنان، و التخنيث، و الخرس، و أنواع المرض-سواء استمر كما فى الممرض، أو لا كالعارض و لو حمى يوم-و الإصبع الزائده، و الحول، و الخوص، و السبل و هو: زياده فى الأجنان، و التخنيث).

ينبغى أن يكون مراده ب(المجرى الطبيعى): ما جرت به العوائد الغالبه، لتندرج فيه الأمور التى ليست مخلوقه أصلا ليكون على نهج مقتضى الطبيعه، أم لا ككون الضيعه ثقيله الخراج و منزل الجنود.

و قوله: (موجب لنقص المالىه) كان عليه أن يقيد به بقوله: غالبا، ليندرج فيه الخصاء و الجب، فإنهما يزيدان فى المالىه، مع أنهما عيان يثبت بهما الرّد قطعاً، و فى الأرش إشكال، منشؤه: أن تعيينه منوط بالنقصان و هو منتف هنا، و لا يدفع عنه ذلك ذكرهما فيما بعد، لأن ذلك و ان حصل به تبيان الحكم، إلا أنه لا يكون مصححا للضابط.

و(القرن) فى العبارة: محرّكه على ما ذكره فى الجمهره، قال: و امرأه قرناء و هى: التى تظهر قرنه رحمها من فرجها: و هو عيب، و الاسم القرن، و ضبطها ضبطا معتمدا محرّكه. و فى نهايه ابن الأثير: القرن بسكون الراء شىء يكون فى فرج المرأه كالسن يمنع من الوطاء، و يقال له: العفله (1).

و(الفتق): بالتحريك على ما ذكره فى النهايه، قال: الفتق بالتحريك انفتاق المثانه، و قيل: انفتاق الصفاق إلى داخل فى مرق البطن، و قيل: هو أن ينقطع اللحم المشتمل على الأنتيين (2). و فى الغريبين: أنه بالتحريك أيضا، قال:

هكذا أقرأنيه الأزهرى. و على حاشيه الفائق بخط بعض الأفاضل: أن هذا و هم و افتراء على الأزهرى، و أنه وجد بخطه بالإسكان، و عليه صح.

ص: ٣٢٣

١- ١) النهايه ( [ ١] قرن) ٥٤: ٤.

٢- ٢) النهايه ( [ ٢] فتق) ٤٠٩: ٣.

و كونه خنثى، و الجب و الخضاء، و إن زادت بهما قيمته، و (الرتق): بالتحريك مصدر قولك: امرأه رتقاء، بينه الرتق لا- يستطاع جماعها، لارتفاق ذلك الموضع منها، قاله فى الصحاح (١). و (القرع): بالتحريك، قال فى الجمهرة: و قرع رأس الإنسان يقرع قرعا، إذا تحات شعره، الذكر أقرع، و الأنثى قرعاء.

و فيها: حول الرجل يحول حولاً- إذا كان أحد سوادى عينيه فى موقه و الآخر فى لحاظه. و فى القاموس: الحول محرّكه، ظهور البياض فى مؤخر العين، و يكون السواد فى قبل المآق، أو إقبال الحدقه على الأنف، أو ذهاب حدقتها قبل مؤخرها، أو أن تكون العين كأنما تنظر إلى الحجاج، أو أن تميل الحدقه إلى اللحاظ (٢).

و فيه: أن الخوص- بالخاء المعجمه- محرّكه [غور] (٣) العينين، خوص كفرح فهو أخوص (٤)- و بالمهمله- محرّكه: ضيق فى مؤخر العينين، أو فى إحداهما، حوص كفرح فهو أحوص (٥). و من المرض الاستحاضه، نصّ عليه فى التذكرة (٦).  
قوله: (و التخنيث).

أى: كونه مختثاً ممكناً من نفسه، و فيه من العار ما لا يخفى.

قوله: (و الجبّ و الخضاء، و إن زادت بهما قيمته).

أى: هما عيب، لنقصانهما عن أصل الخلقه و إن زادت بهما قيمه، و فى أخذ الأرش بهما إشكال، منشؤه عدم الاطلاع على قدر نقص القيمه بهما، و فى

ص: ٣٢٤

١- ١) الصحاح ( [١] رتق ) ٤: ١٤٨٠.

٢- ٢) القاموس ( [٢] حول ) ٣: ٣٦٤.

٣- ٣) فى «م»: غور، و ما أثبتناه من القاموس، و هو الصحيح.

٤- ٤) القاموس ( [٣] خوص ) ٢: ٣٠٢.

٥- ٥) القاموس ( [٤] حوص ) ٢: ٢٩٩.

٦- ٦) التذكرة ١: ٥٣٩.

و بول الكبير فى الفراش، و الإباق، و انقطاع الحيض سته أشهر و هى فى سن من تحيض، و الثفل الخارج عن العاده فى الزيت أو البرز، و اعتياد الزنى و السرقة، الصحاح: خصيت الفحل خصاء ممدودا، إذا سلّت خصيته (١).

قوله: (و بول الكبير فى الفراش).

دون الصغير، لجريان العاده به، و كونه ممّا لا ينفك منه صغير غالبا، فكان كالطبيعى الجلبى، و ضابط الصغير و الكبير: العاده، كما نبه عليه فى التذكرة (٢)، و ضبط بعض العامه سن الصغير بسبع (٣) لا دليل عليه، و لا فرق بين الذكر و الأنثى.

قوله: (و الإباق).

هو من أفحش العيوب، لأنه معه فى حكم التالف، و لأنه سرقة لنفسه، فهو أبلغ من السرقة، و الموجب للرد هو ما يكون عند البائع، أو يحدث فى الثالث عند المشتري قبل تصرفه، أما غيره فلا، قال فى التذكرة: و المرّه الواحده فى الإباق تكفى فى أبدية العيب، كالوطء فى إبطال العنه (٤).

قوله: (و الثفل الخارج عن العاده).

فى القاموس: الثفل بالضم، و الثافل: ما استقر تحت الشىء من كدره (٥)، و المراد بالبرز: دهن الكتان.

قوله: (و اعتياد الزنى و السرقة).

قيّد بالاعتیاد فيهما، لأن المره عنده لا تكفى، و الذى يلوح من تعليل

ص: ٣٢٥

١- ١) الصحاح (خصى) ٢٣٢٨: ٦.

٢- ٢) التذكرة ٥٣٩: ١. [١]

٣- ٣) انظر: المجموع ٣٢١: ١٢.

٤- ٤) التذكرة ٥٣٨: ١. [٢]

٥- ٥) القاموس ( [٣] ثفل) ٣٤٢: ٣.

و البخر و الصنان الذى لا يقبل العلاج، و كون الضيعة منزل الجنود، التذكرة كون الإباق عيبا (1) عدم اشتراط الاعتياد هنا، فتكفى المره، و عبارته فى حكمهما فى التذكرة خاليه من اعتبار الاعتياد (2)، و كذا فى التحرير (3)، و عباره الدروس (4) أيضا خاليه.

و ظنى أن الاعتياد غير شرط، لأن الإقدام على القبيح مره يوجب الجرأه عليه، و يصير للشيطان على النفس سبيلا، و لترتب وجوب الحد الذى لا يؤمن معه الهلاك عليهما، و على هذا فيكون شرب الخمر عيبا، و مال فى التذكرة إلى عدمه (5). و لو حصلت التوبه الخالصه المعلوم صدقها بالقرائن القويه فى هذه المواضع بعد تحقق العيب، ففى زوال الحكم نظر.

قوله: (و البخر و الصنان الذى لا يقبل العلاج).

أفرد (الذى) بتأويل كل واحد منهما، و لا يحسن تقييده بكونه [غير قابل للعلاج] (6) فإن البخر الذى يكون من تغير المعده عيب و إن أمكن علاجه، بخلاف ما يكون من قلع الأسنان، أى: صفرتها، و الفرق أن الأول مرض، بخلاف الثانى، فإنه يزول بتنظيف الفم.

و كذا القول فى الصنان الذى يكون مستحكما، بخلاف العارض الذى يحدث من عرق أو حركه عنيفه أو اجتماع وسخ، لعدم الانفكاك من ذلك غالبا عند هذه الأمور. و لعله أراد بقبوله العلاج: الزوال بسرعه و سهوله، بخلاف ما يحتاج إلى الدواء، لكنه لا يفهم من العبارة.

ص: ٣٢٤

١-١) التذكرة ٥٣٨:١.

٢-٢) التذكرة ٥٣٨:١.

٣-٣) تحرير الأحكام ١:١٨٢.

٤-٤) الدروس: ٣٦٤.

٥-٥) التذكرة ٥٤٠:١.

٦-٦) فى «م»: عرفا بل للعلاج، و ما أثبتناه من الحجرى، و هو الصحيح.

و ثقيل الخراج، و استحقاق القتل بالرده أو القصاص، و القطع بالسرقه أو الجنايه، و الاستسعاء فى الدين، و عدم الختان فى الكبير دون الصغير و الأمه، و المجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجلبه. و الثوبه ليست عيبا، و لا- الصيام، و لا- الإحرام، و لا الاعتداد، و لا التزويج، و لا معرفه الغناء و النوح، قوله: (و ثقيل الخراج).

ذكر الضمير بتأويل الموضع، و مثله أن يصير للظلمه عليها سبيل خارج عن العاده و لو بمره، و المراد ب(ثقل الخراج) كونه فوق المعتاد فى أمثالها.

قوله: (و القطع بالسرقه أو الجنايه).

هذان عيبان بالاستقلال، و إن كانت السرقه عيبا برأسها.

قوله: (و عدم الختان فى الكبير دون الصغير).

لعدم اعتباره فى الصغير، و ينبغى أن يراد ب(الصغير) هنا: ما دون البلوغ، نظرا إلى أن ذلك إنما يجب فى البالغ، و يمكن الرجوع فيه إلى مقتضى العاده الغالبه، حتى لو كان سنّ دون البلوغ يغلب وقوع الختان قبله ردّ به. و ليس بشىء، لأن المرجع إلى عاده الشرع- إذا وجدت- متعين، و من ثم لم يعتبر الختان فى الأمه و إن اعتيد.

قوله: (و المجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجلبه).

أى: دون المجلوب من بلاد الشرك و إن كان كبيرا، فإنّ عدم الختان فيه ليس عيبا يردّ به، لأن الغالب عدم فعل ذلك فى بلاد الشرك، لكن يشترط أن يعلم المشتري كونه مجلوبا، و إن لم يعلم عدم الختان.

قوله: (و لا الاعتداد، و لا التزويج).

إذا كان زمان الاعتداد قصيرا جدا فلا بحث فى أنه لا يعدّ عيبا، أما إذا

و لا العسر على إشكال، و لا الكفر، و لا كونه ولد زنى و إن كان جاريه، و لا عدم معرفه بالطبخ و الخبز و غيرهما.

كان طويلا فقد احتمل فى التذكرة ثبوته (١)، و كذا احتمل فى التزيج ذلك إذا استعقب فسحه العده (٢)، و هو مشكل [و الأكثر على إطلاق] (٣) نفى كونه عيبا.

قوله: (و لا العسر على إشكال).

العسر: هو قوه اليد اليسرى على ما تقوى عليه اليمنى مع ضعف اليمنى، عكس المعتاد، و منشأ الاشكال: من أن المطلوب من المنافع حاصل، و من خروجه عن المجرى الطبيعى، و الأصح أنه عيب، لروايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، المتضمنه واقعه ابن أبى ليلى فى خلّو الركب عن الشعر (٤).

قوله: (و لا الكفر).

و للشيخ (٥) و ابن الجنيد (٦) قول بأنه عيب، و اختاره فى الدروس (٧)، و يشكل أنه ليس خروجا عن المجرى الطبيعى، إلا أن يقال: قوله عليه السلام:

« كل مولود فإنه يولد على الفطره » (٨) قد يدل على خروجه عنه.

اما الفسق فليس عيبا جزما، إلا أن يكون زانيا، لأنه يوجب الحدّ، و كذا كل موجب له كشرب المسكر، فإنه معرض للحدّ، و لا يؤمن معه التلف.

قوله: (و لا كونه ولد زنى و إن كان جاريه).

اختار فى الدروس كونه عيبا (٩)، و احتمل فى حواشى القواعد كونه

ص: ٣٢٨

١- (١) التذكرة ٥٣٩: ١.

٢- (٢) التذكرة ٥٣٩: ١. [١]

٣- (٣) لم ترد فى «م»، و أثبتناه من الحجرى.

٤- (٤) الكافى ٢١٥: ٥، حديث ١٢، [٢] التهذيب ٧: ٦٥، حديث ٢٨٢.

٥- (٥) قال فى مفتاح الكرامه ٢٦٠: ٤، و [٣] حكى عن الشيخ.

٦- (٦) نقله عنه فى المختلف: ٣٧٥.

٧- (٧) الدروس: ٣٦٤.

٨- (٨) الكافى ١٠: ٢، حديث ٤، و [٤] ليس فيه: فإنه.

٩- (٩) الدروس: ٣٦٤.

المطلب الثاني: في الأحكام:

كَلِّمًا يشترطه المشتري من الصفات المقصوده مما لا- يعدّ فقده عيبًا يثبت الخيار عند عدمه، كاشتراط الإسلام، أو البكاره، أو الجعوده في الشعر، أو الزجاج في الحواجب، أو معرفه الطبخ، أو غيره من الصنائع، أو كونها ذات لبن، أو كون الفهد صيودا.

و لو شرط غير المقصود فظهر الخلاف، فلا خيار، كما لو شرط السبط أو الجهل.

و لو شرط الكفر أو الثيوبه فظهر الضد تخير، لكثره طالب الكافره عيبًا، لحصول النقص في نسب الولد، و يضعف بأن المقصود من الجاربه الماليه لا الاستيلاد، و ليس هذا بخارج عن المجرى الطبيعي.

قوله: (أو البكاره).

هذا هو الأصح، أعنى: ثبوت الردّ في المشروط بكارتها إذا ظهر الضدّ، و قال الشيخ (١) و ابن البراج: لا ردّ (٢)، و الأصح ما اختاره المصنف في المختلف (٣): أنه إن علم سبق الثيوبه على العقد تخير المشتري بين الرد و الأرش إن [لم] (٤) يكن تصرّف، و له الأرش معه، و مع الشك لا أرش و لا ردّ، لأنّها قد تذهب بالعلّه و النزوه، و في مقطوعه على بن إبراهيم (٥) ما يدلّ على ذلك.

قوله: (و لو شرط الكفر أو الثيوبه فظهر الضد تخير، لكثره طالب

ص: ٣٢٩

١- (١) النهايه: ٣٩٤.

٢- (٢) قاله في الكامل كما نقله العلامه عنه المختلف: ٣٧٢.

٣- (٣) المختلف: ٣٧٢.

٤- (٤) لم ترد في «م»، و أثبتناها من الحجري.

٥- (٥) الكافي ٥: ٢١٦، حديث ١٤، [١] التهذيب ٧: ٦٤، حديث ٢٧٨، الاستبصار ٣: ٨٢، حديث ٢٧٨.



من المسلمين و غيرهم، و عدم تكلفها العبادات، و ربما عجز عن البكر. و لو شرط الحلب كل يوم شيئا معلوما، أو طحن الدابه قدرا معنا لم يصح.

و لو شرطها حاملا صح، و لو شرطها حائلا فبانة حاملا، فان كانت أمه تخير، و إن كانت دابه احتمل ذلك لإمكان إرادته حمل ما تعجز الكافره من المسلمين و غيرهم، و عدم تكلفها العبادات، و ربما عجز عن البكر).

في هذه العبارة لف و نشر، لأن قوله: (لكثره طالب الكافره). تعليل التخير إذا ظهر ضد الكفر المشروط، الذي حقه أن لا يراد و لا يشترط.

و توضيحه: أن الكفر و إن كان وصف نقص، لكنه مما يقصد، و ذلك لأن طالب الكافر كثير-فإن جهات رغبته متعددة، فإن بيعه على كل من الكافر و المسلم جائز، بخلاف المسلم- و خدمته أوفر، لأنه لعدم تكلفه العبادات متى طالب وجد. و قوله: (و ربما عجز عن البكر) تعليل للتخير إذا ظهر ضد الثيوبه المشروطه، التي حقه أن لا تراد و لا تشترط.

و توضيحه: أن البكاره و إن كانت صفه مطلوبه، إلا أن الثيوبه تطلب كثيرا للعاجز عن البكر، فكانت غرضا مقصودا في الجملة.

و اعلم أنه لو قال: لكثره طالب الكافر لكان أشمل، و لكنّه لاحظ أن الثيوبه إنما تكون في الأثنى، فأجرى وصف الكفر عليها طلبا للمناسبه، و لأن المشروط فيه غير مذكور، فجعل الكلام على وتيره واحده، لئلا يخرج إلى تقدير متعدد.

و لا يخفى أن الكفر الذي يجوز اشتراطه هو ما يقَرُّ أهله عليه.

قوله: (و إن كانت دابه احتمل ذلك لإمكان إرادته حمل ما تعجز

عنه حينئذ، وعدمه للزيادة إن قلنا بدخول الحمل كالشيخ. وإطلاق العقد و اشتراط الصحة يقتضيان السلامه من العيب، فلو وجد المشتري عيبا سابقا على العقد و لم يكن عالما به تخير بين الفسخ و الأرش.

و لو تبرأ البائع من العيوب فى العقد و إن كانت مجمله، أو علم المشتري به قبله، أو أسقطه بعده سقط الرد و الأرش.

عنه حينئذ، وعدمه للزيادة إن قلنا بدخول الحمل (١) كالشيخ (٢).

ينبغى أن يكون قوله: (إن قلنا) شرطاً ل(احتمل) لأننا إذا لم نقل بدخول الحمل يكون للبائع، فيكون المبيع مشغولاً بملكه على وجه لا يستطاع تفريره.

ثم إذا قلنا بمقاله الشيخ، فأى الاحتمالين أرجح؟ لا ريب أنه الأول، لأن الحمل و إن كان زياده فى المال، إلا أنه موجب للنقيصه من وجه آخر، لمنع الانتفاع بها عاجلاً، و لأنه لا يؤمن عليها - إذا وضعت - الهلاك.

قوله: (و لو تبرأ البائع من العيوب فى العقد و إن كانت مجمله).

خالف فى ذلك ابن الجنييد فى الاكتفاء بالبراءه من العيوب إجمالاً (٣)، و هو قول ابن البراج (٤)، و المشهور الاكتفاء - و هو الأصح - و لا جهاله، لأن نفي العيوب للعموم، فيندرج فيه كل عيب، و لحسنه جعفر بن عيسى، عن أبى الحسن عليه السلام (٥)، و تخييل الجهاله مردود بالمنع من ثبوت الغرر به، إذ المبيع مشاهد، و لأنه لو تمّ لزم فساد العقد، و صورته التبرؤ أن يقول: برئت من جميع العيوب.

قوله: (أو علم المشتري به قبله).

أى: بالعيب قبل العقد، فلا شىء له، لأنه إنما اشتراه على ذلك.

ص: ٣٣١

١ - ١) فى «م» وردت كلمه (البائع) و لم ترد فى القواعد فحذفناها، لأن إثباتها يغير المتن مع الشرح.

٢ - ٢) الخلاف ٢: ٢٨ مسألة ١٧٤ كتاب البيوع.

٣ - ٣) نقله عنه فى المختلف: ٣٧١.

٤ - ٤) المهذب ٣: ٣٩٢. ١.

٥ - ٥) التهذيب ٧: ٦٦ حديث ٢٨٥.

و لو أحدث فيه حدثا قبل العلم بالعيب أو بعده، أو حدث عنده عيب آخر بعد قبضه من جهته مطلقا أو من غير جهته-إذا لم يكن حيوانا فى مده الخيار-فله الأرش خاصة، و لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد مطلقا.

قوله: (و لو أحدث فيه حدثا قبل العلم بالعيب أو بعده).

لا ردّ له فى الصورتين، للتصرف-لكن له الأرش فيهما، و وجهه فى الثانية:

أنه حقّ مالى ثبت بالعقد، لوجوب تنزيله على صحه المبيع، و الأصل بقاءه، و لا دلالة للتصرف على إسقاطه، نعم يدلّ على الالتزام بالعقد-و لدلاله الأخبار (١) على ذلك، و هذا هو الأصحّ و المشهور، خلافا لابن حمزه حيث أسقطهما (٢).

قوله: (أو حدث عنده عيب آخر بعد قبضه من جهته مطلقا).

أى: سواء كان المبيع حيوانا فى مده الخيار أم لم يكن، كما يدلّ عليه التقييد فى المسأله التى بعد هذه، و وجهه: أنه بمنزله إحداثه حدثا، و يتحقق كونه من جهته بتقصيره فى المحافظه على المبيع و صيانته، و قيد بكونه بعد قبض المشتري، لأنه قبله مضمون على البائع، يثبت به كلّ من الأمرين على الأصحّ و الأرش كما سبق.

قوله: (أو من غير جهته إذا لم يكن حيوانا فى مده الخيار).

إذا لم يكن الحادث من جهه المشتري، لكن لو لم يكن المبيع حيوانا، أو كان و كان الحادث بعد الثلاثه لم يكن له ردّ، لأن المبيع حينئذ من ضمان المشتري، فنقصانه يكون محسوبا منه، فيمتنع الرد.

نعم يثبت الأرش لمثل ما قلناه فى السابق، أما لو كان حيوانا و حدث فى الثلاثه من غير جهه المشتري، فلا-يمنع الرد و لا الأرش، لأنه حينئذ مضمون على البائع، و الظاهر أنّ كلّ خيار يختصّ بالمشتري كذلك.

ص: ٣٣٢

١- (١) الكافى ٥: ٢٠٧ حديث ٢، ٣، التهذيب ٧: ٦٠ حديث ٢٥٧.

٢- (٢) الوسيله: ٢٩٦. [١]

و ينبغي إعلام المشتري بالعيب أو التبرؤ مفصلا، فإن أجمل برىء.

و لو ابتاع شيئين صفقه و وجد بأحدهما عيبا سابقا تخير فى رد الجميع أو أخذ الأرش، و ليس له تخصيص الراد بالمعيب، فإن كان قد تصرف فى أيهما كان سقط الرد خاصة. قوله: (و ينبغي إعلام المشتري بالعيب، أو التبرؤ مفصلا).

الظاهر أن المراد ب(ينبغي) هنا: الاستحباب كما هو الغالب فى استعمالها، لأن التبرؤ مفضيلا غير واجب عنده، لكن هذا إنما يكون فى غير العيب الخفى، مثل شوب اللبن بالماء و نحوه، فإن هذا يجب ذكره كما سبق، و بدونه ينبغي أن يكون العقد باطلا، لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه، و الآخر مجهول، إلا أن يقال: إن جهاله الجزء غير قادحه إن كانت الجملة معلومه، كما لو ضمّ ماله و مال غيره و باعهما، ثم ظهر البعض مستحقا، فإن البيع لا يبطل فى ماله، و إن كان مجهولا قدره وقت العقد.

و قوله: (فإن أجمل برىء) لا يستقيم على إطلاقه، لما قلناه فى شوب اللبن بالماء، و فى الدروس: أنه لو تبرأ من العيب سقط وجوب الإعلام (1)، و مقتضى كلامه السقوط فى العيب الخفى، و فيه تردد، لأن الماء ليس من جنس اللبن.

قوله: (و ليس له تخصيص الرد بالمعيب).

لما فيه من ضرر تبعض الصفقه بالنسبه إلى البائع.

قوله: (فإن كان قد تصرف فى أيهما كان سقط الرد خاصة).

المراد ب(أيهما كان): استواء التصرف فى الصحيح و المعيب، و المعنى: أنه إذا كان تبعض الصفقه على البائع ممتنعا، فالتصرف فى أيهما كان مانع من الرد، لأنه ممنوع من ردّه بالتصرف، و فى الباقي يمتنع تبعض الصفقه.

ص: ٣٣٣

و ليس للمشتريين صفقه الاختلاف،-فيطلب أحدهما الأرش و الآخر الرد،بل يتفقان-على إشكال. أما لو ورثا خيار عيب فلا إشكال في وجوب التوافق،و لا إشكال في جواز التفريق لو باعهما في عقدين.

و لو اشترى من اثنين جاز له الرد على أحدهما و الأرش من الآخر، سواء اتحد العقد أو تعدد، قوله: (و ليس للمشتريين صفقه الاختلاف،فيطلب أحدهما الأرش و الآخر الرد،بل يتفقان على إشكال).

الجار متعلق بالنفى المدلول عليه:سلب استحقاق المشتريين صفقه الاختلاف.و قوله:(فيطلب)إلى قوله:(بل يتفقان)معترض،و منشأ الاشكال:

من ثبوت الصفقه صورته التعدد معنى.

و الأصح أن لهما الاختلاف في ذلك،لأن التعدد في البيع يتحقق بتعدد البائع و بتعدد المشتري،لاختلاف الملكين.نعم لا يبعد الفرق بين ما إذا كان البائع عالما بالصوره،و بين ما إذا كان جاهلا،فيجوز الاختلاف في الأول دون الثاني.

قوله: (أما لو ورثا خيار عيب فلا إشكال في وجوب التوافق).

إن قيل:قد سبق في كلام المصنف أنّ فيه نظرا،و إن كان استقرب المنع من التفريق،لكن كيف يستقيم نفى الاشكال؟ أمكن الجواب:بأنه لا إشكال عنده الآن.

قوله: (و لو اشترى من اثنين جاز له الرد على أحدهما و الأرش من الآخر،سواء اتحد العقد،أو تعدد).

قد يقال:مع اتحاد العقد يجيء الإشكال السابق في المشتريين صفقه، لصوره الصفقه هنا أيضا.إلا أن مسأله المشتريين اختصت بالخلاف في حكمها بخلاف الباعين.

و الأرش جزء من الثمن،نسبته إليه كنسبه نقص قيمه المعيب عن الصحيح. و طريقه:أن يقوم في الحاليتين،-فيحتمل قيمته حين العقد و القبض و الأقل منهما-،و يؤخذ من الثمن بنسبه التفاوت بينهما، قوله: (و الأرش جزء من الثمن،نسبته إليه كنسبه نقص قيمه المعيب عن الصحيح).

هذا إذا كان الأرش من البائع للمشتري،إلا في الصورة السابقة في الصرف،و أما إذا كان من المشتري للبائع، كما إذا حدث في المبيع عيب بيد المشتري و فسخ البائع بخياره،فإنه يأخذ الأرش من المشتري،و هو تفاوت ما بين القيمتين.

و قوله:(نسبته إليه كنسبه نقص قيمه المعيب عن الصحيح)فيه حذف ظاهر،تقديره:إلى قيمه الصحيح.

قوله: (و طريقه:أن يقوم في الحالين،فيحتمل قيمته حين العقد و القبض و الأقل منهما،و يؤخذ من الثمن بنسبه التفاوت بينهما).

أراد ب(الحالين):ما استفيد من الكلام،و هو:حال العيب و حال الصحه.

و قوله:(و يؤخذ.)معطوف على قوله:(يقوم في الحالين)و هو من تمام بيان طريق أخذ الأرش،فما بينهما من تعيين القيمة معترض.

و المراد بقوله:(فيحتمل قيمته حين العقد.)أن تقويمه حال كونه صحيحا و حال كونه معيبا يحتمل أن تعتبر قيمته حين العقد،لأنه وقت دخوله في ملكه و وقت استحقاقه الأرش.

و يحتمل اعتبار قيمته حين القبض،لأنه حين استقرار الملك،إذ البيع قبل القبض بمعرض الانفساخ لو حصل التلف.و فيه ضعف،إذ لا دخل لذلك في اعتبار القيمة حينئذ،مع كون استحقاق الأرش قبل ذلك.

و يحتمل اعتبار الأقل من القيمتين،لأنه إن كان الأقل هو قيمه حين

و يؤخذ بالأوسط إن اختلف المقومون. و لو ظهرت الأمه حاملا قبل العقد كان له الرد و إن تصرف بالوطء خاصه، العقد فلأنه وقت الاستحقاق، و إن كان هو قيمه حين القبض فلأنه وقت الاستقرار، و ضعفه يظهر من ضعف الثاني، و الأول أقوى.

قوله: (و يؤخذ بالأوسط إن اختلف المقومون).

المراد ب(الأوسط): قيمه منتزعه من المجموع، نسبتها إليه كنسبه الواحد إلى عدد تلك القيم، فمن القيمتين نصف مجموعهما، و من الثلث ثلثه و هكذا، و ذلك لأنه لا ترجيح لقيمه على اخرى، و لانتفاء الأوسط في نحو القيمتين، فلم يبق إلا أن يراد بالتوسط معنى آخر، و هو لا انتزاع القيمه من المجموع، بحيث لا يكون للقيمه المنتزعه نسبه إلى بعض تلك القيم هي أرجح و أقرب من نسبتها إلى البعض الآخر.

و يعتبر في المقوم: التعدد، مع الذكوره، و العداله، و المعرفه، و اعتبر في الدروس مع ذلك ارتفاع التهمه (1)، و هو ظاهر، فإنه شاهد، فيعتبر لقبول شهادته عدم التهمه.

قوله: (و لو ظهرت الأمه حاملا قبل العقد كان له الرد و إن تصرف بالوطء خاصه).

لا حازه الى التقييد بقبليه العقد، لأن العيب الحادث بعد العقد قبل القبض مضمون على البائع، إلا أن يعتذر بأن الرد بعد التصرف خلاف الأصول المقرره، فيقتصر فيه على صورته النص، و هذا يتم إن لم يكن المسكوت عنه أولى بالحكم من المنصوص، و تقييد التصرف بكونه بالوطء فقط ينفي غيره، لكن يجيء في مقدماته كالتقييل و الملاعبه نظر، من عدم النص و أضعفيتها بالنظر إلى الوطاء،

ص: ٣٣٦

و يرد معها نصف عشر قيمتها، فان تصرف بغيره فلا رد، وكذا لا رد لو وطأ و كان العيب غير الحمل.

و لعدم انفكاكه منها غالباً، فإذا لم يقدح معه فبدونه أولى، و فيه قوه، و إن توقف في الدروس (١).

إذا تقرر هذا، فالمشهور بين الأصحاب أن الأمه تردّ بعيب الحمل بعد التصرف بالوطء و إن لم يكن الحمل من البائع، للأخبار (٢) الواردة بذلك، و ذهب بعضهم إلى ذلك حيث يكون الحمل من البائع، و اختاره المصنف في المختلف، و نزل إطلاق النصوص عليه (٣).

و يشكل بعدم المقتضى للتقييد، و بأنه لا معنى لتخصيص التصرف بالوطء حينئذ، لأنه لا يبيع على ذلك التقدير، و الأصح الأول.

قوله: (و يرد معها نصف عشر قيمتها).

هذا هو المشهور، و ورد به بعض الأخبار (٤)، و قال بعض الأصحاب: يردّ معها العشر (٥). و فضّل ابن إدريس: بالبكاره و الثيوبه، فأوجب العشر في الأول و نصفه في الثاني (٦)، و هو صحيح و إن بعد الفرض، فان فيه جمعا بين الأخبار.

و على هذا الحكم إشكال: من حيث أنها مملوكة للمشتري حين الوطاء، فكيف يجب عليه شيء بوطنها؟ فمن ثم يقوى القول بتنزيل الحكم على كون الحمل من البائع. قال في الدروس: إلا أن يقول الرد يفسخ العقد من أصله، أو يكون المهر جبراً لجانب البائع كما في لبن المصراه و غيرها عند الشيخ (٧) (٨).

ص: ٣٣٧

١-١) الدروس: ٣٦٤.

٢-٢) الكافي ٥: ٢١٥، حديث ٨، ٩، الفقيه ٣: ١٣٩، حديث ٦٠٨، التهذيب ٧: ٦٢، حديث ٢٧٠، ٢٦٩، الاستبصار ٣: ٨١، حديث ٢٧٥، ٢٧٦.

٣-٣) المختلف: ٣٧٣.

٤-٤) التهذيب ٧: ٦٢، حديث ٢٧٢، ٢٧١، الاستبصار ٣: ٨١، حديث ٢٧٣، ٢٧٢.

٥-٥) منهم: أبو الصلاح في الكافي في الفقه: ٣٥٨.

٦-٦) السرائر: ٢٢٦.

٧-٧) المبسوط: ١٢٥: ٢.

٨-٨) الدروس: ٣٦٤.



**أ: لو قتل برده سابقه فللمشتري الأرش**

أ: لو قتل برده سابقه فللمشتري الأرش، و هو نسبه ما بين قيمته و أقول: لا وجه لهذا الاشكال بعد الاعتراف بثبوت وجوب العقر في الاخبار، و الاستبعاد مدفوع كما اندفع بالنسبه إلى جواز الردّ بعد التصرف، و كونه مقصوراً على الوطاء خاصه.

فعلى المشهور هذه المسأله خرجت عن الأصول بأمرين: الردّ بعد التصرف المخصوص بالعيب المخصوص، و ثبوت العقر على المشتري بوطء جاريتة، و على الآخر لا- مخالفه للأصل، لكن لا- يقتصر الحكم على الوطاء، بل جميع التصرفات كذلك، و هو متجه، لو لا مخالفه المشهور، و العدول عن ظاهر الأخبار.

و قوله: (فان تصرف بغيره فلا ردّ) بناء منه على اختيار المشهور.

و كذا قوله: (و كذا لا ردّ لو وطأ و كان العيب غير الحمل) اقتصاراً في مخالف الأصل على المنصوص.

قوله: (لو قتل برده سابقه، فللمشتري الأرش.).

أى: سابقه على العقد أو القبض، لأنه حينئذ مضمون على البائع.

و قوله: (من الثمن) متعلق بمحذوف، على أنه حال من الأرش أو صفه له، و ما بينهما اعتراض.

و على هذا الحكم إشكال، حاصله: أن المقتول بالرده لا قيمه له، فهو كالبيض المكسور إذا خرج بالكسر فاسداً، فيجب أن يسترد المشتري جميع الثمن في صورته القتل بالرده.

و جوابه: أن البيض الفاسد لا- قيمه له في وقت العقد بحسب الواقع، لكن لعدم الاطلاع عليه جواز المتعاقدان أن تكون له قيمه، فالكسر كاشف عن حاله بخلاف ما هنا، فان المرتد في وقت البيع كان مالا- متقوماً، غايه ما هناك أن قيمته ناقصه، لأنه بمعرض أن يقتل، و نقصانها على حسب ما تقتضيه رغبات

مستحقا للقتل و غير مستحق من الثمن، وكذا لو قطع في قصاص أو سرقة فله أرش ما بين كونه مستحقا و غير مستحق للقطع.

### ب: لو حملت من السحق فوطأها المشتري بكرة، فالأقرب أن عليه عشر قيمتها

ب: لو حملت من السحق فوطأها المشتري بكرة، فالأقرب أن عليه عشر قيمتها، و يحتمل نصف العشر و عدم الرد، الناس، باعتبار الاقدام على حالته الخطيره، كالمريض مرضا مخوفا.

بقي هنا شيء، و هو: أنه تقييد هذا الحكم بما إذا كان القتل بعد انقضاء خيار المشتري، أو قبله و قد تصرّف، و إلا كان له الفسخ، أو يقال: يفسخ العقد، لأن تلفه حينئذ من ضمان البائع، و لمّا كان المتلف له الشارع كان بمنزله التالف بآفه.

قوله: (فله أرش ما بين كونه مستحقا و غير مستحق للقطع).

الجار و المجرور الأخير قد تنازعه كلّ من (مستحقا) و (غير مستحق) و هما معا بكسر الحاء: اسم فاعل، و هو ظاهر.

قوله: (لو حملت من السحق فوطأها المشتري بكرة، فالأقرب أن عليه عشر قيمتها، و يحتمل نصف العشر و عدم الرد).

هذا من فروع المسألة السابقة، بناء على المشهور: من عدم اعتبار كون الحمل من البائع، و قد ذكر المصنف فيه احتمالات:

أقربها الأول، و هو: وجوب العشر، لأن عقر البكر هو ذلك كما ثبت في النصوص.

و الثاني: وجوب نصف العشر، عملا - بإطلاق كلام أكثر الأصحاب، و ما دلّ من الأخبار (١): على رد نصف العشر إذا ظهرت الجارية [حاملًا] (٢) بعد الوطء، فإنه يتناول صورته النزاع، و يضعف بأن المطلق يحمل على المقيد.

ص: ٣٣٩

١- (١) التهذيب ٧: ٦٢ حديث ٢٧٢، ٢٧١، الاستبصار ٣: ٨١ حديث ٢٧٢، ٢٧٣.

٢- (٢) في «م»: حائلا، و ما أثبتناه من الحجري، و هو الصحيح.

و كذا الإشكال فى وطء الدبر، و نصف العشر فيه أقرب. و الثالث: عدم الردّ هاهنا، لأن الأصل عدم الردّ مع التصرف، خرج منه الوطء حيث يجب نصف العشر، و ذلك عقر الثيب، فيبقى ما عداه على الأصل.

و يضعّف: بأن تقييد نصف العشر بالثيب لا يقتضى تقييد الجارية المردوده بكونها ثيباً، لأن تقييد جملة لا يقتضى تقييد اخرى، و لأن فى بعض الأخبار التصريح برّد العشر (١)، ذكره فى الدروس (٢)، و ذلك لا يكون إلا فى البكر، فاندفع المنافى، و الأصح الأول.

قوله: (و كذا الإشكال فى وطء الدبر، و نصف العشر فيه أقرب).

أى: و كذا يجيء مثل الاحتمالات السابقه، فيما لو كان وطأ الجارية -التي ظهرت حاملاً- فى الدبر، و وجوب نصف العشر هنا- هو الاحتمال الثانى - أقرب.

وجه الأول: إطلاق العشر فى عقر البكر، فيتناول صورته النزاع.

و يضعّف: بأن ترتبه على وطء البكر يقتضى أن يكون للوطء تعلق بزوال البكاره، فإنه المتبادر إلى الفهم، و لان ترتب الحكم على الوصف يشعر بالعليه، و ذلك منتف هاهنا.

و وجه الثانى: أنه لا- ينقص عن وطء الثيب، و لأن الواجب أحد الأمرين بالسبر و التقسيم، فإذا انتفى الأول تعين الثانى، و هو الأقرب.

و وجه الثالث: عدم تناول النص له، لأن الوارد بوجوب العشر منزّل على إزاله البكاره، و الوارد بنصف العشر على وطء الثيب، و ليست هذه واحده منهما.

و يضعّف: بأن النصوص برّد الحامل و لو بعد الوطء تتناول هذه، و لا

ص: ٣٤٠

١- (١) التهذيب ٧: ٦٢ حديث ٢٦٨، الاستبصار ٣: ٨١ حديث ٢٧٤.

٢- (٢) الدروس: ٣٦٣.

ج: لو كان المبيع غير الأمه، فحمل عند المشتري من غير تصرف، فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق، لأن الحمل زياده، و لو كانت حاملا فولدت عنده ثم ردها رد الولد.

د: لو كان كاتبا

د: لو كان كاتبا أو صانعا فنسيه عند المشتري لم يكن له الرد بالسابق.

يضرنا تنزيل العشر و نصف العشر على البكر و الثيب، و يكون طريق استخراج عقر هذه ما ذكرناه من السبر و التقسيم.

قوله: (لو كان المبيع غير الأمه، فحمل عند المشتري من غير تصرف، فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق، لأن الحمل زياده).

إنما قيد بقوله: (من غير تصرف) لأنه مع التصرف لا رد قطعا، و ما ذكره من وجه القرب إن تمّ إنما يتخرج على قول الشيخ: من كون المبيع في زمن الخيار ملك البائع (١)، بشرط أن يكون تجدد الحمل في زمان الخيار بيد المشتري، إذ لو كان قبل القبض لكان مضمونا على البائع، كما دل عليه قوله: (فحمل عند المشتري) فإذا اطلع على العيب الموجب للرد يرد حينئذ، لأن الحمل هنا زياده محضه، و ليس كحمل الأمه لو حملت عند المشتري بغير تقصير منه، فإنه يردها حينئذ، لأن حملها ليس بزياده محضه، بل هو عيب.

و قد عرفت فيما مضى أن حمل الدابه أيضا ليس زياده محضه، فلا يتم ما ذكره، و الأصح أنه لا يردّ هنا أيضا على واحد من القولين (٢).

قوله: (و لو كانت حاملا).

أى: وقت العقد، فإنّ الولد إما جزء من المبيع، أو باق على ملك البائع.

قوله: (لو كان كاتبا أو صانعا).

أى: المبيع، سواء كان عبدا أو جاريه، لأن نسيان الصنعه عيب، و هو في

ص: ٣٤١

[١ - ١] النهاية: ٣٩٣. [١]

[٢ - ٢] القولين: نزلها الشارح الفاضل على جواز الرد و إن قلنا: أن الحمل للمشتري، لأنه كالثمره على الشجره، و هو ضعيف، و قوله: (الحمل زياده) ينافيه.

## ه: لو باع المعيب سقط رده و إن عاد إليه بالعيب

ه: لو باع المعيب سقط رده و إن عاد إليه بالعيب، و لا يسقط الأرش و إن خرج عن ملكه، و كذا لو مات أو أعتقه أو وقفه، و الأرش بعد العتق له.

## و: لو باع الجاني خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى

و: لو باع الجاني خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى، و الأرش على رأى، يد المشتري مضمون عليه، لكن يجب أن يقيد بما إذا لم يكن ذلك فى زمان خياره إذا لم يتصرف و لم يكن من قبله، و مثله نسيان الدابه الطحن، و نحو ذلك.

قوله: (لو باع المعيب سقط رده).

لخروجه عن الملك، و لو وهبه هبه لازمه فكذلك، و فى غير اللازمه نظر، لإمكان فسخها.

قوله: (و إن عاد إليه بالعيب).

هذا وصلى لما قبله، أى: يسقط رده و إن عاد، لعدم الدليل الدال على ثبوته بعد سقوطه.

قوله: (و لا يسقط الأرش).

لأنه حقّ مالىّ قد ثبت فيبقى، و عليه دلّت النصوص (١).

قوله: (و الأرش بعد العتق له).

فى مقروءه على شيخنا الشهيد ما صورته: بخطه-يعنى: المصنف-قال أحمد (٢) و الشعبى (٣) بجعل الأرش فى الرقاب.

قوله: (لو باع الجاني خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى).

أى: فيكون التزاما لفدائه، فإنّه مخير فى ذلك و فى تسليمه، فإذا أخرجه عن الملك تعين الأول، و الأصح أن المضمون أقلّ الأمرين، إذ زياده الأرش غير

ص: ٣٤٢

١- ١) الكافي ٥: ٢١٥ حديث ٦، التهذيب ٦٠: ٧-٦١ حديث ٢٦٤، ٢٦٣.

٢- ٢) المغنى لابن قدامه ٤: ٢٧١، المجموع ١٢: ٢٨٨.

٣- ٣) المجموع ١٢: ٢٨٨.

و صح البيع إن كان موسرا،و إلاّ تخير المجنى عليه. و لو كان عمدا وقف على إجازة المجنى عليه،و يضمن الأقل من الأرش و القيمة لا الثمن معها، مضمونه على المولى،لأن جنايه العبد لا يضمنها سيده،و لا يجنى الجانى على أزيد من نفسه.

قوله: (و صح البيع إن كان موسرا).

أى:المولى بشرط بذل الواجب.

قوله: (و إلاّ تخير المجنى عليه).

أى:و إن لم يكن موسرا تخير فى فسخ البيع،و إبقائه إلى حين يسار المولى فيرجع عليه بالواجب،و كذا يفسخ لو ماطل و هو موسر.

قوله: (و لو كان عمدا وقف على إجازة المجنى عليه).

[أى:لو كان الجانى المبيع قد جنى عمدا،وقف البيع على إجازة المجنى عليه] (1)لتعلق حقه بالعين،فيكون مخيرا فى الفسخ و الإجازة.

قوله: (و يضمن الأقل من الأرش و القيمة لا الثمن معها).

أى:و يضمن المولى أقلّ الأمرين من أرش الجنايه و قيمه العبد،مع إجازة المجنى عليه البيع فى الصورة السابقة،و لا- يضمن الثمن،لأنه ربّما زاد على القيمة، و الزائد ملك للمولى،لأنه كسب له فى مقابل ماله،و زياده الأرش ليست على المولى لما سبق.

فان قيل:المجنى عليه حقّ للجانى فثمنه له،قلنا:ليس حقا له و إن تعلق حقه به،فإذا اختار الإجازة بقى على ملك المولى.

إذا عرفت ذلك،فالضمير فى قوله:(و يضمن) يعود إلى البائع الذى هو المولى،و قوله:(من الأرش و القيمة)بجرّهما بيان ل(الأقل)و

قوله:(لا الثمن) منصوب عطفا على(الأقل)و هو معترض بين الظرف،أعنى:(معها)و عامله و هو

ص: ٣٤٣

(١- ١) لم ترد فى «م»،و أثبتناها من الحجرى.

و للمشتري الفسخ مع الجهل،-فيرجع بالثمن-أو الأرش،فإن استوعبت الجنايه قيمه فالأرش ثمنه أيضا، (يضمن)و ضمير(معها)يعود إلى الإجازة،أعنى:(إجازة المجنى عليه)البيع.

قوله: (و للمشتري الفسخ مع الجهل.).

أى:لمشتري الجانى عمدا فسخ البيع إذا كان جاهلا- بالحال،لكونه معيبا بذلك،و هل له الفسخ فى الجانى خطأ؟يحتمل العدم،لالتزام المولى بالبيع، و الثبوت،لأنه ربّما ظهر إعساره فيرجع المجنى عليه بالعبد،و هو أقوى.

و عبارته المصنف هنا تحتمل إرادته ثبوت الفسخ للمشتري فى الموضوعين،إلا- أن آخرها و هو قوله:(فالأرش ثمنه أيضا)يشعر باختصاصها بمشتري الجانى عمدا، و متى فسخ المشتري رجع بالثمن،و إن شاء أبقى البيع و طالب بالأرش.

إذا عرفت ذلك فقوله:(أو الأرش)مرفوع بالعطف على(الفسخ) و قوله:(فيرجع بالثمن)معتراض بينهما لترتبه على(الفسخ)أما قوله:(مع الجهل) فلا- وجه لوقوعه بينهما،إذ هو معتبر فى كلّ منهما،فإنه إذا كان عالما بالحال وقت البيع لا- يستحق فسخا و لا أرشا،فكان الأحسن أن يقول:و للمشتري الفسخ فيرجع بالثمن أو الأرش مع الجهل.

قوله: (فان استوعبت الجنايه قيمه فالأرش ثمنه أيضا).

المراد ب(ثمنه):قيّمته،فإنّ إطلاق اسم الثمن على قيمه واقع فى كلامهم،نظرا إلى أنّ شأنه إذا بيع أن يشتري بقيّمته و إن اقتضت العوارض زياده أو نقصانا.

و إنما حملنا الثمن فى عبارته على قيمه،لما عرفت من أن الثمن لا- يضمن إذا أجاز المجنى عليه البيع،بل المضمون أقلّ الأمرين،و قرينه ذلك فى عبارته قوله: (أيضا)،فإنّه لم يسبق إيجاب دفع الثمن فى الأرش،بل دفع قيمه كما هو معلوم.

وإلا فقدر الأرش، ولا يرجع لو كان عالما، وله أن يفديه كالمالك ولا يرجع به.

و لو اقتص منه فلا ردّ و له الأرش، قوله: (وإلا فقدر الأرش).

أى: وإن لم تستوعب الجنايه القيمه فقدر الأرش هو الواجب لما سبق. إذا عرفت ذلك فهذا الأرش إن كان من البائع فقد سبق ذكره فى قوله: (و يضمن الأقل من الأرش و القيمه.) وإن كان من المشتري فسيأتى فى قوله: (و له أن يفديه كالمالك) فيكون مستدركا.

و يمكن الجواب: بأن هذا بيان لحكم ما إذا كان المشتري جاهلا و رضى بالأرش من البائع، فإنه إن طلب المجنى عليه الأرش و كان مستوعبا لم يلزم المشتري سوى القيمه، و لو اقتص منه ذهب على المشتري، و لم يذكره لظهوره.

قوله: (و لا يرجع لو كان عالما).

أى: لو كان المشتري عالما بالحال فلا رجوع له على البائع بالثمن، إذ ليس له الفسخ لعلمه بالعيب، و لو قال: و لا فسخ لو كان عالما لكان أولى، لأن نفي استحقاق الرجوع لا يقتضى نفي ثبوت الفسخ.

قوله: (و له أن يفديه كالمالك).

أى: للمشتري العالم بالعيب ذلك، لكن برضى المجنى عليه، و هو مستفاد من قوله: (كالمالك) و لكونه عالما لم يكن له الرجوع به.

قوله: (و لو اقتص منه فلا ردّ و له الأرش).

أى: لو اقتص من الجانى فى يد المشتري فلا ردّ، لأن ذلك عيب قد حدث فى يده فيكون مضمونا، فامتنع الرد، لكن له المطالبه بالأرش إذا كان جاهلا بالعيب، كما لو حدث فى المعيب عيب آخر عند المشتري الجاهل بعينه.

و لا يخفى أنّ هذا حيث يكون الاقتصاص فى غير زمان الخيار المختصّ بالمشتري، فإنه فى زمان هذا الخيار مضمون على البائع ما لم يفترط المشتري.



و هو نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا و غير جان من الثمن.

### ز: لو باعه من ينعق عليه و لما يعلم عتق عليه و لا شيء له

ز: لو باعه من ينعق عليه و لما يعلم عتق عليه و لا شيء له، و لو اشترى زوجته بطل النكاح، و لو ظهر تحريم الجارية مؤبدا عليه فلا فسخ و لا أرش و إن نقص انتفاعه، لبقاء القيمة محفوظة بالنسبة إلى غيره.

### المطلب الثالث: في التدليس

المطلب الثالث: في التدليس:

التدليس بما يختلف الثمن بسببه يثبت به الخيار بين الفسخ و الإمضاء مع عدم التصرف، و معه لا شيء و لا أرش إذا لم يكن عيبا، و ذلك كتحمير قوله: (و هو: نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا و غير جان من الثمن).

إنما أفرد هذا الأرش بالذكر بعد أن ذكر ضابط الأرش مطلقا، لأنه ربما يخفى، و في العبارة حذف، تقديره: و الأرش هنا نسبة تفاوت ما بين قيمته جانيا إلى قيمته غير جان، فيؤخذ بتلك النسبة من الثمن، و لا بد من تقييد كونه جانيا بالجنايه المخصوصه، لتفاوت القيمة قله أو كثره بتفاوت الجنایات.

قوله: (لو باعه من ينعق عليه، و لما يعلم عتق عليه و لا شيء له).

أى: لو باعه من ينعق عليه و لم يعلم بالحال قبل البيع، و استمر عدم العلم إلى أن وقع العقد عليه ثبت العتق، للملك المقتضى له، و لم يستحق شيئا على البائع، لأن ما باعه إياه لا نقصان في ماليته و قيمته، و ترتب العتق على القرابه لا ينافى ذلك. و يشكل بما إذا دلّسه عليه. و مثله ما لو ظهر تحريم الجارية مؤبدا عليه.

قوله: (التدليس).

هو تفعيل من الدّلس و هو محرّكا: الظلمه، كأن المدلس بمخادعته آت في الظلمه.

قوله: (و ذلك كتحمير الوجه).

الوجه و وصل الشعر و أشباه ذلك. و التصريه فى الشاه تدليس لا عيب، و يرد معها مثل اللبن الموجود حال البيع دون المتجدد على إشكال مع فقده، مقتضى هذا مع ما سبق: أنّ تحمير الوجه إنما يثبت به الرد إذا شرط فظهر الضد، و اختار فى المختلف (١) و التذكرة (٢) ثبوت الخيار فيه و إن لم يشترطه، و كذا اختار فيما لو بيّض وجهها بالطلاء ثم أسمر (٣)، صرح بهما فى الكتابين (٤)، و للنظر فيهما مجال، و عبارته هنا بإطلاقها تقتضى العدم.

و يستثنى من قوله: (و أشباه ذلك) ما لو شرط البكاره فظهرت الثيوبه، فإنّ له الأرش على ما سبق، و إطلاق العبارة هنا يقتضى العدم.

قوله: (و التصريه فى الشاه تدليس لا عيب).

صريت الشاه تصريه: إذا لم تحلبها أياما حتى يجتمع اللبن فى ضرعها، و أصله من الصرى، يقال: صرى الماء زمانا فى ظهره أى: [احتبس] (٥) ذكر نحو من ذلك فى الصحاح (٦). و المراد: أن مجرّد تحفيل اللبن فى ضرع الشاه تدليس يثبت به الرد، و إن لم يشترط كونها كثيره اللبن.

قوله: (و يردّ معها مثل اللبن الموجود حال البيع دون المتجدد، على إشكال مع فقده).

أى: يثبت ردّ المصراه، و يردّ معها مثل اللبن الموجود حال البيع مع فقده، فيستفاد منه ردّ اللبن لو كان موجودا بعينه، و هو الأصح، و قال الشيخ فى المبسوط:

يردّ صاعا من تمر، أو صاعا من برّ. قال: فان تعذّر وجبت قيمته، و إن أتى على قيمه الشاه. قال: و إذا كان لبن التصريه باقيا لم يشرب منه شيئا فأراد ردّه مع

ص: ٣٤٧

١ - ١) المختلف: ٣٧٤-٣٧٥.

٢ - ٢) التذكرة ١: ٥٤٠. [١]

٣ - ٣) فى «م» و الحجريه: استمر، و ما أثبتناه من المختلف و التذكرة، و [٢] هو الصحيح.

٤ - ٤) قاله فى المختلف: ٣٧٤-٣٧٥، و التذكرة ١: ٥٤٠. [٣]

٥ - ٥) فى «م»: حبس، و ما أثبتناه من الصحاح، و [٤] هو الصحيح.

٦ - ٦) الصحاح (٥) [٥] صرى) ٢٣٩٩: ٦.

و لو زال الوصف حتى الطراوه فالأرش، فإن تعذر فالقيمه السوقيه، ولا- يثبت الرد مع التصرف إلا هنا و في الجاربه الحامل مع الشاه لم يجبر البائع عليه، و إن قلنا: يجبر البائع عليه لأنه عين ماله كان قويا (1).

هذا في اللبن الموجود وقت البيع، أما المتجدد بعد العقد ففي وجوب رده إشكال، ينشأ من عموم الحكم برد اللبن معها، و من أنه تجدد في ملك المشتري، و بناه في الدروس على أنّ الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه (2). و ليس بشيء، لأن رفع العقد الثابت المترتب عليه حكمه من أصله، حتى كأنه لم يكن لا يعقل و حكى عن الشيخ القطع بعدم استرجاع المتجدد (3)(4)، و هو واضح، لأنه نماء ملكه، و عليه الفتوى.

و اعلم أن قوله: (مع فقده) يتعلق بقوله: (و يرد معها مثل اللبن) فإن الانتقال إلى المثل إنما يكون مع فقد العين.

قوله: (و لو زال وصفه حتى الطراوه فالأرش).

لأنه مضمون على المشتري، فإنه جزء المبيع، و لو اتخذ منه جبا أو سمنا ففي الدروس أنه كالتالف- و يشكل بأنه عين المال- قال: و لو قلنا برده فله ما زاد بالعمل (5).

قوله: (فان تعذر فالقيمه السوقيه).

أى: فان تعذر المثل فلا بد من الانتقال إلى القيمه، و المراد ب(القيمه) ما يكون وقت الدفع و مكانه، لأنه محل الانتقال إلى القيمه.

قوله: (و لا يثبت الرد مع التصرف إلا هنا، و في الجاربه الحامل مع الوطء).

ص: ٣٤٨

١-١) المبسوط ١٢٥: ٢. [١]

٢-٢) الدروس: ٣٦٣.

٣-٣) المبسوط ١٢٥: ٢.

٤-٤) الدروس: ٣٦٣.

٥-٥) المصدر السابق.

الوطء، و الأقرب ثبوت التصريه فى البقره و الناقه، أما الأتان و الأمه مع الإطلاق فلا، و لو تحفلت الشاه بنفسها فالأقرب سقوط الخيار. ينبغى أن يراد بقوله: (هنا) مطلق التصريه، لتندرج فيه مع الشاه البقره و الناقه على ما اختاره، و الحكم فى الجاربه صحيح على القول بردها لمطلق الحمل، و على ما اختاره فى المختلف: من اشتراط كون الحمل من البائع ليردها (١)، لا يتحقق كونه ردا للمبيع بعد التصرف، لامتناع البيع فى المستولده.

قوله: (و الأقرب ثبوت التصريه فى الناقه و البقره).

أى: الأقرب ثبوت حكم تصريه السابق، و وجه القرب: أن كل واحد منهما تقصد لبن فاشبهتا الشاه، و يحتمل العدم اقتصارا على مورد النص (٢)، و أفتى فى التذكره بالثبوت (٣)، و أورد روايه (٤) تتناولهما بعمومها، و كذا أفتى فى الدروس (٥)، و هو قريب.

قوله: (أما الأتان و الأمه مع الإطلاق فلا).

الأتان بفتح الهمزه: الحماره، و المراد ب(الإطلاق): تجريد العقد عن اشتراط زياده اللبن إذا بيعتا، و وجهه الاقتصار على مورد النص، و انهما لا تردادان لأجل اللبن.

قوله: (و لو تحفلت (٦) الشاه بنفسها فالأقرب سقوط الخيار).

بأن بقيت فى المرعى يومين أو أزيد فتحفلت، و كذا لو نسى المالك أن يحلبها فتحفلت، و وجه القرب: انتفاء التدليس، و يحتمل الثبوت، لأن الضرر لا يختلف، و الأصح عدم الثبوت، و لو عبّر به كان أحسن من التعبير بالسقوط.

ص: ٣٤٩

١- (١) المختلف: ١٩٥.

٢- (٢) الكافى ١٧٣: ٥ حديث ١.

٣- (٣) التذكره ٥٢٦: ١.

٤- (٤) معانى الأخبار: ٢٨٢.

٥- (٥) الدروس: ٣٦٣.

٦- (٦) قال الجوهري: و التحفيل مثل التصريه، و هو: أن لا- تحلب الشاه أياما ليجتمع اللبن فى ضرعها للبيع. الصحاح (

[١] حفل) ١٦٧١: ٤.

و تختبر التصريه بثلاثه أيام، قوله: (و تختبر التصريه بثلاثه أيام).

و ذلك بأن ينقص اللبن فيها عما كان عليه أولاً، فإنها تتحقق، و هل يثبت الخيار بالتصريه قبل انقضائها؟ تردد المصنف فى التحرير (١)، و نفاه فى التذكره، معللاً بأن الشارع وضع هذه الثلاثه لمعرفة التصريه، فلم يعلم قبلها، و لاحتمال استناد تغير اللبن إلى الأمكنه أو العلف، فلا يثبت له حينئذ الخيار (٢)، و يظهر من عبارته الكتاب ذلك، حيث جعل الثلاثه محل الاختبار، و العمل به أولى، و سيأتى فى عبارته الكتاب.

و لو عرف التصريه قبل الثلاثه بإقرار البائع أو بشهاده الشهود، قال فى التذكره: يثبت الخيار إلى تمام الثلاثه، لأنه كغيره من الحيوان، أما لو أسقط خيار الحيوان، فإن خيار التصريه لا يسقط، و هل يمتد إلى الثلاثه، أو يكون على الفور؟ إشكال.

و لو عرف التصريه عند آخر الثلاثه، أو بعدها فالظاهر ثبوت الخيار (٣).

لوجود المقتضى فيها، و إن لم يعلم به سابقاً.

و عبارته الدروس قد تخالف هذا، حيث قال: فلو تساوت الحلبات [فى الثلاثه] (٤) أو زادت اللاحقه فلا خيار، و لو زادت بعد النقص فى الثلاثه لم يزل الخيار (٥) فمقتضاها ثبوت الخيار بالنقص، إلا أن تحمل الزيادة بعد النقص على كونها بعد الثلاثه، و هو خلاف ظاهرها، و كلام الدروس هو المتبادر، فعلى ما يظهر من كلام المصنف لا أثر للنقصان فى اليوم الثانى ما لم يستمر إلى اليوم الثالث.

ص: ٣٥٠

١-١) تحرير الأحكام ١: ١٨٥. [١]

٢-٢) التذكره ١: ٥٢٦. [٢]

٣-٣) التذكره ١: ٥٢٦. [٣]

٤-٤) لم ترد فى «م»، و أثبتناها من الدروس و الحجرى.

٥-٥) الدروس: ٣٦٣.

فان زالت التصريه قبل انقضائها فلا خيار، و هل يعتبر نقصان اليوم الثالث وحده؟ تعليله- بإمكان زياده اللبن حيث زاد لاختلاف  
الأمكته و المرعى- يقتضى عدم اعتباره، لأن ظاهر هذا أنه لا بدّ من التكرّر، ليوثق بكون النقصان لا لأمر عارض، و قوله بعدم  
الثبوت قبلها لأنها [المدّه] (1) المضروبه، قد يقتضى الثبوت بالنقصان فى اليوم الثالث.

و اعلم أنه على ما اختاره فى الدروس، ليس للتصريه الموجه لثبوت الفسخ طريق إلا الاختبار بالنقصان فى الثلاثه، فلا أثر للبينه و  
لا- للإقرار ما لم يتحقق النقصان فيها، لأن زوال التصريه فيها مسقط للخيار، و ثبوت النقصان فيها موجب لثبوتها، فأى أثر للثبوت  
بأحدهما؟ و أما على رأى المصنف فإنّ الثبوت بأحدهما إذا اقترن بنقصان ما أوجب الخيار، و بدونهما لا يثبت، لا باستمرار  
النقصان على الوجه السابق.

و العمل بمختار المصنف و إن كان لا- يخلو من الوقوف مع جانب الاحتياط، إلا- أن المفهوم من النصوص (2) و إطلاق  
كلامهم: أن نقصان اللبن فى جزء من الثلاثه موجب للخيار.

قوله: (فان زالت [التصريه] (3) قبل انقضائها فلا خيار).

مراده بزوال التصريه: أن يدر اللبن على الحد الذى كان يدر مع التصريه، و يستمر كذلك.

فان قلت: إذا كان اختبار التصريه إنما هو بنقصان اللبن فيها، فإذا در صار اللبن فيها على نهج واحد، فمن أين علم أنها مصراه؟  
قلت: ذلك بطريق آخر مثل شهاده البينه و الإقرار، و لا يتجه أن يكون العلم بذلك بالاختبار، و فى استفاده ذلك من العبارة خفاء.

ص: ٣٥١

١- ١) لم ترد فى «م»، و أثبتناها من الحجرى.

٢- ٢) الكافى ٥: ١٧٣ حديث ١، معانى الأخبار: ٢٨٢، التهذيب ٧: ٢٥ حديث ١٠٧.

٣- ٣) لم ترد فى «م» و أثبتناها من خطيه القواعد لاقتضاء الشرح لها.

و يثبت لو زالت بعدها. و لو كان المشتري عالما بالتصريه فلا خيار له، و لو علم بالتصريه قبل الثلاثه تخير على الفور، و لو رضى بالتصريه ثم ظهر على آخر، فان كان حلبها فلا رد، و إلا فله ذلك.

و وجه سقوط الخيار زوال الموجب له، و يحتمل بقاؤه. و مثله ما لو لم يعلم بالعيب القديم حتى زال، أو لم يعلم الأمه بالعق حتى عتق الزوج.

قوله: (و يثبت لو زالت بعدها).

يريد: لو تغير لبن التي علم تصريتها في زمان الثلاثه، و بعد انقضائها زالت التصريه، بأن صار زياده اللبن على الحد الذي كان مع التصريه، فإن الخيار ثابت لسبق استقراره في الثلاثه، فلا يزول.

فان قلت: بم طريق العلم يكون بالتصريه هنا؟ قلت: بالإقرار، و بالبينه، و بالنقصان الذي به يتحقق الاختبار في الثلاثه، ففي الأولين يكفي للثبوت نقصان ما، و في الثالث لا بد من حصول النقصان في الثلاثه على الوجه المعبر عنده.

فان قلت: بم يتحقق زوال التصريه بعدها؟ قلت: ليس له في كلامهم ضابط، و ينبغي أن يقال: إذا صار اللبن يدر بعد الثلاثه على الوجه الذي كان يدر زمان التصريه، بحيث يصير عاده لها عرفا، فحينئذ يتحقق الزوال.

فان قلت: الخيار على الفور، فكيف يمتد الى هذا الوقت؟ قلت: لا نقول بامتداده كذلك، بل نقول بثبوتة و صحه الفسخ به، و إن تحقق الزوال على الوجه المذكور بعد ذلك.

قوله: (و لو علم بالتصريه قبل الثلاثه تخير على الفور).

علم التصريه قبل الثلاثه إنما يكون بغير الاختبار، بناء على ما سبق في عبارته من أن اختبارها بثلاثه أيام، و ذلك بشهاده البيه أو إقرار البائع.

و لو شرط كثره اللبن فى الأمه و الفرس و الأتان فظهر الخلاف، فله الفسخ.

أما لو أشبع الشاه فامتلات خواصرها فظنها المشتري حبلى، أو سوّد أنامل العبد أو ثوبه فظنه كاتباً، أو كانت الشاه عظيمه الضرع خلقه فظنها كثيره اللبن فلا خيار، لأنه لا يتعين فى الجهه التى يظنها.

لكن قد صرح فى التذكرة: بان له الخيار الى تمام الثلاثه، و تردد فيما لو أسقط خيار الحيوان (١)، فيلوح من كلامه تجويز استناد كون هذا الخيار ثلاثه أيام إلى خيار الحيوان.

و يشكل، بأن خيار الحيوان لا يبقى مع التصرف، إلا أن يلتزم باستثناء هذا.

و فى الدروس: تقييد الخيار بالثلاثه لمكان خيار الحيوان (٢)، صرح به الشيخ (٣)، قال: و روى العامه الثلاثه لمكان التصريه (٤). و تظهر الفائدة لو أسقط خيار الحيوان، ثم قال: هذا الخيار على الفور إذا علم به، و الظاهر امتداده بامتداد الثلاثه إن كانت ثابتة، و إلا فمن حين العلم.

و قال فى التحرير: الخيار فى المصره ثلاثه أيام كغيرها من الحيوانات، و يثبت على الفور (٥)، و ظاهر هذه العبارة أن الفوريه بالنسبه الى ما بعد الثلاثه، إلا انه يشكل جواز إبقاء المصره بعد العلم بالتصريه إلى آخر الثلاثه، و هو بتصريف فيها بالحلب، إلا أن يقال: لا يجوز له حلبها حينئذ.

و لا يمكن أن يراى: أن الثلاثه محل الخيار، فمتى علم كان على الفور،

ص: ٣٥٣

١- (١) التذكرة ١: ٥٢٦. [١]

٢- (٢) الدروس: ٣٦٣.

٣- (٣) المبسوط ٢: ١٢٥، [٢] الخلاف ٢: ٢٧ مسألة ١٦٧ كتاب البيوع.

٤- (٤) صحيح مسلم ٣: ١١٥٨ حديث ٢٤، ٢٥، المغنى لابن قدامه ٤: ٢٥٥.

٥- (٥) تحرير الأحكام ١: ١٨٥. [٣]



و لو ماتت الشاه المصراه أو الأمه المدلسه فلا شىء له، و كذا لو تعيب عنده قبل علمه بالتدليس.

### المطلب الرابع: فى اللواحق

المطلب الرابع: فى اللواحق:

لو ادعى البائع التبرى من العيوب قدّم قول المشتري مع اليمين و عدم البيئه، و يقدّم قول البائع مع اليمين و عدم البيئه و شهاده الحال لو و بعدها لا خيار له و إن علم، لأنّ صريح كلام التذكره (١) و الدروس ينافى ذلك (٢)، و ظاهر عباره التحرير فى قوله كغيرها من الحيوانات (٣).

و الذى ينبغى علمه هنا: هو امتداد الخيار بامتداد الثلاثه، لأنه خيار الحيوان كما صرح به الشيخ (٤)، و تصرف الاختبار مستثنى دون غيره، فمتى علم بالتصريحه فشرط بقاء الخيار عدم التصرف، فإذا انقضت الثلاثه فالخيار على الفور.

قوله: (و لو ماتت الشاه المصراه، أو الأمه المدلسه، فلا شىء له).

لأنها من ضمانه، و قد امتنع الرد بموتها، و لا أرش له، لانتفاء العيب، و فى الفرق بينهما و بين ما ذكره فى المباحه، إذا تلف المبيع المكذوب فى الاخبار برأس ماله نظر.

قوله: (و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه).

اقتصارا على موضع الوفاق، و لأن هذا العيب من ضمان المشتري، ثم تقييده بقبليه علمه غير ظاهر، لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك، إلا أن يقال: إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، و لم أظفر فى كلام المصنف و غيره شىء فى ذلك.

قوله: (و يقدّم قول البائع مع اليمين و عدم البيئه و شهاده الحال لو

ص: ٣٥٤

١- (١) التذكره ١: ٥٢٦. [١]

٢- (٢) الدروس: ٣٦٣.

٣- (٣) تحرير الأحكام ١: ١٨٥. [٢]

٤- (٤) المبسوط ٢: ١٢٥، الخلاف ٢: ٢٧ مسألة ١٦٧ كتاب البيوع.

ادعى المشتري سبق العيب. و الخيار ليس على الفور، فلا يسقط إلا بالإسقاط و لو علم بالعيب ادعى المشتري سبق العيب).

(عدم) منسبق على (اليمين)، أى: مع اليمين و مع عدم اليينه من طرف المشتري، إذا حلف البائع على عدم سبق العيب و جب أن يحلف على البت على عدم العلم بالعيب، لوجوب تسليم المبيع عليه إلى المشتري سليما كما اقتضاه العقد.

ثم هو فيما بينه و بين الله إن لم يعلم العيب، و لم يجد ما يدل عليه، و قد مارسه قبل ذلك فلا جناح عليه، و لا يبعد جواز الحلف على البت استنادا إلى الأصل، إذ الأصل عدمه، كما يحلف على عدم النجاسة فى الماء استنادا إلى أصله عدمها.

و ينبغى أن يكون قوله: (و شهاده الحال) معطوفا على اليينه، أى: و مع عدم شهاده الحال يتقدم العيب على زمان العقد، فان شهد الحال بذلك قضى به.

و المراد بشهاده الحال: دلالة القرائن على تقدم العيب، ككون الجرح مندملا، و ما بين العقد و الدعوى من الزمان لا يندمل فيه مثله عادة.

لكن فى الدروس اعتبر افاده ذلك القطع (1)، و ما أحسنه، إذ القرائن المشره للظن -الذى لم يثبت من قبل الشارع اعتباره- يبعد المصير إليها، و قد يستفاد من الحكم بشهاده الحال -إذا أفادت القطع بثبوت سبق العيب- التعويل على ما أثمر القطع و اليقين فى كل موضع، كالشياخ إذا بلغ مرتبه التواتر و أثمر اليقين.

قوله: (و الخيار ليس على الفور).

أى: خيار العيب، و يريد بقوله: (فلا يسقط إلا بالإسقاط) أن ذلك ما لم يتصرف، و حاول بجمله الوصلية الرد على المخالف من العامه.

ص: ٣٥٥

١- (١) الدروس: ٣٦٣.

و تطاول زمان السكوت، و لا يفتقر فى الفسخ إلى حضور الغريم و لا الحاكم. و يتخير المشتري بين الرد و الأرش لو تجدد العيب قبل القبض و بعد العقد على رأى، و لو قبض البعض و حدث فى الباقي عيب، فله الأرش أو رد الجميع دون المعيب على إشكال. قوله: (و لا يفتقر فى الفسخ الى حضور الغريم و لا الحاكم).

رد بذلك على خلاف أبى حنيفة (١).

قوله: (و يتخير المشتري بين الرد و الأرش لو تجدد العيب قبل القبض و بعد العقد على رأى).

هذا هو الأصح، و قد سبق فى بيع الحيوان غير مره.

قوله: (و لو قبض البعض، و حدث فى الباقي عيب فله الأرش أو رد الجميع، دون المعيب على إشكال).

الإشكال إنما هو فى رد المعيب وحده، و منشؤه من أن وقوع البيع على مجموع الصفقة يمنع من رد البعض خاصة إلا- برضى المتعاقدين، و من أن سبب الرد هو العيب الحادث فى البعض، و قد حدث حين كان ذلك البعض مضمونا وحده، فيتعلق به جواز الرد دون المقبوض.

و لقائل أن يقول: إن حدوث العيب فى غير المقبوض مقتضى لجواز رده فى الجملة، لا رده وحده، لأن كون المقبوض غير مضمون لا يمنع رده كما لا يقتضيه، فيبقى مقتضى وحده الصفقة بحاله، فلا يجوز تبويضها إلا بالتراضى، و هذا هو الأصح.

و مثله ما لو رد الجميع المشتري، و لم يرض البائع إلا برد المعيب وحده، فانا نحكم برد الجميع، لأن المعيب يرد بعينه الحادث فى وقت كونه مضمونا، و الباقي حذرا من تبعض الصفقة.

ص: ٣٥٦

و كل عيب يحدث في الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار، فإنه لا يمنع الرد في الثلاثه، و ترد الجاربه و العبد من الجنون و الجذام و البرص و إن تجددت ما بين العقد و السنه و إن كان بعد القبض، ما لم يتصرف المشتري، فان تصرف و تجدد أحد هذه على رأس السنه فله الأرش. قوله: (و كل عيب يحدث في الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار، فإنه لا يمنع الرد في الثلاثه).

إذا لم يتصرف المشتري، و لم يكن بتقصيره، و الخيار الواقع في العبارة يراد به: خيار الحيوان، و كذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط له.

و هل خيار الغبن و الرؤيه كذلك؟ يبعد القول به خصوصا على القول بكونه فوريا، لا خيار العيب، لأن العيب الحادث يمنع الرد بالعيب القديم قطعا.

قوله: (و ترد الجاربه و العبد من الجنون و الجذام و البرص ما بين العقد و السنه).

لروايه عن الرضا عليه السلام: «ان احداث السنه ترد الى تمام السنه» (١) و فسرها بالجنون و الجذام و البرص، و بمضمونها صرح في الدروس فعدّها أربعه (٢).

قوله: (و إن كان بعد القبض لم يتصرف المشتري).

لأن التصرف مسقط قطعا.

قوله: (فإن تصرف و تجدد أحد هذه على رأس السنه فله الأرش).

لو قال: الى بدل (على) لكان أولى، لأنه لا رد بما حدث بعد تمام السنه، و لعل المراد بما حدث على رأس السنه: ما حدث في الجزء الأخير منها، و في أول الروايه السابقه الرد بها بعد السنه، و آخرها ما ذكرناه سابقا (٣)، و يمكن تنزيله على

ص: ٣٥٧

١- ١) الكافي ٥: ٢١٦ حديث ١٦، [١] التهذيب ٧: ٦٣ حديث ٢٧٤.

٢- ٢) الدروس: ٣٦٤.

٣- ٣) الكافي ٥: ٢١٦ حديث ١٦، التهذيب ٧: ٦٣ حديث ٢٧٤.

و لو زاد المبيع ثم علم بالعيب السابق فله الرد، و الزيادة المنفصلة له و المتصله للبائع. و لو باع الوكيل فالمشترى يرد بالعيب على الموكل، و لا- يقبل إقراره على موكله فى تصديق المشتري على تقدم العيب مع إمكان حدوثه، فان ردّه المشتري على الوكيل لجهله بالوكاله لم يملك الوكيل ردّه على الموكل لبراءته ما قلناه، فيقع الرد بعد السنه، و يصدق تجددده على رأسها.

قوله: (و الزيادة المنفصلة له و المتصله للبائع).

لتحقق الجزئيه فى المتصله، و على رأى الشيخ فينبغى أن يكون الحمل كالمتصله و ان تجدد فى ملك المشتري (١).

قوله: (و لو باع الوكيل فالمشترى يرد بالعيب على الموكل).

لأن المعيب ملك للموكل، و الوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به، فلا عهده عليه، و لأن الوكاله عقد جائز، فله عزل نفسه فى كل وقت، فلا يثبت وجوب الرد عليه.

قوله: (و لا يقبل إقراره على موكله فى تصديق المشتري على تقدم العيب مع إمكان حدوثه).

لا- يقبل إقراره بذلك على موكله مطلقا، و إذا امتنع حدوث العيب فثبوتة ليس من جهه قبول إقرار الوكيل، بل للقطع بالتقدم المستفاد من العاده.

فرع:

لو أقر البائع بالتوكيل، و المشتري يدعى الجهاله به أمكن أن يثبت تخييره فى طلب الرد على كل منهما إذا أقر بسبق العيب، أو طلب يمين المنكر.

قوله: (فان ردّه المشتري على الوكيل لجهله بالوكاله لم يملك الوكيل رده على الموكل، لبراءته باليمين).

ص: ٣٥٨

باليمين، و لو أنكر الوكيل حلف، فان نكل فرد عليه احتمال عدم رده على الموكل لإجرائه مجرى الإقرار، و ثبوته لرجوعه قهرا كاليينه. أى: فان رد المشتري المعيب على الوكيل لجهله بالوكاله، و عدم تمكن الوكيل من اقامه اليينه بكونه وكيلا- و الحال أنه مقر بسبق العيب مع إمكان حدوثه، و لا يخفى أن له تحليفه على نفى العلم بالوكاله لو ادعاه- لم يملك الوكيل رد المعيب على الموكل بمجرد اعترافه بسبقه، لأن إقراره لا ينفذ عليه ما لم يقر الموكل بذلك، فإن أنكر برأ باليمين على نفى سبق العيب على البت، و يملك الوكيل تحليفه على ذلك، لأنه بزعمه أن العيب سابق مظلوم بإنكار البائع السابق مع جهل المشتري بالوكاله، فله أن يدفع الظلامه عن نفسه بطلب اليمين، لأنه ربما أقر بالسبق عند عرضها عليه فاندفعت الظلامه، و لو رد اليمين، و الحال هذه على الوكيل، فحلف على السابق الزم به الموكل حينئذ.

قوله: (و لو أنكر الوكيل حلف، فان نكل فردّ عليه احتمال عدم رده على الموكل، لإجرائه مجرى الإقرار، و ثبوته لرجوعه قهرا كاليينه).

أى: لو أنكر الوكيل سبق العيب، و الحال أن المشتري جاهل بكونه وكيلا، و لم يثبت ذلك حلف الوكيل على عدم تقدم العيب ليسلم من الظلم برد المعيب عليه، فحلفه للدفع عن نفسه فى الحقيقه، لا لنفى ذلك عن الموكل، و إن كان مالا له بحسب الواقع. و هل يملك المشتري حينئذ تحليف الموكل لكونه مقرا بالتوكيل، لإمكان أن يقر عند عرض اليمين عليه، فيستحق الرد عليه؟ يبعد ذلك، لأن دعواه على أحدهما تنافى دعواه على الآخر، مع احتمال مؤاخذة له بإقراره.

فإن نكل الوكيل ردت اليمين على المشتري، فيحلف على سبق العيب، و يرد المعيب على الوكيل باليمين المردوده.

ثم أنه هل يثبت للوكيل في هذه الحالة رده على الموكل؟ مبني على أن اليمين المردودة هل هي كالبينه، أم هي كإقرار المدعى عليه؟ فإن قلنا بالثاني لم يملك الرد عليه قطعاً، لأن إقرار الوكيل بسبق العيب لا يمضى على الموكل، فاليمين الجارية مجراه كذلك، وإن قلنا بالأول ثبت له الرد على ما ذكره المصنف، لأن ما قامت به البيه محكوم به لا محاله بخلاف الإقرار، فإنه يلزم من أقر به.

و مما يدل على أن اليمين المردودة كالبينه أنها ترد على المدعى و لو قهراً بالنسبة إلى المنكر، فأشبهت البيه من هذه الحالة، و لأن جانب المدعى تطلب منه البيه لقوله صلى الله عليه وآله: «البينه على المدعى» (١). فلو لا أن اليمين المردودة كالبينه لما ثبت بها دعواه.

و في بناء رد المعيب على الموكل في هذه الحالة، على كون اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينه نظر، لأن البيه في هذه الحالة على سبق العيب غير مسموعه من الوكيل، و لا- موجه للرد على الموكل، لأن الوكيل ينكر سبق العيب، فهو بزعمه معترف بكون المشتري ظالماً، و قد قال عليه السلام: «من ظلم لا يظلم» فلا يسوغ له، اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب على وجه الاستناد إلى الأصل، بحيث لا- ينافي ثبوته و لا دعوى ثبوته، كأن يقول في الجواب: لا حق لك على من جهه هذه الدعوى، أو ليس في المبيع عيب يثبت لك على الرد به، فإنه حينئذ لا يمتنع تخرج المسألة على القولين المذكورين.

و اعلم أن كون اليمين المردودة كإقرار المنكر أو كالبينه مسأله معلومه في باب القضاء، و الخلاف فيها شائع، و يتخرج على القولين فيها مسائل كثيره، منها هذه.

و قد سبق في باب المراهجه: إذا ادّعى المخبر برأس المال زيادته على ما أخبر

ص: ٣٦٠

و لو اشترى بشرط البكارة فادعى الثيوبة، حكم بشهاده أربع من النساء الثقات. و لو رد المشتري السلعه لعيب، فأنكر البائع أنها سلعته قدام قوله مع اليمين، و لو ردّها بخيار، فأنكر البائع أنها سلعته احتمال المساواه و تقديم قول المشتري مع اليمين، لاتفاقهما على استحقاق الفسخ، بخلاف العيب. به لا تسمع دعواه، و لو ادعى العلم على المشتري حلف له، و هل يرد عليه اليمين فيثبت دعواه لو حكم؟ يبنى على القولين.

فلو قلنا: كالبينه لم يحلف، إذ لا تسمع بينه دعواه، فعلى هذا ينبغي انحصار اليمين في طرف المشتري.

إذا عرفت هذا فقوله: (احتمل عدم رده على الموكل) الضمير في (رده) يعود الى المعيب، و ضمير (الإجرائه) يعود الى اليمين المردوده بتأويل الحلف، و ضمير (ثبوته) يعود الى رد المعيب، و ضمير (لرجوعه) يعود الى اليمين أيضا، و المعنى:

احتمل عدم رد المعيب على الموكل لإجراء الحلف بالرد مجرى الإقرار، و احتمال ثبوت رده لرجوع الحلف بالرد قهرا على المدعى، فأشبهه البينه.

قوله: (و لو اشترى بشرط البكارة فادعى الثيوبة، حكم بشهاده أربع من النساء الثقات).

أى: المتصفات بالعداله، و لا يخفى أن شهادتهن بالثيوبة إنما تفيد إذا شهدن بها قبل البيع، نعم لو شهدن بالبكارة في الحال افاده، فتندفع بذلك دعوى المشتري.

قوله: (و لو ردّها بخيار، فأنكر البائع أنها سلعته، احتمال المساواه و تقديم قول المشتري مع اليمين لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بخلاف العيب).

وجه المساواه بين هذه المسأله و ما قبلها في تقديم قول البائع: اشتراكهما في كون البائع منكر، و وجه الاحتمال الثاني - و هو تقديم قول المشتري مع اليمين -



ما ذكره المصنف من اتفاقهما على استحقاق الفسخ، فلا- يلتفت الى إنكار البائع، لأنه يقتضى عدم الفسخ، بخلاف مسأله العيب، لعدم اتفاقهما على مقتضى الفسخ، فإنّ المشتري يدعى ثبوت الموجب له- وهو العيب- والأصل عدمه، كما أن الأصل عدم كونها سلعه البائع، فقد اجتمع أصلا.

و لك أن تقول: فى توجيهه نظر، لأنّ فرض المسأله لا يقتضى تنازعهما فى ثبوت أصل الخيار، وإنما النزاع فى أن السلعه هى هذه أم لا- وهذا لا- دخل له فى بقاء الخيار و لا عدمه، حتى لو فسخ فى هذه الحاله لحكمنا بصره الفسخ، و كان قاضيا عليه بقاء السلعه.

فإذا حلف البائع على نفى كونها سلعته طو لب بإحضارها، و لو أن تنازعهما من أول الأمر فى أن السلعه لم تتلف فالخيار باق، أو تلفت فهو منتف، لكان القول قول المشتري، لأصاله بقائها و أصاله بقاء الخيار، فما ذكره لا يصلح للفرق.

و لو قيل: إن إنكار كون هذه هى السلعه يفضى الى سقوط الخيار، لأنّ حلف البائع على نفى ذلك، و إصرار المشتري على دعواه انها هى، يؤدى الى عدم بقاء الخيار المتفق على ثبوته، و هو باطل، فيكون قول المشتري مقدا من هذه الجهه.

لدفعا بان ذلك لا يفضى الى سقوط الخيار، لإمكان فسخ المشتري، و الحاله هذه، إذ كون السلعه غير هذه لا يمنع من الخيار.

نعم بعد الفسخ يصير النزاع فى أن هذا عين مال البائع، أم لا؟ و ترجيح جانب المشتري فيه مشكل، لأنّ البائع منكر، و الأصل عدم كون المأتى به عين ماله، و قبض المشتري إياه إنما كان لمصلحته، و هو فى عهده ضمانه.

و اجتماع أصلين فى المسأله السابقه دون هذه لا يضر، لأنّ الحكم فيها مستندا إلى أصاله عدم كونها سلعته، و إن تأيد الحكم فى الأولى بالأصل الثانى، فحينئذ الأظهر ترجيح المساواه.

قال الشارح ولد المصنف: الاختلاف فى موضعين:

و لو كان المبيع حليا من أحد التقدين بمساويه جنسا و قدرا، فوجد المشتري عيبا قديما و تجدد عنده آخر لم يكن له الأرش و لا الرد مجانا و لا- مع الأرش، و لا- يجب الصبر على المعيب مجانا. أحدهما: خيانه المشتري بتغير السلعه، فالبائع يدعيها، و الأصل عدمها.

و ليس بشيء، لأن كل مدعين أحدهما يدعى خيانه الآخر، فلو أثر لأثر فيما إذا ادعى عليه مالا فأنكره، فإنه يدعى خيانه بإنكاره.

و التحقيق: أن هذا ساقط الاعتبار بقوله عليه السلام: «و اليمين على من أنكر» (١).

الثاني: سقوط الخيار الثابت للمشتري، فالبائع يدعيه، و الأصل عدمه (٢). و قد عرفت مما قرناه أن النزاع ليس فيه، فهذا أيضا ليس بشيء.

قوله: (و لو كان المبيع حليا من أحد التقدين بمساويه جنسا و قدرا، فوجد المشتري عيبا قديما، و تجدد عنده آخر، لم يكن له الأرش و لا الرد مجانا و لا مع الأرش، و لا يجب الصبر على المعيب مجانا).

أما أنه لا يستحق الأرش، فلأنه يستلزم زياده المبيع على الثمن مع اتحاد الجنس في الربوى.

و أما أنه ليس له الرد مجانا- أى: بغير جبران للمعيب المتجدد- فلأن في ذلك إضرارا بالبائع، لأن نقصان المالىه بالعيب فى يد المشتري مضمون عليه، فكيف يلزم البائع بما يقتضى سقوطه؟ بل العيب المتجدد عند المشتري مسقط للرد على كل حال، فكيف يثبت هنا على وجه النقصان؟ و من هذا يعرف وجه عدم استحقاقه الرد مع الأرش أيضا.

و أما أنه لا- يجب الصبر على المعيب مجانا، فللنص (٣) و الإجماع على أن العيب القديم فى المبيع مضمون للمشتري على البائع، فكيف يسقط هنا؟

ص: ٣٦٣

١- (١) عوالى اللآلى ٣: ٥٢٣ حديث ٢٢، سنن البيهقى ١٠: ٢٥٢.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٩٩.

٣- (٣) الكافى ٥: ٢٠٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٦٠ حديث ٢٦٠، ٢٥٨.

فالطريق:الفسخ و إلزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيبا بالقديم سليما عن الجديد. و يحتمل الفسخ مع رضى البائع،و يرد المشتري العين و أرشها و لا ربا،فإن الحلى فى مقابله الثمن،و الأرش للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم.

قوله: (فالطريق:الفسخ،و إلزام المشتري بقيمته من غير الجنس، معيبا بالقديم،سليما عن الجديد).

إنما كان هذا هو الطريق،لأنه لم يبق من الأمور الممكنة إلا هذا،فالحال فى الجميع بين حق كل من البائع و المشتري هو هذا.

فان قيل:ما ذكره فى قوله:(و يحتمل.)ينافى الانحصار فى هذا،فلا يكون هو الطريق.

قلنا:لا منافاه،لأن مراده:الطريق فى إعطاء كل ذى حق حقه على وجه الاستحقاق،لا على وجه يعم التراضى،و لا طريق على هذا الوجه إلا هذا، فيفسخ المشتري العقد،ليدفع الضرر عن نفسه،و ينزل المبيع منزله التالف،لمنع رده بتجدد العيب الحادث،فينتقل الى قيمته من غير الجنس معيبا بالعيب القديم، لأنه من ضمان البائع،سليما عن الجديد،لأنه من ضمان المشتري.

قوله: (و يحتمل الفسخ مع رضى البائع،و يرد المشتري العين و أرشها.).

لو قال:و يحتمل رد العين مع الأرش مع رضى البائع إذا فسخ المشتري لكان أولى،لأن ثبوت الفسخ لا تردد فيه،و ليس رضى البائع شرطاً فيه،بل هو قهرى بالنسبه اليه،إنما المشترط برضاه هو دفع العين بأرش المعيب المتجدد،لأن قبولها معه قد بينا أنه غير واجب عليه مطلقا،فيقف ردها اليه على رضاه لا محاله.

نعم،قد يتخيل من ذلك حصول الربا،لأنّ المردود حينئذ يزيد على وزن الآنيه،و قد رده المصنف بقوله:(و لا ربا،فإن الحلى فى مقابله الثمن،و الأرش للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم)و معناه:ان تخيل الربا هنا مدفوع باختلاف جهه

المقابلة، لأنّ الحلّى المدفوع بعد الفسخ فى مقابله الثمن المأخوذ حيثئذ، والأرش فى مقابله العيب المضمون، فهو كأرش عيب العين المقبوضه بالسوم إذا تجدد بيد المستام وإن كانت ربويه، فكما لا يعد هنا ربا كذا لا يعد فى صورته النزاع.

و لقائل أن يقول: إن اختلاف جهه المقابله لا- يمنع الربا، وإلا- لجاز شراء الحلّى المعيب بمثله مع أرش العيب، وإنما التعليل الصحيح لذلك: إن الربا ممنوع منه فى المعاوضات، لا فى الضمانات، لما ذكرناه فى السوم، لانتفاء صدق مقابله الشىء بمثله مع زياده.

و هذا الاحتمال أيضا قوى متين لا- رد له، لكنه مقيد برضى البائع كما عرفت، و هذان الوجهان للعامه، و لم يشترطوا فى الثانى التراضى، و ليس بظاهر.

و لهم ثالث، و هو أن يرجع المشتري بأرش العيب القديم، و المماثله فى مال الربا إنما تشترط فى ابتداء العقد و قد حصلت، و الأرش حق ثبت بعد ذلك، فلا يقدر فى العقد السابق.

قال المصنف فى التذكرة: و هذا الوجه عندى لا بأس به (١)، و قد تنظر فيه من جهه أن أخذ الأرش إنما كان لفوات مقابله من المبيع، فتبقى المعاوضه على المعيب، و ما بقى من الثمن بعد الأرش.

و اعلم أنّ الشارح وجه عدم الرد مع الأرش بلزوم الربا (٢). و ليس بجيد، لأن ذلك ممنوع منه من جهه أخرى، و هو لزوم الضرر على البائع، فلا يكون حقا للمشتري.

نعم إذا رضى احتمال الجواز و المنع، لتخيل حصول الربا و عدمه، و هو الذى ذكره المصنف فى الاحتمال ثانيا، بعد أن قال سابقا: (و لا الرد مجاناً، و لا مع الأرش) و قال أيضا: (و إنما فرضه) يعنى المبيع حليا، لأنه لو لم يكن حليا

١- (١) التذكرة ٥٣١: ١.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٤٩٩: ١.

### إشاره

المقصد السادس: في أحكام العقد:

و فيه فصول:

### الأول: ما يندرج في المبيع

### إشاره

الأول: ما يندرج في المبيع: و ضابطه الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغه و عرفا، و الألفاظ ستة:

### الأول: الأرض

الأول: الأرض، و في معناها البقعه و العرصه و الساحه. ضمنه بالمثل معييا بالقديم سليما عن الجديد، لكن الحلى من ذوات القيم. و ما قاله صحيح، لكن لو فرض كونه غير حلّى و ذكر حكمه لصح أيضا، فلا يكون هذا وجها لفرض هذا بخصوصه، بل وجهه اختياره، نعم اعتبار القيمة إنما يصح في الحلّى.

قوله: (و ضابطه الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغه و عرفا).

في حواشى شيخنا الشهيد، عن قطب الدين: بالدلاله المطابقه و التضمنيه دون الالتزاميه، فلا يدخل الحائط لو باع السقف، و يدخل في العرف العام و الخاص، لكن هل يصر الى الخاص عند وجود العام في موضع تفاهمه؟ يحتمل ذلك، و يقدم العرفى على اللغوى، و إن عكس في العبارة.

قوله: (الأرض و في معناها البقعه، و العرصه، و الساحه).

العرصه: كل بقعه من الدور واسعها ليس فيها بناء، الجمع: عراض و عرصات و أعراص.

و الساحه: الناحيه، و فضاء بين دور الحى، الجمع: ساح و سوح و ساحات. ذكره في القاموس (1) و المعنى الثانى هو المراد.

ص: ٣٦٦

و لا- تندرج فيها الأشجار و لا- البناء، و لا الزرع، و لا أصل البقل، و لا البذر و إن كان كامنا- و لا يمنع صحه بيع الأرض، لكن للمشتري مع الجهل الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجانا- و لو قال: بحقوقها. أما لو قال: و ما أعلق عليه بابه، أو ما هو فيه، أو و ما اشتملت عليه حدوده دخل الجميع، قوله: (و لا تندرج فيها الأشجار، و لا البناء، و لا الزرع، و لا أصل البقل، و لا البذر و إن كان كامنا).

لأنّ شيئا من ذلك لا يدخل في مفهوم الأرض، و لا البواقي.

قوله: (و لا يمنع صحه بيع الأرض، لكن للمشتري مع الجهل الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجانا).

أما عدم منعه صحه البيع فظاهر، لعدم منعه من التسليم، و أما ثبوت الخيار مع الجهل، فلأنه لا اشتغال المبيع بأحد هذه يتعذر الانتفاع به الى زمان تفريره، أو ينقص.

قوله: (و لو قال: بحقوقها).

هو و صلى لما سبق، أى: لا يندرج شيء من ذلك في بيع الأرض و البواقي و إن قال البائع: بعته بحقوقها على الأصح، إذ ليس شيء من ذلك من حقوقها، بل حقوقها الممر و مجرى الماء و أشباه ذلك، و قال الشيخ رحمه الله:

يدخل (1)، و هو ضعيف.

قوله: (أما لو قال: و ما أعلق عليه بابها، أو ما هو فيه، أو ما اشتملت عليه حدودها دخل الجميع).

قد يتوهم من قوله: (و ما أعلق عليه بابها) بالعطف اعتبار هذا مع قوله:

(بحقوقها) ليندرج فيه ما ذكره، و ليس مرادا و إن اقتضته العبارة، لأنّ قوله:

ص: ٣٦٧

و يدخل لو لم يقل: في ضمان المشتري و يده بالتسليم إليه و إن تعذر انتفاعه. بعثها بما فيها، أو بما اشتملت عليه حدودها، أو بما أغلق عليه بابها يقتضى دخول ذلك، كما صرح به في التذكرة (١)، و قد ورد الأخير في مكاتبه محمد بن الحسن الصفار عن العسكري عليه السلام (٢).

و اعلم أن مقتضى إطلاق العبارة دخول البذر الكامن في الأرض المبيعه إذا أتى بواحدة من هذا العبارات.

و في المختلف: إنَّ البذر إذا كان أصلا في البيع بطل البيع المشتمل على ضميمته إلى الأرض، و إن كان الأصل هو الأرض و البذر تابع صح البيع (٣)، و هو بناء على أن الجهالة إنما تغتفر في التابع، و أطلق في الدروس الصحه (٤) تبعا لإطلاق الشيخ في المبسوط (٥) و الخلاف (٦)، و المسألة موضع توقف.

و سيأتي في كلام المصنف التصريح فيها بالصحه، نعم لو وصف البذر و عين قدره صح الشراء على ذلك، و لو صالح عليه صح مطلقا.

قوله: (و يدخل لو لم يقل: في ضمان المشتري و يده بالتسليم إليه و إن تعذر انتفاعه).

أى: و يدخل المبيع المذكور في ضمان المشتري و في يده بالتسليم إليه و لو لم يقل واحده من العبارات الثلاث التي تقتضى اندراج الأمور المذكوره من الشجر و البناء و الزرع في المبيع، و إن تعذر انتفاع المشتري بالمبيع حينئذ على أصح الوجهين لحصول التسليم المعترف، و تعذر الانتفاع وقتا ما لا ينافيه.

ص: ٣٦٨

١- ١) التذكرة ٥٧٢: ١. [١]

٢- ٢) التهذيب ١٥٥، ١٣٨: ٧ حديث ٦٨٥، ٦١٣.

٣- ٣) المختلف: ٣٩٢.

٤- ٤) الدروس: ٣٤٠.

٥- ٥) المبسوط ١٠٩: ٢.

٦- ٦) الخلاف ٢: ٢٢ مسألة ١٣٨ كتاب البيوع.

و الأحجار إن كانت مخلوقه أو مدرجه فى البناء دخلت، و إن كانت مدفونه لم تدخل، فان كان المشتري عالما فلا خيار له -و له إجبار البائع على القلع، و لا- اجره له عن مده القلع و إن طالت، و على البائع تسويه الحفر- و إن كان جاهلا تخير فى الفسخ و الإمضاء.

قوله: (و الأحجار إن كانت مخلوقه، أو مدرجه فى البناء دخلت).

لا إشكال فى الثانى إذا قلنا بدخول البناء فى بيع الأرض، أو على تقدير اشتراطه، أما الأول فقد استشكله فى المختلف من حيث كون الاسم لا يصدق عليها، و لا يدخل تحت معناه (١). و ليس بجيد، فانّ الحجر من أجزاء الأرض قطعاً، فيدخل و إن لم يشترطه.

فرع:

إن كانت الحجارة المخلوقه مضره بالغراس، و تمنع عروقه من النفوذ، و نحو ذلك تخير المشتري مع جهالته، و إلا فلا.

قوله: (فان كان المشتري عالما فلا خيار له).

لرضاه بالعيب.

قوله: (و له إجبار البائع على القلع).

لأنه إذا دخل المبيع فى ملكه كان له طلب تفريره من مال البائع. و لو اشترط بقاءها فلا بد من تعيين المده، إذ ليس هناك أمد ينتظر، ذكر نحوه فى التذكرة (٢).

قوله: (و على البائع تسويه الحفر).

لأنه نقصان فى المبيع أحدثه لتخليص ملكه، و لوجوب التسليم مفرغاً.

ص: ٣٦٩

١- ١) المختلف: ٣٩٢.

٢- ٢) التذكرة ٥٧١: ١. [١]



و الأقرب عدم ثبوت الأجره عن مدته القلع أو مدته بقاء الزرع، لأنها مستثناه كمدته نقل المتاع، و له أرش التعيب مع التحويل. و لو ترك البائع الحجاره للمشتري و لم يكن بقاؤها مضرا، سقط خيار المشتري و لم يكن بقاؤها مضرا، سقط خيار المشتري، و لا يملكها المشتري بمجرد الاعراض، بل لا بد من عقد. قوله: (و الأقرب عدم ثبوت الأجره عن مدته القلع، أو مدته بقاء الزرع، لأنها مستثناه كمدته نقل المتاع).

توضيح ما ذكره: ان علمه باشتغال المبيع بذلك يقتضى رضاه على هذه الحاله، لكن حين صار ملكا له ثبت له مطالبه البائع بتفريغ الملك على الوجه المعتاد، بد لذلك من مدته، فيجب استثنائها. و يحتمل -ضعيفا- الثبوت، لاستيفاء البائع منافع ملك المشتري، فيجب بذلها، و فيه ضعف، و الأول هو الأصح.

قوله: (و له أرش التعيب مع التحويل).

لأنه صدر من البائع، و لم يدل على استثنائه دليل.

قوله: (و لو ترك البائع الحجاره للمشتري، و لم يكن بقاؤها مضرا سقط خيار المشتري).

لا كلام فى ثبوت الخيار مع الضرر، أما إذا لم تكن مضره فإنه يشكل سقوط الخيار الثابت بمجرد ترك البائع لها، إذ لا يجب عليه قبولها، و ما أشبه هذه المسأله بمسأله ما إذا اختلطت اللقطه المبيعه من الخضروات بالمتجدد منها.

قوله: (و لا يملكها المشتري بمجرد الإعراض، بل لا بد من عقد).

فعلى هذا لو أراد البائع الرجوع بها كان للمشتري الخيار، كما صرح به فى التذكرة (1). و يحتمل عدم جواز الرجوع، لأن سقوط الخيار إنما هو فى مقابلها. و لو وهبه إياها هبه غير لازمه فلاحتمالان آتيان هنا أيضا.

ص: ٣٧٠

الثانى:البستان و الباغ:و يدخل فيه الشجر و الأرض و الحيطان، و فى دخول البناء إشكال،أقربه عدم الدخول. و يدخل فيه العريش الذى توضع عليه القضبان على إشكال، و يدخل المجاز و الشرب على إشكال. قوله: (و فى دخول البناء إشكال،أقربه عدم الدخول).

لا يخفى أن المراد ب(البناء):ما عدا حيطان البستان،فإنها داخله فى لفظ البستان،و ما فى معناه لقضاء العرف بدخوله،و به صرح فى التذكرة (١).

و منشأ الاشكال:من التردد فى تناول الاسم لمطلق البناء الواقع فى البستان،لتخيل أنه من توابعه،و الأقرب عدم الدخول،للشك فى ذلك،و عدم استقرار العرف به،نعم يدخل مع حصول القرينه الداله على إرادته دخوله من المتعاقدين.

قوله: (و يدخل فيه العريش الذى توضع عليه القضبان على إشكال).

العريش:شئ يعمل من الخشب و غيره،يشبه السقف،تلقى عليه قضبان شجر العنب و غيره.و القضبان بضم أوله و كسره ذكره فى القاموس (٢)،و منشأ الاشكال الشك فى دخوله فى مسمى البستان،و الأصح تحكيم العرف فى ذلك، فالمتعارف دخوله كالمثبت و ما جرى مجراه يدخل بخلاف غيره.

و فى الدروس:اعتبر كونه مثبتا دائما أو غالبا (٣)،و هو قريب مما قلناه.

قوله: (و يدخل المجاز و الشرب على إشكال).

الإشكال إنما هو فى الشرب،لأن المجاز من ضروراته،فلا شك فى

ص:٣٧١

١- (١)المصدر السابق.

٢- (٢) القاموس المحيط(قضب)١:١١٧.

٣- (٣) الدروس:٣٤٠.

الثالث:الدار:و تدخل فيها الأرض و البناء على اختلافه حتى الحمام المعدود من مرافقها،و الأعلى و الأسفل إلا أن تشهد العاده باستقلال الأعلى،و المثبت سواء عد من أجزاء الدار-كالسقوف و الأبواب المنصوبه و الحلق و المغاليق-أو لا،بل اثبت للارتفاق،كالسلم المثبت و الرفوف المثبتة و الأوتاد المغروزه. دخوله،و منشؤه من الشك في تناول اللفظ له عرفا،و الظاهر أنه لا فرق بينهما،لأن كل واحد منهما من ضروريات الانتفاع،و إن كان ضروره المجاز أشد،لامتناع الانتفاع بدونه.

و أما الشرب،فان الانتفاع بالبستان النفع المطلوب من أمثاله لا يكون بدونه،و إن أمكن الانتفاع بوجه آخر،فيكون حاله من جهه كونه بستانا دليلا على تناوله الشرب،و إرادتهما إياه.

قوله: (و الأعلى و الأسفل،إلا أن تشهد العاده باستقلال الأعلى).

بأن يكون لها طريق مستقل و مرافق على حده،و بدونه يدخل عملا بمقتضى العرف و مبادره المعنى الى الفهم،و على هذا تحمل مكاتبه الصفار إلى العسكري عليه السلام بعدم دخول الأعلى (1).

قوله: (و المثبت سواء عد من أجزاء الدار-كالسقوف و الأبواب المنصوبه و الحلق و المغاليق-أو لا بل اثبت للارتفاق،كالسلم المثبت و الرفوف المثبتة و الأوتاد المغروزه).

ضابط ما يدخل من المثبتات ما يعد جزءا في العاده،أو من مرتفات الدار عرفا،و نفى المصنف في التذكرة دخول السلالم المسمره و الرفوف و الأوتاد المثبتة (2)،و فيه نظر،فان ما اثبت من هذه محسوب من الدار بالتبعيه خصوصا

ص: ٣٧٢

١- (١) الفقيه ٣:١٥٣ حديث ٦٧٢، التهذيب ٧:١٥٠ حديث ٦٦٤.

٢- (٢) التذكرة ١:٥٧٢. [١]

دون الرحي المثبت، والدنان، والإجانات المثبتة، وخشبه القصارين، والخوابي المدفونه، والكنوز المذخوره، والأحجار المدفونه.

ولا- ما ليس بمتصل، كالفرش، والستور، والرفوف الموضوعه على الأوتاد من غير سمر، والحبل، والدلو، والبكره، والقفل إلا المفاتيح فإنها تدخل.

السلم المنسوب مثبتا للغرفه و نحوها، واختار في الدروس ما اختاره المصنف هنا (١)، وهو الأصح.

قوله: (دون الرحي المثبت).

فلا يدخل شيء من حجرتها لا الأعلى، ولا الأسفل، إذ لا تعد من الدار، وإنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع و تتحرك عند الاستعمال، وليست كالحمام، إذ هو من جمله البيوت، و ظاهر إطلاقهم دخول الحمام الذي يعد من مرافق الدار دخول قدره من النحاس و نحوه.

و في الفرق بينه و بين الرحي توقف، إلا أن يلحظ كونه مثبتا مع القطع بعد الحمل من المرافق، و أحد حجري الرحي غير مثبت مع الشك في كونها من المرافق للدار عادة.

قوله: (و خشبه القصارين و الخوابي المدفونه).

هي جمع خاييه، و هي: الحب (٢)، و عدم دخولها في الدار واضح، أما لو بيعت المصبغه، أو المدبغه، أو دكان القصار ففي دخول الخشبه و الخوابي إذا كانت مثبتة احتمال.

قوله: (إلا المفاتيح).

لأنها من توابع المغاليق المثبتة، و هذا في غير مفاتيح الأقفال، لأن كلا من القفل و المفتاح غير مثبت.

ص: ٣٧٣

١-١) الدروس: ٣٤٠.

٢-٢) في الحجري ورد بياض بدل الحب، و في (م) وردت كلمه غير مقروءه، و لعلها الحب، و الخاييه: هي الحب كما في لسان العرب ٢٢٣: ١٤، خبا.

و فى ألواح الدكاكين إشكال: من حيث أنها تنقل و تحوّل فصارت كالفرش، و من حيث أنها أبواب، و يدخل فيه المجاز.

و لو قال: بحقوقها و تعدد دخل الجميع، و لو لم يقل فأشكال، فإن قلنا بدخول الجميع فلا بحث، و إلاّ وجب التعيين.

#### الرابع: القرية و الدسكرة

الرابع: القرية و الدسكرة: و تدخل فيها الأبنية، و الساحات التى تحيط بها البيوت، و الطرق المسلوكة فيها.

قوله: (و فى ألواح الدكاكين إشكال: من حيث أنها تنقل و تحوّل فصارت كالفرش، و من حيث أنها أبواب).

و الأقوى دخولها، و جعلها منقوله نوع ارتفاع، لئلا يضيق الموضع بها، لأنّ كبرها مطلوب لاستتاره المكان، فلو أثبتت لمنعت جملة منه.

قوله: (و لو قال: بحقوقها، و تعدد دخل الجميع).

لأنّ الجميع معدود من حقوقها، و قد سبق فى أول كتاب البيع كلام فيما إذا كان المبيع الى جانب ملك المشتري أو طريق.

قوله: (و لو لم يقل فأشكال).

ينشأ: من نصهم على دخول المجاز، و هو صالح للواحد و الكثير، و من أن الحكم بدخوله إنما هو لقضاء العرف به من حيث توقف الانتفاع عليه، و يكفى فى ذلك مجاز واحد، فدخول الجميع لا- دليل عليه، و هذا أصح لوجوب التمسك بأصالة عدم الشمول، لانتفاء الدليل الناقل عنه.

قوله: (فان قلنا بدخول الجميع فلا بحث، و إلاّ وجب التعيين).

فبدونه يبطل العقد، لأنّ إبهام السلوك موجب لجهالة المبيع كما سبق، إذ السلوك من الجوانب متفاوت، و قد حكمتنا بعدم دخول الجميع، فلا بد من التعيين.

قوله: (القرية و الدسكرة).

فى الدروس: و الضيعة فى عرف أهل الشام (1)، و الدسكرة: هى القرية،

ص: ٣٧٤

و فى دخول الأشجار النابتة وسطها إشكال، أقربه عدم الدخول. و لا تدخل المزارع حول القرية و إن قال: بحقوقها، إلا مع القرينه، كالمساومه عليها و على مزارعها بثمان و يشترىها به، أو يبذل ثمنًا لا يصلح إلا للجميع.

## الخامس: الشجر

### إشاره

الخامس: الشجر: و يندرج تحته الأغصان الرطبه، و الأوراق، و العروق دون الفراخ. و لو تجددت فلمالك الأرض الإزاله عند صلاحيه الأخذ، و يستحق الإبقاء مغروسا لا المغرس، فلو انقلعت سقط حقه.

نص عليه فى القاموس (١).

قوله: (و فى دخول الأشجار النابتة وسطها إشكال، أقربه عدم الدخول).

ينشأ من الشك فى دخولها فى مسمى القرية، و لعل الظاهر العدم، نعم لو اقتضى العرف دخولها فى المسمى، أو دلت القرينه على ذلك كالمساومه على المجموع، أو بذل ثمن لا يقابل به عادة إلا المجموع حكم بدخولها.

قوله: (دون الفراخ).

و إن كانت نابتة من عروق الشجره المبيعه، إذ لا تعد جزءا منها عرفا.

قوله: (و لو تجددت فلمالك الأرض الإزاله عند صلاحيه الأخذ).

لا- شبهه أنها للمشتري، لأنها نماء ملكه، و لا يجب على البائع إبقاؤها، لأن البيع إنما اقتضى إبقاء الشجره، و ما يعد من أجزاءها و الفراخ ليست منها، و إنما تسوغ له إزالتها عند صلاحيه الأخذ، و ذلك حيث ينتفع بها إذا أخذت كما فى الزرع و الثمره إذا اشتراها، و المرجع فى ذلك الى العرف.

ص: ٣٧٥

و لو اشترى الشجره بحقوقها لم يستحق الأرض أيضا، بل الإبقاء.

و ليس له الإبقاء فى المغرس ميته، إلا- أن تستخلف عوضا من فراخها المشترطه. فلا- يسوغ قبل ذلك، لما فيه من الإضرار بالمشتري، و لا يستحق البائع على المشتري أجره لذلك، لأن الإبقاء إلى أوان الانتفاع من مقتضيات العقد.

و هنا اشكال، و هو: أن الفرخ إن شمله اسم الشجره و جب إبقاؤه كالشجره، و إن لم يشمله لم يجب إبقاؤه وقتا ما، بل يزال حالا كما لو نبت حب الغير فى أرض آخر.

و يمكن الجواب بأن اسم الشجره لا- يتناول، فمن ثم لا- يجب إبقاؤه دائما، لكن لا تجوز إزالته حالا، لأنه من نماء الشجره، فهو كثمرتها، فإنها و ان لم تدخل فى مسماها، لكن يجب إبقاؤها إلى أوان البلوغ عرفا، ثم تسوغ الإزاله، و لو شرط إبقاء الفرخ دائما فلا بحث فى وجوبه.

فائده:

ذكر فى الدروس دخول الفراخ فى بيع الشجره بالشرط بصيغه (1)، قيل:

و هو يشعر بتردده فى ذلك، و كأنه ينظر إلى أنها جزء باعتبار حصولها من أصول الشجره الداخلة فى مسماها.

و يمكن رد هذا، بأنها و إن نمت من أصول الشجره، إلا أن العرف اقتضى خروجها عن الجزئيه، و عدها شجره اخرى، هذا إذا لم تكن نابتة فى نفس المغرس، أما إذا نبتت فففيه الإشكال.

قوله: (و ليس له الإبقاء فى المغرس ميته، إلا أن تستخلف عوضا من فراخها المشترطه).

الاستثناء هنا من محذوف، أى: و ليس له إبقاء الشجره فى المغرس بعد موتها فى حال، إلا فى حال استخلافها عوضا من فراخها بشرط أن يكون مشترط

ص: ٣٧٦

و لا- تندرج الثمره المؤبره فيها، إلا أن يشترطه المشتري، سواء أبرها البائع أو تشققت من نفسها فأبرتها اللوايح و على المشتري التبعيه إلى بلوغ الصلاح مجاناً، و يرجع فى الصلاح الإبقاء.

أما أنه لا يجب إبقاؤها ميتة فهو ظاهر، لأنها حينئذ لا تعد شجره، و إنما هى حطب، فتجب إزالتها، و هل يجب إبقاء أصلها لرجاء أن تنبت؟ ظاهر العبارة عدم ذلك، لأن استبقاء أصول الشجره إنما كان بالتبعيه لها، و قد زالت.

و يحتمل الوجوب، لو جوب إبقاء المجموع، فلا يسقط الحكم بزوال بعضه، هذا إذا لم يشترط بقاء الفراخ، فلو شرطه، و كان الفرخ وقت موت الشجره موجوداً فإنه يجب إبقاؤه، عملاً بالشرط، و إن لم يكن موجوداً، فهل يجب الإبقاء لرجاء وجوده بناء على عدم وجوب الإبقاء للأصل استقلالاً؟ فيه تردد، ينشأ من الشك فى المقتضى، و من رجاء النفع.

و اعلم أن الاستثناء الواقع فى العبارة منقطع، لأن إبقاء الشجره الميتة لا يجب على حال و إن بقى أصلها. ثم إن بقاء الأصل على تقدير اشتراط بقاء الفرخ المستخلف إنما يتحقق إذا كان زواله مضراً بالفرخ، فان لم يكن مضراً، فعلى مقتضى عبارته المصنف السابقه من عدم وجوب إبقاء الأصل استقلالاً لا- يجب هنا و إن كان إطلاق جملة الاستثناء يقتضى وجوب الإبقاء مع الاستخلاف مطلقاً.

و التحقيق: أنه إن وجب إبقاؤه بالاستقلال لم يقيّد بحصول الفرخ، و لا- باشتراط إبقائه، و إلا- لم يجب إلا إذا حصل المتبوع، و العبارة لا تنطبق على واحد من الأمرين.

قوله: (و لا تندرج الثمره المؤبره فيها إلا أن يشترطه المشتري).

التأبير: [هو ذر طلع الفحل فى كمام الإناث و نحوه.] (١).

ص: ٣٧٧

(١- ١) ما بين المعقوفين لم يرد فى «م» و فى مكانه بياض.



إلى العاده،فمما يؤخذ بسرا إذا تناهت حلاوته،و ما يؤخذ رطباً إذا تناهى ترطيبه،و ما يؤخذ تمراً إذا نشف نشفا تاماً،و كذا لو اشترى ثمره كان له إبقاؤها.

### و لو لم يكن مؤبراً دخل بشرطين

و لو لم يكن مؤبراً دخل بشرطين:

### الأول: أن يكون من النخل

الأول: أن يكون من النخل،فلو اشترى شجره من غير النخل و قد ظهرت ثمرتها لم يدخل،سواء كانت فى كمام و قد تفتّح عنها أو لم يكن قد تفتّح،أو كانت بارزه.

### الثانى: الانتقال بالبيع

الثانى: الانتقال بالبيع،فلو انتقلت النخلة بغيره من صلح بعوض أو غيره،أو هبه بعوض و غيره،أو إجاره،أو صداق،أو غير ذلك لم تدخل.

قوله: (سواء كانت فى كمامه و قد تفتّح عنها،أو لم يكن قد تفتّح، أو كانت بارزه).

[أى: لا كمام لها،و الكمامه:وعاء الطلع،و غطاء النور،ذكره الجوهري (١) [٢].

قوله: (فلو انتقلت النخلة بغيره من صلح بعوض،أو غيره).

فى الحواشى المنسوبة إلى شيخنا الشهيد أى: غير عوض،و الصلح جائز بغير عوض،نقله عن والده،وقيل: الأولى رد الضمير الى الصلح،أى: أو غير صلح.

أقول: لا- ريب أنّ المتبادر عود الضمير الى الصلح،لكن يشكل عليه أنّ قوله: (أو هبه بعوض،و غيره).يصير مستدركا لاندراج ذلك كله فى غير الصلح،و عود الضمير الى العوض على ما فيه من التكلف يقتضى وقوع الصلح بغير عوض.

و يشكل،بأنه فى عقود المعاوضات و هى تقتضى عوضين.و لا يبعد أن

ص: ٣٧٨

٢-٢) ما بين المعقوفتين لم ترد في «م» و أثبتناه من الحجري.

**أ: إذا ظهرت الثمره بعد البيع، فهي للمشتري**

أ: إذا ظهرت الثمره بعد البيع، فهي للمشتري إذا لم تكن موجوده حال العقد، إلا أن يشترطها البائع.

**ب: لو كان المقصود من الشجر الورد، فان كان موجودا حال العقد، فهو للبائع**

ب: لو كان المقصود من الشجر الورد، فان كان موجودا حال العقد، فهو للبائع و إن لم يكن يكون نظرهم فى ذلك الى أن الصلح فى الدين على بعضه صحيح، و هو هبه للبعض، فيقتضى وقوع الهبه بلفظ الصلح. و لا دلالة فيه، لأنه على ذلك التقدير صلح مشتمل على عوضين، فإنّ البعض و الكل مختلفان، و يحصل منه باعتبار مقتضاه ما يحصل من الهبه للبعض كما فى البيع المشتمل على المحاباه.

أما وقوع الهبه بلفظ الصلح فلا دليل عليه.

فان قيل: لو كان هذا معاوضه حقيقه لزم الربا فى الربوى.

قلنا: لما كان أحد العوضين داخلا فى الآخر، و إن غايه مغايه الجزء للكل لم يتحقق شرط الربا، و تحقق شرط الصلح بتغاير العوضين.

قوله: (إذا ظهرت الثمره بعد البيع، فهي للمشتري إذا لم تكن موجوده حال العقد).

يشكل ظاهر العبارة، بأنّ ظهور الثمره بعد البيع يقتضى عدم كونها موجوده وقت العقد، إذ لو كانت موجوده حين إيقاعه لم يتحقق ظهورها بعده، إذ لا يراد عند الفقهاء من ظهور الثمره إلا بروزها الى الوجود، لا زوال الساتر عنها، إلا أن يحمل الظهور على بدو الصلاح، نظرا إلى أنها قبله بمعرض التلف، فكأنها غير ظاهره، أو أن وقت الانتفاع بها قبله بعيد، فكانت غير ظاهره، و فيه ما لا يخفى، فان مدار الحكم على الوجود و عدمه، فبدو الصلاح لاغ.

قوله: (لو كان المقصود من الشجر الورد، فان كان موجودا حال العقد، فهو للبائع و إن لم يكن تفتح).

### ج:إنما يعتبر التأبير فى الإناث من النخل

ج:إنما يعتبر التأبير فى الإناث من النخل،لأن التأبير هو شق أكّمه النخل الإناث و ذر طلع الفحل فيها،فحينئذ لا شىء للمشتري فى طلع الفحول إن كان موجودا حال البيع.

### د:لو أبر البعض،فثمرته للبائع و ثمره غير المؤبر للمشتري

د:لو أبر البعض،فثمرته للبائع و ثمره غير المؤبر للمشتري،سواء اتحد النوع أو اختلف،و سواء اتحد البستان و ذلك كشجر الورد و الياسمين و غيرهما،و للشيخ قول بالدخول (١)، حكاة فى التحرير (٢).

قوله: (إنما يعتبر التأبير فى الإناث من النخل).

أى:إنما يعتبر فى كون الثمره للبائع،حتى أنه إذا لم يتحقق التأبير يكون للمشتري،نظرا الى الغالب.

قوله: (لأن التأبير هو شق أكّمه النخل الإناث،و ذر طلع الفحل فيها).

الأ-كّمه بتشديد الميم جمع كمام،و هذا التعليل جار على العرف الغالب، فإن شق أكّمه الفحل،و ذر طلع الأنثى فيها ممكن،و قد نقل أنه يفعل و يحصل منه ثمر،إلا أنّ ذلك لندرته لا يقدر،و يحتمل التأبير على الغالب.

و اعلم أن الشق ليس هو نفس التأبير،و إنما هو مقدمته،بل التأبير هو ذر طلع الفحل فى كمام الأنثى و نحوه،ففى العبارة تسامح.

قوله: (فحينئذ لا شىء للمشتري فى طلع الفحول إن كان موجودا حال البيع).

أى:فحين إذا كان اعتبار التأبير إنما هو فى الإناث،لتكون الثمره للبائع، و بدونه للمشتري.

قوله: (سواء اتحد النوع أو اختلف،و سواء اتحد البستان أو تعدد).

١-١) المبسوط ١٠٣:٢. [١]

٢-٢) تحرير الأحكام ١٧٥:١. [٢]

أو تعدد. أما لو كان بعض طلع النخلة مؤبراً و بعضه غير مؤبر، احتمال دخول غير المؤبر خاصة، و عدم الدخول مطلقاً لعسر التمييز. حاول بذلك الرد على بعض الشافعية الفارقين بين ما إذا اتحد النوع فيستوى كله في الحكم، و ما إذا تعدد، و كذا رد على من فرق بين البستان الواحد و المتعدد (١).

قوله: (أما لو كان بعض طلع النخلة مؤبراً و بعضه غير مؤبر، احتمال دخول غير المؤبر خاصة، و عدم الدخول مطلقاً لعسر التمييز). وجه الاحتمال الأول: أن النص دل على أن البائع يستحق الثمرة بعد تأبيرها (٢)، و تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية، فيكون التأبير هو العلة، فمتى وجد ترتب عليه حكمه.

و أما توجيه الاحتمال الثاني بعسر التمييز، فقد قيل عليه: إن ذلك لو ثبت موجب لفساد العقد، إذا كان مقصوداً بالبيع لما يلزم من الجهالة، إذ التقدير حصوله حين العقد، و هذا غير وارد، لإمكان أن يراد عسر التمييز بعد تأبير الباقي.

و يظهر من عبارته التذكرة مجيء احتمال ثالث، و هو الدخول مطلقاً، فإنه قال: لو أبر بعض النخلة كان جميع طلعتها للبائع، و لا يشترط لبقاء الثمرة على ملكه تأبير جميع طلعتها، لما فيه من العسر و عدم الضبط. و ساق الكلام الى أن قال: و هو أولى من العكس، فإن المفهوم من العكس كون جميعها إلحاقاً لما أبر بما لم يؤبر، لصدق عدم التأبير في المجموع (٣). و الاحتمال الأول لا يخلو من قوة، و هو ظاهر اختيار الدروس (٤) و إن كان الثاني غير بعيد، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الوفاق.

ص: ٣٨١

١- ١) الوجيز في فقه الشافعي ١: ١٤٩، فتح العزيز المطبوع مع المجموع ٥١، ٥٠: ٩.

٢- ٢) الكافي ١٧٨، ١٧٧: ٥ حديث ١٧، ١٢، التهذيب ٧: ٨٧ حديث ٣٦٩-٣٧١.

٣- ٣) التذكرة ١: ٥٧٣. [١]

٤- ٤) الدروس: ٣٤٠.

## ه: لا يدخل الغصن اليابس و لا السعف اليابس على إشكال

ه: لا يدخل الغصن اليابس و لا السعف اليابس على إشكال، و فى ورق التوت نظر.

## و: لو خيف على الأصول مع تبقية الثمره ضررا يسيرا لم يجب القطع

و: لو خيف على الأصول مع تبقية الثمره ضررا يسيرا لم يجب القطع، و لو خيف الضرر الكثير فالأقرب جواز القطع، قوله: (لا يدخل الغصن اليابس، و لا السعف اليابس على إشكال).

الغصن يقال فى الشجر، و السعف فى النخل، و الاشكال فيهما، و منشؤه:

من أنه كان جزءا، و من أنه باستحقاقه القطع عاده قد يتخيل خروجه عن الجزئيه، و الأول أقوى، تمسكا بالاستصحاب، و وقوفا مع المعلوم، و لأن من حلف لا يمس جزءا من شجره يحنث بمس غصنها اليابس كما ذكره فى التذكرة (١).

قوله: (و لو خيف الضرر الكثير فالأقرب جواز القطع).

وجه القرب قوله عليه السلام: «لا ضرر و لا إضرار فى الإسلام» (٢) فإن قيل: قد التزمه بالعقد، قلنا: لا نسلم، لأن العقد إذا عرى عن الشرط نزل على الغالب، و الغالب عدم الضرر الكثير.

فان قيل: قد سبق فى باب بيع الثمار أنه إذا تعارض نفع أحدهما و ضرر الآخر قدمنا مصلحه المشتري.

قلت: هذا ايضا مقيد بعدم كون الضرر كثيرا، و المرجع فى الكثره و القله إلى العاده.

و قد استدل الشارح على الأقرب بما تقرر فى الكلام من أنه لا يجوز تكليف شخص، لاشتمال التكليف على لطف للغير خاصه، لا للمكلف به (٣).

و هو غير مستقيم، لأن هذا ليس من هذا القبيل، و إنما هو من حيث الترام البائع

ص: ٣٨٢

١- (١) التذكرة ٥٧٣: ١. [١]

٢- (٢) الفقيه ٤: ٢٤٣ حديث ٧٧٧.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٥٠٤: ١.

و فى دفع الأرش نظر.

### ز: لو كانت الثمره مؤبره فهى للبائع

ز: لو كانت الثمره مؤبره فهى للبائع، فلو تجددت أخرى فهى للمشتري، فان لم يتميزا فهما شريكان، فان لم يعلما قدر ما لكل منهما اصطلاحا و لا فسخ لإمكان التسليم، و كذا لو اشترى طعاما فامتزج بطعام البائع قبل القبض، و له الفسخ.

تحمل الضرر بإيقاع البيع، فان تحقق ذلك ثبت، و إلا فلا.

و سوق العبارة يقتضى كون فرض المسأله فيما إذا باع الأصول و بقيت الثمره له، فلو باع الثمره و بقيت الأصول له فحكمها مستفاد مما سبق فى بيع الثمار، و الفتوى على الأقرب.

قوله: (و فى دفع الأرش نظر).

ينشأ: من جواز القطع، فلا يجب، لعدم الدليل، و من أن فيه جمعا بين الحقين. و الحق ضعف هذا النظر جدا، و الاحتمال الأول هو الأقوى، للمنع من جواز القطع بغير أرش، فيمنع الحكم من أصله، و لأن فيه ضررا على المشتري، و الضرر لا يزول بالضرر.

قوله: (فان لم يتميزا فهما شريكان).

لأن الشركه عباره عن امتزاج المالين بحيث لا يتميزان.

قوله: (فان لم يعلما قدر ما لكل منهما اصطلاحا).

أى: على تقدير عدم التمييز إن لم يعلما قدر المالين، لا طريق الى الخلاص إلا الصلح، و المعادل محذوف تقديره: و إن علماه اقتسامه.

فان قيل: كيف يعلمان قدر ما لكل منهما مع عدم التمييز؟ قلت: قد يتصور ذلك فيما إذا كان المبيع اربع نخلات مثلا، قد أٌبر منهما اثنتان، و ثمرتها جميعا متساويه، فإن قدر ما لكل واحده منهما النصف، و إن لم يتميز المالان.

قوله: (و لا فسخ، لإمكان التسليم).

مقتضى العبارة: أن اختلاط المالين وقع قبل التسليم، فيشكل حينئذ عدم

ح: لو باع أرضاً و فيها زرع فهو للبائع، سواء ظهر أو لا، إلا أن يشترطه المشتري فيصح ظهر أو لا، ولا تضر الجهالة لأنه تابع. ثبوت الفسخ، لأن الشركه عيب، فإذا حدث قبل القبض ثبت به الفسخ.

فان قلت: لعل مراد المصنف بقوله: (لإمكان التسليم) إمكان تسليم البائع إلى المشتري جميع الثمره، فإنه يجبر على القبول حينئذ عند الشيخ (١)، لأنه زاده فضلاً، فيكون المصنف قائلًا - بمقاله الشيخ، و قد سبق نظيره في بيع الثمار، إذا اختلطت اللقطه المبيعه بأخرى.

قلت: هذا ممكن، لكن قوله في مسأله اختلاط طعام المشتري بطعام البائع قبل القبض: (و له الفسخ) ينافى ذلك، فان الشيخ قائل بالحكم في المسألتين معاً، فسوى بينهما في عدم الفسخ إذا سلم الجميع، و ثبوته مع عدمه.

و الذى اختاره المصنف فى المختلف انه إذا كان الامتراج قبل التسليم ثبت الخيار للمشتري، و لا يجب عليه قبول هبه البائع حصته (٢)، و هذا هو الأصح.

قوله: (إلا أن يشترطه المشتري، فيصح ظهر أو لا، و لا تضر الجهالة، لأنه تابع).

أجاب عن سؤال السائل: إن ضم المجهول الى المعلوم فيما إذا لم يكن الزرع قد ظهر يصير المعلوم مجهولاً، بان جهاله التابع لا تقدح، و هذا تابع، فمقتضى كلامه صحه ذلك مطلقاً، لأن الزرع بالنسبه إلى الأرض من توابعها، لكن فى المختلف: أن البذر إذا كان أصلاً فى البيع بطل، بخلاف ما إذا كان الأصل هو الأرض، و البذر تابع فإنه يصح (٣)، و مقتضاه أن ذلك يختلف باختلاف الأحوال و القصود، و الذى فى المختلف هو الذى يقتضيه النظر.

ص: ٣٨٤

١- (١) المبسوط ١٠٤: ٢.

٢- (٢) المختلف: ٣٩١.

٣- (٣) المختلف: ٣٩٢.



و للبائع التقييه إلى حين الحصاد مجاناً، فلو قلعه قبله ليزرع غيره، لم يكن له ذلك و إن قصرت مده الثاني عن إدراك الأول.

و على البائع قلع العرق إذا كان مضراً- كعرق القطن و الذره- و تسويه الحفر، و لو كان للزرع أصل ثابت يجز مره بعد اخرى، فعليه تفرغ الأرض منه بعد الجزه الأولى على إشكال، أقربه الصبر حتى يستقلع. و الأقرب عدم دخول المعادن فى البيع، و لو لم يعلم به البائع تخير إن قلنا به. و ما قد يوجد فى بعض الكلام من أن المجهول إن جعل جزءاً من المبيع لا يصح، و إن اشترط صح، و نحو ذلك ليس بشىء، لأن العبارة لا- أثر لها، و المشروط محسوب من جمله المبيع، و لأنه لو باع الحمل و الام معا صح البيع، و لا يتوقف على بيعها و اشتراطه.

قوله: (و لو كان للزرع أصل ثابت يجز مره بعد اخرى، فعليه تفرغ الأرض منه بعد الجزه الأولى على إشكال، أقربه الصبر حتى يستقلع).

منشأ الاشكال: من أن لنفع هذا النوع من الزرع غايتين: ابتداء و انتهاء، فيمكن الحمل على الاولى و على الثانيه، و الأقرب ما قربه المصنف، لأن الغايتين و ما بينهما هو نفعه المتعارف، فهو بمنزله نفع غيره من الأنواع المخالفه له، و يستقلع بفتح الياء و كسر اللام معناه: يبلغ حدا يستحق القلع.

قوله: (و الأقرب عدم دخول المعادن فى البيع).

وجه القرب: أنها لا- تعد جزءاً من الأرض، و يحتمل دخولها كالحجاره الثابته، و يضعف بالفرق، لأن الحجاره من أجزاء الأرض بخلاف المعادن، و الأصح الأول. و موضع المسأله ما إذا لم يأت بما يقتضى دخولها، نحو قوله: (و ما أغلق عليه بابها).

قوله: (و لو لم يعلم به البائع تخير إن قلنا به).

أى: لو لم يعلم بالمعدن تخير إن قلنا بدخوله فى بيع الأرض مع الإطلاق،

## ط: يدخل في الأرض البئر

ط: يدخل في الأرض البئر و العين و ماؤهما.

## ي: لو استثنى نخله كان له الممر إليها و المخرج و مدى جرائدها من الأرض

ي: لو استثنى نخله كان له الممر إليها و المخرج و مدى جرائدها من الأرض، فلو انقلعت لم يكن له غرس أخرى، إلا أن يستثنى الأرض، و كذا لو باع أرضا و فيها نخل أو شجر.

## السادس: العبد

السادس: العبد: و لا يتناول ماله الذي ملكه مولاه، إلا أن يستثنى المشتري إن قلنا أن العبد يملك، و بماذا تثبت جهالته؟ لا اعلم به تصريحاً، و لا يبعد ثبوتها بيمينه.

و لو قلنا بعدم الدخول بالإطلاق، فباعها بما أغلق عليه بابها ففي ثبوت الخيار هنا مع عدم العلم نظر.

و اعلم أن ضمير (به) يعود الى المذكور ضمنا في المعادن، و ضمير (به) الثانيه يعود الى المضاف إليه في عدم دخول المعادن، و في بعض النسخ: (و الأقرب دخول المعادن) و الذي شرحه الشارح هو العبارة الأولى (١).

قوله: (يدخل في الأرض البئر و العين و ماؤهما).

البئر و العين: مجمع ماء على وجه مخصوص، و المراد بالماء ما في وسطها، و ورد به على الشيخ، حيث قال بفساد البيع للجهالة (٢)، و جوابه: أن هذا تابع.

قوله: (و لا يتناول ماله الذي ملكه مولاه، إلا أن يستثنى المشتري).

أي: إلا أن يستثنى مما لا يندرج في إطلاق البيع، و المراد: اشتراط دخوله.

قوله: (إن قلنا أن العبد يملك).

ربما يوهم الاشتراط بخلاف الحكم على تقدير انتفاء الشرط، فكان الأولى أن يقول: و إن قلنا أن العبد يملك، و يمكن الجواب بان الحكم على تقدير عدم

ص: ٣٨٦



و ينتقل إلى المشتري مع العبد، و كأن جعله للمشتري إبقاء له على العبد، فيجوز أن يكون مجهولاً- و غائباً. ملك العبد بطريق أولى، و إنما اختار الإتيان في العبارة بالشرط، لأنه صوّر المسألة في المال الذي ملكه مولاه، و لا يتصور ذلك إلا على تقدير ملكه، إذ بدونه يقع اللفظ لاغياً، و لا يتحقق تملكك و لا ملك.

قوله: (و ينتقل إلى المشتري مع العبد).

أى: بالشرط، و هذا لا يتفاوت فيه ما ملكه إياه مولاه، و غيره.

قوله: (و كأن جعله للمشتري إبقاء له على العبد، فيجوز أن يكون مجهولاً و غائباً).

يجوز في (كأن) التخفيف و التشديد، أى: و كأن جعل المال المذكور على تقدير اشتراط المشتري إياه إبقاء له على ملك العبد، أو كأن جعل على ذلك التقدير إبقاء له على العبد، فإنه بحسب الواقع ليس إبقاء له كذلك، بل هو ملك للمشتري، لدخوله في البيع، و من ثم كان التشديد أولى.

و يتفرع على هذا جواز كونه مجهولاً و إن أمكن استعلامه، و غائباً لم يوصف و إن أمكن وصفه، و ذلك لأنه كالمندرج في البيع تبعاً، فتغتفر فيه الجهالة، كما تغتفر في سائر الأشياء التابعة.

و بملاحظه هذا المعنى تظهر جوده التخفيف، لأنه إذا كان للعبد شائبه الملك فيه، و ما يستحق العبد البائع فيه ينتقل إلى المشتري يكون تحقق التبعية أظهر، لكن قوله: (و ينتقل إلى المشتري) ينافيه.

و لو أنه قال: و ينتقل حق البائع فيه إلى المشتري لكان التخفيف أجود، و على هذا يمكن أن يقال: لا- يشترط هنا التحرز من الربا، كما لو باع داراً منقوشة بالذهب، فإنه لكونه تابعاً لا ينظر إليه لو كان الثمن ذهباً كما سبق بيانه.

و إطلاق الدروس اشتراط العلم، و التحرز من الربا بعد تعميم الحكم

أما إذا أحلنا تملكه و باعه و ما معه، صار جزءا من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع. و هل تدخل الثياب التي عليه؟ أقربه دخول ما يقتضى العرف دخوله معه.

بعدم الدخول، إلا مع الشرط فى القول بملك العبد و عدمه (١) يقتضى اشتراطهما على تقدير الملك أيضا، و هو الذى يستفاد من كلام التذكرة فإنه قال -بعد حكاية قول الشافعى بكونه تابعا-: و لبعض اتباعه بكونه غير مبيع لا أصلا و لا تبعا (٢)، و فرق بين القولين بعدم اعتبار أحكام الربا على الثانى دون الأول (٣).

و التحقيق أن نقول: إن باعه العبد و ماله، بحيث كان المال جزءا من المبيع شرط فيه ما شرط فى المبيع، و إن باعه العبد و شرط له المال كان المال للمشتري، و اشترط فيه شرائط البيع، و هذا التحقيق جيد، و ما ذكره فى هذا الكتاب ضعيف، لأن ملك العبد ضعيف لا يخرج المال به عن كونه ملكا للبائع يقبل التصرفات.

قوله: (أما إذا أحلنا تملكه، و باعه و ما معه، صار جزءا من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع).

يظهر من قوله: (صار جزءا من المبيع) أنه فى الأول لا يعد جزءا، و هو كذلك، لأنه مملوك للعبد، و إن كان ملكا مترزلا فلا يكون جزءا حقيقه، بل كالجزء، و قد ذكرنا تحقيق التذكرة و أنه جزء، و إن قلنا: العبد يملك فلا يتم ما ذكره هنا.

قوله: (و هل تدخل الثياب التي عليه؟ أقربه دخول ما يقتضى العرف دخوله).

(أقربه) مع قوله: (هل) قرينه على أن هناك محذوفاً: على اشكال،

ص: ٣٨٨

١- (١) الدروس: ٣٤١.

٢- (٢) انظر: فتح العزيز المطبوع مع المجموع ٣٥: ٩-٣٦.

٣- (٣) التذكرة ٥٧٢: ١. [١]

إشارة

الفصل الثاني: في التسليم:

و فيه مطلبان:

الأول: في حقيقته

الأول: في حقيقته:

و هو: التخليه مطلقا على رأى، و فيما لا- ينقل و لا- يحول كالأراضى و الأبنيه و الأشجار، و النقل فى المنقول، و نظر، و نحوه، و منشؤه من تعارض العرف و اللغة، و لا شبهه فى ضعفه، لأن اللغة لا يصار إليها مع وجود العرف، فحينئذ الأقرب دخول الثياب.

و فى تعيين ما يدخل و جهان أيضا، أقربهما عند المصنف دخول ما يقتضى العرف دخوله، فلا يقتصر على دخول ساتر العوره دون غيره، إذ لا دليل عليه إذا كان العرف المستقر بخلافه، و ما اختاره هو الأقوى.

فعلى هذا لو اقتضت العاده دخول ثوب واحد اقتصر عليه، و إن اقتضت أكثر صير اليه، و لو اختلف العرف لاختلاف الزمان بالحر و البرد و شبههما فالمتبع هو العرف، و مع الشك فالأصل العدم، لانتفاء المقتضى، و لو دلت القرينه على شىء بخصوصه فلا كلام فى اتباعها.

قوله: (الأول: في حقيقته: و هو التخليه مطلقا على رأى).

أى: فى كل شىء، سواء ما ينقل و يكال و غيرهما، و لا يخفى أن التخليه لا تتحقق إلا برفع البائع يده، و يتحقق رفعها و إن كان المبيع مشغولا بما له كما سيأتى.

قوله: (و النقل فى المنقول).

لا- يراد بهذا النقل نقل البائع، إذ لا- يعتبر نقله قطعاً، إنما المعتبر نقل المشتري كما دل عليه الخبر (١)، و نقل المشتري قبض لا تسليم، و أيضا فإن نقل

ص: ٣٨٩

و الكيل و الوزن فيما يكال أو يوزن على رأى، البائع و ان لم يعتبر فإنه لا يعد تسليمًا، إذ التسليم محاوله إدخال المبيع فى يد المشتري.

نعم، قد يستدعى النقل فى بعض الحالات، لكن لا يكون نفسه، فالعبارة غير جيدة، لأن البحث فى التسليم، و ما ذكره لا يعد تسليمًا على واحد من التقديرين، و مع ذلك فان مراده التنبيه على أن التسليم المقتضى لزوال الضمان إنما يتحقق مع نقل المشتري المبيع كما دل عليه الخبر، و العبارة لا تساعد على ذلك.

قوله: (و الكيل و الوزن فيما يكال أو يوزن).

المراد به: الكيل الذى به يتحقق اعتبار البيع، فلا بد من رفع البائع يده عنه، فلو وقع الكيل و لم يرفع البائع يده فلا تسليم و لا قبض، و لو أخبره البائع بالكيل فصدقه و أخذه على ذلك حصل القبض، كما نص عليه فى التذكرة (1)، فلو قال: إنه ظهر ناقصا عما أخبر به، فالقول قوله مع يمينه و إن لم يمكن استعمال حاله.

و لو أخذ المبيع جزافا، و أخذ ما يكال وزنا، أو بالعكس، فان تيقن حصول الحق فيه صح، و الا فلا، ذكره فى التذكرة (2).

و الذى ينبغى أن يقال: ان هذا الأخذ بإعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع إلى المشتري، و انتفاء سلطنه البائع لو أراد حبسه ليقبض الثمن لا التسلط على بيعه، لأن بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهية، و لو كيل قبل ذلك، فحضر كيله أو وزنه، ثم اشتراه و أخذه بذلك الكيل، فهو كما لو أخبره بالكيل أو الوزن، بل هو أولى، و هنا مباحث ثلاثة:

الأول: إطلاق عبارة المصنف الكيل أو الوزن يقتضى الاكتفاء بأيهما

ص: ٣٩٠

١- ١) التذكرة ٥٦٠-١-٥٦١. [١]

٢- ٢) التذكرة ٥٥٦. ١. [٢]

كان، وقد عرفت أن المعبر هو ما لا بد من اعتبار المبيع به، فلو كالم ما يوزن فقط فهو كما لو أخذ جزافاً، كما حكيناها عن التذكرة (١)، ولا يخفى أنه لا بد مع الكيل أو الوزن من رفع البائع يده كما قلناه.

الثاني: قال في الدروس: القبض في غير المنقول التخليه بعد رفع اليد، وفي الحيوان نقله، وفي المعبر كيله أو وزنه أو عده أو نقله، وفي الثوب وضعه في اليد (٢)، وأراد بالمعبر: ما يكون له اعتبار مخصوص، لتدفع به جهالته. وهذا الذي ذكره هو مقتضى العرف، إلا أن الذي دلت عليه النصوص (٣) هو اعتبار النقل أو الكيل أو الوزن، ولا دليل على الاكتفاء بالعدد في المعدود، وعلى وضع الثوب في اليد.

نعم في قوله: أو نقله، دلالة على حصول القبض بنقل المكيل بدون الكيل، وهو حسن، لكن كونه قبضاً بالنسبة إلى زوال التحريم أو الكراهة عن بيعه حينئذ مشكل، إلا أن يحضر كيله السابق المشتري، أو يخبره البائع في صدقه.

والذي اختاره في المختلف: أن المبيع إن كان منقولاً فالقبض فيه هو النقل، أو الأخذ باليد، وإن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه هو ذلك أو الكيل أو الوزن، وإن لم يكن منقولاً فالقبض فيه هو التخليه (٤).

وفي المبسوط: القبض فيما لا ينقل ولا يحوّل هو التخليه، وإن كان مما ينقل ويحوّل فإن كان مثل الدراهم و الدنانير و الجواهر و ما يتناول باليد فالقبض فيه التناول، وإن كان مثل الحيوان كالعبد و البهيمة، فإن القبض في البهيمة أن يمشى بها إلى مكان آخر، وفي العبد أن يقيمها إلى مكان آخر، وإن كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه، وإن اشترى مكيلاً فالقبض فيه أن

ص: ٣٩١

١- (١) التذكرة ٥٥٦: ١. [١]

٢- (٢) الدروس: ٣٤٢.

٣- (٣) الكافي ١٧١: ٥، حديث ١٢، التهذيب ٢١: ٧، حديث ٨٩.

٤- (٤) المختلف: ٣٩٣.



فحينئذ لو اشترى مكايله و باع مكايله، لا بد لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض. يكيه، هذا كلامهم (١).

و فيه: أن الروايه دلت على اعتبار النقل فى المنقول (٢)، فالإكتفاء بأخذه باليد خلاف ما دلت عليه، و أيضا فإن اعتبار الكيل أو الوزن فى جواز بيع المكيل أو الموزون فى صحيحه معاويه بن وهب (٣) دليل على أن القبض الذى تترتب عليه أحكامه كلها لا يكون إلا بالكيل أو الوزن، فلا يكفى النقل فيه من دون كيل، أو ما يقوم مقامه.

نعم، زوال الضمان و امتناع الحبس إذا أخذه المشتري ظاهر بشرط اذن البائع فى الثانى، و متى دلت الروايات على اعتبار النقل فى المنقول، و الكيل فى الموزون ثبت القول الثانى، إذ لا قائل بالفصل.

و أما العبد، فلا يبعد أن يقال: إن أخذه و نقله يتحقق بانتقاله بأمره، إذا لم تجر العاده بأخذه باليد، و مما يقوم مقام الكيل أن يبيع من الصبره عده أصوع يقطع باشمالها عليها ثم يهبه الباقي، فإن هذا بمنزله الكيل، لأن بيعه كذلك بمنزله اعتباره، و لهذا يصح البيع.

الثالث: اختار فى الدروس: أن القبض هو التخليه بعد رفع اليد بالنسبه إلى زوال الضمان عن البائع، لا بالنسبه إلى زوال التحريم و الكراهيه عن البيع قبل القبض (٤)، و الخبر دال على خلاف ما ذهب اليه.

قوله: (فحينئذ لو اشترى مكايله و باع مكايله، لا بد لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض).

أى: حين كان القبض فى المكيل هو الكيل بناء على القول الثانى: لو

ص: ٣٩٢

١- ١) المبسوط ١٢٠: ٢.

٢- ٢) الكافي ١٧١: ٥ حديث ١٢، التهذيب ٢١: ٧ حديث ٨٩.

٣- ٣) التهذيب ٣٥: ٧ حديث ١٤٦.

٤- ٤) الدروس: ٣٤٢.

و يتم القبض بتسليم البائع له و غيره، و له أن يتولى القبض لنفسه كما يتولى الوالد الطرفين، فيقبض لولده من نفسه و لنفسه من ولده. اشترى شيئاً مكايله، أى: لو اشترى شيئاً لا يباع إلا مكايله، و باع كذلك لا بد لكل بيع من هذين كيل جديد لأنه لا بد من قبض، و لو أنه حصل الكيل المتعلق بالبيع الأول فاكتفى به، أو أخبره البائع فصدقه لكفى نقله، و كان ذلك قائماً مقام الكيل.

و لو أخذه جزافاً فان قطع باشمال المأخوذ على المبيع فكذلك، و لو لم يقطع فمقدار المأخوذ محسوب من المبيع، و قد صرح فى التذكرة بما عدا الأولى و الأخيره (1)، و ظاهر كلامه فيها عدم الاحتياج الى الكيل فى جواز البيع، بحيث لا يعد بيعاً للمبيع قبل قبضه، و فيه نظر.

و المراد بقوله: (لتم القبض) حصوله، و قد يطلق على حصول الشئ ذلك، إذ بالحصول يتحقق التمام.

قوله: (و يتم القبض بتسليم البائع له و غيره).

أى: و يتحقق بتسليم البائع المبيع للمشتري، و غير البائع ممن يقوم مقامه بولايه أو وكاله، أو للمشتري و غير المشتري ممن يقوم مقامه، إلا أن فيه عطفاً على الضمير المجرور.

قوله: (و له أن يتولى القبض لنفسه، كما يتولى الوالد الطرفين، فيقبض لولده من نفسه، و لنفسه من ولده).

ليس لضمير (له) مرجع مذكور فى العبارة، لكنه مدلول عليه بما سبق، إذ الكلام فى قبض المبيع، أى: و للمشتري أو لمن يعتبر قبضه المبيع أن يتولى طرفى القبض فى دفعتين، كما يقبض الوالد من نفسه لولده إذا اشترى له من نفسه مال نفسه، و كما يقبض لنفسه من نفسه عن ولده.

و اعلم أن فى العبارة مناقشات:

ص: ٣٩٣

و يجب التسليم مفرغاً، فلو كان في الدار كمتاع وجب نقله، ولو كان في الأرض زرع قد بلغ وجب نقله، وكذا يجب نقل العرق المضر، كالذره و الحجاره المدفونه المضره.

و على البائع تسويه الأرض، و لو احتاجت إلى هدم شيء هدم و على البائع الأولي: إن كل مشتر انما يقبض المبيع لنفسه، فلا يختص ذلك ببعض الصور، كما يظهر من تمثيله بالوالد.

الثانيه: إن المثال غير مطابق، لما ذكره أولاً، لأن قبضه لنفسه ليس هو عباره عن تولى الطرفين.

الثالثه: إنه إذا اشترى مال ولده إنما يقبض لنفسه من نفسه، لا عن ولده كما هو صريح العباره. نعم يقبضه عن ولده، و الخطب فيه يسير، لأنه إذا قبض لنفسه من نفسه لا عن ولده، فكأنه قبض من ولده.

إذا عرفت هذا، فهل يشترط هنا في القبض النقل في المنقول؟ الأقرب انه لا يشترط، لأنه مقبوض في يده، فقبضه له يتحقق باستدامه القبض مع القصد.

قوله: (و يجب تسليم المبيع مفرغاً).

أى: يجب كل من التسليم و التفريغ، فلو كان المبيع مشغولاً بمال البائع فسلمه البائع إلى المشتري فتسلمه حصل القبض عندنا، كما صرح به في التذكرة (١) خلافاً لبعض العامة (٢)، و يجب التفريغ مع ذلك.

قوله: (و لو كان في الأرض زرع قد بلغ وجب نقله).

و إن لم يكن قد بلغ صبر إلى أوان بلوغه، و مع الجهل بشيء من ذلك، و الاحتياج الى زمان يفوت به شيء من النفع يتخير المشتري.

قوله: (و لو احتاجت الى هدم شيء هدم، و على البائع الأرش).

ص: ٣٩٤

[١ - ١] التذكرة ٤٧٢: ١. [١]

[٢ - ٢] هم من الشافعية، انظر: المجموع ٢٧٦: ٩.

الأرش. و يصح القبض قبل نقد الثمن و بعده، باختيار البائع و بغير اختياره. و اجره الكيال، و وزان المتاع و عادّه، و بائع الأمتعه على البائع، و اجره ناقد الثمن و وزانه.

و مشتري الأمتعه و ناقلها على المشتري، و لا اجره للمتبرع و إن أجاز المالك، أى: لو احتاجت هذه المذكورات فى تفرغ المبيع منها الى الهدم فلا بد منه، و على البائع الأرش، لأنه إتلاف لبعض المبيع لحق و جب عليه، و مع جهل المشتري بالحال فله الفسخ.

قوله: (و يصح القبض قبل نقد الثمن و بعده، باختيار البائع و بغير اختياره).

الصور أربع: منها، ما لو كان القبض قبل نقد الثمن بغير اختيار البائع، و هذا قبض بالنسبه الى ما عدا حق البائع من جنس المبيع الى أن يقبض الثمن، فان حق البائع هذا يبقى كما كان، إذ لا يملك المشتري إسقاط حق البائع، و كذا لا يزول لهذا القبض حكم خيار التأخير.

قوله: (و اجره الكيال و وزان المتاع).

الحاصل أن كل فعل هو لأحد من المتعاقدين على الآ-خر، اجره عمله على المخاطب، و لا-ريب أن المبيع يجب تسليمه الى المشتري على الوجه المعتبر مكيلا أو موزونا أو معدودا على اختلاف أحواله، و كذا القول فى الثمن.

قوله: (و مشتري الأمتعه و ناقلها على المشتري).

لأن الشراء فعل لأجله، و نقل الأمتعه إلى المكان الذى يريد أمر خارج عن قباض المبيع و متأخر عنه، فلا يتعلق بالبائع.

قوله: (و لا اجره للمتبرع و إن أجاز المالك).

أى: لا أجره للمتبرع بشيء من هذه الأفعال الواجبه للبائع على المشتري، أو بالعكس و إن أجاز المالك لذلك-أى: الذى حقه أن يصدر منه-فلو تبرع

و لا- يتولاهما الواحد، بل له اجره ما يبيعه على الأمر بالبيع، و ما يشتريه على الأمر بالشراء. متبرع بكيل المبيع فأجاز البائع الكيل و رضى لم تلزمه أجره، لأنه فى وقت صدوره لا يستحق بسببه اجره، فلا يجب بسببه شىء بعد ذلك.

قوله: (و لا يتولاهما الواحد، بل له اجره ما يبيعه على الأمر بالبيع، و ما يشتريه على الأمر بالشراء).

أى: و لا يتولى العملين من بيع الأمتعه عن شخص و شرائها عن الآخر، بحيث يأخذ أجره العملين منهما، هذا هو المراد من العبارة و إن كانت غير داله عليه، لكن بمعونه ما قبله و ما بعده يستفاد ذلك، لأن تولى العملين بغير اجره لا محذور فيه قطعاً، و كذا بأجره من أحدهما إذا أتى بما أمره به، و كذا لو أتى بغير ذلك من الأعمال مثل كيل المبيع أو وزنه، و نقد الثمن أو وزنه، و إن أخذ أجرتين للعملين فلم يبق إلا ما ذكرناه.

أما بيع المشاع و شراؤه فلما لم يتصور وقوع الفعلين من شخص واحد فى سلعه واحده، لأن البيع مبنى على المكايسه و المغالبه، و لا يكون الشخص الواحد غالباً و مغلوباً، و ارتكابه الحاله الوسطى موقوف على رضاهما بذلك.

أما الولى لطفلين فلما كان فعله منوطاً بالمصلحه، و لم يمتنع أن يكون الشراء بالثمن الأعلى مال الطفل مصلحه للآخر، لعدم حصول غيره، و ضرورته اليه لم يمتنع توليه الطرفين، و أيضاً فإنه إذا أمرهما معا كما يأتى به السعى محسوب للأمر بالبيع، فلا يبقى فعل للأمر بالشراء ليتولاه عنه.

نعم لو أمر بالشراء فقط فسعى فيه، و ماكس عن المشتري الى أن بلغ به المرتبه المأمور بتحصيلها، كان ذلك محسوباً له. و لا يراد بالبيع و الشراء هنا الإيجاب و القبول، لأن توليهما من الواحد عن البائع و المشتري جائز عند المصنف، فلا يمتنع إيقاعهما بالأمر و أخذ الأجره عليهما، لأن كلا منهما عمل برأسه مستقل بنفسه بخلاف ما سبق.

و لو هلك المتاع فى يد الدلال من غير تفريط فلا- ضمان، و يضمن لو فرط، و يقدم قوله مع اليمين و عدم البينه فى عدم التفريط، و فى قيمه لو ثبت بالإقرار أو البينه.

## المطلب الثانى: فى حكمه و وجوبه

### إشاره

المطلب الثانى: فى حكمه و وجوبه:

حكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري و التسلط على التصرف مطلقا على رأى، للنهى عن بيع ما لم يقبض خصوصا الطعام، و الأقوى الكراهيه. قوله: (حكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري).

أى: الضمان الذى كان متعلقا بالبائع، و هو كون المبيع لو تلف محسوبا من ماله، فإنه بعد القبض لو تلف يكون من مال المشتري. و هنا سؤال، و هو أنه قد سبق أن القبض فى المنقول نقله، فيشكل عليه أنه لو أخذه المشتري بيده و لم ينقله، بل تسلمه فى موضعه الذى كان فيه، ثم تلف لا يكون من ضمانه مع أنه فى يده، و ذلك غير ظاهر. و الروايه (١) و إن دلت على ذلك إلا أن ما دل على ثبوت الضمان بإثبات اليد (٢) ينافيها. و الجواب يحتاج الى فضل تأمل، و تحقيق هذا موقف على تحقيق معنى إثبات اليد.

قوله: (و التسلط على التصرف مطلقا على رأى، للنهى عن بيع ما لم يقبض خصوصا الطعام، و الأقوى الكراهيه).

أى: من أحكام القبض التى ترتب عليه التسلط على التصرف مطلقا على رأى لبعض الأصحاب، فلا يصح كل تصرف قبله، للنهى عن بيع ما لم يقبض (٣)، و ثبوت هذا النهى يقتضى المنع من بعض التصرفات، فيكون حينئذ

ص: ٣٩٧

١- (١) الكافى ٥: ١٧١ حديث ١٢، [١] التهذيب ٧: ٢١ حديث ٨٩.

٢- (٢) الفروع ٥: ١٧٣ حديث ١٧، التهذيب ٧: ٢٣ حديث ٩٨.

٣- (٣) الفقيه ٣: ١٢٩ حديث ٥٦٠، التهذيب ٧: ٣٥ حديث ١٤٧.

و له بيع ما انتقل إليه بغير بيع قبل قبضه، كالميراث و الصداق و عوض الخلع.

جواز مجموع التصرفات موقوفا على القبض.

و متعلق الجار في قوله: (للهي عن بيع ما لم يقبض) هو التسلط، و ليس أخص من الدعوى كما قيل، لأن توقف التسلط على مجموع التصرفات من حيث المجموعيه على القبض يتحقق بالمنع من بعضها قبله، و إنما ينبغي توقفه عليه لجواز المجموع قبله، لا لجواز البعض فقط، لأنه إذا جاز البعض قبله و امتنع البعض لم يكن المجموع-الذي هو عبارته عن جميع التصرفات مع اعتبار الهيئه الاجتماعيه- جائزا، و لا يجوز إلا بعد القبض، و فرق بين توقف المجموع و توقف الجميع، لا اعتبار الهيئه الاجتماعيه في الأول، و لا يلزم من توقفها توقف كل فرد من تلك الأفراد، بخلاف توقف الجميع، فإن الهيئه الاجتماعيه غير منظور إليها فيه، فإثبات الحكم لكل الأفراد مع قطع النظر عن هيئه الاجتماع، إنما يتحقق إذا كان كل فرد متوقفا.

فعلى هذا يراد بقول المصنف: (التسلط على التصرف) جملة من حيث الجملة و يكون قوله: (مطلقا) هو الكاشف عن هذا المراد، و هو أولى من حمل الشهيد في بعض فوائده إياه على التعميم في الطعام و غيره، و المكيل و الموزون و غيرهما.

و لو حملت العبارة على اراده كل تصرف تصرف بحيث لإيراد الجميع، لكان فيه-مع كون الدليل أخص من المدعى- الفساد من حيث المعنى أيضا، إذ من المعلوم عدم توقف كل فرد من افراد التصرفات على القبض، و إنما خص الطعام، لأن أكثر المانعين من الأصحاب خصوا بالمنع به.

و في بعض الفوائد المنسوبة إلى ولد المصنف: أن الطعام الحنطه و الشعير، و كيف كان فالأصح الكراهيه، جمعا بين الأخبار، و توفيقا بين الأدله.

و لو أحال من له عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم، فالأقوى الكراهيه، و على التحريم يبطل، لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه، قوله: (و لو أحال من له عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم، فالأقوى الكراهيه).

المنع من ذلك يتوقف على كون الحوالة بيعا، و أنّ بيع ما لم يقبض ممنوع منه، و كل من الأمرين متنف، فإنّ الحوالة استيفاء، لما فيها من معنى التحويل، و بتقدير أن تكون معاوضه لا- يتعين كونها بيعا، و لو ثبت ذلك، فيبيع الطعام قبل قبضه مكروه لإحرام، و الأصح الكراهيه.

فإن قلت: ما وجه الكراهيه؟ قلت: التحرز مما هو مظنه التحريم، و المحافظه على الخروج من الخلاف.

فان قلت: على هذا يكفي كون أحد المالين سلما، إما المحال به، أو المحال عليه فلم اعتبر فيهما معا كونهما سلما؟ قلت: لأن المنع إنما هو من بيع ما لم يقبض، و إذا كان أحد المالين سلما دون الآخر لم يتعين، لكونه مبيعا، لإمكان اعتباره ثمنا، إذ لا معين لأحدهما.

و اعلم أن الباء في قوله: (بقبضه) متعلقه بقوله: (أحال)، و كذا (على) في قوله: (على من له عليه مثله).

قوله: (و على التحريم يبطل، لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه).

أى: و على القول بتحريم هذه الحوالة يبطل، لأن المحتمل قبض المحال به عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه، و هذا يقتضى أن يكون بيع ما لم يقبض بناء على تحريمه باطلا، و قد صرح فى المختلف بخلافه (1)، و كأنه بناه على أن النهى

ص: ٣٩٩

---

١ - ١) لم نجده فى المختلف، و قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٧١٤؛ و [١] حكى فى جامع المقاصد [٢] عن المختلف أنه صرح بعدم البطلان، و كأنه بناه على أن النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد، و لكنى لم أجد ذلك فى المقام.



و كذا لو دفع إليه مالا و أمره بشراء طعام له لم يصح الشراء و لا يتعين له بالقبض.

أما لو قال: اشتر به طعاما و اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك صح الشراء، و فى القبض قولان. و لو كان المالان أو المحال به قرضا فى المعاملات لا يقتضى الفساد، و يشكل بأن النهى هنا راجع الى نفس المبيع، فكان كبيع المجهول.

إذا عرفت هذا فلا يخفى ما فى هذا التعليل من عدم الارتباط بالمدعى، فإن الحواله إن لم تكن بيعا لم يكن القبض عوضا عن مال المحتمل مؤثرا للفساد، إلا أن ينزل على أن القبض عوض عن المال يقتضى كونها بيعا، و هو غير واضح.

قوله: (و كذا لو دفع إليه مالا، و أمره بشراء طعام له لم يصح الشراء).

لأن مال الغير يمتنع به شراء شىء لنفسه ما دام على ملك الغير، و مال فى المختلف الى جواز ذلك (١)، و الأصح ما هنا، إلا أن يعلم بقرينه أنه يريد قضاء طعامه بالدراهم و إن كانت من غير الجنس، أو يريد قرضه إياها، أو شراءه لمن عليه الطعام، و استيفاؤه بعد الشراء، و يكون التعبير بكون الشراء له اثلا الى ذلك.

و اعلم أن فى قوله: (و كذا) مناقشه، فإن التشبيه لهذه بما قبلها غير واضح.

قوله: (و فى القبض قولان).

يلتفتان الى أن الواحد هل يتولى طرفى القبض فى غير الأب؟ و قد منعه الشيخ فى المبسوط (٢)، و الأصح الجواز.

قوله: (و لو كان المالان أو المحال به قرضا صح).

ص: ٤٠٠

---

١- (١) المختلف: ٣٩٤.

٢- (٢) المبسوط ١٢١: ٢.

صح، وكذا يصح بيعه على من هو عليه، ولمالك الوديعة والقراض و مال الشركة البيع في يد المستودع و العامل و الشريك، وكذا كل أمانه هي في يد الغير، كالمرتهن و الوكيل.

و لو باع ما ورثه صح، إلا- أن يكون الميت قد اشتراه و لم يقبضه فخلاف، و كذا الإشكال في الاصداق و شبهه. أما إذا كان المالاين قرضاً فلا- بحث، و أما إذا كان المحال به فلاّ بيع ما لم يقبض بناء على التحريم غير متحقق، و كان الأولى أن يقول: أو أحدهما، سواء المحال به أو المحال عليه، لأنه إذا كان أحدهما قرضاً لم يتعين كون الآخر هو المبيع.

و ليس له أن يقول: إن المحال به مشبه للمبيع من حيث تخيل كونه مقابلاً- بالآخر، إذ ربما يقال: إن شبهه بالثمن أظهر لاقترانته بالبائ، و كل ذلك ضعيف، فالأولى ما ذكرناه و قد لحظه في الدروس فعبر ب(أحدهما) (١).

و يظهر من كلام التذكرة مجيء احتمال عدم صحه الحوالة إذا كان المحال به قرضاً (٢)، و هو مخالف لما هنا، و مراده بقوله: (صح) أن ذلك جار على القول بعدم صحه الحوالة في المسألة السابقة، و إلاّ فإذا صح هناك فهنا بطريق أولى.

قوله: (و لو باع ما ورثه صح، إلاّ أن يكون الميت قد اشتراه و لم يقبضه فخلاف).

إنما أعاد صحه بيع الموروث ليستثنى منها ما إذا اشترى الميت و لم يقبض على الخلاف، و الفتوى هنا كالفتوى فيما سبق بالجواز مع الكراهية.

قوله: (و كذا الإشكال في الإصداق و شبهه).

أى: مثل الاشكال و الخلاف في الموروث إذا اشتراه الميت و لم يقبضه، و باعه الوارث، الإشكال في الاصداق و عوض الخلع، و نحوهما إذا اشترى المصدق الصداق مثلاً و لم يقبضه، و أرادت المرأه بيعه، و هذا غير متبادر من العبارة.

و لو أنه قال: و كذا الإشكال في الصداق و شبهه لكان أدل و أظهر، لأن

ص: ٤٠١

١- (١) الدروس: ٣٤١.

٢- (٢) التذكرة ٤٧٥: ١. [١]

و لو قبض أحد المتبايعين فباع ما قبضه ثم تلفت الأخرى قبل القبض بطل الأول، و على البائع الثاني قيمه ما باعه، و الإطلاق يقتضى تسليم الثمن و المثل، فان امتنعا أجبرا و يجبر أحدهما لو امتنع، سواء كان الثمن عينا أو دينا.

و لو اشترط أحدهما تأخير ما عليه صح، و كذا يصح لو اشترط البائع سكنى الدار سنه أو الركوب مده.

المشبه حينئذ الصداق بالميراث، فحيث جعل المشبه الاصدقا صار تعيين المراد بعيدا عن الفهم.

و حكى شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه: أن فى بعض النسخ: و كذا الإشكال فى الاصدقا و شبهه. و فيه: ان التشبيه غير ظاهر وجهه، و مع ذلك فقد سبق بيان هذا الحكم، فيكون تكرارا بغير فائده.

قوله: (بطل الأول، و على البائع الثاني قيمه ما باعه).

أما البطلان فلأن تلف أحد العوضين قبل القبض يقتضى انفساخ العقد، و أما وجوب قيمه ما باعه البائع الثاني، فلأنه لا سبيل الى بطلان المعاوضه الصحيحه اللانزمه لحدوث مبطل للمعاوضه الأولى، فان الحق هنا يتعلق بثالث، بل يجعل بمنزله التالف، فتجب قيمته إن كان قيميا، و إلا فمثله، و لم يتعرض للمثل لظهوره.

قوله: (و الإطلاق يقتضى تسليم الثمن و المثل، فان امتنعا أجبرا، و يجبر أحدهما لو امتنع).

هذا بيان وجوب التسليم على كل من المتبايعين، و هذا و إن كان من أحكام القبض إلا أنه لكونه أصلا فى الباب أفردته بالذكر، و لأن المراد بحكم التسليم ما يترتب عليه بعد تحققه، و كل ما ذكره من الأحكام سابقا فهو من هذا القبيل.

و أراد بوجوبه أمرا آخر، و لا ريب أن الإطلاق يقتضى تسليم العوضين،

و إذا تلف المبيع قبل قبضه، فهو من ضمان البائع و يفسخ العقد.

و إتلاف المشتري قبض، و إتلاف الأجنبي لا يوجب الانفساخ على الأقوى، نعم يثبت للمشتري لكون كل من العوضين ينتقل الى من يراد بالعقد انتقاله اليه، و الفرض أنه حال، و الأصح أنهما يجبران معا على التسليم.

فلا يبدأ بالبائع خلافا للشيخ (1)، و لا بالمشتري لاستواء العقد في إفاده الملك بالنسبة الى كل واحد منهما.

و لو امتنع أحدهما من قبض ماله أجبره الحاكم، فإن أصر و كل من يقبض عنه، و مع فقد الحاكم فالظاهر أنه كالدين إذا بذله و عرضه عليه فامتنع من قبوله يصير في ضمانه، لأن الدين كذلك مع أنه غير متعين، فالمبيع المتعين أولى.

قوله: (و إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من ضمان البائع).

لا ريب في هذا، فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف بأقل زمان، و يكون التلف كاشفا عن هذا، و مثله دخول الدين في ملك الميت، و العبد في ملك المعتق عنه، و الصداق في ملك المصدق عنه.

قوله: (و إتلاف الأجنبي لا يوجب الانفساخ على الأقوى).

لأنه عاد غاصب مال الغير، فيجب أن يثبت لصاحب المال الرجوع عليه، و يحتمل إيجابه الانفساخ، لأن تلف المبيع قبل قبضه متحقق فيما لو أتلغه متلف، و الأول أصح.

و يحمل إطلاق كون التلف قبل القبض من البائع على التلف بنفسه، جمعا بينه و بين إطلاق تعلق الضمان بالجاني، و عدم تضييع حق المشتري الثابت له بالعقد.

قوله: (نعم يثبت للمشتري الخيار).

ص: ٤٠٣

الخيار، و إتلاف البائع كإتلاف الأجنبي على الأقوى. و لو تعيَّب بجنايه أجنبي فللمشتري الفسخ و مطالبه الجاني بالأرض، و الأقوى أن جنايه البائع كذلك، و لو كان بآفه سماويه، فللمشتري الخيار بين الرد و الأرض على إشكال. و لو تلف أحد العبدین انفسخ البيع فيه و سقط قسطه من الثمن، و كذا كل جملة تلف بعضها و له قسط من الثمن، و لو لم يكن له قسط من الثمن كقطع يد العبد فللمشتري الرد، و فى الأرض نظر، و السقف من الدار لأن المبيع حينئذ من ضمان البائع، فلا بد للضمان من حكم، و ليس إلا الفسخ و الرجوع عليه بالثمن، فيرجع البائع على المتلف بالمثل أو قيمه.

قوله: (و إتلاف البائع كإتلاف الأجنبي على الأقوى).

وجه القوه أنه متلف مال الغير عدوانا، فيجب عليه ما يجب على الأجنبي، و يحتمل أن يكون إتلافه فسحا، تسويه بين إتلافه و تلف المبيع بنفسه. و يضعف بأنه ليس بفسخ، فإتلافه يكون عدوانا يترتب عليه استحقاق المطالبه بما أتلفه.

قوله: (و لو كان بآفه سماويه فللمشتري الخيار بين الرد و الأرض على إشكال).

ينشأ: من أنه تعيب على ملك المشتري لا من قبل أحد، و من أنه مضمون على البائع، و الأصح أن له الأرض إن لم يفسخ، و قد سبق بيان ذلك مرارا.

قوله: (و لو تلف أحد العبدین انفسخ البيع فيه، و سقط قسطه من الثمن).

لأنّ تلفه قبل القبض على ملك البائع.

قوله: (و كذا كل جملة تلف بعضها و له قسط من الثمن، و لو لم يكن له قسط من الثمن كقطع يد العبد فللمشتري الرد، و فى الأرض نظر).

الفرق بين ماله قسط من الثمن و بين ما ليس له ذلك: أن الأول لا يبقى

كأحد العبدین لا كالوصف. و لو اشترى بدینار فدفعه، فزاد زیاده لا تكون إلا غلطاً أو تعمداً، فالزیاده فی يد البائع أمانه، مع فواته أصل المبیع، بل بعضه كأحد العبدین أو سقف البیت و نحوه، و الثانی یبقی معه أصل المبیع، و الجزء التالف بمنزله الوصف كید العبد و نحوه من أعضائه، التي فواتها لا یخلّ ببقاء العبد.

و قد یفرق بین ما له قسط و ما لا قسط له بإمكان الأفراد بالبیع و عدمه، فما أمكن أفرادهم الأول، و ما لا یمكن فمّن الثانی.

و منشأ النظر فی ثبوت الأرش: من أنه لا- قسط له من الثمن، فلا أرش له، لأن الأرش هو مقدار حصته من الثمن، و من أن قیمه تزید بوجوده، و تنقص بعدمه، و فواته من أظهر العیوب و أبینها، و للقطع بأن المبیع هو مجموع بدن العبد و قد فات بعضه، و الأصح تخیره بین الرد و الأرش.

قوله: (لا كالوصف).

فلو كان العبد كاتباً فنسی الكتابه قبل القبض فـللمشتری الرد خاصه، فإن الفاتئ لیس بعضاً من المبیع، و من ثم لو شرط كونه كاتباً فظهر بخلافه لم یستحق سوی الرد.

قوله: (و لو اشترى بدینار فدفعه فزاد زیاده لا تكون إلا غلطاً أو تعمداً، فالزیاده فی يد البائع أمانه).

احترز بالزیاده التي لا- تكون إلا- غلطاً أو تعمداً عن الزیاده التي تتفاوت بها الموازین فإنها للبائع، كما أن مثلها فی المبیع للمشتری، و مثله زیاده الثمن أو نقصانه عن قیمه بما یتغابن به و یتسامح به عادة، فإنه لا- یثبت به خیار الغبن و إن تحققت الجهاله.

و فی كون الزیاده فی يد البائع أمانه نظر، فإنه إنما قبضها بناء علی أنها من جمله الثمن، فتكون كالثمن مضمونه، و هو الأصح.

و هي للمشتري في الدينار مشاعه. و لو ادعى المشتري النقصان قدم قوله مع اليمين و عدم البيئه، إن لم يكن حضر الكيل أو الوزن، نعم لو دفعها المشتري عن عمد فالمتجه حينئذ كونها أمانه، لأن دفعها مع علمه بأنها ليست حقا له يقتضى رضاه بيده.

قوله: (و هي للمشتري في الدينار مشاعه).

لأن الثمن كان في الذمه غير معين، فحيث عينه في المدفوع، و حصل قبض البائع له تعين، و ليس ببعيد أن يثبت للبائع الفسخ، لأن الشركه عيب، فإذا فسخ رجع الثمن إلى الذمه كما كان. و يحتمل العدم، لأنه قد رضى بكونه أمرا كليا في الذمه، فإذا عينه في شيء بخصوصه كان أقل شيوعا مما رضى به.

و هل يتفاوت الحال في ذلك لو عين الثمن في العقد، بان باعه بهذا الدينار، فظهر فيه زياده؟ ليس ببعيد عدم التفاوت، لأن المدفوع ثمنا يصلح للثمنيه.

غايه ما يقال: أنه وصفه بكونه دينارا و قد فات، فيتخير في فسخ البيع و عدمه، و ما سبق في الصرف من أنه لو باعه دينارا بهذا الدينار، فظهر فيه زياده بطل.

وجهه لزوم الربا بالزياده في أحد العوضين المعينين، و فيه بحث، فإن الزياده غير داخله في المبيع قطعاً للحكم بأنها للدافع، فكيف يلزم الربا؟ فينبغي تأمل هذا المبحث. و اعلم أن فائده الإشاعه تظهر إذا قلنا: إنها أمانه، و تلف المجموع أو البعض بغير تفريط، فان التالف من الزياده لا يجب له عوض.

قوله: (و لو ادعى المشتري النقصان قدم قوله مع اليمين و عدم البيئه، إن لم يكن حضر الكيل أو الوزن).

أى: ادعى نقصان المدفوع اليه على أنه المبيع بأن قال: ما دفعته إليّ على أنه المبيع نقص كذا، فإن الأصل عدم وصول حقه إليه، فيقدم قوله بيمينه.

و إلا فالقول قول البائع مع يمينه، بخلاف ما لو ادعى إقباض الجميع. قوله: (و إلا فالقول قول البائع مع يمينه).

أى: إن لم يكن كذلك بان حضر الكيل فى المكيل، و الوزن فى الموزون، و مثله العد فى المعدود و فيما يعد و إن بيع جزافا، لأن الظاهر أنه لم يرض به إلا بعد الاحتياط لنفسه فى ملاحظه المقدار، فىكون الظاهر مرجحا لقول البائع و مقويا لجانبه، فىقدم قوله بيمينه.

قوله: (بخلاف ما لو ادعى إقباض الجميع).

أى: التفصيل فى المسأله السابقه بما إذا لم يحضر الاعتبار فىقدم قوله، و ما إذا حضر فىقدم قول البائع، بخلاف ما إذا ادعى البائع إقباض الجميع، فأنكره المشتري، فان قول المشتري بيمينه مقدم هاهنا سواء حضر الاعتبار أم لا، إذ لم يتفقا على تسليم المبيع هنا، و إنما البائع يدعيه و المشتري ينكره.

و لا يلزم من حضور المشتري الاعتبار حصول تسليمه. و أما فى المسأله الأولى فقد اتفقا على تسليم ما يعد أنه مبيع، و المشتري يدعى نقصانه عن القدر المعين.

فان قلت: فعلى هذا يجب أن يكون القول قول البائع مطلقا.

قلت: إذا لم يحضر المشتري الاعتبار لا وجه لتقديم قول البائع، لأنه بنى على قول غيره، و تمسك بظاهر الحال، و تطرق الخلل إليه كثير بخلاف اما لو حضر.

و أيضا فإن البناء على ظاهر الحال لا يقتضى وصول حقه اليه بوجه، فإنه لو صرح بأن الذى وصل إليّ تسلمته على أنه مجموع المبيع بناء على الظاهر و ركونا الى قول الغير لم يكن إقرارا بوصول جميعه، و مع ذلك فالأصل عدم وصول حقه اليه و بقاؤه عند البائع.

و ليس لهذا الأصل معارض من ظاهر و لا غيره كما فى الشق الآخر، فكان قوله بيمينه هو المقدم.



و لو أسلفه طعاما بالعراق لم يجب الدفع فى غيره، فان طالبه بالقيمه لم يجز على رأى، لأنه بيع الطعام قبل قبضه، قوله: (و لو أسلفه طعاما بالعراق لم يجب الدفع فى غيره).

لاختلاف البلدان فى قيمه الطعام، فربما كان فى بلد المطالبه أعلى، و لأن السلف إن اشترط فيه تعيين مكان التسليم فظاهر، و إلا فإن الإطلاق منزل على التسليم فى بلد العقد.

و يشكل، بأنه ربما لم يكن مريدا الى بلد السلف، أو أن المسلم إليه لا يوثق بعوده اليه و الظفر به هناك، بل ربما يكون قد هرب من المسلم، فلم يظفر به إلا- بعد مدته، فيكون منعه من مطالبته مفضيا الى ذهاب حقه أبدا، و طريقا إلى مدافعه الغريم عن أداء الحق دائما، و ذلك ضرر بين مع كون الدين حالا، و الاستحقاق له ثابت.

و التحقيق: أن يقال: له المطالبه به إن كان فى موضع المطالبه مثل بلد السلف أو أدون، و إن كان أكثر فله المطالبه بقيمه بلد السلم، لتعذر المثل.

و لو أتاه برهن أو ضممين و تهيأ للمسير معه مع أول رفقته فالظاهر عدم وجوب الصبر، لما فيه من الضرر، و تأخير الدين الحال المستحق.

قوله: (فان طالبه بالقيمه لم يجز على رأى، لأنه بيع الطعام قبل قبضه).

قد سبق أن بيع الطعام قبل قبضه مكروه، فلا- يكون ممنوعا منه، مع أن دفع القيمه و إن كان معاوضه على الطعام فلا دليل على تحتم كونها بيعا.

و يمكن المنع بوجه آخر، و هو أن القيمه لم يجر عليها عقد السلف، و لم يدل دليل على استحقاقها، إنما المستحق هو الطعام، فان ثبتت المطالبه به فذاك، و إلا فلا مطالبه بالقيمه.

و يمكن الجواب: أن الطعام قد حل، و التقصير من المسلم إليه، حيث لم يحضره فى مكان التسليم عند الحل، و لا مانع من التسليم الآن، إلا أن كونه ليس

و لو كان قرضا جاز أخذ السعر بالعراق، و لو كان غصبا فله المثل حيث كان، فان تعذر فالقيمه الحاضره عند الإعواز. في مكان التسليم الذي هو حق عليه.

فإذا أسقطنا حق المسلم من المطالبه بالطعام ارتفاعا بحال المسلم اليه فينتقل حق المسلف إلى القيمه في مكان التسليم جمعا بين الحقيين، و ليس هذا كما إذا انقطع المسلم فيه عند الحلول، فإنّ تعذر العوض يمنع من استحقاق المطالبه به، لأنه يستلزم التكليف بما لا يطاق، و القيمه لم يجز عليها العقد.

قوله: (و لو كان قرضا جاز أخذ السعر بالعراق).

لأنّ تطرق المنع من جهه تحريم البيع قبل القبض منتف هنا، لكن يشكل بأنّ المطالبه بالقرض إنما هي في بلده، لأنه حين دخوله في ملك المقترض استحققت مطالبته، فيختص بذلك البلد.

و يضعف، بأنّ استحقاق المطالبه به في ذلك المكان لا- يمنع من المطالبه به مطلقا، و لا دليل يدل على الاختصاص، فيستحق المطالبه مطلقا، و لو سلّم فما ذكرناه في السلم آت هنا.

فعلى الجواب الأول يستحق المطالبه بالطعام كائنا ما كان، و هو خيره المختلف (١) و فيه قوه، و على الثاني يطالب بقيمه العراق.

قوله: (و لو كان غصبا فله المثل حيث كان).

لأنه حق ثبت عليه لعدوانه، فيعم كل مكان، و لأنه مأخوذ بأشق الأحوال.

قوله: (فان تعذر فالقيمه الحاضره عند الإعواز).

أى: و إن كانت أزيد من قيمه بلد الغصب، و يظهر من المختلف إيجاب قيمه بلد الغصب إذا كانت أقل (٢)، كقيمه العراق في الفرض المذكور.

ص: ٤٠٩

١- (١) المختلف: ٣٩٥.

٢- (٢) المختلف: ٤٩٥.

**أ:النماء قبل القبض إذا تجدد بعد العقد للمشتري**

أ:النماء قبل القبض إذا تجدد بعد العقد للمشتري، فإن تلف الأصل قبل القبض بطل البيع ولا ثمن على المشتري وله النماء، فإن تلف النماء من غير تفريط لم يضمن البائع.

**ب: لو امتزج المبيع بغيره قبل القبض**

ب: لو امتزج المبيع بغيره قبل القبض، تخير المشتري بين الفسخ و الشركة.

**ج: لو غصب قبل القبض و أمكن استعادته بسرعة لم يتخير المشتري**

ج: لو غصب قبل القبض و أمكن استعادته بسرعة لم يتخير المشتري، و حكى الأول -و هو مختاره هنا- عن والده، و هو الأصح، و لو تفاوتت القيم فقيمه وقت الدفع، لأنه وقت الانتقال إلى القيمه فى المثلى، و يحتمل الأعلى من حين الانقطاع الى حين الدفع. و الإعواز بكسر أوله: [الفقدان] (١).

قوله: (فان تلف النماء من غير تفريط لم يضمن البائع).

لأن المضمون عليه إنما هو المبيع لا نماؤه، فإن المعاوضه لم تجر إلا على الأصل.

قوله: (لو امتزج المبيع بغيره قبل القبض تخير المشتري بين الفسخ و الشركة).

ما سبق من كلامه فى الفرع السابع من فروع ما يدخل فى المبيع ينافى هذا الإطلاق، و المعتمد ما هنا، و متى رضى بالشركه فمثونه القسمه على البائع، لأنّ هذا العيب مضمون عليه، و التخلص منه واجب عليه، و لوجوب تسليم المبيع إلى المشتري بعينه.

قوله: (لو غصب قبل القبض و أمكن استعادته بسرعة لم يتخير المشتري).

و تجب على البائع استعادته فى صوره الإمكان، لأن التسليم واجب عليه، و لا يتم إلا بالاستعادة.

١-١) في «م» ورد بياض مكان هذه الكلمة.

و إلا تخير المشتري، و فى لزوم البائع بالأجره عن مده الغصب نظر، و لو منعه البائع عن التسليم ثم سلم، فعليه اجره مده المنع. قوله: (و إلا تخير).

أى: و إن لم يمكن استعادته بسرعه، بأن لم يمكن أصلاً، أو أمكن بمضى زمان كثير تخير فى الفسخ و الصبر.

قوله: (و فى لزوم البائع بالأجره مده الغصب نظر).

حقه أن يقول: و فى إلزام البائع الى آخره، و منشأ النظر: من أن العين مضمونه عليه، و المنفعه من توابعها فتكون مضمونه، و لأن ذلك نقص دخل على المبيع قبل القبض، فيكون من ضمان البائع، و من أن المضمون: العين، و ما كان من توابعها الداخلة فى البيع.

و ليست المنفعه من هذا القليل، و إنما هى نماء للمبيع فلا تكون مضمونه، و هو الأصح، و لا ريب فى ضعف هذا النظر، فقد سبق عن قريب أن النماء غير مضمون، و المنفعه نماء.

نعم، قد يقال: إن النماء المتصل محل التردد، فإن المبيع لو سمن فى يد البائع ثم هزل يجىء فيه الوجهان، لا إن كان السمن موجوداً وقت العقد، فإنه مضمون قطعاً.

قوله: (و لو منعه البائع عن التسليم، ثم سلم فعليه اجره مده المنع).

لو قال: عن التسلم (1) لكان أولى، لأن التسليم فعل البائع، فكيف يمنع عنه المشتري؟

ص: ٤١١

---

١- ١) فى «م»: التسليم، و ما أثبتناه هو الصواب.

الفصل الثالث: في الشرط:

عقد البيع قابل للشروط التي لا تنافيه، وهي إما أن يقتضيها العقد - كالتسليم، و خيار المجلس، و التقابض، و خيار الحيوان، فوجود هذه الشروط كعدمها - وإما أن لا يقتضيها.

فاما أن يتعلق بمصلحه المتعاقدين - كالأجل، و الخيار، و الرهن، و الضمين، و الشهاده، و صفه مقصوده في السلعه، كالصناعه، و و اعلم أن إطلاق هذه العبارة يقتضى شمول ما إذا كان منع البائع التسليم بحق، كما لو حبس المبيع لقبض الثمن، و في ثبوت الأجره في هذه الصوره نظر، ينشأ: من أن حبسه بحق و اذن من الشارع، و من أن جواز الحبس غير سقوط حق المنفعه، فلا يلزم من ثبوت الأول الثاني.

و لو طلب المشتري الانتفاع بالمبيع في يد البائع بنفسه و بغيره الى حين تسليم الثمن فالظاهر أن للبائع المنع، و النفقه في مده الحبس على المشتري، لأنه ملكه، و ما أشبه هذه بمسأله منع الزوجه نفسها قبل الدخول الى أن تقبض المهر، فان في استحقاقها النفقه تردها، و يحتمل الفرق بين الموسر و المعسر.

قوله: (و هي إما أن يقتضيها العقد).

الضمير يعود الى الشروط مطلقاً، و إن كان المتبادر عوده الى الشروط التي لا تنافى البيع، لأنها المذكوره، و المراد ب(ما يقتضيها العقد): ما وضعه في نظر الشارع على أن يكون مفيداً لها، كالملك في المبيع للمشتري، و الثمن للبائع - و هذا هو المقصود الأصلي - و التسليم الذي لا - يتم معظم الغرض المطلوب - و هو الانتفاع - إلا - به، و خيار المجلس، و الحيوان، و نحوهما مما جعله الشارع من كمال الارتفاق بحال المتبايعين، أو أحدهما بالنسبه إلى البيع.

قوله: (و إما أن لا - يقتضيها العقد، فإما أن يتعلق بمصلحه المتعاقدين - كالأجل، و الخيار، و الرهن، و الضمين، و الشهاده، و صفه مقصوده في السلعه كالصياغه و الكتابه).

الكتابه، و هو جائز إجماعاً-و إما ان لا يتعلق.

فاما أن لا ينافى مقتضى العقد-كاشتراط منفعه البائع، كاشتراط خياطه الثوب أو صياغه الفضة، أو اشتراط عقد فى عقد، كأن يبيعه بشرط أن يشتري منه، أو يبيعه شيئاً آخر، أو يزوجه، أو يسلفه، أو يقرضه، أو يستقرض منه، أو يؤجره، أو يستأجره، أو يشترط ما بنى على التغليب و السرايه، كشرط عتق العبد، فهذه الشروط كلها سائغه-و إما أن ينافى مقتضى العقد، كما لو شرط أن لا يبيعه، أو الذى يفهم من سوق عبارته هنا و مما سيأتى من القسم الثالث، أن مراده بما(يتعلق بمصلحه المتعاقدين): ما يتعلق بها بالنسبه إلى العقد، أو أحد العوضين، و إنّ سرد الأمثله يدل على ذلك، فإن الأجل فى أحد العوضين، و الخيار المشروط لهما، أو لأحدهما فى العقد، و الرهن و الضمين بالنسبه الى أحد العوضين، و الشهاده على تلك المعاوضه، كله يشعر بذلك، و كذا تقييد الصفه المقصوده بكونها فى السلعه.

قوله: (و إما ان لا يتعلق، فإما أن لا ينافى مقتضى العقد كاشتراط منفعه البائع كخياطه الثوب، أو صياغه الفضة، أو اشتراط عقد فى عقد.)

المراد من كون هذا القسم لا يتعلق بمصلحه المتعاقدين: عدم تعلقه بها من جهه كونها متعاقدين، و إلا لزم التداخل بين هذا القسم و القسم الثانى، فخياطه الثوب محموله على ثوب لا يكون هو المبيع، و لا بعضه، و كذا الفضة.

قوله: (أو يشترط ما يبنى على التغليب و السرايه).

المراد به: العتق، و إنما كان مبنياً على التغليب، لأن عنايه الشارع بفك الرقبه اقتضت وقوع العتق بأدنى سبب يقتضيه، يعرف هذا بتتبع مسائل العتق، و من دلائل ابتناؤه على التغليب ثبوت السرايه إلى المجموع إذا أعتق الشقص.

قوله: (و إما أن ينافى مقتضى العقد، كما لو شرط أن لا يبيعه أو

لا يعتقه، أو لا يطاء، أو لا يهب، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، أو أن يعتقه و الولاء للبائع، فهذه الشروط باطله.

لا يعتقه أو لا يطاء أو لا يهب).

المراد ب(ينافى مقتضى العقد): ما يقتضى عدم ترتب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو بحيث يقتضيه، ورتبه عليه، على أن أثره و فائدته التى لأجلها وضع كانتقال العوضين الى المتعاقدين، و إطلاق التصرف لهما فى البيع، و ثبوت التوثق لهما فى الرهن، و المال فى ذمه الضامن بالنسبه إلى الضمان، و انتقال الحق إلى ذمه المحال عليه فى الحواله، و نحو ذلك.

فلو شرط فى المبيع أن يبقى على ملك البائع، لكان ذلك منافيا لما جعل الشارع عقد البيع واقعا عليه، و مقتضيا له.

و مثله لو شرط أن لا- ينتفع بالمبيع أصلا، أو لا يبيعه أبدا، أو لا يعتقه كذلك، أو لا يطاء الجاربه كذلك أيضا و نحو ذلك، لأن الغرض الأصلي من انتقال الملك إنما هو إطلاق التصرفات، فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلا نافي مقتضى العقد.

فان قلت: فعلى هذا لو شرط عدم الانتفاع زمانا معينا يجب أن لا يكون صحيحا، لمنافاته مقتضى العقد، إذ مقتضاه إطلاق التصرف.

قلت: لا يلزم ذلك، لأن إطلاق التصرف يكفى فيه ثبوت جوازه وقتا ما، فما دام لا يشترط المنع مطلقا لا يتحقق المنافى.

و يمكن أن يقال: أثر الملك من حيث هو التصرف فى كل وقت، فاشتراط المنع وقتا ما ينافى مقتضى العقد، و دفع ذلك لا يخلو من عسر. و كذا القول فى نحو خيار الحيوان مثلا، فان ثبوته مقتضى العقد، فيلزم أن يكون شرط سقوطه منافيا لمقتضاه مع أن اشتراط ذلك جائز.

و لا يمكن أن يراد بمقتضى العقد ما لم يجعل إلا لأجله، كانتقال العوضين فى البيع الذى هو الأثر الحقيقى له، لأن ذلك ينافى منع اشتراط أن لا يبيع المبيع



و الضابط: أن كل ما ينافى المشروع، أو يؤدي إلى جهالة الثمن أو المثلث فإنه باطل، والأقوى بطلان البيع أيضا. مثلا.

و الحاسم لماده هذا الاشكال أن الشروط على أقسام:

منها: ما انعقد الإجماع على حكمه من صحه و فساد، فلا عدول عنه.

و منها: ما وضح فيه المنافاه للمقتضى، كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع، و وضح مقابله و لا كلام فى اتباع ما وضح.

و منها: ما ليس واحدا من النوعين، فهو بحسب نظر الفقيه.

قوله: (و الضابط أن كل ما ينافى المشروع، أو يؤدي إلى جهالة الثمن، أو المثلث فإنه باطل).

قد يتوقف فى صحه هذا الضابط، فإن منافاه اشتراط عدم الهبه للمشروع غير ظاهر، إذ يشرع كون الشيء مملوكا و لا يهبه مالكة، و سوق كلامه يقتضى اندراج هذا و ما قبله فى الضابط.

فان قلت: منافاته من جهه منعه من الهبه.

قلت: منعه من الهبه إن أريد به بالنسبه إلى العقد المعرّى عن الشرط فهو وارد فى كل شرط، لأنه مخالف لمقتضى العقد الخالى منه، و إن أريد بالنسبه إلى العقد المتضمن له فهو غير واضح.

ثم إن قوله: (أو يؤدي الى جهالة الثمن أو المثلث) داخل فيما ينافى المشروع، فإن بيع الغرر غير مشروع.

قوله: (و الأقوى بطلان البيع أيضا).

أى: إذا شرط شيئا منافيا يبطل البيع المتضمن للشرط كما يبطل الشرط.

و وجه القوه: أن التراضى لم يقع إلا- على المجموع من حيث هو مجموع، فإذا امتنع بعضه انتفى متعلق التراضى، فيكون الباقي تجاره لا عن تراض، و هو الأصح.

و يحتمل- ضعيفا- الصحه، لأن التراضى قد تعلق بكليهما، فإذا امتنع

و يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدره من منافع البائع دون غيره، كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرا، و لو شرط التبقية صح، و لو شرط الكتابه أو التدبير صح، و لو شرط أن لا خساره لم يصح. أحدهما بقى الآخر. و ليس بشىء، لأن التراضى بالمجموع لا بكل منهما.

قوله: (و يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدره من منافع البائع دون غيره، كجعل الزرع سنبلًا).

أى: دون غير ما يدخل تحت القدره، كاشتراط جعل البائع الزرع سنبلًا، فان ذلك غير مقدور له، بل لله تعالى اسمه.

و فسره شيخنا الشهيد بشرط أن يجعل الله الزرع سنبلًا، و كأنه نظر الى أن الأول لا يكاد يتصور وقوعه من عاقل، للعلم البديهي بامتناع ذلك من غير الإله سبحانه.

و إنما بطل هذا الشرط أيضا، لأن جعل الله سبحانه الزرع سنبلًا، و البسر تمرا ليس للبائع فيه مجال السعى، بخلاف إسهاد الشاهدين، فان ذلك و إن لم يكن من مقدوراته -لأن تحمل الشاهدين الذى هو المطلوب بالشرط فعلهما لا فعل البائع- إلا أنه يمكن سعيه فى وقوعه و التماسه لتحقيقه.

قوله: (و لو شرط التبقية صح).

لأن تبقية الزرع إلى أوان صيرورته سنبلًا، أو غير ذلك مقدور له.

قوله: (و لو شرط الكتابه أو التدبير صح).

إذ هما فى معنى العتق، و عموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١) يتناول الجميع.

قوله: (و لو شرط أن لا خساره لم يصح).

أى: لو باعه و شرط كون خساره المبيع عليه -أى: على البائع لم يصح- لأنه خلاف مقتضى ثبوت الملك.

ص: ٤١٤

(١- ١) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٥.

**أ: لو شرط أجلا يعلمان عدمهما قبله**

أ: لو شرط أجلا يعلمان عدمهما قبله، كما لو شرط تأخير الثمن ألف سنة، أو الانتفاع بالمبيع ذلك، فالأقرب الصحة على إشكال. و لو شرطاً أجلاً مجهولاً بطل البيع، لاشتماله على جهاله في أحد قوله: (لو شرط أجلا يعلمان عدمهما قبله، كما لو شرط تأخير الثمن ألف سنة، أو الانتفاع بالمبيع ذلك، فالأقرب الصحة على إشكال).

أى: لو شرط الانتفاع بالمبيع ألف سنة، والإشارة ب(ذلك) إلى ظرف الزمان من دون في مما ينظر في صحته.

و وجه القرب عموم: «المؤمنون عند شروطهم»، و منشأ الاشكال من هذا، و من أن اشتراط الأجل المذكور يقتضى منع البائع من الانتفاع بالثمن، و المشتري بالمبيع أصلاً، و هو مناف لمقتضى البيع. و فيه نظر.

فان الانتفاع يتحقق بانتفاع الوارث، و أيضاً فيلزم أن من كان مريضاً يقطع بموته فيه عادة لا يصح تأجيله سنة و سنتين، و هو بعيد، على أنّ الوجه الثاني لو كان صحيحاً لم يكن للأول أثر.

فلا يثبت الاشكال لوجوب استثناء هذا من عموم الشرط. و ما ذكره الشارح في توجيه الاشكال قريب (1)، لأن عموم الاشتراط يخص بوجوب استثناء المنافى.

و اعلم أن قرب أحد الوجهين ينافى الاشكال و التردد فيهما، فكيف يكون القرب لأحدهما على اشكال؟ و طرف الصحة ليس بعيداً، و إن كان التوقف في مثل ذلك طريق السلامة.

قوله: (و لو شرطاً أجلاً مجهولاً بطل البيع، لاشتماله على جهاله في

## ب:الأقرب وجوب تعيين الرهن المشروط-إما بالوصف أو المشاهدة

ب:الأقرب وجوب تعيين الرهن المشروط-إما بالوصف أو المشاهدة- أحد العوضين).

لأنه إن كان الأجل للثمن فالجهاله فيه،أو للثمن فالجهاله فيه.

قوله: (الأقرب وجوب تعيين الرهن المشروط،إما بالوصف أو المشاهدة).

إذ لو لم يعين يلزم الغرر و الجهاله،لأن الشرط داخل في أحد العوضين، و لما فى الأعيان التى تصلح لكونها رهنا من التفاوت الكثير فى تعلق الرغبات بها، و سهوله بيعها،و كمال الاجتهاد من رهنها فى فكها و عدم ذلك،فلو لا التعيين لأدى مع الجهاله إلى شدة التنازع،و هذا قوى.و يحتمل-ضعيفا-الجواز للأصل،و يتخير الراهن فى التعيين.

و استدلل الشارح على الأقرب بأنّ كلما يصح اشتراط رهنه يصح رهنه بالضرورة (1)،و يلزمه كلما لا يصح رهنه لا يصح اشتراط رهنه،و المجهول لا يصح رهنه،و فيه نظر.

فإن المقدمه الأولى و إن كانت صحيحه،لأن ما لا يصح رهنه أصلا لو صح اشتراط رهنه للزم صحه اشتراط ما لا يصح شرعا،إلا أن هذا لا يثبت به المدعى،لأن المتنازع فيه هو اشتراط رهن مجهول فى وقت الاشتراط معلوم فى وقت الرهن،و لا تناوله المقدمه المذكوره.

نعم لو كانت المقدمه هكذا:كلما يصح رهنه يصح اشتراط رهنه،سواء كان فى وقت الاشتراط معلوما أو مجهولا،ليتناول المتنازع فيه،و توقفت صحتها على البيان كصحه المتنازع فيه.

و لا بد فى المقدمه الواقعه فى كلام الشارح من تقييدها بالوقت،فان كلما

ص:٤١٨

و تعيين الكفيل، إما بالاسم و النسب أو المشاهده أو الوصف، كرجل موسر ثقه. و لا- يفتقر إلى تعيين الشهود، بل الضابط العدالة، فلو عينهم فالأقرب تعينهم. و هل تشترط مغايره الرهن للمبيع؟ نظر، نعم تشترط المغايره في يصح اشتراط رهنه يجب أن يكون رهنه في الوقت الذي يطلب هو الإتيان بالشرط فيه صحيحا، حتى لو صح في وقت كونه مجهولا- اشتراط رهنه إذا صار معلوما، لم يكن رهنه في وقت الاشتراط صحيحا.

فلا- بد من تقييد صحه وقوع الرهن بكونه معلوما. على أن العكس أيضا -و هو كل ما لا يصح رهنه لا يصح اشتراط. رهنه- إذا لوحظ فيه ما قلناه كان صحيحا، و لم تكن فيه دلالة على ثبوت هذا المدعى، و إن أجرى على إطلاقه كان محل المنع.

قوله: (و تعيين الكفيل إما بالاسم و النسب، أو المشاهده، أو الوصف، كرجل موسر ثقه).

أى: الأقرب اشتراط تعيينه بأحد هذه الطرق الثلاثه، و الكلام فيه كما في الرهن، و الفتوى كما سبق.

قوله: (و لا يفتقر إلى تعيين الشهود، بل الضابط العدالة).

لأن الغرض من الشهاده قبولها شرعا، و مناط ذلك العدالة.

قوله: (فلو عينهم فالأقرب تعينهم).

وجه القرب تعلق الغرض بذلك، و عموم: «المسلمون عند شروطهم» و يحتمل -ضعيفا- العدم، لحصول المطلوب بمطلق شهاده العدول، و فيه منع.

قوله: (و هل تشترط مغايره الرهن للمبيع؟ نظر).

ينشأ: من أصاله العدم، و من أن شرط صحه الرهن كونه مملوكا، و كون الدين ثابتا، و حين الاشتراط كلاهما منتف، لأن محلها قبل تمام العقد.

المبيع، فلو قال: بعتك هذا بشرط أن تبغى إياه لم يصح، ولو شرط أن يبيع فلانا صح.

و لو أخل المشتري بالرهن أو الكفيل تخير البائع، فإن أجاز فلا خيار للمشتري.

و لو امتنع الشاهدان اللذان عينا من التحمل تخير البائع أيضا.

و لو هلك الرهن، أو تعيب قبل القبض، أو وجد به عيبا قديما تخير البائع أيضا، و لو تعيب بعد القبض فلا خيار.

### ج: لو باعه العبد بشرط العتق مطلقا أو عن المشتري صح

ج: لو باعه العبد بشرط العتق مطلقا أو عن المشتري صح، و يمكن الجواب بان ذلك شرط صحة الرهن، لا- شرط اشتراط الارتهان، و كذا القول فى الدين، فان ثبوته إنما هو شرط لصحة الرهن.

قوله: (و لو أخل المشتري بالرهن، أو الكفيل تخير البائع).

و كذا لو امتنع الكفيل من الكفاله، و لا يبعد أن له إجباره على ذلك إن كان المنع من قبل العاقد كما سيأتى.

قوله: (و لو هلك الرهن، أو تعيب قبل القبض).

لتعذر الشرط، و المراد بقبليه القبض: قبليته فى الرهن، و ينبغى أن يكون هذا بناء على اشتراط القبض فى الرهن، لتحقق كماله الرهن بدونه على القول الآخر.

قوله: (أو وجد به عيبا قديما).

لأن إطلاق اشتراطه إنما يحمل على الأصل من كونه صحيحا.

قوله: (و لو تعيب بعد القبض فلا خيار).

و كذا لو هلك بعده، بناء على اشتراطه فى الصحة.

قوله: (لو باعه العبد بشرط العتق مطلقا، أو عن المشتري صح).

الذى فى التذكرة: أن اشتراط العتق مطلقا، و عن المشتري صحيح عندنا

و الأقرب أنه حق للبائع لا لله تعالى، و عند الشافعي (١)، و عن البائع صحيح عندنا لا عنده (٢)، فعلى هذا تشكل عبارته الكتاب هنا، لأن المتبادر من قوله: (مطلقاً) تجريد الشرط عن التقييد بواحد معين، و حينئذ يفهم منها أن اشتراط العتق عن البائع لا يجوز كمقاله الشافعي.

قوله: (و الأقرب أنه حق للبائع، لا لله تعالى).

وجه القرب: أن اشتراطه يقتضى تعلق غرضه به، و لأن الشروط من جملة العوضين، فما كان من طرف البائع فهو محسوب من جملة الثمن، و لهذا يسامح فى الثمن بسببه، و ما كان من طرف المشتري فهو محسوب من جملة المثل.

و يحتمل أن يكون حقاً لله تعالى، لأن العتق قربه، و يكون هنا كالملتزم بالنذر.

و التحقيق: أنه لا منافاه بين كونه حقاً للبائع و حقاً لله.

و اعلم أنه قال فى التذكرة: ان العتق المشروط اجتمع فيه حقوق: حق لله تعالى، و حق للبائع، و حق للعبد (٣)، فهو مخالف لظاهر هذه العبارة، فإنها تقتضى انحصار الحق فيه بالبائع، و الصحيح المطابق للقواعد هو ما فى التذكرة، لأن العتق قربه، فلا بد أن يكون فيه حق لله تعالى.

و يمكن أن يقال: ما هنا أجود، لأن البائع يطالب بتمام ما نقص من قيمته بسبب الشرط إذا تعذر الشرط، و لو كان له بعض الحق لم تكن له المطالبة بالجميع.

و التحقيق فى ذلك: أن العتق فيه معنى القربه و العباده، و ذلك حق لله تعالى، و زوال الحجر و هو حق العبد، و فوات المالىه على الوجه المخصوص للقربه و هو حق للبائع.

ص: ٤٢١

١- (١) المجموع ٣٦٦: ٩.

٢- (٢) التذكرة ٤٩٢: ١. [١]

٣- (٣) التذكرة ٤٩٢: ١. [٢]

فله المطالبه به. و لو امتنع المشتري تخير البائع فى الفسخ و الإمضاء لا إجبار المشتري، و لما لم يكن للأولين تعلق بالماليه ساغ قطع النظر فى البحث عن المسأله عنهما، لأن البحث هنا إنما هو لأجل تحقيق ما يترتب على ذلك من أحكام الماليه، فحسن إطلاق كون الشرط حقا للبائع، فيكون ما هنا مع صحته أحسن مما فى التذكرة و إن كان كل منهما صحيحا.

قوله: (فله المطالبه به).

تفريع هذا على كون العتق المشروط حقا للبائع يقتضى أنه على تقدير كونه حقا لله تعالى ليس له المطالبه به، و الذى فى التذكرة مخالف له، لأنه قال فيها: و إن قلنا: إنه حق لله تعالى فكذلك عندنا، و هو أصح وجهى الشافعيه (١)(٢)، لكن يتفرع عليه أنه لو أسقطه سقط، بناء على أنه حق له.

قوله: (و لو امتنع المشتري تخير البائع فى الفسخ و الإمضاء).

هل هذا الخيار على الفور، أم على التراخي؟ كل منهما محتمل، و إن كان الأول أحوط.

قوله: (لا إجبار المشتري).

الألصق بالعباره قراءته بالجر معطوفا على (الإمضاء)، لا على (الفسخ)، لأن التخيير فى شىء واحد لا يستقيم، و لو قرئ بالنصب عطفاً على موضع الجار و المجرور لأمكن، أى: تخير فى هذين الأمرين، و لا يتخير إجبار المشتري.

و اعلم أن فى إجبار المشتري على العتق وجهين:

أحدهما: العدم، لأن للبائع طريقا آخر و هو الفسخ.

ص: ٤٢٢

١- (١) المصدر السابق. [١]

٢- (٢) انظر: المجموع ٩: ٣٦٤. [٢]



فإن تعيب أو أحبلها المشتري أعتق و أجزاءه لبقاء الرق، و إن استغله أو أخذ من كسبه فهو له.

و لو مات أو تعيب بما يوجب العتق رجع البائع بما نقصه شرط العتق، و الثانى: له ذلك، لظاهر قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) و قوله عليه السلام: «إلا من عصى الله» و هو الأوجه.

قوله: (فإن تعيب، أو أحبلها المشتري أعتق و أجزاءه، لبقاء الرق).

مع الاحبال لا- كلام فى الأجزاء، و أما مع التعيب فيحتمل أن يكون للبائع الفسخ، فيطالب بأرش العيب، و لو امتنع من الإعتراف فهل يكون الاستيلاء مانعا من الفسخ، فتعد بمنزلة التالف، فيرجع بالقيمه، أم يثبت له الفسخ كيف كان، لان حقه أسبق؟ مختار التذكرة الأول (٢).

فإن قلنا بالثانى فهذا من المواضع التى تباع فيها أم الولد.

قوله: (و لو مات، أو تعيب بما يوجب العتق رجع بما نقصه شرط العتق).

هذا أحد الاحتمالين، و ضعفه فى الدروس بان الشروط لا يوزع عليها الثمن (٣).

و الاحتمال الآخر: تخيره بين الفسخ و الرجوع بالقيمه، و بين الإجازة بجميع الثمن، و ذكر الاحتمالين فى التحرير (٤) و هنا اختار ثبوت كل من الأمرين.

و كلام الدروس لا يخلو من شىء، لأن الثمن هنا لم يوزع على الشرط، بحيث يجعل بعضه مقابلا له، و إنما الشرط هنا محسوب من الثمن، و قد حصل باعتباره نقصان فى القيمه، فطريق تداركه ما ذكره.

ص: ٤٢٣

١-١) المائدة: ١. [١]

٢-٢) التذكرة ١: ٤٩٢. [٢]

٣-٣) الدروس: ٣٤٣.

٤-٤) تحرير الأحكام ١: ١٨٠. [٣]

فيقال: كم قيمته لو بيع مطلقا و بشرط العتق؟ فيرجع بالنسبه من الثمن، و يشكل: أن يكون الشرط مقابلا- ببعض قيمه العبد، و الشروط لا يقابل بها شيء من قيمه.

قوله: (فيقال: كم قيمته لو بيع مطلقا و بشرط العتق؟ فيرجع بالنسبه من الثمن).

هذا بيان طريق استخراج ما يقتضيه شرط العتق من قيمه، و ضابطه أن يقوم بدون الشرط، و يقوم معه، و ينظر التفاوت بين القيمتين، فينسب إلى قيمه التي هي مع شرط العتق، و يؤخذ من المشتري مضافا إلى الثمن بمقدار تلك النسبه من الثمن.

فلو كانت قيمته بدون الشرط مائه و معه ثمانين، لكان التفاوت بعشرين نسبتها إلى الثمانين أنها ربعها، فيؤخذ من المشتري بمقدار ربع الثمن، و يسلم إلى البائع، و هو الذي يتسامح به البائع في مقابل شرط العتق، فلو كان الثمن ستين لأضيف إليه خمس عشر أخرى.

و لا- يخفى أن في عبارته الكتاب قصورا عن هذا المعنى، لأن المتبادر من قوله: (فيرجع بالنسبه من الثمن) أنه يأخذ من الثمن بمقدار النسبه بين القيمتين، و ليس بمستقيم، فان ذلك يدفع إلى البائع مضافا إلى الثمن.

و مع ذلك لا يعرف أى شيء يراد ب(النسبه)، أ هو نسبه التفاوت إلى قيمه الدنيا، أم إلى العليا؟ و إنما المنسوب إليه هو قيمه الدنيا، فإذا عرفت النسبه بالجزئيه أخذ مقدار ذلك الجزء من الثمن من المشتري و أضيف إلى الثمن.

و يمكن الاعتذار بان سوق الكلام يدل على أن الذي يرجع هو البائع، و ذلك ينافي كون المرجوع به من الثمن، بل هناك محذوف مقدر تقديره: فيرجع البائع على المشتري بمقدار تلك النسبه من الثمن.

فإذا كانت النسبه ربعا مثلا نظر إلى مقدارها من الثمن، كم هو؟ فأخذ من المشتري بقدر ذلك، فيكون متعلق (من) محذوفا على أنه حال من النسبه، و لا

و له الفسخ فيطالب بالقيمه، و في اعتبارها إشكال، و في التنكيل إشكال. يخفى ما فيه من التكلف.

قوله: (و له الفسخ فيطالب بالقيمه).

أى: جميعها، لأن الشرط لم يأت به المشتري، فيتسلط البائع على الفسخ.

قوله: (و في اعتبارها إشكال).

يحتمل أن يكون المراد: و في تعيين اعتبار وقتها إشكال، ينشأ: من احتمال ثبوت قيمه يوم القبض، لأنه أول دخوله في ضمان المشتري، و قيمه يوم التلف، لأنه وقت الانتقال إلى قيمه، و قبلها كان الحكم متعلقا بالعين، و أعلى القيم من حين القبض إلى التلف، لأنه في جميع ذلك مضمون عليه. و الأصح الثاني، لأن ضمان العين لا يقتضى ضمان القيمه مع وجودها، فلا ينقل إلى القيمه إلا عند التلف.

و يحتمل أن يكون المراد: و في تعيين كيفيه اعتبارها إشكال، ينشأ: من احتمال اعتبار قيمه عبد مشروط العتق، لأنه كذلك دخل في ضمان المشتري، و من احتمال اعتبار قيمه عبد مجرد عن الاشتراط، لأن الشرط حق على المشتري، و هو محسوب من جملة الثمن، و لم يأت به المشتري، و مجموع العبد مضمون، فعند الفسخ يصير العبد مجردا عن البيع و الشرط، و هذا هو الذى حقه أن يجزم به، و الأول ضعيف جدا.

قوله: (و في التنكيل إشكال).

ينشأ: من حصول العتق، و من أن المشتري عتق هو قربه لا معصيه.

و يضعف الوجه الأول، بأن العتق الحاصل غير المشتري، فلا يجزئ عن المشتري، فحينئذ يأتى فيه ما سبق من الرجوع بما يقتضيه شرط العتق، أو الفسخ و الرجوع بالقيمه.

و الفرق بين هذه و بين ما إذا تعيب بما يوجب العتق- حيث لم يتردد فى الحكم هناك، و هنا أورد إشكالا- أن العتق فى السابق لا يعد منسوبا إليه

و لو باعه أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء، و إذا أعتق المشتري فالولاء له، و لو شرطه البائع لم يصح.

### د: لو شرط أن الأمه حامل أو الدابه كذلك صح

د: لو شرط أن الأمه حامل أو الدابه كذلك صح، أما لو باع بخلاف ما هنا.

قوله: (و لو باعه، أو وقفه، أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء).

فى التذكرة: تخير البائع بين فسخ البيع و الإمضاء، فإن فسخ البيع بطلت هذه العقود لوقوعها فى غير ملك تام، و يخالف هنا العتق بشرط، لأن العتق مبنى على التغليب و السرايه، فلا سبيل الى فسخه مع القول بصحته، و هل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما فعله المشتري؟ فيه احتمال (١).

هذا كلامه، فاما تخيره بين فسخ البيع و الإمضاء فظاهر، لأن الشرط لم يحصل، بل لا تنفذ هذه الأمور، لأن تصرف المشتري بكل ما ينافى العتق المشترط تصرف غير مستحق له شرعا، هذا هو الذى ينبغى أن يقال.

و أما باقى العبارة فليس لها معنى ظاهر، و حقها: و يخالف هنا العتق بشرطه، إلى آخره، فإنه إذا وقع العتق بشرطه لا سبيل الى فسخه، لأن العتق لا يتناهى على التغليب و السرايه لا- يقبل الفسخ، و تردده فى أن له طلب فسخ ما فعله المشتري موضع تأمل، لأن الذى ينبغى أن يقال: إن المشتري ممنوع شرعا من كل تصرف ينافى العتق المشترط.

قوله: (و لو شرطه البائع لم يصح).

لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» (٢) فيكون شرطا مخالفا للسنة.

قوله: (لو شرط أن الأمه حامل، أو الدابه كذلك صح، أما لو

ص: ٤٢٤

١- ١) التذكرة ٤٩٢: ١. [١]

٢- ٢) الكافي ١٩٧، ١٩٨: ٦ حديث ١، ٢، دعائم الإسلام ٣١٧: ٢ حديث ١١٩٤، عوالي اللآلى ٣: ٤٢٣ حديث ١٠، مسند أحمد ١: ٢٨١، الجامع الصغير ٧٢٣: ٢ حديث ٩٦٨٦ نقلًا عن الطبرانى.

الدابه و حملها أو الجاربه و حملها بطل، لأنه كما لا يصح بيعه منفردا لا يصح جزءا من المقصود، و يصح تابعا.

### ه: لو باعه متساوى الأجزاء على أنه قدر معين فزاد

ه: لو باعه متساوى الأجزاء على أنه قدر معين فزاد، فالزيادة للبائع و لا- خيار للمشتري، باع الدابه و حملها أو الجاربه و حملها بطل، لأنها كما لا يصح بيعه منفردا لا يصح جزءا من المقصود، و يصح تابعا).

مقتضى هذه العبارة: أن كون المجهول تابعا أو مقصودا يختلف باختلاف اللفظ، فان باع الجميع لم يصح، و إن شرط المجهول، و أجرى البيع على المعلوم صح. و فيه نظر، لأن تابعية الشيء للشيء بحسب الواقع، أو بحسب قصد المتبايعين كأساس الجدار، و الحمل مع الام لا يخرج عن التابعية باختلاف الصيغه.

قال فى الدروس: و لو جعل الحمل جزءا من المبيع فالأقوى الصحه، لأنه بمعنى الاشرط، و لا تضر الجهاله، لأنه تابع (1)، فكلامه يقتضى أن التابعية لا تتغير باختلاف الصيغه، و هو الأصح.

قوله: (لو باعه متساوى الأجزاء على أنه قدر معين فزاد، فالزيادة للبائع، و لا خيار للمشتري).

فى كون الزيادة للبائع إشكال، لأن العقد إنما جرى على المجموع، غايه ما فى الباب أنه قدره بقدر معين، فثبت للبائع الفسخ، لفوات الوصف المشترط، و حصول الضرر بالزيادة.

و هل يحتمل البطلان، كما لو باعه ثوبا على أنه قطن فخرج كتانا؟ الظاهر العدم، للفرق بين كون ذلك من غير الجنس، و هذا منه، إنما الفئات الوصف، و على تقدير كون الزيادة للبائع ينبغى الجزم بثبوت الخيار للمشتري، لما فيه من ظهور عيب الشركه الذى لم يدخل على الرضى به.

ص: ٤٢٧

و لو نقص تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بقدر حصته من الثمن. و لو كان مختلف الأجزاء فنقص، تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بقدر حصته من الثمن على رأى قوله: (و لو نقص تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بقدر حصته من الثمن).

أما تخيره بين الفسخ و الإمضاء فظاهر، و أما أنه يمضى بقدر حصته من الثمن فيشكل بأن مجموع المبيع المقابل بمجموع الثمن هو ذلك الموجود، غاية ما هناك أنه لم يعلم بالنقصان، فثبت له الخيار، و سيأتى فى كلام المصنف خلاف هذا.

قوله: (و لو كان مختلف الأجزاء فنقص، تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بقدر حصته من الثمن على رأى).

اختاره المصنف فى المختلف (١)، و هو خيره ابن إدريس (٢)، و اختار فى المبسوط تخيره بين الفسخ و الإمضاء بمجموع الثمن (٣).

قال فى المختلف: إنه مبنى على قول بعض العامة، من أن العيب لا يوجب الأرش (٤)، و ليس ما قاله بظاهر، لأن العيب خروج عن المجرى الطبيعى بزياده أو نقصان يقتضى اختلافاً فى المسمى الذى وضع الاسم بإزائه كالعبد.

و نقصان القدر ليس خروجاً عن المجرى الطبيعى، و إنما هو متضمن لفوات بعض الصفات التى لا تقابل بشىء من الثمن، و لا يستحق بسبب فواتها أرش، على أن مختلف الأجزاء لا يعرف قدر حصه الناقص من الثمن، لأن الفات غير معلوم.

ص: ٤٢٨

١-١) المختلف: ٣٩٠.

٢-٢) السرائر: ٣٤٧.

٣-٣) المبسوط ١٥٤: ٢. [١]

٤-٤) انظر: المجموع ١٦٨: ١٢.

و لو كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض، لم يكن للمشتري الأخذ منها على رأى -و لو زاد احتمال البطلان، و لما كان ذلك مبنيا على الاختلاف لم يعرف وصف الفأنت، و على هذا القول فهل يثبت للبائع الخيار؟ صرح به فى المختلف (١) و رده فى شرح الإرشاد كالمعيب، ثم احتمال ثبوته على تقدير جهله بالحال.

قوله: (و لو كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض، لم يكن للمشتري الأخذ منها على رأى).

أى: لو كان المبيع أرضا فنقصت عن القدر المشترط، و كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض، لم يكن للمشتري الأخذ من البائع تتمتها على قول المصنف و ابن إدريس، و هو يقتضى عدم وجوب ذلك على البائع.

و قال الشيخ فى النهايه: انه يجب التوفيه منها، و لا خيار للمشتري (٢)، تعويلا على روايه عمر بن حنظله، عن الصادق عليه السلام (٣) و طعن فيها المصنف بجهاله بعض روايتها مع مخالفتها لظاهر الكتاب العزيز (٤)، فإن أخذ الزائد لم يتضمن التجاره، و لا وقع عليه التراضى.

و فى الروايه: أنه إن لم يكن له أرض بجنبها أخذ المبيع بحصته من الثمن، و ثبت له الخيار. و الطعن على الروايه قد علم، فلا يصلح تمسكا بواحد من الحكمين، و الأخذ بالحصه مناف لمقتضى العقد.

قوله: (و لو زاد احتمال البطلان).

لجهاله المبيع حينئذ، فإن زياده غير معينه، و لأن المبيع ذلك الموصوف بالوصف المنتفى، فيكون منتفيا، و يظهر من تخصيص المصنف احتمال البطلان

ص: ٤٢٩

١ - ١) المختلف: ٣٩٠.

٢ - ٢) النهايه: ٤٢٠.

٣ - ٣) الفقيه ٣: ١٥١ حديث ٦٦٣، التهذيب ٧: ١٥٣ حديث ٦٧٥.

٤ - ٤) النساء: ٢٩.

و الصحة فالزيادة للبائع و له جملة الثمن، و يتخير المشتري حينئذ للعب بالشركة، فإن دفع البائع الجميع سقط خياره.

و الأقرب أن للبائع الخيار فى طرف الزيادة بين الفسخ و الإمضاء فى الجميع فى متساوى الأجزاء و مختلفها، و للمشتري الخيار فى طرف النقصان فيهما بين الفسخ و الإمضاء بالجميع. بمختلف الأجزاء أن التعليل المعتر عنده هو الأول.

قوله: (و الصحة، فالزيادة للبائع).

لأن المبيع بحسب الصورة هو المجموع، و كون الزائد ليس جزءا منه تجدد العلم به بعد الحكم بصحة العقد فيكون للبائع، و فيه قوه، و يثبت للمشتري الخيار، و هل يثبت للبائع، لأن الشركة عيب؟ لا اعلم فيه شيئا.

قوله: (و الأقرب أن للبائع الخيار فى [طرف الزيادة] بين الفسخ و الإمضاء فى الجميع فى متساوى الأجزاء و مختلفها).

وجه القرب: أن المبيع هو العين الشخصية، موصوفه بكونها مقداراً مخصوصاً بالثمن المعين، و بفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعاً، و لا يختلف فى ذلك متساوى الأجزاء و مختلفها، و فرق الشيخ ضعيف (1).

نعم، يثبت للبائع الخيار، لفوات الوصف المضر بحاله دون المشتري.

و يحتمل أن تكون الزيادة للبائع فيهما، فيتخير المشتري، و كونها للبائع فى المختلف، فيتخير المشتري، و للمشتري فى المتفق، و وجه ذلك قد يعلم مما سبق.

قوله: (و للمشتري الخيار فى طرف النقصان فيهما بين الفسخ و الإمضاء بالجميع).

أى: و الأقرب أن للمشتري الخيار فى طرف النقصان فى مختلف الأجزاء و متفقها إلى آخره، و وجهه أن المبيع هو المعين بمجموع الثمن، و يحتمل الفرق بين المختلف و المتفق، و قد عرف مما سبق.

ص: ٤٣٠



و لو باعه عشر أذرع من هنا إلى هناك صح، و لو قال: من هاهنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح، لعدم العلم بالمنتهى. و لو قال: بعثك نصيبى من هذه الدار و لا يعلمانه، أو بعثك نصف دارى مما يلى دارك لم يصح، لعدم العلم بالمنتهى.

### و: كل شرط يقتضى تجهيل أحد العوضين، فإن البيع يبطل به

و: كل شرط يقتضى تجهيل أحد العوضين، فإن البيع يبطل به، و ما لا يقتضيه لكنه فاسد، فإن الأقوى بطلان البيع، و لا يحصل به ملك للمشتري، سواء اتصل به قبض أو لا.

قوله: (و لو قال: من هنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح، لعدم العلم بالمنتهى).

و قال الشيخ (١) و جماعه: يصح (٢)، و نزله شيخنا فى شرح الإرشاد على أن أجزاء الأرض متساويه أو متفاوتة، و فيه نظر، فإنه يلزمه حينئذ الصحة، و إن لم يعين المبدأ و لا المنتهى كما فى الصبره، و الأصح البطلان.

قوله: (كل شرط يقتضى تجهيل أحد العوضين، فإن البيع يبطل به).

أى: وجها واحدا، للنهى عن بيع الغرر كجهاله الأجل فى الثمن أو المثلن.

قوله: (و ما لا يقتضيه لكنه فاسد، فإن الأقوى بطلان البيع، و لا يحصل به ملك للمشتري).

كما لو اشترط تسليم الثمن فى مده معينه، فإن لم يفعل فلا بيع مثلا، و وجه القوه: أن التراضى إنما وقع على الوجه الذى يمتنع وقوعه، فلا تراضى حينئذ.

و يشكل: بأنه لو شرط كون العبد كاتباً مثلا، أو اشترى العبدين جميعاً، فتبين أنه غير كاتب، أو أن أحد العبدين ليس ملكاً له، فإن البيع لا يبطل بذلك و ان

ص: ٤٣١

١- (١) المبسوط ١: ١٥٤، و الخلاف ٢: ٤٤ مسألة ٢٦٤ كتاب البيوع.

٢- (٢) نقل فى المختلف: ٣٩٠ هذا القول عن ابن إدريس و ابن البراج، و لم نعثر عليه فى كتبهما.

و لا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع أو هبه أو غيرهما، و عليه رده مع ثبت له الفسخ، مع أن التراضى لم يتحقق إلا على الوجه الذى ليس بواقع، و فى الفرق بينهما عسر.

و كيف كان، فلا سبيل الى القول بالبطلان فى الأخير عندنا، و أما الأول فلأنه محل اختلاف، و النظر ينساق الى البطلان فيه، فيكون البطلان أقوى.

و اعلم أن الشارح ولد المصنف قال: ان كون هذه شروطا مجازا، لأنها تابعة للعقد، و العقد سبب فيها، فلا يعقل كونها شرطا له، و إلا دار، بل هذه صفات للبيع تختلف الأغراض باختلافها (١). و لا محصل لهذا الكلام، فان هذه شروط للبيع الذى هو انتقال المبيع من البائع إلى المشتري، لا شروط العقد.

و قد عرفت فيما سبق أن البيع ليس هو نفس العقد، حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها شروطا له، بل للانتقال الذى هو أثره، و كيف يعقل أن هذه الشروط شروط للعقد الذى هو الإيجاب و القبول؟ ثم قوله: إن هذه صفات للبيع ليس بجيد، إلا بناء على أن البيع هو العقد، و حينئذ فكونها صفات له لا ينافى كونها شروطا لأثره، و أما ان فقدها لا يستلزم أرشا فلا دخل له فيما نحن فيه، بل هذا ملتفت الى أن الأمور المشترطه لما لم تكن داخله فى نفس مسمى المبيع، لم يكن يازائها شىء من الثمن، لأن الثمن فى مقابل المبيع و أجزائه و إن كان قد يزيد بوجود بعض الصفات، لأن زيادته على أنه فى مقابل المبيع ملحوظا فيه مقارنة الصفه المعينه، و الثمن للمبيع باعتبار المقارنه، و ليس فى مقابل الصفه منه شىء.

قوله: (و لا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع، أو هبه، أو غيرهما).

لأنه مملوك للغير لم يؤذن فى التصرف به، و قول بعض العامه: بأن عقد البيع تضمن الاذن فى التصرف مع انتقال الملك، فإذا انتفى الثانى بقى الأول كما كان (٢)، يضعف، بأن الاذن إنما هو على وجه مخصوص، و قد انتفى.

ص: ٤٣٢

١- (١) إيضاح الفوائد ٥١٨: ١.

٢- (٢) قاله الغزالي كما فى المجموع ١٧٤، ١٤٨: ٩.

نمائه المتصل أو المنفصل، و أجره مثله، و أرش نقصه، و قيمته لو تلف يوم تلفه، و يحتمل أعلى القيم. و لو وطأها لم يحد، و عليه المهر و أرش البكاره، و الولد حر و على أبيه قيمته يوم سقط حيا- و لا شيء لو سقط ميتا- و أرش ما نقص بالولاده.

و لو باع المشتري فاسدا لم يصح، و لمالكه أخذه من الثاني، و يرجع على الأول بالثمن مع جهله، فان تلف في يد الثاني تخير البائع في الرجوع، فان زادت قيمه على الثمن و رجع المالك على الثاني، لم يرجع بالفضل على الأول، لاستقرار التلف في يده، و إن رجع على الأول رجع بالفضل على قوله: (و أجره مثله).

لأنها حق للبائع، و لم يأذن في الانتفاع إلا على تقدير الانتقال. و يشكل بان كون العين مضمونه لا يقتضى ضمان المنفعه، و دفعه بان يد المشتري حينئذ يد عدوان، لأنه تبين أنه أثبتها بغير حق، بخلاف يد البائع بالنسبه إلى المبيع قبل القبض.

قوله: (و قيمته لو تلف يوم تلفه، و يحتمل أعلى القيم).

و يحتمل قيمه يوم القبض، و الأصح قيمه يوم التلف.

قوله: (و لو وطأها لم يحد).

إذا لم يعلم بالفساد وقت الوطء.

قوله: (و على أبيه قيمته يوم سقوطه حيا).

لأنه أول وقت تقومه لو كان مالا، و لأنه ما دام لا ينفصل بمنزله عضو من الأم.

قوله: (فان زادت قيمه على الثمن، و رجع المالك على الثاني لم يرجع بالفضل على الأول، لاستقرار التلف في يده، و إن رجع على الأول

الثانى. و لو زاد فى يد المشتري الأول، ثم نقص فى يده إلى ما كان، احتمال رجوع المالك إليه بتلك الزيادة، لأنها زيادة فى عين مضمونه، وعدمه، لدخوله على انتفاء العوض فى مقابله الزيادة، رجح بالفضل على الثانى).

لأن الفضل عن الثمن مضمون، لأن يد كل منهما يد بغير حق، وقد عرفت أن المنفعة مضمونه، فالزيادة فى نفس العين أولى.

و لا- يقال: إنه دخل على ضمان العين بالثمن خاصة، فإذا لم يحصل الملك يجب أن يضمها بما دخلا عليه، وهو الثمن، لأننا نقول: إن الوجه الذى دخلا- عليه قد تبين بطلانه، واليد عاديه (1)، فيجب رد كل ملك على مالكه، فإذا حصل تلف أو نقصان وجب البدل أو الأرش كائنا ما كان، و لا وجه حينئذ لاعتبار الثمن.

و مثله ما لو استأجره فاسدا، فإنه إذا استوفى المنفعة وجبت أجره المثل، و إن زادت على المسمى، و حيث تبين وجوب الزيادة، فمن استقر التلف فى يده أقوى و أقرب ممن كان سببا.

قوله: (و لو زاد فى يد المشتري الأول، ثم نقص فى يده إلى ما كان، احتمال رجوع المالك إليه بتلك الزيادة، لأنها زيادة فى عين مضمونه، و عدمه، لدخوله على انتفاء العوض فى مقابله الزيادة).

لا وجه للتقييد بالمشتري الأول، فإن المشتري الثانى كذلك، فلو حذف الأول لكان أخصر و أشمل.

ثم إن ما ذكره دليلا على الاحتمال الأول لا ينتج مطلوبه، فإنه ليس كل زيادة فى عين مضمونه يجب أن تكون مضمونه.

و الأولى فى التعليل: أن يد المشتري فاسدا يد عدوان، فهى كيد

ص: ٤٣٤

فحينئذ ان تلف بتفريطه ضمن، وإلا فلا. و لو أتلّف البائع فاسد الثمن ثم أفلس، رجع في العين، و المشتري أسوه الغرماء. الغاصب، و كلما هو حق للبائع يجب رده عليه، فعند فواته يجب المصير الى بدله.

و الاحتمال الثاني ضعيف جدا، فإن المنفعة المتجدده قد حكم بكونها مضمونه، و لم يتردد، مع أنها ليست جزءا من المبيع، و دخل على أنها ليست مجانا، فأى مجال للتردد في ضمان ما يعد جزءا حقيقه؟ و الأصح الأول.

فرع:

على المشتري مؤنه رد المبيع فاسدا إن كان له مؤنه كالمغصوب، و لا يرجع بالنفقه إلا إذا كان جاهلا بالفساد، إذ لا يعد متبرعا بنفقته، إذ لم ينفق إلا بناء على أنه ماله، فإذا فات ذلك رجع كل الى حقه، و جعل في التذكرة البائع غارا (١).

قوله: (فحينئذ ان تلف بتفريطه ضمنه، و إلا فلا).

أى: فحين لم يكن له الرجوع بتلك الزيادة، إذ هي أمانه على هذا التقدير.

قوله: (و لو أتلّف البائع فاسد الثمن، ثم أفلس رجع في العين، و المشتري أسوه الغرماء).

لأن العين باقيه على ملكك البائع، و هي عين ماله، و الثمن بعد إتلافه دين من جملة الديون، و ليس له حبس العين ليقبض الثمن، لأنه لم يقبضه وثيقه، بل على تملكه و قد فات، خلافا لبعض العامة (٢).

الاسوه، بالضم و بالكسر: القدوه، و ما يتأسى به الحزين.

ص: ٤٣٥

١- (١) التذكرة ٤٩٥: ١. [١]

٢- (٢) قاله الإصطخري كما في المجموع ٣٦٩: ٩.

## ز: لو قال: بع عبدك من فلان على أن عليّ خمسمائه، فباعه بهذا الشرط بطل

ز: لو قال: بع عبدك من فلان على أن عليّ خمسمائه، فباعه بهذا الشرط بطل، لوجوب الثمن بأجمعه على المشتري، فليس له أن يملك العين، و الثمن على غيره، بخلاف أعتق عبدك و عليّ خمسمائه، أو طلق امرأتك و عليّ مائه، لأنه عوض في مقابله فكك، قوله: (لو قال: بع عبدك من فلان على أن عليّ خمسمائه، فباعه بهذا الشرط بطل، لوجوب الثمن بأجمعه على المشتري، و ليس له أن يملك العبد، و الثمن على غيره).

أى: باع العبد من فلان على أن عليّ الآمر خمسمائه، و وجه البطلان: أن ظاهر هذا الاشتراط بين الإيجاب و القبول أن يكون المشترط داخلا في البيع، فيكون القدر المشترك من جملة الثمن، و ذلك مخالف لمقتضى عقد البيع، من كون الثمن بأجمعه على المشتري.

فان قيل: لم لا ينزل إطلاق هذا على ما يجوز من ضمان أو جعاله؟ قلنا: لوجهين:

أ: إن إطلاق ما يذكر من العوض محمول على الثمن، عملا بمقتضى البيع، فلا يحمل على شىء أجنبي عنه، إلا بدليل يصرفه عن المقتضى.

ب: إن الأصل عدم وجوب شىء زائد عن الثمن يكون عوض الجعاله، و الأصل عدم وجوب الأمرين معا، اعنى: ثبوت الثمن فى ذمه المشتري، ثم ثبوت حق الضمان له، أو لبعضه على الأمر.

قوله: (بخلاف: أعتق عبدك و عليّ خمسمائه، أو طلق امرأتك و عليّ مائه، لأنه عوض فى مقابله فكك).

أى: لا يصح فيما تقدم بخلاف الصورتين المذكورتين، فإنه يصح فيهما اشتراط العوض على الأمر، لأن العتق فكك للرقبه من قيد الملك، و الطلاق فكك للمرأة من قيد الزوجيه، و ليس شىء منهما معاوضه، بحيث يستلزم عوضا لا يكون من غير المتعاضين، لكن هنا سؤال و هو: أن هذا القول إن كان على طريق

و لو قال:على وجه الضمان صح البيع و الشرط.

### ح:يجوز أن يجمع بين شيئين مختلفين فما زاد في عقد

ح:يجوز أن يجمع بين شيئين مختلفين فما زاد في عقد، كبيع و سلف، الجعالة فلا مخالفه لما هنا، لأن الجعالة هنا أيضا جائزه.

قوله: (و لو قال:على وجه الضمان صح البيع و الشرط).

أى: لو كان قول الأمر: (بع عبدك). على طريق الضمان-بمعنى: أن يضمن خمسمائه هي الثمن، أو بعضه-صح البيع إذا أوقعه البائع على هذا الشرط، و صح الشرط أيضا، و حينئذ فلا يكون القول الأول ضمانا، و لا موجبا للضمان.

و إنما الحكم أن الأمر إذا قال ذلك، و وقع العقد عليه إذا أتى بالضمان على الوجه المعتبر يصح، و يتحقق لزوم البيع، و إلا تخير البائع، لكن هل يجب على الأمر الضمان بعد العقد لأمره السابق؟ فيه بعد، و على هذا فلا مجال لتوهم متوهم: أن هذا ضمان ما لم يجب، بعد ملاحظه ما قرناه.

و لو قال ذلك على وجه الجعالة، بأن جعل له على هذا العمل ذلك الجعل صح، لوجود المقتضى و انتفاء المانع، و به صرح في التذكرة (1)، و على هذا فيلزمه الجعل بإيقاع عقد البيع، و لا حاجة الى ذكر هذا في العقد، لأن الجعالة عقد آخر خارج عن البيع بخلاف الضمان المشترط في نفس العقد.

قوله: (يجوز أن يجمع بين شيئين مختلفين فما زاد في عقد، كبيع و سلف).

صورته: أن يقول: بعثك هذا العبد، و عشره أفضره حنطه موصوفه بكذا، مؤجله الى كذا إلى آخره بمائه درهم، فيكون بيعا و سلفا بإحدى صيغته، التي إيجابها يكون بلفظ البيع من البائع، و هذا و إن كان في الصورة عقدا واحدا، لاتحاد إيجابه و قبوله و العوض عن الجميع، إلا أنه في قوه عقدين، و لا محذور في صحه ذلك عندنا.

و كون العوض معلوما بالإضافة إلى الأمرين معا كاف في انتفاء الغرر

ص: ٤٣٧

أو إجاره وبيع، أو نكاح وبيع وإجاره، ويقسطن العوض على قيمه المبيع وإجاره المثل و مهر المثل، من غير حصر على إشكال، و لو كان أحد الأعاوض مؤجلاً قسطن عليه كذلك.

و الجهاله، و إن كان عوض كل منهما بخصوصه غير معلوم حال العقد.

لا يقال: كل منهما بيع، و لا بد في البيع من العلم و انتفاء الغرر.

قلنا: كل منهما بيع في المعنى، و في الصورة هما بمنزله عقد واحد، فيكفي العلم بالنسبه الى ذلك العقد.

قوله: (أو إجاره و بيع).

مثاله: بعثك هذه الدار، و أجرتك الدار الأخرى سنه بمائه.

قوله: (و يقسطن العوض على قيمه المبيع و إجاره المثل و مهر المثل).

و ذلك لأن العوض المجمعول في مقابل المتعدد، إنما بذل في مقابل كل واحد من جهه ماليتة، أو ما هو بالنسبه إليه كجهه الماليه بالنسبه إلى غيره مما هو مال، و لأن هذه (١).

قوله: (من غير حصر على إشكال).

الإشكال مخصوص بمهر المثل، أي: يقسطن على مهر المثل من غير حصر له في مهر السنه لو زاد عليه على إشكال، ينشأ: من إطلاق الأصحاب التقسيط على مهر المثل، و لأنه بالنسبه إلى البضع كالقيمه السوقيه بالنسبه إلى السلعه، و من أن المرأه إنما تستحق مهر السنه لو زاد مهر مثلها عليه، فلا يقسطن (٢) على ما لا يعد عوضاً لبضعها، و هذا بناء على أن المفوضه ترد الى مهر السنه مع زياده مهر مثلها عليه.

و سيأتى أن المعتمد خلافه، فالأصح عدم الحصر في مهر السنه لو زاد مهر مثلها عليه.

ص: ٤٣٨

١- ١) هكذا ورد في «م»، و في الهامش: كذا وجد.

٢- ٢) في «م»: يسقط.



و يجوز بيع السمن بظروفه، و أن يقول: بعثك هذا الزيت بظروفه كل رطل بدرهم.

## الفصل الرابع: فى الاختلاف

### إشارة

الفصل الرابع: فى الاختلاف:

إطلاق العقد يقتضى نقد البلد، فان تعدد فالغالب، فان تساوت النقود افتقر إلى التعيين لفظاً، فإن أبهماه بطل، و كذا الوزن.

و لو اختلفا فى قدر ما عيناه أو وصفه بعد اتفاقهما على ذكره فى العقد و لا بينه، فالقول قول البائع مع يمينه إن كانت السلعة قائمه قوله: (و يجوز بيع السمن بظروفه).

لأنه إذا رضى أن يكون الظرف بسعر السمن جاز إذا استجمع البيع باقى الشروط.

قوله: (و أن يقول: بعثك هذا الزيت بظروفه، كل رطل بدرهم).

بشرط أن تكون أرتال المجموع معلومه -و إن جهلا- تفصيله -لحصول العلم بقدر المبيع و إن كان قدر كل نوع من أجزاءه مجهول القدر، إذ لا- يلزم من هذه الجهاله غرر فى المبيع، و قد رضى أن يكون الظرف بسعر الزيت، و خلاف بعض العامه فى صحه ذلك (1) لا يلتفت اليه.

قوله: (إطلاق العقد يقتضى نقد البلد، فان تعدد فالغالب، فان تساوت النقود افتقر إلى التعيين لفظاً، فإن أبهماه بطل، و كذا الوزن، و لو اختلفا فى قدر ما عيناه أو وصفه، بعد اتفاقهما على ذكره فى العقد، و لا بينه فالقول قول البائع مع يمينه إن كانت السلعة قائمه).

المراد: قدر ما عيناه من الثمن دون المثمن، لأن أحكامه ستأتى فيما بعد، و قد يستعان فى العبارة على اراده ذلك بقوله: (إطلاق العقد يقتضى نقد البلد)

ص: ٤٣٩

فإنَّ الغالب كون النقد ثمنًا، فتكون هذه الأحكام كلها للثمن، وكذا ذكره فيما سيأتي في أحكام المثمن.

وقوله: (بعد اتفاقهما على ذكره في العقد) احتراز من اختلافهما في ذكر المعين ثمنًا في العقد، فإنهما إذا اختلفا على هذا الوجه يكون القول قول مدعى الصحة بيمينه، إذ القائل بعدم ذكره في العقد يدعى فسادَه، فإذا حلف على ذكره في العقد، فالظاهر أنه يحلف على ذكر هذا المعين في العقد فيثبت. ويحتمل أن يحلف على ذكر ثمن يصح به العقد، فتندفع دعوى الآخر، ويبقى اختلافهما في القدر والوصف على حكمه.

واعلم أن الضمير في (ذكره) يعود إلى (ما) أي: ذكر ما عيناه، لكن قد يقال: قوله: (بعد اتفاقهما). مستدرَك، لأن اتفاقهما على ذكره في العقد ليس زائدًا على تعيينهما إياه، لأن المتبادر من ذلك كون التعيين في العقد.

واحتراز بقوله: (و لا- بينه) عما لو كان ثم بينه، فإنه لا- يميز، لكن تحقيق حال السببه، وممن تكون مسموعه موقوف على تحقيق المدعى والمنكر هنا، فان قلنا بالأول و السلعه قائمه فالمدعى هو المشتري، أو بالتانى فالمدعى هو من كانت السلعه خارجه عنه، أو بالتالث فالمدعى هو البائع، أو بالرابع فكل منهما مدع و منكر.

وما افتى به هو مختار أكثر الأصحاب (1)، واحتجوا له، بأن المشتري مع قيام السلعه يدعى تملكها وانتقالها إليه بما ادعاه من العوض، والبائع ينكره، وقد ينظر فيه، بأن البائع لا ينكر ذلك كله، فإنه يعترف بتملكه إياها وانتقالها إليه، ويصدق على استحقاق ما ذكره، لكن يدعى أمرًا زائدًا، والمشتري ينكره، فيكون هو المنكر.

فان قيل: لما عين السبب المقتضى للانتقال، وتشخصه بوقوعه على الثمن الزائد وبالوصف المخصوص، لم يكن اعترافه بالملك مطلقًا، بل على ذلك الوجه

- وقيل: إن كانت في يده- الذي إن ثبت ثبت به ذلك الثمن المخصوص، فحينئذ يكون منكرا لما يدعيه المشتري.

قلنا: كما أنه منكر بناء على ما ذكر، كذلك هو مدع أيضا لعقد يضمن الزيادة، فيكون مع إنكاره لما يدعيه المشتري مدعيا عليه ثمنا مخصوصا، اقتضاه عقد آخر، والمشتري ينكره، فيكون كل منهما مدعيا و منكرا.

و احتجوا أيضا بما روى عن الصادق عليه السلام أنه قال في الرجل يبيع الشيء، فيقول المشتري هو بكذا و كذا بأقل مما قال البائع، قال: «القول قول البائع مع يمينه إذا كان الشيء قائما بعينه» (١)، و قد طعن فيها بالإرسال.

و يمكن الجواب بانجبارها بالشهره و عمل الأصحاب، فيكون العمل بمقتضاها هو الأقوى، و إن كان القول بالتحالف لا يخلو من قوه، و اختاره شيخنا الشهيد في قواعده (٢).

قوله: (و قيل: إن كانت في يده).

هذا قول ابن الجنيدي، قال: و إذا حلف البائع تخيير المشتري بين الأخذ و الترك (٣)، و حكى في التذكرة كما حكاه هنا، و نفى عنه البأس (٤)، و وجهه غير ظاهر، فإن كون السلعه في يده مع اعترافه بزوال ملكه عنها بالبيع الذي ادعاه لا- أثر له في تقديم قوله، لا- اعترافه بان هذه اليد ليست يد ملك، إلا أن يقال: انه نفى ملكيه المشتري السلعه إلا على الوجه المخصوص، فتكون يده بالنسبه الى ما عدا ذلك الوجه يد ملك، فإنه على تقدير عدم تحققه لم يتحقق السبب المخرج لها عن ملكه، و يشكل بأن الدعوى لو تضمنت إقرارا نفذ و إن لم تنفذ الدعوى.

ص: ٤٤١

١- (١) الكافي ٥: ١٧٤ حديث ١، [١] الفقيه ٣: ١٧١ حديث ٧٦٥، التهذيب ٧: ٢٢٩ حديث ١٠٠١.

٢- (٢) القواعد و الفوائد ١: ٤٦. [٢]

٣- (٣) نقله عنه في المختلف: ٣٩٥.

٤- (٤) التذكرة ١: ٥٧٥. [٣]

وقول المشتري مع يمينه إن كانت السلعه تالفه، وقيل: إن كانت في يده. و يحتمل تقديم قول المشتري لأنه منكر، و يحتمل التحالف و بطلان البيع. قوله: (و قول المشتري مع يمينه إن كانت تالفه).

هذه تتمه القول الأول، و احتج له بأن البائع مع التلف يدعى على المشتري مالا في ذمته، و هو ينكره، و بمفهوم الشرط في الروايه السالفه فإنه حجه عند المحققين مع الاعتضاد بعمل الأصحاب، و قد سبق أنّ العمل على هذا.

قوله: (و قيل: إن كانت في يده).

هذا تتمه قول ابن الجنيّد (1)، و يشكل اعتبار اليد في ذلك، فإنه معترف بابتئائها على يد البائع و سبق تملكه.

قوله: (و يحتمل تقديم قول المشتري، لأنه منكر).

هذا يتم إذا جمعنا بين قول البائع و المشتري، و أمضينا ما اتفقنا عليه، و قدمنا قول المنكر فيما اختلفا فيه، و تحقيقه: إن ثبوت الملك للمشتري و انتقاله عن البائع أمر متفق عليه، و كذا استحقاق ما يقرّ به المشتري، و يبقى الزائد يدعيه البائع، و ينكره المشتري، فيقدم قوله بيمينه.

لكن يشكل، بأن قول كل واحد منهما مناف لقول الآخر، حيث أن كل واحد منهما شخص دعواه بما ينافى دعوى الآخر.

قوله: (و يحتمل التحالف و بطلان البيع).

لما ذكرناه من أن كلا منهما مدع و منكر، و مع قيام البينتين على الدعويين تعارضتا فتجرى فيهما أحكام التعارض، و إنما يبطل البيع مع التحالف، لانتفاء كل من دعوى البائع و المشتري بيمين صاحبه.

ص: ٤٤٢

فيحتمل استحباب تقديم البائع فى الإحلاف، لعود الملك اليه فجانبه أقوى، و المشتري، لأنه ينكر الزيادة، و التساوى، لأن كلا منهما مدع و مدعى عليه، فان البائع يدعى الزيادة و ينكر تملك المبيع بدونها، و المشتري بالعكس فيقرع.

ثم يحتمل أن يحلف كل منهما يمينا واحده جامعه بين النفى و الإثبات، فيقول البائع: ما بعث بعشره بل بعشرين، و يقول المشتري: ما قوله: (فيحتمل استحباب تقديم البائع فى الإحلاف، لعود الملك اليه، فجانبه أقوى).

أى: لعود الملك اليه بعد التحالف، فهو فى قوه صاحب اليد، لأن الحال آتلى الى ذلك، و صاحب اليد أقوى بالنسبه إلى الآخر، فهو أحق باليمين، و لما لم ينهض الدليل على الوجوب كان ذلك على الاستحباب، و أشار بقوله: (فيحتمل) بالفاء الى تفریع هذه الاحتمالات على ما قبله.

قوله: (و المشتري، لأنه ينكر الزيادة).

فهو أقوى، لأنه منكر، و لأنه إذا نكل وجب الثمن الذى ادعاه البائع، و انفصل الحكم.

قوله: (و التساوى، لأن كلا منهما مدع و مدعى عليه).

و على هذا ففيه احتمالان:

أحدهما: أنه يتخير الحاكم فى التقديم.

و الثانى: القرعه، و إليه الإشاره بقول المصنف: (فيقرع)، و اختار المصنف أنه يبدأ بيمين من ادعى عليه أولاً، فإن كان المدعى عليه أولاً المشتري بدأ به، و الا فالبايع، و ليس ببعيد.

قوله: (ثم يحتمل أن يحلف كل منهما يمينا واحده جامعه بين النفى و الإثبات).

وجهه: أن ذلك يغنى عن يمين اخرى لو نكل الآخر. و يضعف بأنّ اليمين

اشترت بعشرين بل بعشره-أو يمينا على النفي،فإن نكل أحدهما بعد يمين صاحبه الجامعه بين النفي و الإثبات قضى عليه،و بعد المنفردة بالنفي تعاد عليه يمين الإثبات،فإن نكل فهو كما لو تحالفا،لأن نكول المردود عليه عن يمين الرد كحلف صاحبه. للإثبات إنما تصح بعد النكول،لأنّ حلف المنكر إنما يكون لما نفاه بإنكاره،و أما ما يدعيه فإنما يحلف عليه بالرد أو النكول.

و اعلم أن المصنف لم يذكر حكم التحالف هنا،وقد ذكره في التذكرة،قال:إذا حلف كل من المتبايعين يمين النفي سقطت الدعويان عندنا،كما لو ادعى على الغير بيع شيء أو شراءه فأنكر،و حلف،سقطت الدعوى،و كان الملك باقيا على حاله،و لم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه،ثم حكى عن الشافعي وجهين:أحدهما:انفساخه بنفسه (١)،و الآخر:توقفه على الفسخ (٢)(٣).

قوله: (أو يمينا على النفي).

أى:بعد ما ذكر يحتمل أن يحلف كذا و كذا،فيكون هذا محتملا على سبيل البدل من الأول،و هذا هو المتجه لما قلناه.

قوله: (فان نكل.).

هذا تفرع على كل من الاحتمالين،فالتفرع على الأول ما ذكره أولا، و على الثاني ما ذكره ثانيا.

قوله: (فان نكل فهو كما لو تحالفا،لأن نكول المردود عليه عن يمين الرد كحلف صاحبه).

أى:فان نكل الحالف يمين النفي عن يمين الإثبات بعد نكول صاحبه عن أصل اليمين كان كما لو تحالفا في ثبوت الفسخ،بدليل أنّ نكول المردود عليه

ص:٤٤٤

١-١)فتح العزيز(المطبوع مع المجموع)١٨٦:٩.

٢-٢) الوجيز ١:١٥٤.

٣-٣) التذكرة ٥٧٨:١. [١]

و لو كان المبيع تالفا وجب قيمه عند التحالف يوم التلف، و يحتمل يوم القبض. و لو تلف بعضه، أو تعيب، أو كاتبه المشتري، أو رهنه، أو أبق، أو أجره رجوع بقيمه التالف، و أرش العيب، و قيمه المكاتب، و المرهون، و الآبق، و المستأجر، اليمين عن الحلف كحلف صاحبه، و ذلك لأن اليمين لما انحصرت في جانبه لإثبات الحق، كان نكوله عنها موجبا لسقوطه، فهو كما لو حلف صاحبه، اعنى:

المنكر.

قوله: (و لو كان المبيع تالفا وجبت قيمه عند التحالف يوم التلف، و يحتمل يوم القبض).

و يحتمل ثالثا، و هو أعلى القيم من القبض الى التلف، و قد سبق مثله غير مره، و الأصح الأول.

قوله: (و لو تلف بعضه، أو تعيب، أو كاتبه المشتري، أو رهنه، أو أبق، أو أجره رجوع بقيمه التالف، و أرش العيب، و قيمه المكاتب، و المرهون، و الآبق، و المستأجر).

هذا لف و نشر على الترتيب، و إنما انتقل إلى القيمه في الكتابه و الرهن، لتعلق حق آدمى بالعين على وجه اللزوم، و الإباق بمنزله التلف، و الإجاره تقتضى سلطنه المستأجر على العين، و جميع هذه التصرفات صدرت من المشتري، و هو مالك له أهليه التصرف، فلا سبيل إلى إبطالها.

و ذهب المصنف في التذكره إلى أن للبائع فسخ الكتابه و الإجاره و الرهن، التفاتا الى سقوط الدعويين المقتضيتين لانتفاء الملك (١)، و يرد عليه أن السقوط طارئ بعد التحالف، لاتفاقهما على ثبوت الملك قبله، فلا سبيل الى نفيه

ص: ٤٤٥

و للبائع استرجاع المستأجر، لكنه يترك عند المستأجر مدة الأجره، و الأجره المسماه للمشتري، و عليه اجره المثل للبائع. و لو زالت الموانع، بأن عاد الآبق، أو فكَّ الرهن، أو بطلت الكتابه بعد دفع قيمه، فالأقرب عود ملك البائع إلى العين، فيسترد المشتري أصلا و رأسا، و الآبق مضمون عليه، لأن يد المشتري بالنسبه إلى المبيع يد ضمان كما هو معلوم.

قوله: (و للبائع استرجاع المستأجر، لكنه يترك عند المستأجر مدة الإجاره).

لأن العين ملكه و إن تعلق بها حق سابق على وجه اللزوم قبل عودها الى ملكه، لكن لا سبيل إلى إبطال حق المستأجر منها، فحينئذ يتخير بين المطالبه بالبدل و بين الرجوع بها و الصبر الى انقضاء مدة الإجاره، و إنما لم يكن له فى المرهون ذلك، لأن عود الرهن غير موثوق به، لإمكان بيعه لوفاء الدين، فإنه وثيقه بالنسبه إليه.

قوله: (و الأجره المسماه للمشتري، و عليه اجره المثل للبائع).

أما أنّ الأجره المسماه له، فلأنّ الإجاره عقد صدر منه على منفعه ماله فى وقت كان مالكا له، و أما أن عليه أجره المثل للبائع، فلأنّ المبيع بعد الفسخ حق له، و كذا منافع التى نفذ فيها اجاره المشتري، فعليه عوضها -أعنى: أجره المثل لها- كما يجب عليه بدل العين لو تلفت.

و لا يخفى أن الواجب اجره المثل لما بعد الفسخ الى آخر الإجاره، لأن ما قبل ذلك حق للمشتري.

قوله: (و لو زالت الموانع، بأن عاد الآبق، أو فكَّ الرهن، أو بطلت الكتابه بعد دفع قيمه، فالأقرب عود ملك البائع إلى العين، فيسترد المشتري قيمه).



وجه القرب: أن القيمة إنما أخذت للحيلولة و قد زالت، ولأن المعاوضه مشروطه بصدور عقد و لم يتحقق.

و يحتمل العدم، لأن العين قبل رجوعها ليست ملكا للبائع، وإلا لزم ملك العوض و المعوض معا، و انتفاء ملك العوض.

و القسمان باطلان، أما الأول فظاهر، و أما الثاني، فلأن أخذ العوض حينئذ لا فائده له، لانحصار فائدته في كونه عوضا عن المبيع، فإذا انتفى الملك امتنع كونه عوضا.

و هنا اشكال، و هو أن المبيع إن كان على ملك البائع امتنع ملك العوض، فينتفى معنى التعويض، فإن خرج عن ملكه احتاج الى عود الملك الى سبب مملك، و لم يثبت كون عود المبيع سببا مملكا.

و يمكن الجواب بالتزام خروج المبيع عن الملك، و دخول العوض فيه دخولا- متزلزلا- لأن له حقا في عين ماله، فلا يسقط حقه منها بالكلية سقوطا قهريا، و ثبوت العوض إنما كان محافظه على وصول حقه اليه بحسب المقدور، فيكون بعود المبيع مسلطا على الرجوع الى عين ماله، و ما قرّبه المصنف قريب.

و اعلم أن قوله: (فالأقرب عود ملك البائع) متضمن للاعتراف بخروج الملك عنه، و دال على أنه يعود بنفسه من غير توقف على فسخ ملكيه العوض، فحينئذ يترادان، و يحتمل توقفه على الفسخ و المطالبه بالمبيع، و لم أقف في ذلك على شيء محقق، لكن دخول العوض في ملكه يقتضى توقف زوال الملك على سبب يقتضيه.

و قد يتوقف في كون زوال الحيلولة سببا في ذلك من دون فسخ البائع، و الكل محتمل. و قوله: (فيسترد المشتري القيمة) إما أن يريد بها مطلق العوض، ليشمل المثل في المثلي، أو نبه باسترداد القيمة في القيمي على استرداد المثل في المثلي.

و النماء المنفصل للمشتري على إشكال. و لو اختلفا فى تأخير الثمن و تعجيله، أو فى قدر الأجل، أو فى اشتراط رهن من البائع على الدرك، أو ضميين عنه، أو فى المبيع، فقال:

بعتك ثوبا، فقال: بل ثوبين و لا بينه، قدم قول البائع مع اليمين. قوله: (و النماء المنفصل للمشتري على إشكال).

المراد بالبناء: ما كان بعد التحالف و دفع العوض، للحيلولة فى الرهن و الكتابة و الإجاره، و منشأ الاشكال من أن المبيع بدفع العوض دخل فى ملك المشتري لما قلناه، و من أن عوده فى الملك بعد رجوعه يقتضى عدم انقطاع علاقه الملك بالكلية، و فى الأول قوه لما قررناه.

و احترز بالمنفصل عن البناء المتصل، فان ذلك للبائع قطعاً إذا استرد المبيع، و لا يجوز أن يريد المصنف بالبناء ما قبل التحالف، لأن احتمال رفع العقد من أصله بالتحالف الذى هو أحد شقى الإشكال ينافى بقاء الرهن و الكتابة و الإجاره.

قوله: (و لو اختلفا فى تأخير الثمن و تعجيله، أو فى قدر الأجل، أو فى اشتراط الرهن من البائع على الدرك، أو ضميين عنه، أو فى المبيع، فقال: بعتك ثوبا، فقال: بل ثوبين، و لا بينه، قدم قول البائع مع اليمين).

لأنه فى المواضع كلها منكر، و تحقيقه: أنهما اتفقا على صدور العقد و حصول الملك و ثمن معين، و اختلفا فى أمر زائد، و البائع ينكره، و هذا يتجه على ما عدا القول بالتحالف، لأننا إذا اعتبرنا القدر المشترك المتفق عليه بين كلام المتبايعين، و نظرنا فى الزائد عليه، فاعتبرنا من كان بالنسبه إليه مدعياً و منكرًا، فاعطيناه حكمه.

و لو نظرنا الى امتناع العمل المتفق عليه - إذ ليس هناك فى الحقيقة متفق عليه، لأن أحدهما يسند الملك الى سبب مخصوص، و الآخر ينفيه و يسنده الى

و لو قال:بعتك العبد بمائه،فقال:بل الجاربه تحالفا و بطل البيع.

سبب آخر-ففى الحقيقه الملك بقول أحدهما خلاف الملك بقول الآخر،و حينئذ فكل منهما مدّع و مدّعى عليه،فيتحالفان،و هذا يتجه على القول بالتحالف فى الاولى إن لم تكن المسأله إجماعيه عندنا.

و اعلم أن الحكم بيمين البائع فيما لو اختلفا فى المبيع-كما لو قال:بعتك ثوبا،فقال:بل ثوبين-لا يستقيم على إطلاقه،بل يجب أن يقيد ذلك بما إذا لم يختلفا فى الثمن على كل من التقديرين،لأنه حينئذ يمكن الأخذ بالمشترك بين كلاميهما،بخلاف ما لو قال:بعتك هذا بألف،فقال:بل هذا و هذا بألفين،فإنه لا مشترك بين كلاميهما يمكن الأخذ به،فلا بد من التحالف،و اختاره فى التذكره (١).

قوله: (و لو قال:بعتك العبد بمائه،فقال:بل الجاربه تحالفا.).

لاختلافهما فى المبيع المقتضى لتعدد الدعوى،و لأنه يمتنع الجمع بين كلاميهما،إذ ليس هناك قد مشترك بينهما يبقى معه أصل المبيع.و مثله ما لو اختلفا فى الثمن المعين،فقال:بعتك بهذه الألف،فقال:بل بهذه،و مثله الاختلاف فى جنسه،أو فى خصوص العوضين المعينين،أو جنسهما لما قلناه.

و اعلم أن قوله:(تحالفا و بطل البيع)تنبيه على عدم الاحتياج الى الفسخ مع التحالف،لكنه يحتمل الانفساخ و الانتفاء بالتحالف،بحيث يندفع أصلا،كما صرح به فى التذكره (٢)و قد نبهنا عليه سابقا،و الاحتمال الأول ألصق بالعباره،لدلاله البطلان عليه،لاقتضائه سبق الصحه.

ص: ٤٤٩

١-١) التذكره ٥٧٥:١. [١]

٢-٢) المصدر السابق.

و لو قال:بعتك بعبد،فقال:بل بحرّ،أو قال:فسخت قبل التفرق و أنكر الآخر،قدّم قول مدعى الصّحه مع اليمين،و اختلاف الورثه كالمتعاقدين.

## فروع

## اشاره

فروع:

## أ:لو قلنا بالتحالف

أ:لو قلنا بالتحالف،فاختلفا في قيمه السلعه التالفه،رجعا إلى قيمه مثلها موصوفا بصفاتهما،فان اختلفا في الصّفه قدم قول المشتري مع يمينه.

قوله: (و لو قال:بعتك بعبد،فقال:بل بحرّ،أو قال:فسخت قبل التفرق،فأنكر الآخر،قدّم قول مدعى الصّحه مع اليمين).

نبه بقوله:(قدم قول مدعى الصّحه)على عله تقديم قول البائع،فإن الأصل في العقود الصّحه،فيكون قول البائع موافقا للأصل،و فيه إيماء إلى عله الحكم في المسأله الثانيه،فإن الأصل عدم طرؤ المبطّل على العقد،كما أن الأصل فيه الصّحه.

و في بعض النسخ:قدم قول مدعى الصّحه و دوامها،فيكون كل من الأمرين منبها على عله الحكم في واحده.

قوله: (و اختلاف الورثه كالمتعاقدين).

فيقدم قول ورثه البائع مع بقاء السلعه،و قول ورثه المشتري مع تلفها الى آخره.

قوله: (لو قلنا بالتحالف عند التخالف،فاختلفا في قيمه السلعه التالفه،رجعا إلى قيمه مثلها موصوفا بصفاتهما).

ذكر شيخنا الشهيد رحمه الله في بعض حواشيه:أن الرجوع الى كلام المقومين بالنسبه إلى المثل موصوفا بصفات العين ليس معهودا عند أصحابنا،بل فتواهم على تقديم قول الغارم مع التلف.

قال:وقد ذكره المصنف في غير موضع في هذا الكتاب،منها آخر مسأله

ب: لو تقايلا المبيع، أو رد بعيب بعد قبض الثمن ثم اختلفا في قدر الثمن، قدم قول البائع مع يمينه، لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد الفسخ.

**ج: لو قال: بعثك و أنا صبي**

ج: لو قال: بعثك و أنا صبي، احتمال تقديم قول مدعى الصحة مع يمينه، و تقديم قول البائع، لأصالة البقاء. في هذا الباب، و هي قوله: (و لو اختلفا في قيمه التالف). قال: و وجهه أن فيه حسم ماده الخلاف، لارتفاع التهمة عن البيئه.

أراد بذلك توجيه كلام المصنف في هذه المسأله، و ما ذكره في التوجيه لا يخلو من شيء، فان حسم ماده الخلاف لم يكن، لأن البيئه لا تهمة بالنسبه إليها، بل لمحض حكم الشارع و ذلك بالنسبه إلى البيئه و اليمين سواء، فيجب الأخذ بظاهره، و اليمين على من أنكر.

نعم، قد يقال: البيئه ممكنه في هذا الموضع، و هي حجه المدعى، و لا ينتقل إلى اليمين إلا مع تعذرها، فان تم هذا فما ذكره جيد، و إلا فلا. و في تمامه نظر، لأن الأوصاف لا تعطى قيمه الأشياء، لكن للأعيان خصوصيات لا يفي بها الوصف، إنما يطلع عليها بالمشاهده، فحينئذ الحكم بقبول يمين المنكر هنا، مع تعذر البيئه المطلعه على عين السلعه.

قوله: (لو تقايلا المبيع، أو رد بعيب بعد قبض الثمن، ثم اختلفا في قدر الثمن قدم قول البائع مع يمينه، لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد الفسخ).

تنقيحه: أنه المنكر خاصه، لأنه بعد فسخ البيع لم يبق هناك مبيع و لا ثمن، و إنما الاختلاف في استحقاقه مالا زائدا أو ناقصا، فيقدم قوله، لأنه ينكر الزيادة.

قوله: (لو قال: بعثك و أنا صبي، احتمال تقديم قول مدعى الصحة مع يمينه، و تقديم قول البائع، لأصالة البقاء).

و يؤيد الأول أن إطلاق الإقرار بالعقد إنما يحمل على العقد المعبر شرعا،

و لو قال: كنت مجنوناً و لم يعلم له سبقه، قدم قول المشتري مع يمينه، و إلاّ- فكالصبي. الذى يترتب عليه أثر، لأنه المتبادر إلى الأفهام عند أهل الشرع.

و الحق: أن الاحتمال الثانى فى غايه الضعف، لأن أصاله البقاء مندفعه بالإقرار بالبيع المحمول على البيع الصحيح شرعاً، فان صحته تقتضى عدم بقاء الصبوه، فلا يعد معارضا، كما لا يعد احتمال الفساد معارضا، لأصاله الصحه فى مطلق الإقرار بوقوع عقد البيع.

فان قلت: هنا أصلان قد تعارضا للقطع بثبوت وصف الصبوه سابقا.

قلت: قد انقطع هذا الأصل بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح، كما يحكم بانقطاع أصاله بقاء ملك البائع بالاعتراف بصدور البيع لو اختلفا فى صحته و فساده.

و لو ثبت فى هذه المسأله تعارض الأصلين لثبت تعارضهما فيما لو قال:

تبايعنا، و ادعى أحدهما الفساد مع أنه لا يقول به، و الفرق غير واضح، و كون الصبوه مستمره سابقا لا مدخل له فى الفرق (1).

قوله: (و لو قال: كنت مجنوناً، و لم يعلم له سبقه، قدم قول المشتري مع يمينه، و إلاّ فكالصبي).

أى: فيجىء فيه احتمال تقديم جانب الصحه، لأنها الأصل، و الفساد، لأصاله بقاء مقتضيه، و ليس بشىء لانقطاع هذا الأصل كما قررناه فى المسأله السابقه.

ص: ٤٥٢

---

١- ١) «سيأتى فى الضمان تحقيق فى نظير هذه المسأله يخالف ما هنا، محصله: انه ما دام لا تتحقق أركان العقد فالأصل يتمسك به، و كان ما فى الضمان هو المتجه، فعلى هذا يكون تقديم قول مدعى الصحه هنا غير متجه، لأنه أصل يتمسك، فينبغى التأمل للباين». وردت هذه العبارة فى متن «م»، و فى حاشيتها وردت عبارته: «من قوله: سيأتى فى الضمان تحقيق فى نظير هذه المسأله. إلى آخر المبحث، فى نسخه انه حاشيه و فى خرى لا».

د: لو قال: وهبت منى، فقال: بل بعته بألف، احتمل أن يحلف كلّ منهما على نفي ما يدعيه الآخر و يرد إلى المالك، و تقديم قول مدعى الهبه مع اليمين.

**ه: لو قال البائع: رددت إلى العبد المؤجل ثمنه**

ه: لو قال البائع: رددت إلى العبد المؤجل ثمنه، فقال: بل المعجل مع اتفاق الثمنين جنسا و قدرا، فالقول قول البائع مع اليمين، و مع اختلافهما يتحالفان و يبطل البيع.

قوله: (لو قال: وهبت منى، فقال: بل بعته بألف، احتمل أن يحلف كلّ منهما على نفي ما يدعيه الآخر، و يرد إلى المالك، و تقديم قول مدعى الهبه مع اليمين).

وجه الأول: أن كل واحد منهما مدع و منكر، و وجه الثانى: اتفاقهما على انتقال الملك عن مالكة الى الآخر، و اختلافهما فى استحقاق العوض، فيحلف المنكر.

و الذى يقتضيه النظر استواء هذه المسأله و ما سبق فى كلام المصنف من قوله: (و لو اختلفا فى تأخير الثمن و تعجيله) إلى آخر المسائل، فلا وجه لتردده هاهنا مع فتواه فيما سبق بتقديم قول البائع بيمينه، و حقه بناء على ذلك تقديم قول المشتري هاهنا.

و العجب انه فى التذكرة حكم بتقديم قول المنكر (1) و هنا حكم بالتحالف، و قد عرفت التنافى بين دليل الحكيم فى المسائل كلها، و لا ريب فى أرجحيه القول بالتحالف، لكن يتجه على ذلك طرده فى المسائل كلها.

قوله: (لو قال البائع: رددت إلى العبد المؤجل ثمنه، فقال: بل المعجل مع اتفاق الثمنين جنسا و قدرا، فالقول قول البائع مع اليمين).

وجه الفرق بين المسألتين: أنه إذا اختلف جنس الثمن فى كلامهما لم يكن

الإقاله فسخ لا بيع فى حق المتعاقدين و غيرهما، و شرطها عدم الزيادة و النقصان فى الثمن، فتبطل بدونه، هناك مشترك بين الكلامين يرجع اليه، و ينظر إلى الزائد فيقدم قول منكره بيمينه، و الزائد هو الأجل، و البائع ينكره، فيكون بمنزله ما لو اختلفا فى المبيع و الثمن معا، لأن المردد غير مبيع، فكأنه لم يجر عليه بيع، لكن.. (١) و اعلم انه يجىء احتمال التحالف أيضا فى المسأله الأولى، لأن كل واحد منهما مدع و منكر، و قد عرفت مما سبق الحكم فى نظائرها.

قوله: (خاتمه: الإقاله فسخ لا بيع).

خلافًا لجمع من العامه (٢)، و لا فرق بين أن يقع بلفظ الفسخ أو الإقاله.

و فرق بعض الشافعيه، فخص الخلاف بما إذا ذكرت بلفظ الإقاله دون الفسخ (٣).

و ألفاظها: تفاسخنا، أو تقايلنا، أو يقول أحدهما: أقلتك، فيقبل الآخر، و لو تقايلًا - بلفظ البيع، و قصدًا الإقاله المحضه لم تلحق أحكامه.

قوله: (فى حق المتعاقدين و غيرهما).

و قال أبو حنيفه: إنها بيع بالنسبه إلى الشفيع، فيستحق الشفعه و إن كانت فسخًا فى حق المتعاقدين (٤)، و بطلانه ظاهر.

قوله: (و شرطها عدم الزيادة و النقصان فى الثمن، فتبطل بدونه).

أى: تبطل الإقاله بدون الشرط المذكور، فلو أقاله بزياده عن الثمن، أو نقيصه عنه فالمبيع باق على ملك المشتري، لأنها فسخ، و مقتضاه رجوع كل عوض

ص: ٤٥٤

١- ١) ورد هنا بياض فى «م».

٢- ٢) قاله الشافعى فى أحد قوليه و مالك، انظر: المجموع ٩: ٣٦٩ و ١٣: ١٦٠، و [١] المحلى ٩: ٢، و اللباب ١: ٢٥٩، و شرح الكبير مع المغنى ٤: ١٣٢.

٣- ٣) انظر المجموع ٩: ٢٦٩، و شرح الكبير مع المغنى لابن قدامه ٤: ١٣٢.

٤- ٤) بدائع الصنائع ٥: ٣٠٦، المجموع ١٣: ١٦٠، شرح الكبير مع المغنى ٤: ١٣٢.



و يرجع كلّ عوض إلى مالكة إن كان موجودا، و مثله أو قيمته على التفصيل مع عدمه. و لا- تثبت بها شفعه، و لا تسقط أجره الدلال بها على المبيع، و تصح في الكل و البعض و السلم و غيره. و لو اختلفا في قيمه التالف، فالقول قول من ينكر الزيادة مع اليمين.

الى مالكة، فإذا شرط فيها ما يخالف مقتضاها فسد الشرط، و فسدت بفساده.

قوله: (و يرجع كل عوض إلى مالكة إن كان موجودا).

هذا حكم كون الإقالة فسخا، فهو ملتفت الى ما قبل قوله: (فتبطل بدونه).

قوله: (و مثله أو قيمته على التفصيل مع عدمه).

و يجب مثل كل من العوضين إن كان مثليا، و قيمته إن كان قيميا على تقدير عدمه، و قول المصنف: (على التفصيل) إشارة الى ما تقدم من احتمال قيمه وقت التلف، و قيمه وقت القبض، و الأعلى، و قد عرفت اعتبار قيمه وقت التلف، لأن الضمان متعلق بالعين ما دامت موجوده، فإذا تلفت تعلق بقيمتها.

قوله: (و لا تسقط أجره الدلال بها على البيع).

أى: و لا تسقط أجره الدلال بالإقالة، و كذا الوزان و الناقد بعد صدور هذه الأفعال لوجود سبب الاستحقاق، فلا يسقط بالطارى.

قوله: (و تصح في البعض و الكل و السلم و غيره).

لأنّ الإقالة مستحبه، فتجرى في البعض و الكل، و إذا تقايلا- في البعض اقتضى التقييط، ففي ربع المبيع ربع الثمن، و في نصفه النصف، و على هذا، و منع جماعه- منهم مالك- من الإقالة في بعض السلم، لأنه إذا أقاله في بعضه صار يباعا

و سلفا (١) ، و قد نهى النبي صلى الله عليه و آله عنه .

و توجيهه: انّ رد بعض رأس المال بسبب الإقاله فى بعض المبيع يصير بمنزله القرض، إذ قد رد عوضه، و الباقي مبيع، فيتحقق البيع و السلف، و ينتقض بأرث العيب، مع أن ذلك لا يعد قرضا قطعا .

ص: ٤٥٦

---

١ - ١) انظر: المحلى ٩: ١١٥، و المغنى لابن قدامه ٤: ٣٧٢، و شرح الكبير مع المغنى ٤: ٣٧٢ .

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 آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



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

